

nr 2/2023

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Abtreibung

recht & gesellschaft

Der „Constitutional Putsch“ in Israel
Gleichheit und ziviler Ungehorsam
Neue Hürden am Weg zur Staatsbürgerschaft

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner,
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

vor.schau

Die Herausgeber:innen

Dieses Mal kein vor.satz, sondern eine vor.schau in das Heft 2/23, auf dessen Inhalte wir sehr stolz sind. Weiters freuen wir uns, *Susanne Gstöttner* und *Hanna Palmanshofer* nunmehr im Herausgeber:innen-Team begrüßen zu dürfen!

Das von den Gastherausgeberinnen *Angelika Adensamer*, *Maria Sagmeister* und *Laura Widerhofer* gestaltete *thema* widmet sich ein Jahr nach dem Ende von *Roe v Wade* in den USA reproduktiver Autonomie: Der Schwerpunkt zum Thema Abtreibung eröffnet internationale Perspektiven, die Beiträge blicken teilweise über rechtliche Dimensionen hinaus, widmen sich auch aus gesellschaftstheoretischer Perspektive der Bedeutung reproduktiver Rechte und gehen der Frage nach, warum diese Gegenstand fortlaufender Angriffe sind.

In der Rubrik *merk.würdig* bespricht *Felix Mayr* die EGMR-Entscheidung *Fedotova* und untersucht die Argumentation des Gerichtshofs, das *right to private social life*, also das Recht auf ein selbstbestimmtes Privatleben, welches auch in der Öffentlichkeit ausgelebt werden darf, im Zusammenhang mit der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare zu begründen.

Sophie Rendl stellt die Arbeit der im März 2021 infolge eines Beschlusses des Kulturausschusses des Nationalrats gegründeten *vera** Vertrauensstelle für Betroffene von Machtmissbrauch in den Bereichen Kunst, Kultur und Sport vor. Der Beitrag fragt nach den erforderlichen Maßnahmen zum Schutz von Kunst- und Kulturschaffenden, die von Gewalt und Belästigung betroffen sind.

Michael Poduschka thematisiert neueste Entwicklungen der strategischen Prozessführung: Im „VW-Abgasskandal“ versucht die Volkswagen AG in Österreich die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen durch Höchstgerichte zu verhindern. Durch das systematische Abschließen außergerichtlicher Vergleiche soll der OGH an der Wahrnehmung seiner Leitfunktion gehindert werden. Der Autor ortet gravierende Auswirkungen auf Gerichtslandschaft, Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Justiz. Doch es lassen sich bereits gerichtliche Gegenstrategien beobachten.

Der Haftungsgrundlagen im „Corona-Ischgl-Komplex“ nimmt sich *Emilia Thenner* an: Zahlreiche Personen, die im März 2020 in Ischgl ihren Skiurlaub verbracht und sich währenddessen mit Sars-CoV-2 infiziert hatten, erhoben ab September 2020 Amtshaftungsklagen gegen die Republik Österreich. Der Beitrag fasst die wichtigsten Erkenntnisse aus den hierüber bereits ergangenen Urteilen des LG für Zivilrechtssachen Wien zusammen.

Im letzten Beitrag der Kategorie *merk.würdig* analysiert *Maria Preinreich* die weiterhin bestehenden Hürden beim Zugang zu Geschlechtseinträgen abseits von „männlich“ und „weiblich“ im zentralen Personenstandsregister. Vor allem die Qualifizierung der Durch-

führungsanleitung für standesamtliche Arbeit als Verordnung könnte einen Schritt zum Abbau ebendieser darstellen und den benötigten Rechtsschutz schaffen.

Für die Kategorie *recht & gesellschaft* konnten wir ua einen Beitrag von *Alon Harel* über den von der israelischen Regierung geplanten Umbau des Justizsystems gewinnen. In *Why the Israeli Constitutional Putsch is Unconstitutional* führt der Autor rechtsvergleichend aus, dass diese „Reformen“ nach der Beseitigung der Grundpfeiler der liberalen Demokratie trachten und warum es womöglich ausgerechnet an dem in seiner Unabhängigkeit bedrohten Obersten Gericht liegen wird, diese Angriffe aus eigener Kraft abzuwehren.

Katharina Embacher analysiert die jüngste VwGH-Rsp, nach der durch eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ der Sozialhilfebezug einer dritten, im selben Haushalt lebenden Person dem:der Staatsbürgerschaftswerber:in angerechnet und damit in die Beurteilung der finanziellen Voraussetzungen für die Staatsbürgerschaftsverleihung miteinbezogen wird. Diese Auslegung schraubt die Hürden zum ohnehin bereits sehr restriktiven Zugang zur österreichischen Staatsbürgerschaft ein weiteres Mal nach oben.

Lisa Schranz und *Lisa Weinberger* widmen sich den „Klimakleber:innen“, zeigen auf, dass diese durch die Versammlungsfreiheit geschützt sind und werten unlängst vorgebrachte Vorschläge zur Kriminalisierung dieser Protestform als demokratiepolitisch, aber auch verfassungsrechtlich bedenkliche Einschüchterungsversuche.

Christian Demmelbauer behandelt den Begriff des zivilen Ungehorsams im Zusammenspiel mit dem Prinzip der Gleichheit. Entgegen dem verbreiteten Argument, der Rechtsbruch zur Herbeiführung politischer Änderungen sei arrogant, nehmen Aktivist:innen in zivilem Ungehorsam ihr Gegenüber als Gleiche ernst. Der Autor zeigt auf, wie dies durch Anlehnung an liberale und deliberativ-demokratische Theorien, durch die Ausrichtung dieser Protestform auf einen öffentlichen Dialog und ihre prinzipielle Rechtstreue begründet werden kann. Ausgehend von aktuell diskutierten Vorschlägen zum menschenrechtlichen Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit spürt *Max Mayer* der (Theorie-)Geschichte der Grund- und Menschenrechte nach. Er erläutert, weshalb diese nach westlichem Verständnis in erster Linie dem Schutz der Güter und Interessen der bzw des Einzelnen dienen, und weshalb diese verengte Konzeption keineswegs zwingend ist.

Der *nach.satz* unseres Redaktionsmitglieds *Ines Rössl* widmet sich dem Leben und Werk der intersektionalen Vordenkerin und Juristin *Pauli Murray* (1910–1985), die mit ihren Argumentation vielfach ihrer Zeit voraus war. Bis heute ist *Murray* verhältnismäßig unbekannt geblieben – auch deswegen eine besondere Leseempfehlung für dieses Porträt. Zum Schluss zum Anfang: Diesen gestaltet auch in diesem Heft wieder *Kati Danielczyk* mit einem anregenden Comic.

Viel Freude beim Lesen (und Schauen) wünschen die Herausgeber:innen.



Where do you come from? I kimm vo Tirol! Na, Kindl, I moan, from wo du kommen original?



Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 129 vor.schau
Die Herausgeber:innen

vor.bild

- 131 Schwarzweiss
Kati Danielczyk

merk.würdig

- 134 Fedotova
The Times They Are A-Changin'
Felix Mayr
- 137 Machtlosigkeit in Machtstrukturen
vera Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur*
Sophie Rendl
- 142 Die Angst vor den Höchstgerichten
Mögliche Gründe und Auswirkungen einer „neuen Taktik“ der Schädiger_innen in Massencausen
Michael Poduschka
- 146 Der irreführende oder falsche Informationsrealakt
Die Nadel im Heuhaufen der Haftungsgrundlagen im „Corona-Ischgl-Komplex“ laut OLG Wien
Emilia Thenner
- 152 Alternativer Geschlechtseintrag für transidente Personen
Das Verwaltungsgericht Wien ändert erstmals den Geschlechtseintrag einer Person auf „nicht-binär“
Maria Preinreich

recht & gesellschaft

- 158 Why the Israeli Constitutional Putsch is Unconstitutional
Alon Harel
- 167 Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ des Bezugs von Sozialhilfeleistungen als Hürde am Weg zur Staatsbürgerschaft
Katharina Embacher
- 176 Vom Wert der Versammlungsfreiheit im demokratischen Rechtsstaat
Eine kritische Auseinandersetzung mit Strafandrohungen und Straferhöhungen für Klimaklebeaktionen
Lisa Schranz / Lisa Weinberger
- 186 Gleichheit und ziviler Ungehorsam
Christian Demmelbauer
- 196 Das Allgemeine im Blick
Überlegungen zum Schutz von Allgemeingütern durch die Verleihung von Grund- und Menschenrechten
Max Mayer

thema

- 206 Abtreibung im politischen System
Reproduktive Rechte als Gradmesser politischer Umbrüche
Vorwort der Gastherausgeberinnen
Angelika Adensamer / Maria Sagmeister / Laura Widerhofer
- 209 Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch
Eine Analyse im Rechtsvergleich
Irene Kristler
- 222 Privatheit – Reproduktive Autonomie – Demokratische Gesellschaft
Versuch einer Verhältnisbestimmung
Emanuel Lerch
- 235 „Eine Frist, keine Lösung“
Abtreibung in Recht und Praxis in Österreich und die reproduktiven Rechte von Schwangeren. Eine Bestandsaufnahme.
Johanna Schlintl

- 246 **CHANGES for women**
Eine Privatinitiative füllt Lücken im Gesundheitssystem
Anna Maria Lampert
- 250 **No Choice Advocates**
Wie der Angriff auf reproduktive Rechte säkulare und religiöse Antifeminismen vereint
Birgit Sauer / Stefanie Mayer
- 261 **Reproduktive Rechte als Frage der sozialen Reproduktion**
Eine intersektionale polit-ökonomische Perspektive
Astrid Bergmann / Ines Höckner
- nach.satz
- 271 **Wer war Pauli Murray (1910–1985)?**
Hinter den Kulissen und der Zeit voraus
Ines Rössl

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, Susanne Gstöttner,
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, 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 Präsenzdiener: 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, Judith
Fitz, Jakob Fux, Umra Gencer, Jana Germ, Susanne
Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Kevin Fredy Hinterberger,
Stephanie Klammer, Lilo Martini, Emanuel Matti, Hanna
Palmanshofer, Marija Petričević, Valerie Purth-Eisendle,
Antonia Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph
Stoll, Petra Sußner, Lukas Schemernjak, Antonia Wagner,
Laura Widerhofer, Nikolaus Wieser

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja
Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld),
Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano
(Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth
Holzleithner (Wien), Matthias C. Kettemann (Innsbruck),
Susanne Krasmann (Hamburg), Andrea Kretschmann
(Berlin), 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:

Angelika Adensamer, Astrid Bergmann, Kati Danielczyk,
Christian Demmelbauer, Katharina Embacher, Alon Harel,
Ines Höckner, Irene Kristler, Anna Maria Lampert,
Emanuel Lerch, Max Mayer, Stefanie Mayer, Felix Mayr,
Michael Poduschka, Maria Preinreich, Sophie Rendl, Ines
Rössl, Maria Sagmeister, Birgit Sauer, Johanna Schlintl,
Lisa Schranz, Emilia Thenner, Lisa Weinberger, Laura
Widerhofer

Gastherausgabe des themas:

Angelika Adensamer, Maria Sagmeister, Laura Widerhofer

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
Susanne Gstöttner: susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at
Hanna Palmanshofer: hanna.palmanshofer@univie.ac.at
Antonia Reiss: antonia.reiss@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge
der Kategorie „recht & gesellschaft“ durchlaufen ein
„double-blind-review“-Verfahren.

Fedotova

The Times They Are A-Changin’

Felix Mayr

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Ausgangspunkt des Verfahrens¹ war, dass die zuständige russische Behörde die Eheschließung der beiden Antragstellerinnen abgelehnt hatte, da die Ehe im russischen Recht nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden kann. Dies ist insofern entscheidend, zumal an die Angehörigeneigenschaft eigentums-, erb- oder familienrechtliche Bestimmungen sowie zahlreiche Leistungen aus dem staatlichen Sozialsystem anknüpfen. Die Antragstellerinnen sahen sich deshalb im Wesentlichen in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 der EMRK verletzt.

Der EGMR setzt sich in dieser Entscheidung mit der sog *positiven* Verpflichtung Russlands auseinander, der Beziehung der Antragstellerinnen von staatlicher Seite rechtlichen Schutz zukommen zu lassen² - im Gegensatz zur bloß *negativen* Verpflichtung, diese zu respektieren. Dieser rechtliche Schutz umfasst nach verbreiteter Auffassung das *right to private social life*, wonach das Recht auf ein selbstbestimmtes Privatleben nicht nur in den eigenen vier Wänden, sondern auch in der Öffentlichkeit ausgelebt werden darf. Früher vor allem in Bereich des Erwerbslebens erwähnt, zieht der EGMR es nun zum ersten Mal im Zusammenhang mit der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare heran.³

Zwar wiederholte der EGMR, dass ein Mitgliedstaat nicht dazu verpflichtet ist, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.⁴ Ein Novum ist dieses Urteil jedoch insofern, als dass der EGMR die positive Verpflichtung eines Staates zur Schaffung einer rechtlichen Alternative (wie insb einer zivilrechtlichen Partnerschaft) als schlichtweg gegeben annimmt, gegen welche etwaige entgegenstehende, öffentliche Interessen abzuwägen sind.⁵

1 EGMR 17.1.23 (GK), 40792/10 ua, *Fedotova ua/Russland*. Mit 16. März 2022 endete die Mitgliedschaft Russlands im Europarat (siehe dazu: *Klammer*, Das Ende der russischen Mitgliedschaft im Europarat, *juridikum* 2022, 422).

2 EGMR 13.2.2003 (GK), 42326/98, *Odièvre/Frankreich*.

3 *Fedele*, Milestone or missed opportunity? The ECtHR Grand Chamber judgment in *Fedotova v. Russia* on the legal recognition of same-sex couples, *ejiltalk.org* 31.1.2023, <https://www.ejiltalk.org/milestone-or-missed-opportunity-the-ecthr-grand-chamber-judgment-in-fedotova-v-russia-on-the-legal-recognition-of-same-sex-couples/> (27.2.2023).

4 EGMR 17.1.23 (GK), 40792/10 ua, *Fedotova ua/Russland*, Rn 165; vgl bereits früher EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf*.

5 *Fedele*, The (Gay) Elephant in the Room: Is there a Positive Obligation to Legally Recognise Same-Sex Unions after *Fedotova v. Russia*? *ejiltalk.org* 23.7.2021, <https://www.ejiltalk.org/the-gay-elephant-in-the-room-is-there-a-positive-obligation-to-legally-recognise-same-sex-unions-after-fedotova-v-russia/> (27.2.2023).

Die EMRK als ein *living instrument* hat sich immer an den aktuellen Gegebenheiten und Problemkonstellationen zu messen: So wird in einem Vergleich sämtlicher Mitgliedstaaten nicht nur ein zunehmender Trend zur Schaffung von zivilrechtlichen Partnerschaften, sondern sogar die voranschreitende Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare konstatiert. Dagegen führt der EGMR die Verfassungsreform von Russland aus dem Jahr 2010 an, die den Schutz des traditionellen Familienbildes zwischen Mann und Frau bekräftigt. Daran anknüpfend hält der Gerichtshof fest, dass Russland den Umstand negiere, dass das Konzept einer Familie notwendigerweise dynamisch ist, wie es sich europaweit seit der Einführung der genannten Verfassungsreform bewiesen habe. Zudem würde Paaren das traditionelle (heterosexuelle) Familienbild auch nach einer Gleichstellung von homosexuellen Paaren weiterhin zur Verfügung stehen. Ob die Mehrheit der russischen Bevölkerung die Einführung einer zivilrechtlichen Partnerschaft ablehne, sei irrelevant; ebenso unerheblich sei das Argument des Schutzes von Minderjährigen vor der „Förderung von Homosexualität“, da es nur die „Voreingenommenheit der heterosexuellen Mehrheit gegenüber der homosexuellen Minderheit verkörpere“. ⁶ Zusammenfassend war Russland somit durch Überschreiten seines Ermessensspielraumes seiner positiven Verpflichtung nicht nachgekommen, weshalb der EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK feststellte. ⁷

2. Kritik

Die Argumentation überstaatlichen Konsens erscheint problematisch, lässt doch der Gerichtshof selbst durchscheinen, dass dieser derzeit nicht gleichförmig besteht. Möglicherweise gibt der EGMR deswegen keine Aufschlüsselung dafür, wie dieser staatliche Trend als „eine Mehrheit erreicht habend“ gemessen wurde, was Kritiker:innen darin bestärken wird, das Urteil als Akt gerichtlicher Willkür von Seiten des politischen Westens zu diffamieren. Der EGMR wird eine andere Begründung heranziehen müssen, wenn vermehrt reaktionäre nationale Kräfte an Aufschwung gewinnen, wie es derzeit in ua Polen⁸ oder Ungarn⁹ prominent der Fall ist. So hinterlässt die starke Gewichtung auf Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten angesichts aufkommender „*anti-woke*“ Agenten einen unbefriedigenden Beigeschmack.

