

nr 4/2022

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Jeder Mensch?

recht & gesellschaft

Depp v Heard – Zu viel Öffentlichkeit?

Verfolgung Homo- und Bisexueller in der Vorarlberger Nachkriegsjustiz

Intersektionale Perspektiven im Staatsbürgerschaftsrecht

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Einschüchterungsklagen, Verfahrensgrundrechte und die Zuständigkeit der EU

Anmerkungen zur Initiative der Europäischen Kommission gegen SLAPPs

Maximilian Blaßnig / Paul Hahnenkamp

1. Einleitung

Im Frühjahr 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Richtlinien-Entwurf zur unionsweiten Bekämpfung von *Strategic Lawsuits against Public Participation*.¹ Sogenannte SLAPPs, auf Deutsch auch Einschüchterungsklagen genannt, verfolgen den Zweck, öffentliche und kritische Stimmen durch gerichtliche Klagen verstummen zu lassen, ohne sich auf ein tatsächliches Rechtsschutzbedürfnis zu stützen. Meist angestrengt von ökonomisch mächtigen Privaten, staatlichen oder ihnen nahestehenden Akteur:innen führen sie dazu, dass Journalist:innen, Medien, NGOs, Wissenschaftler:innen oder Aktivist:innen erhebliche Zeit- und Geldressourcen für ihre Rechtsverteidigung aufwenden müssen und so in ihrer Tätigkeit eingeschränkt werden. Über das konkrete Verfahren hinaus erzeugen SLAPPs einen *chilling effect*, also eine abschreckende Wirkung, die auch Dritte von einer Beteiligung an der öffentlichen Meinungsbildung abhalten kann.² Während SLAPPs in Österreich erst seit kurzem breiter diskutiert werden,³ wird auf Unionsebene schon länger nach Lösungen gesucht. Bereits 2018 forderte das Europäische Parlament die Kommission auf, eine RL gegen Einschüchterungsklagen vorzuschlagen.⁴ Im *Europäischen Aktionsplan für Demokratie* der Kommission⁵ sowie in menschenrechtlichen Leitlinien des Rats⁶ sind Maßnahmen zur Stärkung der Medienfreiheit und

1 Europäische Kommission (EK), Vorschlag für eine Richtlinie (RL) des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), COM(2022) 177 final (im Folgenden: RL-Entwurf).

2 Einführend zu SLAPPs, dem Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Österreich sowie einer Verortung grundrechtlicher Problematiken s. *Blaßnig/Hahnenkamp*, SLAPPs und SLAPP-Back. Einschüchterungsklagen im grundrechtlichen Spannungsfeld, *juridikum* 2021, 417.

3 Siehe zB die Konferenz des Presseclubs Concordia im Juni 2022, an der Vertreter:innen aus Wissenschaft und Praxis sowie von SLAPPs direkt Betroffene teilnahmen: *Presseclub Concordia*, Konferenz: MIT RECHT GEGEN SLAPP, <https://concordia.at/mit-recht-gegen-slapps/> (28.9.2022).

4 EP, Entschließung v 3.5.2018 zu der Freiheit und Pluralismus der Medien in der Europäischen Union, P8_TA(2018)0204, Rz 20.

5 EK, Europäischer Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790 final.

6 Rat, EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, 7, <https://www.consilium.europa.eu/media/28348/142549.pdf> (28.9.2022).

des Medienpluralismus angekündigt worden.⁷ Mit dem nun vorliegenden RL-Entwurf sollen diese Ankündigungen eingelöst werden.

2. Ein selbstbewusster Umgang mit begrenzter Zuständigkeit

Die Kommission will die RL insbesondere auf Art 81 Abs 2 lit f AEUV stützen, eine der Kompetenzgrundlagen für die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen.⁸ Der herangezogene Tatbestand ermächtigt zur Regelung von Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug mit dem Ziel der Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren. Die Kompetenzvoraussetzungen „Zivilsachen“ und „Abbau von Verfahrenshindernissen“ sind wohl erfüllt.⁹ Spannender ist das Kriterium des „grenzüberschreitenden Bezugs“.¹⁰ Die RL soll nur auf grenzüberschreitende Verfahren angewendet werden, wobei der Entwurf in Art 4 eine Legaldefinition solcher vornimmt: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sich um eine grenzüberschreitende Angelegenheit handelt, „es sei denn, beide Parteien haben ihren Wohnsitz in demselben Mitgliedstaat wie das angerufene Gericht“ (Abs 1). So weit, so gut. In Abs 2 wird die Legaldefinition dann aber ausgeweitet: Der Entwurf erklärt auch Klagen gegen öffentliche Beteiligungshandlungen, die für mehrere Mitgliedsstaaten von Bedeutung sind (lit a), und Konstellationen, in denen die klagende Partei gleich in mehreren Mitgliedsstaaten Gerichtsverfahren gegen dieselbe beklagte Partei führt (lit b), zu grenzüberschreitenden Verfahren. Der zweitgenannte Fall adressiert konsequent spezifische Fälle von *forum shopping*, die die negativen Folgen von SLAPPs verstärken.¹¹ Als Bsp für den ersten Fall führt der Entwurf ua ein Engagement gegen „grenzüberschreitende Umweltverschmutzung“ und „Geldwäschevorwürfe mit potenzieller grenzüberschreitender Beteiligung“ an.¹² Dass die Kommission auch alle diese Fälle erfassen will, ist nachvollziehbar und entspricht dem Gedanken einer *europäischen Öffentlichkeit*. Sie reizt damit die Auslegung des „grenzüberschreitenden Bezugs“ aus¹³ und das nicht zum ersten Mal.¹⁴ Dabei handelt sie mit Rückendeckung: In der Lit ist eine dynamische Kompetenzinterpretation

7 Vgl auch EK, Strategie für eine verstärkte Anwendung der Grundrechtecharta in der EU, COM(2020) 711 final, 12 f.

8 RL-Entwurf, S 18.

9 Zum autonom auszulegenden Begriff der Zivilsachen vgl *Leible in Streinz*, EUV/AEUV³ (2018) Art 81 AEUV Rz 10. Zum Tatbestandsmerkmal „Abbau von Verfahrenshindernissen“ führt die Kommission nur an, dass SLAPPs einen Missbrauch von Zivilverfahren darstellen, „da ihr Ziel nicht der Zugang zur Justiz ist [...]“ (RL-Entwurf, S 7). Dieses Begriffsverständnis scheint sehr weit, doch dürfte es mit der offen formulierten lit f des Art 81 Abs 2 AEUV vereinbar sein. Zur dieser Offenheit vgl *Hess in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 81 AEUV Rz 48 (76. EL, 2022) sowie *Leible in Streinz*, EUV/AEUV³ Art 81 AEUV Rz 36.

10 *Hess in Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 81 AEUV Rz 26.

11 ErwG 12 und 21 RL-Entwurf.

12 RL-Entwurf, S 15.

13 So auch *Koller/von der Thannen*, Time to SLAPP-Back: Der Richtlinienvorschlag zur Bekämpfung von Einschüchterungsklagen und seine Konsequenzen für das österreichische Zivil(prozess)recht, JRP [im Erscheinen].

14 Vgl insb EK, Vorschlag für eine Verordnung (VO) des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, COM(2005) 87 endg, 6.

anerkannt¹⁵ und auch der EuGH, der als Kompetenzgericht zur Letztentscheidung befugt ist,¹⁶ neigt zu einem weiten Begriffsverständnis.¹⁷

Die eingeschränkte Kompetenz der Union erklärt das Fehlen von Maßnahmen gegen eine „Instrumentalisierung der Strafjustiz“. ¹⁸ Im Bereich des materiellen Strafrechts hat die Union nur eine Kompetenz zum Erlass von Mindestvorschriften, entkriminalisierende Maßnahmen kann sie nicht vorschreiben.¹⁹ Anstatt strafrechtliche Vorgaben in den RL-Entwurf aufzunehmen,²⁰ erließ die Kommission eine Empfehlung:²¹ Diese legt den MS nicht nur die Implementierung sanfter Maßnahmen wie etwa Schulungen für Angehörige von Rechtsberufen oder die Erhebung von Daten zu SLAPPs und ein entsprechendes Monitoring nahe, sondern auch eine dem RL-Entwurf entsprechende Anpassung des Zivilprozessrechts für rein innerstaatliche Verfahren und entkriminalisierende Reformen im Verleumdungsrecht.²² Die Organe der Union greifen immer wieder auf Empfehlungen zurück, wenn ihnen die Kompetenz zur Erlassung rechtsverbindlicher Maßnahmen fehlt.²³

3. Missbräuchliche SLAPPs und das Recht auf Zugang zu einem Gericht

Es bleibt aber nicht bei den kompetenzrechtlichen Herausforderungen. Wer Regelungen für den Umgang mit Einschüchterungsklagen erlassen will, bewegt sich in einem grund-

15 Zu Art 81 AEUV bspw *Leible in Streinz*, EUV/AEUV³ Art 81 AEUV Rz 8. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer dynamischen Kompetenzinterpretation s *Nettesheim*, Kompetenzen, in *von Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge² (2009) 389 (399 f).

16 Zur „kompetenziellen Letztinterpretationsbefugnis“ des EuGH *Nettesheim in von Bogdandy/Bast* 402. Diese Befugnis ist freilich umkämpft, dazu grundlegend *F Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (2000).

17 Vgl EuGH 1.3.2005, C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, Rz 26. Doch möglicherweise wird sich der EuGH mit Art 4 Abs 2 RL-Entwurf gar nicht erst beschäftigen müssen: Aus der gewählten Kompetenzgrundlage folgt nämlich, dass die RL im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden muss und da der Rat den „grenzüberschreitenden Bezug“ eng verstehen will, ist seine Zustimmung (mit qualifizierter Mehrheit) alles andere als gewiss. Vgl dazu *Stebkämper*, SLAPP: David gegen Goliath, *dw.com* 31.1.2022, <https://www.dw.com/de/slapp-david-gegen-goliath/a-60590752> (13.10.2022).

18 Eine solche orte *Deppner*, Getting SLAPPed – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung, *juridikum* 2022, 124 (125 f). Zur Kritik am Fehlen solcher Maßnahmen vgl *Mann*, EU-Richtlinien-Entwurf gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“, *KuR* 2022, 473 (473).

19 Dazu *Satzger in Streinz*, EUV/AEUV³ Art 83 AEUV Rz 2-3, der auch darauf hinweist, dass für die Zusammenarbeit in Strafsachen ein verschärfter Subsidiaritätsgrundsatz gilt, vgl neben Art 4 Abs 2 EUV und Art 67 Abs 1 AEUV auch noch Art 82 Abs 2 AEUV.

20 Gem Art 82 Abs 2 lit b AEUV wäre die EU aber kompetent, im Bereich der Beschuldigtenrechte weitere Verbesserungen vorzunehmen. Freilich wurden dahingehend bereits Maßnahmen gesetzt, die auch von einer Instrumentalisierung der Strafjustiz Betroffenen zugutekommen, vgl nur die RL (EU) 2016/800 des EP und des Rats v 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, *ABl L* 2016/132, 1.

21 Empfehlung (EU) 2022/758 der Kommission v 27.4.2022 zum Schutz von Journalisten und Menschenrechtsverteidigern, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („Strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), *ABl L* 2022/138, 30.

22 Pkt 4 sowie Pkt 6 f, Empfehlung (EU) 2022/758.

23 Zu den trotz Unverbindlichkeit mit Empfehlungen verbundenen Rechtswirkungen vgl *Merli in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 292 AEUV (Stand 1.6.2022, *rdb.at*) Rz 3. Zum Einsatz von Empfehlungen und anderen *Soft Law*-Instrumenten bei fehlenden Kompetenzgrundlagen oder anderen Hürden im Normsetzungsverfahren vgl *Terpan*, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, *European Law Journal* 2015, 68 (89). Beachte auch *Hess*, *Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPs*, *COM(2022) 177 final*, *ecolx* 2022, 704 (705, Fn 12), der die Empfehlung für kompetenzrechtlich problematisch erachtet.

rechtlichen Spannungsfeld: Die im RL-Entwurf vorgesehenen Maßnahmen dienen dem Schutz der Kommunikationsgrundrechte der von SLAPPs Betroffenen sowie darüber hinaus der Medienvielfalt (Art 10 EMRK, Art 11 GRC).²⁴ Sie geraten jedoch zugleich in Konflikt mit Grundrechtspositionen der Kläger:innen, insbesondere mit dem aus Art 8 EMRK (bzw Art 7 GRC) fließenden Persönlichkeitsschutz und den Verfahrensgrundrechten gem Art 6 EMRK (bzw Art 47 GRC).²⁵ Um die Vereinbarkeit mit Letzteren soll es nachfolgend gehen.

Die Pflicht zur Hinterlegung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten (Art 8 RL-Entwurf), die umfassende Erstattung der Kosten durch die erfolglos klagende Partei (Art 14 RL-Entwurf) und Sanktionen im Fall missbräuchlicher Klagsführung (Art 16 RL-Entwurf) stehen alle in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Zugang zu einem Gericht.²⁶ Dieses Recht gilt allerdings nicht absolut.²⁷ Der EGMR erachtet Zugangsbeschränkungen in ständiger Rsp für zulässig, sofern sie das Recht nicht in seinem Wesensgehalt berühren, ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sind.²⁸ Die Hauptzielsetzung des Entwurfs ist der Schutz von Personen, die sich öffentlich engagieren und durch SLAPPs bedroht werden. In der Rsp des EGMR sind die Hintanhaltung missbräuchlicher Klagen²⁹ und der Schutz der Rechte Dritter (etwa vor dem Risiko, um den Ersatz der Kosten umzufallen)³⁰ als legitime Ziele von Zugangsbeschränkungen anerkannt worden.³¹ Insgesamt gesteht der EGMR den MS einen weiten *margin of appreciation* bei Eingriffen zu,³² und so wurden bereits in der Vergangenheit Besicherungen,³³ unterschiedlichste Kostenregelungen³⁴ sowie Sanktionen im Fall missbräuchlicher Klagsführung³⁵ für grundsätzlich zulässig befunden. Vor diesem Hintergrund scheinen die aufgezählten Instrumente eher unproblematisch. Das gilt umso mehr, als der Entwurf für all diese Zugangsbeschränkungen das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall betont.³⁶

24 ErwG 3-9 RL-Entwurf.

25 Für einen allg Überblick zu diesem Spannungsfeld s *Blaßnig/Hahnenkamp*, *juridikum* 2021, 418–420.

26 Beginnend mit der Entscheidung EGMR 21.2.1975, 4451/70, *Golder/UK*, insb Rz 26 ff, wird das Recht auf Zugang zu einem Gericht als ein Art 6 EMRK inhärentes Recht angesehen.

27 Vgl dazu ebenfalls bereits EGMR 21.2.1975, 4451/70, *Golder/UK*, Rz 38.

28 Jüngst etwa EGMR 15.3.2022, 43572/18, *Grzęda/Polen*, Rz 343.

29 EGMR 12.7.2007, 68490/01, *Stankov/Bulgarien*, Rz 57; 28.5.1985, 8225/78, *Ashingdane/UK*, Rz 58.

30 EGMR 13.7.1995, 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky/UK*, Rz 61.

31 Vgl *Diggelmann/Altwickler*, Finanzielle Gerichtszugangsschranken in Zivilprozessen im Licht von Art. 6 Abs. 1 EMRK, DÖV 2012, 781 (783 f).

32 EGMR 19.6.2001, 28249/95, *Kreuz/Polen*, Rz 53.

33 EGMR 13.7.1995, 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky/UK*, Rz 61 ff; 19.6.2001, 28249/95, *Kreuz/Polen*, Rz 54.

34 EGMR 26.7.2005, 39199/98, *Podbielski und PPU Polpure/Polen*, Rz 64.

35 EGMR 22.10.2013, 20577/05, *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkei*, Rz 27.

36 Vgl Art 8, 14 und 16 RL-Entwurf. Zu den vom EGMR herangezogenen Kriterien bei der einzelfallbezogenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Recht auf Zugang zu einem Gericht vgl *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 784; *Bezemek*, Gerichtsgebühren in grundrechtlicher Betrachtung, JRP 2018, 240 (247 f).

4. Offenkundig unbegründete SLAPPs und das Recht auf ein faires Verfahren

Die genannten Instrumente sind aber nur ein begrenzt wirksames Mittel zum Schutz der von SLAPPs Betroffenen: Sie ändern nichts daran, dass mitunter jahrelange Prozesse die Kommunikationsfreiheiten der Beklagten – ganz unabhängig vom späteren Verfahrensausgang – beeinträchtigen. Daher ist das wichtigste Instrument des RL-Entwurfs die vorzeitige Einstellung (Art 9): SLAPPs sollen auf Antrag durch eine vorzeitige Einstellung ganz oder teilweise abgewiesen werden können.³⁷ Bei Stellung eines solchen Antrags wird das Hauptverfahren ausgesetzt,³⁸ was die Verfahrenskosten der Beklagten verringern soll.³⁹ Über den Antrag soll in einem beschleunigten Verfahren entschieden werden. Gegen die vorzeitige Einstellung muss den Kläger:innen ein Rechtsmittel zur Verfügung stehen.⁴⁰ Allerdings kommt eine vorzeitige Einstellung nur dann in Frage, wenn eine Klage *offenkundig unbegründet* ist. Demgegenüber sollen „missbräuchliche“ Gerichtsverfahren nicht vorzeitig eingestellt werden können.⁴¹ Die diesbezügliche Beweislast trifft die vermeintlichen SLAPP-Kläger:innen. Damit schafft der Entwurf bewusst zwei Gruppen von Einschüchterungsklagen: weniger eindeutige und eindeutige SLAPPs. Unbeantwortet bleibt, wo die Grenze zwischen ihnen verläuft.

Die vorzeitige Einstellung wirkt sich im Unterschied zu den oben genannten Instrumenten, die nur das Recht auf Zugang zu einem Gericht berühren, auch auf das Verfahren selbst aus. So entsteht ein Konflikt mit dem „Kern der Verfahrensgarantien“, dem Recht auf ein faires Verfahren, das wiederum in unterschiedliche Teilgewährleistungen zerfällt, die sich allesamt auf den Verfahrensablauf selbst beziehen.⁴² Dieser Konflikt bereitet größere Schwierigkeiten als jener mit dem Recht auf Zugang zu einem Gericht.⁴³ Die Kommission ist sich dessen bewusst und so bekräftigt Art 11 RL-Entwurf, dass der Antrag auf vorzeitige Einstellung in einem beschleunigten Verfahren behandelt wird, in dem das Recht auf ein faires Verfahren berücksichtigt werden muss. Offen bleibt aber, wie diese

37 Art 5 Abs 1 und 2 iVm Art 9 RL-Entwurf. Möglicherweise können MS gem Art 5 Abs 3 iVm Kapitel III des RL-Entwurfs auch eine amtswegige vorzeitige Einstellung vorsehen.

38 Art 10 RL-Entwurf.

39 RL-Entwurf, S 16.

40 Art 11-13 RL-Entwurf. Die Beschwerde gegen die vorzeitige Einstellung könnte den Kläger:innen eine Möglichkeit bieten, das Verfahren erneut in die Länge zu ziehen. Diese Befürchtung teilen auch *Koller/von der Thannen*, JRP [im Erscheinen, vgl oben Fn 13].

41 Diese Unterscheidung ergibt sich aus Art 5 sowie aus Kapitel III und IV RL-Entwurf. Bei missbräuchlichen Gerichtsverfahren genügt, dass sie teilweise unbegründet sind und der Hauptzweck die Verhinderung der öffentlichen Beteiligung ist (Art 3 Abs 3 RL-Entwurf).

42 *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG² (2013) Kap 14 Rz 93.

43 Vgl *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG² Kap 14 Rz 175, wonach der EGMR beim Recht auf ein faires Verfahren nicht mit den grundrechtsdogmatischen Analysekatoren *Eingriff* und *Rechtfertigung* operiert. Verfahrensregelungen oder einzelne Verfahren, die den Anforderungen an ein faires Verfahren nicht entsprechen, führten unmittelbar zur Verletzung von Art 6 EMRK. Vgl aber die Entscheidung EGMR 15.10.2009, 17056/06, *Micallef/Malta*, Rz 86, in der von einer derart absoluten Herangehensweise tw abgewichen wird. Grundlegend zur zunehmend abwägungsoffenen Lesart der Verfahrensgrundrechte *Fuchs*, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, ZöR 2012, 537 ff.

beiden Ziele zugleich verfolgt werden können.⁴⁴ Die *fair-trial*-Garantie verlangt Waffengleichheit, Akteneinsicht, rechtliches Gehör und Entscheidungsbegründung.⁴⁵ Mit anderen Worten wird verlangt, dass die Verfahrensparteien ihre „Rechtsposition effektiv vertreten“ können.⁴⁶ Die Kommission gibt keine näheren Antworten auf die Frage, wie diese Rechte gewahrt werden sollen, und nennt nur abstrakt Verfahren für vorläufige Maßnahmen als Vorbild.⁴⁷ Solche führen aber im Gegensatz zur vorzeitigen Einstellung nicht zu einer endgültigen Entscheidung eines Rechtsstreits.⁴⁸ Unklar bleibt zudem, ob die vorgesehene Beschwerde gegen eine vorzeitige Einstellung (Art 13 RL-Entwurf) potenzielle Mängel aufwiegen könnte. Die Kommission versucht diesem grundrechtlichen Spannungsverhältnis aus dem Weg zu gehen, indem sie den Anwendungsbereich der vorzeitigen Einstellung mit der Verengung auf sehr eindeutige SLAPPs auf ein Minimum zusammenschrumpfen lässt und durch offene Formulierungen die Suche nach einem Ausgleich der unterschiedlichen grundrechtlichen Positionen den MS, deren Gerichten und dem EuGH überlässt.

5. Conclusio

Das eigentliche Ziel des RL-Entwurfs – der Schutz von Journalist:innen, unabhängigen Medien, NGOs oder Aktivist:innen – bleibt am Ende auf der Strecke.⁴⁹ *Offenkundig unbegründeten* Gerichtsverfahren wird mit dem sehr wirksamen, aber aus grundrechtlicher Perspektive zweifelhaften Mittel der vorzeitigen Einstellung begegnet. Ihr enger Anwendungsbereich legt jedoch eine in der Praxis verschwindend geringe Bedeutung nahe. Die Rechtsexpertise auf Seiten der klagenden Partei wird imstande sein, offensichtliche SLAPPs zu vermeiden. Für die große Mehrzahl aller Einschüchterungsklagen hält der Entwurf primär finanzielle Schadensbegrenzung bereit. Die Einschüchterung erfolgt allerdings durch das Verfahren selbst – und an diesem wird sich in den Fällen der weniger eindeutigen SLAPPs kaum etwas ändern.

So weit sich die Kommission zwar bei der Bejahung ihrer Zuständigkeit aus dem Fenster lehnt, so zaghaft agiert sie in weiterer Folge bei der Ausgestaltung der einzelnen Mittel. Um den Schutz kritischer Stimmen vor SLAPPs wirksam zu erweitern, sollten auch für die weniger eindeutigen Einschüchterungsklagen (abgeschwächte und grundrechtskonforme) Instrumente zur möglichen Verfahrensverkürzung bereitstehen sowie andere wäh-

44 Kritisch *Wiepen*, Anti-SLAPP-Richtlinie und deutscher Umsetzungsbedarf, ZRP 2022, 149 (150); gelassener *Hess*, *ecolex* 2022, 707.

45 *Fuchs*, ZöR 2012, 545.

46 *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG² Kap 14 Rz 93.

47 ErwG 29 RL-Entwurf.

48 Soweit vorläufige Maßnahmen faktisch doch auf eine endgültige Entscheidung hinauslaufen, soll Art 6 EMRK aber auch auf diese anwendbar sein, vgl dazu EGMR 15.10.2009, 17056/06, *Micallef/Malta*, Rz 78 ff.

49 Dahingehend auch die Ausführungen von *Huetting* in MIT RECHT GEGEN SLAPP: Historische & internationale Dimension, *Presseclub Concordia* 22.6.2022, <https://www.youtube.com/watch?v=wJrGR6NH9H0> ab 27:00 (13.10.2022); allgemein zu dieser Konferenz vgl oben Fn 3.

rend des Verfahrens wirkende Maßnahmen intensiviert werden.⁵⁰ Dafür hätte sich die Kommission aber tatsächlich in das Spannungsfeld der verschiedenen grundrechtlichen Positionen begeben müssen und das wollte sie offenbar gerade nicht. Was nun vorgelegt wurde, wirkt so, als wolle sie symbolisch Handlungswillen demonstrieren, während sie eigentlich vor wirksamen Antworten auf Einschüchterung zurückscheut.

Mag. Maximilian Blassnig, BA ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und Mitherausgeber des *juridikum*; maximilian.blassnig@univie.ac.at

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

50 Sinnvoll und möglicherweise ausbaufähig ist die Möglichkeit der Beteiligung Dritter (etwa von NGOs) gem Art 7 RL-Entwurf. Auch eine Reform der Verfahrenshilfe wäre anzudenken. Vgl dazu *Koller/von der Thannen*, JRP [im Erscheinen, vgl oben Fn 13]. Eine differenziertere Antwort wünscht sich auch *Lehofer* in MIT RECHT GEGEN SLAPP: Grundrechte, *Presseclub Concordia* 22.6.2022, <https://www.youtube.com/watch?v=wJrGR6NH9H0> ab 1:00:16 (13.10.2022).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 413 Einschüchterungsklagen, Verfahrensgrundrechte und die Zuständigkeit der EU
Anmerkungen zur Initiative der Europäischen Kommission gegen SLAPPs
 Maximilian Blafnig / Paul Hahnenkamp

merk.würdig

- 422 Das Ende der russischen Mitgliedschaft im Europarat
 Stephanie Klammer
- 429 Ein Standardwerk für eine rassismuskritische Rechtswissenschaft
 Ines Rössl
- 433 Das Kräutercabrio und die Behörden
Erfahrungsbericht aus der Parkspur
 Christoph Schwarz
- 436 Menschenhandel als Fluchtgrund
Aktuelle Judikatur des VfGH zum Konventionsmerkmal der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ in Bezug auf den Menschenhandel
 Nurcan Sarikaya

recht & gesellschaft

- 440 Gerichtsöffentlichkeit im digitalen Zeitalter
Eine Beurteilung der Live-Übertragung von Verhandlungen anhand des Falls Depp v. Heard – zugleich ein Plädoyer für § 22 MedienG
 Franziska Eckstein
- 450 Im sittsamen Vorarlberg
Die Verfolgung Homo- und Bisexueller durch die österreichische Nachkriegsjustiz am Beispiel des „Vorarlberger Sittlichkeitsskandals 1956“
 Lukas M. Winkler
- 462 Ausnahmen vom Einbürgerungskriterium des gesicherten Lebensunterhalts
Kritische Betrachtungen zu § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG
 Ines Rössl

thema

- 474 Jeder Mensch?
Einleitung
 Corinna Potocnik-Manzouri / Nikolaus Wieser / Viktoria Baumgartl / Alexia Crivoi / Daniela Gschwind
- 481 Artikel 1 – Umwelt
Gedanken zur Einführung eines (europäischen) Umweltgrundrechts
 Alexia Crivoi / Felix Reimann
- 492 Artikel 2 – Digitale Selbstbestimmung
Das Recht auf digitale Selbstbestimmung und das Verbot der Ausforschung oder Manipulation von Menschen
 Matthias Zußner
- 502 Artikel 3 – Künstliche Intelligenz
Das Recht auf fairen und transparenten Umgang mit Algorithmen im digitalen Zeitalter
 Daniela Gschwind / Corinna Potocnik-Manzouri
- 513 Artikel 4 – Wahrheit
Ein Recht auf Wahrheit als Antwort auf „Fake News“?
 Clemens Beckenberger / Paul Kerschbaummayr

524 Artikel 5 – Globalisierung
Globalisierung, Wertschöpfung in Billiglohnländern und Menschenrechtsschutz auf europäischem Niveau für alle Menschen – eine Utopie oder greifbar nahe?
Viktoria Baumgartl / Sophie Praniess

534 Artikel 6 – Grundrechtsklage
Braucht das Rechtsschutzsystem der EU eine Grundrechtsklage?
Maria Berger / Roman Friedrich

nach.satz

545 Die Erfindung des Body Mass Index und was Adipositas mit Behinderung zu tun hat?
Eine kritische Betrachtung
Nina Eckstein / Tessa Grosz

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, Marija
Petričević, Valerie Purth-Eisendle, Antonia Reiss, Ines
Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sußner,
Antonia Wagner, Laura Widerhofer, Nikolaus Wieser

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birkbauer (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:

Viktoria Baumgartl, Clemens Beckenberger, Maria Berger,
Maximilian Blaßnig, Alexia Crivoi, Franziska Eckstein,
Nina Eckstein, Roman Friedrich, Tessa Grosz, Daniela
Gschwindt, Paul Hahnenkamp, Paul Kerschbaummayr,
Stephanie Klammer, Corinna Potocnik-Manzouri,
Sophie Praniess, Felix Reimann, Ines Rössl, Nurcan
Sarikaya, Christoph Schwarz, Lukas M. Winkler,
Matthias Zufner

Gastherausgabe des themas:

Corinna Potocnik-Manzouri, Nikolaus Wieser

Offenlegung

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

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber:innen:

Maximilian 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“.

Das Ende der russischen Mitgliedschaft im Europarat

Stephanie Klammer

1. Einleitung

Am 24.2.2022 startete Russland seinen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg gegen die Ukraine. Neben anderen internationalen Organisationen¹ reagierte auch der Europarat und begegnete dem Angriff tags darauf mit einer Suspendierung der Vertretungsrechte Russlands.² Als die Parlamentarische Versammlung des Europarates am 15.3.2022 für einen Ausschluss Russlands votierte,³ erklärte die russische Regierung am selben Tag ihren Austritt. Daraufhin schloss das Ministerkomitee des Europarates Russland am 16.3.2022 endgültig und mit sofortiger Wirkung aus dem Europarat aus.⁴

Damit ging eine 26 Jahre andauernde turbulente Mitgliedschaft zu Ende, deren Beginn als historisches Ereignis galt. Die in sie gesetzten Erwartungen wurden nie ganz erfüllt, und schließlich, nach einer immer drastischeren Verschlechterung des Verhältnisses, komplett enttäuscht.

2. Eine umstrittene Mitgliedschaft

Als Russland 1996 dem Europarat beitrug und 1998 die EMRK ratifizierte, war offenkundig, dass es die Beitrittsanforderungen nicht erfüllte.⁵ Skeptisch, aber auch hoffnungsvoll sah man darüber hinweg und erblickte im Beitritt eine historische Chance. Die Mitgliedschaft sollte die Demokratisierung und den Menschenrechtsschutz vorantreiben.⁶

Zum Teil schienen sich diese Hoffnungen auch zu erfüllen, gab es doch unter dem Einfluss des EGMR positive Veränderungen im Menschenrechtssystem, gefördert

1 Zu Völkerrechtswidrigkeit sowie Reaktionen bzw. Reaktionsmöglichkeiten anderer internationaler Organisationen siehe etwa *Schmahl*, Völker- und europarechtliche Implikationen des Angriffskriegs auf die Ukraine, NJW 2022, 969.

2 CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3, 25.2.2022.

3 Opinion 300 (2022), Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, 15.3.2022. Die Entscheidung wurde einstimmig, bei drei Enthaltungen, in einer außerordentlichen Sitzung getroffen.

4 Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the Russian Federation to the Council of Europe, 16.3.2022.

5 Vgl etwa *Mälksoo*, Russia, Strasbourg, and the paradox of a human rights backlash, in *Mälksoo/Benedek*, Russia and the European Court of Human Rights (2018) 3 (4 ff); *Roter*, Russia in the Council of Europe: Participation à la carte, in *Mälksoo/Benedek*, Russia and the European Court of Human Rights (2018) 26 (40 ff).

6 Man erhoffte sich einen „Strasbourg effect“, vgl *Mälksoo* in *Mälksoo/Benedek* 3 ff; vgl zu den Umständen des Beitritts auch mwN *Roter* in *Mälksoo/Benedek* 40 ff; *Matta/Mazmanyan*, Russia: In Quest for a European Identity, in *Popelier/Lambrecht/Lemmens*, Criticism of the European Court of Human Rights (2016) 481 (483 ff).

durch eine anfangs auch produktive Kooperation des russischen Verfassungsgerichts.⁷ Gänzlich konfliktfrei war das Verhältnis dennoch nie, und ab spätestens 2010 verschlechterte es sich zusehends.⁸ Russland trat immer mehr in einen offenen Widerstand gegen den Europarat und insbesondere den EGMR und dessen „judicial activism“.⁹ Einer der Tiefpunkte des sich zuspitzenden Konfliktes war ein Gesetz aus dem Jahr 2015, welches das russische Verfassungsgericht ermächtigte, die Urteile des EGMR auf ihre Vereinbarkeit mit der russischen Verfassung zu überprüfen und bei Widerspruch für nicht umsetzbar zu erklären.¹⁰ Angewandt wurde dieser Mechanismus allerdings nur vereinzelt. In der Regel zahlte Russland die den Beschwerdeführer*innen zugesprochene Entschädigung.¹¹ Veränderungen im Rechtssystem, um EGMR-Urteile strukturell umzusetzen und wiederholte Verletzungen zu verhindern, nahm es jedoch kaum vor.¹²

Zusätzlich wurde Russlands Beziehung zum Europarat von Beginn an durch militärische Konflikte erheblich belastet. Auf den ersten Tschetschenienkrieg, der den Beitritt Russlands verzögerte, folgten weitere Auseinandersetzungen.¹³ Die Annexion der Krim ließ das Verhältnis 2014 auf einen neuen Tiefpunkt sinken.¹⁴ Die Parlamentarische Versammlung des Europarates reagierte mit einem Entzug der Stimmrechte russischer Abgeordneter, woraufhin Russland die weitere Zusammenarbeit mit dieser boykottierte. Um seiner Forderung nach Rehabilitation Nachdruck zu verleihen, stellte Russland seine umfangreichen Beitragszahlungen ein und drohte mit dem Austritt. Das brachte den Europarat in finanzielle Bedrängnis und Russland letztlich den gewünschten Erfolg: Trotz Protesten, etwa der Ukraine, Georgiens oder der baltischen Staaten, ruderete der Europarat 2019 schließlich unter dem russischen Druck zurück und stellte die

7 MwN *Starzhenetskiy*, The Execution of ECtHR Judgements and the ‘Right to Object’ of the Russian Constitutional Court, in *Breuer*, Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm? (2019) 245 (246, 252 ff); *Nußberger*, Russland und der Europarat – Rückblick und Abgesang, DRiZ 2022, 148 (149), hebt insb das durch den Beitritt veränderte Bewusstsein einer externen Kontrolle und Rechtfertigungspflicht zu unterliegen hervor. Siehe auch *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Russian Federation. Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments. Main Achievements in Member States, <https://rm.coe.int/marussia-eng/1680a186c0> (3.9.2022).

8 Auch wenn über den konkreten Beginn des *backlash* durchaus diskutiert werden kann, so gilt doch der Fall *Markin*, EGMR 7.10.2010 bzw EGMR 22.3.2012 (GK), 30078/06, *Konstantin Markin/Russland*, als besonders einschneidend; vgl hierzu etwa *Matta/Mazmanyanyan* in *Popelier/Lambrechtl/Lemmens* 500 f; *Starzhenetskiy* in *Breuer* 256 f. Zu dem Verhältnis allgemein etwa noch *Mälksoo* in *Mälksoo/Benedek* 5 ff; *Matta/Mazmanyanyan* in *Popelier/Lambrechtl/Lemmens* 485 ff.

9 *Starzhenetskiy* in *Breuer* 255 ff.

10 Vgl zu diesem „right to object“ und den in dem Kontext wichtigsten Rechtssachen *Starzhenetskiy* in *Breuer* insb 259 ff.

11 Prominente Ausnahme ist hier der Fall *Yukos*, EGMR 31.7.2014, 14902/04, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Russland*, wonach einem russischen Öl-Konzern über 1,86 Milliarden Euro Entschädigung zugesprochen wurden, das russische Verfassungsgericht dieses Urteil jedoch für undurchführbar erklärte.

12 Vgl zu diesen Tendenzen mwN *Mälksoo* in *Mälksoo/Benedek* 5 ff, 17.

13 Vgl zum zweiten Tschetschenienkrieg 1999 und dem Georgienkrieg 2008 *Matta/Mazmanyanyan* in *Popelier/Lambrechtl/Lemmens* 486 f, 492 f.

14 *Roter* in *Mälksoo/Benedek* 47 ff.

Rechte Russlands wieder her.¹⁵ Zu einer nachhaltigen Verbesserung der Beziehung sollte es jedoch nicht mehr kommen.

Zuletzt war Russland als ein äußerst Straßburg-kritischer Mitgliedstaat bekannt, dessen Kooperationswille zunehmend schwand und dessen Menschenrechtslage sich laufend verschlechterte.¹⁶ Während Russland einen beträchtlichen Anteil zum Budget beisteuerte,¹⁷ war es auch bis zuletzt für einen Großteil der anhängigen Fälle verantwortlich. Mit Stand 31.12.2021 waren 17.000 Beschwerden gegen Russland anhängig, das entspricht 24,2% aller anhängigen Beschwerden.¹⁸

3. Der Ausschluss und seine Implikationen

3.1. Der Ausschluss als vorbildloser Vorgang

In der über 70-jährigen Geschichte des Europarates ist der Ausschluss eines Mitgliedstaates beispiellos. Einzig Griechenland war 1969 nach einem Militärputsch ausgetreten, um einem Ausschluss zuvorzukommen, wurde aber nach der Wiederherstellung seiner Demokratie wieder aufgenommen.¹⁹ Auch andere regionale Menschenrechtsorganisationen bieten keine Vorbilder – weder im afrikanischen noch im amerikanischen Menschenrechtsregime kam es bislang zu einem Ausschluss.²⁰

3.2. Das Vorgehen des Europarates

Auf diesem bisher unbeschrittenen Weg ist die Vorgehensweise der Organe des Europarates insbesondere deshalb beachtlich, da sie rechtlich nicht alternativlos war. Einerseits schloss der Europarat Russland mit sofortiger Wirkung – dh mit 16.3.2022 – aus der internationalen Organisation aus.²¹ Andererseits entschieden jedoch das Ministerkomi-

15 *Roter in Mälksoo/Benedek* 47 ff. Vgl zum detaillierten Ablauf *Glas, Russia Left, Threatened and Won: Its Return to the Assembly Without Sanctions*, strasbourgobservers.com 2.7.2019, <https://strasbourgobservers.com/2019/07/02/russia-left-threatened-and-has-won-its-return-to-the-assembly-without-sanctions/> (3.9.2022).

16 Ihre Einordnung Russlands als „Strasbourg-hostile State“ begründen *Popelier/Lambrecht/Lemmens* mit der grundlegenden Infragestellung der Autorität des Gerichtshofs sowie einer offenkundig mangelnden Bereitschaft zur Pflichterfüllung, vgl Introduction: Purpose and Structure, Categorisation of States and Hypotheses, in *Popelier/Lambrecht/Lemmens, Criticism of the European Court of Human Rights* (2016) 3 (9 f).

17 2021 war Russland mit knapp unter 34 Millionen Euro fünfgrößter Beitragszahler, vgl Council of Europe Programme and Budget 2022-2025 (2021) 206, <https://rm.coe.int/0900001680a4d5de> (3.9.2022).

18 Analysis of Statistics 2021 (2022) 7, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2021_ENG.pdf (3.9.2022). Für weitere Statistiken vgl die Website des EGMR <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=> (3.9.2022).

19 Vgl etwa *Benedek, The Effectiveness of the Tools of the Council of Europe Against Democratic Backsliding: What Lessons Can be Learned from the “Greek Case“?* ALJ 2020, 1 (2 f).

20 Die Sanktionsmöglichkeiten der Menschenrechtsregime gegenüber ihren Mitgliedstaaten vergleichend *Steininger, With or Without You: Suspension, Expulsion, and the Limits of Membership Sanctions in Regional Human Rights Regimes*, ZaöRV 2021, 533 (insb 545 ff).

21 Siehe Einleitung.

tee des Europarates²² sowie das Plenum des EGMR²³, dass Russland, trotz sofortigem Ausschluss aus dem Europarat, noch weitere sechs Monate – also bis zum 16.9.2022 – als Konventionsstaat an die EMRK gebunden bleibt. In beiden Fällen hätten die rechtlichen Regelungen auch eine andere Deutung zugelassen.

Der Ausschluss aus dem Europarat richtet sich nach Art 8 der Satzung des Europarates.²⁴ Dem Wortlaut nach kann ein Mitgliedstaat erst ausgeschlossen werden, nachdem er sich trotz Aufforderung weigert auszutreten. Dass der Europarat Russland einen Tag nach seiner Austrittserklärung mit sofortiger Wirkung ausschloss, war somit im Text der Satzung so nicht vorgesehen.²⁵ Nach *Schmahl*²⁶ ist dieses Vorgehen jedoch teleologisch rechtfertigbar, da eine weitere Zusammenarbeit mit Russland aufgrund der Schwere des Rechtsbruchs unzumutbar war. Der von Russland erklärte Austritt wäre nämlich, anders als der Ausschluss, erst mit Ende des Jahres wirksam geworden.²⁷

Demgegenüber richtet sich das Ende der Mitgliedschaft in der EMRK nach Art 58 EMRK, wobei nach Abs 3 ein aus dem Europarat ausscheidender Staat auch aus der EMRK ausscheidet. Hier wiederum ist die vom Europarat angenommene Bindung an die EMRK für weitere sechs Monate umstritten. Nach Teilen der Literatur²⁸ ist zumindest zweifelhaft, ob die sechs-monatige Frist, die Art 58 Abs 1 EMRK für Vertragskündigungen durch einen Staat vorsieht, auch für den Fall gilt, dass ein Staat gem Art 58 Abs 3 EMRK aus dem Europarat ausscheidet. Vielmehr hätte man auch ein gleichzeitiges Ausscheiden aus Europarat und EMRK annehmen können.²⁹ In der Folge wäre Russland aber seit dem 16.3.2022 nicht mehr an die EMRK gebunden gewesen und könnte auf dieser Grundlage nicht für Menschenrechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden, was insbesondere im Lichte des Schutzzwecks von Menschenrechtsverträgen zu kritisieren gewesen wäre.³⁰

22 Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe, 23.3.2022, Rz 7.

23 Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22.3.2022. In einer ersten Reaktion hatte der EGMR jedoch die Behandlung aller gegen Russland anhängigen Beschwerden suspendiert, vgl Press Release ECHR 092 (2022), 16.3.2022.

24 Satzung des Europarates, BGBl 1956/121 idF BGBl III 2015/89.

25 So auch einhellig *Benedek*, Der Ausschluss Russlands aus dem Europarat, NLMR 2022, 81 (84, 86); *Schmahl*, Der ungleichzeitige Ausschluss Russlands aus Europarat und EMRK, NVwZ 2022, 595 (596 f); *Mantilla Blanco*, A Backdoor Exit from the European Convention on Human Rights: Russia, the Council of Europe and Article 58(3) ECHR, Verfassungsblog 5.4.2022, <https://verfassungsblog.de/a-backdoor-exit-from-the-european-convention-on-human-rights/> (3.9.2022).

26 *Schmahl*, NVwZ 2022, 596; bzw bereits zuvor *Schmahl*, NJW 2022, 972.

27 Art 7 Satzung des Europarates.

28 *Schmahl*, NVwZ 2022, 596 f; *Mantilla Blanco*, Backdoor Exit, Verfassungsblog; *Benedek* scheint sich der Interpretation des Europarates anzuschließen, NLMR 2022, 85.

29 Vgl zu einer ausführlichen Auslegung des Art 58 Abs 3 EMRK *Schmahl*, NVwZ 2022, 596 f.

30 Vgl *Schmahl*, NVwZ 2022, 597; *Mantilla Blanco*, Backdoor Exit, Verfassungsblog, nennt dieses Ergebnis, wonach der Ausschluss eines Mitgliedstaates wegen Menschenrechtsverletzungen gleichzeitig dessen Verantwortung für diese beseitigt, bizarr, und sieht Änderungsbedarf; ähnlich *Jahn*, The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights, EJIL:Talk! 23.3.2022, www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/ (3.9.2022).

Zum einen war also der Ausschluss mit sofortiger Wirkung so in der Satzung nicht vorgesehen, zum anderen hätte damit auch ein sofortiges Ausscheiden aus der EMRK stattfinden können. Da es zu einem Ausschluss Russlands gekommen ist – bei einem erst Ende des Jahres wirksam werdenden Austritt hätte sich die Frage so nicht gestellt – ist die vom Europarat gewählte Auslegung des Art 58 Abs 3 EMRK rechtspolitisch freilich zu begrüßen.³¹ Mit ihr kann Russland für Konventionsverletzungen, die bis zum 16.9.2022 ergangen sind, verantwortlich gemacht werden, und zwar wohl unabhängig von dem Datum, an dem die Beschwerde erhoben wird.³²

Ob Russland die Entscheidungen des EGMR anerkennt, steht auf einem anderen Blatt. Die Zeichen hierfür stehen jedenfalls denkbar schlecht. Im Juni 2022 unterzeichnete der russische Präsident Putin ein Gesetz, demzufolge nach dem 15.3.2022 ergangene Urteile des EGMR nicht mehr auszuführen sind.³³ Dies zielt offenbar nicht nur auf neue Beschwerden ab, sondern betrifft wohl auch die vielen derzeit noch anhängigen Beschwerden, deren geltend gemachte Rechtsverletzungen oft Jahre zurückliegen. Angesichts dieser Divergenz zur Auffassung des Europarates wird sich wohl erst zeigen, wie der EGMR mit Beschwerden gegen Russland künftig verfahren wird.

3.3. Ambivalenz eines Ausschlusses

Das – rechtlich nicht selbstverständliche – Vorgehen des Europarates führt die Ambivalenz eines Ausschlusses aus einer internationalen Menschenrechtsorganisation vor Augen. Auf der einen Seite ist es ja gerade Sinn und Zweck solcher Organisationen und Verträge, die betroffenen Menschen zu schützen. Wird ein Staat aufgrund grober Menschenrechtsverletzungen ausgeschlossen, werden die Menschen der Möglichkeit beraubt, sich wegen ebendieser Verletzungen an eine internationale Instanz zu wenden.³⁴ Die Mitgliedschaft Russlands liegt insofern besonders im Interesse der russischen Bevölkerung und weniger in jenem des russischen Staates. Gegen einen Ausschluss spricht gleichfalls, dass der Staat sich weiter aus der Einflussphäre der Organisation entfernt und sich ein Fenster des Dialogs schließt.³⁵ Mit dem Ausschluss des größten der bisher 47 Mitgliedstaaten

31 Vgl auch *Dzehtsiarou/Helfer*, Russia and the European human rights system: Doing the right thing ... but for the right legal reason? EJIL:Talk! 29.3.2022, www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/ (3.9.2022); sowie *Schmahl*, NVwZ 2022, 598, wonach beide Entscheidungen des Europarates politisch und moralisch gerechtfertigt, wenn auch rechtlich nicht überzeugend bzw ausreichend argumentiert sind.

32 Vgl die Wortfolge in Resolution CM/Res(2022)3, Rz 7: „[...] the Court remains competent to deal with applications [...] in relation to acts or omissions [...] provided that they occurred until 16 September 2022.“ Beschwerden könnten demnach noch Jahre später erhoben werden.

33 Vgl TASS, Putin signs into law bills on annulling compliance with ECHR rulings in Russia, [tass.com 11.6.2022, https://tass.com/russia/1463889](https://tass.com/russia/1463889) (3.9.2022); siehe auch TASS, State Duma gives thumbs up to Russia annulling compliance with ECHR rulings, [tass.com 7.6.2022, https://tass.com/politics/1461795](https://tass.com/politics/1461795) (3.9.2022).

34 Zu diesem Dilemma statt vieler auch *Steininger*, ZaöRV 2021, 536.

35 Vgl zu den dem Europarat zur Verfügung stehenden Instrumenten der Einflussnahme etwa *Benedek*, ALJ 2020, 7 ff; sowie im Detail zu Sanktionen und Ausschluss *Steininger*, ZaöRV 2021, 537 ff.

hat der Europarat jedenfalls erheblich an Reichweite eingebüßt. Diese Argumente gehen jedoch zum Teil ins Leere, sobald die Entscheidungen des Gerichts nicht mehr umgesetzt werden oder ein Staat sich dem Einfluss nachhaltig entzieht und Dialogbereitschaft bloß zum Schein aufrechterhalten wird.³⁶

Auf der anderen Seite gibt es gewisse rote Linien, bei deren Überschreiten die Mitgliedschaft eines Staates in einer Organisation, welche sich dem Schutz der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit verschrieben hat, untragbar wird. In einer solchen Lage verliert nicht nur der Staat jede Berechtigung, in einer solchen Organisation mitzugestalten. Auch die Legitimität oder sogar der Bestand der Organisation stehen auf dem Spiel.³⁷ So hat der Europarat beispielsweise durch den Umgang mit der rechtswidrigen Annexion der Krim an Glaubwürdigkeit verloren.³⁸

Wann diese rote Linie überschritten ist und auch die Vorteile einer Mitgliedschaft diese nicht mehr rechtfertigen können, ist zweifelsohne eine umstrittene Abwägungsentscheidung. Wie gezeigt, hätte es in der Vergangenheit bereits mehrfach die Gelegenheit gegeben, den Ton gegenüber Russland zu verschärfen.³⁹ Das skizzierte Dilemma sowie auch Russlands politische Stärke und sein budgetäres Gewicht⁴⁰ haben jedoch – wenn überhaupt – nur zu verhaltenen Sanktionen geführt, was nicht ohne Kritik blieb.⁴¹ Umso bemerkenswerter ist daher das geschlossene Vorgehen des davor oft als zaghaft bezeichneten Europarates beim endgültigen Ausschluss Russlands,⁴² mag die damit gezogene rote Linie auch denkbar hoch angesetzt sein.⁴³

4. Schluss

Russlands Verhältnis zum Europarat folgte einer allgemein wahrnehmbaren Tendenz: Internationale Menschenrechtsregime werden von Mitgliedstaaten zunehmend funda-

36 Vgl etwa *von Gall*, Jenseits der roten Linien: Warum der russischen Delegation in der Parlamentarischen Versammlung des Europarats nicht mehr das Mandat erteilt werden sollte, *Verfassungsblog* 25.1.2022, <https://verfassungsblog.de/jenseits-der-roten-linien/> (3.9.2022), die argumentiert, dass Individualbeschwerden gegen Russland an Wert verloren haben. Die symbolische Wirkung einer Verurteilung betonend aber etwa *Nußberger*, *DRiZ* 2022, 149.

37 Vgl zur Abwägung dieser Argumente etwa *Dzehtsiarou/Coffey*, Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe: Difficult Decisions in Troubled Times, *ICLQ* 2019, 443 (467 ff); siehe etwa auch *von Gall*, Gemeinsam für den Frieden und die Einheit Europas? Der Europarat und Russland, *Verfassungsblog* 5.5.2019, <https://verfassungsblog.de/gemeinsam-fuer-den-frieden-und-die-einheit-europas-der-europarat-und-russland/> (3.9.2022).

38 Statt vieler *Glas*, *Russia Left, Threatened and Won*, strasbourgobservers.com.

39 *Demir-Gürsel*, The Council of Europe's Sharp Turn: Russia's Expulsion and its Possible Implications for Other Member States, *Verfassungsblog* 25.3.2022, <https://verfassungsblog.de/the-council-of-europes-sharp-turn/> (3.9.2022); *Schmahl*, *NJW* 2022, 971.

40 Zu den Auswirkungen dieser Faktoren auf das Verhältnis zwischen Russland und Europarat *Roter in Mälksool/Benedek*.

41 ZB *von Gall*, Gemeinsam für den Frieden und die Einheit Europas? *Verfassungsblog*; *Glas*, *Russia Left, Threatened and Won*, strasbourgobservers.com.

42 *Demir-Gürsel*, The Council of Europe's Sharp Turn, *Verfassungsblog*; *Schmahl*, *NJW* 2022, 971 f; vgl auch Fn 3 zur einstimmigen Entscheidung der Parlamentarischen Versammlung.

43 Statt vieler auch *Forde*, From Grey Zones to Red Lines: Implications of the Ukraine Conflict on Europe's Human Rights System, *Völkerrechtsblog* 1.3.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/de/from-grey-zones-to-red-lines/> (3.9.2022).

mental kritisiert, bisweilen wird ihre Autorität sogar gezielt untergraben.⁴⁴ Zugleich mehrten sich in vielen Staaten populistische oder autokratische Entwicklungen, die regelmäßig mit einer offenen Missachtung von Menschenrechten einhergehen.⁴⁵ Für diese Tendenzen war Russland ein bevorzugt herangezogenes Beispiel.

Am Beispiel Russlands wurden nun auch die Grenzen der Leistungsfähigkeit von internationalen Menschenrechtsorganisationen aufgezeigt. Sie sind letztlich auf die Kooperation ihrer Mitgliedstaaten angewiesen und haben nur beschränkte Möglichkeiten gegen die beschriebenen Tendenzen vorzugehen.⁴⁶ Auch ein an sich erfolgreiches System wie das europäische Menschenrechtsregime benötigt gewisse Grundvoraussetzungen in den Mitgliedstaaten, um seine volle Wirkung entfalten zu können. Andernfalls läuft es selbst Gefahr bedroht oder unterwandert zu werden.

Mag.^a Stephanie Klammer, BA, ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; stephanie.klammer@univie.ac.at

44 Zur Diskussion um einen zunehmenden *backlash* statt vieler mwN etwa *Steininger*, ZaöRV 2021, 534 ff, 541 ff.

45 Vgl das von *Benedek* behandelte *democratic backsliding*, ALJ 2020, 6 f.

46 *Benedek*, ALJ 2020, 19 f; *Steininger*, ZaöRV 2021, 565.

Ein Standardwerk für eine rassismuskritische Rechtswissenschaft

Ines Rössl

Rezension zu: *Doris Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, Suhrkamp Verlag, Berlin 2021, 489 Seiten, ISBN: 978-3-518-29952-4.

Im Vorwort eines *juridikum*-Schwerpunkts zum Thema „Rassismus und Recht“ wird angemerkt, dass rassismuskritische Rechtswissenschaft in Österreich bisher noch wenig ausgeprägt ist.¹ *Doris Liebscher*, seit 2020 Leiterin der Ombudsstelle für das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz und langjährige Expertin in dem Gebiet, hat mit „Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie“ ein Werk vorgelegt, welches das Potential zum Standardwerk hat. Es leistet notwendige Begriffsarbeit, zeichnet historische Entwicklungslinien nach und bleibt bei aller interdisziplinären und rassismustheoretischen Expertise im Recht verankert. Dass es schwerpunktmäßig die historische und aktuelle Gesetzes- und Rechtsprechungslage in Deutschland darstellt, tut der Nützlichkeit dieser Abhandlung aus österreichischer Perspektive keinen Abbruch.

In sechs Kapiteln, die jeweils zahlreiche Unterkapitel und Gliederungsebenen enthalten, schlägt das Buch den Bogen von Ausführungen zu rassismuskritischer Rechtswissenschaft über die Auseinandersetzung mit Rassismen und Rassediskursen hin zur Untersuchung rassistischer Rechtsordnungen einerseits sowie von Recht, das gegen Rassismus in Stellung gebracht wird, andererseits, um mit einem Plädoyer für mehr Rassismuskritik im Recht zu enden.

Nach einer kurzen Einleitung, die der Orientierung und der Erläuterung des Sprachgebrauchs im Buch dient, stellt *Liebscher* die theoretischen Bezugspunkte rassismuskritischer Rechtswissenschaft vor: die sozialwissenschaftliche Rassismus- und Migrationsforschung, die Reflexion von rechtlichen Gleichheits-, Differenz- und Normalitätsvorstellungen durch die feministische Rechtswissenschaft, schließlich die in den USA in den 1980er Jahren entwickelte Critical Race Theory (CRT).

Als Prämissen bzw Ansatzpunkte für Kontroversen rassismuskritischer Rechtswissenschaft nennt *Liebscher*: Erstens, Rassismus wird als Machtverhältnis und nicht als individuelles Vorurteil aufgefasst, weshalb insb strukturelle Komponenten in den Blick ge-

1 Vgl Rössl/Markom, Vorwort der Gastherausgeber:innen, *juridikum* 2021, 473 (473).

nommen werden. Zweitens, das Verhältnis zwischen Recht und herrschenden sozialen Verhältnissen wird als eines der „relativen Autonomie“ (38)² verstanden, denn Recht ist daran beteiligt, rassistische Verhältnisse hervorzubringen bzw zu stabilisieren, gleichzeitig aber erhebt es auch den Anspruch, rassistische „Gewalt und Diskriminierung [zu] verhindern und [zu] beseitigen“ (39). Drittens, rassismuskritische Rechtswissenschaft arbeitet einerseits die „Situiertheit“ von „rassialisiertem Wissen“ (40f) im Recht heraus und ist andererseits bestrebt, „rassismuskritischem Wissen in rechtswissenschaftlichen Diskursen mehr Gehör und Gewicht zu verschaffen“ (41). Viertens, rassismuskritische Rechtswissenschaft berücksichtigt die intersektionale³ Verschränkung „von sozialen Ungleichheitsverhältnissen und Machtstrukturen, wie Rassismus und Sexismus“ (46). Fünftens, sie diskutiert darüber, ob und inwiefern eine antirassistische Bezugnahme auf Kategorien wie etwa „Rasse“ eben diese festschreiben und zu Essentialisierungen führen kann. *Liebscher* selbst verwendet häufig den Begriff „rassialisierte Differenz“ statt „Rasse“ (22), um die soziale Konstruktionsleistung und den intersektionalen Bedeutungsüberschuss von Rassekonzeptionen (zB Verwobenheiten mit Religion, Kultur oder Staatsangehörigkeit) explizit zu machen.⁴

Ein zentrales Anliegen des Buchs ist es, aufzuzeigen, in welcher Weise rassistisches Wissen Eingang in das Recht findet. Deshalb geht die Untersuchung in einem ersten Schritt kontextbezogenen Ausprägungen von Rassismus und Rassediskursen nach. *Liebscher* bespricht kolonialen Rassismus, Antisemitismus, Antiziganismus, Antislawismus, antimuslimischen Rassismus und nationalistischen Rassismus gegen Migrant:innen. Sie erklärt die Unterschiede zwischen US-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Kontext und identifiziert wissenschaftliche und alltagsbezogene Diskursfelder,⁵ aus denen juristische Konzeptbildungen rassialisierter Differenz schöpfen. Weiters spielen verschiedene antirassistische Diskurse, die mit unterschiedlichen Konzeptionen rassialisierter Differenz einhergehen, eine Rolle: So etwa „postrassistische, liberale Diskurse“, die Rassismus primär als individuelles Vorurteil verstehen (148), oder Bezugnahmen auf „rassisch definierte Gruppenidentitäten“ durch rassistisch unterdrückte Gruppen (148). In einem weiteren Schritt geht *Liebscher* der Frage nach, auf welche Weise verschiedene Rassediskurse in das Recht einfließen. Hierfür untersucht sie zunächst Formen rassistischen Rechts. Darunter wird Recht verstanden, das rassistische Ungleichheit „nicht nur bewirkt, sondern bezweckt“ (150). Dargestellt wird die Rechtsentwicklung in den USA, ua die nach Aufhebung der Sklaverei erlassenen *Jim Crow Laws* und *Anti-Miscegena-*

2 Siehe zum Begriff auch *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2007) 153–155, 160–162.

3 Vgl dazu einleitend *Rössl*, Rereading Crenshaw. Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive, *juridikum* 2021, 31.