Die tatsächlichen Auswirkungen und Reformen nach dieser Entscheidung werden in Russland wohl überschaubar ausfallen – so hat Russland bereits nach dem Urteil der

6 EGMR 17.1.23 (GK), 40792/10 ua, *Fedotova ua/Russland*, Rn 222.

7 EGMR 17.1.23 (GK), 40792/10 ua, *Fedotova ua/Russland*, Rn 224.

8 *Agence France-Presse in Warsaw*, Polish health minister ‘appalled’ girl, 14, struggled to get abortion after rape, theguardian.com 30.1.2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/jan/30/polish-health-minister-appalled-girl-14-struggled-to-get-abortion-after> (27.2.2023).

9 *Agence France-Presse in Budapest*, Hungary officials warn education is becoming ‘too feminine’, theguardian.com 26.8.2022, <https://www.theguardian.com/world/2022/aug/26/hungary-officials-warn-education-is-becoming-too-feminine> (9.3.2023).

kleinen Kammer 2021 angekündigt, dieses nicht umzusetzen, da es der Verfassung widerspreche.¹⁰ Allerdings beschränkt die russische Verfassung lediglich die Institution der Ehe auf Mann und Frau, andere Möglichkeiten der (rechtlichen) Gleichstellung schließt die Verfassung nicht aus.¹¹ Zumindest können Paare in anderen Mitgliedstaaten, in denen noch keine rechtliche Gleichstellung existiert, nun ihre Rechte vor dem EGMR erfolgreich einklagen – unabhängig von den dort vorherrschenden, politisch-hegemonialen Verhältnissen. Diese Staaten werden jedenfalls auf kreative Lösungen zurückgreifen müssen, um vor dem EGMR ein entgegenstehendes, öffentliches Interesse erfolgreich zu begründen, werden doch die allgemein geläufigen Motive als unbeachtlich erachtet. Ob diese Urteile dann in der Folge umgesetzt werden, bleibt allerdings wiederum offen.

3. Fazit

Fedotova als ein Signal aktiver Bewegung im Rechtsverständnis internationaler Gerichtsbarkeit spendet Zuversicht in einer Zeit, in der europaweit gesellschaftspolitisch-progressiven Kräften national der demokratische Rückhalt oder der Mut oder beides zu fehlen scheint. Allerdings finden sich Gerichte so auch weiterhin unverhofft im Spannungsfeld zwischen *judicial self-restraint* und *judicial activism*,¹² lagert doch die Politik zunehmend wichtige gesellschaftspolitische Fragen an diese aus: Wir erinnern uns an die Art und Weise, wie schlussendlich die Ehe im konservativen Österreich für jedermann geöffnet wurde.

Felix Mayr arbeitet im Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz; felix.mayr@gesundheitsministerium.gov.at.

10 *Bartenev*, Will Russia Yield to the ECtHR? verfassungsblog.de 16.7.2021, <https://verfassungsblog.de/will-russia-yield-to-the-ecthr/> (27.2.2023).

11 *Bartenev*, Will Russia Yield to the EctHR?

12 *Berka/Binder/Kneibls*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 266.

Machtlosigkeit in Machtstrukturen

vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur

Sophie Rendl

1. Einführung

Spätestens seit dem Jahr 2022 sind Themen wie Belästigung und Gewaltausübung in der Kulturszene auch im öffentlichen Diskurs in Österreich angekommen. Durch zahlreiche Vorfälle in der österreichischen Kunst- und Kulturszene wurde deutlich, dass die Probleme, auf denen die #metoo-Bewegung aufbaut, näher sind, als gedacht – warum sollte das auch anders sein? Erfahrungsberichte und Beschwerden rund um *Paulus Manker*¹, *Gustav Kuhn*² oder die Bedingungen in der Ballettschule der Wiener Staatsoper³ haben gezeigt, dass das Problem von sexuellen Belästigungen und toxischen Machtstrukturen in Kunst und Kultur auch hierzulande in Österreich besteht.

Seit September 2022 gibt es mit vera* Vertrauensstelle eine Einrichtung gegen Belästigung und Gewalt in Kunst, Kultur und Sport, die im Jahr 2021 durch einen Entschließungsantrag des Nationalrats initiiert wurde.⁴ Innerhalb von vera* gibt es einen Kompetenzbereich Sport und einen Kompetenzbereich Kunst und Kultur, die getrennt voneinander in der Fallbearbeitung tätig sind. In diesem Beitrag wird der Schwerpunkt auf Kunst und Kultur gelegt.

2. Begünstigende Faktoren für Gewalt und Belästigung in Kunst und Kultur

Zahlreiche Arbeitsverhältnisse sind geprägt von Diskriminierungen, sexueller Belästigung und Mobbing, wie eine Studie des Instituts für empirische Sozialforschung (IFES) deutlich zeigte.⁵ Trotzdem lassen sich in Kunst und Kultur Besonderheiten erkennen.

1 *Falter*, „Er schleifte sie durch die Garderobe“, 28.8.2020, <https://www.falter.at/zeitung/20200825/er-schleifte-sie-durch-die-garderobe> (30.4.2023).

2 *Tagesspiegel*, Metoo in Österreich: Künstlerinnen prangern sexuelle Übergriffe bei Festspielen in Erl an, 25.8.2018, <https://www.tagesspiegel.de/kultur/kunstlerinnen-prangern-sexuelle-ubergriffe-bei-festspielen-in-erl-an-3973231.html> (30.4.2023).

3 *Der Standard*, Ballettakademie-Skandal: Kommission ortet „Gefährdung des Kinderwohls“, 17.12.2017, <https://www.derstandard.at/story/2000112380670/ballettakademie-skandal-kommission-ortet-gefaehrung-des-kindeswohls> (30.4.2023).

4 Entschließungsantrag des Nationalrats vom 22. Jänner 2022 (287/A(E), XXVII. GP).

5 *Institut für empirische Sozialforschung (IFES)*, Gewalt und Aggression am Arbeitsplatz (2022).

Ein erster wichtiger Faktor ist die mangelnde soziale Absicherung von Künstler*innen und Kulturarbeiter*innen.⁶ So sind Phasen kombinierter selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit, die sich mit Phasen der Erwerbslosigkeit abwechseln, keine Seltenheit. Aufgrund von kurzen oder unregelmäßigen Anstellungsverhältnissen können vorgeschriebene Versicherungszeiten oft nicht erbracht werden oder vorhandene Ansprüche werden aufgrund der oftmals auftretenden Mischung von selbstständiger und unselbstständiger Arbeit wechselseitig ausgehebelt. Häufig bringen sich selbstständig tätige Künstler*innen um Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung, wenn ihr Einkommen über der Jahresgeringfügigkeitsgrenze liegt. Dies führt nämlich automatisch zu einer Pflichtversicherung in der SVA pro Kalenderjahr, was wiederum einen Anspruch auf Arbeitslosengeld verunmöglicht. Dies führt zu einer Prekarität, die es schwieriger macht, sich gegen grenzüberschreitendes Verhalten zur Wehr zu setzen, ohne die Anstellung oder das Engagement zu riskieren.

Darüber hinaus gibt es starre Machtstrukturen. Durch isolierte Proben- oder Produktionszeiten kommt es vor, dass eine Gruppe an Menschen über mehrere Monate hinweg an einem Werk arbeitet und in diesem Mikrokosmos ohne Korrektiv von außen agiert. Betroffene Personen berichten davon, in grenzüberschreitenden Situationen lediglich eine Person (zB Vertrauensperson, Betriebsrat) als Ansprechperson zu haben. Aufgrund der Enge der Gruppe und des drohenden Nachteils bzw der Stigmatisierung, wird von einer Meldung tendenziell abgesehen. Die Stigmatisierung von betroffenen Personen und mangelnde Solidarität mit Betroffenen – insb mit Frauen* – von Seiten der Öffentlichkeit und auch innerhalb der Szene sind leider keine Seltenheit.

Diese starken Abhängigkeiten in Kombination mit mangelnder sozialer Absicherung werden nicht zuletzt verstärkt durch die Betonung der Autonomie der Kunst und einem stark ausgeprägten Geniekult⁷. Die Narrative von „Genie und Wahnsinn“ versucht oftmals nicht mehr zeitgemäße Methoden in Kunst und Kultur zu rechtfertigen.

3. Einrichtung der vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst, Kultur und Sport

Mitte März 2021 beschloss der Kulturausschuss des Nationalrats⁸ die Einrichtung einer Vertrauensstelle für Betroffene von Machtmissbrauch in den Bereichen Kunst, Kultur und Sport als politischen Auftrag an die zuständigen Minister*innen. Auf Basis dieses Entschließungsantrags wurde der *Kulturrat Österreich* mit einer Recherche beauftragt, um die relevanten Stakeholder aus Kunst und Kultur zu befragen und zu erheben, wie eine Vertrauensstelle ausgestaltet sein könnte.

6 *Kulturrat Österreich*, Unselbständig, Selbständig, Erwerbslos (2017).

7 *Mayerhofer/Mokre*, Geniekünstler und KulturarbeiterInnen: von der Freiheit der Kunst zur Wertschöpfung durch Kreativität, SWS-Rundschau 2007, 292–311.

8 287/A(E) vom 22. Jänner 2020 (XXVII. GP).

In der auf vier Monate angelegten Recherchephase wurden Personen und Institutionen in Kunst und Kultur zu Strukturen, Erfahrungen und Vorstellungen befragt. Bereits bestehende Anlaufstellen, Prozesse oder Projekte mit ähnlicher Zielsetzung sowie Ansprechpersonen konnten durch die Befragung identifiziert werden.

4. Struktur und Angebot von vera*

Auf Basis dieses Rechercheberichts wurde partizipativ von Vertreter*innen der Interessengemeinschaften in Kunst und Kultur ein Konzept erstellt, um eine Vertrauensstelle einzurichten.⁹ Die Arbeit von vera* stützt sich auf zwei Säulen, einerseits auf die Einzelfallberatung und andererseits auf davon abgeleitete strukturelle Maßnahmen.

Die Schwierigkeit in der Einzelfallberatung ist, dass auf die multiplen Perspektiven eines Falles von Gewalt oder Belästigung in Kunst und Kultur eingegangen werden muss. In der Beratung ist man oft damit konfrontiert, dass durch die Vielzahl von betroffenen Rechtsmaterien mehrere Handlungsmöglichkeiten eröffnet sind. Als wichtigstes Prinzip dabei gilt jedoch, dass nur mit Einwilligung der betroffenen Personen gehandelt werden darf.

Grundanforderung an eine funktionierende Vertrauensstelle muss sein, dass sie betroffene Personen nicht nur über ihre Rechte informiert, sondern sie auch bei der Durchsetzung ihrer Rechte begleiten kann. Denn es ist eine Sache, über die Ungerechtigkeit der Situation Bescheid zu wissen, und eine andere, tatsächlich etwas dagegen zu unternehmen. vera* arbeitet schnell, einfach, niederschwellig, kostenlos, mehrsprachig, auf Wunsch anonym und stets im Interesse der Betroffenen. vera* gliedert sich in das österreichische Angebot in den Bereichen Gewaltschutz und Opferschutz ein und verweist gegebenenfalls auch an die jeweils zuständige Institution weiter. Um all das garantieren zu können, ist Vertraulichkeit, Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit von vera* ein Muss. Das gilt sowohl in organisatorischer, als auch in finanzieller Hinsicht.

5. Einzelfallberatung und strukturelle Maßnahmen

Damit betroffene Personen sich jedoch ohne Furcht vor negativen Folgen gegen erlebtes Unrecht aussprechen können, müssen sie strukturell bereits präventiv geschützt werden. Drohen nämlich ein beruflicher Nachteil, Angriffe im Netz oder sogar eine Rufschädigungsklage und wird gleichzeitig der Ruf der Öffentlichkeit nach der Nennung von Täternamen immer lauter, wird die gesamte Verantwortung für strukturellen Wandel auf das Individuum abgeschoben.

9 Kulturrat Österreich, vera* Konzept, <https://kulturrat.at>. (30.4.2023)

Wenn es um Gewaltschutz oder die Beseitigung von Diskriminierung geht, müssen Diversitätsförderung und Diskriminierungsschutz zusammen gedacht werden, denn das eine hebt genau das als positiv hervor, was von dem anderen geschützt wird.

Ich möchte hier drei wichtige strukturelle Ansatzpunkte nennen, die darauf hinwirken können, bestehende Schutzlücken für Künstler*innen und Kulturarbeiter*innen bei der Bekämpfung von Übergriffen zu schließen.

5.1. Prävention sowie Schutz- und Sicherheitskonzepte

Prävention bezeichnet Maßnahmen, die darauf abzielen, Risiken zu verringern oder die schädlichen Folgen von unerwünschten Situationen abzuschwächen.

Schutz- und Sicherheitskonzepte sind dazu da, dass sie abgeleitet von einer vorherigen Risikoanalyse Maßnahmen und Regeln kodifizieren, die das Miteinander und die gemeinsame Arbeitsweise innerhalb einer Organisation regeln. Maßnahmen können zB Codes of Conduct für eine Produktion, Intimacy Coaches, Vertrauenspersonen und -stellen oder ein gewisses Kontingent an Schulungen sein. Sicherheitskonzepte können rechtliche Bestimmungen anführen oder Soft-Law-Bestimmungen schaffen und intern durchsetzbar machen, wie zB eine respektvolle Arbeitsweise oder das Bekenntnis zu diversen Teams.

Problematisch an solchen internen Dokumenten und Konzepten ist, dass sie schnell zu einem Feigenblatt werden können, wenn die Erstellung und Umsetzung auf freiwilliger Basis und ohne Hinzuziehung von externen Expert*innen erfolgt. Aus diesem Grund muss es Leitfäden und Anleitungen geben und Mechanismen der Überprüfung, die am besten an Fördermittel geknüpft sind.

5.2. Politische Maßnahmen und der Hebel von Steuergeldern

Kunst- und Kultureinrichtungen bekommen teilweise große Anteile ihrer Budgets aus öffentlichen Förderungen des Bundes oder der Länder. Dabei handelt es sich um mögliche Hebel, um zB ein oben genanntes Schutz- und Sicherheitskonzept zu institutionalisieren. So könnte der Nachweis, sich als Organisation in ausreichendem Maß um die Sicherheit der Mitarbeiter*innen oder Mitwirkenden zu kümmern, Teil der Förderrichtlinien sein und bei Fördervergabe auch entsprechend überprüft werden.

Weitere politische Maßnahmen könnten zB die Aufnahme von Diversitäts- und Antidiskriminierungsbestimmungen in Kulturstrategien und in zukünftige Förderbestimmungen als Fördervoraussetzungen sein. Langfristig wird es auch durch Fairpay und sozialrechtliche Verbesserungen darum gehen, zu versuchen, prekäre Arbeitsbedingungen in Kunst und Kultur einzudämmen.

Als dritte wichtige strukturelle Maßnahme für die Abhilfe wie die öffentliche Bewusstseinsbildung ist die Schaffung von starken und unabhängigen Vertrauensstellen in Ös-

terreich, wie vera* bzw die Organisation im Film #we_do!. Diese Organisationen können durch ihr Wissen und durch ihre Position außerhalb von Betrieben darauf hinwirken, dass ein Arbeitsumfeld für Beschäftigte in Kunst und Kultur etabliert wird, das von gegenseitigem Respekt geprägt ist.

6. Fazit

Es muss Aufgabe von Politik, Medien und dem Publikum als „public watch dog“ sein, die es nicht mehr hinnehmen, dass Kunst und Kultur unter widrigen Bedingungen geschaffen werden. Es muss Aufgabe von Arbeitgeber*innen sein, ihre Mitarbeiter*innen zu schützen. Es muss letztlich die Verantwortung weg vom Individuum und hin zum Kollektiv, zu unserer Gesellschaft gelenkt werden.

Angestrebt wird ein Klima der Solidarität und Gleichberechtigung, in dem sich alle angstfrei und ohne Einschränkung ihrer Entwicklungsmöglichkeiten gegen Diskriminierung oder sexuelle Belästigung zur Wehr setzen können. Denn nur so gelingt es letztlich, eine Ausübung von Kunst und Kultur frei von Diskriminierung und Gewalt zu garantieren. „Der Zeit ihre Kunst und der Kunst ihre Freiheit“, steht auf der Secession geschrieben. Was bedeutet dies im Umkehrschluss, wenn die Methoden der Kunst nicht mehr zeitgemäß sind? Dann ist es womöglich an der Zeit, Machtstrukturen und -Methoden zu hinterfragen.

Mag.^a Sophie Rendl, vera* Vertrauensstelle gegen Belästigung und Gewalt in Kunst und Kultur;
s.rendl@vertrauensstelle.at

Die Angst vor den Höchstgerichten

Mögliche Gründe und Auswirkungen einer „neuen Taktik“ der Schädiger_innen in Massencausen

Michael Poduschka

1. Aufriss: Massencausen und Sammelklagen

Bei Sammelklagen, die entweder in Form subjektiver oder objektiver Klagshäufungen iSd §§ 11 bzw 227 ZPO oder als sog „Sammelklagen österreichischer Prägung“¹ eingebracht werden, ist häufig klar, dass es zu keinem schnellen Urteil kommen wird. Fragen der Sammelklagsfähigkeit, Zuständigkeiten, Trennung nach Teilansprüchen, uvm verhindern in der Regel eine rasche Verfahrenserledigung.