4 Vgl dazu auch *Liebscher*, Rassismen im Recht erkennen. Grundlegungen und Prämissen rassismuskritischer Rechtswissenschaft, *juridikum* 2021, 482 (487 f).

5 Bspw „ältere“ anthropologische, erbbiologische und völkische Rassediskurse, sowie neuere biowissenschaftliche und kulturalistische Diskurse.

tion Laws. Zweitens widmet sich das Buch den Rechtsverhältnissen in den Kolonien des deutschen Kaiserreichs, wobei es idZ ua einschlägige Reichstagsdebatten erörtert. Als drittes Beispiel für rassistisches Recht wird das nationalsozialistische Recht herangezogen, welches nicht nur auf Ausbeutung, sondern auf „Vernichtung im Namen der Rasse“ (205) abzielte. Wie schon zuvor bei der Darstellung unterschiedlicher Rassismen und Rassediskurse destilliert *Liebscher* sowohl Gemeinsamkeiten und historische Verbindungslinien als auch Unterschiede heraus.

„Rasse“ als rechtliche Kategorie taucht nicht nur in rassistischem Recht auf, sondern auch im „Recht gegen Rassismus“ (206). Ein zentrales Kapitel des Buchs untersucht rechtliche Instrumente und Rechtsprechungslinien, die auf rassistische Diskriminierung reagier(t)en. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Frage, ob und inwieweit diese selbst rassistisches Wissen legitimieren und reproduzieren. Die Untersuchung beginnt mit einer Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung zum US-amerikanischen Verfassungsrecht seit 1873, behandelt danach die internationalen Menschenrechtsinstrumente, die EU-Antirassismus-RL 2000/43/EG sowie deren gerichtliche Interpretation und einzelstaatliche Umsetzung und widmet sich dann schwerpunktmäßig der Entwicklung des deutschen Verfassungsrechts. Dabei bekommt auch das DDR-Recht Raum, um danach den Gesetzwerdungsprozess des Diskriminierungsverbots aufgrund der „Rasse“ in Art 3 Abs 3 GG nachzuzeichnen, insb im Wege einer Analyse der parlamentarischen Diskussionsprozesse. Es geht *Liebscher* durchwegs darum, aufzuspüren, mit welchem mehr oder minder impliziten Vorverständnis und mit welchen rassistischen Wissensbeständen das Diskriminierungsverbot des GG angereichert ist. Anhand der Kommentierungen und der Rsp zu Art 3 Abs 3 GG analysiert *Liebscher*, welche Konzepte von Rassismus und rassialisierter Differenz den juristischen Auseinandersetzungen mit dem Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“ zugrunde liegen. Das Kapitel endet mit einer Diskussion der rezenten Debatte⁶ über die Frage, ob der Rassebegriff in Art 3 Abs 3 GG beibehalten werden oder durch eine andere Formulierung ersetzt werden sollte.

In einem zusammenfassenden Kapitel zieht *Liebscher* Schlüsse aus ihren Untersuchungen: Für rassistuskritische Rechtswissenschaft ist „Rassismus“ zentraler Bezugspunkt. „Rassische Kategorien“ (462) entstehen erst im Kontext asymmetrischer Macht- und Gewaltverhältnisse. Das bedeutet: Erst aus der Betrachtung der Geschichte des Rassismus und seiner konkreten Ausprägungen erschließen sich die „Bedeutungen, Verwendungsweisen und die Wirkmacht von Rasse“ (463). Dies gilt auch für „Rasse“ als rechtliche Kategorie. Selbst jenes Recht, das sich explizit gegen Rassismus wendet, „reagiert [...] auf bereits vorgefundene gesellschaftliche und rechtliche Kategorisierungen wie *race* bzw. Rasse und [übernimmt] diese.“ (465). Nun geben aber „die herkömmlichen auf die Bio-

6 Siehe dazu etwa *Barskanmaz/Samour*, Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, VerfBlog, 16.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/>; *Liebscher*, Das Problem heißt Rassismus: Zur Debatte um den Rasse-Begriff im Grundgesetz und den Vorteilen einer postkategorialen Alternative, VerfBlog, 11.6.2020, <https://verfassungsblog.de/das-problem-heisst-rassismus/> (4.7.2022).

logie oder Hautfarbe der Betroffenen fixierten Rassedefinitionen keine Antworten“ (472) auf jene Rassismen, die sich nicht oder nicht (mehr) ausschließlich rassenbiologischer Begründungen bedienen, wie etwa antimuslimischen Rassismus, Rassismus gegenüber Migrant:innen, Antiziganismus oder zeitgenössischen Antisemitismus (vgl 471 f). Ein antirassistisches Recht bedarf daher anderer theoretischer Zugriffsmöglichkeiten. *Liebscher* warnt allerdings davor, auf scheinbar unverfänglichere Kategorien wie Ethnizität oder Religion zu rekurrieren (472). Dies verschleierte, dass es sich sehr wohl um Rassismen handle, und befördere erst recht wieder ein Diskriminierungsverständnis, das rassialisierte Differenz auf „unveränderliche persönliche Eigenschaften“ (473) reduziert und die asymmetrischen strukturellen Machtverhältnisse in den Hintergrund treten lässt, in denen Rassialisierungsprozesse stattfinden. *Liebscher* setzt dem ein postkategoriales Verständnis von rassistischer Diskriminierung entgegen, das kategoriale Rechtsbegriffe wie „Rasse“ oder „Ethnizität“ hinter sich zu lassen versucht und stattdessen „rassistische Zuschreibung“ (481) in den Vordergrund rückt. Unabhängig von der äußerst kontrovers diskutierten Frage, ob „Rasse“ als Rechtsbegriff verabschiedet werden sollte, braucht es, so *Liebscher*, mehr „rassismustheoretisches und rassismuserfahrenes Wissen“ (482) im Rechtsdiskurs und die Etablierung einer tragfähigen und umfassenden rechtlichen Rassismusdefinition. *Liebschers* Formulierungsvorschlag für eine solche mag die Pointe des Buchs sein und soll an dieser Stelle nicht verraten werden. Die darauf hinführenden 482 Seiten lohnen die Lektüre: Leser:innen finden darin einen reichhaltigen Fundus an empirischem Material und Reflexion – eine „Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie“, die unverzichtbare Arbeit für eine rassismuskritische Rechtswissenschaft leistet.

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

Das Kräutercabrio und die Behörden

Erfahrungsbericht aus der Parkspur

Christoph Schwarz

1. Ausgangslage: autogerechte Stadt

Das Planungsideal der autogerechten Stadt dominiert noch immer die Verteilung des öffentlichen Raumes in Wien. Obwohl der motorisierte Individualverkehr in der Verkehrsmittelwahl („modal split“) nur für knapp ein Drittel aller Wege in Anspruch genommen wird, bekommt er überproportional viel Raum zugesprochen. Angesichts der drastischen Folgen der menschengemachten Erderhitzung wird vor allem dem Verkehrssektor eine entscheidende Rolle in der Dekarbonisierung zugesprochen.¹ Die Privilegien des Autos im ruhenden Verkehr sind besonders bemerkenswert: Für unfassbar billige 10 Euro im Monat können bis zu 10m² öffentlicher Raum besetzt, kann direkt vor der Haustür parkiert werden.² Zudem ist der Antrag auf ein Anrainerparkpickerl unbürokratisch und innerhalb weniger Minuten abgeschlossen.

Den Platz direkt vor der eigenen Haustür zu einem ähnlich günstigen Preis für klimafreundliche Tätigkeiten zu nützen, ist hingegen nicht vorgesehen, was mich und einige Nachbar:innen in Wien-Alsergrund auf die Idee brachte, ein in die Jahre gekommenes aber immer noch fahrtüchtiges Cabrio mit Anrainerparkberechtigung auszustatten, mit Erde zu füllen und zu einem Hochbeet umzufunktionieren.

2. Cabriobeet Wien

Unter dem Projektnamen „Cabriobeet“ bauen wir seit Sommer 2021 gemeinsam mit der Nachbarschaft Küchenkräuter an. Über dem Beet befindet sich ein Banner mit dem Satz: „Wien, du bist ein Parkplatz“. Kurz nach dem Aufstellen meldete die für die Entfernung nicht fahrtüchtiger KFZ zuständige Magistratsabteilung 48 (MA48) Bedenken an, ob unser Cabrio wohl fahrtüchtig sei. Nachdem wir das Lenkrad von Erde freiräumten, um die Fahrtüchtigkeit zu beweisen, und den Stellplatz wechselten, folgte die Erklärung der

1 Die Emissionen im Verkehrssektor sind in Österreich seit 1990 um 74% gestiegen und machen alle Einsparungserfolge in anderen Sektoren zunichte. *Umweltbundesamt*, Klimaschutzbericht, <https://www.umweltbundesamt.at/fileadmin/site/publikationen/rep0776.pdf> (1.10.2022).

2 *Stadt Wien*, Parkpickerl für Bewohner*innen im Wohnbezirk, <https://www.wien.gv.at/amtshelfer/verkehr/parken/kurzparkzone/parkpickerl.html> (1.10.2022).

Behörde, ein Fahrzeug müsse nicht nur fahrtüchtig, sondern allzeit fahrbereit sein.³ Um der drohenden Abschleppung zu entgehen, schaufelten wir den Lenker:innensitz von Erde frei und platzierten stattdessen eine Topfpflanze, die jederzeit entfernt werden kann, um den Wagen zu bewegen. Wie lange ein PKW mit Anrainerparkbewilligung⁴ unbewegt im Straßenraum stehen darf, ist gesetzlich nicht geregelt. Seitdem wird das Cabriobeet von den Behörden geduldet und als Bezirksattraktion sowie Symbol für die reaktionäre Verkehrspolitik der Wiener Stadtregierung wahrgenommen.

3. Cabriostrand Graz

Als Schwesternprojekt zum „Cabriobeet“ entstand im Sommer 2022 der sog „Cabriostrand“ in Graz: ein Cabriolet, das zu einer Sandkiste für Kinder umgebaut wurde, um darauf aufmerksam zu machen, wie stark die jüngsten Mitglieder unserer Gesellschaft unter den Privilegien des motorisierten Individualverkehrs leiden. Bis vor zwei Generationen war die Stadt ein bunter Spiel- und Erfahrungsraum für Kinder. Mit dem Siegeszug der PKW wurden Kindern hermetisch abgeriegelte Spielzonen zugedacht, die oft nur mit Hilfe von Erwachsenen und nach Zurücklegen weiter Wege erreicht werden können. In Graz wählten die Behörden einen anderen Weg, um sich gegen die Zweckentfremdung eines Fahrzeugs zu wehren: Innerhalb kürzester Zeit wurde uns vom Straßenamt die Ausnahmegenehmigung für das Anrainerparken abgesprochen. Das „Motiv des Gesetzgebers“ für das Anrainerparken hätte nicht darauf abgezielt, „ein Kfz mit Sand zu füllen um Kindern eine Sandkiste zur Verfügung zu stellen“. Das persönliche Interesse, ein Fahrzeug vor der eigenen Haustür zu parken, zielt auf das Erledigen von Einkäufen oder das Pendeln in die Arbeit ab. Ein Sandspielplatz für die Nachbarskinder ist laut Behörden kein Grund für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zum Parkieren nach § 45 Abs 4 StVO. Aktuell sind wir darum bemüht, eine Sondergenehmigung für das Aufstellen des Cabriostrands in den Parkspuren von Graz-Gries zu bekommen.

4. Hochbeete in der Parkspur

Um den Wiener Behörden die Möglichkeit zu geben, unter Beweis zu stellen, dass der „einfachste Weg für ein Hochbeet“ eben nicht ein Cabrio darunter sei, haben wir im Herbst 2021 einen Antrag auf Bewilligung des Aufstellens von zwei Hochbeeten in einer

3 In der – tw telefonisch geführten – Kommunikation mit der MA48 wurden leider keine Verweise auf die konkreten Rechtsgrundlagen genannt.

4 Gem § 45 Abs 4 StVO kann die Behörde für bestimmte Kurzparkzonen auf die Dauer von höchstens zwei Jahren Ausnahmegenehmigungen erteilen, wenn der/die Antragsteller:in in einem näher umschriebenen Gebiet wohnt und dort auch den Mittelpunkt seiner/ihrer Lebensinteressen hat und ein persönliches Interesse nachweist, in der Nähe dieses Wohnsitzes zu parken und gleichzeitig Zulassungsbesitzer:in oder Leasingnehmer:in eines Kfz ist, oder nachweist, dass ihm/ihr von der/vom Arbeitgeber:in ein Kfz zur Privatnutzung überlassen wird.

Parkspur im 9. Bezirk bei den zuständigen Behörden (MA28 und MA46) eingebracht.⁵ Dieser wurde mit folgendem Wortlaut abgelehnt:

Vor einigen Jahren wurden vermehrt Anträge auf Bewilligung von Pflanztrögen oder Ähnlichem zur Freihaltung von Ein- und Ausfahrten, zur Sichtverbesserung, zur physischen Unterbindung von vorschriftswidrigen Verparkungen etc. gestellt. Bei positiver Beurteilung derartiger Bewilligungen, war mit einer Vielzahl von Folgeanträgen zu rechnen. Diese hätten auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes ebenfalls bewilligt werden müssen und war dadurch eine massive Auswirkung auf den ruhenden Verkehr zu erwarten. Deshalb haben wir uns entschlossen, derartige Nutzungen nur auf Gehflächen (sic!) unter gewissen Kriterien zu genehmigen.

Wir brachten umgehend eine Beschwerde gegen diese Ablehnung beim Verwaltungsgericht Wien mit der Begründung ein, aktuell bestünde noch keine Häufung der Sondernutzung. Unser Argument ist, es sei „nicht gleichheitswidrig/unsachlich, wenn eine Sondernutzung dann nicht bewilligt wird, wenn ihre Häufung den Gemeingebrauch gefährdet.“ Nach einem halben Jahr erreichte uns eine unbefriedigende Antwort des VwG: Man könne unsere Beschwerde „mangels Vorliegens eines Bescheids“ nicht behandeln. Die Rückmeldungen der Magistratsabteilung ließen *„jegliche für einen Bescheid vorgesehene Gliederung in Begründung und Rechtsmittelbelehrung vermissen (im Text selbst wird ausdrücklich hervorgehoben, dass es sich um eine (bloße) Information handelt). Es wird jedenfalls keine – sei es rechtsgestaltende, sei es rechtsfeststellende – normative Entscheidung im Sinn eines rechtsverbindlichen Abspruchs getroffen, sondern bloß mitgeteilt, wie die belangte Behörde in der Vergangenheit in vergleichbaren Fällen aus welchen regulatorischen Erwägungen vorgegangen ist.“*

Unsere umgehende Säumnisbeschwerde, die MA46 sei uns somit einen rechtsgültigen Bescheid für unseren Antrag schuldig, wurde von dieser wiederum nach Verstreichen der vorgesehenen Frist ans VwG weitergeleitet. Zu welchem Ende dieses Verfahren kommen wird, ist derzeit noch nicht abzusehen. In Anbetracht der dramatischen Lage des Weltklimas und der knappen Zeit, die Österreich für den Umbau des Mobilitätssystems bleibt, ist es unverständlich, mit welchen bürokratischen Mitteln eine Initiative ausgebremst wird, die genau jenen Bevölkerungsgruppen Handlungsspielräume eröffnen möchte, die sich proaktiv an der Transformation zu einer postfossilen Gesellschaft beteiligen möchten. Diese Menschen sollten in ihrem Tatendrang unterstützt werden, nicht juristische Steine in den Weg gelegt bekommen.

Christoph Schwarz ist Filmemacher & Klimaaktivist und lebt in Wien; www.cabribeet.net, www.cabriostrand.net, contact@christophschwarz.net

5 Antrag zur Nutzung des öffentlichen Straßengrundes laut Gebrauchsabgabengesetz und StVO.

Menschenhandel als Fluchtgrund

Aktuelle Judikatur des VfGH zum Konventionsmerkmal der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ in Bezug auf den Menschenhandel

Nurcan Sarikaya

1. Einleitung

Fluchtgründe können sehr unterschiedlich sein, es gibt aber nur einige wenige, die geschützte Merkmale iSd Genfer Flüchtlingskonvention¹ (GFK) darstellen und somit asylrechtlich relevant sind.

Dabei spielt Art 1 der GFK eine zentrale Rolle, denn er bestimmt, wer in rechtlicher Hinsicht die Flüchtlingseigenschaft besitzt und welche Verfolgungsursachen dafür erforderlich sind.²

Zu den Verfolgungsgründen zählt neben der „Rasse“, Religion, Nationalität oder politischen Überzeugung auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, wobei über diesen in der Rsp bislang Uneinigkeit³ besteht.

Die Gründe hierfür sind sowohl definitorische Schwierigkeiten als auch die damit einhergehenden Auslegungsprobleme, insbesondere in Bezug auf den Menschenhandel als Form von geschlechterspezifischer Gewalt.

Die Anzahl der Gruppen, die weitgehend als soziale Gruppen iSd GFK anerkannt werden, steigt zwar deutlich, jedoch bleibt die Einstufung der Opfer von Menschenhandel als solche umstritten.⁴

Durch sein aktuelles Erkenntnis vom 1.7.2022, E 309/2022-17 setzt sich der VfGH mit der Frage auseinander, ob die Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution eine schutzwürdige soziale Gruppe iSd GFK darstellen.

Im Folgenden wird die Definition der „soziale Gruppe“ erläutert und ein Überblick über die aktuelle Judikatur gegeben.

2. Definition der sozialen Gruppe

Die Verfolgungsursache der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe wird öfters fälschlicherweise als ein Auffangtatbestand angesehen, jedoch stellt er trotz seiner offenen Formulierung einen eigenen Fluchtgrund dar.⁵

1 Konvention über die Rechtstellung der Flüchtlinge (GFK) BGBl 1955/55.

2 *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* GFK RZ 3.

3 Siehe etwa bejahend: BVwG 29.4.2019, 1403 2217272-1/5E; ablehnend: VwGH Ra 2019/20/0295; VwGH 14.8.2020, Ro 20/14/0002.

4 *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* GFK RZ 9.

5 *Frei/Hinterberger/Hruschka* in *Hruschka* GFK RZ 89; vgl EuGH 7.11.2013, C-199/12, *X ua*, ECLI:EU:C:2013: 720, Rn 45.

Es gab bereits zahlreiche Versuche, die genauen Umriss des Konventionsgrunds zu umschreiben, wobei sich letztendlich zwei Voraussetzungen herausgebildet haben, die den Begriff der sozialen Gruppe näher bestimmen und kumulativ vorliegen müssen.⁶

Demnach charakterisiert sich eine soziale Gruppe iSd GFK einerseits dadurch, dass die Mitglieder der Gruppe angeborene Merkmale oder einen Hintergrund haben, der nicht verändert werden kann, oder eine Glaubensüberzeugung teilen, die so bedeutsam für die Identität oder das Gewissen ist, dass die betroffene Person nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten.⁷

Zum anderen muss diese Gruppe auch eine deutlich abgegrenzte Identität aufzeigen, durch die sie von der umgebenden Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.⁸

Darüber hinaus müssen geschlechtsbezogene Aspekte einschließlich der geschlechtlichen Identität bei der Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der Ermittlung eines Merkmals einer solchen Gruppe angemessen berücksichtigt werden.⁹

3. Aktuelle Rechtsprechung des VfGH

Der VfGH kam in seinem Erkenntnis vom 1.7.2022, E309/2022-17 zu dem Schluss, dass das Erkenntnis des BVwG vom 20.12.2021, I403 2207730-3/21E mit Willkür belastet sei und der Konventionsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe im Anlassfall – bei einer nigerianischen Frau, die als Opfer von Menschenhandel sexuell ausgebeutet wurde und bei ihrer Rückkehr nach Nigeria stigmatisiert, ausgegrenzt oder diskriminiert würde – sehr wohl gegeben ist.

3.1. Judikatur des BVwG

Gegenstand des Erkenntnisses des BVwG¹⁰ war ein negativer Asylbescheid und eine Rückkehrentscheidung der Beschwerdeführerin, die nigerianische Staatsangehörige ist und bereits als Minderjährige Opfer von Menschenhandel in ihrem Herkunftsland Nigeria wurde.¹¹ Das BVwG erkannte zwar in seiner Entscheidung¹², dass nigerianische Frauen, die Opfer von Menschenhandel wurden, durch ihre sexuelle Ausbeutung einen gemeinsamen Hintergrund teilen, der nicht veränderbar sei, und bejaht somit die erste Voraussetzung des unveränderbaren Merkmals der sozialen Gruppe.¹³

6 *Frei/Hinterberger/Hruschka in Hruschka GFK RZ 91.*

7 Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK; Art 10 Abs 1 lit d Status-RL; die Flüchtlingsdefinition der GFK wurde durch die Status-RL (Art 2 Status-RL) unverändert übernommen.

8 Art 1 Abschnitt A Z 2 GFK; Art 10 Abs 1 lit d Status-RL.

9 Art 10 Abs 1 lit d Status-RL; EuGH 4.10.2018, C-652/16, *Ahmedbekova ua*, ECLI:EU:C:2018:801, Rn 89.

10 BVwG, 20.12.2021, I403 2207730-3/21E.

11 BVwG, 20.12.2021, I403 2207730-3/21E.

12 BVwG, 20.12.2021, I403 2207730-3/21E.

13 VfGH 1.7.2022, E 309/2022-17.

Darüber hinaus stellt das BVwG mit dem Verweis auf die aktuellen Länderberichte fest, dass die Beschwerdeführerin – als eine alleinstehende, mittellose Frau mit Kindern ohne formale Bildung und ohne familiäre Unterstützung im Herkunftsland – jener Gruppe von Menschenhandelsopfern angehört, die bei einer Rückkehr mit Stigmatisierung zu rechnen habe.¹⁴

Gleichzeitig verneinte es jedoch das Vorliegen der „deutlich abgegrenzten Identität“, da nicht jede Frau, die Opfer von Menschenhandel wurde, im Ursprungsland identisch behandelt würde und es immer auf die konkreten Umstände ankäme und beruft sich dabei auf die Rsp¹⁵ des VfGH, der den Begriff der sozialen Gruppe grundsätzlich sehr restriktiv auslegt.¹⁶

3.2. Rechtsansicht des VfGH

Die Entscheidung des BVwG ist nach der Rechtsansicht des VfGH nicht tragfähig, da das BVwG in seinem Erkenntnis zwar erkennt, dass die Beschwerdeführerin als Opfer von Menschenhandel ein geschütztes Merkmal aufweist und der Stigmatisierung ausgesetzt sei, aber trotz seiner Feststellungen das Vorliegen der Voraussetzung einer „deutlich abgegrenzten Identität“ verneint.¹⁷ Genau aus diesen Gründen ist das Erkenntnis des BVwG für den VfGH nicht nachvollziehbar und mit Willkür behaftet.

Denn nach der Rechtsansicht des VfGH entsteht die „deutlich abgegrenzte Identität“ gerade dadurch, dass die Betroffenen aufgrund ihres Merkmals, zwangsprostituiert geworden zu sein, von der umgebenden Gesellschaft offensichtlich als andersartig betrachtet werden und in der Folge ausgegrenzt und stigmatisiert bleiben.¹⁸

Der VfGH stellt auch klar, dass der VfGH in seiner Rsp¹⁹ gar nicht in Zweifel zieht, dass eine abgegrenzte Identität bei gesellschaftlicher Stigmatisierung von Opfern des Menschenhandels vorliegt.²⁰

Es liegen somit im konkreten Fall beide Voraussetzungen des Konventionsgrunds der sozialen Gruppe, und zwar sowohl das geschützte unveränderbare Merkmal als auch die deutlich abgegrenzte Identität, kumulativ vor.

4. Conclusio

Die Analyse der aktuellen Entscheidungen verdeutlicht, dass der Konventionsgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe weiterhin mit vielen Unklarheiten

14 Vgl VfGH 1.7.2022, E 309/2022-17; BVwG, 20.12.2021, I403 2207730-3/21E.

15 Vgl VfGH, 11.12.2019, Ra 19/20/0295.

16 BVwG, 20.12.2021, I403 2207730-3/21E; VfGH 01.07.2022, E 309/2022-17.

17 VfGH 1.7.2022, E 309/2022-17.

18 VfGH 1.7.2022, E 309/2022-17.

19 Vgl VfGH, 14.8.2020, Ra 20/14/0002.

20 VfGH 1.7.2022, E 309/2022-17.

und Auslegungsproblemen behaftet ist und auch vorerst unklar bleibt. Die Judikatur möchte ihn nicht zu restriktiv auslegen, aber auch keinen Platz für sehr extensive Interpretationen lassen.

So kann dies auch dazu führen, dass in der Rsp bei ähnlichen Sachverhalten aufgrund unterschiedlicher Auslegungen divergierende Entscheidungen getroffen werden.

Der VfGH sieht die Voraussetzungen der „sozialen Gruppe“ bei Opfern des Menschenhandels im besprochenen Erkenntnis jedenfalls als gegeben an und bestätigt damit seine bisherige Rechtsansicht aus früheren Entscheidungen, in denen er sich jedoch nicht in derselben Ausführlichkeit mit dieser Frage beschäftigte.²¹

Das BVwG ist zwar im Anlassfall gem § 87 Abs 2 VfGG²² konkret verpflichtet einen der Rechtsanschauung des VfGH entsprechenden Rechtszustand wiederherzustellen, es ist jedoch abzuwarten, ob sich die Rechtsansicht des VfGH auch ohne Bindungswirkung in zukünftigen Entscheidungen der Behörden und Gerichte wiederfinden wird.

Nurcan Sarikaya studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; nurcan@live.at

21 Vgl VfGH 22.9.2021, E 1109/2021.

22 *Muzak*, B-VG⁶ § 87 VfGG (Stand 1.10.2020, rdb.at)

Gerichtsöffentlichkeit im digitalen Zeitalter

Eine Beurteilung der Live-Übertragung von Verhandlungen anhand des Falls *Depp v. Heard* – zugleich ein Plädoyer für § 22 MedienG

Franziska Eckstein

1. Einleitung

Im Frühjahr dieses Jahres berichteten die Medien exzessiv über einen *Verleumdungsprozess* zwischen den Hollywood-Stars *Amber Heard* und *Johnny Depp* vor einem Zivilgericht in Fairfax County, Virginia. Die Verleumdungsklage von *Depp* gegen *Heard*, in der *Depp* 50 Millionen USD Schadenersatz forderte, betraf einen Artikel, den *Heard* 2018 für die *Washington Post* schrieb, in dem diese sich als Opfer häuslicher Gewalt bezeichnete. Auch wenn *Heard* im Artikel *Depp* nicht namentlich erwähnte, war doch aus dem zeitlichen Zusammenhang ableitbar, dass dieser mit den geschilderten Gewaltübergriffen gemeint war. *Heard* beantwortete die Klage mit einer Gegen-Verleumdungsklage, in der sie Schadenersatz in der Höhe von 100 Millionen USD forderte.¹ Besonders an dem Zivilprozess war, dass das gesamte Verfahren Live aus dem Gerichtssaal übertragen wurde und via „Court-TV“ verfolgt werden konnte. Der Prozess hat sich nach kurzer Zeit in ein Medienspektakel verwandelt. Auch auf Social-Media Plattformen wie *Instagram*, *Tiktok* und *YouTube* wurde der Prozess in aller Breite diskutiert und es wurden Film-ausschnitte geteilt. Die in den sozialen Netzwerken rezipierten Video-Ausschnitte des Prozesses muten dabei aus europäischer Sicht sehr merkwürdig an und werfen die Frage der Gerichtsöffentlichkeit im digitalen Zeitalter erneut auf.²

Anders als in den USA ist die Zulässigkeit von Filmaufnahmen eines Gerichtsprozesses in den meisten europäischen Ländern sehr restriktiv geregelt. Dies gilt auch für Österreich, wo gem § 22 MedienG³ Film- und Fotoaufnahmen, wie auch Live-Übertragung verboten sind. Wollen wir ein solches *Verbot* oder bietet die Live-Übertragung von Gerichtsverhandlungen als Fortschritt des digitalen Zeitalters eine neue Möglichkeit für

1 19th Circ. CL-2019-2911; *Rosenblatt*, Johnny Depp and Amber Heard defamation trial: Summary and Timeline, nbcnews.com 27.4.2022, <https://www.nbcnews.com/pop-culture/pop-culture-news/johnny-depp-amber-heard-defamation-trial-summary-timeline-rcna26136> (23.5.2022).

2 Siehe auch *Weiss*, Szenen einer Ehe im Live-Stream: *Depp v. Heard* und die Gerichtsöffentlichkeit, *derstandard.at* 7.5.2022, <https://www.derstandard.at/story/2000135508824/szenen-einer-ehe-im-livestream-depp-v-heard-und-die> (23.5.2022). Mit dieser Frage beschäftigt sich auch der Beitrag von *Ziska*, Öffentlichkeitsarbeit der Justiz: Macht oder Ohnmacht? in *Soyer*, Strafverteidigung versus 4. Macht (2022) 97, der jedoch aufgrund des Erscheinens während des Reviewprozesses nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

3 Mediengesetz BGBl 1981/314 idF BGBl I 2022/125.

eine transparentere und verbesserte Justiz? Welche *Gefahren* gehen mit einer Live-Übertragung einher und was haben wir aus dem Verfahren *Depp v. Heard* hierzu gelernt? Zu welchem Preis soll die *ultimative Öffentlichkeit* hergestellt werden? All diese Fragen sollen iF diskutiert werden.

2. Der Öffentlichkeitsgrundsatz

Die *Gerichtsöffentlichkeit* von Hauptverhandlungen ist in Art 90 Abs 1 B-VG⁴ und Art 6 Abs 1 EMRK⁵ verfassungsrechtlich abgesichert.⁶ Art 90 Abs 1 B-VG normiert dabei, dass die Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden ordentlichen Gericht mündlich und öffentlich sind, sofern keine gesetzliche Ausnahme normiert ist. Hiervon ist nicht nur die *Parteiöffentlichkeit* (das Recht der am Prozess Beteiligten auf Öffentlichkeit) erfasst, sondern auch die *Volksöffentlichkeit*, daher das Recht des Volkes bei Interesse den Prozess zu verfolgen.⁷ Die Volksöffentlichkeit soll hierbei Kontrollfunktion haben, das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz stärken und ein höheres Maß an Sorgfalt bei den Prozessbeteiligten bewirken.⁸

2.1. Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit

Während gewährleistet sein muss, dass interessierte Personen (beschränkt auf die Raumkapazitäten⁹) bei Verhandlungen im Gerichtssaal anwesend sein können, ist davon insb auch das Recht von Medienvertreter:innen erfasst, Gerichtsverhandlungen beizuwohnen und von diesen zu berichten.¹⁰ Klar ist, dass heutzutage Volksöffentlichkeit überwiegend durch die *Medienöffentlichkeit* gewährleistet wird.¹¹ Während das spärliche Saalpublikum im Gerichtssaal wohl kaum eine effektive Volksöffentlichkeit und Kontrolle der Gerichtsbarkeit gewährleisten kann, wird diese durch die Medienberichterstattung sichergestellt.¹²

4 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 2022/141.

5 Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210 idF BGBl III 2021/68.

6 Da der EGMR den Vorbehalt zu Art 6 EMRK für ungültig erklärt hat, gilt dieser in Österreich uneingeschränkt. Siehe dazu etwa EGMR 3.10.2000, ÖJZ-MRK 2001/7; *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 1. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung findet sich betreffend den Strafprozess in § 12 Abs 1 StPO und § 228 StPO sowie hinsichtlich des Zivilprozesses in § 171 Abs 1 ZPO (Zivilprozessordnung RGBl 1895/113 idF BGBl I 2022/61).

7 *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 2; *Staffler*, Recht auf Vergessenwerden und Kriminalberichterstattung, ÖJZ 2019, 498 (499); *Wittmann*, Hauptverhandlung trotz Schließung des Gerichtsgebäudes, Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit? ÖJZ 2019, 588 (589).

8 *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 4; *Staffler*, ÖJZ 2019, 499 f; *Wittmann*, ÖJZ 2019, 589; *Berka in Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, Mediengesetz: Praxiskommentar⁴ (2019) § 22 Rz 1.

9 *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 5.

10 *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 5 und 22.

11 *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 22; *Lutschounig*, Medienöffentlichkeit im (Zivil-)Prozess – droht ein „gläserner“ Gerichtssaal?, ÖJZ 2017, 849 (849); *Staffler*, ÖJZ 2019, 499; *Berka in Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 1.

12 *Zacharias*, Das Öffentlichkeitsprinzip im Strafprozess – Reformüberlegungen im Lichte des wachsenden Einflusses der Massenmedien auf das Strafverfahren, ÖJZ 1996, 681 (668); *Danek/Mann in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 22; *Berka in Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 1.

Die Medien sind hierbei ein notwendiger Grundstein im modernen demokratischen Rechtsstaat, um durch ihre Kontrolle und kritische Beobachtung die richterliche Unabhängigkeit und das Recht der Beteiligten auf ein faires Verfahren zu gewährleisten.¹³ Die Medien haben in der demokratischen Gesellschaft die Funktion eines „Wachhundes der Öffentlichkeit“ („public watchdog“).¹⁴

2.2. Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Trotz der grundlegenden Notwendigkeit der Gerichtsöffentlichkeit gilt diese nicht uneingeschränkt, da mit dieser auch Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten einhergehen können.¹⁵ In Österreich besteht einerseits die Ausschlussmöglichkeit der Öffentlichkeit bei Vorliegen gewisser Gründe (im Strafprozess ist ein solcher Grund etwa die Erörterung des persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereiches eines Angeklagten, Opfers, Zeugen oder Dritten)¹⁶ und andererseits das Verbot von Fernseh- und Hörfunkaufnahmen und -übertragungen sowie Film- und Fotoaufnahmen von Gerichtsprozessen.¹⁷

3. Übertragung von Prozessen: Ein Rechtsvergleich

In den Vereinigten Staaten sind in allen 50 Bundesstaaten Filmaufnahmen von Prozessen prinzipiell erlaubt. Während einige Bundesstaaten solche Gerichtsverfahren nur eingeschränkt zulassen, ist in anderen die gesetzliche Regelung sehr weitgehend und sogar eine Komplettübertragung möglich.¹⁸ Im Fall *Depp v. Heard* hat die zuständige Richterin aus Transparenzgründen den Beschluss gefasst, den gesamten Prozess im Live-Stream zu übertragen.¹⁹

In den Rechtsordnungen europäischer Länder ist die Zulässigkeit von Foto- und Filmaufnahmen von Prozessen nicht einheitlich ausgestaltet.²⁰ Während zT ein grds Verbot

13 Schröder, Medienöffentlichkeit und Kontrolle, RZ 2010, 265 (265). Zur Öffentlichkeitsmaxime mündlicher Verhandlungen als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips siehe auch Staffler, ÖJZ 2019, 499 und *Große Strafrechtskommission des deutschen Richterbundes*, Gutachten: Ist das 1964 geschaffene Verbot von Bild- und Tonübertragungen aus Gerichtsverhandlungen noch zeitgemäß? (2013) 16, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Gutachten_StrafrechtskommissionRichterbund_%c2%a7169.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (30.8.2022), welches vom deutschen BMJ in Auftrag gegeben wurde.

14 Treffend als solchen bezeichnete der EGMR die Medien in EGMR 10.12.2007 (GK), 69698/01; siehe auch Staffler, ÖJZ 2019, 499. Andererseits geht die Medienberichterstattung auch mit Gefahren einher und steht immer in einem Spannungsverhältnis zu den Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten. Siehe genaueres unter 7.

15 Danek/Mann in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 4.

16 Siehe im Strafprozess etwa §§ 229 Abs 1 und § 456 StPO und § 42 Abs 1 JGG (Jugendgerichtsgesetz BGBl 1988/599 idF BGBl I 2020/20). Zu den in § 229 StPO aufgezählten Gründen *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 229. Allgemein zu den Ausschlussgründen siehe etwa *Wittmann*, ÖJZ 2019, 589.

17 Ein solches Verbot ist in § 22 MedienG und gleichlautend in § 228 Abs 4 StPO normiert. Siehe genaueres unter Punkt 4.

18 *Weiss*, Szenen einer Ehe, derstandard.at.

19 Order of the 19th Circ. 29.03.2022, CL-2019-2911.

20 Für einen umfassenden Überblick siehe *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 36 ff; für einen kurzen Überblick siehe *Lutschowig*, ÖJZ 2017, 850 f.

von Filmaufnahmen während der Hauptverhandlung besteht²¹, liegt in anderen Ländern die Entscheidung im Ermessen der Richter:innen, wobei auch hier einzelne Ausnahmen bestehen, bspw für Jugendstrafsachen oder Sexualdelikte, und die Entscheidung von gewissen Kriterien abhängen kann, zB wird diese zT an die Erlaubnis der Parteien oder an ein hohes Gemeininteresse geknüpft.²² Die Gewährung der Erlaubnis zur audiovisuellen Übertragung wird dabei in der Praxis aber sehr eingeschränkt gehandhabt und erfolgt nur in Ausnahmefällen. Nur vereinzelt sehen europäische Länder (bspw die Niederlande) eine grds Erlaubnis von Filmaufnahmen der mündlichen Verhandlung vor, wobei das Gericht ein allfälliges Verbot begründen muss.²³ Insgesamt ist die europäische Handhabung von Filmübertragungen aus dem Gerichtssaal daher sehr viel eingeschränkter als in den USA.²⁴

4. Rechtslage in Österreich: Übertragungsverbot

In Österreich ist die Live-Übertragung von Gerichtsverhandlungen restriktiv geregelt. § 22 MedienG verbietet ohne Ausnahme²⁵ „Fernseh- und Hörfunkaufnahmen und -übertragungen sowie Film- und Fotoaufnahmen von gerichtlichen Verhandlungen“.²⁶ Hier von sind sowohl die Verhandlungen vor ordentlichen Gerichten (daher vor Zivil- und Strafgerichten) als auch vor Gerichten des öffentlichen Rechts umfasst.²⁷ Das Verbot ist für den Strafprozess gleichlautend in § 228 Abs 4 StPO²⁸ normiert.²⁹ Die Bestimmungen können vom Vorsitz des Gerichts im Rahmen seiner:ihrer sitzungspolizeilichen Befugnisse durchgesetzt werden.³⁰ Schriftliche Berichterstattung durch die anwesenden Medienvertreter:innen und das Anfertigen sowie Veröffentlichen von Zeichnungen sind dagegen zulässig.³¹ Auch nicht vom Verbot des § 22 MedienG erfasst sind Foto- und Filmaufnahmen vor Beginn der öffentlichen Verhandlung, wodurch Fotos und Videos vor Aufruf der Sache, in Verhandlungspausen und außerhalb des Verhandlungssaales grds

21 So etwa die Rechtsordnungen in Schweden, Frankreich, Deutschland, der Schweiz, Irland, Kroatien, Litauen, Malta, England und Österreich. Vgl *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 36 ff.

22 So etwa die Rechtslage in Italien, Spanien, Finnland, Estland, Belgien, Portugal, Polen, Tschechien, Luxemburg, Norwegen und Ungarn. Vgl *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 36 ff.

23 Etwa die Rechtsordnungen in den Niederlanden und Griechenland. Vgl *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 36 ff.

24 *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 3. Siehe auch *Weiss*, Szenen einer Ehe, derstandard.at.

25 Zum Fehlen von Ausnahmen siehe etwa *Rami* in *Höpfel/Ratz* WK² MedienG § 22 Rz 3 mwN.

26 Allg zu § 22 MedienG siehe *Rami* in *Höpfel/Ratz* WK² MedienG § 22; *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22.

27 Siehe etwa *Rami* in *Höpfel/Ratz*, WK² MedienG § 22 Rz 1 mwN; *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 3 und 12.

28 Strafprozessordnung BGBl 1975/631 idF BGBl I 2021/243.

29 *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 23; *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 3.

30 *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 5; *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 851; *Rami* in *Höpfel/Ratz* WK² MedienG § 22 Rz 2.

31 *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 11.

erlaubt sind.³² Obwohl Verhandlungen vor dem VfGH eigentlich ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 22 MedienG fallen, wurden bei hohem öffentlichen Interesse bereits Urteilsverkündungen *live* übertragen. In der Literatur wird dies tw als teleologische Reduktion des Verbotes gedeutet.³³

Die klare Unzulässigkeit von Filmübertragungen aus dem Gerichtssaal nach der geltenden Rechtslage verhindert zunächst, dass eine Live-Übertragung wie im Fall *Depp v. Heard* auch in Österreich möglich ist. Nichtsdestotrotz existieren in Österreich Liberalisierungstendenzen, welche die Zulässigkeit von Filmaufnahmen aus dem Gerichtssaal zumindest diskussionswürdig erscheinen lassen.³⁴ Auch in Deutschland bestehen solche Überlegungen. 2013 hat etwa das deutsche Justizministerium ein Gutachten in Auftrag gegeben, in dem die Frage geklärt werden sollte, ob das Verbot von Bild- und Tonübertragungen aus Gerichtsverhandlungen noch zeitgemäß sei.³⁵ Die Frage wurde in Deutschland insb aufgrund des *NSU-Prozesses* gestellt, bei dem die Saalkapazitäten wegen des hohen Interesses der Medien und der Bevölkerung nicht ausreichten.³⁶

5. Live-Übertragungen als zeitgemäße Öffentlichkeit im digitalen Zeitalter?

Für eine Liberalisierung des Verbots der Film- und Fotoaufnahmen von Verhandlungen wird zumeist die Forderung nach einer verbesserten und transparenteren Justiz angeführt.³⁷ Auch im Fall *Depp v. Heard* entschied sich das Gericht aus Transparenzgründen für eine Live-Übertragung des Prozesses.³⁸ Durch Filmaufnahmen der Verhandlung werde die *ultimative Öffentlichkeit* hergestellt, da jede:r den Prozess verfolgen könne. Dies sei nicht vergleichbar mit der Möglichkeit einer Verhandlung in Präsenz im Gerichtssaal beizuwohnen, die nur sehr vereinzelt wahrgenommen werde und durch die Kapazität des Gerichtssaales beschränkt sei.³⁹ Durch die Live-Übertragung von Gerichtsverhand-

32 OGH 27.02.2013, 6 Ob 256/12h; *Berka in Berka/Heidl/Höhnel/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 12 ff; *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 851; *Rami in Höpfel/Ratz*, WK² MedienG § 22 Rz 5/1. Der:Die Vorsitzende kann dies bei Störung der Ordnung im Gerichtssaal oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten der Prozessbeteiligten im Rahmen seiner: ihrer sitzungspolizeilichen Befugnisse jedoch verbieten. Zudem ist eine Genehmigung des Leiters der Dienststelle erforderlich, die:der Regelungen im Rahmen der Hausordnung treffen kann: siehe *Medienerlass des BMJ* vom 30.06.2014, BMJ-Pr50000/0002-Pr3/2014, dazu auch *Berka in Berka/Heidl/Höhnel/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 13.

33 Siehe etwa *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 852. In Deutschland besteht für Verfahren vor dem BVerfG eine gesetzlich normierte Ausnahme (§ 17a BVerfGG) vom allgemeinen Übertragungsverbot gem § 169 dGVG.

34 Siehe etwa *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 849. Zum Bestehen solcher Liberalisierungstendenzen siehe etwa *Weiss*, Szenen einer Ehe, derstandard.at.

35 *Große Strafrechtskommission*, Gutachten.

36 *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 11; *Kreicker*, Medienübertragungen von Gerichtsverhandlungen im Lichte der EMRK, ZIS 2017, 85 (88). Die Frage der Vergabe der begrenzten Presseplätze beschäftigte auch das Bundesverfassungsgericht, siehe BVerfG 1 BvR 990/13 NJW 2013, 1293 (*Zuck*).

37 Ua *Lutschounig*, ÖJZ 2017, 849, der die Frage stellt, ob die Justiz Transparenz scheut.

38 Order of the 19th Circ. 29.03.2022, CL-2019-2911.

39 Zudem werden aus datenschutzrechtlichen Gründen Verhandlungstermine zT nicht mehr bekannt gegeben, wodurch ein:e allenfalls interessierte:r Bürger:in keine Einsicht darin hat, wann welche Verhandlung stattfindet. Siehe dazu etwa *Weisbier*, Justiz drückt sich vor Transparenz, kurier.at 26.5.2017, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/justiz-drueckt-sich-vor-transparenz/266.063.554> (23.5.2022).

lungen könne die Kontrolle der Rechtsprechung durch die Öffentlichkeit erweitert werden. „Allein die Saalöffentlichkeit genüge im Internetzeitalter nicht mehr automatisch den berechtigten Forderungen der Bevölkerung nach einem transparenten Rechtsstaat.“⁴⁰ Anstatt einer (vermeintlichen) *Geheimnisjustiz*⁴¹ entstünde ein *gläserner Gerichtssaal*.⁴² Stimmen für eine Lockerung des Verbotes sehen im absoluten Übertragungsverbot – wie es in Österreich besteht – nicht nur eine Beschränkung der Medienfreiheit, sondern auch der Gerichte, da ihnen kein Ermessensspielraum für öffentliches Interesse eingeräumt würde.⁴³ Spätestens nach Beobachtung der Auswirkungen einer solchen öffentlichen Übertragung am Fall *Depp v. Heard* sollte bewusst sein, dass Foto- und Filmaufzeichnungen von Verhandlungen auch mit Problemen einhergehen.

6. Gefahren einer Live-Übertragung

Das Verbot von Live-Übertragungen in § 22 MedienG dient dazu, insb die Persönlichkeitsrechte der Prozessbeteiligten – vor allem der Zeug:innen und Angeklagten – zu schützen und deren Menschenwürde zu achten.⁴⁴ Weiters soll durch das Verbot verhindert werden, dass die Prozessbeteiligten „zum Schauobjekt des Informations- oder auch des Unterhaltungsinteresses“⁴⁵ werden. Ebenfalls soll eine massive psychische Belastung durch die akustische und visuelle Berichterstattung verhindert werden.⁴⁶ Selektivität bis hin zur Verfälschung des mündlichen Verfahrens durch lückenhafte Übertragung aus dem Gerichtssaal⁴⁷, wie auch eine Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung⁴⁸ sollen durch das absolute Verbot unterbunden werden. Zudem soll die äußere Ordnung des Gerichtes hierdurch gewahrt werden, die durch Foto- und Filmaufnahmen der Medienvertreter:innen uU gestört werden könnte.⁴⁹

6.1. Depp v. Heard: Rezeption auf Social-Media

Auf Instagram, Tiktok und Twitter fanden sich Millionen an Beiträgen zum gegenständlichen Verfahren. Unter dem Hashtag *#justiceforjohnnydepp* finden sich auf Instagram

40 So die saarländische Justizministerin *Rebinger* in einer Presseerklärung. Entnommen aus *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 12.

41 Zu diesem Begriff siehe bspw *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 119.

42 Zu diesem Ausdruck siehe *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 849.

43 *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 849.

44 ErläutRV 503 BlgNR 18. GP 17; *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 4; *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 851; *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24; zum deutschen Verbot: *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 122 f.

45 ErläutRV 2 BlgNR 15. GP 36; ebenso ErläutRV 503 BlgNR 18. GP 17; *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 851; *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

46 ErläutRV 503 der BlgNR XVIII. GP 17; *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 851; *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

47 *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 851; *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

48 *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 4; *Lutschouinig*, ÖJZ 2017, 851; *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24; zum deutschen Verbot: *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 123 ff.

49 *Berka* in *Berka/Heidl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 22 Rz 4; *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 127.

348 Tsd Beiträge, unter dem Hashtag *#justiceforamberheard* bloß um die 5 Tsd. Schon vor Ende des Gerichtsprozesses, sogar vor dem Zeitpunkt, an dem sich *Amber Heard* im Verfahren überhaupt äußern konnte, hatte *Johnny Depp* das Verfahren auf Social-Media gewonnen.⁵⁰ Auf Tiktok und Instagram-Reels waren kurze Prozessausschnitte zu sehen, die mit trauriger Musik untermalt wurden, um die Opferrolle des jeweiligen „Favoriten“ zu betonen und zusammengeschnittene Clips, die die vermeintliche Unglaubwürdigkeit der anderen Person belegen sollten. Gesichter der Beteiligten wurden – während Aussagen zu schweren physischen und sexuellen Gewaltübergriffen – zu Karikaturen verzogen, falsche Stimmen aus Entertainment-Zwecken über Prozessaufnahmen gelegt und auf verzerrende Weise durch Personen nachgespielt. *Twitch-Streamer*, die den Live-Stream der Gerichtsverhandlung kommentierten, taten dies ua auf erniedrigende Weise und verwandelten den Gerichtsprozess zu Unterhaltung für ihre Community.⁵¹ Die Rezeption der Filmaufzeichnungen des Prozesses in den sozialen Netzwerken ist – kurz gesagt – verstörend.

6.2. Zweckverfehlung, Schauspiel und Verfälschung

Es steht zweifellos fest, dass durch das Live-Streaming und die daraus folgenden Beiträge auf Social-Media dem eigentlichen Zweck des Öffentlichkeitsprinzips, nämlich der Verfahrenskontrolle durch die Bevölkerung, in keiner Weise gedient ist. Es verwirklicht sich gerade die Befürchtung, dass Prozessbeteiligte zum Schauobjekt des Informations- oder auch des Unterhaltungsinteresses werden.⁵² Das Gerichtsverfahren wird zT als das größte Spektakel, das Hollywood abseits der Leinwand in den letzten Jahren produziert hat⁵³, bezeichnet. Auch die Gefahr der Verfälschung des Prozessverlaufes durch lückenhafte Übertragung aus dem Gerichtssaal⁵⁴ ist am gegenständlichen Verfahren klar zu erkennen. Während einzelne Clips von der jeweiligen Fan-Community geteilt wurden, die als lustig empfunden wurden oder den eigenen Standpunkt stützten, gingen die ernstesten Aspekte des Gerichtsverfahrens oder der jeweils andere Standpunkt völlig unter. Anders als eine Person, die in Präsenz im Gerichtssaal anwesend ist, entsteht hierdurch eine selektive Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit. Social-Media Accountinhaber:innen be-

50 Siehe auch *Helmore*, *As Depp v Heard resumes, so does the trial by social media*, theguardian.com 15.5.2022, <https://www.theguardian.com/film/2022/may/15/johnny-depp-amber-heard-defamation-trial-social-media> (23.5.2022); *Hoang*, *Showdown im Millionenprozess zwischen Amber Heard und Johnny Depp*, derstandard.at 4.5.2022, <https://www.derstandard.at/story/2000135402132/showdown-im-millionenprozess-zwischen-johnny-depp-und-amber-heard?ref=rec> (23.5.2022).

51 Zu Twitch-Streaming im Fall *Depp v. Heard* siehe etwa *Red.*, *Twitch-Streamer: Der Prozess Heard gegen Depp als Unterhaltungssendung*, derstandard.at 6.5.2022, <https://www.derstandard.de/story/2000135492496/twitch-streamer-der-prozess-heard-gegen-depp-als-unterhaltungssendung> (23.5.2022).

52 ErläutRV 503 BlgNR 18. GP 17; dem folgend etwa *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

53 *Red.*, *Depp vs. Heard, Prozess mit gefährlichen Folgen*, orf.at 30.5.2022, <https://orf.at/stories/3268525/> (30.5.2022).

54 Zu diesem Zweck des Verbotes siehe etwa *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

mühen sich, anders als Journalist:innen, auch nicht um die Objektivität oder Vollständigkeit der Berichterstattung.

6.3. Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde

Die psychische Belastung der Betroffenen durch die Live-Übertragung im gegenständlichen Verfahren mag nicht auszudenken sein. Intime Details des persönlichen Lebens, im zugrundeliegenden Fall potenziell erlebte schwere physische, psychische und sexuelle Gewaltübergriffe, wurden in Echtzeit mit der Weltöffentlichkeit geteilt. Jedes gesprochene Wort und jede Reaktion im Verfahren waren dabei der öffentlichen Kritik ausgesetzt, können aus dem Kontext gerissen werden und in *Memes* verwandelt werden. In den sozialen Netzwerken finden sich Millionen solcher *Memes*, die sich über Auftritt, Posen, Gesten und Aussagen während des Prozesses, vor allem von *Amber Heard* lustig machen.⁵⁵ Auch eine solche *psychische Belastung* der Betroffenen und *Eingriffe in deren Persönlichkeitsrechte* wollte der Gesetzgeber durch das Verbot gem § 22 MedienG verhindern.⁵⁶ Es ist hierbei klar, dass eine Videoübertragung ein sehr viel größerer Eingriff in die Rechte der Betroffenen darstellt als reine schriftliche Berichterstattung. Der Annahme, dass es ein Gebot der Menschenwürde sei, Betroffene vor akustischer und visueller Berichterstattung zu schützen,⁵⁷ ist mit den Erfahrungen des gegenständlichen Verfahrens klar beizupflichten.

6.4. Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung

Zudem bewahrheitet sich die mögliche Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung, wenn die am Verfahren beteiligten Personen vor der Kamera bloß als Akteur:innen eines Medienspektakels agieren, oder von der Öffentlichkeit zumindest als solche wahrgenommen werden.⁵⁸ In den sozialen Netzwerken werden bspw einzelne Clips mit der Bildüberschrift „And the oscar goes to...“ geteilt, womit angedeutet werden soll, dass es sich bei der Zeugenaussage um eine schauspielerische Darbietung handelt und diese nicht der Wahrheit entspricht. Im gegenständlichen Verfahren sind die Parteien als Schauspieler:innen kamerageschulte Personen, die die Filmübertragung zu ihren Gunsten zu nutzen suchten. Weiters wurden, anstatt bloß für das gegenständliche Verfahren relevante Fakten vorzubringen, darüber hinaus gehende Tatsachen vorgebracht, etwa eine vorliegende Drogen- oder Alkoholsucht, um den:die Prozessgegner:in in ein schlechtes Licht zu rücken. Der Prozess wurde so zu einer „Schlamm Schlacht“ anstatt einem ordentlichen – dem Verfahrensgegenstand zweckdienlichen – Gerichtsverfahren. Der *live* übertragene Prozess

55 *Red, Depp vs. Heard*, orf.at.

56 ErläutRV 503 der BlgNR XVIII. GP 17; dem folgend *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

57 ErläutRV 503 der BlgNR XVIII. GP 17.

58 Zu diesem Zweck des Verbotes siehe etwa *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 228 Rz 24.

sollte so nicht nur im Gerichtssaal, sondern auch – und am besten schon davor – in der Öffentlichkeit gewonnen werden. Zu diesem Zweck wurden von den Prozessbeteiligten eigene Social-Media Teams engagiert, welche die öffentliche Meinungsbildung zu ihren:seinen Gunsten beeinflussen sollten.⁵⁹ Durch eine Vorverurteilung in den sozialen Netzwerken, in diesem Fall von *Amber Heard* auf Social-Media, können Richter:innen – insb Laienrichter:innen – beeinflusst werden. Zudem wird psychischer Druck auf diese ausgeübt, wenn sich die überwiegende Öffentlichkeit schon klar für eine Seite entschieden hat.⁶⁰ Eine weitere (potenzielle) Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung durch die Live-Übertragung besteht in der Gefahr, dass Prozessbeteiligte (insb Angeklagte und Zeug:innen) ihr Verhalten in der Anwesenheit von Medien ändern könnten. Aus Angst oder Scham könnten etwa einzelne Details zurückgehalten und nicht über alles offen berichtet werden.⁶¹ Ob sich dies im gegenständlichen Verfahren auch verwirklicht hat, kann nicht überprüft werden. Generell ist festzuhalten, dass durch eine Live-Übertragung des Gerichtsprozesses auch die Möglichkeit der jeweils gesonderten Vernehmung von Zeug:innen unterlaufen wird, da spätere Zeug:innen durch die Übertragung bereits Kenntnis von den vorher getätigten Zeug:innenaussagen haben.⁶²

7. Schlussfolgerung

Aus den genannten Gründen folgt, dass – der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellte – Filmaufnahmen und Live-Streams von Verhandlungen abzulehnen sind. Dies gilt nicht nur für Strafverfahren, sondern auch für Zivilverfahren. Durch die Filmübertragung wird nicht die *ultimative Öffentlichkeit* hergestellt und die *notwendige Transparenz* geschaffen, sondern Tür und Tor für Persönlichkeitsverletzungen, selektive Berichterstattung und erniedrigende Beiträge in sozialen Netzwerken geöffnet. Das Problem hierbei liegt insb in der Möglichkeit der Vervielfältigung des gestreamten Filmmaterials und der Möglichkeit dieses auf einzelne Prozessausschnitte zu kürzen, anders zusammenzuschneiden und sonst wie zu verändern oder zu manipulieren. Auch eine zeitverzögerte Ausstrahlung – durch die allenfalls den persönlichen Lebensbereich betreffende Aussagen dann noch rechtzeitig ausgenommen werden sollen – kann die genannten Gefahren mE nicht ausreichend verhindern.

Für die Live-Übertragung des Verfahrens in einen anderen Raum innerhalb des Gerichtsgebäudes, etwa in einen Arbeitsraum für die Medien, hat Anderes zu gelten. Hierbei han-

⁵⁹ Red, Depp vs. Heard, orf.at.

⁶⁰ Siehe auch *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 125.