Demgegenüber ist die Vielzahl in Massencausen eingebrachter Klagen oftmals geradezu prädestiniert, nach Auswahl von in Hinblick auf Sachverhalt, Person des Richters/der Richterin und Instanzenzug besonders geeigneter Akten Rechtsfragen, die für eine große Zahl bereits anhängiger oder potentieller Verfahren relevant sind, im Rahmen einer strategischen Prozessführung an die Höchstgerichte (idR OGH und EuGH) heranzutragen und so eine rasche Klärung hunderter oder gar tausender Ansprüche und damit ein höheres Maß an Rechtssicherheit herbeizuführen.

2. Ablauf von Massencausen in der Vergangenheit

Anschaulich wird der zuletzt beschriebene Zweck solcher Kagen etwa anhand der ersten, von mir auf Seiten der geschädigten Personen betreuten, Massencausa: Die ersten Klagen gegen die Meinl Bank wurden zum Jahreswechsel 2008/2009 eingebracht und rasch vom Erstgericht, dem Handelsgericht Wien, verhandelt. Die ersten Ersturteile ergingen im Sommer 2009, das Berufungsurteil des OLG Wien im Frühjahr 2010. Anfang Oktober 2010 ergingen dann fast zeitgleich zwei OGH-Entscheidungen, die wichtige Richtlinien für die Bearbeitung sämtlicher Meinl-Akten vorgaben.² Die Causa wurde 2016 von uns endabgeschlossen. Ähnlich war es in der zweiten Massencausa (Immo-

1 Hierbei werden Ansprüche vieler Zedent_innen einem Zessionar, wie dem VKI, abgetreten, damit dieser sie gemeinsam geltend machen kann. Vgl dazu stellvertretend für viele *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 227 ZPO Rz 39; *Oberhammer*, „Österreichische Sammelklage“ und § 227 ZPO, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer* (Hg), *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht* 2010, 247; oder auch im hier interessierenden Zusammenhang *Klauser/Huber*, Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW, VbR 2019, 19.

2 OGH 31.8.2010, 4 Ob 65/10b; 22.9.2010, 8 Ob 25/10z.

nanz, AWD, Constantia Bank): Unsere ersten Klagen stammen aus Ende 2009, der OGH klärte 2012, 2015 wurde die Causa endabgeschlossen.

3. Die neue Taktik – Ablauf der Massencausa Volkswagen

Anders nun in der Causa rund um den VW-Diesel-Skandal: Hier wurden die ersten Klagen im Herbst 2015 eingebracht, die erste inhaltliche Entscheidung des OGH erging allerdings erst jüngst am 21.2.2023. Von einem Abschluss der Causa sind wir noch immer weit entfernt. Da Autokäufer_innen in den hier häufig anzutreffenden Fällen durch außergerichtliche Vergleiche zur Geheimhaltung verpflichtet wurden, können an dieser Stelle nur punktuell einzelne Causen dargestellt werden.

Offenbar wurde in der VW-Zentrale in Wolfsburg für Österreich von Anfang an eine Verzögerungstaktik vorgegeben, die bis heute durchgehalten wird: In einem Mitte 2016 eingeleiteten Verfahren entschied ein Erstrichter 2018, den EuGH mit der Beantwortung diverser europarechtlicher Fragen zu befassen Kurz danach wurde dem Kläger für den Fall, dass er die Klage zurückziehe, ein funkelneues Auto angeboten, indem der Händler damit vor dem Haus des Klägers vorfuhr. Da er das Angebot nicht annahm, anerkannte schließlich der im Eigentum von VW stehende Händler den Klagsanspruch, es erging ein Anerkenntnisurteil und das Verfahren vor dem EuGH wurde beendet.³ Diese Vorgangsweise – die Beendigung des Prozesses infolge eines Anerkenntnisses oder Vergleiches – wurde offenbar auch in anderen Causen gewählt.⁴

Zuletzt (Jahreswechsel 2022/2023) wurde seitens der Volkswagen AG einer zweistelligen Anzahl von Kläger_innen in Verfahren, die vor dem OGH anhängig waren, Beträge angeboten und bezahlt, um die OGH-Verfahren zu erledigen.⁵ Besonders pikant: Darunter war auch ein Verfahren, das der OGH selbst⁶ dem EuGH zur Klärung europarechtlicher Auslegungsfragen vorgelegt hatte, die dieser am 14.7.2022 beantwortete.⁷ In Erwartung der Entscheidung des OGH in diesem Fall hatten österreichische Richter_innen zu diesem Zeitpunkt bereits hunderte Verfahren unterbrochen. Insgesamt sind geschätzt 2.000 Einzelklagen und zumindest 20 Sammelklagen mit mehr als 10.000 Anspruchsteller_innen gegenüber VW vor sämtlichen Bezirks- und Landesgerichten anhängig.

3 Beschluss des Präsidenten des GH v 7.11.2018, C-466/18 (Vorabentscheidungsersuchen des LG Linz in der Rs *DS/Porsche Inter Auto GmbH & Co KG*).

4 Beschluss des Präsidenten des GH v 5.6.2019, C-244/19 (Vorabentscheidungsersuchen des HG Wien in der Rs *GB/Decker KFZ-Handels u. -Reparatur GmbH und Volkswagen AG*); Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs v 10.7.2020, C-138/20 (Vorabentscheidungsersuchen des Landgericht Stuttgart); ua.

5 Red, VW verhindert richtungweisendes Urteil durch Vergleich mit Einzelkläger, Verein für Konsumenteninformation 26.1.2023, <https://vki.at/vw-verhindert-richtungweisendes-urteil-durch-vergleich-mit-einzelklaeger/66221> (6.4.2023).

6 OGH 17.3.2020, 10 Ob 44/19x.

7 EuGH 14.7.2022, C-145/20, *DS/Porsche Inter Auto GmbH & Co KG und Volkswagen AG*.

4. Mögliche Beweggründe bei VW

Wie konnte es zu dieser eklatanten Verzögerungstaktik kommen, die Auswirkungen auf den Gerichtsbetrieb in ganz Österreich hat? Ein Aspekt ist jener, dass die Causa Volkswagen eine weltweite ist: Es wurden 11 Millionen Autokäufer_innen rund um den Globus getäuscht, da ihnen Fahrzeuge (sog „Clean Diesel“) verkauft worden sind, die lediglich am Prüfstand, nicht aber auf der Straße schadstoffarm unterwegs sind. Der Schädiger Volkswagen entschied sich offenbar bereits kurz nach Aufkommen des Skandals, dass eine (rasche) Lösung bezogen auf Österreich zur Gesamtlösung des Problems nicht den gewünschten Beitrag leisten würde. Aufgrund der sehr kurzen Ausschreibungs- und Erledigungsfristen österreichischer Gerichte im europäischen Vergleich,⁸ sah VW die Gefahr, dass diese die ersten sein würden, die den EuGH bemühen, höchstgerichtliche Entscheidungen produzieren und damit auch Leitlinien für ganz Europa vorgeben würden.

5. Auswirkungen des Fehlens höchstgerichtlicher Entscheidungen

Auf seiner Website erklärt der OGH seine Stellung im System der österreichischen Rechtspflege wie folgt:

„Der Oberste Gerichtshof ist oberste Instanz in Zivil- und in Strafsachen und damit das oberste Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit. [...] Der Oberste Gerichtshof hat eine Leitfunktion: Seine Entscheidungen sind für die Verfahrensparteien rechtlich bindend und unanfechtbar sowie für alle anderen Rechtssachen richtungsweisend. Der Oberste Gerichtshof trägt somit zu einheitlicher Rechtsanwendung bei und garantiert die Rechtssicherheit.“⁹

Entscheidend ist also, dass Rechtssicherheit (nur) durch richtungsweisende Entscheidungen des OGH bestehen kann, und dass ohne Rechtssicherheit der Demokratie eine ihrer Existenzgrundlagen entzogen würde. Konkret hat sich aufgrund des Fehlens einer richtungsweisenden OGH-Rechtsprechung in den Fällen der Abgascausa ein extremes Gefälle zwischen den einzelnen OLG Sprengeln entwickelt: Während die Rechtsprechung im Osten (OLG Wien) und im Westen (OLG Innsbruck) dazu neigt, Ansprüche von Autokäufer_innen eher positiv zu beurteilen, haben diese bei identem Sachverhalt im Sprengel des OLG Linz wenig Chancen, mit der Klage durchzukommen. Entscheidend ist in den Autocausen heute weniger, welcher Motor eingebaut wurde, was der Kläger oder die Klägerin aussagt, ob das Update gemacht wurde, etc, sondern wo das Auto gekauft wurde, da dies den Gerichtsstand begründet. Dies führt naturgemäß zu sehr großem Unbehagen der Bürger_innen mit der Justiz.

⁸ ÖRAK, 44. Wahrnehmungsbericht (2017/2018) 9.

⁹ Red, Der Oberste Gerichtshof, <https://www.ogh.gv.at/der-oberste-gerichtshof/> (abgerufen am 6.4.2023).

6. Fazit und mögliche Gegenstrategien

(Prozess-)Vergleiche in Gerichtsverfahren sind zur einvernehmlichen Konfliktlösung, Verfahrensbeschleunigung und Entlastung der Gerichte wichtig und notwendig. Jedenfalls nicht gerechtfertigt sind hingegen rechtsmissbräuchliche Vergleiche, die – wie im oben beschriebenen Fall – erst nach Entscheidungen von vier (!) Gerichten (Landesgericht, Oberlandesgericht, OGH, EuGH) nur aus dem Grund abgeschlossen werden, Rechtssicherheit zu verhindern. Als Anwalt von geschädigten Personen kann lediglich versucht werden, das demokratiefeindliche Verhalten derartiger Schädiger_innen „vor den Vorhang“ zu zerren, damit darüber zumindest diskutiert werden kann.

Wie sich die „ausgeschalteten“ Höchstgerichte wehren können, hat der OGH eindrucksvoll gezeigt: Nachdem es VW verhindert hat, dass der OGH im Verfahren 10 Ob 44/19x richtungweisende Vorgaben für ganz Österreich macht, hat der zuständige Senat aus den bei ihm aufliegenden Fällen einen identen Sachverhalt ausgewählt, dessen Akt erst seit Anfang 2023 beim OGH lag, und so seine Überlegungen unter einer anderen Geschäftszahl im Februar 2023 rasch doch veröffentlicht.¹⁰

Mag. Michael Poduschka ist Rechtsanwalt, ist an den Verfahren beteiligt und lebt in Oberösterreich; office@poduschka.at

¹⁰ OGH 21.2.2023, 10 Ob 2/23a.

Der irreführende oder falsche Informationsrealakt

Die Nadel im Heuhaufen der Haftungsgrundlagen
im „Corona-Ischgl-Komplex“ laut OLG Wien

Emilia Thenner¹

1. Die Entscheidungen des OLG Wien

Im Februar und März 2020 kam es in Ischgl im Paznauntal zu einer der Öffentlichkeit zunächst nicht bekannten Häufung von Infektionen mit Sars-CoV-2. Der in Ischgl entstandene „Hotspot“ trug maßgeblich zur Verbreitung des Virus in Europa bei. Zahlreiche Personen, die im März 2020 in Ischgl ihren Skiurlaub verbracht und sich währenddessen mit Sars-CoV-2 infiziert hatten, brachten ab September 2020 Amtshaftungsklagen gegen die Republik Österreich beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ein (im Nachfolgenden kurz: „Corona-Ischgl-Komplex“).

Im Juni 2022 ergingen die ersten Entscheidungen des OLG Wien im „Corona-Ischgl-Komplex“. Zu diesen ersten (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen ist – bis auf eine am 25.7.2022 herausgegebene Medieninformation² – inhaltlich nicht allzu viel bekannt, weil diese bisher nicht veröffentlicht wurden.

1.1. Vom OLG geprüfte Haftungsgrundlagen

Die Kläger_innen stützen die in den Amtshaftungsklagen geltend gemachten Schadenersatzansprüche auf das Epidemiegesetz³ (insb §§ 5, 6, 15, 20, 24 EpiG), die Grundrechte (insb Art 2, 3, 8 EMRK), das Unionsrecht (insb Art 21, 56, 57, 168 AEUV; Art 4 Abs 3 EUV; Beschluss Nr. 1082/2013/EU⁴; Art 2, 3 7, 47, 51 GRC) und das Strafrecht (insb §§ 80, 88, 178, 179 StGB⁵). Das OLG Wien setzte sich zwar mit all diesen Haftungs-

1 Mag.^a Emilia Thenner betreute als Rechtsanwaltsanwärtlerin die „Corona-Ischgl-Fälle“ knapp zwei Jahre auf Kläger_innenseite mit.

2 *Levnaic-Iwanski, Medienstelle des Oberlandesgerichts Wien*, Aufhebung eines klagsabweisenden Urteils in der Rechtsache eines deutschen Klägers gegen die Republik Österreich wegen Schadenersatz (und Feststellung) im Zusammenhang mit einer im März 2020 mutmaßlich in Ischgl erlittenen Covid-Infektion, 25.7.2022, https://www.verbraucher-schutzverein.eu/wp-content/uploads/2022/07/009_3223_22072508430.pdf (9.4.2023).

3 Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2018/37.

4 Beschluss Nr. 1082/2013/EU zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 2119/98/EG, ABl L 2013/293, 1.

5 Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl I 2019/111.

grundlagen (wenn auch in unterschiedlichem Detailgrad) auseinander; mit Ausnahme der Grundrechte verwarf es diese allerdings.

In Bezug auf das EpiG ist in aller Kürze festzuhalten, dass das OLG Wien hier der Rechtsansicht des LGZRS Wien (Erstgericht) folgte. Keine der vom EpiG vorgesehenen Regelungen – etwa Betriebs- oder Verkehrsbeschränkungen – lasse sich als ein „Schutzgesetz“ qualifizieren, weil diese Regelungen keine bestimmten Personen oder Personengruppen schützen würden. Der Schutzzweck erstreckte sich jeweils nur auf Interessen der Allgemeinheit, also eine große und unbestimmte Zahl von Personen. Individuelle Amtshaftungsansprüche würden somit nicht darauf gestützt werden können, dass die österreichischen Gesundheitsbehörden die vom EpiG normierten Maßnahmen nicht bzw verspätet umsetzen.

1.2. Grundrechte als Haftungsgrundlage

Anders als noch das Erstgericht fand das OLG Wien direkt in den Grundrechten eine grundsätzlich in Frage kommende Haftungsgrundlage für die Amtshaftungsansprüche gegen die Republik Österreich. In diesem Zusammenhang verwies das OLG Wien auf einen Leitsatz des EGMR, wonach Art 2 EMRK positive Verpflichtungen der Staaten begründe, angemessene Schritte zum Schutz des Lebens zu setzen; und weiter: dass diese Überlegungen im Bereich der Katastrophenhilfe insofern anzuwenden seien, als die Umstände des Einzelfalls auf das Bestehen einer eindeutig erkennbaren natürlichen Gefahr hinwiesen. Der zitierte Leitsatz schließt damit, dass die Reichweite dieser positiven Verpflichtungen des Staates vom Ursprung der Bedrohung und davon abhingen, zu welchem Grad die Gefahr gemindert werden kann.⁶

1.2.1. Grundrechtliche Informationspflicht

Diese positiven Verpflichtungen nach Art 2 EMRK umfassen laut Rechtsprechung des EGMR auch eine positive Verpflichtung des Staates, die Öffentlichkeit über lebensbedrohende Notfälle zu informieren.⁷ Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird beispielsweise von *Andreaus* die Informierung der Bevölkerung in einem Epidemiefall als geboten und wichtig erachtet. Er merkt an, dass eine solche Informierung durch direkte Kontaktaufnahme, aber auch durch Aushänge in den betroffenen Gebieten und Einrichtungen erfolgen könne.⁸

Das OLG Wien wies in seinen Entscheidungen darauf hin, dass bei Bestehen einer grundrechtlichen Informationspflicht auch das Unterlassen oder die Unvollständigkeit einer

6 EGMR 20.3.2008, 15339/02, *Budayeva ua/Russland*.

7 EGMR 20.3.2008, 15339/02, *Budayeva ua/Russland*; RIS-Justiz RS0126701.

8 *Andreaus*, Handbuch des österreichischen Seuchenrechts (2021) 183.

Information rechtswidrig seien, da Art 2 EMRK in diesem Fall schon durch das Unterbleiben der geschuldeten vollständigen und richtigen Information verletzt werde.⁹

1.2.2. Grundrechtliche Anforderungen an Informationsrealakte

Das OLG Wien vertrat die nachvollziehbare Rechtsansicht, dass dort wo eine grundrechtliche Informationspflicht (noch) nicht bestehe, die staatlichen Behörden zumindest berechtigt seien, die ihnen notwendig erscheinenden Informationen über potenziell lebensbedrohliche Notfälle an die Bevölkerung zu verlautbaren.¹⁰

Solche informativen Äußerungen von Organen der staatlichen Verwaltung, wie beispielsweise in Pressaussendungen¹¹ oder in Interviews¹², wurden vom OGH wiederholt als Informationsrealakte bezeichnet. Als schlicht-hoheitlich sind solche Informationsrealakte anzusehen, die in einem hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit jener Verwaltungsmaterie stehen, welche die informierende Behörde zu vollziehen hat.¹³ Wenn dieser Zusammenhang vorliegt, werden derartige Äußerungen von der Judikatur selbst dann als schlichte Hoheitsakte eingestuft, wenn das Organ nicht im Rahmen seiner gesetzlichen Pflicht handelte bzw Befugnisse für sich in Anspruch nahm, die im materiellen Recht einer Grundlage entbehrten.¹⁴ Informationsrealakte können daher haftungsbegründend iSd § 1 Abs 1 AHG sein.¹⁵

Das OLG Wien leitete aus den genannten Grundrechten die Anforderung ab, dass öffentliche Informationen – wie eben auch Informationsrealakte – richtig sein müssen: „Sind in einer potenziell lebensgefährlichen Pandemie öffentliche Informationen des Rechtsträgers irreführend oder falsch, so sind sie in jedem Fall rechtswidrig, weil sie die Empfänger:innen entgegen Art 2 EMRK zu einem Verhalten verleiten könnten, das die Gefahr für ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit vergrößert statt verringert, und somit gegen die aus Art 2 EMRK abgeleitete Schutzpflicht verstoßen.“¹⁶

2. Die Medieninformation betreffend die isländischen Urlaubsrückkehrer

Am 5.3.2020¹⁷ veröffentlichte das Amt der Tiroler Landesregierung eine Medieninformation zu positiv getesteten isländischen Urlaubsrückkehrern, die sich „nach ersten Er-

9 Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 67.

10 Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 66.

11 OGH 19.01.1999, 1 Ob 306/98a.

12 OGH 14.09.2022, 1 Ob 80/22d.

13 OGH 19.01.1999, 1 Ob 306/98a; OGH 11.07.2006, 1 Ob 54/06g.

14 OGH 18.10.2012, 1 Ob 208/10k.

15 *Marsch/Soyer*, Medienauftritte von Politikern können Haftung auslösen, diepresse.com 2.8.2022, <https://www.diepresse.com/6171890/medienauftritte-von-politikern-koennen-haftung-ausloesen> (9.4.2023); *Blaßnig*, In Zeiten der Infodemie. Staatliche Desinformation in der Corona-Krise, *juridikum* 2020, 433 (439).

16 Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 67.

17 Nicht nur am 5.3.2020, sondern ua auch am 7.3. und 8.3.2020 wurden Medieninformationen vom Amt der Tiroler Landesregierung veröffentlicht. Im Rahmen dieses Artikels kann aufgrund des beschränkten Umfangs lediglich auf die Medieninformation vom 5.3.2020 eingegangen werden.

hebungen“ auf der Rückreise im Flugzeug angesteckt hätten, weshalb es „aus medizinischer Sicht wenig wahrscheinlich“ erscheine, dass es in Tirol zu Ansteckungen gekommen sei.¹⁸ Zu diesem Zeitpunkt wussten die österreichischen Behörden allerdings ua bereits, dass bei zwei infizierten Urlaubsrückkehrern die ersten Symptome noch vor der Abreise aus Ischgl aufgetreten waren. Das OLG Wien hielt beim unbekämpften bzw notorischen Sachverhalt fest, dass der Büroleiter des Landeshauptmannes vor Veröffentlichung der Medieninformation sogar noch die Abteilung Öffentlichkeitsarbeit des Landes Tirol und den Landesamtsdirektor um Überprüfung ersucht hatte, weil das Auftreten von Symptomen vor der Abreise wohl ausschließe, dass sich diese Gäste erst im Flugzeug angesteckt haben.¹⁹

2.1. Subsumption des OLG Wien

Das OLG Wien bejahte im Fall einer beginnenden weltweiten Pandemie zwar grundsätzlich eine aus den Grundrechten abgeleitete Informationspflicht. Das OLG Wien verneinte dann allerdings, dass mit der unrichtigen Medieninformation vom 5.3.2020 diese Informationspflicht verletzt wurde, weil an diesem Tag eine solche noch gar nicht bestanden habe. Laut dem OLG Wien setzte eine aus den Grundrechten abgeleitete Informationspflicht frühestens am Abend des 7.3.2020 ein.

Laut OLG Wien ist die Medieninformation betreffend die isländischen Urlaubsrückkehrer allerdings als Informationsrealakt zu qualifizieren. Wie bereits erwähnt, leitete das OLG Wien aus den Grundrechten ab, dass solche öffentlichen Informationen richtig sein müssen. Das OLG Wien erkannte in weiterer Folge, dass die Medieninformation vom 5.3.2020 diesem Richtigkeitserfordernis nicht genügte, weil die daran beteiligten Beamten_innen zum Zeitpunkt der Herausgabe dieser Medieninformation bereits wussten, dass sie nicht (mehr) dem aktuellen Stand der Erhebungen entsprach.

Aufschlussreich sind insb auch folgende Ausführungen des OLG Wien: „Zwar bedeutete der Umstand, dass zwei der infizierten Gäste schon in Ischgl erste Symptome gezeigt hatten, noch nicht zwingend, dass sie sich dort angesteckt hatten bzw dass dort eine erhöhte Ansteckungsgefahr bestand. Das Verschweigen dieses Umstandes in Verbindung mit der Information, dass sich die Gäste „nach ersten Erhebungen“ und „aus medizinischer Sicht“ wohl eher im Flugzeug als in Tirol angesteckt hätten, war jedoch zweifellos geeignet, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, dass es in Ischgl keine Ansteckungen gegeben habe und keine erhöhte Ansteckungsgefahr herrsche, und somit bei den Adres-

18 *Amt der Tiroler Landesregierung*, Coronavirus: Isländische Gäste im Tiroler Oberland dürften sich bei Rückflug im Flugzeug mit Coronavirus angesteckt haben, tirol.gv.at 05.03.2020, <https://www.tirol.gv.at/meldungen/meldung/coronavirus-isländische-gaeste-im-tiroler-oberland-duerften-sich-bei-rueckflug-im-flugzeug-mit-coronavirus-angesteckt-haben-1/> (09.04.2023).

19 Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 4.

saten ein falsches Sicherheitsgefühl hervorzurufen, das unter Umständen auch ihre Reiseentscheidung beeinflussen konnte.“²⁰

Das OLG Wien beurteilte die Medieninformation vom 5.3.2020 daher als rechtswidrig und schuldhaft und bejahte die grundsätzliche Haftung der Republik Österreich.

2.2. Argumente aus den Rechtsmitteln

Die OLG-Entscheidungen wurden sowohl von der Republik Österreich als auch von den Kläger_innen jeweils mit Rekurs an den OGH bekämpft. Nachfolgend werden zwei in diesen Rekursen ausgeführte Kritikpunkte umrissen.

2.2.1. Grundrechtliche Informationspflicht setzte bereits früher ein

Das OLG Wien kam zum Schluss, dass erst ab Vorliegen des positiven Testergebnisses des „Kitzloch“-Kellners am Abend des 7.3.2020 die erhöhte Infektionsgefahr im Paznauntal ausreichend erkennbar war. Die Kläger_innen argumentierten in ihren Rekursen, dass die erhöhte Infektionsgefahr im Paznauntal bereits spätestens ab 5.3.2020 ausreichend bekannt gewesen sei, um die in Art 2 EMRK begründete Informationspflicht auszulösen.

In Anbetracht des damaligen Wissensstands zur Art der Übertragung und zur Inkubationszeit von Sars-CoV-2 habe den Behörden bereits am 5.3.2020 klar sein müssen, dass es sich bei den ersten positiv getesteten Personen keinesfalls um Einzelfälle handelte, und die Dunkelziffer der bereits infizierten, aber noch nicht diagnostizierten Fälle im Paznauntal vergleichsweise hoch sein musste. Die oben kurz erläuterte EGMR-Rechtsprechung²¹ stellt im Übrigen nicht auf die Wahrscheinlichkeit, ob sich die Gefahr auch tatsächlich verwirklichen wird, ab. Auch über Verdachtsfälle wäre daher mE jedenfalls zu informieren gewesen.

2.2.2. Zuordnung der Medieninformation

Die durch die Finanzprokurator vertretenen Republik Österreich argumentierte in ihren Rekursen, dass die Medieninformation nicht dem Bund, sondern dem Land Tirol zuzuordnen sei. Sofern das Land Tirol freiwillig oder auf Grundlage von Landesgesetzen Medieninformationen erteilt habe, ohne dass eine Verpflichtung des Bundes dazu bestanden habe, könne dies keine Haftung des Bundes iSd § 1 Abs 1 AHG begründen. Das Informationshandeln wäre dann nicht im Weg der mittelbaren Bundesverwaltung erfolgt. Eine

²⁰ Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 73 f.

²¹ EGMR 20.3.2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02 [Kammer, RdU 2008/88].

etwaige mögliche Rechtsgrundlage für die Medieninformation vom 5.3.2020 der Abteilung Öffentlichkeitsarbeit des Landes Tirol könne Art 60a Tiroler Landesordnung²² sein. Bei der Landesinformation vom 5.3.2020 ging es mE allerdings vordergründig um Fragen des „Gesundheitswesens“ (Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG), welches gemäß der verfassungsgesetzlichen Kompetenzverteilung in die ausschließliche Kompetenz des Bundes fällt. Auch das OLG Wien war dieser Ansicht²³ und merkte an, dass der enge Zusammenhang mit dem Gesundheitswesen nicht bestritten worden sei und daher im Sinne des § 1 Abs 1 AHG von einem Handeln „in Vollziehung der Gesetze“ durch Organe des Landes Tirol in mittelbarer Bundesverwaltung auszugehen sei.²⁴

Fraglich ist allerdings, ob hinsichtlich der Landesinformation vom 5.3.2020 nicht auch eine Mehrfachzurechnung des Organhandelns vorgenommen werden könnte. Schließlich kann das Verhalten eines Organs grundsätzlich auch mehreren Körperschaften zugerechnet werden.²⁵ In diesem Fall würde für den falschen und irreführenden Informationsrealakt vom 5.3.2020 neben der Republik Österreich auch das Land Tirol haften. Es bleibt jedenfalls spannend, wie der OGH im „Corona-Ischgl-Komplex“ und insb hinsichtlich der Presseinformationen entscheiden wird. Die Entscheidung des OGH wird noch im Jahr 2023 erwartet.²⁶

Mag.^a Emilia Thenner arbeitet als Rechtsanwaltsanwältin in einer Wiener Anwaltskanzlei und betreut die „Corona-Ischgl-Fälle“ knapp 2 Jahre auf Kläger_innenseite mit; emilia.thenner@outlook.com

22 Tiroler Landesordnung 1989 LGBL 1988/61 idF LGBL 1998/104; Art 60a T-LO: „Die Landesregierung hat die Bevölkerung des Landes über Angelegenheiten, die für das Land Tirol von besonderer politischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Bedeutung sind, in geeigneter Weise zu informieren.“

23 Anzumerken ist, dass im hier besprochenen Verfahren J.S. zu GZ 14 R 57/22p nur die Republik Österreich geklagt worden war, nicht aber auch das Land Tirol.

24 Entscheidung des OLG vom 25.7.2022 im Verfahren J. S. zur GZ 14 R 57/22p, 74.

25 Ziebensack in Ziebensack (Hrsg), Amtshaftungsgesetz (2011) Rechtsträgerbegriff Rz 536.

26 Hinweis: Diese Entscheidung des OGH im „Corona-Ischgl-Komplex“ liegt im Zeitpunkt des Erscheinens dieses Artikels bereits vor. Die am 1.6.2023 im RIS veröffentlichte Entscheidung zu GZ 1 Ob 199/22d erging nach Redaktionsschluss und konnte daher in diesem Artikel leider nicht mehr berücksichtigt werden. Der OGH kam in einigen wesentlichen Punkten zu einem gänzlich anderen Schluss als noch das OLG Wien und verneinte eine Haftung des Bundes wegen Corona-Infektionen in Ischgl.

Alternativer¹ Geschlechtseintrag für transidente Personen

Das Verwaltungsgericht Wien ändert erstmals den Geschlechtseintrag einer Person auf „nicht-binär“

Maria Preinreich

1. Vorgeschichte

1.1. Schaffung alternativer Geschlechtseinträge durch den Verfassungsgerichtshof

In der Entscheidung VfSlg 20.258/2018² aus dem Jahr 2018 erkannte der VfGH erstmals Geschlechtsidentitäten abseits von männlich und weiblich rechtlich an. Er leitet das Recht auf geschlechtliche Identität und Selbstbestimmung eines Menschen aus Art 8 Abs 1 EMRK ab. Der VfGH entschied zwar, dass der Staat gemäß § 2 Abs 2 Z 3 PStG 2013³ Menschen im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) ein Geschlecht zuschreiben dürfe, allerdings müssten Menschen „(nur) jene Geschlechtszuschreibungen [...] akzeptieren [...], die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen.“⁴ Wie der Gesetzgeber diese Vorgabe umzusetzen hat, ließ der VfGH jedoch weitgehend offen. Der Anlassfall zu dieser Entscheidung betraf eine intergeschlechtliche Person, Jurist*innen gingen aber bereits damals davon aus, dass es für den Zugang zu einer „dritten Option“ nicht auf körperliche Merkmale, sondern nur auf die Geschlechtsidentität – also auf die Selbstidentifikation – ankommen darf.⁵ Sie beriefen sich dabei auf ein Erkenntnis des VwGH aus dem Jahr 2009⁶, in dem dieser entschied, dass körperliche Eingriffe bei Personenstandsänderungen zwischen „männlich“ und „weiblich“ durch transidente Personen keine Voraussetzung sein dürfen.

1.2. VwGH sieht körperliche Merkmale bei der Berichtigung auf „inter“ als Voraussetzung

Die intergeschlechtliche Person, die den Anlassfall zur Entscheidung VfSlg 20.258/2018 vor Gericht gebracht hatte, hatte zunächst eine Beschwerde gegen den Bescheid des

1 Gemeint: zu „weiblich“ und „männlich“.

2 VfSlg 20.258/2018.

3 Personenstandsgesetz 2013 (PStG 2013) BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2014/80.

4 VfSlg 20.258/2018, Rn 18.

5 Gaigg, Was die Option des dritten Geschlechts bedeutet, derstandard.at 3.7.2018, <https://derstandard.at/story/2000082685118/was-die-option-des-dritten-geschlechts-bedeutet> (4.3.2023).

6 VwSlg 17640 A/2009.

Bürgermeisters von Steyr erhoben, mit der ihr ein alternativer Geschlechtseintrag verweigert worden war. Gegen das darauffolgende Erkenntnis des LVwG Oberösterreich⁷, das diesen Bescheid bestätigte, erhob die Person Erkenntnisbeschwerde. Der VfGH unterbrach das Erkenntnisbeschwerdeverfahren und leitete ein Gesetzesprüfungsverfahren betreffend § 2 Abs 2 Z 3 PStG ein. Er hob die Bestimmung nicht auf, sondern interpretierte sie verfassungskonform, sodass alternative Geschlechtseinträge vorgesehen sind.⁸ Im fortgesetzten Verfahren hob der VfGH das Erkenntnis des LVwG Oberösterreich auf und verwies die Sache an dieses zurück.⁹ Das LVwG Oberösterreich erkannte daraufhin, dass die beschwerdeführende Person ein Recht auf Berichtigung des Geschlechtseintrages auf „inter“ habe.¹⁰ Dagegen erhob das Bundesministerium für Inneres Amtsrevision und führte aus, dass keine höchstgerichtliche Judikatur zu den Modalitäten der Eintragung vorliege.

Im Verfahren vor dem VwGH brachte die intergeschlechtliche Person als mitbeteiligte Partei vor, es komme für die Berichtigung des Geschlechtseintrags nach der Rechtsprechung des VfGH nicht auf das biologische, körperliche Geschlecht, sondern auf das psychische Geschlecht, auf die Identität eines Menschen an. Dieses Vorbringen verwarf der VwGH. Der VfGH habe in seiner Entscheidung VfSlg 20.258/2018 zwischen Transidentität und Intergeschlechtlichkeit grundlegend unterschieden. Um zu beurteilen, ob ein alternativer Geschlechtseintrag aufgrund von Intergeschlechtlichkeit vorgenommen werden könne, komme es auf das biologische, körperliche Geschlecht an. Es sei daher auf die bei der mitbeteiligten Partei vorliegenden körperlichen Merkmale abzustellen.¹¹ Zur Fallkonstellation der Transidentität äußerte sich der VwGH nicht.