⁶¹ Siehe auch *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 124.

⁶² Zu diesem Bedenken siehe auch *Große Strafrechtskommission*, Gutachten 123 f. Ein gleiches Problem stellt sich bei *Live-Ticker- und Twitter-Berichterstattung* aus dem Gerichtssaal, worauf jedoch nicht genauer eingegangen werden soll, siehe dazu *Wess*, Mediale Berichterstattung im Hauptverfahren in *Soyer*, Strafverteidigung versus 4. Macht (2022) 93 (94) und eingehend zur Frage der Strafbarkeit nach § 23 MedienG *Germ*, Mediale Äußerungen zur Hauptverhandlung als verbotene Einflussnahme auf ein Strafverfahren, JSt 2022, 435 (437 ff).

delt es sich nämlich bloß um eine *virtuelle Erweiterung* des Gerichtssaals⁶³, die bei eingeschränkten Saalkapazitäten und hohem Interesse Abhilfe schaffen kann und in keiner Weise vergleichbare Gefahren bietet wie eine Live-Übertragung auf YouTube, die allen zugänglich ist und uneingeschränkt vervielfältigt werden kann. Einer solchen Übertragung ist daher grds nichts entgegenzuhalten. Gleiches gilt für rein gerichtsinterne Aufzeichnungen der Verhandlung, da diese nicht öffentlich zugänglich sind.

Es ist nicht auszuschließen, dass auch die *schriftliche Medienberichterstattung* die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen verletzen kann, tw – überwiegend in den Boulevard-Medien⁶⁴ – das Unterhaltungs- und Sensationsinteresse der Leserschaft auf Kosten der Verfahrensbeteiligten verfolgt wird und die Wahrheitsforschung durch die Berichterstattung behindert werden kann. Diese Risiken sind aber nicht vergleichbar mit der unkontrollierten Weise, in der dies durch die Live-Übertragung von Verhandlungen möglich ist. Journalist:innen sind an die strengen Maßstäbe des MedienG sowie an den Ehrenkodex der österreichischen Presse⁶⁵, dessen Einhaltung durch den Presserat überprüft wird,⁶⁶ gebunden. Auch bemühen sie sich um eine auf sorgfältigen Recherchen beruhende objektive Berichterstattung. Anderes gilt für Social-Media Accountinhaber:innen, denen es zumeist bloß auf eine möglichst hohe Anzahl an Klicks und Aufmerksamkeit ankommt, um die Follower:innenanzahl und das Engagement der Community zu erhöhen. Die Unschuldsvermutung, Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde der Betroffenen werden dabei völlig vergessen. Der Gerichtsöffentlichkeit ist durch den Filter der schriftlichen Medienberichterstattung sehr viel besser gedient als durch Live-Übertragungen. Denn ein „Prozess wird in der, aber nicht für die Öffentlichkeit geführt“.⁶⁷

Mag.^a Franziska Eckstein ist Verwaltungspraktikantin im Bundesministerium für Justiz; der Beitrag gibt ausschließlich die eigene Meinung wieder; franziska.eckstein@bmj.gv.at

63 Eine solche Übertragung in einen Nebenraum wurde vor dem Start des NSU-Prozesses vor dem OLG München zwar beantragt, dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, siehe *Kriecker*, ZIS 2017, 88; eine Verfassungsbeschwerde dagegen lehnte das BVerfG mangels gesetzlichen Anspruchs auf eine solche Übertragung ab, BVerfG 1.5.2013, 1 BvQ 13/13.

64 Allerdings nicht nur dort, vgl den Titel einer Gerichtreportage auf [derStandard.at](https://derstandard.at) „Mordprozess: Das ‚Partygirl‘ und die Dreiecksbeziehung“. Später wurden der Titel des Artikels und Teile des Inhaltes geändert; siehe den geänderten Beitrag *Möseneder*, Mordprozess um verschwundenes Geld und Dreiecksbeziehung, [derstandard.at](https://www.derstandard.at/story/2000119344305/mordprozess-um-verschwundenes-geld-und-dreiecksbeziehung) 13.8.2020, <https://www.derstandard.at/story/2000119344305/mordprozess-um-verschwundenes-geld-und-dreiecksbeziehung> (31.8.2022) und den Hinweis auf den ursprünglichen Titel auf <https://www.aufstehn.at/verharmlosungsradar/> (31.8.2022).

65 *Presserat*, Ehrenkodex für die österreichische Presse, https://www.presserat.at/show_content.php?sid=3 (30.8.2022).

66 Siehe *Bauer/Koller/Warzilek*, Der Presserat als medienethische Kontrollinstanz, MR 2013, 6 (6).

67 Dies stellte das deutsche Bundesverfassungsgericht plakativ fest in BVerfG 24.1.2001, 1 BvR 2623/95 (1 BvR 622/99) NJW 2001, 1633.

Im sittsamen Vorarlberg

Die Verfolgung Homo- und Bisexueller durch die österreichische Nachkriegsjustiz am Beispiel des „Vorarlberger Sittlichkeitsskandals 1956“

Lukas M. Winkler

1. Einleitung

Schon zu Beginn des 20. Jh warnte der deutsche Strafrechtsprofessor *Franz von Liszt* – gewiss nicht als erster – vor den sinnwidrigen Konsequenzen der Kriminalisierung einvernehmlicher gleichgeschlechtlicher Sexualakte, indem er aufzeigte, dass nur „in einem verschwindenden Bruchteil der Fälle“ überhaupt Anzeige erfolge, während „dem Erpressertum [dadurch] eine oft gebrauchte Waffe“ verliehen würde.¹ Den damals noch jungen Bestrebungen, das Delikt der widernatürlichen Unzucht des Strafgesetzes zu verweisen, attestierte er, sie täten dies „gewi[ss] mit Recht“. Weder in Deutschland noch in Österreich sollte derartigen Anstrengungen in den Folgejahrzehnten Erfolg beschieden sein, auch die Mahnrufe verhallten ungehört. Und so kam es, dass immer mehr Homo- und Bisexuelle in die Fänge der Justiz gerieten² und der vormalige Direktor der Grazer Universitätsbibliothek *Wolfgang Benndorf* dem einschlägigen § 129 I lit b Strafgesetz 1852³ im Jahr 1956 bescheinigte, er habe „wenigstens in der Großstadt [...] ein skrupelloses Berufserpressertum geradezu herangezüchtet“⁴.

Tatsächlich dürfte dieses Phänomen ein großstadttypisches gewesen sein;⁵ großstadt-exklusiv war es aber keineswegs,⁶ wie in diesem Beitrag am Beispiel einer 1956 am LG Feldkirch (Vorarlberg) abgehaltenen Prozessreihe gegen 140 der „widernatürlichen Unzucht“ angeklagte Männer veranschaulicht werden soll. Doch der Reihe nach:

1.1. Homosexualität in der frühen Nachkriegszeit

Das Ende der NS-Diktatur im Jahr 1945 hatte für Homo- und Bisexuelle weder gesellschaftliche noch rechtliche Rehabilitation mit sich gebracht. Im Unterschied zu Personen,

1 *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts¹⁴ (1905) 385; andere bezichtigten diesen Einwand der Unsachlichkeit, müsste man doch „das ganze Strafgesetz aufheben“, wollte man hier „auf Strafe verzichten, weil die Strafbarkeit zu Erpressung führen kann“ (*Niedermeyer*, Handbuch der speziellen Pastoralmedizin – Band 1: Das menschliche Sexualleben [1949] 255).

2 Vgl die unter 1.3. angeführte Entwicklung der Pro-Kopf-Verurteilungszahlen.

3 RGBl 1852/117.

4 *Benndorf*, Unvernunft und Unheil im Sexualstrafrecht – § 129 Ib öStG im Lichte der Tatsachen (1956) 10.

5 Vgl zB *Lifka*, „Der Feind mein Geliebter“, in *Van Dijk*, Einsam war ich nie³ (2012) 116.

6 Vgl auch *Hainzl*, Orte und Treffpunkte homosexuellen Lebens am „Land“, in *Proibhofer/Murlasits/Taxacher*, [I]eben und Begehren zwischen Geschlecht und Identität (2010) 112.

die „aus politischen Gründen oder aus Gründen der Abstammung, Religion oder Nationalität“ durch NS-Behörden zu „erheblichem Schaden“ gekommen waren, galten Homo- und Bisexuelle nicht als Opfer der politischen Verfolgung iSd § 1 OpferfürsorgeG, sodass weder sie noch ihre Hinterbliebenen in den Genuss entsprechender Fürsorgeleistungen kommen konnten.⁷ Im Bereich des Pensionsversicherungsrechts war die Anerkennung vor dem 1.1.1956 erlittener Haftzeiten (auch jener in KZs) als Ersatzzeiten ohnedies nicht möglich, da der Freiheitsentzug aufgrund einer Tat geschehen war, die „nach den österreichischen Gesetzen *strafbar ist*“.⁸

Schwule und Lesben hatten allerdings auch jenseits des Umstandes, dass sie weitestgehend von den ohnehin spärlichen Rehabilitationsmaßnahmen zugunsten der (meisten⁹) NS-Opfer ausgeschlossen und nach wie vor gerichtlicher Verfolgung ausgesetzt waren, „unter massiven Kontinuitäten zu leiden“¹⁰: Sie sollten noch über Jahrzehnte hinweg Gegenstand (rechts-) politischer wie auch medizinischer Meinungsstreite bleiben, im einen Fall nach ihrer Gefährlichkeit für die Gesellschaft und deren sittliche Ordnung fragend,¹¹ im anderen unter dem Gesichtspunkt der Krankhaftigkeit ihres Daseins und der charakterlichen oder kognitiven Folgen derselben für die Betroffenen und die Bevölkerung im Allgemeinen.¹²

1.2. Das Sexualstrafrecht der 1950er Jahre

Im vorliegenden Kontext interessiert allen voran die *strafrechtliche* Kontinuität. Sie ist besonders stark ausgeprägt, wurde doch schon seit dem Jahr 1852 ein und dieselbe Strafnorm auf schwule und lesbische Sexualdelinquenz zur Anwendung gebracht: § 129 I lit b StG 1852.

Eine diesem Beitrag vorangegangene Abhandlung¹³ hat den Versuch unternommen, den Weg zur hier eingenommenen Perspektive auf das Sexualstrafrecht der 1950er Jahre zu ebnen, sodass es an dieser Stelle nur einiger weniger Bemerkungen bedarf:

Der Anschluss Österreichs an das „Deutsche Reich“ 1938 hatte das Sexualstrafrecht iW nicht tangiert und § 129 StG blieb unverändert in Geltung. Zwar gab es verschiedentlich Bestrebungen in Richtung eines einheitlichen Reichsstrafrechts, doch beschränkten

7 BGBl 1947/183 (StF); vgl mwN *Schmidinger*, Verfolgt, ermordet und vergessen, radiX 1999/2, 1 (2).

8 § 228 Abs 1 Z 4 ASVG idF BGBl 1955/189; mit der 34. ASVG-Nov wurde der Normtext ab 1980 dahingehend abgeändert, dass eine Anerkennung trotz Entkriminalisierung weiter unmöglich war, sofern die Tat *zum Zeitpunkt ihrer Begehung strafbar war* (§ 228 Abs 1 Z 4 ASVG idF BGBl 1979/530); dazu *Ivansits*, Das Wiedergutmachungsrecht für Opfer politischer, religiöser oder rassistischer Verfolgung, DRdA 1990, 185 (194).

9 So wurden etwa auch Opfer der Euthanasie- und Sterilisationsprogramme, Zwangsarbeiter*innen oder Deserteur*innen nicht in den Opferbegriff nach dem OFG einbezogen; vgl *Schmidinger*, radiX 1999/2, 1 (2).

10 *Wabl*, Verfolgung und Vermögensentzug Homosexueller auf dem Gebiet der Republik Österreich während der NS-Zeit (2004) 83.

11 Vgl statt vieler *Graßberger*, Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte, in *Bockelmann/Gallas*, FS Schmidt (1961) 333.

12 S zB das – vergleichsweise moderne – Werk von *Bleuler*, Lehrbuch der Psychiatrie⁹ (1955) 477.

13 *Winkler*, Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte, juridikum 2022, 317.

sich die gegenseitigen Einflüsse auf einige dogmatische Scharmützel hinsichtlich des Unzuchtsbegriffs, der in Österreich traditionell noch weiter ausgelegt wurde und, dogmengeschichtlich eng damit verknüpft, auch die lesbische Liebe erfasste. Tlw wurde daher sogar die Übernahme der Norm in das reichsdeutsche Strafrecht gefordert, das jedoch seinerseits in einer kontinuierlichen legislativen wie richterlichen Ausweitung des Tatbestandes (§ 175 dRStGB) begriffen war.¹⁴

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das StG 1852 iSd Okkupationstheorie nicht neu erlassen, sondern schlicht (nach dem Stand vom 13.3.1938) wiederverlautbart.¹⁵ Zur Zeit der Feldkircher Prozesse folgte die Strafrechtswissenschaft daher einem (nicht unumstrittenen) extensiven Verständnis des Verbots der widernatürlichen Unzucht, das bereits jede auf sexuelle Entspannung gerichtete Berührung der Geschlechtsorgane des einen Teils mit dem Körper des anderen Teils¹⁶ dem Tatbild des § 129 I lit b StG unterstellte,¹⁷ sofern die Handlung nur geeignet erschien, „das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen“, ohne dass auf der subjektiven Ebene masturbatorische Absicht zur Strafbarkeit vorausgesetzt wurde (strittig!).¹⁸ Wenn auch viele Details der Auslegung in Lehre und Rsp umstritten blieben, war doch weitgehend anerkannt, dass beischlafähnliche Akte jedenfalls keine Voraussetzung der Strafbarkeit bildeten; selbst bloße „Betastungen der Geschlechtssphäre“ – auch über der Kleidung – wurden teils als tatbestandsmäßig erachtet, wenn sie „zur Erregung gereichten“; im Übrigen nahmen die Gerichte gelegentlich Versuchshandlungen an.¹⁹ Es verwundert daher nicht, dass die Verurteilungszahlen immer weiter anstiegen.

1.3. Die statistisch-kriminologische Bedeutung des § 129 StG 1852

Die *Vorarlberger Nachrichten* wiesen im Kontext ihrer Prozessberichterstattung darauf hin, dass die Anstrengungen der Feldkircher Ermittlungsbehörden im Zuge der „Vorarlberger Sittlichkeitsaffäre“ des Jahres 1956 „so ziemlich alles“ zutage gefördert hätten, „was sich auf diesem Gebiet in den letzten 25 Jahren in Vorarlberg zugetragen hat“²⁰. Dem ist nicht so; die Bedeutung der Strafbestimmung war längst eine größere: Für das Jahr 1956 weist die Kriminalstatistik für Vorarlberg insg 138 (durchwegs männliche) nach § 129 I lit b StG Verurteilte auf; darunter nur fünf Personen ohne österr Staatsangehörigkeit, ein Drittel vorbestraft.²¹ Es hatte jedoch auch im Jahr zuvor, 1955,

14 Vgl mwN Schäffer-Ziegler, Die Strafbarkeit „widernatürlicher“ Unzucht, in Floßmann, Linzer Schriften zur Frauenförderung 17 (2000) 129 (166) sowie Grau, Homosexualität in der NS-Zeit² (2013) 255 (261).

15 Amtliche Sammlung wiederverlautbarter österreichischer Rechtsvorschriften (ASlg) 1945/2.

16 Foregger/Serini, StG-Kommentar² (1966) § 129 Rz 1.

17 Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts – Besonderer Teil² (1962) 311.

18 Kaniak, Das österreichische Strafgesetz⁵ (1960) § 129 mwN der divergierenden Rsp; Rittler, Lehrbuch² 311, fordert – auf Ebene des subj Tatbestandes – weiterhin „wollüstige Absicht, [uzw] auf volle Befriedigung“.

19 ZB OGH 10.3.1959, RiZ 1959, 97.

20 *Vorarlberger Nachrichten*, Ein Proze[ss] – und seine Lehren, 14.6.1956, 1.

21 *BMJ*, Kriminalstatistik für die Jahre 1955 und 1956 (1958) 270.

einige „129er-Prozesse“ gegeben, die zu 51 Verurteilten geführt hatten (darunter zwei Frauen),²² und selbst nach dem „Monsterprozess“ erfolgten einschlägige Verurteilungen: 1957 waren es 61 Männer,²³ 1958 weitere 20 Schuldsprüche.²⁴ Auch die Folgejahre zeigen ein entsprechendes, von leichten Schwankungen geprägtes Bild.²⁵ Im Nachfeld der beiden Weltkriege war die Zahl der wegen Sittlichkeitsverbrechen iwS²⁶ Verurteilten jeweils stark gefallen, um sich in den Jahren danach grosso modo zu vervierfachen (!). Die Langzeitperspektive zeigt Ähnliches: Einer Verurteilungsrates von acht Personen auf 100.000 Strafmündige im Jahr 1884 stand eine verfünffachte Rate von 40 im Jahr 1954 gegenüber.²⁷

2. Der Vorarlberger Sittlichkeitsskandal des Jahres 1956

Ein bedeutender Beitrag zum Anstieg der Verurteilungszahlen wurde 1956 in Feldkirch geleistet, als vor einem Schöffensenat unter dem Vorsitz des Richters *Anton Leißing* verteilt über acht Verhandlungsrunden zwischen dem 25.5. und dem 13.6. an die 140 Strafsachen nach § 129 I lit b StG verhandelt wurden.

2.1. Der Fall „Josef Österle“²⁸ und seine Folgen

Protagonist des „Vorarlberger Sittlichkeitsskandals“ war ein um die Jahrhundertwende im Bregenzerwald geborener Kapuzinerpater namens *Josef Österle*. Er war ab 1940 in diversen Vorarlberger Klöstern tätig gewesen, bis er schließlich 1947 im Feldkircher Kapuzinerkloster seinen Dienst aufnahm. *Österle* war es, der den Stein der Ermittlungen durch eine Selbstanzeige ins Rollen brachte:

Die Anklageschrift der StA Feldkirch führt neben sieben Männern, hinsichtlich derer sich *Österle* der versuchten²⁹ Unzucht wider die Natur schuldig gemacht haben soll, ganze 31 Personen an, mit denen er in den 1940er und 1950er Jahren in vollendete Unzuchthandlungen verwickelt gewesen sei. Einer dieser Männer war der 11-fach vorbestrafte, zehn Jahre jüngere *Josef D.*, mit dem *Österle* in den Jahren 1951 und 1953 widernatürliche Unzucht getrieben haben soll.³⁰ Dann geschah, wovor *Liszt* so eindringlich gewarnt hatte: Ab 1953 begann *Josef D.*, sein Wissen um *Österles* Homosexualität auszunutzen,

22 *BMJ*, Kriminalstatistik 1955/56, 184.

23 *BMJ*, Kriminalstatistik für das Jahr 1957 (1959) 124.

24 *BMJ*, Kriminalstatistik für das Jahr 1958 (1960) 144.

25 *Graßberger*, Kriminologie und Statistik (1946) 34.

26 §§ 125 ff StG 1852.

27 *BMJ*, Kriminalstatistik für das Jahr 1954 (1956) 3 (4).

28 StA Feldkirch 16.11.1955, 2 St 821/55.

29 Zumal die Vollbringung nur „wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses“, uzw wegen Weigerung des anderen Teils, unterblieben ist; es liegt daher einseitig das versuchte Verbrechen der Unzucht wider die Natur gem §§ 8, 129 I lit b StG vor, was an der Strafdrohung freilich nichts änderte.

30 StA Feldkirch, 2 St 821/55, 6 (Anklagepunkt E 14).

indem er wiederholt mit Geldforderungen an diesen herantrat und ihm damit drohte, ihn anzuzeigen, sollte *Österle*, der zu dieser Zeit die Gelder des Seraphischen Liebeswerks verwaltet hatte, das Geld nicht aushändigen. So schaffte er es, binnen weniger Monate die Herausgabe von über 10.000 öS durch *Österle* zu erpressen. Die Anklage führt dazu weiter aus, *Josef D.* habe das Geld etwa dafür verwendet, mit seinem ca 25-jährigen (9-fach vorbestraften) Bekannten *Walter K.*, der sich als sein Neffe ausgab, für einige Tage nach Innsbruck zu fahren. Nur wenig später brauchte der „Neffe“ selbst Geld und so engagierte er (den 6-fach vorbestraften) *Alfred N.*, bei *Österle* vorstellig zu werden und – sich als „Vertreter des *Josef D.*“ ausgehend – von dem Geistlichen weiteres Geld zu verlangen. Einmal hielten ihm die Erpresser in der einen Hand einen Brief mit ihren Forderungen, in der anderen eine vorbereitete polizeiliche Anzeige vor. In Summe veruntreute *Österle* so rund 14.000 öS des Kapuzinerklosters und des Liebeswerks.³¹ „Unbescholten“ war bislang einzig *Österle* selbst gewesen. Er gab vor den Behörden, denen er sich unter dem steigenden Druck selbst ausgeliefert hatte, an, er sei im Alter von 14 Jahren vom Bruder seines Arbeitgebers „verführt“ worden und – so die StA – „seither erwachte in *Josef Österle* eine verhängnisvolle homosexuelle Anlage“³², wie auch das über ihn angefertigte psychiatrische Gutachten bestätigen sollte. Er wurde sowohl wegen der versuchten und vollendeten Unzuchtshandlungen (§ 129 bzw §§ 8, 129 StG) als auch wegen Veruntreuung (§§ 183, 184 StG) verurteilt und erhielt die Höchststrafe: fünf Jahre schweren Kerkers, verschärft durch ein hartes Lager vierteljährlich. Seiner Straferbennung wurde nicht Folge gegeben.³³

2.2. Hundertvierzig mal hundertneundzwanzig

Die StA Feldkirch fertigte am 16.6.1955 einen an die OStA Innsbruck erstatteten Anfallsbericht aus, in dem sie diese von den Voruntersuchungen unterrichtete und ihr mitteilte, es habe sich herausgestellt, dass eine Vielzahl von Personen in „unzüchtige Umtriebe“ mit *Österle* verwickelt seien. Die Ermittlungen hätten sich daher ausgeweitet; folglich würde sich „die Zahl der Beschuldigten sehr wahrscheinlich noch erhöhen.“³⁴ Die OStA leitete diesen Bericht ihrerseits an das BM für Justiz weiter und sprach dabei vom „bereits aus den Tageszeitungen bekannt gewordenen Vorarlberger Sittlichkeitskandal“.

Am 7.2.1956 berichtete die OStA Innsbruck dem BMJ vom Fortgang des Verfahrens: Aufgrund der schieren Anzahl an Beschuldigten sei die StA davon abgegangen, nur eine Anklageschrift zu verfassen; stattdessen fertigte sie acht Anklagesätze an, wobei der ur-

31 Ergebnisbericht der StA Feldkirch an die OStA Innsbruck vom 22.6.1956, 1.

32 StA Feldkirch, 2 St 821/55, 17 (18).

33 Ergebnisbericht der OStA Innsbruck vom 2.8.1957, Zl. 2313, unter Bezugnahme auf das Berufungsurteil des OLG Innsbruck vom 17.4.1957, Bs 152/57.

34 Anfallsbericht gem § 42 StaGeo der StA Feldkirch vom 16.6.1955.

sprüngliche³⁵ auf die Kerngruppe rund um *Österle* beschränkt wurde und 23 der insg 140 Angeklagten umfasste.

Ab dem 25.5.1956 fanden die Hauptverhandlungen gegen die Angeklagten statt. Der detailreichste Augenzeugenbericht über die Feldkircher Prozesse entstammt der Feder von „*Dr. W. H.*“, dem es ein Anliegen gewesen zu sein scheint, seine kritischen Beobachtungen nicht nur im Ausland, konkret in der einschlägigen Schweizer Schwulenzeitschrift „*Der Kreis*“, sondern zudem unter Wahrung seiner Anonymität kundzutun.³⁶

Er berichtet, es seien bereits die den Prozessen vorangegangenen Ermittlungen von ungewöhnlichem Ausmaß gewesen. Dabei hätte sich die „behördliche Sittenwache“ zweifelhafter Methoden bedient: So seien die Verhörten, „soweit sie noch im Lande und am Leben waren, von der Arbeit, vom Schläfe, von Familien und Müttern weg auf ihre gefürchteten Abhorchposten geschleppt“ worden, wo sie „den Vernehmenden ihre Generalbeichte abzulegen“ hatten; so mancher sei „erst nachher zur Erkenntnis [gekommen, dass] man den einen gegen den anderen ausspielte und anscheinend Belastungsprotokolle ungelesen vorhielt, die vermutliche Partner bereits unterschrieben hätten“.³⁷ In den acht Anklagegruppen seien, wie es auch den Anklageschriften zu entnehmen ist, Menschen aller Klassen, Stände und Altersgruppen vertreten gewesen.³⁸ Vom Gericht, das „auffallend viele Psychiater herangezogen“ habe, seien bloß 30 Männer als „gerichtlich beglaubigte echte Homosexuelle“ eingestuft worden, außerdem 20 Männer als bisexuell,³⁹ weshalb er zum Schluss kommt: „Es gab keine Homosexuellen-Prozesse in Feldkirch, nur Strafverhandlungen gegen solche und ungleich mehr Prozesse gegen Nichthomosexuelle.“⁴⁰

Der „aus positiv katholischen Persönlichkeiten“⁴¹ zusammengesetzte Strafsenat unter *Leißing* ließ – wie auch die behördlichen Aufzeichnungen und Medienberichte belegen – eine gewisse „Milde“ walten: *Leißing* merkte an, dass der Strafrichter in einem solchen Fall „nicht Existenzen vernichten, sondern bessern und erziehen“ solle.⁴² Die ausgiebige Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts⁴³ und der vielfach verordnete bedingte Strafnachlass samt Aufschub der Rechtsfolgen,⁴⁴ der Verurteilte bspw vor dem Verlust ihres akademischen Titels oder öffentlichen Amtes bewahrte, zeugen von dieser Milde, die aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass auch diese Urteile von einer ex-

35 StA Feldkirch 16.11.1955, 2 St 821/55.

36 *W. H.*, Gericht über Feldkirch, *Der Kreis* 1956/7, 8.

37 *Vorarlberger Volksblatt*, 8.6.1956, 3; die Anklagesätze der StA belegen dies: Fast alle Anschuldigungen beruhten auf Geständnissen der ihrerseits Beschuldigten, die häufig sogar den einzigen Beweis darstellten.

38 So zB auch *Vorarlberger Volksblatt*, 26.5.1956, 6 (7); *Vorarlberger Nachrichten*, 14.6.1956, 1.

39 In der Tat forderte die StA auffallend viele psychiatrische Gutachten zur Vorlage in der HV an.

40 Hier gilt es jedoch zu ergänzen, dass eine „eindeutige Überrepräsentanz der Unterschicht unter den verfolgten Homosexuellen“ zu konstatieren ist, insb waren viele „Hilfsarbeiter“ angeklagt (vgl *Korom/Fleck*, Wer wurde als homosexuell verfolgt? *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 2012, 755 [767]).

41 *Vorarlberger Volksblatt*, 11.6.1956, 3.

42 *Vorarlberger Volksblatt*, 26.5.1956, 6 (8).

43 § 54 StG, § 265c StPO, Art IV StPNov 1918; vgl *Malaniuk*, Strafrecht AT (1947) 333 (334).

44 § 1 Abs 1 und 2 des Gesetzes über die bedingte Verurteilung 1949, BGBl 1949/277 idF BGBl 1950/240; vgl *Foregger/Serini*, StG² § 54 Rz 1.

tensiven Auslegung des § 129 I lit b StG getragen waren, deren Entwicklung bereits umfassend dargestellt wurde (s oben 1.2.). Als Milderungsgründe kamen neben „echter Homosexualität“ auch „Mangel einer sexuellen Aufklärung (als Landarbeiter), Fehlen geeigneter Sexualpartner, zerschlagene Beziehungen mit einem Mädchen, Enttäuschung in der Liebe“ sowie „unerquickliche eheliche Verhältnisse“ udgl zum Tragen.⁴⁵

Die Verhandlungsführung wirft ein dubioses Licht auf die Prozesse: Nicht nur war von Anfang an die Öffentlichkeit ausgeschlossen worden,⁴⁶ der Vorsitzende soll zudem im Zuge der ersten Urteilsverkündung erklärt haben, „dass im Interesse der Öffentlichkeit und im Einverständnis mit der [StA] von der Verlesung des vollen Urteils abgesehen“ werde – im Widerspruch zu § 231 StPO 1873 –, „wie nachher zu erfahren war unter verabredetem Verzicht der Verteidiger auf diesbezügliche Nichtigkeitsbeschwerden“. Das vermochte nichts daran zu ändern, dass keinem einzigen der von den Angeklagten erhobenen Rechtsmittel Erfolg beschieden war (dazu unten 2.4.).

2.3. Tausendundeine Unsittlichkeit

Es ist nicht möglich, an dieser Stelle die Schicksale der Betroffenen in dem Maß zu behandeln, das der Tragweite des justiziellen Unrechts jener Tage gerecht zu werden beanspruchen dürfte, und so muss denn eine allzu enge Auswahl getroffen werden:

Am 29. und 30.5.1956 stand die zweite Anklagegruppe in Feldkirch vor Gericht.⁴⁷ Unter ihnen befand sich der bereits seit 14 Monaten in U-Haft befindliche *Albert R.*, ein etwa 50-jähriger Landwirt und Kaufmann aus dem Bregenzerwald. Ihm wurde widernatürliche Unzucht mit 18 Personen zur Last gelegt. Dabei war er einer der wenigen, denen auch Analverkehr vorgeworfen wurde, ihm „sogar in sieben bis acht Fällen mit zwei unterschiedlichen Personen“. Im Übrigen beschränkte sich die Anklage in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle auf „gegenseitiges Abgreifen des Gliedes“ (dazu unten). Er zeigte sich vollumfänglich geständig und gab an, er sei, „wie es so oft die Gerichtserfahrung lehrt, in seiner Jugend zu gleichgeschlechtlichen Verfehlungen verführt worden. Im Alter von 17 Jahren [...] wurde er das Opfer eines gewissenlosen Lehrers. [...] Bei [ihm] liegt eine starke sexuelle Triebhaftigkeit und echte homosexuelle Veranlagung vor“, was auch in diesem Fall durch ein psychiatrisches Gutachten belegt werden sollte. Auffällig ist, dass er in vier Fällen trotz gegenteiliger Aussagen seiner „Unzuchtsgenossen“ auf den Vorwürfen beharrte und so maßgeblich zu deren Verurteilung beitrug. *Albert R.* wurde zu zweieinhalb Jahren schweren Kerkers verurteilt.⁴⁸ Er meldete Strafberufung an,⁴⁹ zog diese jedoch später zurück.⁵⁰

45 Vgl auch *Arbeiter-Zeitung*, 10.6.1956, 7.

46 So auch *Bild-Telegraf*, 26.5.1956, 1; *Kurier*, 26.5.1956, 3; *Die Presse*, 26.5.1956, 3; *Arbeiter-Zeitung*, 27.5.1956, 6.

47 StA Feldkirch 21.11.1955, 2 St 2056/55.

48 LG Feldkirch 30.5.1956, Vr 137/55.

49 Bericht der StA Feldkirch vom 4.6.1956.

50 Bericht der StA Feldkirch vom 6.2.1957.

Eine weitere Strafsache betraf den ca 35-jährigen Tanzlehrer *Adolf A.* Ihm legte die Anklageschrift⁵¹ jeweils einen Fall gegenseitiger Onanie mit sechs Männern zur Last, darunter zwei Unbekannte, hinsichtlich derer die Anschuldigungen auf reinen Selbstbezeichnungen beruhten. Er wurde am 7.6.1956 zu fünfmonatigem schwerem Kerker verurteilt, wobei das Gericht die Strafe unter Setzung einer dreijährigen Probezeit zur Bewährung aussetzte.⁵² Seinen Beruf als Tanzlehrer konnte er dennoch nicht weiter ausüben und mangels straffreien Führungszeugnisses gelang es ihm ebenso wenig, eine andere Anstellung zu finden, weshalb er bereits im Herbst 1957 eine Gnadenbitte um Tilgung der Verurteilung einbrachte. Er wurde dabei vom damaligen Landesstatthalter *Ernst Kolb* (ÖVP) unterstützt, der im Oktober 1957 ein Interventionsschreiben an den Justizminister *Otto Tschadek* (SPÖ) richtete, in dem er diesen „[wegen] der besonderen Gründe, die das Gesuch geltend macht“, um „gütige Veranlassung“ ersuchte, finde *Adolf A.* doch nunmehr keine Arbeit, sei überdies zu 70 % kriegsbeschädigt und könne daher nicht für seine Gattin sorgen.⁵³ In seiner abschlägigen Erledigung merkte das BMJ unter Berufung auf *Graßberger*⁵⁴ an, die Dynamik des Rückfalles pflege innerhalb von drei bis fünf Jahren aufzutreten, sodass schon deshalb keine Tilgung befürwortet werden könne. Bei aller Verschiedenheit der Einzelfälle sind doch einige Gemeinsamkeiten feststellbar: Nur in einer verschwindend geringen Anzahl der Fälle stützten sich die Anschuldigungen auf andere Beweismittel als die Aussagen der (Mit-)Beschuldigten, die sich durch ihre Generalbeichten milde Urteile erhofften. Es darf dabei, wie der Fall des *Adolf A.* und die unter 4. dargestellten Gnadensachen zeigen, nicht übersehen werden, dass auch die nur „bedingt“ Verurteilten noch Jahre danach mit den Folgen ihrer Vorstrafen zu kämpfen hatten. Ein weiteres Kuriosum ist im Umstand zu erblicken, dass nur in sehr wenigen Fällen beischlafähnliche Handlungen den Prozessgegenstand bildeten. Stattdessen legte die StA den meisten Angeklagten „gegenseitiges Abgreifen des Gliedes“ zur Last, also einen Akt, der nach der früheren Rsp und selbst nach div jüngeren OGH-Judikaten den obj Tatbestand des § 129 I lit b StG gar nicht erfüllte.⁵⁵ Da aber die seit dem frühen 20. Jh überwiegende Lehre und herrschende Rsp⁵⁶ der weiten Auslegung der Norm folgten, gelang es iE keinem der Verurteilten, das Urteil erfolgreich zu bekämpfen. Vielmehr war es die StA, die es in einem Fall sogar bewerkstelligte, eine nicht anklagekonforme Entscheidung beheben zu lassen und in der Folge einen Schuldspruch nach § 129 I lit b zu erreichen (s unten 2.4.).

51 StA Feldkirch 28.11.1955, 2 St 2058/55.

52 LG Feldkirch 7.6.1956, Vr 136/56. Da sowohl die StA als auch die 16 an diesem Tag – allesamt iSd Anklage – Schuldigesprochenen auf Rechtsmittel verzichteten, erwuchs das Urteil gegen die ganze Anklagegruppe sofort in Rechtskraft (Bericht der StA Feldkirch vom 8.6.1956).

53 So zu lesen in der Tilgungsakte INs 407/57 des LG Feldkirch.

54 *Graßberger*, Referat am 3. Internationalen Kongre[ss] für Kriminologie, JBl 1956, 45.

55 ZB OGH 27.11.1928, 4 Os 774/28; 22.10.1937, 4 Os 690/37.

56 Vgl OGH 28.11.1958, 8 Os 77/58 sowie mwN *Winkler*, juridikum 2022, 317.

2.4. Ein Prozess und seine Lehren

Das Hauptverhandlungsbuch und die Ergebnisberichte der StA weisen insg 126 erschienene Angeklagte mit Prozessergebnis aus, darunter 123 Schuldsprüche (rund 98 %) und nur drei Freisprüche (rund 2 %). 14 Angeklagte waren nicht zur HV erschienen. 40 Angeklagte (rund 30 %) waren zuvor in U-Haft genommen worden, wovon in der Folge alle verurteilt wurden.⁵⁷

Von den gefälltten Urteilen sahen nur rund 20 % unbedingte Kerkerstrafen, knapp 80 % hingegen bedingte Arrest- oder Kerkerstrafen vor. Die durchschnittlich verhängte Haftdauer betrug 5,1 Monate, wobei zu differenzieren ist: Diejenigen 26 Personen, die unbedingte Haftstrafen anzutreten hatten, hatten im Mittel schwere Kerkerstrafen im Ausmaß von rund 13 Monaten zu erdulden, während die bedingt ausgesprochenen Zeitstrafen der übrigen Verurteilten im Schnitt nur rund drei Monate umfassten.⁵⁸

In Summe wurden neun Rechtsmittelverfahren angestrengt: Sechs Verurteilte – darunter *Österle* – erhoben Berufung; ihre Rechtsmittel wurden allesamt verworfen. In drei Fällen erhob die StA ihrerseits Rechtsmittel, wobei sie jeweils eine Verschärfung der Strafsätze erreichen konnte (darunter zwei bedingte Strafen, die in unbedingte umgewandelt wurden). Zudem erhob sie auch in einem Fall mit Erfolg eine Nichtigkeitsbeschwerde: Während die StA eine Verurteilung wegen des Verbrechens nach § 129 I lit b StG angestrebt hatte, hatte das Gericht im inkriminierten Sachverhalt zunächst bloß eine Übertretung nach § 516 StG⁵⁹ erblickt.

Nachdem dieser letzte Fall am 14.1.1958 (neu-)verhandelt und iSd Anklage mit einem Schuldspruch gem § 129 I lit b StG rechtskräftig erledigt worden war,⁶⁰ teilte die StA der OStA mit, dass nun sämtliche Fälle des Sittlichkeitsskandals abgeschlossen und alle Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen waren;⁶¹ die übrigen bekämpften Urteile waren bereits mit Rechtskraft des Berufungsurteils des OLG Innsbruck⁶² vom 17.4.1957 rechtskräftig geworden.

„Die Akten sind geschlossen. Was sie ans Tageslicht gebracht haben, war keine Sensation.“⁶³

3. Die öffentliche Meinung: Presse von West bis Ost

Die hohe Berichterstattungsdichte belegt das enorme Interesse der Öffentlichkeit an den Feldkircher Prozessen auch über Vorarlberg hinaus. Schließlich seien unter den Ange-

57 Eigene Berechnungen auf Grundlage der Auszüge aus dem HV-Buch des LG Feldkirch.

58 Wie FN 57.

59 „Gröbliches und öffentliches [Ärgernis] verursachende Verletzung der Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit“; diese Übertretung unterlag einer Strafdrohung von nur acht Tagen bis zu sechs Monaten strengen Arrests.

60 LG Feldkirch 14.1.1958, Vr 140/56.

61 Ergebnisbericht der StA Feldkirch vom 19.5.1958 zu 2 St 2058/55.

62 OLG Innsbruck 17.4.1957, Bs 152/57.

63 *Vorarlberger Nachrichten*, 14.6.1956, 1.

klagten „angesehene Bregenzner Kaufleute“. ⁶⁴ Es handle sich um „bekannte Namen Vorarlbergs“, der Skandal sei groß. ⁶⁵ Die *Vorarlberger Nachrichten* pochten jedoch darauf, dass „das Interesse der Öffentlichkeit an diesen Dingen merklich abgeflaut“ sei und man keine Veranlassung sehe, „aus dieser Abwegigkeit der Natur eine Sensation zu machen“. ⁶⁶ Bereits in der ersten Verhandlungsrunde hatte *Leißing* darauf aufmerksam gemacht, „daß gewisse innerösterreichische Blätter höchst unseriös berichtet hätten“ ⁶⁷ und dass man „keinen Reklameprozess“ ⁶⁸ führe. Im Übrigen verwies er darauf, dass das Vorarlberger Almpersonal fast ausschließlich männlich sei, was die hohe Zahl an Angeklagten erkläre, seien diese doch in ihrer Jugend als Hüterbuben verführt worden. ⁶⁹

Nicht zuletzt war es dem Senatsvorsitzenden und den Vorarlberger Blättern ein Anliegen, der Öffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen, es seien „ein großer Teil“ (*Vorarlberger Volksblatt*) ⁷⁰, „ein hoher Prozentsatz“ (*Vorarlberger Nachrichten*) ⁷¹ oder gar „fast 50 Prozent der Angeklagten“ (*Leißing*) ⁷² keine „echten“ Vorarlberger, viele kämen überhaupt aus dem Ausland. Diese Behauptungen lassen sich bereits anhand der Anklagesätze deutlich widerlegen.

4. Zum Geleit: Der lange Schatten des § 129 I lit b StG 1852

Einige der Verurteilten bemühten sich in den Jahren nach den Schuldsprüchen um rechtliche Rehabilitation in Form von Tilgung und Beseitigung der gesetzlichen Urteilsfolgen, waren doch mit Verurteilungen wegen Verbrechen ipso iure die Abnahme aller Ehrenzeichen, der Verlust akademischer Grade und jeglicher öffentlichen Ämter (einschließlich des Lehramtes) ⁷³ uam verbunden (§ 26 StG). Doch auch ein allfälliger Aufschub dieser Rechtsfolgen bewahrte viele Verurteilte nicht vor dem Verlust ihrer beruflichen und sozialen Stellung, konnten sie doch keinen einwandfreien Leumund mehr vorweisen.

So bat etwa der vormals unbescholtene Lehrer *Karl H.* im Jahr 1960 um Tilgung. Er war wegen 15-maliger „gegenseitiger Onanie bis zum Samenergu[ss]“ zu 4-monatigem schwerem Kerker verurteilt worden und hatte – trotz bedingter Straf- und Rechtsfolgen-nachsicht – seinen Lehrposten verloren. Im Urteil ⁷⁴ wurde aufgrund eines über ihn angefertigten Gutachtens eine „echte bisexuelle Veranlagung“ und daraus resultierend die

64 *Vorarlberger Volksblatt*, 8.6.1956, 3.

65 *Bild-Telegraf*, Unzuchtsskandal: 138 Männer vor dem Richter, 26.5.1956, 1.

66 *Vorarlberger Nachrichten*, 14.6.1956, 1 (2).

67 *Vorarlberger Nachrichten*, 26.5.1956, 7.

68 W. H., *Der Kreis* 1956/7, 8 (13).

69 *Arbeiter-Zeitung*, 10.6.1956, 7.

70 *Vorarlberger Volksblatt*, 8.6.1956, 3.

71 *Vorarlberger Nachrichten*, 14.6.1956, 1.

72 *Vorarlberger Nachrichten*, 26.5.1956, 7.

73 Ex lege verlorene Rechte bzw Stellungen, die keines besonderen Beststellungs- oder Verleihungsaktes bedurften, lebten infolge der Tilgung wieder auf; für akademische Grade oder öffentliche Ämter galt das nicht: Sie konnten bloß uU und nach Ablauf bestimmter Fristen *neu erworben* werden (*Foregger/Serini*, StG² § 26 Rz 1).

74 LG Feldkirch 25.5.1956, Vr 139/55.

Herabsetzung seiner Urteilsfähigkeit festgestellt und strafmildernd in Anschlag gebracht. Sein Gnadengesuch begründete er mit der Erwartung, in der Folge wieder in den österr. Schuldienst eintreten zu können. Dabei wurde er – wie schon *Adolf A.* (s. oben 2.3.) – von *Ernst Kolb* (ÖVP) unterstützt, der ein handschriftliches Interventionsschreiben an *Tschadek* (SPÖ) richtete. Das Unterrichtsministerium ließ das BMJ allerdings wissen, dass eine Wiedereinstellung auch nach allfälliger Tilgung nicht beabsichtigt sei, weshalb die weitere Behandlung seines Gesuchs abgelehnt wurde.⁷⁵

In einem anderen Fall bemühte sich *Arthur S.*, ein zum Verurteilungszeitpunkt bereits fast 60-jähriger Kaufmann, noch während der Dauer seiner Probezeit um gnadenweise Tilgung. Er hatte sich 1952 und 1953 in Lindau (Deutschland) „10- oder 11-mal mit drei anderen Männern [...] gegenseitige Onanie und Mundverkehr“ zuschulden kommen lassen und war deshalb am 7.6.1956 zu einer bedingten Kerkerstrafe im Ausmaß von 2,5 Monaten verurteilt worden. Er habe, wie er mit einem eigens eingeholten Privatgutachten zu belegen suchte, seine „Neigung zur Homosexualität überwunden“, wolle nun ein Textilunternehmen gründen und sich verehelichen, befürchte jedoch, dass „die Vorstrafe zur Kenntnis seiner zukünftigen Gattin gelange“. In seinem Fall wandte sich *Paul Peter*, Landespartei sekretär der SPÖ Vorarlberg, im Juni 1957 mit der Bitte um wohlwollende Beurteilung des Gesuchs an seinen Parteifreund *Tschadek*, sei der Betroffene doch „im Zuge der § 129 Großaffäre [sic] einer hektischen Verfolgung zum Opfer“ gefallen und verdiene eine gütliche Behandlung, „[wenn] auch seine Handlung für uns unverständlich sein mag“. Antwort erstattete der Vizekanzler *Bruno Pittermann* (SPÖ): Es müsse bedacht werden, dass die von *Arthur S.* begangenen Verbrechen „mit ähnlichen Delikten einer Vielzahl anderer Personen im Zusammenhang gestanden sind. Falls im vorliegenden Fall der erbetene Gnadenbeweis gewährt würde, mü[ss]te dies gleichartige Gnadenakte gegenüber [...] vielen dieser anderen Verurteilten nach sich ziehen.“ Mit dem erheblichen Interesse der Öffentlichkeit „an dieser als ‚Vorarlberger Sittlichkeits-skandal‘ bezeichneten Angelegenheit“ sei dies nicht vereinbar: „Aus diesen Gründen kann ich Dir leider keine bessere Mitteilung machen.“⁷⁶

Zum Geleit sei aber doch noch eine gute Nachricht gemacht: Vereinzelt führten die Gnadengesuche zum Erfolg, so zB jenes des *Anton M.* Er war am 30.5.1956 – im Alter von 65 Jahren – nach § 129 I lit b StG zu einer unbedingten, verschärften einjährigen Kerkerstrafe verurteilt worden⁷⁷ und hatte seine Haftzeit bereits verbüßt, als er 1961 die gnadenweise Tilgung seiner Verurteilung erbat, um in den Genuss der Tapferkeitsmedaillenzulage zu kommen, die er sich im Ersten Weltkrieg verdient gehabt hatte. Die lokale Kriminalabteilung befürwortete sein Gesuch, genieße er doch in seinem Heimatort einen

75 Tilgungsakt des BMJ samt Stellungnahme des BM für Unterricht, JMZI 34.132/60, 35.873/60, 65.372/60.

76 Replik vom 6.7.1957, JMZI 38.354/57, 6.

77 LG Feldkirch 30.5.1956, Vr 137/56; der als erwiesen angenommene Vorwurf lautete, er habe „in zahlreichen Fällen mit 19 Männern widernatürliche Unzucht durch gegenseitige Onanie und Mundverkehr begangen“. Seine im Verfahren festgestellte „echte Homosexualität“ kam ihm strafmildernd zugute.

„sehr guten Leumund“ und sei „arbeitsam, nüchtern und sparsam“. Dennoch beantragten StA und LG Feldkirch sowie OStA und OLG Innsbruck übereinstimmend die Zurückweisung des Gesuchs „mangels wichtiger Gründe“; das BMJ schloss sich diesen Stellungnahmen an und führte aus, er habe sein Recht auf diesen Ehrerweis verwirkt, der nur Personen zugutekommen solle, die sich „auf Grund ihres Einsatzes für das Vaterland und ihres untadelhaften Lebenswandels“ darum verdient gemacht hätten. Das Verteidigungsministerium hingegen bestätigte, dass *Anton M.* im Falle der Tilgung eine monatliche Zulage iHv 25 öS zustünde. Daraufhin änderte das BMJ seine Stellungnahme zugunsten einer Befürwortung ab und merkte zudem an, dass anzunehmen sei, dass „das künftige Strafgesetz in diesem Punkt [...] abgeändert werden“ würde. Dieser Absatz wurde später handschriftlich durchgestrichen. Nichtsdestotrotz erreichte den inzwischen 70-Jährigen im August 1961 folgende Mitteilung: Bundespräsident *Adolf Schärf* (SPÖ) hatte sein Gnadengesuch erhört und die Verurteilung getilgt. *Anton M.*, Landwirt und stolzer Halter von „3 Kühen, 1 Stück Jungvieh, 2 Schweinen und 10 Hühnern“ und im Übrigen zeit seines Lebens einwandfrei beleumundet, durfte seinen Lebensabend als Unbescholtener verbringen.⁷⁸

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

78 Tilgungsakt I 5 Ns 570/60, JMZl 34.760/61; Tilgungserklärung vom 19.8.1961, JMZl 61.059/61.

Ausnahmen vom Einbürgerungskriterium des gesicherten Lebensunterhalts

Kritische Betrachtungen zu § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG

Ines Rössl

1. Einleitung

Der vorliegende Beitrag bespricht § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG),¹ der eine Ausnahme von den ökonomischen Einbürgerungsvoraussetzungen vorsieht: Menschen, die nicht in der Lage sind, diese zu erfüllen, sollen in bestimmten Fällen dennoch Zugang zur Staatsbürgerschaft – und damit zum Wahlrecht² – haben. Es wird gezeigt, dass die Rsp den Anwendungsbereich der Bestimmung dermaßen verengt, dass ihr demonstrativer Charakter weitgehend verloren geht, wiewohl gute Gründe für ein weiteres Verständnis der Bestimmung sprechen. Der kritische Blick ist dabei informiert von einer intersektionalen Perspektive.³

2. Einkommensnachweise als Hürden für die Einbürgerung

Eine Einbürgerung erfordert im Regelfall einen zehnjährigen rechtmäßigen Aufenthalt, Unbescholtenheit, Wohlverhalten, Deutschkenntnisse und Kenntnisse der demokratischen Ordnung und Geschichte Österreichs sowie einen gesicherten Lebensunterhalt.⁴ Einbürgerungswerber:innen müssen vor Antragstellung über einen gewissen Zeitraum hindurch Einkünfte in bestimmter Höhe erzielt haben und dürfen in diesem Zeitraum keine Sozialhilfeleistungen (wie etwa Mindestsicherung) bezogen haben.⁵ Die Berechnung ist im Einzelfall sehr komplex.⁶ Für die Zwecke dieses Textes genügt es, auf die Größenordnung hinzuweisen. Die Richtsätze, die zur Berechnung herangezogen werden, betragen für das Jahr 2022 monatlich netto 1.030,49 Euro für Einzelpersonen und 1.625,71 Euro für Ehepartner:innen und ein-

1 BGBl 1985/311 idF BGBl I 2021/162.

2 Vgl *Wagner*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht. Eine Untersuchung der rechtlichen Instrumente politischer Inklusion in Österreich, Deutschland und Schweden (2022); *Valchans/Bauböck*, Migration und Staatsbürgerschaft (2021).

3 Vgl einführend *Rössl*, Rereading Crenshaw. Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive, *juridikum* 1/2021, 31.

4 Zu den genauen Vorgaben und weiteren Voraussetzungen wie uU die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit vgl §§ 10, 10a StbG.

5 § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 5 StbG. Zum politischen Kontext vgl *Stadlmair*, Party Positions on Economic Criteria for Naturalization in Austria, *International Migration* 2018, 63.

6 Vgl *Ecker/Kvasina/Peyrl*, § 10, in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985, Rz 95–147.

getragene Partner:innen im gemeinsamen Haushalt. Für jedes Kind müssen weitere 159 Euro nachgewiesen werden.⁷ Regelmäßige Aufwendungen (wie zB Miete oder Heizkosten) erhöhen die notwendigen Einkünfte zusätzlich.⁸ Für viele Menschen bedeuten diese finanziellen Anforderungen eine unüberwindbare Hürde, die Staatsbürgerschaft erlangen zu können. Mehr als 30 % der in Österreich beschäftigten Arbeiter und mehr als 50 % der Arbeiterinnen verdienen weniger, als für die Verleihung der Staatsbürgerschaft mindestens erforderlich ist – bei Heranziehung der Einzelpersonenrichtsätze, aber noch ohne Miteinbeziehung der regelmäßigen Aufwendungen.⁹

3. Die Ausnahmebestimmung in § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG

Bis 2006 existierte eine 1965 eingeführte Ausnahmebestimmung, wonach die Einbürgerungsvoraussetzung des gesicherten Lebensunterhalts entfallen konnte, wenn sich die betreffende Person unverschuldet „in einer finanziellen Notlage“ befand.¹⁰ Mit der Staatsbürgerschaftsgesetz-Novelle 2005¹¹ wurde diese Möglichkeit der Berücksichtigung individueller Umstände abgeschafft.¹² Zwei Fälle, in denen Menschen mit Behinderung die Einbürgerung verwehrt wurde, weil sie notgedrungen Sozialhilfe bzw Mindestsicherung bezogen, mündeten in ein Normprüfungsverfahren vor dem VfGH, der die einschlägigen Bestimmungen im Jahr 2013 als verfassungswidrig aufhob.¹³

Der VfGH erblickte nicht nur einen Verstoß gegen Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG (Benachteiligungsverbot aufgrund einer Behinderung), sondern auch gegen das aus dem BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung¹⁴ abzuleitende Sachlichkeitsgebot: Mit diesem ist es unvereinbar, die Einbürgerung von der Selbsterhaltungsfähigkeit abhängig zu machen, ohne „besondere Ausnahmesituationen unverschuldeter Notlage“ zu berücksichtigen.¹⁵

In Reaktion wurde eine neue, bis heute geltende Ausnahmeregelung geschaffen:¹⁶ Vom Einbürgerungskriterium des hinreichend gesicherten Lebensunterhalts darf dann abge-

7 § 10 Abs 5 StbG iVm § 293 Abs 1 ASVG BGBl 1955/189 idF BGBl I 2019/84 und jährliche Anpassung durch Verordnung, zuletzt durch BGBl II 2021/590.

8 Dabei bleibt der Wert der sogenannten „freien Station“ (für 2022: 309,93 Euro) unberücksichtigt § 10 Abs 5 StbG iVm § 292 Abs 3 ASVG BGBl 1955/189 idF BGBl I 2022/31, zuletzt angepasst durch die Verordnung BGBl II 2021/590.

9 Vgl Rössl/Valchars, Einbürgerung, Einkommen und Geschlecht. Hürden beim Zugang zum Wahlrecht, in *Herausgeberinnenkollektiv Blaustrumpf aboi!*, „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung (2019) 301 (306 f) mit einer Aktualisierung der Berechnungen von Stern, *Ius Pecuniae – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde*, in *Dahlvik/Faßmann/Sievers*, Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich (2011) 55 (57 f).

10 § 10 Abs 1 Z 7 StbG 1965 BGBl 1965/250.

11 BGBl I 2006/37.

12 Zur historischen Entwicklung vgl Stern in *Dahlvik/Faßmann/Sievers* 63–66.

13 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua (VfSlg 19.732/2013).

14 BGBl 1973/390.

15 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua, Rz 20.

16 § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG idF BGBl I 2013/136.

sehen werden, wenn „der Fremde“ den Lebensunterhalt „aus tatsächlichen, von ihm nicht zu vertretenden Gründen dauerhaft nicht oder nicht in ausreichendem Maße sichern kann“ (§ 10 Abs 1 Z 7 StbG). § 10 Abs 1b StbG konkretisiert: „Nicht zu vertreten hat der Fremde seinen nicht gesicherten Lebensunterhalt insbesondere dann, wenn dieser auf einer Behinderung oder auf einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit beruht, wobei dies durch ein ärztliches Gutachten nachzuweisen ist.“ Die geltende Ausnahmeregelung stellt also nicht mehr wie in der bis 2006 geltenden Rechtslage allgemein auf eine unverschuldete Notlage, sondern spezifisch auf Menschen mit Behinderung bzw dauerhafter schwerwiegender Krankheit ab, schafft also gewissermaßen eine „Modellgruppe“. Gleichwohl ist die Bestimmung des § 10 Abs 1b demonstrativ formuliert (arg „insbesondere“) und erlaubt damit auch die Berücksichtigung anderer, vergleichbarer Notlagen. Es zeigt sich jedoch, dass die Judikatur die Bestimmung so eng auslegt, dass ihr der demonstrative Charakter faktisch weitgehend genommen ist.

4. Die Rechtsprechung

4.1. Überblick

Auf verwaltungsgerichtlicher Ebene wurde entschieden, dass § 10 Abs 1b StbG auch auf jene Fälle anzuwenden ist, in denen ein:e Minderjährige:r nicht ausreichend Mittel nachweisen kann, weil ein unterhaltspflichtiger Elternteil aufgrund von Behinderung oder schwerwiegender Erkrankung nicht erwerbsfähig ist.¹⁷ Ebenfalls darunter fällt eine alleinerziehende mehrfache Mutter, die aufgrund des gesteigerten Sorgebedarfs für ein Kind mit Behinderung nicht in der Lage ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.¹⁸

Eine Alleinerzieherin, die *kein* Kind mit Behinderung hat, fällt hingegen nicht unter die Ausnahmebestimmung.¹⁹ Ebenfalls nicht anwendbar ist § 10 Abs 1b StbG, wenn die mangelnde Sicherung des Lebensunterhalts allgemein auf Arbeitslosigkeit zurückzuführen ist²⁰ oder darauf, dass in jenem Staat, in dem jemand einer Erwerbstätigkeit nachgeht, ein geringeres Lohnniveau als in Österreich besteht.²¹ Auch ein Pflegekind, das von den leiblichen Eltern keine Unterhaltszahlungen erhält, kann sich nicht auf die Ausnahmebestimmung berufen.²² Dies gilt auch für Studierende, die nur einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen können,²³ für Transpersonen, die Diskriminierung am Arbeitsmarkt er-

17 VwG Wien, 27.2.2015, VGW-151/080/34242/2014; VwG Wien, 3.3.2015, VGW-151/080/33041/2014. Eine Behinderung/schwerwiegende Krankheit der Eltern ist hingegen nicht relevant, wenn es um eine volljährige nicht selbsterhaltungsfähige Einbürgerungswerberin geht, vgl VwGH 9.11.2020, Ra 2020/01/0289 ua.

18 VwG Wien 28.3.2017, VGW-151/065/9650/2016 ua.

19 LVwG Salzburg 3.2.2016, LVwG-11/177/4-2016 und VwGH 15.11.2016, Ra 2016/01/0034 (Zurückweisung der Revision).

20 VwG Wien 30.10.2018, VGW-152/019/6622/2018.

21 VwGH 6.4.2022, Ra 2021/01/0028.

22 VwGH 29.1.2021, Ra 2020/1/0243.

23 VwGH 11.10.2016, Ra 2016/01/0169.

fahren,²⁴ und für Personen, die altersbedingt nicht mehr in der Lage sind, am Erwerbsleben teilzunehmen.²⁵ Im Folgenden werden die um Geschlecht(sidentität), Sorgepflichten und Alter kreisenden Fallkonstellationen dargestellt.