1.3. Erlässe des Bundesministeriums für Inneres zur Umsetzung der VfGH-Judikatur

Im Dezember 2018 wies der Innenminister in der Durchführungsanleitung für standesamtliche Arbeit (DA)¹² die Standesämter an, nur den Geschlechtseintrag „divers“, und diesen nur für intergeschlechtliche Personen vorzunehmen. Diese Personen sollten mit einem Gutachten von eigens zu konstituierenden medizinischen Expertengruppen, sogenannten „VdG-Boards“¹³, nachweisen, dass bei ihnen körperliche Merkmale vorlagen, die auf ihre Intergeschlechtlichkeit hinwiesen. Das Problem: Diese Boards wurden nie eingerichtet.¹⁴

7 LVwG Oberösterreich 5.10.2016, LVwG-750369/5/MZ/MR.

8 VfSlg 20.258/2018.

9 VfSlg 20.266/2018.

10 LVwG Oberösterreich 18.2.2020, LVwG-750727/5/MZ.

11 VwGH 14.12.2018, Ro 2018/01/0015.

12 Erlass des BMI v 20.12.2018, BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018.

13 „VdG“ steht für „Variante der Geschlechtsentwicklung“.

14 *Brickner*, Weisung Kickls als Minister blockiert Eintrag des dritten Geschlechts, derstandard.at 23.12.2019, <https://derstandard.at/story/2000112574005/weisung-kickls-als-minister-blockiert-eintrag-des-dritten-geschlechts> (4.3.2023).

Erst nach dem Erkenntnis des LVwG Oberösterreich zu LVwG-750727/5/MZ¹⁵ infolge der Entscheidung VfSlg 20.266/2018 des VfGH, in dem das LVwG aussprach, dass der beschwerdeführenden Person eine Geburtsurkunde mit dem Geschlechtseintrag „inter“ auszustellen sei, und nach einer Strafanzeige gegen den Innenminister, wurde die Software des Zentralen Personenstandsregisters adaptiert und die entsprechende Geburtsurkunde ausgestellt.¹⁶

Am 9.9.2020 ergänzte das Innenministerium die Durchführungsanleitung (DA) für standesamtliche Arbeit.¹⁷ Betreffend Geschlechtseinträge abseits von „männlich“ und „weiblich“ heißt es nun: „Konkret geht es um nachweisbare Varianten der Geschlechtsentwicklungen, die sich durch eine atypische Entwicklung des chromosomalen, anatomischen oder hormonellen Geschlechts kennzeichnen und explizit nicht um Transidentität (dh. jemand, der genetisch oder anatomisch bzw. hormonell eindeutig einem anderen Geschlecht zugewiesen ist, sich dadurch aber falsch oder unzureichend beschrieben fühlt).“ Für die Änderung oder Berichtigung auf einen alternativen Eintrag wird weiterhin ein medizinisches Fachgutachten gefordert, allerdings nicht von einem „VdG-Board“.

Aufgrund dieser in Kraft stehenden DA ist klar: Möchte eine Person einen alternativen Geschlechtseintrag, muss sie beim Standesamt weiterhin ein medizinisches Fachgutachten vorlegen, das eine Intergeschlechtlichkeit aufgrund von körperlichen Merkmalen bescheinigt. Aus der jüngsten Judikatur des VwG ergeben sich nun aber Neuerungen.

2. Änderung des Geschlechtseintrags auf „nicht-binär“: Alternative Geschlechtseinträge für transidente Personen

Mit Erkenntnis vom 26.1.2023 zu VGW-101/V/032/11370/2022 änderte das VwG Wien den Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Person gemäß § 41 PStG auf „nicht-binär“.¹⁸ Das Standesamt hatte den Antrag mit der Begründung abgewiesen, dass gemäß der DA für standesamtliche Arbeit alternative Geschlechtseinträge im ZPR nur für Menschen mit einer nachweisbaren Variante der Geschlechtsentwicklung möglich seien. Ein Geschlechtseintrag „nicht-binär“ würde auf ein rein subjektiv empfundenes Merkmal abstellen.¹⁹

Das VwG erachtete sich an die DA für die standesamtliche Arbeit des BMI nicht gebunden – sie sei als Weisung an das Standesamt für das VwG unbeachtlich. Abgesehen davon enthalte sie keine Vorgehensweise für den Fall der Änderung des Geschlechtseintra-

15 LVwG Oberösterreich 18.2.2020, LVwG-750727/5/MZ.

16 *Rechtskomitee Lambda*, Drittes Geschlecht – Erfolg nach Strafanzeige: Erste Geburtsurkunde mit „inter“ ausgestellt, <https://rklambda.at/index.php/de/402-drittes-geschlecht-erfolg-nach-strafanzeige-erste-geburtsurkunde-mit-inter-ausgestellt> (4.3.2023).

17 Erlass des BMI v 9.9.2020 (BMI-VA1300/0415/III/3/b/2019).

18 VwG Wien 26.1.2023, VGW-101/V/032/11370/2022.

19 MA 63 31.8.2022, MA 63-977406-2021.

ges auf „nicht-binär“. Bei der Durchführungsanleitung handle es sich im Übrigen nicht um eine Verordnung iSd Art 139 B-VG, sodass sie einer Verordnungsprüfung durch den VfGH nicht zugänglich sei.

In der Sache stützte sich das VwG maßgeblich auf die Entscheidung VfSlg 20.258/2018 des VfGH und argumentierte mit dessen Formulierung, dass Menschen nur jene Geschlechtszuschreibungen durch staatliche Regelung akzeptieren müssen, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen. Eine scharfe Abgrenzung zwischen intergeschlechtlichen und transidenten Personen nahm das VwG für den Anlassfall nicht vor und argumentierte, dass das Recht auf eine adäquate Geschlechtszuschreibung beiden Personengruppen zukomme. Die Entscheidung des VfGH sei vor dem Hintergrund des Anlassfalls einer intergeschlechtlichen Person zu sehen, ebenso wie die Entscheidung des VwGH vom 14.12.2018 (siehe 1.2). Der VfGH habe in VfSlg 20.258/2018 jedoch auch die Fallkonstellation der Transidentität angeführt.

Es bestehe kein Zweifel daran, dass § 2 Abs 2 Z 3 PStG im Lichte des Art 8 Abs 1 EMRK so auszulegen sei, dass er „nicht-binär“ als etablierten Begriff für die Beschreibung einer Geschlechtsidentität auch als Geschlechtseintrag zulasse, wenn dadurch intergeschlechtlichen oder transidenten Personen erst ermöglicht werde, ihre Geschlechtsidentität adäquat zum Ausdruck zu bringen. Die beschwerdeführende Person habe ein Recht auf einen adäquaten Geschlechtseintrag. Dementsprechend änderte das Gericht den Geschlechtseintrag auf „nicht-binär“.²⁰

3. Anmerkung und Ausblick

Das VwG verwirft Intergeschlechtlichkeit, sowie das Vorliegen gewisser körperlicher Merkmale, als Voraussetzung für den Zugang zu alternativen Geschlechtseinträgen. Die Höchstgerichte bezogen sich auf den ihnen vorliegenden Anlassfall zu Intergeschlechtlichkeit, adäquate Geschlechtszuschreibungen stehen nach der Argumentation des VwG aber allen Menschen zu. Es öffnet damit alternative Geschlechtseinträge für transidente Personen. Mittlerweile wurde vom VwG Wien in drei weiteren Fällen Transpersonen nicht rechtskräftig ein alternativer Geschlechtseintrag zuerkannt, in einem Fall „divers“²¹, in zwei weiteren Fällen die Streichung des Geschlechtseintrages.²²

Unklar bleibt, warum sich das VwG in der rechtlichen Beurteilung dennoch auf irreversible körperliche Veränderungen bei der beschwerdeführenden Person durch eine Hor-

20 Eine Änderung gem § 42 PStG nahm das VwG vor, weil es davon ausging, dass der Geschlechtseintrag „weiblich“ erst im Laufe der Zeit unrichtig geworden war. Demgegenüber handelte es sich nicht um eine Berichtigung gemäß § 41 PStG, die dann vorzunehmen ist, wenn ein Personenstandseintrag bereits im Zeitpunkt der Eintragung unrichtig war. Die Änderung des Geschlechtseintrags kann von einem Verwaltungsgericht auch selbst vorgenommen werden (vgl zur Berichtigung VwGH 14.12.2018, Ro 2018/01/0015), eine Zurückverweisung an das Standesamt war daher nicht notwendig.

21 VwG Wien 20.2.2023, VGW-101/007/15504/2022.

22 VwG Wien 22.3.2023, VGW-101/V/020/14327/2022 bzw VwG Wien 29.3.2023, VGW-101/032/1689/2023.

montherapie bezieht, obwohl medizinische Eingriffe seit 2009 keine Voraussetzung mehr für eine Personenstandsänderung für transidente Personen sind.²³

Sollte die vom VwGH vorgenommene Personenstandsänderung rechtskräftig werden,²⁴ muss das weitere Folgen nach sich ziehen: Wenn die DA für standesamtliche Arbeit keiner Verordnungsprüfung zugänglich ist, liegt es am BMI, die DA entsprechend dem Erkenntnis zu adaptieren. Ansonsten könnten transidente Personen im Unterschied zu intergeschlechtlichen Personen lediglich durch den Rechtszug zu einem LVwG ihren Anspruch auf einen alternativen Geschlechtseintrag durchsetzen. Dadurch würden Transpersonen gegenüber Interpersonen in ihrem Recht auf individuelle Geschlechtsidentität in verfahrensrechtlicher Hinsicht diskriminiert, was dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK zuwiderliefe. Dementsprechend müsste das BMI für Personen, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen, Geschlechtseinträge im ZPR schaffen und den Zugang dazu durch Weisung an die Standesämter absichern. Es wäre aber auch denkbar, dass die DA für standesamtliche Arbeit als Verordnung zu qualifizieren ist, weil sie sich nicht in einer Information über die geltende Rechtslage erschöpft, sondern darüber hinaus verbindliche Regelungen darüber enthält, wer einen alternativen Geschlechtseintrag erhalten kann. Die Regelungen über die Berichtigung bzw Änderung des Geschlechtseintrages wären als Verordnung eines Bundesministers gem § 4 Abs 1 Z 2 BGBIG²⁵ im Bundesgesetzblatt kundzumachen gewesen, was jedoch nicht geschehen ist. Auch 2006 wurde der Erlass des BMI, der die Änderung des Geschlechtseintrages für Transpersonen regelte („Transsexuellen-Erlass“)²⁶ vom VfGH mit der Begründung aufgehoben, dass der „Erlass“ eine Rechtsverordnung war, die nicht ordnungsgemäß kundgemacht wurde.²⁷ Folglich wären auch die entsprechenden Inhalte der aktuellen DA für standesamtliche Arbeit vom VfGH als gesetzwidrig aufzuheben.

4. Auf dem Weg zu einem selbstbestimmten Geschlechtseintrag

Bisher war für die Änderung des Geschlechtseintrages beim Standesamt immer eine Stellungnahme eines*r Facharzt*in für Psychiatrie, eines*r Psychotherapeut*in oder eines*r klinischen Psycholog*in vorzulegen, in der zumindest die Erklärung enthalten war, dass ein Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht besteht und dieses aller Voraus-

23 VwSlg 17640 A/2009.

24 Gegen das Erkenntnis wurde Amtsrevision an den VwGH erhoben. Begründend wurde ausgeführt, dass Transidentität im Unterschied zu Intergeschlechtlichkeit ausschließlich die psychische Komponente betreffe, weshalb es fraglich sei, ob die Interessenabwägung zwischen dem Individualinteresse auf einen alternativen Geschlechtseintrag und dem Ordnungsinteresse des Staates auch bei Transidentität zugunsten des Individuums ausgehen würde. Sofern das Recht auf einen alternativen Geschlechtseintrag bestehe, sei weiters abzuwägen, ob nicht mit den bereits existierenden alternativen Einträgen dieses Recht von Transpersonen gewahrt werden könne.

25 Bundesgesetzblattgesetz (BGBIG) BGBl I 2003/100 idF BGBl I 2020/24.

26 Erlass des BMI v 27.11.1996, Z 36.250/66-IV/4/96.

27 VfSlg 17.849/2006. Für die rezente Aufhebung eines Erlasses, der als (rechtswidrig kundgemachte) Verordnung zu qualifizieren ist, siehe VfSlg 20.472/2021 (Beschäftigungsbewilligung für Asylsuchende).

sicht nach weitgehend irreversibel ist. Außerdem musste die Mitteilung enthalten sein, dass eine deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts zum Ausdruck kommt.²⁸

Mit dem Erkenntnis vom 20.2.2023²⁹ änderte das VwG Wien den Geschlechtseintrag einer transidenten Person von „männlich“ auf „divers“. In der Begründung führte es aus, dass der Begriff „Identität“ beschreibe, wie sich eine Person selbst definiere. Würde eine dritte Person auf Basis einer Stellungnahme die Zuordnung zu einem Geschlecht vornehmen, würde der Zweck der zu respektierenden individuellen Entscheidung unterlaufen. Die Voraussetzung der Vorlage einer Stellungnahme befand das VwG für unzulässig, weil dies ein ungerechtfertigter Eingriff in das Recht auf individuelle Geschlechtsidentität gemäß Art 8 EMRK sei. Das Erkenntnis ist nicht rechtskräftig.

Mag.^a Maria Preinreich ist Mitglied im Verein Nicht Binär; maria.preinreich@posteo.de

28 *Stadt Wien*, Personenstandsänderung, <https://www.wien.gv.at/menschen/queer/transgender/geschlechtswechsel/rechtlich/personenstand.html#:~:text=Um%20rechtlich%20im%20eigenen%20Geschlecht,Gleichstellung%20mit%20Personen%20des%20Identit%C3%A4tsgeschlechts.> (5.3.2023).

29 VwG Wien 20.2.2023, VGW-101/007/15504/2022.

Why the Israeli Constitutional Putsch is Unconstitutional

Alon Harel

1. Introduction

On November 1, 2022, Israel had its last election, and far right-wing and religious parties got a majority. As a result, *Benjamin Netanyahu* succeeded in forming a government, which is the most right-wing government Israel has ever had. The current government was formed by the Likud, the religious (Ultra-Orthodox) parties Shas, which represents Sephardic religious Jews, and United Torah Judaism, which represents Ashkenazi Judaism, as well as other extreme right-wing nationalist parties, in particular, Religious Zionism, which represents rightwing modern Orthodox, and Ozma Yehudit, which represents rightwing nationalists. Following this victory, *Yariv Levin* (a Likud MK) was appointed as Justice Minister, and *Simcha Rothman* (a Religious Zionist MK) was appointed as head of the Law and Justice Committee in the Knesset.

These politicians initiated a radical proposal to transform the legal system and change the constitutional foundations of the state. The aim of this proposal is to strengthen the executive branch and weaken the judiciary. This proposal encountered resistance from centrist and left-wing parties and large parts of the Israeli population.

Mainly the controversy in public media is about questions like, who has the power to appoint judges, whether and when the Israeli Supreme Court (hereinafter: the Court) has the power to consider a law to be unconstitutional, or whether the Court would have the power to declare that executive decisions made by executive bodies such as the government, municipalities, police forces, etc are invalid on the grounds that they are manifestly unreasonable. But the real questions, which have led to the massive protests, are different ones. Deeper issues lurk beneath the legalistic-institutional debate: Should Israel be more Western or more Jewish? What is the status of being Jewish in the Jewish State? What should the status of Palestinians and other minority groups in a Jewish State be like? Should Israel protect and promote women's status? Is Israel primarily a Western state, or is it a nationalist theocracy? Therefore, much is at stake for every Israeli citizen. In this article, I describe the proposals made by *Levin* and *Rothman*. I discuss the motivations underlying the proposal, and I will argue that the proposal is unconstitutional. To establish this conclusion, I use normative arguments concerning the rule of law, comparative law arguments establishing the powers of courts in other countries, and I use

precedents of the Israeli Court itself. I conclude that the Israeli Court has the powers to declare these amendments unconstitutional.

2. The Proposed Amendments

The proposed constitutional amendments are radical. This explains why advocates and opponents cannot even agree on the title to be given to these amendments: Is it a reform, as the advocates argue, or a putsch or legal rebellion, as its opponents maintain?¹ Irrespective of the title, the proposed amendments are designed to strengthen the powers of the executive (and legislative branches) and dramatically weaken the powers of the courts.

The advocates of these amendments officially contend that under current circumstances, the Israeli government cannot govern effectively and execute its policies due to too much interference on the part of the courts. They also contend that the courts have too much power and that they govern undemocratically. They wish, therefore, to “bring the power back to the people.”² The opponents argue that the proposals threaten the liberal foundations of the State; they are likely to erode fundamental liberties, and, finally, they have far-reaching negative consequences on the economy of the state and its future.³

Israel has no formal constitution. Instead, in June 1950, the Knesset passed the so-called *Harari compromise*, which notes that the constitution will consist of chapters, each of which represents its own basic law. As a result, the Knesset does not only have legislative powers, but also constituent powers. It enacts chapters of the constitution by granting to a law the title “Basic Law”. The Knesset has used its constituent powers and enacted several basic laws which may, in the future, be incorporated into a formal written constitution. The basic laws are meant to establish the most important public institutions and fundamental rights. Beyond the operative provisions of the basic laws, there are also symbolic aspects that the basic laws convey, in particular, they are meant to entrench the identity of Israel as a “Jewish and democratic state.” The most controversial basic law is named *Human Dignity and Freedom*. This Basic Law includes a provision protecting human dignity, and it also dictates that the Knesset is bound by the provisions of this

-
- 1 Another term that is being used by the opponents is “coup”. See for instance *Tibon*, Netanyahu’s Coup for Dummies: Israel’s Constitutional Crisis, Explained, Haaretz 22.2.2022, <https://www.haaretz.com/israel-news/2023-02-22/ty-article/.premium/netanyahus-coup-for-dummies-israels-constitutional-crisis-explained/00000186-743d-d403-a5cf-75ffa3e90000> (3.5.2022).
 - 2 *Kohelet* is a right-wing think tank, which was instrumental in the process leading to the constitutional proposal. Many accounts supporting the “reform” can be found on its website. See, e.g., <https://en.kohelet.org.il/publication/why-judicial-reform-is-essential>; <https://en.kohelet.org.il/publication/putting-an-end-to-the-upheaval-of-the-high-court> (3.5.2022).
 - 3 The *Israeli Democracy Institute* is a moderate centrist institute and has taken a clear position against the “reforms”. See, e.g., <https://en.idi.org.il/articles/47913>. In a previous article, I have also clarified the reasons why I think the proposed “reform” has disastrous consequences. See <https://verfassungsblog.de/the-proposed-constitutional-putsch-in-israel/>.

law. Hence the *Basic Law: Human Dignity and Freedom*, provided an opportunity for the Court to strike down laws, which violate various fundamental rights.

In the 1980s, the Court has gradually become bold and more active in at least two respects. First, it took upon itself to be the defender of traditional liberal rights such as freedom of speech, equality, and freedom of religion. Second, it was active in fighting corruption and protecting principles of good governance. The transformation prompted important doctrinal changes. For instance, the requirement of standing which dictated that petitioners must have a direct interest in the complaint has been weakened or even abolished. In addition to the common administrative grounds for annulling administrative decisions, Justice *Aharon Barak* added the concept of reasonableness. An administrative decision can be annulled if it is manifestly unreasonable. Most importantly, President *Barak* determined that the Court has the power to invalidate statutes. This power has been used very rarely, but it was denounced by opponents of the Court as unconstitutional.⁴

The Court's decisions were vehemently opposed by orthodox and right-wing parties. The Court was perceived as too liberal, too secular, and not sensitive enough to Jewish and nationalist values. So, an attempt was made to delegitimize the courts. The new coalition, composed only of right-wing parties, offered an opportunity to radically weaken the liberal values in Israel and strengthen the religious and nationalist values. The Court was perceived as an obstacle, and recent proposals are meant to facilitate this process. Ultimately, there are three different reasons for supporting the proposed constitutional amendments: corruption, religious fundamentalism, and nationalism.

The Likud and the ultra-orthodox parties wish to weaken the control of the courts, because courts are often effective in preventing corruption, nepotism and similar practices. The Court has been effective in protecting practices of good governance.⁵ The ultra-orthodox parties and the extreme right-wing parties also have an ideological interest in weakening the courts. The former are interested in strengthening the Jewish character of the state, for instance they wish to close businesses on Shabbat, strengthen the power of religious courts, or promote religious education in schools. The latter are interested in maintaining systematic oppression in the Occupied Territories, maintaining oppressive rules against the Palestinian minority in Israel, and sustaining discriminatory practices against women, gays and lesbians, and other minorities, and resisting any reform designed to protect these minorities.⁶ Strengthening the executive at the expense of the

4 For a review of Israeli constitutional law and its history, see *Navot*, *Constitutional Law in Israel*³ (2016).

5 For instance, the Court has been effective in setting rules concerning conflict of interest. See, eg. HCJ 3056/20 *The Movement for Quality Government in Israel v. The Attorney General of Israel*, Nevo Legal Database (March 23, 2021) (Isr.). The Court has also invalidated the appointments of ministers and other officials who were involved in criminal activities or who were suspected of criminal activities. See e.g., HCJ 8948/22 *Ilan Sheinfeld v. The Knesset*, Nevo Legal Database (January 1, 2023) (Isr.). The Court has also often set rules requiring transparency. See eg. HCJ 389/07 *The Movement for Freedom of Information v. The State of Israel – Israel Tax Authority*, 63(1) PD 248 (2008) (Isr.).

6 In numerous cases, the Court protected equality of women. See eg. HRC 6897/14 *Radio Kol Barama LTD v. Kolech – Religious Women Forum*, Nevo Legal Database (December 12, 2015) (Isr.). Gay equality was also a major concern.

judiciary promotes three ends: facilitating corruption and nepotism, promoting fundamentalist-religious policies, and promoting nationalist-racist policies.

In order to achieve this aim, *Yariv Levin* (the Minister of Justice) and *Simcha Rothman* (the head of the law and justice committee in the Knesset) proposed a radical constitutional reform which consists of four main elements: 1) Politicizing the system of appointing judges. According to their proposal, the government would have the power to appoint judges. 2) Endorsing a “Notwithstanding or Override”-clause which would allow the Knesset to suspend or to replace existing rights. 3) Granting absolute immunity to basic laws, namely, the Court would not, according to their proposal, be able to review basic laws. 4) Transforming the way legal advisors operate in the ministries such that they would be appointed by the Ministers (rather than by a committee that includes representatives of the Attorney General, lawyers, and other public officials) and further dictating that the legal advisors would be required to defer to the Minister’s instructions irrespective of their judgments concerning the legality of these instructions.

Since this proposal was published, numerous alternative proposals have been made. All these proposals are fundamentally compromises designed to give some powers to the executive branch, while also maintaining some powers in the hands of the courts. The most important proposal was made by the President himself, who has no significant powers, but is regarded as a figure who unifies the nation.⁷ Large parts of civil society have organized protests against the proposals of the far right-wing government. They participate in mass demonstrations and in acts of civil disobedience. Leading experts in many disciplines have publicly expressed their concerns, including economists, lawyers, members of the medical profession, security personals and many others. Public law professors have organized and written numerous papers on various aspects of the proposals. Some of these papers have been translated into English and can be found online.⁸ The following part of this article is devoted to a legal evaluation of the proposed amendments.

3. The Rule of Law and the Separation of Powers as Constituent Components of Democracy

At its most abstract level, the rule of law is the principle that determines that the use of political power can be exercised only in accordance with the law. The aim of the rule of law is to guarantee that all agents in the state, citizens and institutions, are subject to the

See eg. HRC *Itay Arad-Pinkas v. Committee for Approval of Embryo Carrying Agreement* (Agreement Approval and Status of the newborn) Law, Nevo Legal Database (February 27, 2020) (Isr.), and at times it also protected Palestinians. See eg., HRC 2056/04 *The Beit Surik Village Council v. The Israeli Government*, 58(5) PD 807 (2004) (Isr.).

7 The President has the power to pardon criminals. He also signs all the laws approved in the Knesset, but his signature is only formal and he has no veto powers. For the powers of the President, see *Basic Law: The President*, <https://ace-project.org/ero-en/regions/mideast/IL/israel-basic-law-the-president-of-the-state-1964/view> (7.5.2023).

8 *The Israeli Law Professors’ Forum for Democracy*, <https://www.lawprofsforum.org> (24.3.2023).

same system of norms and that all people are treated equally. Law consists of norms that have substantive and formal legal force. Legal norms must be general and apply to all citizens and institutions; they also must be public and prospective. The modern conception of the rule of law often includes the protection of freedom and the protection of human rights.

To protect the rule of law, the legislature itself should be subject to formal constitutional constraints. In the absence of constitutional constraints, the legislature is not subject to the law, because it can legislate whatever it wishes. The rule of law is not merely the *rule by law* as the rule by law has no constraints. When the legislature can legislate any law it wishes, it can enact laws that violate the requirements of generality or equality; laws enacted by such a legislature can also be retroactive. There is no difference between an arbitrary government that can exercise force without legislation and an arbitrary government that uses legislation to promote its ends. Under the rule of law, the legislature and the laws it enacts are subject to constitutional constraints.⁹

To realize the ideals of the rule of law, it is necessary that the body that is authorized to interpret the constitution and scrutinize legislation will be independent. Such a body must be able to evaluate the constitutionality of law without being subjected to pressures from the legislature itself. Here, one can identify the intimate relationship between the rule of law and the principle of separation of powers. As early liberals have emphasized, the separation of powers is not a hierarchical one; no political power is subject to another. Without such separation, there is no way to enforce the duties of the executive or the legislative branch.

The institutional realization of the rule of law and the separation of powers changes from one state to another. In Israel, there is no real separation between the executive branch and the legislature. The government has, in effect, control over the Knesset as Members of the coalition, who vote against the government can be disciplined. Further, Israel is a centralized state; there is no federal system or even a lower and upper house. There is only one house charged with legislation. This system grants the government great powers to effect legislation, hence, the necessity of having a strong judiciary designed to limit these powers.

4. The Judiciary as a Partner to the Establishment of a Constitution: Comparative Law

According to the prevailing view, it is not justified that the Court would have the power to declare constitutional principles as invalid, and, it is inappropriate on the part of the courts to declare the invalidity of basic laws or constitutional principles. The constitutional status of a law is determined by the institution that enacts it. This view assumes that the constitutional foundations of a state have to be determined by the nation either

⁹ For a classical presentation of the requirements of the rule of law, see *Fuller, The Morality of Law* (1964).

by a referendum or by an elected Parliament. The representation of the nation, its preferences, or judgments are the exclusive foundation of the constitution. As the Court is not elected and does not represent the will of the people, it has no legitimacy to determine the constitutional principles.¹⁰

Although the view according to which the constitution must be written (or dictated) by a representative body is shared by many, it is incompatible both with the principle of the rule of law and with the legal practice in western democracies. From a comparative legal perspective, it is evident that in most legal systems, the court is a senior partner in the determination of constitutional principles. The advocates and the opponents of the recent proposals in Israel compete among themselves in producing tables comparing the constitutional provisions in different countries. But much of this information is misleading and even incorrect. I will show in the following that the Court is a partner to the very creation of the constitution in the constitutional systems of the US, Canada, Britain, New Zealand, and other states.

In the US, it is common to believe that the Constitution includes legal norms that are contained in a written document. A constitutional article is one that has either existed in the original constitution or passed through the strict procedures of Article V of the Constitution. Hence, arguably the Court has no powers to write the Constitution.

The US Supreme Court itself was the one that declared that it has the powers to invalidate statutes, but I will argue that in addition, in practice, it also has constitutional powers. This may sound absurd to some, but as a matter of fact, it is easy to show that the US Supreme Court can in practice abolish and even create constitutional provisions. Admittedly, the US Supreme Court cannot invalidate constitutional provisions but instead, it can simply ignore them. A famous example that is being taught in every introductory course on US constitutional law is the willingness of the Court to ignore the Bill of Rights until the 1920s.¹¹ Note that the US Supreme Court can decide which cases to take and which not to take. Hence in practice, it can simply ignore constitutional provisions, which it dislikes.

Further, US constitutional experts believe that the Court itself can contribute to the very creation of new constitutional provisions. The most famous is *Bruce Ackerman* who developed the claim that regular legislation can have constitutional status when such legislation has broad support from many constituencies and institutions including the Court.¹² Other lawyers developed the concept of super statutes, namely statutes that have privileged status although they are not part of the written constitution.¹³

10 In the past *Adam Shinar* and I have challenged this view. See *Harel/Shinar*, Two concepts of constitutional legitimacy, *Global Constitutionalism* 2023, 80.

11 *Administrative Office of the U.S. Courts*, Now Cherished, Bill of Rights Spent a Century in Obscurity, <https://www.uscourts.gov/news/2019/12/12/now-cherished-bill-rights-spent-century-obscurity> (24.3.2022).

12 See *Ackerman*, *We the People: The Civil Rights Revolution*, Volume 1 (1991).

13 *Eskridge/Ferejohn*, Super-Statutes, *Duke Law Journal* 2001, 1215–1276.

The realization that there are statutes which are (according to a substantive rather than a procedural test) entitled to a constitutional status, is also evident in other legal systems. Israeli law students learn in classes of comparative constitutional law, that Britain has no written constitution and that all statutes are equal; there is no hierarchy among the statutes, and the courts have no power to grant superior status to some laws over others. This was indeed the claim made by the British jurist *Albert Venn Dicey* in the 19th century.¹⁴ But this view is outdated. The British Supreme Court recognizes a distinct category of statutes, which it labels constitutional statutes. Constitutional statutes like regular statutes are enacted by Parliament and the procedure by which they are enacted is identical to that of regular statutes. Hence, the status of these statutes as constitutional is not a function of the institution that enacts them or the procedure in which they were enacted. Their constitutionality is determined by the courts, further, such statutes cannot easily be changed. More specifically, they can be changed only by *explicit* legislation (rather than implied legislation) by the Parliament. It seems, therefore, that the British courts are partners participating in the enterprise of writing the British Constitution.

Other legal systems adopted similar doctrines, including Canada and New Zealand.¹⁵ The idea underlying this development is that the characterization of a constitutional statute does not hinge only on formalities, but also on the importance of the law in the legal system and the broad agreement surrounding it. This kind of laws enjoy priority in cases of conflicts between them and regular statutes.¹⁶ It follows that the view according to which the power to determine what the constitution consists of is given only to the constituent assembly is false. The power is often given (at least partially) to the courts. So far, we have examined two types of constitutional systems: systems with a rigid constitution, such as the US, and systems without such a constitution like Britain. In both cases, there is, in effect, judicial review and judicial powers to dictate constitutional provisions designed to protect democratic values. In systems of the first type, the courts protect such values by using interpretative powers, which in effect, are broad and almost unlimited. In systems of the second type, they do it by granting privileges to some statutes by labeling them: constitutional statutes. To conclude, in both cases, courts participate in the writing of the Constitution.

To a large extent, the difference between these two systems is imaginary rather than real. In the US, the Court participates in the writing of the Constitution by “interpreting” it and, at times, by ignoring parts of the Constitution. In the British system, the Court developed the doctrine of constitutional statutes and thereby protects basic democratic

14 *Dicey*, Introduction to the Study of the Law and the Constitution⁸ (1915).

15 *Weill*, Exploring constitutional statutes in common law systems, in *Albert/Colón-Ríos*, Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes (2019) 64–86.

16 *Ahmed/Perry*, Constitutional Statutes, *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 461–481.

values. In both types of legal systems, the courts are full-fledged partners in the establishment of the Constitution.

5. The Powers of the Israeli Court to Write the Israeli Constitution

Does the Israeli court have the power to write constitutional principles? Do courts have powers to invalidate laws or even basic laws, when they conflict with fundamental principles? As we have seen, most courts took upon themselves such powers. Should this power also be recognized in Israel?

In Israel, the primary consideration to recognize the authority of the Court results from the special constitutional structure of the state of Israel and, in particular, the unbearable easiness by which legislation can be enacted in Israel. In the absence of a formal written constitution and in the absence of entrenched constitutional conventions, which typically restrain the Parliament, it is incredibly easy to pass legislation in Israel. Further, given the fact that governments in Israel hinge on a coalition, legislation often does not reflect the will of the majority, but the will of a minority which is represented by a small component of the coalition.

It is not surprising, therefore, that the Israeli Court took upon itself certain powers to restrain the power of the Knesset. The Court recognized two cases in which it has the power to scrutinize or review basic laws. The first case is based on the doctrine of abuse of power. In the *Shafir* case,¹⁷ the President of the Court declared that to be a real *basic law*, it is not enough that the Knesset gave it the title “basic law”. In addition, it has to be a general law, a stable rather than temporary, and it has to have a constitutional spirit. In effect, this means that basic laws will be used to regulate foundational issues rather than be abused to promote transient interests of political parties. The Court has the power to invalidate basic laws, which do not satisfy these conditions.

The other case is the doctrine of unconstitutional constitutional amendments, which allows the court to invalidate rules based on their content. This was done in many countries. In Germany, for instance the German Constitutional Court declared that it has the power to invalidate constitutional amendments based on the eternity clause of the Constitution. In other countries, the Court has invalidated provisions that are derived from the basic structure of the Constitution. In Israel, there is no formal constitution but the proposal to recognize such powers is analogous to the way British courts have recognized constitutional statutes.

And the Court has indeed declared that it has the power to do so. In the *Chason* case, the President of the Court Justice *Esther Hayut* declared that it has such powers.¹⁸ She argued that “in this stage of the constitutional enterprise, there are very narrow restraints

17 HCJ *Stav Shafir v. The Knesset*, Nevo Legal Database (May 23, 2021) (Isr.).

18 HCJ *Knesset Member Akram Hasson & 11 others v. The Israeli Knesset*, Nevo Legal Database (July 8, 2021) (Isr.).

which touch upon cases that deny the very identity of the state as a Jewish and democratic state.”¹⁹ In predicting the future challenges, which now have unfortunately been realized, she stated that “we cannot reconcile a basic law that violates basic democratic principles including free elections with the identity of the state as Jewish and democratic.”²⁰ Hence, the Knesset cannot enact a law even not a basic law that violates these principles.