4.2. Geschlecht(sidentität)

Eine Transperson brachte im Einbürgerungsverfahren vor, dass ihre Stimme weiterhin männlich klinge und sie am Arbeitsmarkt Benachteiligungen ausgesetzt sei, weshalb sie seit vielen Jahren durchgehend Sozialhilfe bzw Mindestsicherung beziehe. Das VwG Wien führte in der Abweisung der Beschwerde aus, dass nicht „alle Benachteiligungen von Bevölkerungsgruppen bei der selbständigen Bestreitung ihres Lebensunterhaltes“ unter § 10 Abs 1b StbG zu subsumieren seien. Die Schwierigkeiten der Antragstellerin am Arbeitsmarkt seien „weder in ihrem Ausmaß noch in ihrer Dauerhaftigkeit mit jenen Schwierigkeiten vergleichbar, denen Menschen mit einer Behinderung oder einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit gegenüberstehen.“²⁶

4.3. Sorgepflichten

Auch die Beschwerde einer alleinerziehenden Mutter dreier Kinder wurde – diesmal durch das LVwG Salzburg – abgewiesen und die Revision durch den VwGH zurückgewiesen, weil das LVwG seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten habe.²⁷ Die Beschwerdeführerin hatte viele Jahre hindurch Mindestsicherung bezogen und vorgebracht, dass sie selbst bei Vollzeitbeschäftigung aufgrund der für sie geltenden ASVG-Richtsätze (Einzelpersonenrichtsatz plus drei mal der Richtsatz für Kinder) und in Anbetracht der hohen Lebenserhaltungskosten (insb Miete) „auch in Zukunft kaum realistische Chancen“ hätte, den Nachweis für den gesicherten Lebensunterhalt zu erbringen. Das LVwG Salzburg anerkennt zwar, dass es für Alleinerziehende mit drei Kindern „besonderer Anstrengungen“ bedürfe, den gesicherten Lebensunterhalt nachzuweisen, hält aber fest, dass § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG auf diesen Fall nicht anzuwenden sei, weil ihm das Element der Dauerhaftigkeit fehle. Die Beschwerdeführerin sei sehr wohl in der Lage, am Erwerbsleben teilzunehmen und ihre Familien- und Einkommenssituation sei „Veränderungen unterworfen“. Der Gesetzgeber bezwecke mit der Ausnahmebestimmung, Personengruppen zu berechtigen, die andernfalls auf Dauer von der Erlangung der Staatsbürgerschaft

24 VwG Wien 20.7.2017, VGW-152/022/9523/2017.

25 VwG Wien 26.11.2018, VGW-152/071/12681/2018 und VfGH 26.6.2019, E 89/2019 und VwGH 27.9.2021, Ra 2019/01/0356; VwG Wien 16.4.2019, VGW 152/058/786/2019 und VwGH 19.8.2019, Ra 2019/01/0240 (Zurückweisung der Revision); VwGH 4.5.2022, Ra 2020/01/0238.

26 VwG Wien 20.7.2017, VGW-152/022/9523/2017.

27 LVwG Salzburg 3.2.2016, LVwG-11/177/4-2016; VwGH 15.11.2016, Ra 2016/01/0034. VwGH 15.11.2016, Ra 2016/01/0034.

ausgeschlossen wären.²⁸ Die Auslegung des Elements der Dauerhaftigkeit durch das LVwG bleibt etwas unklar. Sie schwankt zwischen „auf nicht absehbare Zeit“ und „Unabänderlichkeit“, geht aber stärker in Richtung „Unabänderlichkeit“.²⁹ Laut LVwG muss also, so scheint es, eine zukünftige Änderung des erwerbsunfähigen Zustands ausgeschlossen sein.

4.4. Alter

Kann eine Person altersbedingt nicht mehr am Erwerbsleben teilnehmen, ist ihre Erwerbsunfähigkeit unumkehrbar. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit ist damit jedenfalls erfüllt. In diesen Fällen verneint die Rsp die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung aus anderen Gründen. Im Juni 2019 gab der VfGH die Richtung vor: Bei Menschen, bei denen eine Erwerbstätigkeit altersbedingt nicht mehr erwartet werden kann, gehe das Staatsbürgerschaftsgesetz davon aus, dass diese durch den Erwerb von Pensionsansprüchen oder ähnlichem ausreichend vorgesorgt haben müssen, um den Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts erbringen zu können. § 10 Abs 1b StbG verlange in solchen Konstellationen lediglich die Prüfung, ob der betreffenden Person eine solche Vorsorge im Erwerbsalter aus den genannten Gründen (insb Behinderung/Krankheit) nicht möglich war.³⁰ VwG Wien und VwGH konkretisieren: Eine Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, die nicht auf Behinderung oder dauerhafte schwerwiegende Erkrankung zurückzuführen ist, „sondern auf das normale Alter“, falle nicht unter § 10 Abs 1b StbG, da keine „spezifische Ausnahmesituation“ vorliege.³¹ Dies soll offenbar nicht nur dann gelten, wenn Menschen das Pensionsalter erreicht haben, sondern auch dann, wenn sie aufgrund ihrer altersbedingten körperlichen Verfassung tatsächlich nicht mehr beruflich vermittelbar sind und somit während ihres ganzen verbleibenden Lebens keine Möglichkeit mehr haben werden, die Staatsbürgerschaft zu erlangen. Begründend wird ausgeführt, dass andernfalls ab Erreichen eines „Alters, in dem mit einer Erwerbstätigkeit auch bei völlig gesunden Personen nicht mehr zu rechnen ist“, der Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts ganz entfallen könnte – ein solches Ergebnis entspreche nicht dem gesetzgeberischen Willen.³²

5. Kritik

5.1. Allgemeines

Angesichts der restriktiven Auslegungspraxis ist kaum ein Fall denkbar, in dem § 10 Abs 1b StbG außerhalb des Bereichs von Behinderung/schwerwiegender Krankheit an-

²⁸ LVwG Salzburg, 3.2.2016, LVwG-11/177/4-2016, 10.

²⁹ LVwG Salzburg, 3.2.2016, LVwG-11/177/4-2016, 10 f.

³⁰ VfGH 26.6.2019, E 89/2019 (Ablehnung der Behandlung der Beschwerde). Vgl zum Anlassfall: VwG Wien 26.11.2018, VGW-152/071/12681/2018; VwGH 27.9.2021, Ra 2019/01/0356.

³¹ VwG Wien, 16.4.2019, VGW-152/058/786/2019, 13f; VwGH 19.8.2019, Ra 2019/01/0240.

³² VwG Wien, 26.11.2018, VGV-152/071/12681/2018, 10. Vgl auch VwGH 4.5.2022, Ra 2020/01/0238.

wendbar wäre. Offensichtlich sträubt sich die Rechtsprechung, Fallkonstellationen, in denen eine mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf strukturelle Faktoren (zB Diskriminierung am Arbeitsmarkt) oder Lebensentscheidungen (zB Elternschaft) zurückzuführen ist, als Anwendungsfälle des § 10 Abs 1b StbG anzuerkennen. Auch wenn eine Person in der Vergangenheit aus eben solchen Gründen nicht in der Lage war, ausreichend Vorsorge für eine Absicherung im Alter zu treffen, gilt dies als eigenes Verschulden³³ – ungeachtet dessen, dass im Fall von Einbürgerungswerber:innen typischerweise ein Teil der Erwerbsbiographie im Ausland stattgefunden hat.

Das Staatsbürgerschaftsrecht folgt der Logik, dass mangelnde ökonomische Leistungsfähigkeit grundsätzlich auf eigenes Verschulden zurückzuführen bzw aus eigener Anstrengung heraus überwindbar sei. Diese Logik kennt nur zwei Ausnahmen, nämlich Behinderung und schwerwiegende Krankheit, die als Inbegriff unverschuldeter Unvermögens konstruiert werden, als das „ganz Andere“ im Vergleich etwa zu Armut aufgrund von geschlechtsbezogener Diskriminierung, Sorgepflichten oder Alter.

Dabei ist zu bedenken, dass eine restriktive Auslegung der Ausnahmebestimmung nicht mit der Vermeidung finanzieller Belastungen von Gebietskörperschaften gerechtfertigt werden kann, da die Staatsbürgerschaft nicht mehr das zentrale Kriterium für den Zugang zu Sozialhilfeleistungen darstellt.³⁴ So haben etwa Personen mit Daueraufenthaltsrecht in der Regel Anspruch auf Mindestsicherung. Darauf verweist auch der VfGH, um die Unsachlichkeit einer Regelung zu unterstreichen, die bei den ökonomischen Einbürgerungsvoraussetzungen keine Ausnahmen in Fällen unverschuldeter Notlagen erlaubt.³⁵

5.2. Alternative Auslegungsmöglichkeiten

5.2.1. Erwerbsfähiges Alter?

Der Blick in die Materialien zu BGBl I 2013/136, auf die sich die Judikatur regelmäßig bezieht, legt tatsächlich eine enge Auslegung von § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG nahe. Die Materialien sprechen etwa davon, dass die Einbürgerungswerber:innen die Einschränkung der „Möglichkeit einer aktiven Teilnahme am Erwerbsleben“ nachweisen müssen.³⁶ Dementsprechend schränkt die Rsp die Anwendbarkeit des § 10 Abs 1b StbG auf Einbürgerungswerber:innen ein, die sich „grundsätzlich im erwerbsfähigen Alter“ befinden.³⁷ Ob damit wirklich gemeint ist, dass sogar altersbedingte Behinderungen/schwerwiegende Erkrankungen nicht als Fälle des § 10 Abs 1b StbG zählen sollen oder nur sonstige altersbedingte körperliche Erwerbsunfähigkeiten/Unvermittelbarkeit von vornherein nicht darunter

33 Vgl VfGH 26.6.2019, E 89/2019.

34 Vgl Stern in *Dablvik/Faßmann/Sievers* 66 f.

35 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua, Rz 21.

36 RV 2303 BlgNR, 24. GP, 7.

37 VwG Wien 26.11.2018, VGW-152/071/12681/2018, 10; VwG Wien 16.4.2019, VGW-152/058/786/2019, 13.

fallen, ist nicht ganz klar.³⁸ Wie auch immer: Aus dem Wortlaut der Bestimmung gehen solche Einschränkungen der Anwendbarkeit nicht hervor. Das systematische Argument der Rsp, dass eine andere Sichtweise zum gänzlichen Entfall des Nachweises des gesicherten Lebensunterhalts im Alter führen würde,³⁹ ist mE zu pauschal. Das Erreichen eines bestimmten Alters ist für sich genommen noch kein Hindernis, um zB Zuverdienst zur Pension zu erwirtschaften oder – wenn gar kein Pensionsanspruch besteht – Einkommen am Arbeitsmarkt zu erzielen. Ein Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts ist daher theoretisch auch für jene möglich, die – in der Diktion des VfGH⁴⁰ – nicht die nötige „Vorsorge“ für eine Absicherung im Alter getroffen haben. Wenn diese Personen aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sind, die mangelnde Vorsorge für das Alter mit entsprechendem Arbeitseinkommen zu kompensieren, müsste dies unter § 10 Abs 1b StbG subsumierbar sein.

5.2.2. Nachweisbarkeit

In Hinblick auf die Frage, welche erwerbsbehindernden Gründe, die im Gesetz im Unterschied zu Behinderung/schwerwiegende Krankheit nicht explizit genannt sind, unter die Ausnahmebestimmung fallen, führen die Materialien aus: „[S]owohl der Grund als auch die Nachweisbarkeit des Grundes [müssen] den angeführten Tatbeständen in ihrer Bedeutung vergleichbar sein.“⁴¹ Der Satz wird in der Judikatur laufend zitiert, wiewohl er semantisch reichlich schief ist. Denn was soll damit gemeint sein, dass die „Nachweisbarkeit“ in ihrer „Bedeutung“ vergleichbar sein soll? Wenn man über die kryptische Formulierung hinwegsieht, könnte man die Materialien so verstehen, dass die Einschränkung der Erwerbsfähigkeit in allen denkbaren Fällen durch ein „ärztliches“ Gutachten nachgewiesen werden muss. Eine solche Sichtweise würde die Ausnahmebestimmung jedoch nahezu unanwendbar machen. Die Gesetzgebung hat aber bewusst eine demonstrative Bestimmung geschaffen, weshalb eine dermaßen enge Auslegung nicht angezeigt ist. Auch der VfGH nimmt in jenem Erk, das zur Einführung der Bestimmung geführt hat, ausdrücklich nicht nur auf Behinderung Bezug. Er betont vielmehr, dass das Sachlichkeitsverbot verletzt ist, wenn „unverschuldet in Notlage geratene Menschen, die alle sonstigen Voraussetzungen für die Verleihung der Staatsbürgerschaft erfüllen würden,“ von der Einbürgerung ausgeschlossen sind.⁴²

5.2.3. Dauerhaftigkeit

Dass die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG die „Dauerhaftigkeit“ der mangelnden Sicherung des Lebensunterhalts voraussetzt, lässt mehrere Deutungen zu, kann aber mE nicht im Sinne von „Unveränderlichkeit“ verstanden wer-

38 Vgl VwGH 4.5.2022, Ra 2020/01/0238.

39 Vgl VwG Wien 26.11.2018, VGW-152/071/12681/2018, 10.

40 VfGH 26.6.2019, E 89/2019, 3.

41 RV 2303 BlgNR, 24. GP, 8.

42 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua, Rz 20.

den. Schließlich können selbst körperliche/geistige Dispositionen, die als Behinderung gelten, Veränderungen unterworfen sein. Sondern die Formulierung muss im Lichte der Zielsetzung der Regelung interpretiert werden. Diese besteht darin, jene Menschen, die sich in „besonderen Ausnahmesituationen unverschuldeter Notlage“ befinden, nicht nachhaltig vom Erwerb der Staatsbürgerschaft auszuschließen.⁴³

5.2.4. Ausnahmesituation unverschuldeter Notlage

Um zu konkretisieren, wann eine „besondere Ausnahmesituation unverschuldeter Notlage“⁴⁴ vorliegt, ist es sinnvoll, zu überlegen, worin für den Kontext des Staatsbürgerschaftsrechts die spezifische Vulnerabilität von Personen mit Behinderung/schwerwiegender Krankheit besteht. Einen ersten Ansatzpunkt bietet die UN-Behindertenrechtskonvention, derzufolge dem Begriff der Behinderung ein soziales Verständnis zugrunde zu legen ist.⁴⁵ Ein solches stellt nicht die körperlichen/geistigen Eigenschaften einer Person in den Vordergrund, sondern ihre Behinderung durch gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen und Anforderungsprofile (etwa am Arbeitsmarkt).⁴⁶

§ 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG ist dementsprechend eine Schutzbestimmung in Reaktion auf einen Arbeitsmarkt, der bestimmte physische, psychische und geistige Fähigkeiten voraussetzt. Der Arbeitsmarkt benachteiligt Menschen mit Behinderung, wodurch die Verwirklichung von Rechtsgleichheit, nämlich der gleiche Zugang zur Staatsbürgerschaft, torpediert wird. Die Ausnahmebestimmung soll – zumindest rudimentär – „reparieren“, dass die formale Rechtsgleichheit in Anbetracht struktureller Ungleichheit ihr Potential nicht verwirklichen kann. In dieser Funktion ähnelt sie antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen.⁴⁷ Aus einem solchen Verständnis heraus läge es nahe, dass Notlagen, die einem anerkannten Diskriminierungsgrund entspringen, als grundsätzlich vergleichbar mit Behinderung/schwerwiegender Krankheit gelten und zumindest prima vista in den Anwendungsbereich des § 10 Abs 1b StbG fallen.

Auch das Kriterium mangelnden Verschuldens („nicht zu vertreten“) ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass Behinderung ein soziales Verhältnis beschreibt. Der springende Punkt am mangelnden Verschulden ist nicht, dass Behinderung/schwerwiegende Krankheit als schicksalshafte Dispositionen erfahren werden, während andere Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit eher als Produkt eigener Entscheidung erscheinen können. Denn ansonsten dürften etwa Behinderungen, die auf einen selbstverschuldeten Unfall

43 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua, Rz 20. Laut Materialien (RV 20303 BlgNR, 24. GP, 8) erfolgte die Novelle „unter Berücksichtigung“ des VfGH-Erk.

44 VfGH 1.3.2013, G 106/12 ua, Rz 20.

45 Vgl Art 1 Satz 2 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen BGBl III 2008/155.

46 Vgl Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck, Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs (2014) Rz 308–329, <https://brochuerservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278> (abgerufen am 3.9.2022).

47 Vgl Hugentobler/von Rütte, Die sogenannte „intersektionelle“ Diskriminierung. Der Umgang Schweizer Gerichte mit dem Konzept der Intersektionalität am Beispiel des Einbürgerungsrechts, *cognitio* 2022, 2 (9 f).

im Zuge einer riskanten Sportart zurückzuführen sind, nicht unter § 10 Abs 1 Z 7 StbG fallen. Die Ausnahmebestimmung soll vielmehr jene Fälle ausgleichen, in denen der Arbeitsmarkt auf eine zufällige körperliche/geistige Disposition oder auf eine legitime Lebensentscheidung (zB Änderung des Geschlechtseintrages oder Elternschaft) mit Ausschlüssen und Benachteiligungen reagiert. In diesem Sinne hat es die betreffende Person „nicht zu vertreten“, dass sie nicht ausreichend Erwerbseinkommen erwirtschaftet. Damit sind nicht nur illegitime und unsachliche Ausschlüsse und Benachteiligungen gemeint. Gerade jene Ausschlüsse vom Erwerbsleben, die Menschen mit Behinderung erfahren, mithin die gesetzliche Modellgruppe des § 10 Abs 1b StbG, sind schließlich schlicht der Logik des Arbeitsmarktes geschuldet, der eben nur bestimmte Fähigkeiten nachfragt. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen müssten Gründe, denen eine gewisse Dauerhaftigkeit und Nachweisbarkeit zukommt und die mit den Anforderungsprofilen im Bereich der Arbeitswelt zusammenhängen, grundsätzlich unter die Bestimmung des § 10 Abs 1b StbG zu subsumieren sein. Entgegen der Ansicht des VwG Wien⁴⁸ fällt etwa eine Transperson darunter, die aufgrund ihrer nicht-binären Geschlechtsperformance keine Anstellung findet. Gleiches gilt für eine Person, die eine altersbedingte Erkrankung hat, mit der sie nicht mehr am Arbeitsmarkt vermittelbar ist⁴⁹ – insb auch deswegen, weil diesen Menschen andernfalls bis an ihr Lebensende jegliche Perspektive auf die Staatsbürgerschaft verstellt wäre. Und auch eine Alleinerzieherin, die (insb bei mehreren Kindern) aufgrund ihrer Sorgeverpflichtungen nicht in der Lage ist, einer Vollzeitberufstätigkeit nachzugehen, weil Arbeitgeber:innen nicht willens sind, flexibel auf die zeitlichen Bedürfnisse einer Alleinerzieherin einzugehen, könnte je nach Fallkonstellation ebenfalls unter die Ausnahmebestimmung fallen.

5.3. Ein intersektionaler Blickwinkel auf Kategorien

Eine andere Methode, sich der Frage zu nähern, welche Fälle von der demonstrativen Bestimmung des § 10 Abs 1b StbG umfasst sein könnten, ist eine intersektionale Perspektive auf die gesetzlich explizit angeführte Kategorie der „Behinderung/schwerwiegenden Krankheit“. Intersektionales Denken zeichnet sich unter anderem dadurch aus, auf die interne Heterogenität sozialer Kategorien (wie etwa Geschlecht, rassialisierte Differenz⁵⁰, Klasse...) und die Interaktionen zwischen diesen Kategorien zu fokussieren und auf diese Weise kategoriale Grenzziehungen in politischen und juristischen Diskursen zu problematisieren.⁵¹

48 VwG Wien 20.7.2017, VGW-152/022/9523/2017.

49 AA VwG Wien 26.11.2018, VGW-152/071/12681/2018; VfGH 26.6.2019, E 89/2019; VwGH 27.9.2021, Ra 2019/01/0356; VwG Wien 16.4.2019, VGW 152/058/786/2019; VwGH 19.8.2019, Ra 2019/01/0240; VwGH 4.5.2022, Ra 2020/01/0238.

50 Zur Begrifflichkeit vgl *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie (2021) 22.

51 Vgl *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum 1989/1, 139; *Crenshaw*, Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, Stanford Law Review 1991, 1241; *Rössl*, Intersektionale Rechtskritik. Kimberlé Crenshaw als Kompass, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2022 (im Erscheinen).

Die Bestimmung des § 10 Abs 1b StbG verweist auf den Zusammenhang zwischen Behinderung/schwerwiegender Krankheit und ökonomischer Positionierung, indem sie anerkennt, dass diese Dispositionen dazu führen können, dass der Lebensunterhalt nicht aus Eigenem am freien Markt gesichert werden kann. Darüber hinaus lässt sich die Frage stellen, wie die Kategorie der Behinderung/schwerwiegenden Krankheit selbst intersektional verstanden werden kann. Dafür bietet sich ein Modell von *Dagmar Schiek* an, mit dem sie das EU-Antidiskriminierungsrecht intersektional rekonstruiert.⁵² Das Modell lässt sich zT auch auf Fragen außerhalb des Antidiskriminierungsrechts anwenden und wird im Folgenden etwas vereinfacht dargestellt. *Schiek* reduziert die anerkannten Diskriminierungsgründe (Geschlecht, sexuelle Orientierung, „Rasse“, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter) auf drei zentrale Knoten („nodes“), die Geschlecht, „Rasse“ und Behinderung zugeordnet sind. Diese Knoten lassen sich als drei Mengenkreise eines Venn-Diagramms vorstellen, die einander überlappen.

Diskriminierungssituationen lassen sich entlang ihrer Nähe oder Entfernung zu einem Knotenzentrum sowie anhand ihres Verhältnisses zu den jeweils anderen Knoten beschreiben:

Im Geschlecht-Knoten kreisen – in unterschiedlicher Entfernung zum Zentrum – bspw Diskriminierungen aufgrund der Nichterfüllung von Rollenerwartungen und aufgrund von Kinderbetreuung, aber auch aufgrund der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität etc. Im „Rasse“-Knoten gruppieren sich Diskriminierungen, die auf hierarchisierenden Grenzziehungen zwischen einem „Wir“ und „den Anderen“ beruhen und diese bspw an Hautfarbe, Sprache, Herkunft oder Kleidung festmachen. Aber auch Diskriminierung aufgrund der Religion kann in diesen Knoten fallen.⁵³ Im Behinderungs-Knoten finden sich Diskriminierungen, die aus mangelnder gesellschaftlicher Akkommodation unterschiedlicher physischer, psychischer und geistiger Fähigkeiten oder aus der Zuschreibung von (mangelnden) Fähigkeiten resultieren. Altersbezogene Benachteiligungen etwa hängen eng mit diesem Knoten zusammen. Aber auch Schwangerschaft ist nicht nur dem Geschlecht-Knoten zuzuordnen, sondern hat Berührungspunkte mit Behinderung, weil es dabei ebenfalls um die Frage der Berücksichtigung eines bestimmten körperlichen Zustands geht.⁵⁴

Der oben besprochene Fall der Diskriminierung einer Transperson am Arbeitsmarkt, die deswegen nicht in der Lage ist, den gesicherten Lebensunterhalt nachzuweisen, lässt sich in *Schieks* Modell als Gemengelage aus geschlechtsbezogenen und behinderungsbezogenen Gründen verstehen – wohlgemerkt nicht in dem Sinn, dass die Beschwerdeführerin behindert *ist*, sondern in dem Sinn, dass bestimmte Körper (etwa solche, die keiner bi-

52 Vgl *Schiek*, Organizing EU Equality Law Around the Nodes of „Race“, Gender and Disability, in *Lawson/Schiek*, European Union Non-discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination (2011) 19.

53 Vgl *Schiek* in *Lawson/Schiek* 28 f.

54 Vgl *Schiek* in *Lawson/Schiek* 28 f.

nären Vorstellung von Geschlecht entsprechen) den Anforderungsprofilen des Arbeitsmarkts, zu denen auch eine bestimmte äußere Geschlechtsperformance gehört,⁵⁵ nicht entsprechen und dadurch am Arbeitsmarkt Hindernisse, eben Be-Hinderungen, vorfinden.⁵⁶ Der Fall ließe sich daher ohne weiteres unter § 10 Abs 1b StbG subsumieren. Warum das VwG Wien ohne nähere Erklärungen lapidar feststellt, die Lage einer Transperson sei „weder in ihrem Ausmaß noch in ihrer Dauerhaftigkeit mit jenen Schwierigkeiten vergleichbar, denen Menschen mit einer Behinderung oder einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit gegenüberstehen“,⁵⁷ ist nicht nachvollziehbar.

Auch die Fälle altersbezogener Erwerbsunfähigkeit fallen in *Schieks* Modell klar in die Sphäre des Diskriminierungsgrundes der Behinderung, geht es dabei doch gerade um die Nicht-Erfüllung körperlicher (und allenfalls auch – wie etwa bei Demenz – geistiger) Anforderungsprofile. *Magdalena Pöschl* verweist ebenfalls auf die Verwandtschaft zwischen Diskriminierung aufgrund von Behinderung und jenen Diskriminierungen aufgrund des Alters, welche in der mangelnden Berücksichtigung der körperlichen Beeinträchtigungen von Hochbetagten bestehen.⁵⁸ Gerade angesichts der deutlichen Verbindungen zur geschützten Kategorie der Behinderung müssten auch körperlich/geistig/psychisch eingeschränkte Hochbetagte unter die Ausnahmebestimmung fallen.

Besonders fatal ist, dass die Rsp bei Menschen im Pensionsalter einerseits darauf beharrt, dass diese eben im erwerbsfähigen Alter „vorgesorgt“ und Pensionsansprüche oä erworben haben müssen, und andererseits – aufgrund der restriktiven Auslegung des § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG – keine strukturellen Hindernisse für eine solche Vorsorge anerkennt. Das bedeutet, dass Personen, die etwa aufgrund von „typisch weiblichen“ (Erwerbs-)Biographien über keine ausreichende Altersversorgung verfügen⁵⁹ und dann im Pensionsalter aufgrund von altersbedingten Erkrankungen nicht in der Lage sind, zusätzliches Einkommen zu erwirtschaften, endgültig von der Staatsbürgerschaft ausgeschlossen sind. Dies ist das Ergebnis eines Zusammenspiels von Geschlecht, Alter und Klasse in Kombination mit einem Staatsbürgerschaftsrecht, welches die Einbürgerung als „Abschluss einer (erfolgreichen) Integration“ konstruiert, zu der ua gehört, „dass der Verleihungswerber sein Fortkommen ohne Unterstützung durch Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaft bestreiten kann.“⁶⁰

55 Vgl *Holzleithner*, Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance. Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft (2015).

56 Darüber hinaus werden Transpersonen (wie auch intergeschlechtliche Personen) vielfach immer noch pathologisiert und mit Störung bzw Krankheit assoziiert. Vgl krit *Eckstein*, Queering Disability. Intersektionale Diskriminierung aufgrund von Geschlechts*identität/sexueller Orientierung und Behinderung im Kontext der UN-Behindertenrechtskonvention, Zeitschrift für Menschenrechte 2020, 87 (90 f).

57 VwG Wien 20.7.2017, VGW-152/022/9523/2017.

58 Vgl *Pöschl*, Altersdiskriminierung und Verfassung, in *WiR – Studiengemeinschaft für Wirtschaft und Recht*, Alter und Recht (2012) 7 (60 f).

59 Vgl *Statistik Austria*, Gender-Statistik: Armuts- oder Ausgrenzungsgefährdung (2022), https://statistik.gv.at/fileadmin/pages/364/Infotext_GenderStatistik_Armuts_und_Ausgrenzungsgefährdung.pdf (3.9.2022).

60 VwGH 29.1.2021, Ra 2020/1/0243.

6. Schluss

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, auf welche Weise die Rsp den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs § 10 Abs 1b StbG dermaßen verengt, dass ihr demonstrativer Charakter weitgehend verloren geht. Mit Blick auf Wortlaut, Systematik und Teleologie des Gesetzes sowie vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention lassen sich der Rsp einige Argumente entgegenhalten. Weiters zeigt ein intersektionaler Blick, wie die im Gesetz explizit genannte Kategorie der Behinderung „in“ manchen Diskriminierungsformen aufgrund von Geschlecht oder Alter steckt, die daher in den Kernanwendungsbereich der Bestimmung fallen. Auch Ausschlüsse, die auf einem Zusammenspiel mehrerer Kategorien – wie etwa Geschlecht, Alter und Klasse – beruhen, werden sichtbar.

Deutlich wird allerdings auch, dass Prämissen des Staatsbürgerschaftsrechts, die dieses Feld wertungsmäßig vorstrukturieren, eine rechtsimmanente Kritik erschweren: Ein Staatsbürgerschaftsrecht, das Bildung, (soziale) Herkunft, Erwerbsstatus und Vermögen/Einkommen im alleinigen Verantwortungsbereich der Einzelnen verortet und gleichzeitig zum Kriterium für Integration und Würdigkeit für die Einbürgerung macht, kann sich erfolgreich gegen Argumente immunisieren, die auf anerkannte Diskriminierungskategorien Bezug nehmen, diese aber in Verbindung mit der Kategorie „Klasse“⁶¹ ins Treffen führen. So scheint das Staatsbürgerschaftsrecht jener alleinerziehenden dreifachen Mutter, die nicht in der Lage ist, Einkommen in Höhe der ASVG-Richtsätze zu erwirtschaften, zu antworten: „Hättest du eine bessere Ausbildung und wärest du am Arbeitsmarkt gefragt oder würdest du dich mehr anstrengen, dann wären die ASVG-Richtsätze auch für dich als Alleinerzieherin kein Problem. Dein Unvermögen ist daher dir selbst anzulasten, du könntest es theoretisch ändern. Die Ausnahmebestimmung hingegen soll nur für solche körperlichen/geistigen Dispositionen gelten, die sogar wohlhabende und gut ausgebildete Menschen in einer Art und Weise einschränken, die ihnen den Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts nachhaltig verunmöglichen.“ Dass rechtliche Schutzbestimmungen im Ergebnis häufig gerade jene Menschen, die mehrdimensional (wie etwa im Beispielfall entlang von Geschlecht und Klasse) marginalisiert sind, nicht schützen, ist nicht zufällig eine zentrale Beobachtung intersektionaler Rechtskritik.⁶²

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

61 In einem weiten Verständnis umfasst der Begriff ua Erwerbsstatus, Vermögen/Einkommen, soziale Herkunft und Bildungsstatus.

62 Vgl. *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989/1, 151 f.

Thema: Jeder Mensch?

Einleitung

Corinna Potocnik-Manzouri / Nikolaus Wieser¹
Viktoria Baumgartl / Alexia Crivoi / Daniela Gschwindt²

1. Von der Idee eines Schwerpunkts

Die Welt, in der wir leben, entwickelt sich rasant weiter und wird dabei stets digitaler, und – geprägt von sozialen Medien, die zB Nachrichten und (Un-)Wahrheiten binnen Sekunden weltweit übermitteln können – auch wesentlich schneller. Zugleich werden die Folgen der Klimakrise schmerzhaft deutlich und das Bewusstsein dafür, dass billige Waren oft unter Missachtung fundamentaler Menschenrechte hergestellt werden, nimmt zu. Parallel dazu wird (auch) in europäischen Staaten an den Grundfesten der Grund- und Menschenrechte gerüttelt und Verschlechterungen für die Bürger:innen machen sich aktuell gerade wieder in unserer unmittelbaren Nachbarschaft bemerkbar.³ Gegen diese Missstände kämpfen unterschiedlichste Initiativen an,⁴ die ua auch Grundrechtskataloge überdenken und neue Klagemöglichkeiten zur Durchsetzung dieser Rechte schaffen wollen.⁵ Eine Feststellung dabei ist, dass die bestehenden Grundrechte zT veraltet seien und die Herausforderungen der heutigen Zeit nicht restlos auffangen könnten.

Dabei kann man auf vielerlei Ebenen ansetzen: Sollten etwa nationale Verfassungen geändert werden oder der Europarat eine neue Menschenrechtskonvention verabschieden? *Ferdinand von Schirach* wählt in seinem 2021 veröffentlichten Buch „Jeder Mensch“⁶ einen anderen Zugang: Er schlägt konkret sechs Grundrechte (fünf materielle und ein

1 Gastherausgabe des themas.

2 Mitwirkung an der Einleitung für das Forschungsteam.

3 Vgl dazu für Polen: *Blei*, Abtreibungen in Polen: Lebensgefährliches Gesetz, *derstandard.at* 3.2.2022, www.derstandard.at/story/2000133048392 (1.10.2022), vgl auch die Verschlechterungen für bestimmte Personengruppen in Österreich, wie Verschärfungen im Migrationsrecht seit den 1990er-Jahren, vgl zB *Szymanski*, *Fremdenrechtsänderung auf Raten und mit Hindernissen*, *migraLex* 2017, 62.

4 Vgl neben bekannten Akteurinnen wie *Amnesty International* für Österreich etwa das Rechtsstaat & Anti-Korruptionsvolksbegehren, <https://antikorruptionsbegehren.at> (1.10.2022).

5 Vgl, wenn auch in anderem Kontext, für Österreich das Klimavolksbegehren, <https://klimavolksbegehren.at/forderungen> (1.10.2022).

6 *Schirach*, *Jeder Mensch* (2021).

Klagerecht) vor, die seiner Forderung nach Eingang in die GRC und damit in das unionsrechtliche Primärrecht finden sollten. Konkret sind dies Folgende:

1. Das Recht eines jeden Menschen in einer gesunden und geschützten Umwelt zu leben;
2. das Recht eines jeden Menschen auf digitale Selbstbestimmung;
3. das Recht eines jeden Menschen auf transparente, überprüfbare und faire Algorithmen;
4. das Recht eines jeden Menschen auf wahrheitsgemäße Aussagen von Amtsträgern⁷;
5. das Recht eines jeden Menschen auf Waren und Dienstleistungen, die unter Wahrung der universellen Menschenrechte hergestellt und erbracht werden und
6. das Recht eines jeden Menschen eine Grundrechtsklage wegen systemischer Verletzungen der GRC vor den Europäischen Gerichten zu erheben.

Dabei kombiniert *Schirach* die Forderung nach neuen Grundrechten mit einer klaren Idee: Die politischen Entscheidungsträger:innen dürften sich nicht von den Menschen entfernen. Vielmehr wird ein bottom up-Ansatz gewählt und ein Dialog gefordert, in dem die politische Elite jene Vorschläge und Forderungen umsetzt, die ganz direkt von der Zivilgesellschaft an sie herangetragen werden. Ziel wäre es, den Weg für einen EU-Grundrechtekonvent zu ebnen und die (etwaigen) Lücken in der bestehenden Grundrechtecharta zu schließen. Auch die Stiftung „Jeder Mensch e.V.“⁸, die die Forderungen von *Schirach* aufgegriffen hat und unterstützt, hat es sich zur Aufgabe gemacht, eine Diskussion über den Grundrechtsbestand in der EU anzustoßen und dies mit sichtbarem Erfolg: Neben hochrangigen Expert:innen aus 12 Mitgliedstaaten (MS) haben bereits über 250.000 Personen die Initiative mittels online-Petition unterstützt.⁹

Dennoch ist die Initiative keineswegs unumstritten, sondern setzt die Kritik daran an vielerlei Stellen an: Zum einen wird moniert, dass *Schirach* konkret nur Forderungen für das Unionsrecht erhebt. Dies greife aber zu kurz, denn wenn – wie unten dargestellt – nur die EU-Institutionen und in bestimmten Fällen die MS daran gebunden sind, ist es schwer vorstellbar, wie sich daraus echte Rechte für „jeden Menschen“ ableiten lassen sollen. Dies spiegle ein eurozentristisches Weltbild wieder, in dem etwa den eigentlich Ausgebeuteten keine eigenen Rechte zugestanden werden.¹⁰ Pointiert formuliert dies der Herausgeber des Verfassungsblogs *Maximilian Steinbeis*: „Ich dicker alter Deutscher mit meinem relativ gigantischen CO₂-Ausstoß und meinen preiswerten T-Shirts made in Bangladesh bin ‚jeder Mensch‘ und bekomme ein Grundrecht auf eine saubere Umwelt und eine makellose Lieferkette umgehängt, als ob zuvörderst *meine* Menschenwürde hier des

7 In der Forderung von *Schirach* ungedendert, daher hier so übernommen.

8 Lt Eigenbeschreibung gehören dem Verein „Persönlichkeiten aus Kultur, Rechtswesen, Wirtschaft und Wissenschaft an“, „Vorstände sind der Jurist, Autor und Bürgerrechtler Bijan Moini und die Unternehmerin Alexa von Salmuth. Geschäftsführerin ist seit dem 1. Dezember 2021 Eva Bertram“, vgl <https://jeder-mensch.eu/de/ueber-uns> (28.9.2022).

9 APA, Initiative „Jeder Mensch“: Mehr als 250.000 Menschen fordern bereits neue EU-Grundrechte, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20220222_OTS0034 (15.9.2022).

10 *Krajewski* und *Safferling* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten halten wenig von EU-Grundrechts-Vorstoß, www.nordbayern.de/region/erlanger-experten-halten-wenig-von-eu-grundrechts-vorstoss-1.10996665 (15.9.2022); *Steinbeis*, Nicht jeder Mensch, Verfassungsblog 9.4.2021, <https://verfassungsblog.de/nicht-jeder-mensch> (15.9.2022).

Schutzes bedürfte.“¹¹ Die Vorschläge verkümmern damit zu einem „[...] Feel-Good-Move für europäische Smartphone-Nutzer_innen, damit sie sich bisschen edler fühlen können angesichts der unbeschreiblich scheußlichen Dinge, die da ringsum so alles passieren, und ihnen gleichzeitig die Zumutung der Solidarisierung erspart bleibt.“¹²

Weiters wird vorgetragen, dass sich die Probleme unserer heutigen Zeit nicht durch bloßes Einführen neuer Grundrechte lösen lassen, da sie schlichtweg nicht praktikabel seien.¹³

Ebenso setzt Kritik an der Auswahl der Grundrechte und ihrer Ausformulierung an: Warum wurden gerade diese sechs Artikel gewählt und so formuliert? Sind es wirklich diese, die unsere dringendsten Herausforderungen beantworten können? Fehlen hier nicht etwa Grundrechte zB auf Migration?¹⁴

Vielmehr lenke diese Debatte um neue Grundrechte von bestehenden Umsetzungsdefiziten unserer derzeitigen Grund- und Menschenrechtsinstrumentarien ab. Neue Grund- und Menschenrechte beruhigten demgemäß „eher unser Gewissen [...] als die zugrundeliegenden Machtstrukturen wirklich anzugehen.“¹⁵ Es brauche daher vielmehr ein „mutiges Eintreten für Menschenrechte“¹⁶ anstelle neuer Dokumente. Schlussendlich fehle es dem Vorschlag schlichtweg an Seriosität, es seien „medienwirksam inszenierte Vereinfachungen.“¹⁷

Dieser Kritikpunkt formt nun auch den Ausgangspunkt für das Forschungsteam, das sich mit den Vorschlägen von *Schirach* im Detail auseinandersetzt: Auf Initiative von Prof.ⁱⁿ *Maria Berger* hat sich ein Projektteam aus verschiedenen Wissenschaftler:innen geformt, das es sich zur Aufgabe gemacht hat, die Vorschläge aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen und konkrete Vorschläge bzw Alternativen anzubieten, um zweifellos grds vorliegenden Herausforderungen unserer Zeit zu begegnen. Zu diesem Zweck wurden für diesen Schwerpunkt sechs Beiträge verfasst, die sich jeweils mit einem vorgeschlagenen Artikel aus wissenschaftlicher Perspektive auseinandersetzen.¹⁸ Es ist immer einfach, Vorschläge und Utopien zu kritisieren, Sinn dieses Schwerpunkts ist es jedoch, dies auf eine wissenschaftliche Ebene zu heben und nicht polemisch über Ideen zu fantasieren. Gleichzeitig soll ein Umgang mit (zum Teil sicher berechtigter) wissenschaftlicher Kritik gefunden werden, um die Eignung der Vorschläge für das Unionsrecht beurteilen zu können.

11 *Steinbeiß*, Nicht jeder Mensch, verfassungsblog.de.

12 *Steinbeiß*, Nicht jeder Mensch, verfassungsblog.de.

13 *Farahat* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de.

14 *Farahat* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de.

15 *Farahat* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de.

16 *Safferling* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de.

17 *Safferling* zitiert nach *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de; Fischer, »Jeder Mensch« braucht kein Mensch, spiegel.de 16.4.2021, www.spiegel.de/panorama/justiz/ferdinand-von-schirachs-grundrechteinitiative-jedermensch-braucht-kein-mensch-kolumne-a-6ff5e3e4-de4e-4595-ac03-55b1f764e6c6 (15.9.2022).

18 So in Ansätzen auch *Mermarzadeh*, Sechs neue Grundrechte für Europa?, treffpunkteuropa.de 21.6.2021, www.treffpunkteuropa.de/sechs-neue-grundrechte-fur-europa (15.9.2022).

2. Status Quo auf Unionsebene

Um sich daher der Frage anzunähern, ob der derzeitige Grundrechtsschutz auf Unionsebene nicht vielmehr als ausreichend anzusehen ist oder ob tatsächlich die (oder andere) proklamierten Lücken bestehen, lohnt es, sich in einem ersten Schritt mit dem Grundrechtsfundament der EU auseinanderzusetzen.

Der Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 brachte in dem Zusammenhang eine bedeutende grundrechtliche Veränderung mit sich: Zum ersten Mal wurde ein rechtsverbindlicher Grundrechtskatalog auf EU-Ebene eingeführt, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC).¹⁹ Bis zu diesem Zeitpunkt ergab sich der Grundrechtsschutz auf EG-Ebene aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der MS und ihren internationalen Verpflichtungen, die in der Rsp des EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze herausgearbeitet wurden.²⁰ Angesichts der immer weiter fortschreitenden Integration auf EG-Ebene war ein eigenständiger Katalog zur Kodifizierung des Grundrechtsschutzes auf EU-Ebene notwendig.²¹ Die GRC wurde daher bereits im Jahr 2000 proklamiert, diente jedoch bis zur Verankerung ihres rechtskräftigen Status in Art 6 Abs 1 EUV im Jahr 2009 lediglich als Rechtserkenntnisquelle für den EuGH.²²

Heute hat die GRC primärrechtlichen Rang und gilt in der gesamten Union. Ihr Anwendungsbereich wird durch Art 51 GRC bestimmt. Demnach ist die GRC zunächst einmal für alle Organe, Einrichtungen und Ämter der Union verbindlich. Der Schutz erstreckt sich auf alle Tätigkeitsbereiche und -formen, so dass es „keinen grundrechtsfreien Bereich in der Union“ gibt.²³

Außerdem sind auch die MS bei der Durchführung des Unionsrechts an die GRC gebunden. Die Frage, ob die MS bereits Unionsrecht durchführen oder ob sie noch im Rahmen ihrer nationalen Kompetenz handeln, ist angesichts der zahlreichen Verflechtungen und der schwierigen Abgrenzung zwischen nationalen und unionalen Kompetenzbereichen kompliziert und Gegenstand einer langjährigen Rsp-Linie des EuGH.²⁴ Dieser hat zunächst klargestellt, dass die MS Unionsrecht durchführen, wenn sie Primär- oder Sekundärrecht vollziehen oder umsetzen (administrative und nationale Durchführung).²⁵ Eine Erweiterung dieses Verständnisses erfolgte mit der Präzisierung, dass die GRC die MS auch dann bindet, wenn sie Maßnahmen ergreifen, die potenziell die Grundfreiheiten

19 Art 6 EUV, ABl C 306/2007, 1.

20 EuGH 12.11.1969, C-29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57; EuGH 17.12.1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114; EuGH 14.5.1974, C-4/73, *Nold*, ECLI:EU:C:1974:51.

21 Vgl Präambel der GRC Abs 4 und 5.

22 *Winkler* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (Stand 1.7.2019) Art 6 EUV Rz 29 ff.

23 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)⁴ (2021) Art 51 Rz 15–16.

24 S überblickmäßig *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, EUV/AEUV² (2019) Art 51 Rz 15–38.

25 EuGH 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf*, ECLI:EU:C:1989:321, Rn 19–20; *Borowsky* in *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)⁴ (2014) Art 51 Rz 24.

beeinträchtigen,²⁶ bzw wenn der Anwendungsbereich des Unionsrechts grds offen ist.²⁷ Es lässt sich daher zusammenfassend festhalten, dass die MS auch dann an die GRC gebunden sind, wenn eine nationale Maßnahme einen hinreichenden Zusammenhang zu einer unionsrechtlichen Norm aufweist bzw wenn sie in einem vom Unionsrecht determinierten Bereich erlassen wird.²⁸

Obwohl die GRC (nur) die Union und ihre MS bindet, können die darin vorgesehenen Grundrechte zum Teil auch über deren Hoheitsgebiet hinaus wirken, da die Union und die MS auch im EU-Ausland zur Wahrung ihrer grundrechtlichen Pflichten verpflichtet sind.²⁹ Auch wenn Drittstaaten (selbst wenn sie im Hoheitsgebiet der Union tätig sind) nicht zur Achtung der Grundrechte verpflichtet sind, können ihre Tätigkeiten für die Verpflichtungen der Union oder der MS zum Schutz der Grundrechte von Bedeutung sein.³⁰ Außerdem erstreckt sich der persönliche Schutzbereich der GRC – bis auf wenige Ausnahmen – sowohl auf Unionsbürger:innen als auch auf Drittstaatsangehörige.³¹ Dies kann im Hinblick auf die im Rahmen dieses Schwerpunkts behandelten Grundrechtsvorschlage eine bedeutende Rolle spielen, knüpfen sie doch zum Teil an Handlungen an, die (gerade) im Ausland stattfinden – so bspw das Recht auf eine faire Globalisierung (Art 5), das Menschenrechtsverletzungen in Drittstaaten verhindern soll, oder das Recht auf eine saubere Umwelt (Art 1), das Schutz vor globalen umweltschädlichen Emissionen bieten soll.

Dabei können die Grundrechte des Unionsrechts sowohl in Verfahren vor nationalen Gerichten der MS, als auch in Verfahren der europäischen Gerichte³² geltend gemacht werden.

Zwar nennt Art 51 GRC nicht konkret Private als Grundrechtsadressat:innen; der EuGH hat jedoch in seiner Rsp klargestellt, dass GRC-Grundrechte in gewissen Fällen dennoch auch Private unmittelbar (dh, über den Effekt einer grundrechtskonformen Auslegung privatrechtlicher Normen hinausgehend) binden können.³³ Ist ein GRC-Grundrecht hinreichend bestimmt, so dass es ohne weitere Präzisierung unmittelbar anwendbar ist, können sich Grundrechtsberechtigte auch unmittelbar gegenüber einer Privatperson darauf berufen.³⁴ Der EuGH hat bspw in der jüngeren Vergangenheit die unmittelbare Dritt-

26 EuGH 18.6.1991, C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, Rn 42–43.

27 EuGH 26.2.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn 21, worin der EuGH den Anwendungsbereich der GRC demjenigen des Unionsrechts gleichzusetzen scheint: „Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte“.

28 *Jarass*, GRCh⁴ Art 51 Rz 23 f; *Borowsky in Meyer*, GRCh⁴ Art 51 Rz 25.

29 *Borowsky in Meyer*, GRCh⁴ Art 51 Rz 16.

30 *Jarass*, GRCh⁴ Art 51 Rz 46.

31 *Borowsky in Meyer*, GRCh⁴ Art 51 Rz 16.

32 Vgl dazu im Detail *Berger/Friedrich*, Art 6 – Grundrechtsklage, juridikum 2022, 534.

33 EuGH 6.11.2018, C-569/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, Rn 87; EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, Rn 76; s uberrblicksmaig *Holoubek/Oswald in Holoubek/Lienbacher*, GRCh³ Art 51 Rz 56–59.

34 *Jarass*, GRCh⁴ Art 51 Rz 41.

wirkung des Diskriminierungsverbots des Art 21 GRC iZm vorgesetzten Arbeitgeber:innen bestätigt.³⁵

3. Methodik des Forschungsteams

Um sich einer Beurteilung der Tauglichkeit der vorgeschlagenen Artikel für die GRC nähern zu können, verfolgen sämtliche Beiträge dieses Schwerpunkts methodisch eine ähnliche Herangehensweise:

So wurde in einem ersten Schritt herausgefiltert, was den eigentlichen Kern des vorgeschlagenen Grundrechts ausmacht. Es musste also identifiziert werden, welcher Inhalt eigentlich geschützt werden soll und worin das schützenswerte Rechtsgut liegt. Sodann wurde der Status Quo erhoben, dh es wurde untersucht, ob das Unionsrecht (oder ggf andere Rechtsquellen) in seiner derzeitigen Fassung bereits einen adäquaten Schutz bietet. Als Zwischenergebnis konnte sodann der Mehrwert (sofern vorhanden) erhoben werden, den das vorgeschlagene Grundrecht gegenüber der aktuellen Rechtslage bieten kann. Damit einher ging auch die Entscheidung, ob die Autor:innen die Notwendigkeit eines entsprechenden eigenen Grundrechts bejahen oder nicht.

Im ersten Fall wurde anschließend das vorgeschlagene Grundrecht geschärft, Berechtigte und Verpflichtete identifiziert und der Schutzbereich definiert. Demgegenüber wurden in denjenigen Fällen, in denen kein Mehrwert eines eigenen Grundrechts festgestellt werden konnte oder dieser Weg als nicht gangbarer identifiziert wurde, alternative Lösungsvorschläge gesucht, die dennoch das zugrundeliegende Problem behandeln.

So streichen etwa *Alexia Crivoi* und *Felix Reimann* zum Umweltgrundrecht heraus, dass uns die aktuelle Klimakrise zu einer Neudefinition der Rechtsstellung des Umweltschutzes zwingt und konkretisieren, eingehend auf grundrechtsdogmatische Schwierigkeiten, den Vorschlag von *Schirach*. Anschließend kommt *Matthias Zufner* zu der Einschätzung, dass ein Recht auf digitale Selbstbestimmung jedenfalls zu kurz greife, sondern ein Schutz der menschlichen Selbstbestimmung in ihrer Gesamtheit notwendig wäre. Dies sei in unseren bestehenden Grundrechtsinstrumenten jedoch bereits abgebildet und ausreichend geschützt. Ähnlich stellen *Daniela Gschwindt* und *Corinna Potocnik-Manzouri* zum Recht auf faire und transparente Algorithmen fest, dass dieser an sich schwer definierbare Bereich bereits auf vielfache Weise durch bestehende Grundrechte geschützt sei, sich jedoch punktuell Lücken aufzeigen lassen, die zukünftig zumindest auf sekundärrechtlicher Ebene (wenn nicht grundrechtlich) abgedeckt werden sollten. Weiters kommen *Clemens Beckenberger* und *Paul Kerschbaummayr* zum Recht auf Wahrheit zu dem Schluss, dass es als Teil der politischen Verantwortung die Aufgabe der Parlamente sei, unwahre Inhalte von Amtsträger:innen zu sanktionieren und dies umgekehrt keinen Platz

35 EuGH 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn 74 ff; EuGH 17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn 77; EuGH 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, Rn 76.

in der GRC habe. Auch *Viktoria Baumgartl* und *Sophie Praniess* sprechen sich gegen die Aufnahme eines Grundrechts auf Waren und Dienstleistungen, die unter Wahrung der Menschenrechte produziert werden, in die GRC aus. Vielmehr plädieren sie für ein verbindliches Abkommen auf völkerrechtlicher Ebene und eine Ausweitung diesbezüglicher Rechtsinstrumente auf sekundärrechtlicher Ebene. Abschließend nehmen *Maria Berger* und *Roman Friedrich* den Vorschlag einer Grundrechtsklage in den Fokus und kommen zu dem Schluss, dass demgegenüber einer Öffnung bestehender Klagearten im Unionsrecht der Vorzug zu geben wäre.

Der Schwerpunkt stellt sich damit keineswegs als bloße Akklamierung der Vorschläge von *Schirach* dar. Vielmehr werden die Vorschläge kritisch beleuchtet und alternative Herangehensweisen aufgezeigt. In diesem Sinne versteht sich dieser Schwerpunkt nicht nur als Auseinandersetzung mit den Ideen von *Schirach*, sondern möchte im Sinne von *Schirach* dahingehend „eine politische Diskussion über die dahinterliegenden Ziele an[...] stoßen.“³⁶ Dieses Ansinnen ist in einer lebendigen Demokratie jedenfalls zu begrüßen und lädt daher auch die Leser:innen zu einer Debatte ein: Sollen unsere Grundrechte überhaupt überarbeitet werden? Müssten neue Grundrechte ergänzt werden? Wie können wir den Herausforderungen unserer Zeit am besten begegnen?

Mag.^a Viktoria Baumgartl, Alexia Crivoi, LL.M., Daniela Gschwindt, LL.M. und Mag.^a Corinna Potocnik-Manzouri sind bzw waren Universitätsassistentinnen und Teil des Forschungsteams.

Mag. Nikolaus Wieser ist Mitherausgeber des *juridikum* und betreute mit Mag.^a Corinna Potocnik-Manzouri den Schwerpunkt redaktionell.

³⁶ *Jungkunz*, Erlanger Experten, www.nordbayern.de.

Artikel 1 – Umwelt

Gedanken zur Einführung eines (europäischen) Umweltgrundrechts

Alexia Crivoi* / Felix Reimann

1. Hintergrund und Problemaufriss

Die Klimakrise stellt die zentrale Herausforderung unserer Zeit dar. Das gilt auch für den regulativen Umgang mit dieser. Der Schutz der Umwelt, der auch jenen des Klimasystems umfasst, ist zwar sowohl auf nationaler Ebene als auch in der internationalen Rechtsordnung generell normiert. Dieser Bereich ist jedoch seit jeher mit einem Vollzugsdefizit konfrontiert.¹ Um dem unzureichenden juristischen Status Abhilfe zu verschaffen schlägt *Ferdinand von Schirach* vor, die europäische Grundrechtecharta (GRC) um ein Umweltgrundrecht zu ergänzen. „Jeder Mensch“ soll das Recht haben, „in einer gesunden und geschützten Umwelt zu leben“. Mit diesem Vorschlag schließt *Schirach* an eine bereits seit fünfzig Jahren geführte und sich unlängst intensivierende Diskussion an.² Das vorgeschlagene Umweltgrundrecht ist – in Reaktion auf die angesichts der eskalierenden Klimakrise „anachronistische Debatte“ – besonders weit formuliert. Diesem liegt ein extensives Umweltschutzverständnis zugrunde, das den Klima- und Artenschutz sowie auch den Schutz anderer Umweltgüter, wie zB der Luftqualität, umfasst.³ Fraglich ist jedoch, inwiefern ein Grundrecht auf Umweltschutz (das mehr ist als bloße „Verfassungsprosa“) notwendig bzw realisierbar ist. Nationale Einordnungen beziehen sich im Folgenden va auf das österreichische Recht.

2. Notwendigkeit

2.1. Status quo und „Bottlenecks“ des (unions-)rechtsförmigen Umweltschutzes

Das europäische Primärrecht nimmt an vielerlei Stellen unmittelbar auf Umweltschutzbelange Bezug.⁴ Neben der Verankerung in EUV und AEUV enthält mit Art 37 auch die

* Die in diesem Beitrag geäußerten Ansichten sind die der Autor:innen und spiegeln nicht notwendigerweise die offizielle Position der Europäischen Kommission wider.

1 *Merli*, Rechtspolitik der Zukunft – Umweltrecht, in *Holoubek/Lienbacher*, Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 353 (367); *Giera*, Individualrechte im europäischen Umweltrecht (2015) 29 ff.

2 *Weber*, Grundrecht auf Umweltschutz, in *Heißl*, Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 27/1 mwN; vgl auch die Forderung nach einem Grundrecht auf Klimaschutz des österreichischen Klimavolksbegehrens (<https://klimavolksbegehren.at/forderungen>).

3 *Klinger* in *Kersten*, Kommentare zu Ferdinand von Schirachs „Jeder Mensch“ (2021) Art 1 NGfE 11 f.

4 Art 3 Abs 3, Art 21 Abs 2 lit d und f EUV; Art 4 Abs 2 lit e, Art 11, Art 114, Art 191 ff, Art 194 Abs 1 AEUV.

GRC eine Umweltschutz-Norm, nach der „[e]in hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität [...] in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden [müssen]“. Diese Klausel stellt aber lediglich einen objektiv wirkenden Grundsatz, kein von Einzelnen unmittelbar einklagbares Recht dar.⁵ Die GRC beinhaltet – genauso wie das österreichische Verfassungsrecht – kein Grundrecht auf Umweltschutz. Art 37 GRC ist als Grundsatz auf Umsetzung durch unionale sowie nationale Rechtsakte angewiesen und kann vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden (Art 52 Abs 5 GRC). Grundsätze begründen insb keine Ansprüche auf den Erlass von Maßnahmen durch die Union oder die MS.⁶ Rechtliche Relevanz kommt der Verankerung des Umweltschutzes insoweit zu, als die Bestimmung die umweltfreundliche Auslegung des Unions- bzw nationalen Umsetzungsrechts begünstigen soll und als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseinschränkungen fungieren kann.⁷ Der EuGH misst Art 37 GRC bislang aber nur eingeschränkte Bedeutung zu.⁸ Ein Schutz vor Beeinträchtigungen durch negative Umwelteinflüsse kann sich daneben aber aus Teilgewährleistungen anderer Unionsgrundrechte ergeben. So kann insb aus Art 7 GRC eine Schutzverpflichtung vor schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Privat- und Familienlebens durch Lärm oder Umweltverschmutzungen abgeleitet werden.⁹ Ein allgemeines materielles Umweltgrundrecht lässt sich aus diesen Bestimmungen aber nicht deduzieren. Die als Ziel, Prinzip oder Grundsatz ausgestalteten Primärrechtsnormen zum Umweltschutz sind aufgrund deren objektiv-rechtlichen Charakters sowie ihrer Ausgestaltungsbedürftigkeit generell nur beschränkt justiziabel.¹⁰ Weniger in einem grundrechtlichen, als einem wirtschaftsrechtlichen Kontext kommt dem Umweltschutz daneben Gewicht als Rechtfertigungsgrund zur Beschränkung europäischer Grundfreiheiten zu. Das mitgliedstaatlich vollzogene Sekundärrecht ist demgegenüber jener Bereich des europäischen Umweltrechts, in dem subjektive Rechte des Einzelnen vielfach eingeräumt sind. Dazu hat zum einen die europäische Rechtsetzung durch die Schaffung von Informations- und Beteiligungsrechten, sowie zum anderen die Mobilisierung der Unionsbürger:innen für die effektive Durchsetzung des Unionsrechts durch die Rsp des EuGH beigetragen. Gerade im Umweltsekundärrecht werden Einzelne als „Wächter:innen des Unionsrechts“ funktionalisiert und deren – nicht notwendig individualisierbare – Interessen als durchsetzbare Rechtspositionen anerkannt.¹¹ Während der EuGH in früherer Rsp, insb

5 Erläut zu Art 37 GRC; Madner in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019) Art 37 GRC Rz 10 f.

6 Erläut zu Art 52 Abs 5 GRC; EuG 28.9.2016, T-600/15, *PAN Europe*, ECLI:EU:T:2016:601, Rn 48.

7 Baumgartner, Grundsätze und Grundrechte der Grundrechte-Charta, in FS Berka (2013) 3 (16).

8 *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union⁴ (2019) 50 FN 7.