In effect, the President has done something which derives inevitably from the Israeli constitutional structure. It recognized the Court’s powers to be a partner in the writing of the constitution in the rare cases in which basic laws enacted by the Knesset violate the very core of the identity of the state as a Jewish and democratic state.

Let me briefly sum up: There are three claims that I defended in this article. First, any proposed constitutional amendment has to satisfy certain minimal conditions. The Knesset is not free to change the constitution in ways that violate the very identity of the state as Jewish and democratic. Second, the Court has the power to invalidate laws and also basic laws. Third, this power is not exceptional. It is a power that many courts have used in the past.

I hope the Court would not need to make such an exceptional decision as it is indeed a very difficult decision to make. Yet, if the proposed amendments are made, it will be the duty of the Court to examine their constitutionality as otherwise, it would betray its duty to protect the very basic values of the State of Israel. There has never in the history of Israel been a decision as important as this one.

Alon Harel is professor of law at the Hebrew University of Jerusalem; alon.harel@mail.huji.ac.il

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ des Bezugs von Sozialhilfeleistungen als Hürde am Weg zur Staatsbürgerschaft

Katharina Embacher

1. Einleitung

Der Zugang zur österreichischen Staatsbürgerschaft ist nicht nur aktuell Gegenstand politischer und juristischer Diskussionen. Die Stimmen für eine Erleichterung des Zugangs zur österreichischen Staatsbürgerschaft mehren sich in jüngerer Zeit sowohl in den Sozial- und Rechtswissenschaften¹ als auch der Politik.² Die Verleihungsvoraussetzungen für die österreichische Staatsbürgerschaft sind § 10 StbG zu entnehmen. Die kumulative Anwendung aller Voraussetzungen (Aufenthalt, Spracherwerb etc) und insbesondere die Höhe des nachzuweisenden Einkommens führen dazu, dass das österreichische Einbürgerungsrecht im internationalen Vergleich als eines der restriktivsten gilt.³ Parallel dazu führt eine restriktive Auslegung der Verleihungsvoraussetzungen durch die Judikatur, wie die des VwGH vom 12.12.2019 in Ro 2019/01/0010, zu weiteren ökonomischen und sozialen Hürden am Weg zur Einbürgerung.

2. VwGH Ro 2019/01/0010: Eine wenig beachtete Entscheidung mit weitreichenden Folgen

Der VwGH behandelte in Ro 2019/01/0010 auf Grund einer ordentlichen Amtsrevision im Jahr 2019 die Rechtsfrage, wann für die Beurteilung des in § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG normierten Erfordernisses des „gesicherten Lebensunterhalts“ eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ in Bezug auf andere im Haushalt lebende Personen geboten ist. Das Höchstgericht befasste sich im Kern mit der Frage, ob Sozialhilfeleistungen, die von einer dritten, im selben Haushalt lebenden Person bezogen werden, ebenso der Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft entgegenstehen wie direkt von der antrags-

1 Vgl ua *Wagner*, Staatsangehörigkeit aufräumen, *juridikum* 2020, 249.

2 *Arbeiterkammer Wien*, Jugend verdient Respekt, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20220511_OTS0193/ak-wien-vollversammlung-2-jugend-verdient-respekt (11.5.2022); *Der Standard*, SPÖ fordert leichteren Zugang zur österreichischen Staatsbürgerschaft, <https://www.derstandard.at/content/tcf/story/2000127248167/spoe-fordert-leichteren-zugang-zur-oesterreichischen-staatsbuergerschaft> (9.6.2021).

3 *Valchars/Bauböck*, Migration & Staatsbürgerschaft (2021) 69.

stellenden Person bezogene Sozialhilfeleistungen. Er bejahte dies im Fall einer in Armenien geborenen Antragstellerin und hob das Erkenntnis des VwG, mit dem der Antragstellerin die Verleihung der Staatsbürgerschaft zugesprochen wurde, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts auf.

Die Antragstellerin lebte zum Antragszeitpunkt gemeinsam mit ihren Eltern, den Geschwistern und der Großmutter in einem Haushalt. Die Großmutter der Antragstellerin bezog im für die Beurteilung der Verleihungsvoraussetzungen maßgeblichen Zeitraum durchgehend Mindestsicherung iHv € 641,65. Die Behörde vertrat die Rechtsansicht, dass der regelmäßige Lebensunterhalt der Antragstellerin nicht gesichert sei, obwohl ein Einkommen über den Richtsätzen des § 293 ASVG vorlag. Sie begründete dies damit, dass der Antragstellerin die von der im gemeinsamen Haushalt lebenden Großmutter bezogene Mindestsicherung in den letzten sechs Monaten im Sinne einer weiten „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ „zugutegekommen sei“ und somit die Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 5 StbG für die Antragstellerin nicht vorliegen würden. Das VwG gab der Beschwerde gegen den negativen Bescheid statt und sicherte der Antragstellerin die Verleihung der Staatsbürgerschaft zu. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Mindestsicherung der Großmutter rein für deren Lebensunterhalt notwendig und erforderlich sei, und sich diese schon aufgrund der geringen Höhe nicht *spürbar* auf den Lebensunterhalt der Antragstellerin auswirken würde. Des Weiteren sah das VwG aufgrund fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG und ließ die ordentliche Revision zu.

Der VwGH folgte in der Revisionsentscheidung der Rechtsansicht der erstinstanzlichen Behörde und vertrat die Ansicht, dass die von der Großmutter der Antragstellerin bezogene Sozialhilfeleistung zweifellos allen im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen zugutegekommen sei, da sich, anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einer gemeinsamen Haushaltsführung, die Belastungen für den Lebensunterhalt aller Haushaltsangehörigen anteilig verringern würden. Auf die Spürbarkeit dieser Entlastung käme es, entgegen der Ansicht des VwG, nicht an. Eine derartige Betrachtungsweise sei geboten, da § 10 Abs 1 Z 7 und § 10 Abs 5 StbG im Lichte des verfolgten Zweckes und generellen Regelungsziels ausgelegt werden müsse und dementsprechend eine Verleihung der Staatsbürgerschaft nur möglich sei, wenn ein hinreichend gesicherter Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistung vorläge.

Eine Staatsbürgerschaftsverleihung dürfe nur als Abschluss einer gelungenen Integration stattfinden. Hierzu sei auch eine Prognose für das zukünftige Fortkommen anzustellen. Diese Prognose, so der Gerichtshof, sei nur dann verlässlich, wenn eine weite wirtschaftliche Betrachtungsweise in Bezug auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zur Anwendung gelangt. Nach Ansicht des VwGH hätte die Antragstellerin die Annahmen der Behörde im Zuge ihrer Mitwirkungspflicht nach § 4 Satz 2 StbG widerlegen müssen. Einbürgerungswerber*innen sind demnach verpflichtet, im Staatsbürgerschaftsverfahren ihre familiären Verhältnisse, den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sowie ihre persönlichen Lebensumstände darzulegen. Da die Antragstellerin keine Lebensführung ohne

Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften nachweisen könne, sei die Staatsbürgerschaft nicht zu verleihen.

3. Finanzielle Voraussetzungen für die Staatsbürgerschaftsverleihung

3.1 Hinreichend gesicherter Lebensunterhalt

Die finanziellen Kriterien stellen eine nicht nur geringfügige soziale Barriere hinsichtlich des Zugangs zur österreichischen Staatsbürgerschaft dar.⁴ Der nicht hinreichend gesicherte Lebensunterhalt ist einer der häufigsten Ablehnungsgründe⁵ und die finanziellen Einbürgerungskriterien haben im Hinblick auf die Entscheidung, einen Antrag zu stellen, eine Art Abschreckungswirkung.⁶ Der Lebensunterhalt muss zum Entscheidungszeitpunkt durch regelmäßige und feste Einkünfte aus Erwerb, Einkommen, gesetzlichen Unterhaltsansprüchen oder Versicherungsleistungen in 36 Monaten aus den letzten sechs Jahren nachgewiesen werden.⁷ In diesem Zeitraum und in den sechs Monaten vor Antragsstellung muss die Einkommenshöhe nach Abzug der regelmäßigen Aufwendungen über den Richtsätzen des § 293 ASVG liegen. Der konkret anzuwendende Richtsatz ergibt sich unter Berücksichtigung von Ehegatt*innen oder eingetragenen Partner*innen sowie minderjährigen und nicht-selbsterhaltungsfähigen Kindern, die im gemeinsamen Haushalt leben.⁸

Des Weiteren muss nach dem Wortlaut der Bestimmung die Lebensführung im geltend gemachten Zeitraum ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften, insbesondere Sozialhilfe bzw Mindestsicherung, Leistungen aus der Grundversorgung oder Mietzinsbeihilfe,⁹ bestritten worden sein. Betrachtet man die allgemeinen Voraussetzungen für den Bezug von Sozialhilfeleistungen, so dürfte nur der direkte Sozialhilfebezug durch den*die Antragsteller*in von § 10 Abs 1 Z 7 iVm in § 10 Abs 5 StbG erfasst sein. Der VwGH kam, wie besprochen, zu einem anderen Ergebnis und bediente sich hierfür ua des Arguments, dass der Bezug von Sozialhilfeleistungen als ein absoluter Versagungsgrund zu werten ist.

3.2 Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen als absoluter Versagungsgrund

Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen als absoluter Versagungsgrund wurde gemeinsam mit der Konkretisierung des hinreichend gesicherten Lebensunterhalts, unter der Prämisse, Wertungswidersprüche zwischen StbG und NAG zu beheben, mit der

4 Valchars/Bauböck, Migration & Staatsbürgerschaft 65.

5 Reichl, Staatsbürgerschaft und Integration – Die Bedeutung der Einbürgerung für MigrantInnen (2011) 57.

6 Haller/Stadlmair, Wunsch nach Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft (2021) 40.

7 Ecker/Kvasina/Peyrl in Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl, StbG 1985 (2017) § 10 Rz 99.

8 Ecker/Kvasina/Peyrl in Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl, StbG 1985 § 10 Rz 125 ff.

9 Ecker/Kvasina/Peyrl in Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl, StbG 1985 § 10 Rz 112.

Staatsbürgerschaftsnovelle 2005 eingeführt.¹⁰ Die eingeführten, restriktiven Regeln manifestieren sich, wenn auch nicht als ausschließlicher Grund, in der sinkenden Zahl der Einbürgerungen der folgenden Jahre.¹¹ Inhaltlich beziehen sich die Regelungen des § 10 Abs 5 StbG auf § 11 Abs 5 NAG.¹² Den Erläuterungen zu § 11 Abs 5 NAG ist zu entnehmen, dass die finanzielle Voraussetzung eine Belastung der Gebietskörperschaften durch den Aufenthalt des*der Fremden vermeiden soll.¹³ In Anwendungsfällen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ist bezüglich der Selbsterhaltungsfähigkeit des*der Fremden eine Zukunftsprognose durchzuführen. Auf diese Prognose stützt sich auch der VwGH und verkennt dadurch im Ergebnis, ebenso wie der Gesetzgeber, dass die Prüfung der Verleihungsvoraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG auf den Zeitraum vor Antragstellung abstellt.¹⁴

4. Zu den Folgen

4.1 Mitwirkungspflicht oder Beweislastumkehr?

Der VwGH misst der in § 4 Satz 2 StbG statuierten Mitwirkungspflicht entscheidungswesentliche Bedeutung zu. Diese soll dazu dienen, vorliegende Verleihungsvoraussetzungen besser zu beurteilen. Dies ist insbesondere bei jenen, in der Person des*der Staatsbürgerschaftswerber*in gelegenen, Voraussetzungen der Fall, deren Kenntnis sich die Behörde nicht von Amts wegen verschaffen kann.¹⁵ Es kann sich hierbei aber nicht um eine echte Beweislastumkehr handeln. In diese Richtung tendiert jedoch die Rechtsansicht des VwGH: Aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise einer gemeinsamen Haushaltsführung soll sich zwingend die Annahme ergeben, dass die von einer im gemeinsamen Haushalt lebenden Person bezogene Sozialhilfe auch anderen Personen im Haushalt zugutekommt, solange von der antragstellenden Person im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht nicht der Beweis des Gegenteils erbracht wird. Aus dem Erkenntnis geht nicht hervor, welche Art von Nachweis erbracht werden müsste, um diese Annahme zu widerlegen. Der hinreichend gesicherte Lebensunterhalt sowie das Nichtbeziehen von Sozialhilfeleistungen müssen kumulativ vorliegen, da der Bezug von Sozialhilfeleistungen, abgesehen von den Fällen des § 10 Abs 1b StbG, als absoluter Versagungsgrund zur Anwendung kommt.¹⁶ Die Prüfung der ökonomischen Voraussetzungen unterliegt keinem freien Ermessen der prüfenden Behörde.¹⁷ Wenn es jedoch hinsichtlich der angenommenen

10 Bundesgesetz, mit dem das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (StbG), das Tilgungsgesetz 1972 und das Gebührengesetz 1957 geändert werden 2006 BGBl I 2006/37.

11 *Valchars/Bauböck*, Migration & Staatsbürgerschaft 73.

12 *Ecker/Kvasina/Peyrl* in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985 § 10 Rz 98.

13 ErläutRV 330 BlgNR 24. GP 43.

14 *Ecker/Kvasina/Peyrl* in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985 § 10 Rz 98.

15 *Ecker* in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985 (2017) § 4 Rz 1 ff.

16 *Ecker/Kvasina/Peyrl* in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985 § 10 Rz 112.

17 *Ecker/Kvasina/Peyrl* in *Ecker/Kind/Kvasina/Peyrl*, StbG 1985 § 10 Rz 97.

anteiligen Reduktion der Lebenserhaltungskosten nicht auf die Spürbarkeit oder die Höhe der von Dritten bezogenen Sozialhilfeleistung ankommt, wird wohl notwendigerweise eine Art allumfassende Gütertrennung, inklusive Aufwendungen und Güter für Haushalt und Wohnen, nachzuweisen sein, wie es bspw in den Erläuterungen zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz hinsichtlich der degressiven Abstufung infolge einer Haushaltsgemeinschaft Niederschlag findet.¹⁸

4.2 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Sofern es sich, wie in VwGH 12.12.2019, Ro 2019/01/0010, bei der dritten Person um eine Person aus dem nahen Verwandtschaftskreis handelt, ist der durch Art 8 EMRK geschützte Bereich des Familienlebens eröffnet und es könnte ein ungerechtfertigter Eingriff in den verfassungsrechtlich geschützten Bereich des Familienlebens vorliegen, zumal sich ein*e Staatsbürgerschaftswerber*in in letzter Konsequenz wohnungsmäßig von seinem Sozialhilfeleistung beziehenden Angehörigen trennen muss, um sich deren Sozialhilfebezug nicht anrechnen lassen zu müssen. Somit würde das zitierte Erkenntnis den Bestimmungen des § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellen. Durch das als Jedermannsrecht ausgestaltete Recht auf Achtung des Familienlebens wird unter anderem das Zusammenleben der Eltern mit deren Kindern sowie das Zusammenleben mit nahen Verwandten, soweit eine tatsächliche familiäre Bindung besteht, geschützt. Das Recht auf Achtung des Familienlebens umfasst nicht bloß eine Unterlassungspflicht in Bezug auf Eingriffe durch Gesetzgebung und Vollziehung in den geschützten Familienbereich, sondern beinhaltet auch eine positive Verpflichtung des Staates, die Führung eines normalen Familienlebens zu ermöglichen.¹⁹ Art 8 EMRK enthält einen materiellen Gesetzesvorbehalt, staatliche Eingriffe sind demnach eingeschränkt zulässig.²⁰ Durch die hier besprochene Rechtsansicht des VwGH hat sich nunmehr der*die Staatsbürgerschaftswerber*in de facto zwischen der möglichen Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft und dem Zusammenleben mit der Sozialhilfe beziehenden Person zu entscheiden, es sei denn, es gelingt der Beweis, dass der Sozialhilfebezug ausschließlich dem*der Bezieher*in zugutekommt.

Wie bereits erwähnt, wird der Beweis, dass eine gemeinsame Wirtschaftsführung abgeschlossen ist, wohl nur durch eine Art allumfassende Gütertrennung, inklusive Aufwendungen und Güter für Haushalt und Wohnen, zu erbringen sein. Dies würde mutmaßlich eine gemeinsame Nutzung von Wohnräumen wie Küche oder Bad sowie den kollektiven Gebrauch von Gebrauchsgegenständen wie Kühlschrank etc ausschließen.²¹ Es entspricht durchaus einer allgemeinen Lebenserfahrung, dass unter den genannten Gesichtspunk-

18 ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 5.

19 Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) 492.