9 Madner in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 37 Rz 12 mwN.

10 Für Art 11 AEUV vgl *Piska* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 11 AEUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 10.

11 *Giera*, Individualrechte 65 f.

im Bereich des Luftreinhaltsrechts¹², subjektive Rechte Einzelner unmittelbar aus unzureichend umgesetzten Richtlinienvorschriften (zB Luftqualitätsrichtlinie) ableitete, stützt sich dieser in jüngerer Zeit zusätzlich auf Bestimmungen der Aarhus-Konvention (AarhK) sowie das Unionsgrundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art 47 GRC).¹³ Vor allem durch das Instrument der Vorabentscheidung hat hier eine deutliche Erweiterung des Kreises einklagbarer Umweltschutznormen bzw -akte (zB auch Pläne/nicht-normative Akte) sowie der Umweltschutzkläger:innen (NGOs) stattgefunden. Prozessuale (Grund-)Rechte haben in Umweltverfahren weitaus größere praktische Bedeutung als die Grundsatzbestimmung des Art 37 GRC.¹⁴ Im Umweltsekundärrecht ist damit seit Längerem ein Trend rechtsschutzfreundlicher EuGH-Rsp zu erkennen, die sich intensiv auf die Verwaltungsrechtssysteme der MS (Schutznormtheorie, Präklusion ua) auswirkt. Ein gegenteiliges Bild ergibt sich jedoch beim Zugang Einzelner zum EuGH selbst.¹⁵ Dieser legt die für die Zulässigkeit einer Individualnichtigkeitsklage erforderliche unmittelbare und individuelle Betroffenheit gem Art 263 Abs 4 AEUV besonders restriktiv aus. Nach der *Plaumann-Formel*, anhand derer die Voraussetzung der „individuellen Betroffenheit“ ermittelt wird, ist diese erst gegeben, wenn die angefochtene Handlung den/die Kläger:in „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten.“¹⁶ Just an dieser Zulässigkeitschürde ist unlängst auch die erste europäische Klima- (in Form einer Nichtigkeits- und Amtshaftungs-)klage vor dem EuG und folglich auch dem EuGH gescheitert.¹⁷ Dem Begehren, die *Plaumann-Formel* an Klimarechts-sachen anzupassen und die Bedingung der „individuellen Betroffenheit“ neu zu interpretieren, folgte der EuGH explizit nicht. Auch die Behauptung einer Grundrechtsverletzung durch die angefochtenen Rechtsakte änderte nichts am Ergebnis. Aufgrund einer ähnlichen Zulässigkeitsvoraussetzung (unmittelbare Betroffenheit) hatte auch die erste österreichische Klimaklage, die sich in der Form eines Individualantrags gegen steuerliche Begünstigungen von Luftfahrtunternehmen richtete, keinen Erfolg vor dem VfGH.¹⁸ Während also die strikte – oft schwer vorzunehmende – Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und öffentlichen Interessen im Umweltbereich auf Ebene des (mittelbaren) Vollzugs ein Stück weit geöffnet ist, bleibt die Normenkontrolle hiervon abgeschirmt.

12 EuGH 25.7.2008, C-237/07, *Janecek*, ECLI:EU:C:2008:447; EuGH 26.5.2011, C-165/09 bis C-167/09, *Stichting Natuur en Milieu*, ECLI:EU:C:2011:348; EuGH 19.11.2014, C-404/13, *ClientEarth*, ECLI:EU:C:2014:2382.

13 Unlängst EuGH 3.10.2019, C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland ua*, ECLI:EU:2019:824.

14 *Raschauer/Stangl*, Unionsrecht, in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht³ (2019) 104 (134).

15 Vgl in diesem Schwerpunkt den Beitrag *Berger/Friedrich* zur Grundrechtsklage, *juridikum* 2022, 534.

16 *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 263 AEUV (Stand 1.7.2014, rdb.at) Rz 53 f (auch zur Ratio).

17 EuG 8.5.2019, T-330/18, *Carvalho/EP und Rat*, ECLI:EU:T:2019:324; EuGH 25.3.2021, C-565/19 P, *Carvalho/EP und Rat*, ECLI:EU:C:2021:252.

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

2.2. Parallelen zu EMRK und nationalem Umweltverfassungsrecht

Der unionsrechtliche Grundrechtsbestand wird zudem – über Art 6 Abs 3 EUV sowie Art 52 Abs 3 GRC – mit jenem der EMRK verknüpft, sodass ein vollständiges Bild der Rechtslage die Bedeutung und Tragweite der Konventionsrechte berücksichtigen muss. Während die EMRK ebenfalls kein explizites Recht auf Natur- oder Umweltschutz enthält, erkennt der EGMR aber – aus Art 2 und 8 EMRK erfließende – Schutzpflichten der Vertragsstaaten vor Umweltbeeinträchtigungen an. Dabei bezog sich die EGMR-Rsp aber bislang auf hinreichend konkrete Gefahrenquellen und gewährte den Staaten regelmäßig einen weiten Gestaltungsspielraum.¹⁹ Hervorzuheben ist, dass der EGMR die entsprechende Schutzpflicht noch nie durch die Gesetzgebung verletzt sah.²⁰ Die Geltendmachung grundrechtlicher Umwelt- bzw Klimaschutzpflichten gegen den Unionsgesetzgeber lässt sich damit (noch) nicht auf die EGMR-Rsp stützen. Zusätzlich zu Gewährleistungen aus der EMRK sind Grundrechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, zu berücksichtigen (Art 52 Abs 4 GRC). Eine Analyse der umweltschutzrelevanten Verfassungsbestimmungen der Mitgliedstaaten zeigt, dass der Umweltschutz ganz überwiegend als Staatszielbestimmung (vgl § 3 BVG Nachhaltigkeit²¹) abgesichert wird und die Ausgestaltung des Art 37 GRC als solche damit die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen auf dem Gebiet des Umweltschutzes abbildet.²² Wie der *Klimabeschluss* des deutschen BVerfG zeigt, können aber auch als Staatsziel konzipierte Umweltschutz-Grundsätze – wie Art 20a des deutschen Grundgesetzes (GG) – einen Anknüpfungspunkt gerichtlicher Kontrolle in umwelt- bzw klimaschutzbezogenen Rechtssachen bieten.²³ Die Erzielung eines dem *Klimabeschluss* ähnlichen Ergebnisses auf europäischer Ebene erscheint aber zum einen aufgrund der – in der *Rs Carvalho* unlängst erst bestätigten – engen Klagelegitimation und zum anderen aufgrund der Zurückhaltung des EuGH bezüglich grundrechtlicher Schutzpflichten unwahrscheinlich.

2.3. Mehrwert

Der Vorschlag für ein Umweltgrundrecht hat uE zwei Schlagseiten. Zum einen zielt dieser darauf ab, die materiellen Schwachstellen des grundrechtlichen Umweltschutzes auf Unionsebene zu kompensieren. Dieser erschließt sich mit Art 37 GRC bislang in einem bloß objektiv-rechtlich wirkenden Grundsatz sowie in Teilgewährleistungen anderer Grundrechte, deren Verletzung schwer beweisbar ist und die zudem noch keinen Aus-

¹⁹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 20 Rz 23, § 22, Rz 30, 64.

²⁰ Groß, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337 (339).

²¹ BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung BGBl I 2013/111 idF BGBl I 2019/82.

²² Nowak in Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte² (2020) § 63 Rn 44.

²³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*.

druck in der EuGH-Rsp gefunden haben. Zum anderen geht der Vorschlag auch bezogen auf dessen prozessuale Auswirkungen über den derzeitigen Rechtsbestand hinaus, indem er versucht, den Gerichtszugang in Umweltrechtssachen – durch das Einziehen eines subjektiv einklagbaren Grundrechts – zu erweitern. Insofern könnte dessen Implementierung eine Erhöhung des materiellen Schutzstandards sowie eine weitere Öffnung des Gerichtszuganges in Angelegenheiten des Umweltschutzes bewirken. Zudem würde in diesem ein wesentlicher Impuls für die Herausbildung einer grundrechtsbezogenen Umwelt-Rsp des EuGH liegen, die sich unter einer eigenständigen Norm systematisiert.

3. Umsetzung und Durchsetzbarkeit

3.1. Umsetzung

Aus Sicht der Instrumentenwahl hat die Normierung als Grundrecht – gegenüber Sekundärrecht oder Zielbestimmungen – erhebliche Durchschlagskraft. Aufgrund des Primärrechtsrangs bindet dieses den Gesetzgeber sowie die Vollziehung. Die primärrechtliche Verankerung zwingt den politischen Prozess dabei langfristige ökologische Belange, auf welche dieser meist schwerfällig reagiert, zu berücksichtigen.²⁴ Zudem ermöglicht der subjektiv-rechtliche Charakter eines Grundrechts grundsätzlich dessen (gerichtliche) Durchsetzung durch einzelne Rechtsunterworfenen (vgl aber *Plaumann-Formel*).

Die konkrete Intensität der Grundrechtsbindung hängt von der betroffenen Grundrechtsdimension bzw -funktion ab. In ihrer traditionellen Rolle als Abwehrrechte gegenüber dem Staat – in der diese praktisch am intensivsten wirken – sollen Grundrechte individuelle Freiheitssphären vor staatlichen Eingriffen schützen. Umweltbeeinträchtigungen gehen vielfach aber nicht von staatlicher Seite, sondern von privaten Verursacher:innen aus. Im Bereich des Umwelt- bzw Klimaschutz ist es daher gerade notwendig, dass der Staat regulierend eingreift. Ein Umweltgrundrecht, das aus jetziger Sicht überwiegend gewährleistenden Charakter entfalten müsste, steht damit dem abwehrrechtlichen Konzept der Freiheitsrechte gegenüber.²⁵ Neben deren abwehrrechtlichen Funktion beinhalten Grundrechte aber auch Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten, die auf ein staatliches Tätigwerden gerichtet sind. Dem Gesetzgeber wird in diesem Fall meist ein breiterer Gestaltungsspielraum hins der Art, wie er der Schutzpflicht nachkommt, überlassen. Speziell die GRC normiert zudem zahlreiche soziale Grundrechte, wie bspw Art 28, 29, 30, und 31 Abs 2 GRC, die primär einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber richten. Bezieht man das Umweltgrundrecht stärker auf Individualinteressen der Berechtigten (zB Gesundheitsschutz), kann dieses als soziales Grundrecht verstanden werden.²⁶ Das vorgeschlagene Grundrecht stellt dennoch ein kollektives Rechtsgut („geschützte Um-

24 *Franzius in Rodi*, Handbuch Klimaschutzrecht (2022) § 7 Rz 49; BVerfG, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*, Rn 206.

25 Vgl *Weber in Heißl Rz 27/12*, dazu auch schon *Marko*, Umweltschutz als Staatsziel, ÖJZ 1986, 289.

26 So wie bei *Emöckl*, Möglichkeiten einer verfassungsrechtlichen Verankerung eines Grundrechts auf Klimaschutz, ZöR 2022, 361 (375).

welt“) ins Zentrum seines sachlichen Schutzbereiches, was die Einordnung als Grundrecht der dritten Generation näher legt. Unabhängig von der konkreten Zuordnung würde die Einfügung eines Umweltgrundrechts ein Novum für den Grundrechtsbestand der GRC darstellen. Nichtsdestotrotz kann dieses dogmatisch eingegrenzt werden.

Nach dem Wortlaut des persönlichen Schutzbereiches des Vorschlags soll „Jeder Mensch“ Grundrechtsträger:in sein. Umfasst wären somit sämtliche natürliche, aber keine juristischen Personen (vgl. Formulierungen bei Art 6 und 7 GRC). Der Schutz würde damit sinnvollerweise unabhängig vom Vorliegen einer Unionsbürger:innenschaft (oder einem Wohnsitz/Aufenthalt in der Union, vgl. etwa Art 34 Abs 2 GRC) bestehen. Das grundrechtliche Schutzgebot muss sich aber gegenüber im Ausland lebenden Menschen von jenem gegenüber innerhalb der Union lebenden unterscheiden, weil diese Anpassungsmaßnahmen außerhalb ihres Gebietes nicht bzw. nur in sehr abgeschwächter Form veranlassen könnte.²⁷ Angesichts der wichtigen Rolle, die Umweltschutzorganisationen bei der Herausbildung der umweltrechtsfreundlichen Rsp des EuGH gespielt haben, erscheint eine Ausweitung des persönlichen Schutzbereiches auch auf juristische Personen sinnvoll („Jede Person“). Grundrechtsadressaten sind gem. Art 51 Abs 1 GRC zuvorderst die Union und die MS bei Durchführung des Unionsrechts. Insbesondere müsste der VfGH überdenken, ob ein in der GRC verankertes Umweltgrundrecht einen Prüfungsmaßstab iSd Charta-Erkenntnisses bilden könnte – im Vgl. zu einem bloßen Grundsatz.²⁸ Die Formulierung einer unmittelbaren Drittwirkung eines Umweltgrundrechts ist überdies abzulehnen, da Verpflichtungen Privater über sekundärrechtliche Ausführungsakte (zB EU-ETS) strukturiert werden sollten. Nichtsdestotrotz verbliebe die Möglichkeit einer mittelbaren Ausstrahlung des Grundrechts auf Privatrechtsverhältnisse.

Der sachliche Schutzbereich des vorgeschlagenen Grundrechts soll die „geschützte und gesunde Umwelt“ im Ganzen, damit neben dem Klima- oder Artenschutz auch den Schutz sonstiger Umweltgüter, wie zB die Luftqualität, umfassen. Ein derart extensives Verständnis des sachlichen Schutzbereiches zieht aufgrund der durch dessen Unbestimmtheit bedingten mangelnden Justiziabilität Kritik auf sich.²⁹ Erstens existiert weder im österreichischen Recht noch im Völkerrecht oder im Unionsrecht ein einheitlicher normativer Umweltbegriff. Zweitens weisen diverse Schutzmaßnahmen (Beseitigung, Abwehr, Vermeidung, Bewahrung, Verbesserung) unterschiedliche Stoßrichtungen auf.³⁰ Drittens bestehen bereits innerhalb des vorgeschlagenen Grundrechts Zielkonflikte zwischen einzelnen Schutzgütern. So können Klimaschutzmaßnahmen anderen Umweltschutzgütern, bspw. einem Fluss und darin lebenden Fischarten, dauerhaft schaden.³¹ Um den ange-

27 Sinder, Anthropozänes Verfassungsrecht als Antwort auf den anthropogenen Klimawandel, JZ 1078 (1082); für Deutschland BVerfG, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*, Rn 173 ff.

28 Vgl. für Art 37 GRC VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua, Rz 36, „völlig unterschiedliche normative Struktur“.

29 Kahl in Streinz, EUV/AEUV³ (2018) Art 191 AEUV Rn 28, „notwendige Inhaltsarmut eines solchen Rechts, welche die Gefahr von Verfassungsenttäuschungen provoziert“; vgl. auch Weber in Heißl Rz 27/11.

30 Schnedl, *Umweltrecht* (2020) Rz 11 ff.

31 Vgl. *Schamschula*, Mit der Sulm durch alle Instanzen, *juridikum* 2022, 152 (155).

sprochenen Schwächen entgegenzuwirken sollte sich der sachliche Schutzbereich auf ein näher abgrenzbares Umweltschutzgut konzentrieren. Gerade die Engführung auf den Klimaschutz könnte Unbestimmtheit und Zielkonflikte innerhalb des Schutzbereiches abfedern, da dieser aufgrund des CO₂-Budgetansatzes leichter als andere Umweltbereiche quantifizier- bzw kontrollierbar ist.³² Für die Unionsebene geeignet erscheint insb der Vorschlag *Ennöckls* einer grundrechtlichen Verpflichtung (der Union) zur Herstellung der eigenen Klimaneutralität (bis zum Jahr 2050).³³

Typischerweise sollen Grundrechte Eingriffen der Adressat:innen in die genannten Schutzgüter entgegenwirken. Im Fall der abwehrrechtlichen Dimension würde ein Eingriff vorliegen, wenn die Union selbst Maßnahmen ergreift, die eine Gefährdung für das Leben eines Grundrechtsberechtigten in einer „gesunden und geschützten Umwelt“ darstellen. Die Schwächen des extensiven Schutzbereiches übertragen sich auf die Bestimmung des Eingriffes, der sich letztlich auf Teilgewährleistungen sonstiger Freiheitsrechte (der Vorschlag stellt explizit die Verbindung zum „Leben“ her) bezieht. Jedenfalls – darin könnte dessen Mehrwert liegen – soll der Nachweis einer konkreten, bereits vorliegenden Gefährdung durch das neue Grundrecht gerade nicht notwendig sein. Abstrakte Gefährdungen, die nach dem derzeitigen Stand der EGMR-Rsp mit hohen Beweishürden (aufgrund der weit in der Zukunft liegenden Folgen und der schwierigen Beweisbarkeit der Kausalität) verbunden sind,³⁴ sollen somit bekämpft werden können. Damit zielt der Vorschlag generell auf eine Abschwächung des Kriteriums der (konkret-individuellen) Betroffenheit ab, ohne diese aber völlig preisgeben zu müssen. Daneben kann das vorgeschlagene Grundrecht – vor allem – in seiner schutzrechtlichen Dimension wirken. Im Rahmen dieser soll sichergestellt werden, dass die Union bzw durchführende MS pro futuro ausreichende Maßnahmen zum Schutz der Umwelt bzw des Klimas ergreifen, um die Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung (auch anderer Freiheitsrechte) zu gewährleisten.³⁵ Die Union wird somit veranlasst, Eingriffen Privater gesetzliche Grenzen zu setzen (bspw durch Festlegung von Emissionsgrenzen), um dadurch gleichzeitig ihren internationalen Verpflichtungen (Pariser Klimaübereinkommen) und selbst gesetzten Zielen im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes nachzukommen. In Bezug auf die schutzrechtliche Komponente besteht der „Eingriff“ in der Verweigerung, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um das notwendige Schutzniveau zu gewährleisten.³⁶ Dabei wird insb ein Zurücktreten unter bestehende Garantien einen – schwer zu rechtfertigenden – Eingriff darstellen.

Ein Eingriff stellt jedoch nicht automatisch eine Verletzung des Grundrechts dar, sondern kann unter den Voraussetzungen des Art 52 Abs 1 GRC gerechtfertigt sein. Dies gilt va

32 *Kabl*, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, EurUP 2022, 2 (18 f).

33 *Ennöckl*, ZöR 2022, 379, 384 f (Variante 2).

34 *Braig/Ehlers-Hofherr*, Wie kann der EGMR dazu beitragen, die Klimakrise einzudämmen? NuR 2020, 589 (594).

35 S zum Grundrechtsvoraussetzungsschutz *Frenz*, Klimagrundrecht, DÖV 2021, 715 (720 f).

36 *Eberhard*, Soziale Grundrechte im Lichte der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik, ZöR 2012, 513 (525).

im Hinblick auf mögliche Grundrechtskollisionen zwischen dem Umwelt- und sonstigen (Freiheits-)Grundrechten, die iRe einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung gelöst werden können. Ein Vorrang des Umwelt- bzw Klimaschutzes in sämtlichen Abwägungsprozessen soll damit aber nicht bewirkt werden. Je nachdem, ob es sich im Einzelfall um die abwehr-, schutzpflichten- oder leistungsrechtliche (bspw Aufteilung konkreter Emissionsmengen) Komponente des Umweltgrundrechts handelt, sind jeweils unterschiedliche Gestaltungsspielräume zu beachten. Den Kern- bzw Wesensgehalt des Umweltgrundrechts könnte das Recht auf ein „ökologisches Existenzminimum“ bilden.³⁷ Dieses aus Art 1 Abs 1 iVm Art 2 Abs 2 und Art 20a GG abgeleitete Recht soll staatliche Institutionen dazu verpflichten, durch ein rechtsverbindliches Schutzkonzept von den planetaren Grenzen (1,5/2-Grad-Ziel) wegzusteuern.³⁸

3.2. Durchsetzbarkeit

Ein wesentlicher Zweck der grundrechtlichen Verankerung des Umweltschutzes liegt in der Verpflichtung des Unionsgesetzgebers, das Grundrecht mittels geeigneter Maßnahmen umzusetzen. Im Rahmen der konkreten Umsetzung muss der Gesetzgeber eine Abwägung zwischen Umweltschutzaspekten und sonstigen schutzwürdigen öffentlichen Interessen, wie zB einer freien Marktwirtschaft, vornehmen. Da das Grundrecht jedoch lediglich punktuelle Maßnahmen zum Erreichen eines gewissen Schutzstandards verlangt, ohne konkret vorzuschreiben, wie dieser erreicht werden soll, verbleibt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum. Dieser bildet die Grenzen der richterlichen Kontrolle für die Prüfung von möglichen Grundrechtsverletzungen. Jedenfalls soll es im Hinblick auf die Prüfungsdichte eine entscheidende Änderung des status quo bringen. Gerichte sollen unserer Ansicht nach das gesetzgeberische Schutzkonzept weitreichender als bisher, va auf seine Tauglichkeit zur Zielerreichung hin, überprüfen können und somit eine Vertretbarkeits- statt lediglich einer Evidenzkontrolle vornehmen dürfen. Insbesondere soll untersucht werden können, ob die EU bzw MS ein geeignetes, langfristiges Programm zur realistischen Erreichung der Grundrechtsstandards ausgearbeitet haben. Dem Schutzkonzept sollen aktuelle naturwissenschaftliche Erkenntnisse sowie taugliche Berechnungsverfahren zugrunde liegen. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen des Vertretbaren zu bewegen und die ausgewählten Methoden und Berechnungsschritte zwecks einer entsprechenden grundrechtlichen Überprüfung offenzulegen.³⁹ Dadurch soll die – zurzeit bei Rechtsschutzsuchenden liegende – Beweis- bzw Rechtfertigungslast auf den Staat übertragen werden.

37 Jüngst dazu *Buser*, Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, DVBl 2020, 1389.

38 *Calliess*, Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz? ZUR 2021, 323 (329 ff).

39 *Calliess*, ZUR 2021, 331; BVerfG, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*, Rn 215 ff (Budgetansatz), 248 (Planungshorizont).

4. Alternativen

4.1. Die prozessuale Seite

Defizite des rechtlichen Umweltschutzes ergeben sich vielfach schon aus dem mangelnden Zugang zu verwaltungsbehördlichen bzw gerichtlichen Verfahren. Während dieser auf Vollzugsebene durch Impulse aus dem Unionsrecht stetig erweitert wird, blieb die Normenkontrolle, anhand derer mangelhafte legislative Tätigkeit geprüft wird, unberührt. Der auf Unionsebene notwendige Nachweis der individuellen Betroffenheit lässt sich für eine Mehrzahl umweltbezogener (Sekundär-)Rechtsakte nicht führen, da sich diese nicht an Einzelne richten und Verpflichtungen weit in der Zukunft vorsehen. Eine Öffnung des Gerichtszuganges ist – das zeigt der *Klimabeschluss* des BVerfG – jedoch nicht unbedingt von einer legislativen Anpassung der Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängig. In dieser Entscheidung hielt das Gericht die Verfassungsbeschwerden aller natürlichen Personen für zulässig, da die angefochtenen Bestimmungen des dt Bundes-Klimaschutzgesetzes bereits eine (unumkehrbare) Vorwirkung auf die künftige Freiheit der Beschwerdeführenden entfalte.⁴⁰ Damit wird nicht – wie durch den EuGH – aus der Perspektive der Individualisierung in bzw durch die angefochtene Rechtsnorm, sondern aus jener der betroffenen Grundrechte argumentiert.⁴¹ Wollen die Höchstgerichte deren judiziellen Zugriff auf zentrale Bereiche des Umwelt- bzw Klimaschutzrechts nicht fortwährend einschränken, haben diese die Klagelegitimation in diesen Angelegenheiten problemadäquat, dh mit Blick auf Zeitdimension und Grundrechtsrelevanz, zu justieren. Im Schrifttum wird etwa betont, dass der Wortlaut des Art 263 Abs 4 AEUV durchaus eine rechtsschutzfreundlichere Auslegung zuließe.⁴² Leichter könnte der Nachweis einer (unmittelbaren, individuellen, gegenwärtigen) Betroffenheit allgemein aber auch durch eine differenzierte Wahl des Prüfungsgegenstandes bzw der Kläger:innen erbracht werden.⁴³ Weiters werden die Möglichkeiten abstrakter Normenkontrolle, die nicht von der Zulässigkeitschürde betroffen sind, sowohl auf Unions- (Art 263 Abs 2 AEUV) als auch auf Ebene der MS (Art 140 Abs 1 Z 2 B-VG) zu wenig beachtet. Obwohl altruistische Verbandsklagerechte im Umweltrechtvollzug eine große Rolle spielen, erscheinen diese im (stärker) individualistisch geprägten europäischen, deutschen und österreichischen Normenkontrollsystem *de lege lata* nicht möglich.

40 BVerfG, 1 BvR 2656/18, *Klimaschutz*, Rn 116 ff; vgl aber BVerfG, 1 BvR 1565/21 ua, *Landes-Klimaschutzgesetz*.

41 Dazu umfassend *Winter*, Not fit for purpose. Die Klagebefugnis vor dem Europäischen Gericht angesichts allgemeiner Gefahren, EuR 2022, 367.

42 *Horner*, EuGH bestätigt EuG-Entscheidung und weist People's Climate Case aufgrund mangelnder Aktivlegitimation zurück, NR 2021, 459 (463); *Winter*, EuR 2022, 394 ff.

43 Vgl dazu für Österreich *Blecha*, Die gescheiterte „Klimaklage“ gegen Begünstigungen für die Luftfahrt, in *Baumgartner*, Jahrbuch Öffentliches Recht (2021) 127 (139 f), auch zu Auswirkungen des Anwendungsvorranges.

4.2. Die materielle Seite

Auf inhaltlicher Ebene könnte durch ein sachadäquates Verständnis bestehender Grundrechte (iVm Umweltzielbestimmungen) ein höherer Schutzstandard erreicht werden. So wird im Schrifttum angemerkt, dass der Schutz eines „ökologischen Existenzminimums“ bereits aus bestehenden Unionsgrundrechten (Art 1, 2, 3 iVm 37 GRC) ableitbar wäre.⁴⁴ Daneben verknüpft etwa der *Klimabeschluss* des BVerfG die – nicht näher einzelnen Grundrechten zugeordnete – umfassend geschützte Freiheit der Beschwerdeführenden mit einer Umweltstaatszielbestimmung (Art 20a GG), die in ähnlicher Weise sowohl im europäischen Primär- (Art 37 GRC) als auch österreichischen Verfassungsrecht (vgl insb § 1 BVG Nachhaltigkeit, „zukünftigen Generationen“) zu finden ist. Auch Art 20a GG fristete vor dem Klimabeschluss eher ein „Schattendasein“ und erfuhr erst durch diesen eine erhebliche Aufwertung. In materieller Hinsicht bieten sich also Anknüpfungspunkte, die in gerichtlichen Verfahren in MS bereits effektiv operationalisiert wurden.⁴⁵ Zu beobachten ist insb auch die Weiterentwicklung der umwelt- bzw klimaschutzbezogenen Rsp des EGMR,⁴⁶ die sich über Art 52 Abs 3 GRC auf die GRC auswirkt. Mit Blick auf zwischen verschiedenen Generationen verteilte Emissionsreduktionslasten könnten auch allgemeine Gleichheitsrechte (Art 20 GRC) iVm ernstgenommenen Umweltzielbestimmungen ein Instrument wirksamer intertemporaler Grundrechtskontrolle bieten.⁴⁷ Das Anknüpfen an bestehende Grundrechte würde den Vorteil bieten, auf die entsprechende Schutzbereichs-, Eingriffs- und Rechtfertigungsdogmatik Rückgriff nehmen zu können. Im Übrigen sollte hier zukünftig mehr beachtet werden, ob ein – einen Grundrechtseingriff rechtfertigendes – „öffentliches Interesse“ verfassungs- bzw primärrechtlich ver-dichtet oder eben nicht näher normiert ist. Eine Erhöhung der gerichtlichen Kontroll-dichte in diesen Verfahren ohne Eingriff in den bestehenden Grundrechtsbestand könn-te auch durch die Fokussierung auf sekundärrechtliche bzw (einfach-)gesetzliche Zielbestimmungen (etwa im „Europäischen Klimagesetz“) erzielt werden, die Maßstabsfunk-tion entfalten können. Weiters verändert sich die Intensität der Kontrolle abhängig von der grundrechtsdogmatischen Perspektive auf Umweltrechtssachen, die Gerichte im Rah-men derer Entscheidungen einnehmen. Während die Prüfung einer Schutzpflichtenver-letzung dem Gesetzgeber regelmäßig einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt, ver-engt die abwehrrechtliche Prüfung – wie sie das BVerfG vorgenommen hat – diesen Spiel-raum und erhöht den Rechtfertigungsdruck.

⁴⁴ *Calliess*, ZUR 2021, 329.

⁴⁵ Vgl auch Hoge Raad 20.12.2019, 19/00135, *Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2006 (mit Bezug zu Art 2 und 8 EMRK).

⁴⁶ Zurzeit sind mehrere Beschwerden beim EGMR anhängig (*Duarte Agostinho ua/Portugal ua*, *KlimaSeniorinnen/Schweiz*, *Mex M/Österreich*), die teilweise bereits an die Große Kammer verwiesen wurden.

⁴⁷ Vgl *Möllers/Weinberg*, Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069 (1073), „(Gleichheits-)Recht auf generationengerechte Lastenverteilung“.

5. Fazit

Mit dem in Art 1 vorgesehenen Umweltgrundrecht setzt *Schirach* jenes an die Spitze der vorgeschlagenen Grundrechte, welches das menschliche Dasein wohl am substanziellsten betrifft. Angesichts der existenziellen Herausforderungen, die der Klimawandel an die Menschen- und Staatengemeinschaft setzt, erscheint die Einfügung einer entsprechenden Fundamentalgarantie, welche als Grundrecht alle Staatsgewalten und dabei insb den Unionsgesetzgeber – über einzelne volatile Legislaturperioden hinaus – bindet, als effektive rechtstechnische Methode. Der Grundrechtsvorschlag ist dabei als Antwort auf die Durchsetzungsschwäche des Umwelt(primär)rechts (va gegenüber dem Gesetzgeber) zu verstehen. Die Einführung eines Umweltgrundrechts in der vorgeschlagenen Form würde den Grundrechtsbestand deutlich verdichten. So ergänzt dieses die Unionsrechtsordnung erstmals um ein „echtes“ Umweltgrundrecht, das auf die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme bei der Durchführung von Unionsrecht ausstrahlen würde. Weiters trägt dieses zur Bündelung bestehender, aber verstreuter und teils argumentativ schwierig begründbarer grundrechtlicher Teilgewährleistungen bei und könnte Impulswirkungen für die (bislang zurückhaltende) Schutzpflichtendogmatik auf Unionsebene geben. Das Umweltgrundrecht könnte auf prozessualer Ebene den Nachweis der Klagebefugnis vor dem EuGH (individuelle Betroffenheit) sowie aber auch Verfassungsgerichten der MS (auch hins unmittelbarer Betroffenheit) erleichtern. Auf materieller Seite würde sich das Grundrecht von jenen, von Beeinträchtigungen des Lebens, des Eigentums, des Privatlebens oder der Wohnung abhängigen und zugleich einen weiten Gestaltungsspielraum überlassenden Gewährleistungen aus der EMRK abheben. Durch das GRC-Recht würden Rahmenbedingungen für eine kohärente Umwelt(grund)rechtsprechung im Verbund der europäischen Verfassungsgerichte geschaffen. Jedoch ist die vorgeschlagene Formulierung auf Präzisierungen, va hinsichtlich des sachlichen Schutzbereiches (konkretes Schutzgut, Ziel- bzw Handlungsverpflichtungen) angewiesen, um die staatlichen Gestaltungsspielräume letztlich effektiv kontrollieren zu können.

Alexia Crivoi, LL.M. ist Universitätsassistentin prae doc am Institut für Europarecht und Internationales Recht der Wirtschaftsuniversität Wien und absolviert derzeit ein Blue Book Traineeship bei der Europäischen Kommission; alexia.crivoi@wu.ac.at

Mag. Felix Reimann ist Universitätsassistent prae doc am Institut für Österreichisches und Europäisches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien; felix.reimann@wu.ac.at

Artikel 2 – Digitale Selbstbestimmung

Das Recht auf digitale Selbstbestimmung und das Verbot der Ausforschung oder Manipulation von Menschen

Matthias Zußner

1. Selbstbestimmung trotz Digitalisierung

Die digitale Transformation der Gesellschaft,¹ wie sie derzeit schon stattfindet² und inzwischen auch von der Politik beständig vorangetrieben wird,³ birgt zweifellos riesige Chancen, zugleich aber auch große Gefahren für die Möglichkeit der Menschen, ihr Leben frei unter Gleichen zu führen. Denn die zunehmende Digitalisierung aller Lebensbereiche, vom Wirtschaftsleben,⁴ über den öffentlichen Meinungsbildungsprozess⁵ bis hin zu den letzten Winkeln unseres Privatlebens⁶ drängt nicht nur die Orte zur unbeobachteten Persönlichkeitsentfaltung zurück,⁷ sondern unterwirft diese Sphären bzw Prozesse zunehmend der Gestaltungskraft von Algorithmen, die die digitalisierte Welt immer selbständiger (mit-)lenken;⁸ und zwar zum Teil mit ganz spürbaren Auswirkungen, nach wie vor aber mit nur schwer durchschaubaren und oft diskriminierungsbehafteten Mustern und daher bekanntlich bisweilen nicht immer zu unser aller Vorteil.⁹ Es verwundert daher kaum, wenn (auch) *Ferdinand von Schirach* in seinem Kurzwerk „Jeder Mensch“ die Digitalisierung als eine der brennenden Herausforderungen unserer Zeit benennt¹⁰ und er seinen Antworten auf diese Herausforderungen mit den Art 2 und 3 gleich zwei von sechs Grundrechtsvorschlägen widmet.

1 Mit digitaler Transformation der Gesellschaft ist ein tiefgreifender Veränderungsprozess aller gesellschaftlichen Lebensbereiche gemeint, der durch digitale Technologien verursacht und vorangetrieben wird; anstatt vieler *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation (2022) 1 f.

2 *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung (2020) 17 ff.

3 Mitteilung der Kommission an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade, COM(2021) 118 final.

4 *Krönke*, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht (2020).

5 *Holoubek*, Plattformregulierung aus grundrechtlicher Perspektive, in *Grabenwarter/Holoubek/Leitl-Staudinger*, Regulierung von Kommunikationsplattformen (2022) 29 (44).

6 Stellvertretend: *Haberl*, Rechtliche Aspekte des Online-Datings (2018).

7 S zB *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data. Rahmenbedingungen im europäischen Datenschutz- und Immaterialgüterrecht und übergreifende Reformperspektive (2021) 5 ff, 199 f.

8 *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, 21. ÖJT I/1 (2022) 72.

9 *Martini/Dreuss/Seeliger/Weinzierl*, Dark patterns, ZfDR 2021, 47 (49 ff).

10 *Von Schirach*, Jeder Mensch (2021) 16.

Die folgenden Ausführungen fokussieren auf Art 2,¹¹ der mit „Digitale Selbstbestimmung“ betitelt ist und versuchen eine Antwort auf die Frage zu geben, ob es aus normativer Sicht notwendig erscheint, die darin vorgeschlagenen Inhalte in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) aufzunehmen. Bereits ergriffene und geplante sekundärrechtliche Maßnahmen der EU werden in die damit verbundenen Überlegungen miteinbezogen.

2. Idee

Der vorgeschlagene Art 2 lautet:

„Jeder Mensch hat das Recht auf digitale Selbstbestimmung. Die Ausforschung oder Manipulation von Menschen ist verboten.“

Wie bereits an der Textierung leicht zu erkennen ist, dient als Vorbild des Art 2 das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,¹² das in der Rsp des deutschen BVerfG entwickelt wurde (Volkszählungsurteil),¹³ und bei dem es kurz zusammengefasst um ein staatsgerichtetes „Selbstbestimmungsrecht über personenbezogene Informationen“ unter den „Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung“ geht.¹⁴ *Schirach* geht es offenbar um eine Weiterentwicklung und wohl vor allem auch um eine Aktualisierung des Schutzes der Selbstbestimmung des Menschen in einer Lebensrealität, die von digitalen Ausforschung- und Manipulationstechniken beherrscht ist.

Der Inhalt des vorgeschlagenen Artikels verteilt sich auf zwei Sätze. Satz 1 schützt die digitale Selbstbestimmung, wörtlich genommen also nur einen ganz bestimmten Ausschnitt möglicher Lebenssachverhalte, in denen der (physische) Mensch frei wählen bzw entscheiden können soll, wie er sich verhält. Satz 2 verbietet dagegen die Ausforschung und Manipulation von Menschen ohne einen gesonderten textlichen Bezug zur Digitalisierung oder einen anderen spezifischen Kontext herzustellen. Daraus könnte man zunächst ableiten, dass sich die Verbote des Satz 2 auch auf die analoge Welt erstrecken, das Selbstbestimmungsrecht des Satz 1 aber nur auf den digitalen Raum. Doch die gemeinsame Überschrift „Digitale Selbstbestimmung“ stellt klar, die Inhalte der beiden Sätze des Art 2 sind gemeinsam zu lesen, dh aufeinander zu beziehen, und das Recht nach Satz 1 sowie die Verbote nach Satz 2 in der Konsequenz als zwei gegensätzliche Seiten einer einheitlichen Grundrechtsidee zu begreifen. Nähert man sich dem Art 2 aus diesem Blickwinkel an, negieren Ausforschung und Manipulation offenbar *Schirachs*

11 Vgl zu Art 3 in diesem Heft *Gschwindt/Potocnik-Manzouri*, Artikel 3 – Künstliche Intelligenz. Das Recht auf einen fairen und transparenten Umgang mit Algorithmen im digitalen Zeitalter, *juridikum* 2022, 502.

12 So auch *Moimi in Kersten*, Kommentare zu Ferdinand von Schirachs „Jeder Mensch“ (2021) Art 4 NGFE 12 (13).

13 BVerfG 15.12.1983, 1 BvR 209/83 ua, *Volkszählungsurteil*.

14 *Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz*, GG-Kommentar (Lfg 39 2001) Rz 174 f mwN.

Idee digitaler Selbstbestimmung und schließt umgekehrt der Zustand eines digital selbstbestimmten Lebens die Ausforschung und Manipulation derselben Person aus.¹⁵

Noch nicht gesagt ist damit freilich, ob sich *Schirachs* Idee digitaler Selbstbestimmtheit – die gängige Trennung und Trennbarkeit von analogem und digitalen Raum voraussetzend – nur auf den digitalen Raum bezieht und daher Ausforschung sowie Manipulation durch Art 2 nur im digitalen Raum verboten sein sollen. *Moini*, die im Zusammenhang mit möglichen digital unterstützten Manipulationstechniken zur „Beeinflussung von Hirnaktivitäten“ hinweist,¹⁶ mag das vielleicht selbst gar nicht so sehen, wenn sie einerseits meint, „Artikel 2 übertr[age] das aus der Würde des Menschen abgeleitete Selbstbestimmungsrecht in die *digitale Welt*“ und andererseits davon ausgeht, dass die Verbote des Satz 2 einen „Bezu[g] zum *digitalen Raum*“ aufweisen;¹⁷ ihre Ausführungen könnten aber so verstanden werden und geben daher Anlass, darüber nachzudenken, ob man Art 2 überhaupt so eng auslegen dürfte. ME ist zu berücksichtigen, dass in einem rasant ansteigenden Netzwerk an smarten Endgeräten und sonstigen Alltagsgegenständen, in denen Sensor- und Ausgabetechnik verbaut sind, Ausforschung und (verdeckte) Verhaltenssteuerung von Menschen mit Hilfe digitaler Technologien ja längst nicht mehr nur mit Einschränkung auf das Handeln im digitalen Umfeld, wie auf Online-Plattformen, stattfinden, sondern auch in die vom Menschen (primär) physisch wahrgenommene Lebensrealität hinüberwirken. Die ethisch aufgeladene Diskussion um die Möglichkeit, Menschen über sogenannte Brain-Computer-Interfaces in ihrem Verhalten zu beeinflussen, um so bspw den (realen) Strafrückfall von verurteilten Straftäter:innen zu verhindern, mag in Europa derweilen nur akademisch geführt werden.¹⁸ Sie markiert aber den theoretischen Endpunkt einer bereits im Gange befindlichen Entwicklung, die sich als zunehmende Verbindung der analogen und digitalen Lebensrealität beschreiben lässt.¹⁹ Bezieht man diese Entwicklung mit ein, liegt es nahe, die Selbstbestimmungsmöglichkeit des (physischen) Menschen in ihrer Gesamtheit als Schutzgut des vorgeschlagenen Art 2 zu verstehen, weil sich die Felder digitaler und analoger Selbstbestimmung immer schwerer trennen lassen.

Dieses weite Verständnis des Schutzgegenstandes kann auch auf einen systematischen Vergleich mit Art 3 gestützt werden, hat dieser doch zum Ziel, dass wesentliche Entscheidungen auch fortan vom Menschen und nicht von einer künstlichen Intelligenz getroffen werden sollen. Im Kontrast hierzu soll Art 2 die grundsätzliche Fähigkeit des Menschen schützen, selbstbestimmte Entscheidungen in einer digital transformierten Welt zu treffen und bildet damit die logische Voraussetzung für den allgemeinen Menschenvorbehalt in Art 3 (Satz 2). Umgekehrt wirken die Anforderungen, die *Schirach* mit Art 3 Satz 1 an Algorith-

15 IdS auch *Moini* in *Kersten*, Art 2 NGfE 13 (arg „entgegensteht und deshalb verboten ist“).

16 *Moini* in *Kersten*, Art 2 NGfE 14.

17 *Moini* in *Kersten*, Art 2 NGfE 12 f (Hervorhebungen nicht im Original).

18 *Gilbert/Dodds*, Is There Anything Wrong With Using AI Implantable Brain Devices to Prevent Convicted Offenders from Reoffending? in *Vincent/Nadelhoffer/McCay*, Neurointerventions and the Law. Regulating Human Mental Capacity (2020) 113 (113 ff).

19 Vgl *Hoffmann-Riem*, Sog 68 ff.

men stellt, aber auch positiv auf das Schutzgut des Art 2 (Satz 1) zurück. Denn *transparente* Algorithmen entzaubern das Manipulationspotential digitaler Technologien zwangsläufig und *faire* Algorithmen forschen Personen nicht ungefragt hinterher.

Unklar bleibt dagegen, ob – iS einer Innovation gegenüber dem bisher bipolar auf das Verhältnis Staat und Bürger:in zugeschnittenen System europäischer Grundrechte – Art 2 der Bedrohungslage entsprechend auch Private unmittelbar binden soll. Ein Vergleich mit Art 4, wo im Unterschied explizit einschränkend auf (staatliche) Amtsträger:innen abgestellt wird, legt in gewisser Weise nahe, dass *Schirachs* Idee nach auch Privatpersonen das Recht auf digitale Selbstbestimmung anderer unmittelbar zu achten hätten. Zwingend ist dieses Verständnis freilich nicht, zumal Art 2 auch so gedeutet werden kann, dass die EU und ihre MS dazu verpflichtet sein sollen, privaten Aktivitäten zum Schutz des Rechts auf digitale Selbstbestimmung nur bessere sekundärrechtliche Schranken zu setzen.

3. Notwendigkeit

Richtig ist, dass die „Datenverarbeitung durch Unternehmen einen Umfang, eine Komplexität und ein Maß an Selbstverständlichkeit erreicht [hat], dass der klassische Datenschutz [alleine die] Selbstbestimmung [des Menschen in digitalen Kontexten] nicht mehr gewährleisten kann“²⁰. Insofern ist es zweifellos von großer Bedeutung, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie sich die Selbstbestimmung des Menschen trotz zunehmender Nutzung digitaler Technologien besser schützen lässt und warum es bislang noch nicht gelungen ist, dieses Ziel zu erreichen. Denn entgegen der weitgehenden Harmonisierung des europäischen Datenschutzrechts und dem Aufbau einer unionsweiten Datenschutzaufsicht wachsen private Datensammlungen in den Händen einiger weniger großer Digitalunternehmen täglich weiter an. Dem ist so, weil uns die Anbieter:innen digitaler Dienste und Produkte nicht nur im Netz tracken,²¹ sondern durch die Ausbreitung von Sensortechnik, die in die physische Lebensumgebung einschließlich Alltagsgeräte verbaut und mit digitalen Anwendungen verknüpft ist, auch unser analoges Leben immer besser nachverfolgen können.²² Typischerweise werden die dabei erhobenen Daten sodann in Cloud-Umgebungen gespeichert und weiterverarbeitet; zum Teil werden sie zu diesem Zweck auch zu Datenverarbeitungspunkten außerhalb der EU übermittelt.²³ Jedenfalls sind die dabei massenhaft erhobenen Daten Basis der personalisierten Verhaltensbeeinflussung, denen Nutzer:innen auf Online-Plattformen ausgesetzt sind. Beispiele hierfür sind die Überladung der Nutzer:innen mit großen Mengen an Anfragen, Infor-

20 *Moini in Kersten*, Art 2 NGfE 13; s aber auch *Hoffmann-Riem*, Sog 145 ff.

21 *Proschofsky*, Facebook- und Instagram-Apps könnten alles mitlesen, was Nutzer auf externen Webseiten machen, *derStandard.at* 10.8.2022, www.derstandard.at/story/2000138185950 (16.8.2022).

22 Vgl stellvertretend zu *Smart Cars Lüdemann*, Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück, *ZD* 2015, 247 (insb 249 ff).

23 *Thorsten*, Cloud-Computing – Herausforderungen an den Rechtsrahmen für Datenschutz (2016) 35 ff, 147 ff; vgl aber auch EuGH 16.7.2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2020:559.

mationen und Optionen, damit diese mehr Daten preisgeben, als sie es eigentlich wollen („Overloading“), oder die technische (Be-)Hinderung dabei, Informationen über die Verarbeitungszwecke personenbezogener Daten zu erlangen oder datenschutzfreundliche Einstellungen zu treffen („Hindering“).²⁴ Durch die (graphische) Gestaltung der digitalen Umgebung, insb durch personalisierte Werbepraktiken und dynamische Contentgestaltung, werden die Nutzer:innen von Online-Plattformen, wie wir heute wissen, aber nicht nur zur weiteren Datenpreisgabe bewegt, sondern auch in Entscheidungen beeinflusst, die vom Konsum- bis zum Wahlverhalten reichen („Stirring“).²⁵ Entgegen allen Verheißungen, wie digitale Technologien unseren Alltag verbessern und unsere Lebensgrundlagen schützen sollen, scheint die Möglichkeit des Menschen, ein selbstbestimmtes Leben zu leben, mit dem zunehmenden Einsickern digitaler Technologien in unseren Alltag tatsächlich kleiner zu werden. Das impliziert freilich, dass das Realphänomen der digitalen Gesellschaft rechtlich jedenfalls noch nicht ausreichend gefasst ist. Die hier interessierende Frage lautet aber nicht, ob es überhaupt neuen Regulierungsbedarf gibt, sondern ob es zur Korrektur der genannten Schiefelage aus normativer Sicht *notwendig* ist, Art 2 nach dem Vorschlag von *Schirach* in das System der GRC aufzunehmen. Diese Frage muss klar verneint werden.

Zur Begründung dieser These gilt es vorab zu konstatieren, dass es immer wieder Momente in der Geschichte des modernen Rechts gegeben hat, in denen gesellschaftliche und insb technologische Entwicklungen neue Gefährdungslagen für die Freiheit und Gleichheit der Bürger:innen sichtbar gemacht haben und sich zugleich zeigte, dass bestehende Grundrechte schlichtweg *zu eng* gefasst sind, um mit den Herausforderungen der Zeit umzugehen. Gerade aus österreichischer Perspektive ist in diesem Zusammenhang beispielhaft an den kontinuierlichen Ausbau jener Grundrechte zu erinnern, die Stück für Stück weitere zentrale Tragpfeiler der Privatsphäre des Menschen unter ihren Schutz gestellt haben. Zunächst war man der Auffassung, dass man mit Hausrecht²⁶ und Briefgeheimnis²⁷ allein ausreichenden Schutz privater Rückzugsorte sowie vertraulicher Kommunikationswege geschaffen hatte.²⁸ Später erkannte man, dass man zudem die Vertraulichkeit auch jener Kommunikation schützen muss, die über sogenannte Fernmeldeanlagen wie Telefon, Funk oder über sonstige Datenübertragungswege verläuft²⁹ und die man dem engen Schutzkonzept des Briefgeheimnisses daher nicht ohne weiteres unterstellen konnte. Erst die Konstitutionalisierung der EMRK hat die Aufnahme eines allgemeinen Rechts auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) in die österreichische Verfassungsordnung bewirkt,³⁰ aus dem sich

24 S die Übersicht des ESDA in den Leitlinien 3/2022 über „Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them“, 2 f, 60 ff, https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf (16.8.2022).

25 S nochmals den Nachweis in Fn 24; vgl aber auch *Hoffmann-Riem*, Sog 141 f.

26 Art 9 StGG, RGBI 142/1867.

27 Art 10 StGG RGBI 142/1867.

28 *Berka/Binder/Kneibs*, Die Grundrechte² (2019) 356 ff.

29 *Wiederin* in *Korinek/Holoubek et al*, Art 8 EMRK (5. Lfg 2002) Rz 135.

30 S nochmals *Berka/Binder/Kneibs*, Grundrechte 356 ff.

dann später in der Rsp des EGMR ein Recht auf den Schutz personenbezogener Daten vor systematischer Sammlung, Speicherung und Verwertung entwickelt hat. Letzteres kennzeichnet freilich bis heute eine genuine Verknüpfung mit dem Schutzgut der Privatsphäre.³¹ Da man aber in der Folge erkannt hat, dass ein berechtigtes Schutzinteresse an personenbezogenen Daten auch aus anderen Gründen folgen kann, hat man in den Rechtsordnungen einzelner Konventionsstaaten,³² indes aber gerade auch im hier interessierenden System der GRC, dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art 7 GRC) ein eigenständiges Datenschutzgrundrecht (Art 8 GRC) zur Seite gestellt, welches fortan alle personenbezogenen Daten schützen soll, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse (auch abseits des Privat- und Familienlebens) besteht.³³

Unter Art 8 GRC fällt daher auch die (systematische) Sammlung von personenbezogenen Daten (zB Profildaten, Bild- oder Videomaterial, Tonaufnahmen) auf Online-Plattformen wie sozialen Netzwerken, soweit die entsprechenden Daten „Rückschluss auf eine [identifizierbare] Person zulassen“.³⁴ Werden Kommunikationsdaten wie Verkehrs- und Standortdaten oder sonstige Online-Kennungen (zB von Cookies erfasst) systematisch überwacht, kann das – ungeachtet des Vorliegens eines Personenbezugs der konkreten Daten – „Auswirkungen auf die Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel und infolgedessen auf die Ausübung der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung durch die Nutzer dieser Mittel haben“.³⁵ Damit zeigt sich aber auch, dass gegen die *Ausforschung* von natürlichen Personen im digitalen bzw digitalisierten Umfeld mit Art 7, 8 und – in krassen Fällen auch – 11 GRC gleich mehrere Bestimmungen der GRC in Stellung gebracht werden können und es also nicht um eine Erweiterung, sondern lediglich textliche Konkretisierung bestehender Grundrechtsgarantien geht.

Ähnlich dem Fall der (systematischen) Ausforschung schützt die GRC aber auch die Möglichkeit des Menschen, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen und damit auch vor *Manipulation*, dh vor verdeckten Formen wirksamer Verhaltenssteuerung.³⁶ Zunächst erklärt Art 1 die Würde des Menschen für unantastbar. Welchen normativen Inhalt man aus dieser Bestimmung in allen Details ableiten kann, ist höchst umstritten;³⁷ zweifellos schützt Art 1 GRC aber vor drastischen Übergriffen in die „körperlich[e] und geistig[e] Integrität“,³⁸ was im Fall digital-unterstützter Manipulationen über Neurointerventionen (zB bei einer heteronomen Verhaltenssteuerung mittels Brain-Computer-Interfaces) vorliegt.³⁹ Wie

31 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) Rz 27; *Pätzold in Karpenstein/Mayer*, EMRK³ (2022) Rz 28 ff mwN.

32 Vgl § 1 DSGVO, BGBl I 165/1999 (zuletzt geändert durch BGBl I 51/2012); zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe nochmals oben Pkt 2.

33 *Kühling/Raab in Kühling/Buchner*, DS-GVO – BDSG³ (2020) Einführung Rz 26 mwN.

34 *Riesz in Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019) Art 8 GRC Rz 35.

35 EuGH 21.12.2016, C-203/15 und C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, Rz 101; hierzu auch *Riesz in Holoubek/Lienbacher*, GRC² Art 8 GRC Rz 31.

36 *Moini in Kersten*, Art 2 NGfE 14.

37 *Fuchs/Segalla in Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (2019) Art 1 Rz 3 f, 30 ff.

38 *Höfling/Kempny in Stern/Sachs*, Europäische Grundrechte-Charta (2016) Art 1 GRC Rz 16 und 18 ff.

39 In diese Richtung wohl auch *Moini in Kersten*, Art 2 NGfE 14.

Art 1 GRC setzen aber auch viele andere Bestimmungen der GRC, namentlich alle Freiheitsrechte, die Möglichkeit des Menschen voraus, sich selbstbestimmt zwischen ihm diesbezüglich offenstehenden Handlungsalternativen entscheiden zu können.

Nicht nur mittelbaren, sondern unmittelbaren Schutz vor heteronomer Manipulation bietet in allen modernen Grundrechtskatalogen⁴⁰ und so auch im System der GRC die Gedankenfreiheit (Art 10). Zumal die Gedankenfreiheit auf das *forum internum* gerichtet ist und bei einem aktiven Tun bzw einer aktiven Äußerung des Menschen in der Regel bereits ein anderes Freiheitsrecht greift, kommt ihr in der bisherigen Rsp zwar nur eine untergeordnete Rolle zu.⁴¹ Dennoch schützt sie unstrittig vor heteronomer Indoktrinierung, dh einer spezifischen Form von Manipulation, und zwar vor allem in Konstellationen, in denen man den entsprechenden Versuchen zur Beeinflussung des *forum internum* unausweichlich ausgeliefert ist.⁴² Nun zeigt ein Kernansatz der gerade im Entstehen begriffenen EU-Plattformregulierung aber, dass man sich inzwischen darüber einig geworden ist, dass man sich bestimmten Online-Diensten und vor allem auch den großen Plattformen („Gatekeeper“) in vielen Konstellationen nicht mehr (zumutbar) entziehen kann.⁴³ Das muss zwar in der Tat Anlass geben, die Gedankenfreiheit im Lichte der Funktionsbedingungen algorithmischer Verhaltenssteuerung dogmatisch in einem neuen Licht zu betrachten,⁴⁴ stützt aber zugleich die hier vertretene These, dass die GRC bereits eine grundsätzliche Antwort auf die Gefahren jener digitalen Technologien gibt, die die Gedankenwelt des Menschen manipulativ beeinflussen können.⁴⁵

Als Zwischenfazit lässt sich damit festhalten, dass Art 2 nach dem Vorschlag von *Schirach* der Sache nach keine neuen grundrechtlichen Ideen enthält, die man in das System der GRC seiner Komplettierung wegen inkorporieren müsste.

An diesem Ergebnis würde sich auch nichts ändern, wenn man die Änderung bestimmter faktischer Voraussetzungen des Grundrechtsschutzes in die Erwägungen miteinbezieht. So ist es nur *prima facie* ein Fortschritt, wenn man den persönlichen Schutzbereich insb der Art 7 und 8 GRC (Recht auf Privatleben; Datenschutzgrundrecht) und des Art 10 GRC (Gedankenfreiheit) entsprechend der Gefährdungslage auch auf Private erstreckt; und zwar insb in Konstellationen, in denen diese Privaten wie der Staat multipolare Grundrechtskollisionen aufzulösen haben.⁴⁶ Denn eine Ausdehnung der Grundrechtsbindung auf Private brächte solange nichts, als die bestehenden Rechtsdurchsetzungsprobleme im internationalen Daten-

40 Vgl Art 9 EMRK.

41 IdS *Muckel* in *Stern/Sachs*, Europäische Grundrechte-Charta (2016) Art 10 Rz 12.

42 Vgl zum staatlichen Indoktrinierungsverbot *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) § 22 Rz 115.

43 Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final (kurz: DMA).

44 *Bublitz*, Freedom of Thought in the Age of Neuroscience, 100 ARSP 2014, 1 (insb 17 ff).

45 Vgl zu dieser Frage auch *Valckel/Clifford/Dessers*, Constitutional Challenges in the Emotional AI Era, in *Micklitz/Pollicino/Reichman/Simoncini/Sartori/De Gregorio* (2021) 57 (insb 73).

46 *Holoubek* in *Grabenwarter/Holoubek/Leitl-Staudinger* 37 f, auch mwN zur Problematik.

verkehr nicht gelöst sind.⁴⁷ Im Moment sind aber noch nicht einmal effektive unionsrechtliche Rechtsschutzstrukturen aufgebaut worden.⁴⁸ Außerdem besteht mit dem sekundärrechtlich gewährleisteten *gleichen* Recht auf den freien Verkehr personen- wie nicht-personenbezogener Daten⁴⁹ ohnehin ein allgemeiner Anknüpfungspunkt für die mittelbare Einbeziehung der Grundrechte in Konstellationen, in denen die Unionsrechtsordnung keine spezifische Antwort auf Fragen bereithält, die sich in digitalisierungsbezogenen Kontexten stellen; denn jeder digitale bzw. digitalisierte Akt setzt (zumindest) einen Datenverarbeitungsvorgang voraus, der die Rechte und Freiheiten anderer schon nach allgemeinen Regeln nicht über Gebühr beanspruchen darf. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater hat aber voraussetzungsgemäß nur dort einen Mehrwert, wo die mittelbare Grundrechtsverpflichtung nicht hergestellt werden kann, dh die „Schutzgesetzgeb[ung] ausfällt“.⁵⁰

4. Alte und neue „Schutzgesetzgebung“ im EU-Sekundärrecht

In Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten existieren bereits zahlreiche Rechtsvorschriften, die Personen vor Ausforschung und Manipulation sowie ganz grds in ihrer Selbstbestimmung schützen, wenn sie digitale Technologien nutzen und zwar ungeachtet der Frage, ob die Grundrechtsstörung von staatlichen oder privaten Akteuren ausgeht. Weitere Vorschriften sind gerade im Entstehen. Im Folgenden braucht nur auf die wesentlichen Vorschriften hingewiesen werden. Hierzu ist zunächst insb auf die Art 5 und 6 DSGVO zu verweisen. Art 5 DSGVO legt Grundsätze fest, die eingehalten werden müssen, wenn Daten von staatlichen oder privaten Akteuren verarbeitet werden. Einer dieser Grundsätze ist jener, dass personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden müssen,⁵¹ was mit Ausnahme einer durch generelles Recht erfolgten Legitimierung der Datenverarbeitung oder dem Vorliegen bestimmter überwiegender Interessen nur dann der Fall ist, wenn eine natürliche Person in die sie betreffende Verarbeitung personenbezogener Daten (konkludent) eingewilligt hat. Sobald nur mittelbar personenbezogene Daten verarbeitet werden,⁵² die nach Art 9 DSGVO als besonders schützenswert gelten, muss eine entsprechende Einwilligung bereits ausdrücklich erfolgen.⁵³ Die – rechtmäßige – Verarbeitung muss schließlich stets für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke⁵⁴ und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise nach

47 Vgl nur die Erwägungen zu Art 45 Abs 2 lit a DSGVO in EuGH 16.7.2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2020:559, Rz 188 ff.

48 S bereits *Zußner*, Zusammenarbeit und Kohärenz nach Maßgabe der DS-GVO, EuR Beiheft (3) 2020, 151 (s insb 168 f).

49 Art 1 Abs 3 DSGVO sowie Art 4 Abs 1 VO (EU) 2018/1807 des EP und des Rates vom 14.11.2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABI L 2018/303, 59.

50 Vgl *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015) 406 (416).

51 Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.

52 Vgl hierzu die rezente Entscheidung des EuGH 1.8.2022, C-184/20, *OT*, ECLI:EU:C:2022:601.

53 Art 9 Abs 2 lit a DSGVO.

54 Art 5 Abs 1 lit b DSGVO.

dem Prinzip von Treu und Glauben verarbeitet werden.⁵⁵ Außerdem ist jede betroffene Person von der Verarbeitung personenbezogener Daten zu informieren.⁵⁶

Eine systematische Ausforschung durch den Staat ist demnach und im Lichte des Art 7 Abs 2 GRC (vgl auch Art 8 Abs 2 EMRK) nur zulässig, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage die – allenfalls über entsprechende Verpflichtungen Privater zur Datensammlung – Überwachung durch den Staat legitimiert. Die Ausforschung im Verhältnis zwischen Privaten setzt voraus, dass betroffene Personen darin eingewilligt haben. Daneben wurden in einer (selbständigen) e-Privacy-RL⁵⁷ besondere Vorschriften zur Sicherung der Vertraulichkeit der privaten Interaktion auf Kommunikationsplattformen vorgesehen, die sich bislang jedenfalls nicht als untauglicher Schutzmechanismus vor einer heimlichen Nutzer:innen-Nachverfolgung durch Online-Dienste-Anbieter⁵⁸ oder einer anlasslosen Vorratsdatenspeicherung⁵⁹ erwiesen haben. Diese Vorschriften vertragen inzwischen zweifellos ein Update einschließlich einer saubereren Abgrenzung der Vorschriften, die auf Tracking-Technologien anzuwenden sind;⁶⁰ einer systematischen Ausforschung durch Staat oder Private ausgeliefert ist die einzelne Person aber sekundärrechtlich betrachtet nicht. Tritt der Vorschlag über einen Artificial Intelligence (AI) Act der EU bald in Kraft, gibt es außerdem erstmals ein unionsweit geltendes (grundsätzliches) Verbot für die biometrische Fernidentifizierung (zB Gesichtserkennungssysteme) in Echtzeit zu Strafverfolgungszwecken sowie qualifizierte freiheits- und gleichheitsbedrohende Formen des Social Scoring.⁶¹

Anspruchsvoller ist die Frage nach den Schutzmechanismen, die das EU-Sekundärrecht neuen Formen digital-unterstützter Manipulation entgegenhält. Denn die Informationen, die zu entsprechenden Zwecken genutzt werden, können erstens (bereits) anonymisiert sein und die Wirkungen der Manipulationstechniken kann sich zweitens auf Dritte, dh auf (vergleichbare) Personen beziehen, die gar nicht in den Datengenerierungsprozess eingebunden waren. Selbst wenn dem nicht so ist und das EU-Datenschutz(sekundär) recht (doch) greift, kann theoretisch eine wirksame formale Einwilligung in die Nutzung digitaler Dienste und Anwendungen unter Inkaufnahme deren algorithmisierter Steuerung vorliegen, zB was Filterblasen oder Empfehlungssysteme auf Online-Plattformen anbelangt. Insoweit besteht in der Tat bis heute eine Lücke im EU-Sekundärrecht, an deren Füllung aber gerade gearbeitet wird. Als Datenverarbeitungsverbot konzipiert, soll

55 S abermals Art 5 Abs 1 lit a DSGVO.

56 Art 13 und 14 DSGVO.

57 RL 2002/58/EG des EP und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutz-richtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 2002/201, 37 (ePrivacy-RL).

58 Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL; vgl EuGH 1.10.2019, C-673/17, *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, ECLI:EU:C:2019:801.

59 Art 15 Abs 1 ePrivacy-RL; vgl EuGH 5.4.2022, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, ECLI:EU:C:2022:258.

60 IdS auch *Böhm/Halim*, Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt? Anforderungen an die Verwendung von Cookies nach der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2020, 651 (651 ff).

61 Vgl Art 5 Abs 1 lit c und d des Vorschlags für eine VO des EP und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften über künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final.

nämlich Art 5 AI Act zukünftig schon ganz allgemein „Techniken der unterschweligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person“ verbieten, die eingesetzt werden, „um das Verhalten einer Person in einer Weise wesentlich zu beeinflussen, die dieser Person oder einer anderen Person einen physischen oder psychischen Schaden zufügt oder zufügen kann“.⁶² Flankierend sollen alle Hosting-Dienste einschließlich Online-Plattformen ungeachtet ihrer Größe einer allgemeinen Sorgfaltspflicht für ein faires und transparentes Online-Umfeld unterworfen werden, welche sich insb auf die (digital unterstützte) Moderation von Inhalten⁶³ sowie das Einblenden von Online-Werbung bezieht.⁶⁴ Praktiken, die Nutzende in die Irre führen, sollen auf Online-Plattformen ganz allgemein verboten werden.⁶⁵ Erhöhte Transparenzanforderungen an die Parameter digital gesteuerte Werbeeinschaltungen und Empfehlungssysteme auf sehr großen Plattformen sollen solchen Praktiken bereits präventiv entgegenwirken.⁶⁶

Der Erfolg der genannten Vorschriften wird klarerweise nicht nur an der permanenten Evaluation und Anpassung, sondern auch am weiteren Aufbau kooperativer Vollzugs- und insb Rechtsschutzstrukturen innerhalb der EU hängen. Beides indiziert aber einmal mehr, dass die Konkretisierungen rechtlicher Antworten auf die Gefahren der Digitalisierung besser nicht im (statischeren) EU-Primärrechtsrang erfolgen sollten, dem die GRC angehört.

5. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass das bestehende System der GRC die Selbstbestimmung des Menschen bei der Nutzung digitaler Technologien bereits in ausreichendem Maße schützt. Art 2 des Vorschlags von *Schirach* brächte mit seinem Recht auf digitale Selbstbestimmung bzw dem Verbot von Ausforschung oder Manipulation des Menschen keine neuen Ideen in das bestehende System der GRC ein. Insgesamt sind die Antworten auf die komplexen Fragen, die die Freiheits- und Gleichheitsgefahren moderner digitaler Technologien aufwerfen, nach wie vor besser auf der Sekundärrechtsebene des Unionsrechts aufgehoben, weil sie dort detaillierter ausfallen, zugleich aber auch leichter angepasst werden können und entgegenstehendem nationalen (Verfassungs-) Recht im Kollisionsfall dennoch vorgehen,⁶⁷ also eine (schädliche) Fragmentierung des digitalen Binnenmarkts der EU verhindern.

Dr. Matthias Zußner arbeitet als Universitätsassistent an der Karl-Franzens-Universität Graz; matthias.zussner@uni-graz.at

62 Art 5 Abs 1 lit a und b AI Act.

63 Art 15 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 2022/277, 1 (kurz: DSA).

64 Art 15 DSA.

65 Art 15 DSA.

66 Art 26 und 27 DSA.

67 Zum Anwendungsvorrang von EU-Sekundärrecht nur *Klamert*, EU-Recht³ (2021) Rz 395 ff, 411 ff.

Artikel 3 – Künstliche Intelligenz

Das Recht auf fairen und transparenten Umgang mit Algorithmen im digitalen Zeitalter

Daniela Gschwindt / Corinna Potocnik-Manzouri

1. Ein europäisches Grundrecht zur Regelung künstlicher Intelligenz?

Künstliche Intelligenz (KI) und neue digitale Technologien durchdringen zunehmend alle Bereiche unseres Lebens und können vielfältig genutzt werden. Eine klare Trennung zwischen der „Online“- und der „Offline“-Welt ist heute kaum noch möglich. Dies bringt eine Reihe von Herausforderungen mit sich, um die Wahrung der Grundrechte in einem sich rasch verändernden digitalen Umfeld zu gewährleisten.

Der von *Ferdinand von Schirach* vorgeschlagene Art 3 fordert: „Jeder Mensch hat das Recht, dass ihn belastende Algorithmen transparent, überprüfbar und fair sind. Wesentliche Entscheidungen muss ein Mensch treffen.“ Ziel ist es, eine Regelung für die Koexistenz mit intelligenten Maschinen auf grundrechtlicher Ebene zu finden.

Obwohl jede eindeutige Handlungsvorschrift zur Problemlösung unter den Begriff „Algorithmus“ fällt, richtet sich der Artikel in erster Linie gegen Algorithmen mit einem gewissen Komplexitätsgrad (durch den Einsatz künstlicher Intelligenz), die den Menschen (potenziell) mittelbar oder unmittelbar belasten. Dementsprechend sind vor allem die Technik des maschinellen Lernens und somit selbstlernende Programme erfasst. Satz 1 verlangt die Einhaltung von drei Kriterien: Algorithmen müssen transparent, überprüfbar und fair sein. Die Forderung nach Transparenz legt nahe, dass eingesetzte Algorithmen und Codes veröffentlicht werden müssen, wenn die Verwendung von KI negative Folgen für die Menschen hat. Zudem sollen Algorithmen überprüfbar bzw die Entscheidungskriterien und -gewichtung nachvollziehbar sein. Dazu gehört die Möglichkeit, automatische Entscheidungen durch einen Menschen überprüfen zu können. Schließlich müssen Algorithmen auch insofern fair sein, als dass sie möglichst wenig Fehltreffer produzieren und ausschließlich mit nichtdiskriminierenden Daten trainiert und gefüttert werden. Darüber hinaus verlangt Satz 2, dass alle wesentlichen Entscheidungen von einem Menschen getroffen werden müssen. Diese betreffen vor allem Eingriffe in Leib, Leben und Freiheit sowie zentrale sozialrechtliche Entscheidungen, zB über die Kostenübernahme für medizinische Behandlungen. Nach Satz 2 muss sichergestellt sein, dass ein Mensch den Entscheidungsvorschlag des Algorithmus gewissenhaft überprüft und dazu auch durch Schulung oä in der Lage ist. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Anwendungsbereich von Satz 2 nicht eröffnet ist, wenn eine überlegte Entscheidung

durch einen Menschen unmöglich wäre. Als Querschnittsgrundrecht formuliert, soll Art 3 einen Maßstab für Gerichte, Gesetzgeber und Regierungen darstellen.¹

2. Dynamische Technologien und ihre Definitionsschwierigkeit

Algorithmen können als eine schematische, definierte Abfolge von Handlungsschritten zur Problemlösung verstanden werden.² KI ist ein Unterbegriff und Teilbereich des bestehenden Meeres an Algorithmen, das auf die Verbesserung der menschlichen Fähigkeiten durch verschiedene digitale Technologien und Prozesse abzielt.³ Die Schwierigkeit, den Begriff der KI zu erfassen, liegt darin, dass es keine allgemein anerkannte Definition dieses dynamischen Begriffs gibt, weder auf technischer noch auf rechtlicher Ebene. Je nach Entwicklungsstand der Technologie wird er unterschiedlich weit oder eng verstanden.⁴ Die Definition von KI ist schon deshalb unzureichend, weil der einfache Begriff „Intelligenz“ nicht einheitlich definiert ist. Laut dem Duden ist Intelligenz, die „Fähigkeit [des Menschen], abstrakt und vernünftig zu denken und daraus zweckvolles Handeln abzuleiten“.⁵ Mit anderen Worten ist demnach KI die Fähigkeit eines Computersystems, Aufgaben auszuführen, die normalerweise menschliche Intelligenz erfordern, dh der Bereich der Informatik, der sich mit dem Erwerb kognitiver Fähigkeiten beschäftigt.⁶ KI kann in vorprogrammierte und adaptive Systeme eingeteilt werden: Die vorprogrammierten Systeme können entweder eine bloß entscheidungsunterstützende Funktion haben und nicht lernen oder vollständig automatisiert arbeiten. Die adaptiven Systeme können entweder vom Menschen unterstützt oder komplett autonom lernen.⁷ Auch das maschinelle Lernen fällt unter solche adaptiven Systeme von KI, indem es einem System erlaubt, aus Daten zu lernen und nicht durch Programmierung.⁸ Um von Intelligenz sprechen zu können, muss ein System daher in der Lage sein, in einer sich verändernden Umgebung zu lernen. Gelingt dem System diese Anpassung, so müssen Entwickler:innen nicht jede Situation und Lösung vorhersehen bzw bereitstellen.⁹

Aus Sicht des von *Schirach* geforderten Grundrechts ist es zwingend erforderlich, die Definition von KI so weit und umfassend wie möglich zu formulieren, um ein möglichst

1 *Kersten*, Kommentare zu Ferdinand von Schirachs „Jeder Mensch“ (2021) 15–16, https://jeder-mensch.eu/media/site/1bb7b8efe0-1653028078/schirach_jeder_mensch_kommentare-4.pdf (22.8.2022).

2 *Klemenjak/Pirker*, Algorithmen und richterliche Entscheidungsfindung – Gratwanderung für die Gewährung von Artikel 6 EMRK?, *ELSA Austria Law Review* 2021, 46.

3 *Raso/Hilligoss/Krishnamurthy/Bavitz/Kim*, Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks, Berkman Klein Center Research Publication No 2018-6.

4 *Paar*, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Justiz, eine Bestandsaufnahme, *ÖJZ* 2021, 2013.

5 Duden (2020), „Intelligenz“, www.duden.de/rechtschreibung/Intelligenz (22.8.2022).

6 Vgl *Heinrichs/Heinrichs/Rüther*, Künstliche Intelligenz, in *Birnbacher/Stekeler-Weithofer/Tetens*, Grundthemen Philosophie (2022) 16 ff.

7 *Bünte*, Künstliche Intelligenz – die Zukunft des Marketing (2018) 5.

8 *Humm/Buxmann/Schmidt*, Grundlagen und Anwendungen von KI, in *Gethmann/Buxmann/Distelrath/Humm/Lingner/Nitsch/Schmidt/Spiecker*, Künstliche Intelligenz in der Forschung (2022).

9 *Alpaydin*, Maschinelles Lernen³ (2022) 3.

breites Spektrum an komplexen, selbstlernenden Technologien abzudecken. Diesem Ansatz folgt auch die Europäische Kommission (EK) in ihrem Entwurf des Artificial Intelligence Act (AI Act).¹⁰ Für die Zwecke des hier gegenständlichen Art 3 soll die weit gefasste Definition von KI ebenfalls befolgt werden: Unter KI ist demnach jede Anwendung zu verstehen, die ein bestimmtes Problem oder eine bestimmte Aufgabe mit Hilfe einer breiten Palette von Methoden löst und somit einen gewissen Grad an Intelligenz aufweist.¹¹ Darunter versteht man ein System mit intelligentem Verhalten, das seine Umgebung analysiert und autonom handelt, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Der Mehrwert einer Definition, die sich auf die Autonomie von Systemen konzentriert, besteht darin, dass sie eine der wichtigsten Herausforderungen hervorhebt, die KI-Systeme mit sich bringen und für die das maschinelle Lernen ein Bsp ist.¹² Auch wenn es zum jetzigen Zeitpunkt keine klare Definition gibt, ist es offensichtlich, dass ein Grundrecht auf faire und transparente Algorithmen schützenswert und notwendig wäre.

3. Potenziale und Risiken von KI

Neben dem rasanten Trend der Digitalisierung ist in den letzten Jahren auch die Vernetzung digitaler Daten immer weiter fortgeschritten. Der Alltag wird immer smarter, die Sensoren und Kameras unserer Geräte sammeln unentwegt Daten. Die kognitiven Fähigkeiten algorithmischer Klassifizierungen nutzt jede:r, die:der zB Gesundheitsdaten auf einer Fitnessuhr aufzeichnet, sich von Navigationsgeräten die schnellste Route berechnen lässt oder per App sein Licht ausschaltet. Die Erfassung der Daten erfolgt nicht durch eine gesonderte Eingabe, sondern automatisiert und in Echtzeit.¹³ Dies führt dazu, dass immer mehr selbstlernende Produkte entstehen, die miteinander vernetzt sind und selbstständig arbeiten.

Einerseits birgt der Einsatz moderner Technologien ein großes Potenzial: Durch Digitalisierung, Automatisierung und den Einsatz von KI können Dienstleistungen in einem ganz anderen Ausmaß, viel effizienter, schneller und kostengünstiger angeboten werden, als es für einen Menschen jemals möglich wäre. Krankheitsverläufe können schneller erkannt und behandelt, Freund:innen oder Fernsehsendungen können gefunden aber auch Betrugsfälle bei Finanztransaktionen aufgedeckt werden.

Ein prominentes Bsp im Gesundheitsbereich ist *Watson for Oncology* von IBM, ein Entscheidungshilfesystem, das mittels KI die beste Krebsbehandlung empfiehlt. Ziel war es, das Gesundheitswesen in vielerlei Hinsicht zu verändern, indem Onkolog:innen Einblicke in die Behandlung von Krebspatient:innen und Pharmaunternehmen

10 Mitteilung der Kommission, Künstliche Intelligenz für Europa, COM(2018) 237 final, 1.

11 Vorschlag für eine VO zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz, COM(2021) 206 final, Art 3 Abs 1; *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines (2019) 6.

12 S auch *Herboshch*, The Diligent Use of AI Systems: A Risk Worth Taking?, *EuCML* 2022, 14.

13 *Klaushofer*, Die menschenrechtliche Dimension Künstlicher Intelligenz, *ZÖR* 2019, 402.

Einblicke in die Entwicklung von Arzneimitteln gewährt werden, nach Kandidat:innen für klinische Studien gesucht wird und vieles mehr.¹⁴ Der sinnvolle Einsatz von KI hat das Potenzial, das Leben der Menschen zu verbessern und zu vereinfachen. Es ist klar, dass KI die Zukunft prägen und in allen Lebensbereichen eingesetzt werden wird. Industrie 4.0 ist iZm KI schon seit einiger Zeit in aller Munde.¹⁵ Neuen Prognosen zufolge soll das weltweite Marktvolumen von KI im Jahr 2022 ca 432 Mrd US-Dollar erreichen.¹⁶

Andererseits gibt es konkrete Bedenken und Risiken: Die Systeme arbeiten mit Datensätzen, sogenannten Trainingsdaten, weshalb die erzielten Ergebnisse stark von der Art und Qualität der Daten abhängen. Die Verwendung ungeeigneter Daten oder Daten von schlechter Qualität¹⁷ kann zu diskriminierenden und ungerechten Auswirkungen und letztlich Fehlentscheidungen führen.¹⁸ Selbst bei anonymen Daten (dh ohne Angaben zum Geschlecht usw) können bestimmte Informationen auf bestimmte Merkmale hindeuten und so zu Diskriminierung führen. Ein Bsp für solche missglückten Lernprozesse ist Microsofts Chatbot *Tay*, ein selbstlernendes Chatprogramm, das in kürzester Zeit Rassismus und Antisemitismus lernte und daraufhin Hassbotschaften auf der Mikrobloggingplattform Twitter produzierte.¹⁹

Auch in der Justiz und der Verwaltung findet KI zunehmend Anwendung: Während man in Österreich KI bisweilen nur zu administrativen Hilfstätigkeiten einsetzt, kennt Deutschland in gewissem Ausmaß vollautomatisierte Verwaltungsentscheidungen und China bereits gänzlich von KI entschiedene Rechtsstreitigkeiten.²⁰ Sämtliche Entwicklungen werden mit gewisser Skepsis betreffend die „Richtigkeit“ der Entscheidungen der KI beobachtet.²¹ Während es unmöglich ist, fehlerhafte KI auszuschließen, gilt dies auch für menschliche Leistungen. KI-Fehler sind jedoch leichter zu quantifizieren, indem das

14 Das System wies jedoch Schwächen auf und wurde scharf kritisiert, schließlich sogar tw verkauft. Dies lag nicht zuletzt daran, dass das Krebsdiagnostool nicht mit realen Patient:innendaten trainiert wurde, sondern mit hypothetischen Fällen einer kleinen Gruppe von Ärzt:innen, s zB *O'Leary*, How IBM's Watson Went From the Future of Health Care to Sold Off for Parts, *Slate* 2022, <https://slate.com/technology/2022/01/ibm-watson-health-failure-artificial-intelligence.html> (22.8.2022); *Konam*, Where did IBM go wrong with Watson Health? *Quartz* 2022, <https://qz.com/2129025/where-did-ibm-go-wrong-with-watson-health/> (22.8.2022).

15 S zB *Staudacher*, Was heißt eigentlich...? Industrie 4.0, *Kurier* v 4.7.2015, <https://kurier.at/wirtschaft/was-heisst-eigentlich-industrie-4-0/139.626.631> (22.8.2022).

16 *Statista Research Department*, Umsatz im Bereich Künstliche Intelligenz weltweit bis 2024, *Statista* 2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1211850/umfrage/umsatz-im-bereich-kuenstliche-intelligenz-weltweit> (22.8.2022).

17 „Schlechte“ Daten sind grundsätzlich solche, die falsch, veraltet, redundant, unsachgemäß formatiert und/oder unvollständig sind; siehe *Albuero De Luna*, *Principles of Big Data* (2020) 40.

18 *Klaushofer*, *ZÖR* 2019, 408 f.

19 *Krotz*, Die Begegnung von Mensch und Roboter. Überlegungen zu ethischen Fragen aus der Perspektive des Mediatierungsansatzes, in *Rath/Krotz/Karmasin*, *Maschinenethik: Normative Grenzen autonomer Systeme* (2019) 26; *Saurwein*, *Automatisierung, Algorithmen, Accountability. Eine Governance Perspektive*, in *Rath/Krotz/Karmasin* 42.

20 *Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste, Künstliche Intelligenz in der Justiz: Internationaler Überblick, www.bundestag.de/resource/blob/832204/6813d064fab52e9b6d54cbbf5319cea3/WD-7-017-21-pdf-data.pdf, 5 ff (22.8.2022).

21 *Deutscher Bundestag*, *Künstliche Intelligenz*, 4 f.

eingesetzte System in einer großen Anzahl von Versuchen getestet wird. Vor allem klassifikationsorientierte Systeme können somit optimiert werden.²²

Je mehr sich unsere Gesellschaft auf die Big-Data-Welt und das Internet der Dinge verlässt, desto abhängiger wird sie von autonom handelnden Geräten und sieht sich gleichzeitig mit fundamentalen ethischen Fragen konfrontiert: Sollen etwa lenkerlose, Algorithmen-gesteuerte Fahrzeuge im Extremfall über Leben und Tod entscheiden dürfen? Und wenn ja, anhand welcher vorab definierten und dem System beigebrachten Kriterien?²³

4. Aktueller Schutz durch bestehende Grundrechte

Vor diesem Hintergrund kann nicht bezweifelt werden, dass wir gezwungen sind, uns auch auf rechtlicher Ebene mit KI auseinanderzusetzen. Allerdings fehlen auf der hier interessierenden unionsrechtlichen Ebene – und soweit ersichtlich auf völkerrechtlicher Ebene oder Ebene der MS – dezidierte, auf KI fokussierte Grundrechte vollständig.

Um dennoch einen Schutzstandard gewährleisten zu können, ziehen Judikatur und Literatur bisweilen bestehende Grundrechte heran und versuchen diese für KI bzw Algorithmen brauchbar zu machen. Dies baut auf der Prämisse auf, dass Grund- und Menschenrechte für sämtliche Lebensbereiche gleichermaßen gültig sind und damit grundsätzlich sowohl online als auch offline gelten müssen,²⁴ obgleich sie nicht mit spezifischem Blick auf KI bzw in Kenntnis künftiger Entwicklungen für solche ausgestaltet wurden.²⁵ Unbestritten ist dabei, dass der Einsatz von KI potentiell eine ganze Reihe von Grundrechten tangieren oder sogar verletzen kann. Dies beginnt bei ganz fundamentalen Rechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art 2 und 3 GRC), wenn man mit der Frage konfrontiert wird, wie ein autonomes Fahrsystem in einer Extremsituation entscheiden soll.²⁶ Oder dem Recht auf Freiheit (Art 6 GRC) bzw justizielle Rechte (Art 47 ff GRC), wenn KI Rechtsstreitigkeiten entscheiden darf,²⁷ um nur ein paar Bsp zu nennen. Doch auch der Gleichheitsgrundsatz (Art 20 GRC) bzw das Recht auf Nichtdiskriminierung (Art 21 GRC) sind heranzuziehen, wenn durch KI getroffene Entscheidungen im Verdacht stehen, diskriminierend zu sein; sei es bei der Vermittlung auf dem Arbeitsmarkt, weil bestimmte Merkmale (wie das Geschlecht) ungerechtfertigter Weise ungleich

²² S näher *Herbosch*, EuCML 2022, 16 f.

²³ *Eisenberger*, Das Trolley-Problem im Spannungsfeld autonomer Fahrzeuge: Lösungsstrategien grundrechtlich betrachtet, in *Eisenberger/Lachmayer/Eisenberger*, Autonomes Fahren und Recht (2017) 92.

²⁴ Umfassend zu bestehenden Rechtsinstrumenten *Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)*, Feasibility Study 17.12.2020, <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-1680a0c6da> (22.8.2022).

²⁵ So zB GA *Sharpston*, SA v 15.10.2009 zu C-28/08P, *Kommission/The Bavarian Lager Co Ltd*, ECLI:EU:C:2009:624, Rn 146 mwN.

²⁶ Vgl im Detail *Eisenberger*, Trolley-Problem 102 ff.

²⁷ Vgl zB *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, in *ÖJT* (Hrsg), *ÖJT* 2022, Band I/1: Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, 73; *Jiang*, Automatisierte Entscheidungsfindung, Strafjustiz und Regulierung von Algorithmen. Ein Kommentar zum Fall „State v. Loomis“, in *Beck/Kusche/Valerius*, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht (2020) 557 (560); *Lopez*, Artificial Intelligence und die normative Kraft des Faktischen, MR 2021, 42 (47).

gewichtet werden²⁸ oder der Berechnung der Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftäter:innen mit rassendiskriminierender Tendenz.²⁹

Weiterer Anknüpfungspunkt ist die Sammlung von Daten der Nutzer:innen, die diese als Gegenleistung für die Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen mehr oder weniger bewusst preisgeben. Die Daten werden entsprechend aufbereitet und von KI verwendet und verwertet.³⁰ Hier wird sowohl das Recht auf Datenschutz als auch das Recht auf Achtung der Privatsphäre berührt (Art 7 und 8 GRC), die ua den Schutz vor ausufernder Datensammlung und diskriminierender Verwertung der Daten gewährleisten sollen.³¹ Dies hat in der Vergangenheit auch bereits die Justiz auf verschiedenen Ebenen beschäftigt, prominent etwa in den Niederlanden, wo das staatliche Risikoprofilsystem *SyRI* als mit dem bestehenden Grundrechtsschutz unvereinbar eingestuft wurde.³²

Ein weitreichenderer, weit philosophischerer Anhaltspunkt kann bei *Nettesheim* gefunden werden, der argumentiert, dass die Menschenwürde (Art 1 GRC) quasi als Grundrecht hinter allen Grundrechten als eine Art Fangnetz dient. Mit der Konsequenz, dass sämtliche Vorgänge, die komplett ohne menschliches Zutun auskommen, bereits *per se* potenziell gegen sie verstoßen.³³

Doch auch zB in Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht wird der Einsatz von Algorithmen diskutiert. Bisher rechtlich ungelöste Fragen stellen sich dabei insb dort, wo ein (selbstlernender) Algorithmus inkriminierende Handlungen setzt und sich die Frage stellt, inwiefern Unternehmen, die sich solcher Algorithmen bedienen oder sie programmieren, haftbar gemacht werden können. IdZ wurde sodann auch der Ruf nach einer Transparentmachung zugrundeliegender KI bzw Algorithmen laut.³⁴

Echte Pionierarbeit hat die EK mit ihrem vorgeschlagenen AI Act geleistet. Dieser VO-Vorschlag stellt erstmalig einen Versuch dar, den Umgang mit KI auf sekundärrechtlicher Ebene umfassend zu kodifizieren und einen Umgang mit verschiedenen (Risiko-)Kategorien von KI im Allgemeinen, Vorgaben für Transparenz, Zulassung etc zu regulieren.³⁵

28 *Holoubek*, Grundrechtsschutz 78.

29 *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz (2019) 55–58.

30 *Berberich/Conrad*, Plattformen und KI, in *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter*, Künstliche Intelligenz und Robotik (2020) 930.

31 *Holoubek*, Grundrechtsschutz 76.

32 Das niederländische Gericht stützte sich dabei allerdings auf Art 8 EMRK, wobei nach Art 52 Abs 3 GRC ein (zumindest) gleichwertiger Schutz auch aus der GRC ableitbar sein muss; Rechtbank Den Haag 5.2.2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865; dazu zB *Van Bekkum/Borgesius*, Digital welfare fraud detection and the Dutch *SyRI* judgement, *European Journal of Social Security* 2021, 323; stellvertretend auf europäischer Ebene zB EuGH 29.7.2019, C-40/17, *Fashion ID*, ECLI:EU:C:2019:629, Rn 50 ff.

33 *Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, *AöR* 2005, 113.

34 So zB EuGH 21.1.2016, C-74/14, *Euras*, ECLI:EU:C:2016:42; EuG 12.5.2021, T-816/17 und T-318/18, *Luxemburg/Amazon*, ECLI:EU:T:2021:252; EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289; zu Urteilen anderer Gerichte vgl das Sondergutachten 68 der deutschen Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 98 ff, www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (22.8.2022).

35 *Linardatos*, Auf dem Weg zu einer europäischen KI-Verordnung – ein (kritischer) Blick auf den aktuellen Kommissionsentwurf, *GPR* 2022, 58 (58 ff).

Ergänzend steht innerhalb der EU die DSGVO³⁶ zur Verfügung, die ebenfalls auf sekundärrechtlicher Ebene sowohl Pflichten bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten als auch Rechte der Betroffenen bei der Nutzung von Daten normiert. Konkret untersagt Art 22 DSGVO etwa auch eine ausschließlich auf automatisierte Verarbeitung zurückgehende Entscheidung, wenn diese für die betroffene Person rechtlich erheblich ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Die Erwägungsgründe führen dazu als Bsp an, dass ein Online-Kredit Antrag oder Online-Einstellungsverfahren nicht ohne jedes menschliche Eingreifen automatisch abgelehnt werden dürfe.³⁷ Das automatisierte Verfahren darf demnach nur vorbereitend oder unterstützend herangezogen werden.³⁸ Daneben feiern ethische Leitlinien für den Umgang und Einsatz von KI Hochkonjunktur³⁹ und entstehen aktuell sowohl auf Ebene internationaler als auch nationaler Organisationen und Institutionen als auch von Unternehmen selbst ausgehend.⁴⁰

5. Notwendigkeit eines eigenen Grundrechts

Wie oben dargestellt, bietet sich eine Fülle bestehender Grundrechte sowie vermehrt Sekundärrecht an, um sich als Betroffene:r gegen einen (bestimmten) Einsatz von KI zur Wehr zu setzen. Man kann daher annehmen, dass ein ausreichender grundrechtlicher Schutz besteht und neue Technologien schlichtweg keine neuen Konflikte schaffen, sondern sie lediglich in einen neuen Kontext stellen bzw zusätzliche Risiken entstehen lassen.⁴¹ Auch die Rsp zeigt sich bislang offen bei der Anwendung bestehender Grundrechte auf Sachverhalte iVm neuen Technologien.⁴²

Demgegenüber finden sich Kritiker:innen, die den derzeitigen Grundrechtsschutz für unzureichend erachten und Vorstöße zur Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes. Zu diesen Vertreter:innen zählt nicht nur *Schirach*, dessen Vorschläge hier diskutiert werden. Vielmehr werden bereits seit einigen Jahren Ideen öffentlich präsentiert, die einen wei-

36 VO 2016/679 des EP und des Rates v 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zu Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl L 2016/119, 1 (DSGVO).

37 EG 71 DSGVO.

38 *Franzen in Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ (2022), EU (VO) 2016/679 Art 22, Rn 1.

39 Vgl dazu zB *Möslein*, Die normative Kraft des Ethischen: Ein Fallbeispiel zur Effektivität von Leitlinien für Künstliche Intelligenz, RD*i* 2020, 34.

40 Vgl zB *OECD*, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#:~:text=The%20OECD%20Recommendation%20on%20AI,governments%20in%20their%20implementation%20efforts;High-Level%20Expert%20Group%20on%20Artificial%20Intelligence>, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>; *Bundesverband Digitale Wirtschaft*, Acht Leitlinien für künstliche Intelligenz, https://www.bvdw.org/fileadmin/bvdw/upload/publikationen/KI/RZ_BVDW_KI_8Prinzipien_ES_20190122.pdf; aber auch zB *Google*, AI at Google, our principles, <https://www.blog.google/technology/ai/ai-principles/> (22.8.2022).

41 Vgl zB *Algorithmwatch*, Es gibt keine digitalen Grundrechte, <https://algorithmwatch.org/de/es-gibt-keine-digitalen-grundrechte> (22.8.2022).

42 Vgl nur beispielhaft Rechtbank Den Haag 5.2.2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

tergehenden grundrechtlichen Schutz in der digitalen Welt anregen möchten.⁴³ Solche Vorschläge gründen oftmals auf Verunsicherung der Menschen durch neue Innovationen und zunehmende Digitalisierung und forcieren mitunter ein zweifelhaftes Freund-Feind-Denken in Bezug auf neue Technologien.⁴⁴ Daneben finden sich jedoch, insb auf Ebene des Europarats, sehr konkrete und auf Expert:inneneinschätzungen basierende Vorschläge zum Umgang mit KI, die nicht nur eine umfassende Regulierung von AI anstreben, sondern insb dafür eintreten, dass der Einsatz von KI jederzeit mit bestehenden Grundrechten und dem dahinterstehenden Menschenbild sowie Demokratieverständnis vereinbar sein muss.⁴⁵ Die Vorarbeiten zu solchen Regulierungsversuchen identifizieren zudem konkrete Lücken im aktuellen Grundrechtsschutz (auch) iZm dem Unionsrecht.⁴⁶ So bestehen nach wie vor Sachverhalte, die durch das enge Netz der bestehenden (bzw avisierten) Sekundärrechtsakte fallen und durch die GRC im Lichte ihrer aktuellen Auslegung durch die Rsp auch nicht aufgefangen würden. Zu denken ist dabei zB an solche verarbeitete Daten, die nicht personenbezogen iSd DSGVO sind (weil sie sich nicht auf eine identifizierbare oder identifizierte Person beziehen) und daher bspw auch nicht von einer vollautomatisierten Verarbeitung (ohne menschliche Kontrolle) ausgenommen wären. Würde also etwa eine Person, in diesem Fall ein:e Einzelunternehmer:in, auf Basis ihrer Firmenbuchnummer (und damit einem nicht personenbezogenen Datum) diskriminiert, so wäre sie wieder auf den allgemeinen Diskriminierungsschutz zu verweisen, der derlei konkrete Aussagen zB zu automatisierten Verarbeitungen nicht kennt und damit der Unsicherheit in der Interpretation durch die Gerichte unterliegt.⁴⁷ Auch andere Rechte lassen sich zumindest aus den bestehenden Rechten der GRC – nach aktueller Rsp – nicht ableiten. Dies betrifft bspw die (nach Art 15 Abs 1 lit h DSGVO für bestimmte Fälle bei personenbezogenen Daten wohl vorgesehene⁴⁸) Offenlegung des statistischen Outputs zwischen verschiedenen geschützten Gruppen, um zB eine Score-Verteilung zwischen Männern und Frauen nachvollziehen zu können und damit den Betroffenen eine Überprüfung zu erlauben, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung und in weiterer Folge Diskriminierung vorliegt.⁴⁹ Ein Sachverhalt, der nicht unter den Anwendungsbereich des Sekundärrechts fällt, profitiert daher im Umkehrschluss auch nicht von sämtlichen darin normierten Garantien.

43 Prominent zB die Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union aus 2016, www.zeit-stiftung.de/fi/Digital_Charta_371x528_RZ%20%281%29.pdf (22.8.2022).

44 Vgl *Algorithmwatch*, Grundrechte.

45 *Algorithmwatch*, Joint Statement on the Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI) in the Council of Europe, <https://algorithmwatch.org/en/joint-statement-cahai/> (22.8.2022).

46 CAHAI, Feasibility Study 2 ff; *Borgesius*, Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making, <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73> (22.8.2022).

47 *Europäische Kommission*, Was sind personenbezogene Daten?, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_de (8.9.2022); *Borgesius*, Discrimination.

48 So *Hacker*, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2020, 2141 (2144 mwN).

49 *Hacker*, NJW 2020, 2144.

Auch der AI Act schützt nicht allumfassend. So bleiben zB nach aktuellem Stand bestimmte Sozialpunktescores innerhalb eines sozialen Kontexts zulässig⁵⁰ und ist dahingehend ein echter Auskunftsanspruch seitens der Betroffenen nicht vorgesehen.⁵¹ Ebensovienig eignen sich die vielfach entstandenen ethischen Leitlinien, um hier echte Abhilfe zu schaffen: Diese stellen eine Selbstverpflichtung der Teilnehmer:innen dar, jedoch ohne darüber hinaus Bindungswirkung zu entfalten.⁵² Anderes könnte argumentierbar nur dort gelten, wo sie bestehendes Recht lediglich konkretisieren.⁵³ Festzuhalten ist damit, dass sich aktuell zumindest punktuell Lücken finden lassen, die keiner (spezifischen) Regelung unterfallen. Damit stellt sich die Frage nach dem Umgang mit diesen Lücken. Einerseits kann vorgebracht werden, dass angesichts der bisherigen Erfahrungen auch in dem Zusammenhang auf die Rsp und ihre Funktion als Lückenfüller vertraut werden kann. Zudem ist, wie ausgeführt, immer mehr Sekundärrecht entweder bereits in Kraft oder wird aktuell verhandelt, das derartige Lücken schließen wird können. Alternativ kann – wie es ua *Schirach* vorschlägt – über ein echtes Grundrecht nachgedacht werden, das diese Lücken zu schließen vermag. Damit einher ginge eine Verankerung auf der Primärrechtsebene, das auch den Maßstab für die Gültigkeit von Sekundärrecht darstellt. Das bedeutet, dass sich der Gesetzgeber sowie der Vollzug ua an diesem neuen Grundrecht messen lassen müsste, um Gültigkeit beanspruchen zu können. Zudem eröffnet ein Grundrecht den Rechtsunterworfenen ein zusätzliches gerichtlich durchsetzbares subjektives Recht und bedeutet potenziell mehr Rechtssicherheit. Die Aufnahme in den Grundrechtskatalog ist aber vielmehr: Damit einher geht das Bekenntnis zu einem Wertekanon, den eine Gesellschaft durch ua ihre Grundrechte zum Ausdruck bringt. In dem konkreten Fall ist damit eine grundsätzliche Positionierung gegenüber KI verbunden: Möchte man den Einsatz von KI und (möglichweise auch zukünftige Innovation) – auch auf grundrechtlicher Ebene – determinieren oder vertraut man darauf, dass das aktuelle Rechtssystem gut genug gerüstet ist, um mit künftigen (unvorhersehbaren?) Entwicklungen umzugehen. Die EU müsste also unter Beweis stellen, dass sie den Spagat zwischen Regulierung iSe humanistischen Zugangs zu KI und gleichzeitig keiner Hemmung von Innovation, um wettbewerbsfähig zu bleiben, vollbringen kann.⁵⁴ Rein legislativ bedeutet die Ergänzung des Grundrechtskatalogs selbstverständlich auch ein Öffnen desselben und damit eine schwierige und wohl langwierige Debatte über die Verträge, die der EU zugrunde liegen.⁵⁵

50 *Linardatos*, KI-Verordnung, 61.

51 *Hacker*, NJW 2020, 2144.

52 *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, Ethik-Leitlinien, zB Rz 39.

53 *Möslein*, RD 2020, 41.

54 *Wudel/Schulz*, Der Artificial Intelligence Act – eine Praxisanalyse am Beispiel von Gesichtserkennungssoftware, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik 2022, 588.

55 *Sebl*, „Wir brauchen einen ‚Menschenvorbehalt‘“, Interview mit Ex-BVerfG-Vizepräsident Kirchhof zu Algorithmen, LTO 13.12.2019, www.lto.de/recht/hintergruende/h/interview-ferdinand-kirchhof-bverfg-digitalisierung-gg-algorithmen-art-10/ (22.8.2022).

6. Vorschlag eines eigenen Grundrechts

Befürwortet man trotz aller Widrigkeiten die Notwendigkeit eines eigenen KI-Grundrechts, so muss man sich noch mit dessen konkreter Ausgestaltung auseinandersetzen. Jedenfalls bietet die GRC nicht den Rechtsrahmen für ein Jedermannsrecht iSe Rechts, das auch außerhalb der EU Anspruch behaupten könnte. Denkbar wäre jedoch, den Anwendungsbereich eines potenziellen Grundrechts parallel zu demjenigen des aktuellen Vorschlags zum AI Act zu definieren. Demnach würde an das Inverkehrbringen oder den Betrieb von KI innerhalb der EU, an Nutzer:innen von KI oder an die Verwendung von Ergebnissen innerhalb der EU angeknüpft.⁵⁶

Weiters ist zu bedenken, dass Grundrechte grundsätzlich als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert wurden und daher Private primär nicht in die Pflicht nehmen. Es ist jedoch im Lichte der aktuellen Rsp des EuGH davon auszugehen, dass eine Drittwirkung auch in Zukunft bejaht werden würde, sofern von einer ähnlichen Risikosituation, in der Private großen „KI-Unternehmen“ gegenüberstehen, ausgegangen werden kann.⁵⁷ In legistischer Hinsicht scheint es zudem geboten, dass das Recht als subjektives Recht und nicht als bloßer Grundsatz ausformuliert ist, um die entsprechende Durchsetzbarkeit zu gewährleisten.

Interessant ist in dem Zusammenhang, dass der Vorschlag von *Schirach* damit bspw von den Empfehlungen der von der EK eingesetzten hochrangigen Expertengruppe für KI abweicht, die ihrerseits sieben Schlüsselkriterien für KI identifiziert.⁵⁸ So fehlen etwa Kriterien der technischen Robustheit und Sicherheit, Schutz der Privatsphäre und Datenqualitätsmanagement, gesellschaftliches und ökologisches Wohlergehen sowie Rechenschaftspflicht. Über die Beweggründe der Selektivität des vorliegenden Artikels kann nur gemutmaßt werden. Es wäre im Sinne eines umfassenden Grundrechtsschutzes aber zu überlegen, dass auch derartige Kriterien in das vorgeschlagene Grundrecht Eingang finden müssten bzw die Begrifflichkeiten derart weit zu interpretieren wären, dass sie auch derlei abbilden können.

Zentral wäre, dass die KI bestimmte Merkmale aufweisen müsste. In erster Linie sollten KI und ihre Algorithmen fair und nicht-diskriminierend sein, also Diskriminierung ausgeschlossen werden. Um diese Anforderung erfüllen zu können, ist eine hohe Qualität der verwendeten Trainingsdaten unerlässlich. Darüber hinaus müsste die KI trotz einer gewissen Autonomie, die ihr zugestanden wird, für Menschen steuerbar bleiben. Dies geht Hand in Hand mit der Forderung nach Transparenz und Rückverfolgbarkeit iSe echten Offenlegung der zugrundeliegenden Algorithmen, der eingespeisten Daten usw. Entwicklungsprozesse und Wirkungsweisen müssen nachvollziehbar und transparent

⁵⁶ Art 2 Abs 1 AI Act.

⁵⁷ Vgl zB *Kopetzki*, Das Grundrecht auf Jahresurlaub: Neues zur Charta und ihrer Drittwirkung, *ecolx* 2019, 97; *Streinz/Michl*, Die Drittwirkung des europäischen Datenschutzgrundrechts (Art 8 GRCh) im deutschen Privatrecht, *EuZW* 2011, 387.

⁵⁸ Nachzulesen zB unter <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html> (22.8.2022).

dargestellt werden, so dass die Faktoren zur Entscheidungsfindung für den Menschen nachvollziehbar und die Ergebnisse reproduzierbar sind. Außerdem muss KI zuverlässig sein. Dazu gehören ua eine gewisse technische Qualität mit korrekter Ausgabe, ein reibungsloses Funktionieren auch bei kleinen Störungen, ein geeigneter Umgang mit und Berücksichtigung von technischer und digitaler Dynamik und statistisch repräsentative Testdaten. Vor allem aber müssen Algorithmen sicher sein. Ihr Einsatz darf nicht zu Zuständen führen, in denen Leben, Gesundheit, Eigentum oder die Umwelt gefährdet sind. Unerwünschte externe Einflüsse auf das System durch Menschen oder Maschinen müssen vermieden werden. Dazu gehört auch die Datenschutzfreundlichkeit der Systeme.⁵⁹

7. Fazit

Der Vorschlag von *Schirach* zu einem Grundrecht, das KI reguliert, trifft einen Zahn der Zeit: Während der smarte Alltag nicht mehr wegzudenken ist, nähren sich Ängste über Zukunftspotenziale von KI und den Umgang mit vermeintlichen Blackboxes, also KI-Systemen, deren Eingaben und Operationen für Benutzer:innen nicht ersichtlich und nachvollziehbar, also intransparent, sind.

Das bestehende Rechtssystem ist sowohl auf grundrechtlicher Ebene als auch auf Sekundärrechtsebene umfassend mit Regelungsinstrumenten ausgestattet, die es Einzelnen erlauben, ihre Rechte im Umgang mit KI zu wahren. Nichtsdestotrotz bestehen aktuell Regelungslücken, die eine Gesellschaft mit der Frage konfrontieren, ob sie diese hinnehmen bzw auf zukünftige (sekundärrechtliche?) Regulierung bzw Rsp vertrauen kann oder den Grundrechtskatalog ergänzen sollte, um Fairness, Transparenz und Überprüfbarkeit von KI jedenfalls und allumfassend zu gewährleisten.

Daniela Gschwindt, LL.B. LL.M. ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht der Universität Wien; daniela.gschwindt@univie.ac.at

Mag. Corinna Potocnik-Manzouri war Universitätsassistentin am Institut für Europarecht der Universität Wien und ist nun Referentin bei der Bundeswettbewerbsbehörde; corinna.potocnik@univie.ac.at

59 S v a *Poretschkin/Mock/Wrobel*, Zur systematischen Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von KI-Systemen, in *Zimmer*, Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz (2020) 181 ff; *Wahlster/Winterhalter*, Deutsche Normungsroadmap Künstliche Intelligenz, Deutsches Institut für Normung und Deutsche Kommission Elektrotechnik 2020, www.din.de/resource/blob/772438/6b5ac6680543eff9fe372603514be3e6/normungsroadmap-ki-data.pdf (22.8.2022)

Artikel 4 – Wahrheit

Ein Recht auf Wahrheit als Antwort auf „Fake News“?

Clemens Beckenberger / Paul Kerschbaummayr

1. Ein Grundrecht auf wahre Aussagen

Artikel 4 des Vorschlags *Ferdinand von Schirachs* neuer Grundrechte für Europa trägt den Titel „Wahrheit“ und lautet wie folgt:

„Jeder Mensch hat das Recht, dass Äußerungen von Amtsträgern der Wahrheit entsprechen.“¹

Das Grundrecht soll im „postfaktischen Zeitalter“² jedem Menschen das Recht auf wahrheitsgemäße Aussagen durch Amtspersonen eröffnen und damit gegen die systematische Verbreitung von Unwahrheiten wirken. Art 4 erfasst nicht nur unwahre Aussagen in Ausübung des jeweiligen Amtes, sondern alle Aussagen als Politiker:in gegenüber der Öffentlichkeit.³ Geltend machen kann das Recht „jeder Mensch“. Art 4 soll verhindern, dass Amtsträger:innen ihre Machtposition zur Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen ausnutzen.⁴ In diesem Beitrag möchten wir zunächst Ziele und Gewährleistungsumfang des Grundrechts bestimmen. Anschließend folgt eine Untersuchung, wie sich der neue Artikel in das bestehende grundrechtliche System eingliedert und wie das Grundrecht ausgestaltet werden könnte. Schließlich werden die Probleme thematisiert, die Art 4 mit sich bringt und die Frage behandelt, ob ein Individualgrundrecht geeignet ist, das Problem der systematischen Verbreitung von Unwahrheiten durch Amtspersonen zu lösen. Primär ist eine Implementierung aller neuen Grundrechte in der GRC vorgesehen, jedoch sind auch Adaptierungen im nationalen Recht in Betracht zu ziehen⁵ – und zwar vor dem Hintergrund, dass die GRC für die Organe der Union gem deren Art 51 umfassend anwendbar ist, für die MS jedoch nur bei der Durchführung von Unionsrecht.⁶

1 *Von Schirach*, Jeder Mensch (2021) 19; Anm: der Vorschlag ist nicht geschlechtergerecht formuliert.

2 Darunter ist eine Ära zu verstehen, in welcher Informationen aufgrund von emotionaler und persönlicher Überzeugung als „wahr“ akzeptiert werden, ohne diese objektiv und distanziert auf ihren Inhalt zu untersuchen, vgl bspw *Cooke*, Fake News and Alternative Facts: Information Literacy in a Post-Truth Era (2018) 2.

3 *Karpenstein in Kersten*, Zu Ferdinand von Schirachs „Jeder Mensch“ (2021) Art 4, 18 (19). Die Kommentierungen sind online verfügbar: https://jeder-mensch.eu/media/site/1bb7b8efe0-1653028078/schirach_jeder_mensch_kommentare-4.pdf (22.9.2022). Sie wurden von der Stiftung „Jeder Mensch e.V.“ herausgegeben, welche sich ua aus den Einnahmen aus dem Buchverkauf von „Jeder Mensch“ finanziert, <https://jeder-mensch.eu/de/about-us> (22.9.2022).

4 *Karpenstein in Kersten*, Art 4, 19.

5 *Kersten in Kersten*, 6 f.

6 *Ladenburger/Vondung in Stern/Sachs*, GRCh (2016) Art 51 Rz 7 f.

Da das Problem der Verbreitung unwahrer Aussagen nicht auf Unionspolitiker:innen beschränkt ist, wäre für eine umfassende Zielerreichung die Einführung eines gleichlautenden Grundrechts auf Ebene der MS vorzunehmen. Da diese mit zivil- und vor allem strafrechtlichen Regelungen ein umfassenderes Instrumentarium zur Bekämpfung von Amtslügen kennen, betrachtet der Beitrag an ausgewählten Stellen bereits vorhandene österreichische Bestimmungen zur Verhinderung unwahrer Aussagen.

1.1. Zielsetzung des Grundrechts

Art 4 ist als „Korrektiv“ für die Gefährdung der Demokratie durch die systematische Verbreitung von Unwahrheiten gedacht.⁷ Das Grundproblem ist klar: „Fake News“ erfahren aktuell via durch soziale Medien eine nie dagewesene Verbreitung. Dazu tragen insb deren Algorithmen und die Möglichkeit des kostenlosen und schnellen Teilens von Informationen aller Art bei.⁸ Schätzungen zufolge führten Falschinformationen im Jahr 2019 zu volkswirtschaftlichen Verlusten von 78 Mrd USD,⁹ verursachten in der COVID-19-Pandemie teils schwere Gesundheitsschäden¹⁰ und können nicht zuletzt die Demokratie gefährden, weil ua eine freie Wahl eine wahre Faktenbasis zur Willensbildung voraussetzt.¹¹

Das Ziel von Art 4 ist die Bekämpfung von „Postfaktizismus“ und systematischen Lügen.¹² Unter letzteren wird die systematische, also absichtliche und ganz gezielte, Verbreitung von Unwahrheiten als die „richtige Wahrheit“ unter Ausnutzung verschiedener Kommunikationsmittel (Presseansprachen, Social-Media-Kanäle, etc) verstanden. Durch deren ständige Wiederholung und das Leugnen von feststellbaren Tatsachen und wissenschaftlichen Erkenntnissen wird eine parallele Realität geschaffen.¹³ Fakten, die der eigenen Position schaden könnten, werden ignoriert, verfälscht oder umgedeutet.¹⁴ Mit Art 4 soll via die Verbreitung solcher Lügen durch Spitzenpolitiker:innen in der Exekutive verhindert werden.¹⁵ Der Begriff des „Amtsträgers“ kann extensiver ausgelegt werden; die Kommentierungen und Zielrichtung von Art 4 sprechen jedoch für eine Einschränkung

7 Karpenstein in Kersten, Art 4, 18 f.

8 Dazu allgemein: Schmid/Stock/Walter, Der strategische Einsatz von Fake News zur Propaganda im Wahlkampf, in *Sachs-Hombach/Zywietz*, Fake News, Hashtags & Social Bots (2018) 69 (74); Holznel, Phänomen „Fake News“ – Was ist zu tun?, MMR 2018, 18 (19); Pabel, Internet und Kommunikationsfreiheit im Lichte der EMRK, JRP 2020, 101 (103).

9 Vgl *University of Baltimore*, The economic cost of bad actors on the internet, <https://s3.amazonaws.com/media.mediapost.com/uploads/EconomicCostOfFakeNews.pdf> (22.9.2022) 3.

10 Etwa durch das Trinken von hochkonzentriertem Alkohol gegen COVID-19. Vgl World Economic Forum, The Global Risk Report 2021, www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2021.pdf (22.9.2022) 33.

11 Brunkhorst, Demokratie und Wahrheit, *Leviathan* 2009, 491 (498 f); Grabenwarter, Die Freiheit der Wahl im „postfaktischen“ Zeitalter, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger*, Elektronische Medien im postfaktischen Zeitalter (2019) 85 (90 ff); Pabel, JRP 2020, 103.

12 Karpenstein in Kersten, Art 4, 19.

13 Vgl hierzu Appel, Einleitung und Überblick, in Appel, Die Psychologie des Postfaktischen (2019) 1 (1 ff).

14 Vgl Appel/Doser, Fake News, in Appel 9 (12 ff).

15 So mahnt Art 4 „Repräsentanten“ zur Wahrhaftigkeit; Karpenstein in Kersten, Art 4, 19.

auf hochrangige politische Exekutivorgane als primäre Grundrechtsverpflichtete.¹⁶ Diese Spitzenpolitiker:innen bekleiden Ämter, mit denen ein hohes Maß an Autorität und öffentlicher Aufmerksamkeit verbunden ist. Schon allein aufgrund dieser Amtsstellung besitzen ihre Aussagen eine große Reichweite.¹⁷

Pressekonferenzen der EU-Kommission (EK) oder Ansprachen von Staatsoberhäuptern werden in zahlreichen Medien übertragen, breitenwirksam diskutiert und genießen dabei Autoritätsanspruch. Gerade das macht systematische Lügen durch diese Personen besonders gefährlich. Zusätzlich nutzen sie ihre öffentliche, staatsdienende Funktion zu ihrem eigenen Vorteil. Freilich kann auch die Verbreitung von Unwahrheiten durch eine Oppositionspartei, eine:n Controller:in der EZB oder eine Privatperson problematisch sein. Jeder Mensch kann lügen – aber nicht immer ist die Gefahr für Demokratie und Rechtsstaat die gleiche.

Vor diesem Hintergrund ist Art 4 daher zumindest nicht primär als ein Grundrecht gegen systematische Lügen aller Amtsträger:innen gedacht.¹⁸ Wie die Abgrenzung zwischen Spitzen- und „normaler“ Politik im Detail aussieht (ob etwa auch stellvertretende Amtspersonen erfasst sein sollen), beantwortet der Grundrechtsvorschlag nicht. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit dem vom Grundrecht umfassten Adressatenkreis ist aber nicht Ziel dieses Beitrags. Aus den oben genannten Gründen wird von einer Anwendung des Art 4 nur auf höchste Amtspersonen ausgegangen. Sofern man einen größeren Kreis von Amtsträger:innen verpflichten wollte, müsste bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Grundrechts jedenfalls die geringere Gravität¹⁹ der Auswirkungen systematischer Lügen dieser Personen auf die Demokratie berücksichtigt werden.²⁰

1.2. Gewährleistungsumfang

Der eben erwähnten Zielsetzung entsprechend, sollen „Amtsträger“ iSd Art 4 Spitzenpolitiker:innen der Exekutive sein.

Amtsträger:innen iSd Art 4 sind, anders als etwa bei der Amtshaftung²¹, nicht nur Personen, die in ihrer Funktion als Unionsorgane handeln. Die Wahrheitspflicht soll gem den Kommentierungen allgemein für öffentliche Äußerungen der höchsten Amtsträ-

16 So wird als (negatives) Bsp der frühere US-Präsident *Trump* angeführt; *Karpenstein* in *Kersten*, Art 4, 19. Dieser hat zB in den vier Jahren seiner Amtszeit 30.573 „false or misleading“ Behauptungen verbreitet. Hierfür die „Fact Checker“ Datenbank der Zeitschrift *Washington Post*: www.washingtonpost.com/graphics/politics/trump-claims-database/?utm_term=.b04b1667f114&cid=ik_inline_manual_6 (22.9.2022).

17 *Martini/Kühl*, Staatliches Informationshandeln, *JURA* 2014, 1221 (1221); *Pollmann*, Ein Menschenrecht auf Wahrheit?, *ZfMR* 2021, 215 (223 f).

18 S dagegen Pkt 2 für das Recht auf eine gute Verwaltung, welches in engeren Grenzen alle handelnden Organe in Verwaltungsverfahren zur Wahrheit verpflichtet.

19 Aufgrund eines reduzierten Autoritätsanspruchs und (häufig) geringerer Reichweite.

20 Vor allem wegen eines möglichen anderen Ausgangs der Abwägung von Art 4 mit der Meinungsfreiheit, vgl dazu Pkt 2.

21 S für die Amtshaftung der Union *Terbechte* in *Pechstein/Novak/Häde*, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV (2017) Art 340 AEUV Rz 19.

ger:innen – unabhängig von einem funktionalen Organhandeln – gelten.²² Es sollen somit auch Wahlkampfveranstaltungen, Ansprachen und persönliche Social-Media-Kanäle²³ von Amtspersonen erfasst sein. Nicht-öffentliche Äußerungen, etwa auf einer privaten Feier, sind hingegen (wohl) nicht unter Art 4 subsumierbar, weil hier ua die Reichweite und der Empfänger:innenkreis begrenzt sind.

Das Grundrecht formuliert einen Anspruch jedes Menschen auf wahrheitsgemäße Aussagen von Amtspersonen, unabhängig von einer individuellen Betroffenheit.²⁴ Die wichtigste Vorfrage des Grundrechts ist folglich: Was ist Wahrheit?

Über die Definition von Wahrheit könnte man nun eine bibliothekenfüllende Debatte²⁵ führen. Es gibt verschiedene Erklärungsmodelle, grds wird jedoch die „Korrespondenztheorie“ herangezogen: Danach ist eine Aussage über Tatsachen wahr, wenn sie objektiv einem wirklichen Sachverhalt entspricht.²⁶ Werturteile und Meinungen sind dagegen subjektiv und können nicht „wahr“ oder „falsch“ sein. Die politische *Bewertung* einer Tatsache ist ein Werturteil und damit ebenfalls subjektiv.²⁷ Für die Beurteilung der Frage, ob nun eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil vorliegt, könnte, aufgrund der ähnlichen Problematik, tw die Judikatur zum Grundrecht auf Meinungsfreiheit iSd Art 11 GRC iVm Art 10 EMRK²⁸ herangezogen werden.²⁹

Das Recht auf Wahrheit soll sicherstellen, dass Äußerungen über Tatsachen stimmen. Davon ist ein „Recht, nicht belogen zu werden“ zu unterscheiden. Die Lüge verlangt als subjektives Element zumindest den Eventualvorsatz, trotz Kenntnis über eine Tatsache eine davon abweichende Meldung zu tätigen.³⁰ Eine Verpflichtung zur *Wahrheit* kann aber durchaus problematisch sein. Da Tatsachen objektiv feststehende Fakten sind, kann eine Aussage, die zum Zeitpunkt ihrer Äußerung mit (richtiger) Berufung auf die Wissenschaft getätigt wurde, sich Jahre später doch als falsch erweisen. Selbst bei Einhaltung aller notwendigen Sorgfalt könnte hier bei bloßer Wortlautbetrachtung ein Eingriff in das Grundrecht argumentiert werden.³¹ Gerade mit Blick auf das Ziel von Art 4 – das Verhindern der *systematischen* Lüge – ist der Tatbestand somit nicht als Recht auf Wahr-

22 *Karpenstein in Kersten*, Art 4, 19.

23 Über welche öffentlich kommuniziert wird – nicht etwa private Kanäle, die nur wenige Privatkontakte erreichen.

24 *Karpenstein in Kersten*, Art 4, 19.

25 Anschaulich nachgezeichnet etwa bei *Flint*, Fake News im Wahlkampf: Eine Untersuchung der rechtlichen Problematik der Desinformation in sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook (2021) 31 ff.

26 *Neumann*, Wahrheit im Recht (2003) 14; für einen zusammenfassenden Überblick über verschiedene Wahrheitsmodelle 8 ff; zur Korrespondenz- und Konsensstheorie detailliert: *Habermas*, Philosophische Texte II. Rationalitäts- und Sprachentheorie (2009) 208 ff.

27 *Hummel*, Postfaktizität und Fake News: Versuch einer Problembestimmung, in *Berkal/Holoubek/Leitl-Staudinger* 1 (2 f) und *Storr*, Darf der Staat lügen?, JRP 2019, 75 (79).

28 Gem den Erläuterungen zur GRC entspricht Art 11 GRC dem Art 10 EMRK.

29 Nur bspw EGMR 10.7.2014, 48311/10, *S.AG/Deutschland* Rz 63 und überblicksmäßig *Callies* in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 11 GRC Rz 5 und 10; s näher Pkt 2.

30 *Van Dyk*, Krise der Faktizität? Über Wahrheit und Lüge in der Politik und die Aufgabe der Kritik, PROKLA 2017, 347 (350); *Storr*, JRP 2019, 79; *Hummel* in *Berkal/Holoubek/Leitl-Staudinger* 4.

31 Dies problematisierend *Heussen*, Grenzen eines grenzenlosen Grundrechtsschutzes, ZRP 2021, 128 (129).

heit, sondern als „Recht, nicht von Amtspersonen *systematisch* belogen zu werden“ zu verstehen.³²

2. Status quo und das System der Grundrechte

Auf Unionsebene ergibt sich eine gewisse amtliche Wahrheitspflicht aus dem Recht auf eine gute Verwaltung gem Art 41 Abs 1 und 2 GRC³³. Dieses Grundrecht beinhaltet implizit den Anspruch, von der Verwaltung nicht belogen zu werden: Eine *gute* Verwaltung kann Bürger:innen nicht bewusst über relevante Sachverhaltselemente im Verfahren irreführen. Immerhin verlangt Art 41 GRC ein „gerechtes“ Handeln der Organe, Einrichtungen bzw Stellen der Union.³⁴ So ist schon bei einer nur *potenziell* nachteiligen Verwaltungshandlung korrekt über die Berufungsmöglichkeiten gegen diese Entscheidung zu informieren.³⁵

Es bestehen aber Unterschiede zu Art 4: So wird Art 41 GRC nur in *Verwaltungsverfahren* angewendet.³⁶ Das Recht erfasst damit zwar auch öffentliche (Falsch)Informationen. Selbst bei einer weiten Auslegung des Verwaltungsbegriffs³⁷ verlangt es aber jedenfalls eine gewisse individuelle Betroffenheit von einer Verwaltungshandlung.³⁸ Art 4 geht jedoch weiter und soll öffentliche Aussagen von Amtsträger:innen *unabhängig* von eigener Betroffenheit oder einem Verwaltungszusammenhang erfassen.³⁹

Neben Art 41 GRC beinhalten auch andere Grundrechte einen Anspruch auf wahrheitsgemäße Auskünfte. Bspw sei hier Art 2 GRC (bzw Art 2 EMRK⁴⁰) genannt. Gemäß der Rsp des EGMR müssen Hinterbliebene in Ermittlungsverfahren über den Tod ihrer Angehörigen über den Fortgang des Verfahrens wahrheitsgemäß informiert⁴¹ und die Zivilbevölkerung über lebensbedrohliche Umstände, wie potenzielle Naturkatastrophen, in Kenntnis gesetzt werden.⁴² Ähnlich ließen sich aus anderen Grundrechten Wahrheitsverpflichtungen ableiten,⁴³ stets jedoch nur soweit der jeweilige sachliche Schutzbereich dies verlangt.

32 So auch *Pollmann*, ZfMR 2021, 220 f.

33 Die ersten zwei Absätze des Art 41 GRC sind zusammenzulesen und überlappen bzw ergänzen sich. Hierfür *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Europäische Grundrechte (2009) Rz 4518 und 4556.

34 *Sander* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (Stand 1.4.2019, rdb.at) Art 41 Rz 19 f.

35 S Art 19 Kodex für eine gute Verwaltungspraxis, <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/6f34b389-82be-11e5-b8b7-01aa75ed71a1> (22.9.2022), insb Art 10 Abs 3 und 15 Abs 3 des Kodex. S zudem *Heselhaus* in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte² (2020) § 61 Rz 51, zur Bedeutung des Kodex 1 und 20 f.

36 *Klatt* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht⁷ (2015) Art 41 GRC Rz 4; *Terbechte* in *Pechstein/Novak/Häde*, Art 41 GRC Rz 12; *Jarass* in *Jarass*, GRC⁴ (2021) Art 41 Rz 8.

37 Dafür etwa *Galetta/Grzeszick* in *Stern/Sachs*, GRCh (2016) Art 41 Rz 26.

38 *Terbechte* in *Pechstein/Novak/Häde*, Art 41 GRC Rz 11; *Galetta/Grzeszick* in *Stern/Sachs*, Art 41 GRC Rz 29.

39 *Karpenstein* in *Kersten*, Art 4, 19.

40 Für das Verhältnis von Art 2 GRC und Art 2 EMRK s die Erläuterungen zur GRC.

41 EGMR 24.11.2011, 33810/07, *Association "21 December 1989" ual/Rumänien* Rz 133–145, insb Rz 139–144.

42 EGMR 20.3.2008, 15339/02 ua, *Budayeva ual/Russland* Rz 128 ff; dazu auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ (2021) § 19 Rz 13.

43 So werden etwa positive Gewährleistungspflichten im Zusammenhang mit dem Schutz von freien Wahlen überlegt; *Pabel*, JRP 2020, 104 und allgemein *Grabenwarter* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 85. Eine Diskussion der Wahrheitsverpflichtungen aus sämtlichen Grundrechten würde hier jedoch zu weit gehen.

Bei der Anwendung des Art 4 würde es außerdem (wohl) oft zu einem Abwägungsprozess mit anderen Grundrechten kommen. Insb ist hier an die Meinungsfreiheit zu denken. Inwieweit die Verbreitung von offensichtlich unwahren Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt, ist im Detail strittig.⁴⁴ Politische Äußerungen dürfen allerdings aufgrund ihrer herausragenden Bedeutung für die Demokratie kaum eingeschränkt werden.⁴⁵

Wie eine solche Abwägung der Meinungsfreiheit mit Art 4 aussehen könnte, zeigt etwa die Judikatur des EGMR zu journalistischen Sorgfaltspflichten. Der Gerichtshof normiert hier eine gewisse Pflicht zur wahrheitsgemäßen Berichterstattung. So hält er es grds für gerechtfertigt, Journalist:innen bei Tatsachenberichten zur Nachforschung zu verpflichten,⁴⁶ va wenn sie sich dabei nicht auf offizielle staatliche Berichte stützen.⁴⁷ Das gilt insb, wenn ein journalistischer Bericht die Grundrechte anderer berührt. So war eine Berufung auf die Meinungsfreiheit bei der – nur auf unveröffentlichte Ermittlungsberichte gestützten – Behauptung, eine Person sei Mitglied der Mafia, nicht erfolgreich.⁴⁸ In Anlehnung an diese Judikatur könnte auch eine Abwägung zwischen Art 4 und der Meinungsfreiheit erfolgen; wie bei jedem Grundrecht wird der Ausgang einer solchen jedoch vom Einzelfall abhängen.⁴⁹

Nachdem die GRC bisher vor Lügen höchster Amtspersonen nicht umfassend schützt, würde die Schaffung des Art 4 die bestehende Grundrechtsordnung deutlich erweitern. Auch sekundärrechtlich gibt es allenfalls implizite Ansprüche auf wahrheitsgemäße Äußerungen von Organen.⁵⁰

3. Ausgestaltung des Grundrechts

Ein Grundrecht, welches wie Art 4 sehr allgemein gehalten ist, bedarf einer näheren normativen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.⁵¹ Bei der systematischen Verbreitung von „Fake News“ stellt sich insb das Problem, dass zwar der fehlende Wahrheitsgehalt einer Aussage schnell bewiesen sein kann – eine gerichtliche Aufarbeitung zur Feststellung der (Un)Wahrheit einer Aussage aber oft zu spät kommen würde. Wenn ein gerichtliches Verfahren zur Beurteilung einer unwahren Tatsachenbehauptung erst Jahre nach deren

44 Bejahend für „Fake News“ etwa *Kühling in Heselhaus/Nowak* § 27 Rz 17. Verneinend für „offensichtlich“ unwahre Tatsachenbehauptungen etwa EGMR 25.10.2018, 38450/12, *ES/Österreich* Rz 55.

45 *Von Coelln in Stern/Sachs*, GRCh (2016) Art 11 Rz 54 unter Verweis auf EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Österreich* Rz 42.

46 EGMR 5.7.2011, 18990/05, *Wizerkaniuk/Polen* Rz 59; EGMR 21.10.2014, 54125/10, *Hlynsdóttir/Island* Rz 75.

47 EGMR 19.10.2017, 35030/13, *Verlagsgruppe Droemer Knaur GmbH & Co KG/Deutschland* Rz 48; für die Entbindung von einer Nachforschungspflicht bei öffentlichen Berichten EGMR 25.6.2002, 51279/99, *Colombani/Frankreich* Rz 65; zudem mwN *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 30 f.

48 EGMR 19.10.2017, 35030/13, *Droemer Knaur/Deutschland* Rz 36, 61.

49 Zur Abwägung auf Unionsebene bei Grundrechtskollisionen nur *Szczekalla in Heselhaus/Nowak* § 10 Rz 36–40.

50 So zB aus Art 57 Abs 1 lit e DSGVO.

51 Allgemein zur Grundrechtsausgestaltung: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 19 Rz 3 f und auch *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 1222.

Äußerung beendet wird, werden die Ziele des Art 4 wohl verfehlt, weil sich die zuvor formulierte Lüge vermutlich schon verbreiten konnte.⁵² Man könnte zwar an einstweilige Maßnahmen, wie die vorläufige Sperre eines Social-Media-Accounts oder ein Verbot öffentlicher Reden, denken. Diese würden aber eine Form der Vorzensur darstellen, die in Hinblick auf die Meinungsfreiheit einen äußerst gravierenden und daher nur schwer rechtfertigbaren Eingriff darstellt.⁵³

Interessant sind daher *va* gesetzliche *Sanktionen*, die über ihre general- und spezialpräventive Wirkung Lügen von Amtspersonen *vorbeugen* könnten.⁵⁴

3.1. Anwendbarkeit bestehender Rechtsmechanismen

Auf Unionsebene kann im Wege der Amtshaftung Ersatz für Schäden geltend gemacht werden, die aus dem *funktionalen Handeln* als Organe der Union entstanden sind.⁵⁵ Zu diesem „Handeln“ zählen auch unwahre Aussagen. Die für Schadenersatzansprüche notwendigen Voraussetzungen der individuellen Betroffenheit sowie eines (messbaren) Schadens⁵⁶ sind bei systematischen Lügen aber oft nicht erfüllt. Ebenfalls problematisch ist, dass unwahre Tatsachenbehauptungen oft nicht im Zuge der Amtstätigkeit geäußert werden,⁵⁷ weshalb das Amtshaftungsrecht nur bedingt vor der gezielten Verbreitung von Unwahrheiten durch hochrangige Exekutivorgane schützen kann.

Für eine differenziertere Möglichkeit der Sanktionierung könnte man Anleihe an bestehenden strafrechtlichen Normen aus den MS nehmen.⁵⁸ Auch andere Grundrechte werden ua durch strafrechtliche Bestimmungen ausgestaltet. Die *positive obligations* verpflichten den Staat tw sogar zur Einführung solcher Sanktionen.⁵⁹ Eine Ausgestaltung des Art 4 durch strafrechtliche Normen bietet sich aus den genannten Gründen als wirksames Mittel zur Durchsetzung des Grundrechtsziels an.

Das österreichische Strafrecht sieht für bestimmte unwahre Aussagen bereits Freiheits- und Geldstrafen vor.⁶⁰ Ob die Einführung gerichtlicher Strafen für *sämtliche* Amtslügen

52 Auf dieses Problem allgemein hinweisend Storr, JRP 2019, 81.

53 EGMR 17.7.2001, 39288/98, *Association Ekin/Frankreich* Rz 56; auch Kübling in *Heselhaus/Nowak* § 28 Rz 86. Obwohl weder EMRK noch GRC den Begriff der Zensur verwenden, vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 23 Rz 18; *Bezemek in Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (Stand 1.4.2019, rdb.at) Art 11 Fn 72.

54 Zu general- und spezialpräventiver Wirkung von Strafen allgemein: *Kienapfell/Höpfel/Kert*, Grundriss des allgemeinen Strafrechts¹⁶ (2020) Rz 2.8 ff.

55 Vgl nur *Kotzur* in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁶ (2017) Art 340 AEUV Rz 7 oder *Streinz*, Europarecht¹¹ (2019) Rz 695 und 699; wobei der Handlungsbegriff ein weiter ist und etwa auch die Personalverwaltung oder Informationspolitik umfasst, vgl *Jacob/Kottmann* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU (76. EL, Mai 2022) Art 340 AEUV (73. EL, Mai 2021) Rz 95 ff.

56 *Jacob/Kottmann* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art 340 AEUV Rz 110, 114.

57 *Karpenstein* möchte daher die Äußerungen von Politiker:innen auf Social-Media Kanälen wie Twitter von Art 4 mitumfasst wissen; *ders* in *Kersten*, Art 4, 19.

58 Das Zivilrecht regelt zwar auch bestimmte Konsequenzen unwahrer Aussagen, ist aber auf Individualansprüche zugeschnitten und daher für ein allgemeines Recht auf Wahrheit nicht geeignet.

59 So etwa für das Recht auf Leben; s *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ § 19 Rz 4.

60 Vgl etwa §§ 152, 264 und 297 StGB.

ein probates Mittel für die Ausgestaltung des Grundrechts wäre, ist aber fraglich. Gerichtliche Strafen sind nur für schwerste Rechtswidrigkeiten vorgesehen,⁶¹ was bei un- wahren Aussagen insb mit Blick auf die Meinungsfreiheit auch geboten ist. Insofern wäre bei einer Ausgestaltung des Art 4 durch strafrechtliche Bestimmungen jedenfalls eine Differenzierung nach Schwere der Amtslüge notwendig.

Als Bsp sei § 264 Abs 1 StGB genannt, der die Irreführung von Wahlberechtigten *unmittelbar* vor einer Wahl verbietet. Um das Rechtsgut der „Reinheit und Freiheit der demokratischen Willensbildung“ zu schützen,⁶² wurde in einer Abwägung mit der Meinungsfreiheit geregelt, dass nur unmittelbar vor einer Wahl geäußerte und damit nicht mehr rechtzeitig richtigstellbare Aussagen strafbar sind.⁶³

Ähnlich müsste bei der Umsetzung des Art 4 die Strafbarkeit auf besonders gefährliche Falschaussagen begrenzt werden. Denkbar wäre etwa eine Strafe für bestimmte, gesetzlich hinsichtlich des Schweregrads genau zu determinierende, Lügen von Spitzenpolitiker:innen der Exekutive, die etwa die öffentliche Gesundheit oder die demokratische Ordnung maßgeblich gefährden.⁶⁴ Hier muss man sich jedoch fragen, ob es sachgerecht ist, nur die Verbreitung durch diese Spitzenpolitiker:innen unter Strafe zu stellen. Wie eingangs erwähnt können auch Oppositionspolitiker:innen ohne amtliche Funktion Lügen verbreiten – obgleich nicht mit demselben Autoritätsanspruch. Die grundrechtliche Ausgestaltung des Art 4 durch strafrechtliche Normen würde die Qualifikation dieser Personen als Tatsubjekte freilich nicht verlangen – die Vorgenannten bekleiden schließlich keine höchsten Ämter.

3.2. Immunität von Parlamentsmitgliedern

Eine Problematik bei der strafrechtlichen Verfolgung von Falschaussagen ist, dass hochrangige Politiker:innen oft Parlamentsmitglieder sind⁶⁵ und daher berufliche und außerberufliche Immunität genießen. Die Immunität im EU-Parlament ähnelt dabei dem österreichischen Modell.⁶⁶

Die berufliche Immunität schützt vor einer Verfolgung von Aussagen und Abstimmungen iRd parlamentarischen Tätigkeit.⁶⁷ Eine Einschränkung dieser Immunität, wie es

61 *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I¹¹ (2021) Rz 3 ff.

62 *Eder-Rieder* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SK (41 Lfg, Dezember 2019) § 264 Rz 5.

63 *Bachner-Foregger* in *Höpfell/Ratz*, WK StGB² (Stand 1.3.2020, rdb.at) § 264 Rz 1.

64 So etwa der „Sturm auf das Kapitol“ am 6.1.2021, bei dem die Rolle der Aussagen *Donald Trumps* jedoch noch nicht abschließend geklärt ist; vgl *Roth*, Trump rief, sie antworteten, zeit.de, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-07/kapitol-sturm-usa-donald-trump-untersuchungsausschuss> (22.9.2022).

65 In Österreich können Mitglieder der BReg gem Art 56 Abs 2 B-VG bei Amtsbeendigung wieder ihr parlamentarisches Mandat und somit die Immunität in Anspruch nehmen.

66 Im Detail bestehen Unterschiede. Vgl etwa *Stöger*, Zwischen nationalem Verfassungsrecht und Unionsverfassungsrecht: Rechtspolitisches zur Immunität im Europäischen Parlament, JRP 2015, 147 (147 f).

67 Vgl für das EU-Parlament Art 8 f Protokoll Nr. 7 über die Vorrechte und Befreiungen der EU; in Österreich Art 57 B-VG.

etwa Österreich für den Fall der Verleumdung vorsieht,⁶⁸ für absichtlich falsch getätigte Aussagen wäre uE jedoch für die Zielerreichung des Art 4 zu weitgehend.⁶⁹ In parlamentarischen Debatten kann und soll auf Lügen vielmehr geantwortet und diesen widersprochen werden.

Die außerberufliche Immunität gilt nur, sofern eine Handlung iZm der Tätigkeit als Mandatar:in steht.⁷⁰ Da sie nicht dem Schutz der Abgeordneten, sondern der Funktionsfähigkeit des Vertretungskörpers dient, entscheidet dieser, ob Abgeordnete der strafrechtlichen Verfolgung „auszuliefern“ sind.⁷¹ Bei der gezielten Verbreitung von unwahren Tatsachenbehauptungen durch Abgeordnete kann der politische Konnex abgesprochen und die strafrechtliche Verfolgung somit ermöglicht werden. Geschieht dies nicht, verhindert die parlamentarische Immunität eine strafrechtliche Verfolgung.⁷²

4. Individualgrundrecht als geeignetes Mittel?

Zwei dogmatische Argumente sprechen gegen die Einführung des Art 4: Einerseits das Konzept von Individualgrundrechten und andererseits die staatliche Gewaltentrennung. Das neue Grundrecht soll jedem Menschen das Recht, von hohen Amtsträger:innen nicht belogen zu werden, verleihen – unabhängig davon, ob er selbst beleidigt, verleumdet oder sonst individuell geschädigt wird.⁷³ Die Einführung eines solchen Rechts widerspricht der ursprünglichen Idee von Grundrechten europäischer Konzeption als Abwehrrechte individueller Rechtspositionen gegen staatliches Handeln.⁷⁴ Sofern individuelle Rechtspositionen betroffen sind, ist ein Grundrechtsschutz vor unwahren Aussagen gegeben,⁷⁵ der auch einfachgesetzlich ausgestaltet ist.⁷⁶

Zwar verleiht Art 4 als Individualgrundrecht den Berechtigten für sich nicht unmittelbar einen klagbaren Anspruch iSe Popularklage.⁷⁷ Nichtsdestominder wird darin ein Recht Einzelner gegen den Staat festgeschrieben, von hochrangigen Amtspersonen nicht systematisch belogen zu werden. Darin ist implizit ein Auftrag an den Gesetzgeber formuliert, tätig zu werden und diese – etwa durch Strafgesetze – von derartigen Falschaussagen

68 Vgl Art 57 Abs 1 S 2 HS 2 B-VG.

69 Ebenso ablehnend ggü einer Schwächung der Immunität: *Stöger*, JRP 2015, 152 ff.

70 Art 57 Abs 2 und 3 B-VG.

71 Vgl für Österreich *Müllner* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art 57 B-VG Rz 17.

72 Bspw wurde in Österreich die Auslieferung des Abgeordneten *Herbert Kickl* iZm seiner Empfehlung des Arzneimittels Ivermectin zur Behandlung von Corona-Fällen abgelehnt. Siehe die Parlamentskorrespondenz 537 vom 19.5.2022, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2022/PK0537/#XXXVII_NRSITZ_00158 (22.9.2022) und die StenProt NR 27. GP 158 Sitzung.

73 *Karpenstein* in *Kersten*, Art 4, 19.

74 Siehe nur *Nicolaysen* in *Heselhaus/Nowak* § 1 Rz 63–65.

75 Etwa der Schutz der Ehre vor Beleidigungen durch Art 7 GRC, vgl *Pavlidis* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² (Stand 1.4.2019, rdb.at) Art 7 Rz 36.

76 So besteht zum Schutz der Ehre in Österreich der Straftatbestand des § 115 StGB.

77 Dieser könnte sich uU iVm Art 6 des Vorschlags ergeben; *von Schirach*, Jeder Mensch 19.

abzuhalten. Die Durchsetzung dieser Gesetze würde aber letzten Endes den Gerichten zufallen. Nach dem derzeitigen demokratischen Verständnis der Union und auch der österreichischen Verfassung sind – zumindest die höchsten Exekutivorgane – für ihr politisches Fehlverhalten jedoch den Vertretungskörpern verantwortlich und nicht der Judikative.⁷⁸

5. Lösungsmöglichkeiten durch das geltende Recht

Wie soeben erwähnt, ist die Beurteilung und Reaktion auf (Fehl-)Verhalten der höchsten Exekutivorgane idR Aufgabe der jeweiligen Vertretungskörper, sofern nicht in die Rechte Einzelner eingegriffen wird. Hier sind auf nationaler- und auf Unionsebene Instrumente der rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit vorgesehen.

Auf Unionsebene können einzelne EK-Mitglieder vom Rat oder der EK selbst vor dem EuGH gem Art 247 AEUV *rechtlich* verantwortlich gemacht werden.⁷⁹ Es muss dafür eine „schwere Verfehlung“ oder der Wegfall der Amtsvoraussetzungen vorgebracht werden.⁸⁰ Ganz ähnlich die rechtliche Verantwortung in Österreich: Die obersten Organe der Exekutive können vor dem VfGH wegen rechtswidriger Handlungen angeklagt werden.⁸¹ Das Instrument ist jedoch für *Exzessfälle* konzipiert,⁸² weswegen eine Amtslüge (wohl) für die Geltendmachung rechtlicher Verantwortung nicht ausreichen würde.

Hingegen ist mit der *politischen* Verantwortlichkeit eine Reaktion auf unwahre Tatsachenbehauptungen möglich. Die EK kann in ihrer Gesamtheit durch ein Misstrauensvotum gem Art 17 Abs 8 EUV iVm Art 234 AEUV vom Europäischen Parlament abberufen werden. Einziges materielles Erfordernis der Abberufung ist (irgend-)ein Verhalten in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit.⁸³ Darunter würde die unwahre Aussage eines Mitglieds der EK fallen – fraglich ist aber realpolitisch, welchen Schweregrad eine solche Aussage erreichen müsste.⁸⁴ Ähnlich sind in Österreich bspw Bundespräsident:in, Bundesregierung oder Präsident:in des Rechnungshofs politisch verantwortlich.⁸⁵ Diese Verantwortlichkeit setzt ebenfalls keine Rechtsverletzung durch diese Amtsträger:innen voraus. Es handelt sich auch weniger um ein Sanktionsmittel als vielmehr um die demokratische Kontrolle der Exekutive.⁸⁶ Die Verantwortlichkeit bewirkt ein Ausscheiden aus

78 Art 17 Abs 8 EUV iVm Art 234 AEUV; für Österreich bspw Art 74 Abs 1 B-VG. S zudem Pkt 5.

79 *Nemitz in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 247 AEUV Rz 1 ff; *Schmidt/Schmitt v Sydow in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht⁷ (2015) Art 247 AEUV Rz 1.

80 *Harratsch in Pechstein/Nowak/Häde*, Art 247 AEUV Rz 2 ff; *Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur*, Art 247 AEUV Rz 2 ff.

81 Etwa die BReg durch einen Beschluss des NR gem Art 76 Abs 1 iVm Art 142 Abs 2 lit b B-VG.

82 Für Österreich: *Kneißl/Lienbacher in Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (8. Lfg, Dezember 2007) Art 142 B-VG Rz 25.

83 Art 234 Abs 2 AEUV; s *Roland/Bieber in von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht⁷ (2015) Art 234 AEUV Rz 5 f; *Kluth in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 234 AEUV Rz 3.

84 Welche Handlungen einen Misstrauensantrag rechtfertigen, steht letztendlich im freien politischen Ermessen des EU-Parlaments; *Huber in Streinz*, EUV/AEUV³ (2018) Art 234 AEUV Rz 5.

85 Art 60 Abs 6, Art 74 Abs 1 und Art 123 Abs 2 B-VG.

86 *Kneißl/Lienbacher in Korinek/Holoubek et al*, Art 74 Abs 1-2 B-VG (7. Lfg, Dezember 2005) Rz 2 f.

dem Amt.⁸⁷ Es entscheidet damit sowohl auf europäischer als auch auf österreichischer Ebene grds der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über die Tragbarkeit einer Amtsperson.

Im Sinne der Gewaltenteilung ist es uE sinnvoll, die Verantwortlichkeit der obersten Exekutivorgane weiterhin gegenüber dem demokratisch legitimierten Vertretungskörper und nicht den Gerichten bestehen zu lassen. Die Parlamente und nicht die Gerichte können und sollen bei einer gezielten Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen durch Spitzenpolitiker:innen der Exekutive deren *politische* Verantwortlichkeit geltend machen.

6. Conclusio

Art 4 soll mit einer Wahrheitspflicht für Amtsträger:innen die systematische Verbreitung von „Fake News“ verhindern. Ein Vorgehen gegen systematische Lügen erscheint in der heutigen Zeit wichtig. Ein Individualgrundrecht auf wahre Aussagen von Spitzenpolitiker:innen ist aber nicht die geeignete Lösung, um das proklamierte Ziel des Art 4 zu erreichen. Vielmehr ist die politische Verantwortlichkeit das probate Mittel. Es ist Aufgabe der Vertretungskörper und nicht der Gerichte, hochrangige Exekutivorgane für deren Fehlverhalten verantwortlich zu machen.

Clemens Beckenberger, LL.M. (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht und Internationales Recht an der WU Wien; clemens.beckenberger@wu.ac.at

Paul Kerschbaummayr, LL.B. (WU), BSc (WU) ist Tutor am Institut für Europarecht und Internationales Recht an der WU Wien; paul.felix.kerschbaummayr@wu.ac.at

⁸⁷ Vgl Art 234 AEUV und bspw Art 74 Abs 1 B-VG. Das Problem der Verbreitung von gezielten Lügen als (nun) Privatperson bleibt jedoch weiter bestehen.

Artikel 5 – Globalisierung

Globalisierung, Wertschöpfung in Billiglohnländern und Menschenrechtsschutz auf europäischem Niveau für alle Menschen – eine Utopie oder greifbar nahe?

Viktoria Baumgartl / Sophie Praniess

1. Hintergrund und Problemaufriss

Umwelt- und Menschenrechtsstandards sind in Billiglohnländern oft niedrig oder nicht vorhanden. Dramatische Bsp hierfür sind der Einsturz der Fabrik *Rana Plaza* im Jahr 2013,¹ bei dem über 1.000 Menschen starben, der Einsatz von Kindern als billige Arbeitskräfte unter widrigsten Bedingungen in sogenannten *Sweatshops*², sowie die Ölkatastrophe vor der Küste Perus im Jänner 2022.³ Trotz des Wissens über diese verheerenden Umstände wird ein Großteil der im globalen Norden bezogenen Produkte im globalen Süden unter solchen Bedingungen hergestellt.⁴

Um multinationale Konzerne, aber auch kleinere Unternehmen und Abnehmer:innen aus dem globalen Norden in die Pflicht zu nehmen und Produkte unter besseren Bedingungen herstellen zu lassen, benötigt es gezielte Maßnahmen. Solange die Möglichkeit besteht, zu wirtschaftlich günstigen Bedingungen zu produzieren und mit um ein Vielfaches gesteigertem Gewinn abzusetzen, ist ein Umdenken auf Unternehmensebene zumeist nicht anzunehmen. Alleine deshalb ist ein erhöhter Schutz gegen Ausbeutung der Menschen in Drittländern wünschenswert und notwendig.

Hierfür plädiert das in *Schirachs* Werk vorgeschlagene Grundrecht auf „faire Globalisierung“, in dem gefordert wird, dass jeder Person im Schutzbereich der GRC „nur solche Waren und Dienstleistungen angeboten werden, die unter Wahrung der universellen Menschenrechte hergestellt und erbracht werden“⁵. Es soll exemplarisch für eine umfassende Regelung der globalen Sorgfaltspflichten stehen und einzelnen Personen das Recht geben, diese einzufordern. Die Frage der Notwendigkeit einer solchen Regelung bleibt jedoch bestehen: So gibt es etwa auch auf unions- und völkerrechtlicher Ebene verschiedene Vor-

1 ILO, The Rana Plaza Accident and its aftermath, www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm (16.7.2022).

2 *Josephine Moulds*, Child labour in the fashion supply chain, Guardian Labs <https://labs.theguardian.com/unicef-child-labour> (16.7.2022).

3 *The Economic Times*, Peru sues Repsol with \$4.5bn over sweeping oil spill in Pacific Ocean, www.economicstimes.indiatimes.com/news/international/us/peru-sues-repsol-with-4-5bn-over-sweeping-oil-spill-in-pacific-ocean/articleshow/93758960.cms (24.8.2022).

4 S etwa: *Anlauf/Schmalz*, Globalisierung und Ungleichheit, in *Fischer/Grandner*, Globale Ungleichheit: über Zusammenhänge von Kolonialismus, Arbeitsverhältnissen und Naturverbrauch (2019) 192 (203).

5 *Von Schirach*, Jeder Mensch (2021) Art 5.

stöße, Schutzvorschriften zu implementieren. Hierzu zählen bspw die von *John Ruggie* als Sonderbeauftragtem für Wirtschaft und Menschenrechte (SRSG) erstellten „Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework“⁶, WTO-rechtliche Vorstöße, aber auch der Entwurf der Europäischen Kommission (EK) für eine Lieferkettenrichtlinie (LKRL-E)⁷.

Im folgenden Beitrag wird untersucht, in welchem Umfang ein Umwelt- bzw Menschenrechtsschutz auf unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Ebene gegeben ist. Anschließend wird das von *Schirach* vorgeschlagene Grundrecht näher beleuchtet und überprüft, ob das Recht in seiner Formulierung als Grundrecht in die Charta aufgenommen werden kann, bzw ob eine solche Implementierung angesichts bereits bestehender Schutzinstrumente überhaupt notwendig scheint. Anschließend werden Alternativen zu einem expliziten Grundrecht auf Unionsrechtsebene und internationaler Ebene dargestellt und auf ihre Möglichkeiten und ihren Schutzzumfang geprüft.

2. Verantwortlichkeiten für Lieferketten nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission – ein ausreichender Schutzstandard?

Ein Entwurf, der Teile des Gedankens *Schirachs* aufgreift, ist zB die von der EK Ende Februar dieses Jahres vorgeschlagene LKRL-E. Mit dieser sollen Unternehmen, die nach dem Recht eines MS gegründet wurden,⁸ verpflichtet werden, Verantwortung für die Einhaltung von Menschenrechts- und Umweltstandards zu übernehmen.

Dieser Vorschlag reiht sich in eine lange Liste von Vorstößen auf Unions- und nationaler Ebene ein, die seit einigen Jahren versuchen, Sorgfaltspflichten für Unternehmen zu normieren. Auf nationaler Ebene sind insb die französische *Loi de Vigilance*⁹ und das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹⁰ zu nennen, die mit tw sehr unterschiedlichen Anwendungsbereichen und Regelungsintensitäten versuchen, Sorgfaltspflichten für Unternehmen zu implementieren. Auf Unionsebene bestehende Regelungen sind stark fragmentiert und decken lediglich einzelne Branchen, Produkte und punktuelle Missstände ab. Hierunter fallen bspw Regelungen zum Holzhandel¹¹ und Import von Konfliktmaterialien¹², aber auch der Versuch, Kapitalflüsse hin zu nachhaltigen Investitionen

6 Der UN-Menschenrechtsrat befürwortete im Anschluss diese als *Ruggie*-Prinzipien bezeichneten Leitprinzipien; VN-Menschenrechtsrat, 16.6.2011, A/HRC/RES/17/4.

7 EK, Vorschlag für eine RL des EP und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final.

8 Art 2 Abs 1 LKRL-E.

9 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Journal officiel de la République française n° 0074.

10 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten 2021, dtBGBl 2021/46.

11 VO (EU) 995/2010 des EP und des Rates vom 20.10.2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen, ABl L 2010/295.

12 VO (EU) 2017/821 des EP und des Rates vom 17.5.2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochriskogebieten, ABl L 130/1.

zu lenken.¹³ Ein ganzheitlicher Ansatz, der nicht auf einzelne Aspekte beschränkt ist, sondern produktübergreifende Wertschöpfungsketten regelt, fehlt jedoch.¹⁴

2.1. Der Richtlinienentwurf im Detail

Vergleicht man die bisherigen Bestrebungen auf unionsrechtlicher Ebene mit der vorgeschlagenen Richtlinie, kann dieser Entwurf durchaus als ambitioniert bezeichnet werden. So sollen Unternehmensträger:innen dazu verpflichtet werden, Sorgfaltspflichten in ihre Unternehmenspolitik einzubeziehen, tatsächliche oder potentiell negative Auswirkungen zu ermitteln, diese negativen Auswirkungen zu vermeiden bzw zu beheben, sowie Monitoring- und Beschwerdemaßnahmen zu ergreifen.¹⁵

Der persönliche Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs umfasst Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht eines MS gegründet wurden und im Durchschnitt mehr als 500 Beschäftigte sowie einen jährlichen weltweiten Nettoumsatz von mehr als 150 Mio Euro haben.¹⁶ Sind die Schwellenwerte nicht erreicht, sind dennoch jene Unternehmen erfasst, die Wirtschaftssektoren zuzuordnen sind, in denen die Gefahr einer Sorgfaltspflichtverletzung höher ist, also etwa in der Textilbranche oder Land- und Forstwirtschaft.¹⁷

Auch Unternehmen aus Drittstaaten sind unter gewissen Voraussetzungen vom Anwendungsbereich umfasst.¹⁸ Ausgenommen sind kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), die durch das Einsetzen von Vertragskaskaden¹⁹ dennoch indirekt erfasst sein können.²⁰ So soll einerseits ein *level playing field* für Unternehmensstandards geschaffen und andererseits den einbezogenen Unternehmen Rechtssicherheit gegeben werden.²¹ Die lediglich punktuelle Einbeziehung von Unternehmen entspricht den internationalen *soft-law*-Vorgaben der *Ruggie*-Leitprinzipien,²² die eine Einbeziehung aller Unternehmen vorsehen, allerdings nicht. Zurecht wird kritisiert, dass dadurch die Einhaltung von Umwelt- und Menschenrechtsstandards zu einer Aufgabe der Großkonzerne herabgestuft und einige Sektoren – etwa der Finanzdienstleistungssektor – bei der Nennung der Hochrisikosektoren ausgespart wurden.²³ Mit einem Recht jedes/jeder Einzelnen, ausschließlich Produkte aus menschenrechtskonformen Wertschöpfungsketten angeboten zu bekommen bzw einer generellen Pflicht für alle Unternehmen, diese unter Einhaltung gewisser Sorgfaltspflichten herzustellen, ist dieser Anwendungsbereich nicht vergleichbar.

13 VO (EU) 2020/852 des EP und des Rates vom 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der VO (EU) 2019/2088, ABl L 198/13.

14 *Beckers/Micklitz*, Eine ganzheitliche Perspektive auf die Regulierung globaler Lieferketten, EWS 2020, 324 (326).

15 Art 5 bis 10 LKRL-E.

16 Art 2 Abs 1 lit a LKRL-E.

17 S Art 2 Abs 1 lit b LKRL-E.

18 S hierzu Art 2 Abs 2 LKRL-E.

19 Art 7 Abs 2 lit b und Art 8 Abs 3 lit c LKRL-E.

20 *Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth*, Nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflichten in Geschäftsbeziehungen – zum Entwurf der EU-Kommission für eine „Lieferkettenrichtlinie“, BB 2022, 835 (837).

21 Erwägungsgründe 33 und 38 LKRL-E.

22 Leitprinzip 14 sieht eine verhältnismäßige und angemessene Einbeziehung aller Unternehmen vor.

23 *Arbeiterkammer*, Positionspapier zum LKRL-E 2022, 3.

Positiv ist hervorzuheben, dass der LKRL-E die gesamte Wertschöpfungskette umfasst und nicht lediglich auf Teile der Produktionskette (etwa die tatsächliche Herstellung des Produkts) beschränkt ist.²⁴ Hierbei sind aber nur „etablierte Geschäftsbeziehungen“ erfasst, also jene Geschäftsbeziehungen, die als „beständig“ gelten und „die keinen unbedeutenden oder lediglich untergeordneten Teil der Wertschöpfungskette darstell[en]“²⁵. Dies schränkt das Haftungsregime erheblich ein.

Zudem wird kritisiert, dass der sachliche Anwendungsbereich zu eng gefasst ist und keinen ausreichenden Schutz für Umwelt, Klima und Personen bietet.²⁶ Art 15 des LKRL-E normiert etwa, dass Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der RL fallen, einen Plan festlegen müssen, in dem sie ihr Geschäftsmodell mit den Pariser Klimazielen in Einklang bringen. Dies bereitet nicht nur Schwierigkeiten bei der Umsetzung (wie bricht man etwa die Eindämmung der Erderwärmung auf 1,5°C auf ein Unternehmen herunter), sondern auch in der tatsächlichen Durchsetzung (diese Bestimmungen sind nicht direkt dem Sorgfaltpflichtenprozess unterworfen).

Auf menschen- und umweltrechtlicher Ebene findet sich ein Verweis auf internationale Übereinkommen im Anhang des LKRL-E in Art 3 lit b und c, die den Sorgfaltsmaßstab bilden. Verwiesen wird etwa auf die allgemeine Erklärung der Menschenrechte²⁷, die Deklaration der Rechte indigener Völker²⁸ oder die UN-Kinderrechtskonvention²⁹. „Ironisch“³⁰ ist jedoch hierbei, dass auf europäische oder EU-Menschenrechtsinstrumente, wie die EMRK, die europäische Sozialcharta oder die GRC³¹ kein Bezug genommen wird, was zusätzliche Schutzlücken bergen könnte.

3. Welthandelsrecht und Menschenrechtsschutz

Eine zentrale Rolle für die Verwirklichung fairer Globalisierung spielt in der Praxis das Welthandelsrecht. Die Handelsbeziehungen der EU sind von Wertschöpfung im globalen Süden geprägt. Rund 60 % der Handelsabkommen der EU wurden mit Entwicklungs- und Schwellenländern geschlossen.³² Die zentralen Abkommen GATT und GATS³³ schüt-

24 Eine Definition der Wertschöpfungskette findet sich etwa in Art 3 lit g LKRL-E.

25 Art 3 lit f LKRL-E.

26 *European Coalition for Corporate Justice*, Dangerous gaps undermine EU Commission's new legislation on sustainable supply chains, www.corporatejustice.org/news/dangerous-gaps-undermine-eu-commissions-new-legislation-on-sustainable-supply-chains/ (16.7.2022).

27 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 10.12.1948, A/RES/217 A (III).

28 Deklaration über die Rechte der indigenen Völker, 13.9.2007, A/RES/61/295.

29 VN-Generalversammlung, Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 20.11.1989, A/RES/44/25.

30 *Hartmann/O'Brien*, The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes, EJIL:Talk! 19.5.2022, www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/ (15.10.2022).

31 Mit Ausnahme des Schutzes der Privatsphäre und personenbezogener Daten.

32 S WTO, Regional Trade Agreements Database, www.rtais.wto.org/UI/PublicAllRTAList.aspx (27.6.2022).

33 General Agreement on Tariffs and Trade 1948, BGBl 1951/254 und General Agreement on Trade in Services 1995, BGBl 1995/1.

zen und fördern Handel und Dienstleistungserbringung gegen ungerechtfertigte staatliche Hemmnisse und Beschränkungen jeglicher Art. Außerhalb des Handels liegende Interessen (*non-trade values*) stehen damit in einem Spannungsverhältnis, welches Gegenstand anhaltender Diskussionen ist.³⁴

3.1. Unmittelbare Bindung und Ausgleichsmöglichkeiten

Die originäre Bindung der MS der Welthandelsorganisation (WTO) an die Menschenrechte findet ihre Grenzen dort, wo das *ius cogens*³⁵ endet. Jene Menschenrechte, die aus Sicht des Völkerrechts zwingend sind, beschränken sich auf den Schutz vor Völkermord, Sklaverei, systematischer Folter und systematischer Rassendiskriminierung.³⁶ Dass diese unmittelbare Bindung jedenfalls weit hinter einem „universellen“ Menschenrechtsschutz zurückbleibt, ist nicht anzuzweifeln.

Bereits in die Präambel des Übereinkommens zur Errichtung der WTO wurde das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung aufgenommen.³⁷ Dieses verlangt einen Ausgleich zwischen ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen.³⁸ Globale Wertschöpfung und Menschenrechtsschutz stehen dementsprechend im Lichte des Welthandelsrechts in einem Spannungsverhältnis zueinander, schließen einander aber nicht zwingend aus. Ein Verständnis der Abkommen als sogenannte *living instruments*, dh die Auslegung in einem zeitlichen und gesellschaftlichen Kontext, ist jedenfalls erforderlich, um den Anforderungen einer globalisierten Welt zu entsprechen.³⁹

Der Abschluss eines verbindlichen Abkommens zur abschließenden Regelung von Wirtschaft und Menschenrechten ist bisher nicht geglückt. Die 2014 vom UN-Menschenrechtsrat eingerichtete intergouvernementale Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung eines solchen Abkommens⁴⁰ legte 2021 einen *revised draft*⁴¹ vor, der allerdings bisher nicht angenommen wurde.⁴²

Die Berücksichtigung von *non-trade values* erfolgt im Welthandelsrecht bis heute weitestgehend nicht auf Tatbestandsebene, allerdings ist eine graduelle Ausweitung der Rechtfertigungsmöglichkeiten nationaler Maßnahmen zum Schutz nichthandelsrechtli-

34 Vgl etwa *Anderson/Blackhurst*, Trade, Environment and Public Policy, in *Anderson/Blackhurst*, The Greening of World Trade Issues (1992), 3 ff; *Faßbender*, Welthandelsrecht und Menschenrechte – ein Gegensatz?, JZ 2006, 1100 (1100); aktuell *Brauneck*, Menschenrechte des EU-China-Investitionsabkommens am Beispiel des CAI – Handelshemmnis oder Exportschlagler? EuZW 2021, 750.

35 *Ius cogens* iSd Art 53 S 2 Wiener Vertragsrechtskonvention sind „*zwingende Norm[en] des allgemeinen Völkerrechts*“.

36 *Faßbender*, JZ 2006, 1100 (1103) mwN.

37 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization: „*in accordance with the objective of sustainable development*“.

38 *Bäumler*, Nachhaltiges Wirtschaften in globalen Lieferketten: Gesetzliche Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Lichte des WTO-Rechts, AVR 2020, 473 mwN.

39 *Bäumler*, AVR 2020, 475.

40 Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, eingerichtet durch VN-Menschenrechtsrat, 14.7.2014, A/HRC/RES/26/9.

41 Text of the third revised draft legally binding instrument with the concrete textual proposals submitted by States during the seventh session, A/HRC/49/65/Add.1.

42 Stand 1.9.2022.

cher Werte und Interessen zu erkennen.⁴³ In diesem Zusammenhang kommt es auf die Wichtigkeit des nichthandelsrechtlichen Schutzgutes an. Der Appellate Body – die Berufungsinstanz des WTO-Streitbeilegungsmechanismus⁴⁴ – hat dahingehend ausgesprochen: „The more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as ‘necessary’ a measure designed as an enforcement instrument.“⁴⁵ Diese Erwägungen bezogen sich auf die Schonung und Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen. Ähnliche Schlüsse sind hinsichtlich einer nachhaltigen Entwicklung im Kontext des Menschenrechtsschutzes denkbar und in einer zunehmend globalisierten Konsumkultur jedenfalls erforderlich.⁴⁶

3.2. Richtlinien, Umsetzungsgesetze und Welthandelsrecht

In Anbetracht dieser Öffnung des Welthandelsrechts hinsichtlich der Berücksichtigung von *non-trade values* als Rechtfertigung notwendiger nationalgesetzlicher Handelshemmnisse⁴⁷ ist die Vereinbarkeit nationaler Umsetzungsgesetze des LKRL-E im Bereich Menschenrechts- und Umweltschutz mit dem Welthandelsrecht anzunehmen. Nicht zu vernachlässigen sind allerdings die verbleibenden Schutzlücken in den durch den Richtlinienentwurf nicht berücksichtigten Bereichen.⁴⁸

Ausgehend von der Annahme des LKRL-E und einer nachfolgenden Umsetzung in nationales Recht, ist die extraterritoriale Regulierungswirkung nationaler Rechtsvorschriften nicht zu unterschätzen. Darunter ist die Wirkung einer Vorschrift auf Sachverhalte zu verstehen, die außerhalb des Hoheitsgebiets liegen, in dem die Vorschrift erlassen wurde.⁴⁹ In der Entscheidung *US – Tuna II (Mexico)*⁵⁰ hat der Appellate Body klargestellt, dass die Rechtfertigung notwendiger staatlicher Maßnahmen trotz extraterritorialer Regulierungswirkung nicht ausgeschlossen ist.⁵¹ Im Hinblick auf die Regelung umfassender Sorgfaltspflichten von Unternehmen mit extraterritorialer Regulierungswir-

43 *Bäumler*, AVR 2020, 474.

44 Als Grundrechtsgerichte sind die Schiedsgerichte des welthandelsrechtlichen Streitbeilegungsmechanismus nicht geeignet. Der Inhalt ihrer Entscheidungen beschränkt sich auf Empfehlungen, die angefochtenen Handelspraktiken mit dem Recht der WTO in Einklang zu bringen. Sanktioniert wird die Nichteinhaltung dieser Empfehlungen idR durch die Suspendierung von Zugeständnissen in Zollangelegenheiten.

45 Appellate Body 10.1.2001, WT/DS161/AB/R, *United States vs Republic of Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, Rz 162.

46 Vgl zB *Bäumler*, AVR 2020, 476 zur Erheblichkeit des Umweltschutzes für die globale Gemeinschaft und der zunehmend auf Nachhaltigkeit ausgerichteten Entwicklung der WTO. Zur Erforderlichkeit der nachhaltigen Entwicklung im Kontext des Menschenrechtsschutzes siehe zB UN *The Highest Aspiration: A Call To Action For Human Rights*, 4.

47 Die Rechtfertigungsschwelle ist in diesem Bereich vergleichsweise niedrig.

48 S hierzu Pkt 3.

49 *Ankersmit/Lawrence/Davies*, *Diverging EU and WTO perspectives on extraterritorial process regulation*, *Minnesota Journal of International Law Online* 2012, 17 (23).

50 Appellate Body 17.1.2019, WT/DS381/49/Rev.1, *United States vs Mexico – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*.

51 *Safonis/Ziegler*, „Tuna-Dolphin Forever“? *The Development of the PPM Debate Related to Trade and Environment in the WTO*, *Indian Journal of International Economic Law* 2020, 107 (126 f) mwN.

kung bleibt offen, ob in künftiger Rsp ähnlich entschieden wird.⁵² Wünschenswert wäre eine Entwicklung in diese Richtung jedenfalls.

4. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz

Im Unterschied zu dem im LKRL-E vorgesehenen stark eingeschränkten Anwendungsbereich sehen die *Ruggie*-Prinzipien Sorgfaltspflichten für alle Unternehmen vor. Unabhängig von Größe, Sektor und operativem Umfeld, Eigentumsverhältnissen und Unternehmensstruktur haben alle Wirtschaftsunternehmen zur Achtung der Menschenrechte erforderliche Maßnahmen zu ergreifen.⁵³ Es sind eine *due diligence*-Prüfung hinsichtlich negativer Auswirkungen wirtschaftlicher Handlungen durchzuführen und Maßnahmen zu deren Mitigation zu ergreifen.⁵⁴ Neben der Inpflichtnahme von Wirtschaftstreibenden haben Staaten sicherzustellen, dass Menschenrechte und Grundfreiheiten geachtet werden und deren Schutz gewährleistet ist. Rechtsunterworfenen ist angemessene und wirkungsvolle Abhilfe bei Verletzung ihrer Rechte zur Verfügung zu stellen.⁵⁵ Allerdings sind die *Ruggie*-Prinzipien nicht als bindendes völkerrechtliches Abkommen zu qualifizieren. Vielmehr stellen diese *soft law* dar und entfalten – neben einer gewissen Steuerungswirkung – mangels Erlassung eines verbindlichen Rechtsakts keine unmittelbare Geltung. Neben den *Ruggie*-Prinzipien nehmen die „Leitsätze für multinationale Unternehmen“ der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)⁵⁶, die „Dreiteilige Grundsatzerklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik“ der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)⁵⁷ sowie die Kernarbeitsnormenerklärung der ILO⁵⁸ eine zentrale Rolle im internationalen Diskurs zum Menschenrechtsschutz ein. Die Leitsätze der OECD entfalten insofern mittelbare Bindungswirkung, als dass Staaten vereinzelt deren Berücksichtigung als Voraussetzung für die Vergabe von Investitionsschutzgarantien und Exportsubventionen vorsehen.⁵⁹ Daneben sehen sie die Einrichtung sogenannter *National Contact Points* als außergerichtliche Schlichtungseinrichtungen vor.⁶⁰ Verbraucher:innenbeschwerden und Vermittlungsverfahren vor diesen Kontaktstellen können zu erheblichen negativen Auswirkungen auf den Ruf betreffender Unternehmen führen, weshalb ein Eigeninteresse an der Einhaltung der Leitsätze besteht.⁶¹

52 Vgl *Safonis/Ziegler*, *Indian Journal of International Economic Law* 2020, 126.

53 *UN High Commissioner on Human Rights*, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, HR/PUB/11/04, 2011.

54 *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 17 f.

55 *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 25.

56 *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011).

57 *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* (2017).

58 *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 1998.

59 *Hardeck*, Die Empfehlungen der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen im Bereich der Besteuerung – Inhalt, Risiken und Implikationen für international tätige Unternehmen, *ISr* 2011, 933 (939).

60 *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011, S 78.

61 Vgl *Thomale/Murko*, Unternehmerische Haftung für Menschenrechtsverletzungen in transnationalen Lieferketten, *EuZA* 2021, 40 (43).

Die Kernarbeitsnormenerklärung der ILO enthält ihrerseits *fundamental rights*, die ungeachtet einer Ratifizierung der Erklärung von allen MS der ILO zu achten sind.⁶² Diese beinhalten insb eine Vereinigungs- und Kollektivverhandlungsfreiheit, das Verbot und die Abschaffung aller Formen von Zwangs- und Kinderarbeit sowie ein Diskriminierungsverbot und das Recht auf ein sicheres und gesundes Arbeitsumfeld.⁶³ Obwohl diesen Rechten aufgrund ihrer verpflichtenden Beachtung durch ILO-Mitglieder auch ohne Ratifizierung jedenfalls eine gewisse Bindungswirkung zukommt, ist die Kernarbeitsnormenerklärung – wie auch die anderen genannten völkerrechtlichen Instrumente zum Menschenrechtsschutz – dem *soft law* zuzuordnen. Es verbleibt daher die Notwendigkeit der nationalgesetzlichen Umsetzung und/oder freiwilligen Beachtung durch multinationale Wirtschaftsunternehmen. Fest steht, dass das so entstehende Schutzniveau weit hinter jenem eines „jedem Menschen“ zukommenden Grundrechts auf faire Globalisierung zurückbleibt.

5. Definition und Inhalt des Grundrechts auf faire Globalisierung

Nach dem Art 5 soll jeder Mensch das Recht haben, dass ihm nur solche Waren und Dienstleistungen angeboten werden, die unter Wahrung der universellen Menschenrechte hergestellt und erbracht werden. Ziel dieses Grundrechts ist es, Menschenrechtsverstöße, die zumeist außerhalb der EU bei der Herstellung und/oder Lieferung von Waren stattfinden, zu verhindern. Konkret soll das Recht Menschen in der EU die Möglichkeit bieten, gegen solche Menschenrechtsverstöße vorzugehen und somit ein „prokuratorisches Recht“⁶⁴ daraus ableitbar sein. Dieser vorgeschlagene subjektive Anspruch soll Art 5 wohl auch von einem bloßen Grundsatz iSd Art 52 Abs 5 GRC abgrenzen.⁶⁵ Der Anspruch *Schirachs* ist es, die GRC um ein solches Grundrecht zu erweitern. Dies trifft insoweit den gesellschaftlichen Zeitgeist, als der Ruf nach einer vermehrten Regelung von Sorgfaltspflichten der Unternehmen immer lauter wird.⁶⁶ Ob dieses Recht jedoch ein Grundrecht iSd GRC darstellen kann, kann (und muss) zurecht bezweifelt werden. So wird etwa die Reichweite von Grundrechten – die sich bisher weitgehend auf Abwehrrechte jedes/jeder Einzelnen gegen Verletzungen durch den Staat⁶⁷ sowie staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten beschränkt – deutlich ausgeweitet. Der Grundrechtskanon geht davon aus, dass großen Unternehmen durch staatliche Maßnahmen insofern Einhalt geboten werden kann, als diese durch mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gebunden und Personen so vor Grundrechtseingriffen geschützt sind.⁶⁸ Hiervon geht auch Art 51 GRC aus, der den Anwendungsbereich der Charta einerseits für Unionsorgane, andererseits aber auch für MS bei der Durchführung des Unionsrechts eröffnet. Die Durchführung

62 ILO Declaration 6.

63 ILO Declaration 6.

64 *Klinger in Kersten*, Zu Ferdinand von Schirachs „Jeder Mensch“ (2021) Art 4 NGfE 21.

65 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU⁴ (2021) Art 52 Rz 68 f.

66 S in Österreich etwa die Initiative Lieferkettengesetz Österreich, lieferkettengesetz.at (27.6.2022).

67 *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz⁴ (2019) 17.

68 *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz 35 f.

von Unionsrecht als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der GRC wird in der Rsp des EuGH weit verstanden und kann auch bereits dann vorliegen, wenn eine nationale Maßnahme den Anwendungsbereich des Unionsrechts nur berührt.⁶⁹ Grundrechtsverpflichtet sind primär MS und Unionsorgane. In der heutigen vernetzten Welt verfügen multinational agierende Unternehmen allerdings nicht selten über größeres Kapital und damit einhergehend über eine größere Macht als einzelne Staaten. Unternehmen müssen somit als moralische Verantwortungsträger gesehen werden, da diese durch ihr Handeln gestaltend in das globale Geschehen eingreifen und somit auch eine gewisse moralische Verantwortung tragen.⁷⁰ Der jüngeren Rsp des EuGH zufolge kann auch eine unmittelbare Drittwirkung zumindest argumentiert werden.⁷¹ Zwar findet sich eine dahingehende Öffnung bisher nur in wenigen Fällen, die Tendenz, auch Private, die über kollektive Regelungsmacht verfügen, als Grundrechtsverpflichtete zu sehen, wäre wohl insb in diesem Fall, eine ausreichende Konkretisierung vorausgesetzt, zweckmäßig.⁷²

Das Grundrecht auf faire Globalisierung ist als Jedermannsrecht konzipiert, da laut Formulierung Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder anderer Merkmale als Grundrechtsträger:innen gelten.⁷³ Hinsichtlich der unmittelbaren Betroffenheit drängt sich aber die Frage auf, ob Personen, die in der EU von einem Unternehmen Waren erwerben bzw angeboten bekommen, in ihren Grundrechten verletzt sein können. Ob der bloße Kauf einer Jeans durch EU-Endverbraucher:innen, die unter Missachtung universeller Menschenrechte produziert wurde, die Käufer:innen in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt und somit der persönliche Anwendungsbereich eröffnet werden kann, würde eine mehr als weite Auslegung bedeuten. Auch bzgl der Definition des vorgeschlagenen Grundrechts auf faire Globalisierung und dessen Formulierung bestehen offene Fragen. Verboten wird der Verkauf von Waren, die unter Missachtung der universellen Menschenrechte hergestellt werden. Unklar ist, welche Menschenrechte in dieses Verbot einbezogen werden und ob der Grundrechtsbestand der Union, jener der einzelnen MS, oder ähnlich dem LKRL-E, völkerrechtliche Abkommen und Verträge zur Beurteilung herangezogen werden. Zudem ist der universelle Anspruch der Menschenrechte weitgehend umstritten.⁷⁴ Das Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit sowie das Verbot von Kinderarbeit finden sich bspw in der GRC.⁷⁵ Ein Verweis auf diese „Fundamentalgarantien“⁷⁶ der GRC, und auch jene der EMRK, würde der Bestimmung wohl mehr

69 EuGH 26.2.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rz 21 ff.

70 *Neuhäuser*, Politische Unternehmensverantwortung und Menschenrechte, in *Seibert-Fohr*, Entgrenzte Verantwortung (2020) 156.

71 Bejaht wurde dies etwa beim Anspruch auf Jahresurlaub gem Art 31 Abs 2 GRC und bei den Diskriminierungsverboten des Art 21 Abs 1 GRC; EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, Rn 84 und EuGH 15.1.2014, C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2, Rn 47.

72 *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 51 Rz 59 (Stand 1.4.2019, rdb.at); s auch *Obwexer*, Der Schutz der Grundrechte durch den Gerichtshof der EU nach Lissabon, ZÖR 2013, 487 (511); *Kopetzki*, Das Grundrecht auf Jahresurlaub: Neues zur Charta und ihrer Drittwirkung, *ecolex* 2019, 97 (98 f).

73 *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 51 Rz 67 (Stand 1.4.2019, rdb.at).

74 S etwa ausführlich zu dieser Diskussion *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz 21 ff.

75 Art 5 und Art 32 GRC.

76 *Breuer*, § 8 Menschenwürde und weitere Fundamentalgarantien in *Grabenwarter*, Enzyklopädie Europarecht, Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz² (2021) Rz 3 ff.

Potential für eine tatsächliche Anwendbarkeit geben. Hervorzuheben ist außerdem, dass auch Drittstaatsangehörige grundrechtsberechtigt sein können, solange sie von Unionsrecht betroffen sind.⁷⁷ Schutzpflichten von Drittstaaten können aus den Unionsgrundrechten jedoch nicht abgeleitet werden.⁷⁸

Wie dargestellt bestehen bei dem Vorschlag, Art 5 in den Bestand der GRC aufzunehmen, einige Hürden. Insbesondere bestehen diese aufgrund der wenig konkreten Formulierung, der mangelnden Definition des Schutzbereichs und in dem Anspruch, dass Unionsbürger:innen bzw Personen, die in den Schutzbereich der GRC fallen, einen „prokuratorischen Anspruch“ auf Durchsetzung dieses Rechts für andere haben. Wir halten deshalb die Suche nach bzw das Stärken von Alternativen, abseits der Grundrechtsebene, für sinnvoll. Nichtsdestotrotz ist der Vorschlag ein wichtiger und notwendiger Anstoß für weitere Debatten.

6. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Sicherung der Achtung von Menschenrechten in einer globalisierten, von Wertschöpfung in Billiglohnländern geprägten Konsumgesellschaft jedenfalls erforderlich ist. Die Inpflichtnahme von multinational agierenden Unternehmen ist aufgrund ihrer enormen faktischen Macht ebenso unerlässlich. Das Grundrecht auf faire Globalisierung in dem von *Schirach* vorgeschlagenen Wortlaut in die GRC aufzunehmen, wäre allerdings aufgrund der (zurecht) restriktiven Annahme unmittelbarer Drittwirkung sowie der sich ergebenden Probleme im persönlichen und sachlichen Schutzbereich nicht zielführend. Nichtsdestotrotz liefert *Schirach* einen wichtigen Denk- und Diskussionsanstoß hin zu nachhaltiger und fairer Globalisierung. Ambitionierte Bestrebungen der Regelung unternehmerischer Schutz- und Sorgfaltpflichten auf europäischer Ebene, wie der LKRL-E, sind ebenso erforderlich wie auf völkerrechtlicher Ebene. Ob und mit welchem Wortlaut der LKRL-E letztendlich beschlossen und umgesetzt wird, bleibt jedoch abzuwarten. Zu begrüßen ist insb die zunehmende Diskussion und Berücksichtigung nichthandelsrechtlicher Interessen und Werte im WTO-Streitbeilegungsmechanismus. Demgegenüber ist und kann es nicht (primäre) Aufgabe des Welthandelsrechts sein, Schutz- und Durchsetzungslücken des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes zu schließen. Aus diesem Grund bleibt auch auf völkerrechtlicher Ebene die Verabschiedung eines verbindlichen Abkommens zur abschließenden Regelung von Wirtschaft und Menschenrechten unerlässlich.

Mag.^a Viktoria Baumgartl arbeitet als Universitätsassistentin prae doc an der WU Wien; viktor.baumgartl@wu.ac.at
Sophie Praniess, LL.M. (WU) arbeitet als Universitätsassistentin prae doc an der WU Wien; sophie.pranies@wu.ac.at

⁷⁷ Nowak, § 9 Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten, in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2020) Rz 12.

⁷⁸ *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 51 Rz 73.

Artikel 6 – Grundrechtsklage

Braucht das Rechtsschutzsystem der EU eine Grundrechtsklage?

Maria Berger / Roman Friedrich

1. Einleitung

Mit Art 6 schlägt *Ferdinand von Schirach* eine Grundrechtsklage vor: „Jeder Mensch kann wegen systematischer Verletzungen dieser Charta Grundrechtsklage vor den Europäischen Gerichten erheben.“ Der vorliegende Beitrag setzt sich mit dieser sehr allgemeinen Forderung auseinander und wählt – da dieser Vorschlag so offen (arg „jeder Mensch“) und vage (arg „systematischer Verletzungen dieser Charta [...] vor den Europäischen Gerichten“) formuliert ist – einen anderen, eventuell sogar umgekehrten Weg: Nach einer Einführung in die traditionellen prozessrechtlichen Instrumente des Unionsrechts, wird gezeigt, wie diese für eine Herantragung von Grundrechtsfragen an den Gerichtshof der EU bisher genutzt wurden und zwei Lösungsansätze diskutiert. Der Beitrag kann dabei keine abschließende Antwort geben, sondern endet vielmehr mit Anregungen für die weitere Diskussion im Hinblick auf eine bessere Durchsetzbarkeit von Grundrechten im Recht der EU.

2. Hintergrund

Mit dem Vertrag von Lissabon 2009 erfolgte die Erhebung der EU-Grundrechtecharta (GRC) in den Rang von Primärrecht.¹ Auch wenn die Rechtsordnung der Union und der Gemeinschaften bereits zuvor von einem Grundrechtsfundament getragen wurde² und die GRC im Wesentlichen bereits in anderen Rechtsquellen³ bestehende Rechte abbildet,⁴ bedeutete diese erstmalige Verankerung eines rechtsverbindlichen genuin EU-rechtlichen Grundrechtekatalogs⁵ eine signifikante Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes in der Union, die den Status der Union als Grundrechtsverbund⁶ komplettierte. Die Ope-

1 Art 6 Abs 1 EUV.

2 Vgl *Winkler* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 6 EUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 13 mwN; vgl auch *Holoubek*, Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte, in *Griller/Rill*, Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft (1997) 73 (76 ff).

3 Zuvorderst ist hier die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) zu nennen.

4 Präambel der GRC; *Wimmer*, Die Normenkontrollkompetenzen der 166 österreichischen Grundrechtsgerichte, in *Kahl/Raschauer/Storr*, Grundsatzfragen der Europäischen Grundrechtecharta (2013) 87 (88).

5 *Thiele*, Kohärenz von EU-Grundrechtecharta und EMRK, in *Nowak/Thiele*, Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union (2019) 45.

6 Vgl *Winkler* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 6 EUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 15 ff.

rationalisierung wurde dem EuGH überantwortet, der eine „kraftvolle und überzeugende Grundrechtsjudikatur“⁷ und eine kohärente Grundrechtsdogmatik auf Grundlage der GRC entwickeln sollte.⁸ Von einer Änderung des Rechtsschutzsystems war dieser Entwicklungsschub jedoch nicht begleitet. Die Durchsetzung der in der GRC verankerten Rechte⁹ muss mit den traditionellen unionsrechtlichen Rechtsbehelfen erfolgen. Das sind im Wesentlichen das Vorabentscheidungsverfahren, die Nichtigkeitsklage und das Vertragsverletzungsverfahren – mit ihren Stärken und Schwächen.

Diese traditionellen Formen haben in vielen Konstellationen den materiellen Mehrwert der GRC durchaus wirksam zur Geltung gebracht und dazu beigetragen, der GRC zur Anwendung zu verhelfen. Kaum ein Artikel der GRC blieb bisher unangewendet, der EuGH selbst hat seit ihrem Inkrafttreten eine reichhaltige Judikatur entwickelt,¹⁰ die sehr oft eine zusätzliche Verbesserung der Position der Grundrechtsberechtigten brachte.¹¹

Der Vollständigkeit halber ist jedoch zu ergänzen, dass es primär die mitgliedstaatlichen Gerichte sind, die die GRC anwenden müssen und auch tatsächlich anwenden.¹² Die GRC bindet nämlich sämtliche nationale Gerichte¹³ und Behörden und beansprucht in jedem einzelnen Verfahren Anwendungsvorrang, wenn widersprechendes nationales Recht entgegensteht.¹⁴ Seit 2012 bilden die Grundrechte der GRC auch einen Prüfungsmaßstab für den österreichischen VfGH, sofern und soweit „die betreffende Garantie der Grundrechte-Charta in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht.“¹⁵

Dem dezentralen Rechtsschutz der Union¹⁶ entsprechend, wenden die Gerichte der MS die GRC an und scheinen dieser auch zunehmend offener gegenüberzustehen.¹⁷ Gleichzeitig führt diese gesteigerte Anwendung in den einzelnen MS jedoch auch zu einem uneinheitlichen Bild der GRC und ihrer einzelnen Bestimmungen.¹⁸

7 Kühling, Kernelemente einer kohärenten EU-Grundrechtsdogmatik in der Post-Lissabon-Ära, ZÖR 2013, 469 (470).

8 Riedel, Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH (2020) 5.

9 Die GRC enthält neben Rechten auch Grundsätze, die durch Gesetzgebungs- und Vollziehungsakte der Unionsorgane sowie durch Akte der MS zur Durchführung des Rechts der Union umzusetzen sind (Art 52 Abs 5 GRC) und keine subjektiven Rechte begründen, *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar Art 51 (Stand 1.4.2019, rdb.at) Rz 60.

10 Riedel, Die Grundrechtsprüfung 17 ff, 467; *Toggenburg*, The Charter at national level: from an ‘unchartered territory’ to a revised Charter Strategy, in *Nowak/Thiele*, Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union (2021) 165 (166).

11 Vgl Riedel, Die Grundrechtsprüfung 462.

12 S bereits EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, Rn 24; 26.2.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn 45 mwN.

13 *Wimmer* hat 166 solcher Gerichte gezählt, *Wimmer* in *Kabl/Raschauer/Storr* 107.

14 *Wimmer* in *Kabl/Raschauer/Storr* 93 f.

15 VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua; kritisch zu diesem Ansatz ua *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, ZÖR 2012, 587.

16 Vgl EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, Rn 21, 23; *Toggenburg* in *Nowak/Thiele*, Effektivität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union (2021) 165 (167).

17 *Toggenburg*, in *Nowak/Thiele*, Effektivität des Grundrechtsschutzes 165 (170).

18 Vgl grundlegend *Bobek/Adams-Prassl*, The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States (2020) insb 559 ff; s auch *FRA*, Fundamental Rights Report 2018, 36 ff.

Trotz dieser extensiven Anwendung der GRC durch die europäischen und MS Gerichte, plädiert *Schirach* für die Einführung einer eigenen Grundrechtsklage.¹⁹ Im Folgenden wird untersucht, ob es eine solche Grundrechtsklage tatsächlich braucht und die These vertreten, dass es jedenfalls nicht zutrifft, dass die GRC derzeit nicht (effektiv) eingeklagt werden könnte.

3. Klagearten und Verfahrensarten vor dem EuGH

Auch wenn mitunter die Gerichte der MS die GRC sowie allgemein die unionsrechtlich garantierten Grundrechte zur Anwendung bringen, obliegt ihre Auslegung letztlich dem EuGH, der in Bezug auf das Unionsrecht die oberste Auslegungsinstanz darstellt.²⁰ Diese zentrale Funktion, die – soweit Grundrechte betroffen sind – mit jener eines Verfassungsgerichts vergleichbar ist,²¹ übt der Gerichtshof im Rahmen der für ihn primärrechtlich vorgesehenen Verfahrensarten aus. Dies sind das Vorabentscheidungsverfahren (Art 267 AEUV), die Nichtigkeitsklage (Art 263 AEUV) sowie das Vertragsverletzungsverfahren (Art 258 AEUV).²² Eine genuin auf die Geltendmachung von EU-Grundrechten zugeschnittene Verfahrensart gibt es indes (derzeit) nicht.

Das Vertragsverletzungsverfahren räumt der Europäischen Kommission (EK) und den MS die Möglichkeit ein, mitgliedstaatliche Vertragsverstöße aufzugreifen und zu rügen.²³ Die sogenannte Aufsichtsklage²⁴ stellt das wichtigste Instrument der EK dar, um die Beachtung und Durchsetzung des Unionsrechts und damit die Vertragstreue in den und durch die MS sicherzustellen.²⁵ Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens ist die Behauptung, ein MS habe „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen“; Prüfungsmaßstab des Vertragsverletzungsverfahrens ist das gesamte Unionsrecht, einschließlich des Primärrechts,²⁶ zu dem auch die GRC zählt. Stellt der EuGH eine Vertragsverletzung fest, so ist der MS zu deren Abstellung verpflichtet, widrigenfalls nach einer erneuten Feststellung der Pflichtverletzung ein Zwangsgeld verhängt werden kann.²⁷

Im Rahmen der Nichtigkeitsklage werden Handlungen der Unionsorgane auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Bestimmte „privilegierte Kläger“, wie die MS oder bestimmte Unionsorgane,²⁸ können die abstrakte Rechtsaktkontrolle erwirken, ohne die Verletzung

19 IdS etwa *Dewerne*, Jeder Mensch: Bestsellerautor Ferdinand von Schirach fordert neue Grundrechte für uns alle, www.esquire.de/entertainment/kultur/ferdinand-von-schirach-jeder-mensch-grundrechte (14.8.2022).

20 Vgl Art 19 Abs 1 S 2 EUV; vielfach wird dem EuGH gar das „Auslegungsmonopol“ zugeschrieben, s *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis (2021) 704.

21 Vgl *Nehl* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 19 EUV (Stand 1.3.2020, rdb.at) Rz 5.

22 Auf die Amtshaftungsklage und die Untätigkeitsklage, hier bloß peripher relevant, soll nicht näher eingegangen werden.

23 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² (2020) Rz 507.

24 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 507.

25 *Nehl* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 19 EUV (Stand 1.3.2020, rdb.at) Rz 5.

26 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 516.

27 Art 260 Abs 2 AEUV.

28 Vgl Art 263 Abs 2 AEUV.

eigener Rechte oder Interessen geltend machen zu müssen.²⁹ Darüber hinaus ist im System der Nichtigkeitsklage Individualrechtsschutz möglich, dies jedoch unter erschwerten Voraussetzungen: Sofern der bekämpfte Rechtsakt den:die Kläger:in nicht direkt adressiert³⁰, wie etwa Beschlüsse gemäß Art 288 Abs 4 EUV,³¹ so muss er ihn oder sie unmittelbar und individuell betreffen. Dazu ist erforderlich, dass der Rechtsakt selbst und nicht erst eine später hinzutretende Durchführungsmaßnahme in den Kreis der Interessen des:r Klägers:in eingreift,³² und dass er „ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“³³ („*Plaumann*-Formel“)³⁴. Die Nichtigkeitsklage soll gerade keine *actio popularis* sein, die jedermann erlaubt, jeden Rechtsakt der Union anzufechten.³⁵

Auf Antrag eines Gerichts eines MS wiederum entscheidet der EuGH über die Auslegung des Primärrechts sowie die Gültigkeit und Auslegung des Sekundärrechts der Union. Die zentrale Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens liegt darin, einerseits die Kohärenz und die einheitliche Auslegung des Unionsrechts und letztlich seine volle Geltung und Autonomie in allen MS sowie seinen eigenständigen Charakter zu garantieren und andererseits die Kooperation und den bilateralen Dialog zwischen EuGH und nationalen Gerichten herzustellen.³⁶ Dies bringt in vielen Fällen auch eine Verbesserung der Rechtsschutzposition der Einzelnen mit sich, die insofern in die Durchsetzung des Unionsrechts eingebunden werden.³⁷ Sind die nationalen Gerichte bei der Prüfung entscheidungserheblicher Fragen des Unionsrechts mit Unklarheiten konfrontiert, so sind sie nämlich befugt (und tw verpflichtet³⁸), die Frage(n) dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.³⁹ Dieser stellt in weiterer Folge verbindliche Auslegungsmaßstäbe auf, welche das nationale Gericht nach diesem Zwischenverfahren anzuwenden hat.

4. Rechtsstaatlichkeitsmechanismus – ein politisches Instrument für systematische Verletzungen

Der von *Schirach* vorgeschlagene Artikel geht jedoch weiter: Er möchte „systematische“ Grundrechtsverletzungen adressieren. Zu diesem Zweck gibt es bislang keine spezifische

29 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 528, 540.

30 Art 263 Abs 4 Z 1 AEUV.

31 Vgl *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 263 AEUV (Stand 1.7.2014, rdb.at) Rz 43.

32 EuGH 17.1.1985, 11/82, *Piraiki-Patraiki*, ECLI:EU:C:1985:18, Rn 7.

33 EuGH 15.7.1963, 25/62, *Plaumann*, ECLI:EU:C:1963:17.

34 Vgl *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 263 AEUV (Stand 1.7.2014, rdb.at) Rz 53 ff.

35 *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 263 AEUV (Stand 1.7.2014, rdb.at) Rz 51.

36 *Nehl* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 19 EUV (Stand 1.3.2020, rdb.at) Rz 5; vgl auch EuGH 6.3.2018, C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, Rn 35–37.

37 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 584.

38 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 590.

39 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 584.

Klageart im Unionsrecht, jedoch dient der Rechtsstaatlichkeitsmechanismus des Art 7 EUV dazu, „systematische“ Werteverletzungen zu adressieren. Nach diesem kann der Rat auf Vorschlag bestimmter Organe mit Vier-Fünftel-Mehrheit nach Zustimmung des Europäischen Parlaments (EP) feststellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art 2 EUV genannten Werte durch einen MS besteht; einstimmig⁴⁰ ist sodann die Feststellung der Verletzung selbst möglich (Art 7 Abs 1 f EUV). Zu den Werten des Art 2 EUV zählt als Teilaspekt der Rechtsstaatlichkeit zweifellos auch die umfassende Wahrung der Grundrechte.⁴¹ Die Feststellung der Verletzung von Werten der Union bewirkt, dass der Rat bestimmte vertragliche Rechte des MS mit qualifizierter Mehrheit aussetzen kann, einschließlich der Stimmrechte des Vertreters der Regierung dieses MS im Rat (Art 7 Abs 3 EUV). Angesichts der Schwerfälligkeit des Art 7-Verfahrens hat der Unionsgesetzgeber ein sekundärrechtliches Instrumentarium geschaffen, um Verstöße gegen Werte der Union besser zu sanktionieren. Die Konditionalitätsverordnung⁴², die seit dem 1. Jänner 2021 in Kraft steht⁴³, ermöglicht Maßnahmen zum Schutz des Haushalts wie die Aussetzung von Zahlungen, falls Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit die finanziellen Interessen der EU beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen. Diese Sanktionsmechanismen sollen gegenüber bestimmten MS demnächst aktiviert werden.⁴⁴ Um eine echte, gerichtliche Klagemöglichkeit handelt es sich bei diesen Instrumenten jedoch nicht.

5. Problemstellungen: Grundsätzliches

Der Umstand, dass auch grundrechtliche Fragestellungen nur über die geläufigen Verfahrensarten vor den EuGH gelangen können, führt dazu, dass sich die bekannten Schwächen der bestehenden Klagsformen des Unionsrechts selbstverständlich auch auf die Durchsetzbarkeit der Grundrechte auswirken.

Beim Vertragsverletzungsverfahren liegt eine Schwäche zunächst in der sehr eng gefassten Aktivlegitimation, verbunden mit der weitgehenden Autonomie der EK, ein solches Verfahren einzuleiten. Die Alternative zur Aufsichtsklage der EK, die Staatenklage durch einen oder mehrere MS, wird aus politischen Gründen nur sehr zurückhaltend genützt.⁴⁵

40 Die Stimme des betroffenen MS wird nicht mitgezählt, Art 354 AEUV; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 121.

41 *Obuexer in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV (Stand 1.12.2020, rdb.at) Rz 33; vgl auch *Huber-Kowald in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 7 EUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 6.

42 Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des EP und des Rates vom 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABL L 2020/433I, 1.

43 Die Konditionalitätsverordnung wurde mittlerweile vom EuGH als primärrechtskonform erachtet, EuGH 16.2.2022, C-156/21, *Ungarn/EP*, ECLI:EU:C:2022:97.

44 *Makszimov*, EU-Kommission geht gegen Verstöße gegen Rechtsstaatlichkeit in Ungarn vor, Euractiv 6.4.2022, www.euractiv.de/section/europakompakt/news/eu-kommission-geht-gegen-verstoesse-gegen-rechtsstaatlichkeit-in-ungarn-vor (14.8.2022).

45 Vgl *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 507.

Dazu kommt, dass im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens nur (grundrechtliche) Rechtsverstöße der MS,⁴⁶ nicht aber von Unionsorganen, adressiert werden können. Überdies hat die Vertragsverletzungsklage eine ausschließlich objektiv-rechtliche Funktion, nämlich die gleichförmige Wahrung und Durchsetzung des Unionsrechts. Auf die unmittelbare Sicherstellung subjektiver Rechte kommt es im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens hingegen nicht an.⁴⁷

Bei der Nichtigkeitsklage wiederum ist es das Erfordernis der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit, das den Zugang zu dieser Klage für Einzelpersonen äußerst einschränkt. Insbesondere bei Gesetzgebungsakten ist die individuelle Betroffenheit, die Individualisierung des:r Klägers:in über das übliche Maß hinaus, schwer nachzuweisen. Zu erinnern ist überdies, dass mittels Nichtigkeitsklage von vornherein nur Rechtsakte der Union, nicht jedoch solche der MS, bekämpft werden können.⁴⁸

Zu den Schwächen zählt beim Vorabentscheidungsverfahren der Umstand, dass es, außer im Falle des Bestehens einer Vorlagepflicht, im Ermessen der nationalen Gerichte liegt, ob sie davon Gebrauch machen⁴⁹ und dass auch eine Verletzung der Vorlagepflicht insb letztinstanzlicher Gerichte letztendlich nur schwer sanktioniert werden kann: In Frage kommt ein Vertragsverletzungsverfahren,⁵⁰ das aber wiederum, wie soeben dargestellt, nicht von Individuen eingeleitet werden kann. Individuen haben qua Unionsrecht keinen subjektiven Anspruch auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens,⁵¹ jedoch können die nationalen Gerichte auf Basis des Unionsrechts sowie nationalen (Verfassungs-) Rechts zur Vorlage verpflichtet sein.⁵²

Die Problemstellungen rund um das Sanktionsverfahren des Art 7 EUV sind besonders gravierend. Wengleich in dessen Rahmen schwerwiegende Grundrechtsverletzungen eines Mitgliedstaates grundsätzlich adressiert werden können, zeichnet sich das Verfahren durch zahlreiche Hürden und eine außerordentliche Umständlichkeit aus. Das Verfahren ist bewusst politischen Entscheidungsträger:innen anvertraut⁵³, die zu überwindenden Mehrheiten sind sehr hoch, die Kriterien des Art 7 EUV sind schwammig und dem politischen Ermessen⁵⁴ überantwortet. Daher überrascht es nicht, dass die beiden bis dato initiierten Sanktionsverfahren, jene gegen Polen und Ungarn⁵⁵, bisher nicht ein-

46 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 507.

47 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 508.

48 *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 263 AEUV (Stand 1.7.2014, rdb.at) Rz 32.

49 Tatsächlich machen die nationalen Gerichte im Kontext der GRC (von niedrigem Niveau aus) immer häufiger vom Vorabentscheidungsverfahren Gebrauch. Zwischen 2009 und 2019 betrafen ca 11 % der Vorabentscheidungsersuchen (auch) Fragen der GRC, s *Toggenburg*, in *Nowak/Thiele*, Effektivität des Grundrechtsschutzes 165 (169 f).

50 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹² Rz 593.

51 EuG 15.1.2003, T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-206/01 u. T-272/01, *Philip Morris*, ECLI:EU:T:2003:6, Rn 105.

52 Sowohl in Deutschland als auch in Österreich kann eine Verletzung der Vorlagepflicht das verfassungsrechtliche Recht auf den:die gesetzlichen Richter:in verletzen, vgl BVerfGE 73, 339, 366 f; VfSlg 14.390.

53 Vgl COM(2003) 606 final, 8.

54 *Huber-Kowald* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 7 EUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 28.

55 Vgl *Huber-Kowald* in *Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV Art 7 EUV (Stand 1.7.2019, rdb.at) Rz 52 ff.

mal zu einer Abstimmung darüber geführt haben, ob die „eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art 2 EUV genannten Werte“ besteht.⁵⁶

6. Problemstellungen: praktischer und persönlicher Exkurs

Diese lange bekannten und immer wieder diskutierten Schwächen konnten bisher allen Reformversuchen trotzen, so blieben etwa Forderungen im Verfassungskonvent im Hinblick auf eine signifikante Erweiterung des Zugangs zur Nichtigkeitsklage erfolglos.⁵⁷ Diese Schwächen der Verfahrenstypen vor dem EuGH zeitigen in letzter Zeit aber besonders unbefriedigende Ergebnisse. Dies soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden.

Erstens: Die Situation der Asylsuchenden und auch der bereits anerkannten Asylberechtigten in Griechenland, denen der Zugang auf das Festland verwehrt wird und die in Camps auf Inseln wie Moria ausharren,⁵⁸ dürfte geltendem Primärrecht, einschließlich der GRC, in eklatanter Weise widersprechen. Gesprächen der Erstautorin mit Anwält:innen in Griechenland zufolge, suchen diese nicht einmal mehr den Weg zu den nationalen Gerichten, um zB die subjektiven Rechte der Asylwerber:innen bzw Asylberechtigten aus der AufnahmeRL⁵⁹ geltend zu machen.⁶⁰ Die griechischen Verwaltungsgerichte anerkennen auch in anderen Gebieten des Verwaltungsrechts keine subjektiven Rechte. Das höchste Verwaltungsgericht erblickt in allen Fragen des Asylrechts einen „acte clair“ und hat in diesem Bereich dem EuGH noch nie eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der einzige Weg, den die griechischen Anwält:innen für ihre Mandanten derzeit einschlagen, ist der direkte Weg zum EGMR. Dieser besteht in diesen Fällen nicht auf die grds für die Erhebung einer Individualbeschwerde geforderte Ausschöpfung des nationalen Instanzenzugs,⁶¹ weil er davon ausgeht, dass dieser keinen Rechtsschutz gewähren kann.⁶² Dieser Zustand stellt kein Ruhmesblatt für das grds sehr umfassende unionsrechtliche Rechtsschutzsystem dar. Verschärft wird dieser Umstand dadurch, dass die EK bisher kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland eingeleitet hat, womit eine der großen Schwächen dieses Verfahrens durchschlägt. Was immer die Gründe dafür sein mögen: Wenn sowohl das Vorabentscheidungsverfahren als auch das Vertragsverletzungsverfahren ausfallen, stellt sich die aktuelle Situation ein, nämlich dass grobe Ver-

56 EP, Rechtsstaatlichkeit in Ungarn und Polen: Bilanz der EU-Reaktionen, www.europarl.europa.eu/news/de/agenda/briefing/2022-04-04/7/rechtsstaatlichkeit-in-ungarn-und-polen-bilanz-der-eu-reaktionen (14.8.2022).

57 Persönliche Wahrnehmung der Erstautorin; s auch *Everling*, Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater, *EuZW* 2010, 572 (573).

58 NN, Von Ratten angegagt, von der Welt vergessen, *Kleine Zeitung* 18.12.2020, www.kleinezeitung.at/international/5913073 (14.8.2022).

59 RL 2013/33/EU des EP und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl L 2018/180, 96.

60 Persönliche Wahrnehmung der Erstautorin durch Kontakt mit griechischen Anwält:innen.

61 Art 35 Abs 1 EMRK.

62 Vgl schon EGMR 21.1.2011, *MSS/Belgien und Griechenland*, 30696/09, Rn 300 ff.

letzungen von Grundrechten auf oder kurz vor dem Territorium der Union keinerlei Kontrolle durch die Gerichtsbarkeit der Union zugänglich sind.

Das zweite Bsp betrifft „Klimaklagen“. Während das deutsche BVerfG einer Verfassungsbeschwerde einzelner Bürger:innen gegen das Unterlassen geeigneter gesetzlicher Vorschriften und Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels durch die Bundesrepublik Deutschland teilweise stattgab und dem Gesetzgeber ein anspruchsvolleres Handeln auftragen kann,⁶³ griff der EuGH in einem vergleichbaren Nichtigkeitsverfahren wiederum auf die alte *Plaumann*-Formel zurück. In der Rs *Carvalho* wird besonders deutlich, dass die besondere individuelle Betroffenheit immer schwieriger nachzuweisen wird, je breiter und genereller die Auswirkungen eines EU-Rechtsakts sind.⁶⁴ Die inhaltliche Prüfung von Rechtsakten der Union scheitert daher abermals an den strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage.

7. Lösungsansätze im Rahmen des bestehenden Systems?

Es steht nach dem Gesagten außer Frage, *ob* es eine Verbesserung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der GRC geben sollte; es bleibt vielmehr zu erwägen, *wie* dies zu bewerkstelligen ist. Unabhängig davon, welchen Weg man einschlagen will: Es wird eine Änderung des Primärrechts brauchen. Selbst wenn der EuGH schon jetzt die Möglichkeit hätte, seine Auslegung der individuellen Betroffenheit im Rahmen der Nichtigkeitsklage etwas weiter zu gestalten, würde damit allein der Rechtsschutz nicht wesentlich verbessert werden, da es bei der Nichtigkeitsklage nur um Grundrechtseingriffe durch die Union und nicht um Grundrechtseingriffe durch die MS gehen kann.

Wenn es daher jedenfalls einer Vertragsänderung bedarf, der wiederum alle MS zustimmen müssen,⁶⁵ stellt sich die Frage, ob eine solche leichter zu erreichen ist, wenn sich die Verbesserungen des Rechtsschutzes möglichst in das bestehende System von Klagsformen einfügen oder ob man auf ein komplett neues, zusätzliches Instrument – wie die vorgeschlagene Grundrechtsklage – setzt. Langjähriges Erleben und Erleiden von unionsinternen Reformprozessen der Erstautorin veranlassen dazu, eher auf den ersteren, evolutionären Ansatz zu setzen. Ein solcher könnte die aufgeworfenen Schwächen der existierenden Verfahrenstypen punktuell adressieren. Zwar sind auch dafür Primärrechtsänderungen erforderlich, doch scheinen diese bei dieser Vorgangsweise politisch besser realisierbar.⁶⁶

Vor diesem Hintergrund könnte man daran denken, die Nichtigkeitsklage oder auch die Untätigkeitsklage dahingehend zu öffnen, dass einer Mindestanzahl von Unionsbür-

63 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

64 EuGH 25.3.2021, C-565/19 P, *Carvalho*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn 45 ff.

65 Art 48 Abs 4 EUV.

66 Die „Politik der kleinen Schritte“ hat aus diesem Grund im europäischen Integrationsprozess eine lange Tradition, vgl *Woyke*, Europäische Union. Erfolgreiche Krisengemeinschaft (1998) 43; zur „Monnet-Methode“ s auch *Wessels*, Jean Monnet – Mensch und Methode. Überschätzt und überholt? (2001).

ger:innen ein Klagerecht iSe Verbandsklage eingeräumt wird. Diese Mindestanzahl kann durchaus sehr hoch angesetzt werden, eine solche Klagemöglichkeit könnte die Europäische Bürgerinitiative⁶⁷ ergänzen oder mit ihr verknüpft werden und damit auch einen Beitrag zu mehr partizipativer Demokratie leisten. Möglicher Klagegegenstand bleiben auch danach allein Handlungen der Union.

Überdies scheint es angezeigt, den Ermessensspielraum der EK bei der Frage der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens einzuschränken.⁶⁸ Zumindest in Situationen, in denen die nationalen Gerichte Rechtsschutz verweigern, wie derzeit in Griechenland, sollte die EK ein Verfahren einleiten müssen. Unabhängig davon, ist auch hier vorstellbar, dass die Kommission dann einleiten muss, wenn dies von einer hohen Anzahl von Unionsbürger:innen verlangt wird. Der strukturelle Nachteil des Vertragsverletzungsverfahrens, dass es nämlich Grundrechtsverletzungen durch nationale Behörden nicht zeitnah beseitigen kann, wird damit aber nicht behoben. Dafür kommt man nicht daran vorbei, dass es in erster Linie die nationalen Gerichte sein müssen, die den Grundrechtsschutz sicherstellen.

Selbst wenn das Vorabentscheidungsverfahren weiterhin in der Hand der nationalen Gerichte verbleibt, ist anzudenken, zumindest in bestimmten Fällen einen unionsrechtlich verbürgten subjektiven Anspruch auf Vorlage unionsrechtlicher Fragen durch das nationale Gericht einzuführen.

8. Braucht es eine Grundrechtsklage?

Hat man ein komplett neues Instrumentarium, etwa die Grundrechtsklage, vor Augen, so stellt sich die Frage nach der konkreten Ausgestaltung. Der vorgeschlagene Artikel 6 bleibt jedoch vielfach im Vagen.

Sollte die vorgeschlagene Grundrechtsklage so zu verstehen sein, dass damit auch GRC-Verletzungen nationaler Behörden und der nationalen Legislative direkt (und nicht nur im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens) vor dem EuGH angegriffen werden können, stellte dies eine komplette Änderung des dualen Rechtsschutzsystems der EU dar, verbunden mit einer massiven Entwertung der nationalen Verfassungsgerichte und sonstigen Höchstgerichte. Schlechterdings undenkbar ist ein solches System indes nicht: Im ebenfalls dualen Gerichtssystem der USA, bestehend aus *state courts* und *federal courts*, können Rechtsakte der Bundesstaaten in der Regel vor den in jedem Bundesstaat und damit dezentral eingerichteten *federal courts* mit der Behauptung angefochten werden, dass diese Rechtsakte der Bundesverfassung oder sonst Bundesrecht widersprechen. Die *federal courts* gelten seit jeher als primäre Wächter individueller Freiheitsrechte.⁶⁹

⁶⁷ Art 11 Abs 4 EUV.

⁶⁸ Zur Problematik vgl auch Steinbeis, Klagen können, Verfassungsblog 2.9.2022, <https://verfassungsblog.de/klagen-können/> (5.9.2022).

⁶⁹ Miner, Identifying, Protecting and Preserving Individual Rights: Traditional Federal Court Functions, Seton Hall Law Review 1993, 821 (824); vgl United States Court of Appeals for the Eighth Circuit 1.10.1979, 606 F.2d 795, *McCurry v. Allen*, Rn 799.

Ein weiterer Aspekt des Vorschlags zur Grundrechtsklage evoziert Nach- und Rückfragen. Es ist uE nicht einzusehen, weshalb diese auf systematische Verletzungen beschränkt sein soll. Wenn es um die Durchsetzung von Grundrechten, also von individuellen Rechten, geht, sollten diese nämlich nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Verletzung eine *systematische* Verletzung ist. Der individuelle Schutz muss vielmehr auch in Einzelfällen gegeben sein und sollte nicht wegen der Vermeidung einer Überlastung des EuGH auf systematische Fälle beschränkt werden. Die Einschränkung auf bloß systematische Verletzungen scheint auch aus der vorgeschlagenen Norm selbst heraus widersprüchlich, zumal „jeder Mensch“ Klage erheben kann und damit das Individuum im Zentrum stehen soll.

Systematische Grundrechtsverletzungen – auch allfälliger neuer Grundrechte – sollten uE eher mit einem verschärften Sanktionsmechanismus, der an Art 7 EUV angelehnt, aber zu einem gerichtlichen Verfahren mit rechtlichen anstatt politischen Parametern ausgebaut ist, adressiert werden.

Schließlich stellt sich die Frage der Aktivlegitimation. Nach dem Wortlaut des vorgeschlagenen Art 6 (und dem Titel des gesamten Forderungsprojekts) soll „jeder Mensch“ systematische Charta-Verletzungen vor dem EuGH relevieren können. Diese Formulierung legt eine praktisch unbegrenzte Aktivlegitimation nahe: Nicht nur kommt sie jedem:r Unionsbürger:in zu, ohne dass irgendeine spezifische individuelle Betroffenheit in Bezug auf die vorgebrachte systematische Charta-Verletzung vonnöten wäre. Erfasst scheinen auch Personen, darunter Drittstaatsangehörige, die sich nicht in der EU aufhalten bzw ihrer Rechtsordnung in keiner Weise unterliegen – eben *jeder* Mensch. Die einzige Klagevoraussetzung scheint die Behauptung einer systematischen GRC-Verletzung zu sein.⁷⁰ Dass damit keine Überlastung der Gerichtsbarkeit der Union einhergehen soll, ist zweifelhaft. Auch stellt sich die Frage, ob ein derart weit zugänglicher Rechtsbehelf die bereits vorhandenen Rechtsschutzinstrumente nicht völlig überlagern und verdrängen würde.

9. Fazit

Die von *Schirach* vorgeschlagenen Grundrechte und insb der Vorschlag für eine Grundrechtsklage werden aus rechtlichen und auch politischen Gründen nicht eins zu eins Eingang in das Primärrecht finden können. Nicht nur würde der Vorschlag wohl einen Systemwechsel im Rechtsschutzwesen der Union bewirken, der für die Entwicklung des Unionsrechts untypisch und daher politisch schwer realisierbar wäre. Insbesondere die im Raum stehende Überwindung der dezentralen Durchsetzung der EU-Grundrechte würde eine Zäsur darstellen, die mit tragenden Grundsätzen des Unionsrechts, etwa dem Subsidiaritätsprinzip, schwer in Einklang zu bringen scheint. Auch lässt der vage formu-

⁷⁰ *Karpenstein/Klinger/Moini*, Anmerkungen zu den Grundrechten (2021) 23.

lierte Entwurf Fragen offen, die für das faktische Funktionieren von zentraler Bedeutung sind, etwa jene nach der Aktivlegitimation zur Erhebung der Grundrechtsklage.

Der in Art 6 zum Ausdruck kommende Vorschlag liefert aber wertvolle Anregungen dafür, die gegenwärtige Situation des Grundrechtsschutzes in der Union mitsamt ihren Schwächen kritisch zu analysieren und ambitionierte, aber systemkompatible Verbesserungsvorschläge zu erarbeiten. Das muss sich nicht auf eine akademische Diskussion beschränken. Es mehren sich die Anzeichen dafür, dass eine Weiterentwicklung des Primärrechts, vorbereitet durch einen neuerlichen europäischen Verfassungskonvent, zumindest nicht mehr von allen MS ausgeschlossen wird.⁷¹ Als Träger und Adressaten der europäischen (Grund-)Rechtsordnung sollten die MS selbst großes Interesse an einer bedarfsadäquaten Anpassung und Weiterentwicklung des Primärrechts haben.

Angesichts der skizzierten Schwächen des Entwurfs plädieren wir im Ergebnis nicht für die Einführung einer Grundrechtsklage nach dem Vorbild des vorgeschlagenen Art 6. Unseres Erachtens sollte einem systemkompatiblen Ansatz der Vorzug gegeben werden. Dies bedürfte punktueller primärrechtlicher Änderungen der bestehenden Rechtsschutzinstrumente der europäischen Gerichtsbarkeit: Das Nichtigkeitsverfahren und die Untätigkeitsklage bedürfen einer Ausdehnung der Klagelegitimation etwa im Sinne einer Art Verbandsklage; beim Vertragsverletzungsverfahren gilt es, den weiten Spielraum der EK einzuschränken und das Verfahren zu beschleunigen; und auf die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens durch nationale Gerichte sollte in bestimmten Fällen ein Anspruch qua Unionsrecht bestehen. Während drastische Änderungen oft verlockend erscheinen, sind kleine und konstante Weiterentwicklungen oft nachhaltiger und erfolgreicher, wie die Geschichte der europäischen Integration gezeigt hat. „Europa lässt sich nicht mit einem Schlage herstellen und auch nicht durch eine einfache Zusammenfassung: Es wird durch konkrete Tatsachen entstehen, die zunächst eine Solidarität der Tat schaffen.“⁷²

Hon.-Prof. Dr. Maria Berger, Richterin am EUGH aD, stellvertretendes Mitglied des Europäischen Verfassungskonvents, Wiener Forum für Demokratie und Menschenrechte; maria.berger@univie.ac.at

Mag. Roman Friedrich, E.MEUS., Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; roman.friedrich@univie.ac.at

71 Vgl Koalitionsvertrag der amtierenden BReg der Bundesrepublik Deutschland, koalitionsvertrag-ampel-2021-2025.pdf (14.8.2022) 131; s auch EP, Parlament löst Verfahren zur Änderung der EU-Verträge aus, www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220603IPR32122/parlament-lost-verfahren-zur-anderung-der-eu-vertrage-aus (14.8.2022).

72 Schuman-Erklärung vom 9. Mai 1950.

Die *Erfindung* des Body Mass Index und was Adipositas mit Behinderung zu tun hat?

Eine kritische Betrachtung

Nina Eckstein / Tessa Grosz

1. Einleitung

„Zu dick!“ Kann das die Antwort auf die Frage sein, wieso ich nicht eingestellt wurde? Ja. Ist das legal? Oftmals, ja.¹ Das Thema (Über)Gewicht ist medial (über)präsent, in der Medizin unterforscht.² Die Geschichte des Body Mass Index (BMI) ist geradezu paradigmatisch für diese Dissonanz, trotzdem wird er weltweit verwendet und findet jetzt auch seinen Weg ins Recht, denn Menschen mit hohem Körpergewicht erfahren in vielen Lebensbereichen Diskriminierungen – allen voran im Arbeitskontext.

Im Umgang mit Diskriminierung aufgrund des Gewichtes zeichnen sich rechtlich zwei Ansätze ab. Einerseits kann Gewicht in den Katalog der geschützten Merkmale im Antidiskriminierungsrecht aufgenommen werden, andererseits kann Übergewicht unter das geschützte Merkmal der Behinderung subsumiert werden. Parallel dazu rücken Auseinandersetzungen mit „Fatphobia“ durch die „Fat Studies“³ immer stärker in den Fokus. Menschen mit hohem Körpergewicht verlangen nach gesellschaftlicher Akzeptanz, Gleichberechtigung und körperlicher Selbstverwirklichung sowie einem Ende des Body-Shamings.

2. Eine kurze Geschichte des BMI

Wir schreiben das Jahr 1832. Der belgische Astronom und Mathematiker *Adolphe Quetelet* sucht „l’homme moyen“. Sein Interesse ist kein gesundheitliches, sondern ein statistisches – es geht um die Messung der Bevölkerung, nicht um individuelle Gesundheit. Seine anthropometrischen Bemühungen münden in der Veröffentlichung einer Monographie,⁴ in der er sich ua mit der Veränderung von Größe und Gewicht im Laufe des Lebens auseinandersetzt. Er verwendet hierfür Angaben mehrerer Einrichtungen Brüssels (ua Spitäler, Universitäten

1 Dieser Beitrag basiert auf einem gemeinsam gehaltenen Vortrag im Rahmen der Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Geschlechterforschung (ÖGGF) von 29.9. bis 1.10.2022.

2 *Campos et al*, The epidemiology of overweight and obesity: public health crisis or moral panic? *International Journal of Epidemiology* 2006, 55.

3 Siehe zB *Rose/Schorb* (Hrsg), *Fat-Studies in Deutschland. Hohes Körpergewicht zwischen Diskriminierung und Anerkennung* (2017); *Gordon*, *What We Don't Talk About When We Talk About Fat* (2021) oder *Herrmann et al* (Hrsg), *Fat Studies. Ein Glossar* (2022).

4 *Quetelet*, *A Treatise on Man and the Development of his Faculties* (2013); *Quetelet*, *Sur l’homme et le développement de ses facultés, ou Essai de physique sociale* (1835).

und Waisenhäuser) – ein durchwegs westeuropäisches Sample. Er untersucht die variablen Wachstumswerte bei Geburt und in der Pubertät, und konstatiert ab welchem Alter sich Größe und Gewicht stabilisieren. Anhand der stabilisierten Werte stellt er eine Relation zwischen Größe und Gewicht fest: Die Körpermasse (Gewicht in Kilogramm) durch die Körperlänge (Größe in Meter) zum Quadrat. Der *Quetelet Index* ist geboren.⁵

Zum BMI wird er umbenannt als ihn *Ancel Keys* 1972 aufgreift. Während der *Quetelet Index* in seiner ursprünglichen Konzeption noch auf Daten von Frauen und Männern basierte, analysiert *Keys* nur noch Werte von Männern. Zwar erweitert er den geographischen Pool seines Samples (USA, Italien, Finnland, Japan und Südafrika), größtenteils bleibt das Sample aber *weiß*. Auch *Keys* spricht sich offen gegen eine Einzelbewertung alleine aufgrund des BMI aus.⁶ Ohne die Einbeziehung von Alter und Geschlecht, sowie eine gesamtheitliche Beurteilung, sagt der BMI über eine Person also relativ wenig aus. Trotzdem wird der BMI weltweit als Gesundheitsindikator verwendet: Die WHO definiert so Übergewicht und Adipositas (hohes Übergewicht).⁷ Für Betroffene hat das teilweise schwerwiegende Folgen.⁸ Aus zahlreichen Studien geht hervor, dass Menschen mit hohem Körpergewicht mit prävalenter Stigmatisierung als faul, inkompetent und undiszipliniert zu kämpfen haben.⁹

3. Antidiskriminierungsrechtliche Perspektiven

Die Frage, die in diesem Text gestellt wird, ist, wie ein fragwürdiger Gesundheitswert rechtliche Relevanz bekommt. Menschen mit höherem Körpergewicht sind in verschiedenen Bereichen des Lebens gerade wegen ihres Körpergewichts einer schlechteren Behandlung ausgesetzt. Dies zeigt sich auch im Arbeitsleben. Adipöse Menschen haben nachweislich weniger Chancen eingestellt zu werden. Besonders hart trifft es Frauen. Eine Studie aus den USA zeigt, dass übergewichtige Frauen bis zu 9.000 US-Dollar weniger im Jahr verdienen als „normal-gewichtige“ Frauen und adipöse Frauen sogar bis zu 19.000 US-Dollar.¹⁰ Kann diese Ungleichbehandlung eine rechtlich relevante Diskriminierung darstellen? Zwei Ansätze im Antidiskriminierungsrecht werden vorgestellt.

3.1. Erster Ansatz: Gewicht als Geschütztes Merkmal

Weight based discrimination ist in den USA schon seit längerem ein Thema. Als eine der wenigen Ausnahmen ist im Antidiskriminierungsrecht des Bundesstaates Michigan

5 *Eknoyan*, Adolphe Quetelet (1796–1874). The Average Man and Indices of Obesity, *Nephrol Dial Transplant* 2008, 47.

6 *Keys et al*, Indices of Relative Weight and Obesity, *Journal of Chronic Diseases* 1972, 329.

7 Zu den Werten siehe *WHO Consultation on Obesity & World Health Organization*, Obesity preventing and managing the global epidemic: report of a WHO consultation (2000).

8 *Your Fat Friend*, The Bizarre and Racist History of the BMI, elemental.medium.com (15.10.2019).

9 ZB *PubllBrownell*, Confronting and Coping with Weight Stigma: an Investigation of Overweight and Obese Adults, *Obesity* 2006, 1802.

10 *Shinall*, Occupational Characteristics and the Obesity Wage Penalty, *Vanderbilt Public Law and Economics Research Paper* 2015, No 16–23.

„weight“ seit 1976 mit dem Elliott-Larsen Civil Rights Act¹¹ ein geschütztes Merkmal.¹² Öffentlichkeitswirksame Fälle wie jener von *Stacey Webb* in Michigan illustrieren die Problematik. *Webb* bewarb sich um eine Stelle als Schulbusfahrerin. Aufgrund ihres Körpergewichts passte sie nicht hinter den Fahrer*innensitz. Die Schulbusse waren für Fahrer*innen mit einem Durchschnittsgewicht konzipiert. Sie bekam die Stelle nicht. *Webb* klagte wegen *weight based discrimination*. Dass allerdings auch ein existierendes Antidiskriminierungsgesetz nicht unbedingt die Rechte des Opfers stärkt, zeigte sich in der Entscheidung des Gerichts. Das Gericht verneinte eine Diskriminierung, weil der „discriminatory animus“ gefehlt habe.¹³ Nicht das Körpergewicht *Webbs* sei das Problem gewesen, sondern die fahrzeugtechnischen Bedingungen in den Schulbussen. Da keine unmittelbare Stigmatisierung von *Webb* belegbar gewesen sei, könne demzufolge nicht von einer Diskriminierung ausgegangen werden.¹⁴ Das Gericht prüfte in seiner Entscheidung ausschließlich eine unmittelbare Diskriminierung, blendete allerdings die strukturellen Rahmenbedingungen, nämlich die fahrzeugtechnische Gestaltung, ausgerichtet auf Fahrer*innen mit durchschnittlichem Körpergewicht, völlig aus. Der mittelbare Effekt von Diskriminierungen wurde in dieser Entscheidung nicht in den Blick genommen.

3.2. Zweiter Ansatz: Adipositas als Behinderung

Ein anderer Ansatz wird im EU-Antidiskriminierungsrecht seit der Rs *Fag og Arbejde (FOA)*¹⁵ verfolgt. Herr *Kaltoft* war hochgradig adipös (mittels BMI bestimmt) und seit vielen Jahren als Tagesvater in einer Gemeinde beschäftigt. Seine für ihn überraschende Kündigung führte er auf seine Adipositas zurück und nicht auf den von der Gemeinde geltend gemachten geringeren Bedarf an Tagesbetreuung. Er klagte daher wegen Diskriminierung iZm seiner Adipositas. Das nationale Gericht setzte das Verfahren aus und wollte vom Gerichtshof wissen, ob Adipositas als Diskriminierungsgrund im Unionsrecht generell geschützt sei bzw im verneinenden Fall, ob Adipositas den Behinderungsbegriff iSd Rahmgleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (RL 2000/78)¹⁶ erfülle und damit der Schutzbereich der RL eröffnet sei.

Der EuGH verneinte ein generelles Diskriminierungsverbot aufgrund von Adipositas im Unionsrecht, kam aber zu dem Schluss, dass Adipositas uU als eine Behinderung iSd RL 2000/78 gewertet werden könne. Ausgehend vom Behinderungsbegriff in Art 1 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)¹⁷ ist der „Begriff ‚Behinderung‘ im Sinne der

11 MI Comp. Laws Sec. 37.2101 et seq.

12 Das bundesweit geltende Antidiskriminierungsgesetz Civil Rights Act of 1964 § 7, 42 U.S.C. § 2000e et seq (1964) verbietet Diskriminierungen aufgrund von race, color, religion, sex, and national origin im Arbeitsleben. Menschen mit Behinderungen sind vor Diskriminierungen im Arbeitsleben durch den Americans with Disabilities Act of 1990, Pub. L. No. 101-336, 104 Stat. 328 (1990) geschützt.

13 *Kirkland*, Fat Rights: Dilemmas of Difference and Personhood (2008) 43 ff.

14 *Kirkland*, Fat Rights 44 f.

15 EuGH 18.12.2014, C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA)*, ECLI:EU:C:2014:2463.

16 ABl L 2000/303, 16.

17 BGBl III 2008/155 idF BGBl III 2016/105.

RL 2000/78 so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die ua auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen von Dauer zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können¹⁸. Zur Beurteilung dieser Frage ist nach Auffassung des Gerichtshofs immer eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.

Die Entscheidung des EuGH stärkt die Rechte von Menschen mit hohem Körpergewicht insoweit, als sie unter bestimmten Voraussetzungen in den Schutzbereich der RL 2000/78 fallen – allerdings über den „Umweg“ des geschützten Merkmals der Behinderung. Diese Entscheidung wirft selbstverständlich auch problematische Aspekte auf. Nicht jedes Übergewicht erfüllt den Behinderungsbegriff dieser RL. Entscheidend ist, dass die Teilhabe am Arbeitsleben erschwert wird. Offen bleibt zum einen, wie sensibilisiert die Gerichte für diesen Aspekt sind und zum anderen, inwiefern dieser „Umweg“ nicht zu einer weiteren Stigmatisierung von Menschen mit hohem Körpergewicht führt. Denn Menschen mit Behinderungen werden nach wie vor in hohem Maße ausgegrenzt.

4. Fazit

Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist die Bestimmung des „Gewichts“ ein ideologischer Schauplatz, der in seinen Grundlagen rassistisch-sexistische Züge trägt, und mit stigmatisierenden Zuschreibungen und gesellschaftlicher Ab- und Bewertung verbunden ist. Häufig kann das in Diskriminierung münden. Im Antidiskriminierungsrecht wurden bislang zwei Ansätze vordergründig entwickelt, um diese Ungleichbehandlung rechtlich bekämpfbar zu machen. Beide können nicht vollends überzeugen und zeigen damit Grenzen des gegenwärtigen (Antidiskriminierungs-)Rechts auf.

Die Frage, wie Menschen mit hohem Körpergewicht rechtlich besser vor Diskriminierung geschützt werden können, bleibt demnach noch zu beantworten. Die Auseinandersetzung soll als Denkanstoß dienen, strukturelle Probleme aufzeigen, die wohl nicht nur einer rechtlichen, sondern auch einer gesellschaftlichen Lösung bedürfen.

Mag.^a Nina Eckstein, MA ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies an der JKU Linz und Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at

Tessa Grosz, LL.M. ist Projektmitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies (iZm dem Institut für Computational Perception) an der JKU Linz; tessa.grosz@jku.at

18 EuGH 18.12.2014, C-354/13, FOA, Rn 53.