20 Berka, Verfassungsrecht 450; vgl auch Art 8 EMRK.

21 Vgl ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 5.

ten, die Führung eines normalen Familienlebens nicht möglich ist. Ob der mögliche Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen verhältnismäßig ist und somit vom materiellen Gesetzesvorbehalt des Art 8 EMRK erfasst ist, darf anhand des Dargelegten durchaus hinterfragt werden. Diesbezügliche Zweifel sind insbesondere dann angebracht, wenn alle weiteren Voraussetzungen für die Verleihung der Staatsbürgerschaft vorliegen und das individuell berechnete eigene Einkommen des*der Verleihungswerbers*in eindeutig den hinreichend gesicherten Lebensunterhalt belegen würde.²²

4.3 Anknüpfende Rechtsprechung

Das Erkenntnis Ro 2019/01/0010 des VwGH und das darin statuierte Postulat der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften hat in weiterer Folge bspw dazu geführt, dass die Verleihung der Staatsbürgerschaft ua versagt wurde, weil der Mitbewohner eines Antragstellers über einen Zeitraum von 28 Tagen Mindestsicherung für Miete iHv € 20,14 bezogen hat. So stellte der VwGH in Ro 2020/01/0001 fest, dass selbst bei einer geringen Höhe von € 20,14 nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass die von einem Mitbewohner bezogene Sozialhilfe dem Staatsbürgerschaftswerber zugutegekommen ist. Auch hier müsse die Annahme durch den Antragsteller widerlegt werden. Da der Antragsteller dem nicht nachgekommen sei, wurde auch in diesem Fall das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben und die Verleihung der Staatsbürgerschaft versagt.²³

Die gleichen Argumente brachte der VwGH in Ra 2020/01/0135 vor, indem er feststellte, dass trotz eines regelmäßigen Gehalts des Antragstellers von € 2.000 netto die gemeinsame Haushaltsführung nahelegt, dass die von Eltern und Geschwistern bezogene Sozialhilfe dem Staatsbürgerschaftswerber zugutegekommen ist.²⁴ Die Prämisse der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist laut VwGH auch bei der Frage, ob eine aufgrund einer verspäteten Meldung der Einkommensverhältnisse zurückzuzahlende Sozialhilfeleistung der Einbürgerung entgegenstehe, anzuwenden und der Bezug trotz Rückzahlung als ein absoluter Versagungsgrund zu werten. Die Frage, ob Gleiches auch für Sozialhilfeleistungen, die aufgrund eines behördlichen Fehlers zurückzuzahlen sind, gilt, ließ der VwGH jedoch in diesem Fall unbeantwortet.²⁵

22 Vgl VfSlg 19.732/2013.

23 VwGH 27.11.2020, Ro 2020/01/0001.

24 VwGH 7.9.2020, Ra 2020/01/0135.

25 VwGH 18.10.2022, Ro 2020/01/0003.

5. Exkurs: Sozialpolitische Aspekte

Ein großer Teil der unselbstständig Beschäftigten in Österreich kann, unabhängig von deren Staatsbürgerschaft, trotz Erwerbstätigkeit die gem § 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 5 StbG nötige Einkommenshöhe nicht nachweisen. Bedingt durch den immer noch bestehenden Gender-Pay-Gap in der Entlohnung von Männern und Frauen sowie die Mehrfachdiskriminierung migrantischer Frauen in Bezug auf Geschlecht und Herkunft, stellen die ökonomischen Voraussetzungen für Frauen eine besonders schwerwiegende Hürde dar:²⁶ 10 % der männlichen Angestellten und 30 % der männlichen Arbeiter sowie 30 % der weiblichen Angestellten und 60 % der weiblichen Arbeiterinnen erwirtschaften ein zu geringes Einkommen, um die finanziellen Hürden für den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft überwinden zu können.²⁷

In Bezug auf Personen mit fremder Staatsbürgerschaft ist hervorzuheben, dass diese Personengruppe überproportional in Branchen mit niedriger Entlohnung beschäftigt ist. So beträgt der Anteil von Personen mit fremder Staatsbürgerschaft bspw in der Land- und Forstwirtschaft 54 %, in der Beherbergung und Gastronomie 50 % und in sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen 47 %.²⁸ Das durchschnittliche Bruttojahresgehalt dieser Berufsgruppen liegt, unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Kosten für Miete und Betriebskosten,²⁹ teilweise weit unter den Erfordernissen des § 10 Abs 1 Z 7 und Abs 5 StbG.³⁰ Aus einer Studie der Arbeiterkammer Wien zur Erwerbs- und Arbeitssituation unselbstständiger ausländischer Staatsbürger*innen in Österreich geht hervor, dass Erwerbstätige mit fremder Staatsbürgerschaft mit einer Reihe von Diskriminierungen in Bezug auf Erwerbstätigkeit und berufliches Fortkommen konfrontiert sind. Dies zeigt sich nicht nur hinsichtlich der geringeren Erwerbsquote und des höheren Arbeitslosigkeitsrisikos, sondern bspw auch bei der branchenspezifischen Beschäftigung und beruflichen Stellung dieser Gruppe. Aufgrund niedriger Bildungsabschlüsse und Schwierigkeiten bei der Anerkennung von ausländischen Bildungsabschlüssen sind Personen mit nichtösterreichischer Staatsbürgerschaft überproportional in prekären, weniger angesehenen und schlecht bezahlten Arbeitsverhältnissen vertreten.³¹

Betrachtet man die Zielsetzung des Gesetzgebers, wonach die Staatsbürgerschaft nur an Fremde verliehen werden darf, deren Integrationsprozess erfolgreich abgeschlossen ist,³²

26 Rössl, Wahlrecht für Migrantinnen! *juridikum* 2018, 70.

27 Valchars/Bauböck, Migration & Staatsbürgerschaft 73 f.

28 Schönherr/Zandonella/Glaser, Kolleginnen und Kollegen mit anderer Staatsangehörigkeit als der österreichischen am Arbeitsmarkt – Zwischen Systemrelevanz und Exklusion: Erwerbssituation, Arbeitszufriedenheit und Diskriminierung in der Arbeit (2022) 17 f.

29 Statistik Austria, Wohnkosten, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/wohnkosten> (10.3.2022).

30 Statistik Austria, Allgemeiner Einkommensbericht 2022, <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/einkommen-und-soziale-lage/allgemeiner-einkommensbericht> (10.3.2022).

31 Schönherr/Zandonella/Glaser, Kolleginnen und Kollegen 15 ff.

32 Dieses Regelungsziel wurde mit der Staatsbürgerschafts-Novelle 1998 (BGBl 1998/124) eingeführt. Vgl ErläutRV 1283 BlgNR 20. GP 5 ff.

wozu auch die Integration am Arbeitsmarkt zählt,³³ und stellt man dieser Zielsetzung die reale Situation von Personen mit fremder Staatsbürgerschaft am Arbeitsmarkt gegenüber, ist ein gewisser Widerspruch festzustellen. In verschiedenen Studien wurde bereits festgestellt, dass Personen mit geringem Einkommen eine signifikant geringere Chance haben, die österreichische Staatsbürgerschaft zu erlangen.³⁴ Nicht nur am Arbeitsmarkt sind Personen mit nichtösterreichischer Staatsbürgerschaft Diskriminierungen ausgesetzt, auch andere Ausprägungen sozialer Diskriminierung können sich auf das zur Verfügung stehende Einkommen auswirken. Dies manifestiert sich etwa im erschwerten Zugang zu leistbarem Wohnraum³⁵ sowie dem Faktum, dass Personen mit einer fremden Staatsbürgerschaft einen deutlich höheren Anteil des Haushaltseinkommens für Wohnkosten aufzubringen haben³⁶ und besonders von beengten Wohnverhältnissen betroffen sind.³⁷

6. Fazit

Diese systemimmanenten Bedingungen werden weitgehend vom Gesetzgeber verkannt, man ist vielmehr bemüht, sie mit dem Argument einer vermeintlich fehlenden Integration des Einzelnen zu legitimieren. Autorinnen wie Rössl vertreten die Ansicht, dass das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht der Logik folge, dass fehlende finanzielle Mittel prinzipiell als ein individuelles Verschulden des*der Staatsbürgerschaftswerber*in anzulasten seien.³⁸ Ein exemplarisches Beispiel dafür ist die sog Härtefallregel des § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 1b StbG. Diese wurde aufgrund eines Normprüfungsverfahrens des VfGH³⁹ mit der Staatsbürgerschaftsnovelle 2013 adaptiert wiedereingeführt und sieht eine Ausnahme von den einkommensbezogenen Einbürgerungskriterien vor. Staatsbürgerschaftswerber*innen haben demnach einen nicht hinreichend gesicherten Lebensunterhalt insbesondere dann nicht zu vertreten, wenn dies auf einer Behinderung oder auf einer dauerhaft schwerwiegenden Krankheit beruht. Der Terminus „insbesondere“ verweist auf eine demonstrative Aufzählung der in § 10 Abs 1b StbG normierten, nicht zu vertretenden Gründe.⁴⁰ Der demonstrative Charakter dieser Bestimmung wird jedoch durch die einschlägige Rechtsprechung größtenteils negiert, indem eine unverschuldete finanzielle Notlage vorwiegend nur in Fällen einer Behinderung oder schwerwiegenden Krankheit angenommen wird und systemische Bedingungen oder Lebensentscheidungen nicht unter § 10 Abs 1b StbG subsumiert werden, sondern vielmehr als individuelles und

33 Stiller, Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerbs durch Fremde (2019) 99.

34 Vgl Stiller, Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerbs; Valchars/Bauböck, Migration & Staatsbürgerschaft; Reichl, Staatsbürgerschaft und Integration; Schönherr/Zandonella/Glaser, Kolleginnen und Kollegen; Haller/Stadlmair, Wunsch nach Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft (2022).

35 Reichl, Staatsbürgerschaft und Integration 98 f.

36 Statistik Austria, Wohnen – Zahlen, Daten und Indikatoren der Wohnstatistik (2022) 129.

37 Statistik Austria, Wohnen 39.

38 Rössl, Ausnahmen vom Einbürgerungskriterium des gesicherten Lebensunterhalts, juridikum 2022, 467.

39 VfSlg 19.732/2013.

40 ErläutRV 2303 BlgNR 24. GP 7.

veränderbares Unvermögen der einzelnen Person gesehen werden und somit als in den Verantwortungsbereich dieser Einzelperson fallend gesehen werden.⁴¹ Somit ist festzuhalten, dass das StbG durch § 10 Abs 1b keine normative Grundlage dafür schafft, besondere Ausnahmesituationen unverschuldeter Notlagen ausreichend zu berücksichtigen.⁴² Aus dem im Erkenntnis des VwGH Ro 2019/01/0010 judizierten Postulat der wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann durchaus geschlossen werden, dass der der VwGH bezüglich der Überwälzung noch einen Schritt weitergeht, indem er de facto den Sozialhilfebezug einer dritten, im selben Haushalt lebenden Person dem*der Staatsbürgerschaftswerber*in anrechnet. Dadurch wird für Betroffene im Ergebnis die Möglichkeit unterbunden, finanzielle Belastungen zu mindern, indem bspw Wohnraum geteilt wird, da diese immer Gefahr laufen, dass ihnen ein nicht vorhersehbarer, wenn auch nur kurzfristiger Sozialhilfebezug eines Mitbewohners oder einer Mitbewohnerin im Verleihungsverfahren zu Lasten gelegt wird.⁴³ Ohne ausreichende Berücksichtigung des Einzelfalls, kann dies zu einer unverhältnismäßigen und unsachlichen Überwälzung der Verantwortung für systemische Einkommensbedingungen auf das Individuum und somit zu einem unsachlichen Ausschluss vom Zugang zur österreichischen Staatsbürgerschaft führen.⁴⁴ Im Ergebnis manifestiert sich darin eine weitere soziale Hürde auf dem Weg zur Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft. Angesichts der Tendenz der Rechtsprechung, das StbG sehr restriktiv auszulegen und der Tatsache, dass das StbG besondere Ausnahmesituationen wie unverschuldete Notlagen nicht ausreichend berücksichtigt, wird man zukünftig wohl in den Kleinanzeigen lesen: Mitbewohner*in ohne Sozialhilfebezug gesucht.

Katharina Embacher studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; katharina.laura.embacher@gmail.com

41 Rössl, *juridikum* 2022, 466 ff.

42 Rössl, *juridikum* 2018, 70; Rössl, *juridikum* 2022, 462 ff.

43 Vgl VwGH 27. 11. 2020, Ro 2020/01/0001.

44 *Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, Fremdenrecht. Asyl – Ausländerbeschäftigung – Einbürgerung – Einwanderung – Verwaltungsverfahren (2018)⁷ 343.

Vom Wert der Versammlungsfreiheit im demokratischen Rechtsstaat

Eine kritische Auseinandersetzung mit Strafandrohungen und Straferhöhungen für Klimaklebeaktionen

Lisa Schranz / Lisa Weinberger

1. Generation Klimakleber:innen: Zuspitzung der Klimakrise schafft kontroversielle Aktionsformen

Katastrophale Hitzewellen, Extremwetterereignisse und kollabierende Ökosysteme – die Zwillingsskizze aus anthropogen verursachtem Klimawandel und Artensterben stellt die Menschheit vor harte Herausforderungen, denen diese nicht gewachsen scheint. Allein durch den Anstieg des Meeresspiegels könnte es einer Schätzung der Weltbank zufolge bis 2050 weltweit bis zu 140 Millionen Klimaflüchtlinge geben.¹ Gleichzeitig droht unter dem derzeitigen Szenario fast eine Million Tier- und Pflanzenarten auszusterben.² Noch nie standen so viele Arten auf der Roten Liste gefährdeter Tier- und Pflanzenarten wie heute.³ „*Wir kämpfen den Kampf unseres Lebens – und sind dabei zu verlieren*“, fasste es UN-Generalsekretär *Guterres* im Rahmen der COP27 zusammen.⁴ Laut dem kürzlich präsentierten sechsten Sachstandsbericht des Weltklimarats wird das zeitliche Fenster für Maßnahmen immer kleiner. Für eine Begrenzung der globalen Erderwärmung auf durchschnittlich 1,5°C bräuchte es eine rasche und tiefgreifende Reduzierung der Treibhausgasemissionen noch in diesem Jahrzehnt.⁵ Trotz eindringlicher Warnungen seitens der Wissenschaft,⁶ bewegen sich die Verantwortlichen in der Politik aber nur langsam. Angesichts dieser sich verschärfenden Bedrohungen, dem institutionalisierten Gaslighting seitens der fossilen Industrie und der Inaktivität von Politiker:innen drängen immer mehr Menschen auf die Straße. 2018 begann die schwedische Aktivistin *Greta Thunberg*

1 *Weltbank*, Meet the Human Faces of Climate Mitigation, <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2018/03/19/meet-the-human-faces-of-climate-migration> (20.2.2023).

2 *Weltbiodiversitätsrat*, Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services, <https://ipbes.net/global-assessment> (25.4.2023).

3 *ORF*, Zahl bedrohter Arten auf Rekordniveau, [orf.at](https://orf.at/stories/3227357/) 4.9.2021, <https://orf.at/stories/3227357/> (16.2.2023).

4 *ARD1*, Start des Klimagipfels, [tagesschau.de](https://www.tagesschau.de) 7.11.2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/afrika/weltklimakonferenz-119.html> (13.2.2023).

5 *Intergovernmental Panel on Climate Change*, Synthesebericht zum Sechsten IPCC-Sachstandsbericht (AR6), Rz B.6, https://www.de-ipcc.de/media/content/Hauptaussagen_AR6-SYR.pdf (25.3.2023).

6 *Ripple et al.*, World Scientists' Warning of a Climate Emergency 2021, *BioScience* 2021, 894–898, <https://academic.oup.com/bioscience/article/71/9/894/6325731?login=false> (25.4.2023).

erstmal mit Schulstreiks. Mittlerweile sind die von *Fridays for Future* gemeinsam mit Umweltorganisationen organisierten Klimastreiks ein globales Phänomen, das auch in Österreich Einzug erhalten hat. In jüngster Zeit nehmen die Demonstrationen besonders kontroversiell diskutierte Aktionsformen an: Neben Protestaktionen, wie dem Bewerfen von (durch Glas geschützten) Kunstwerken mit Farbe und dem Ankleben am Rahmen eines Klimt Gemäldes im Wiener Leopold Museum⁷ machten Klimaaktivist:innen der Letzten Generation zuletzt vermehrt mit verkehrsbehindernden Aktionen auf sich aufmerksam. Klimakleber:innen blockieren bewusst den Verkehr, indem sie sich auf der Verkehrsfläche festkleben. Laut eigenen Angaben informieren sie vorab die Einsatzzentrale von ihren geplanten Vorhaben, um Rettungswägen vorzuwarnen. Zudem ist jeweils eine Person nicht festgeklebt, um einen Streifen für die Durchfahrt von Einsatzfahrzeugen freizulassen.⁸

Wenngleich Straßenblockaden als Protestform durchaus etabliert sind, mehren sich derzeit die Rufe nach einer Straferhöhung und einer Untersagung dieser Form von Demonstrationen. Zuletzt hat der Verfassungsdienst der niederösterreichischen Landesregierung einen Entwurf für eine Novelle des Versammlungsgesetzes (VersG)⁹ vorgelegt. Dieser sieht neben hohen Geldbußen auch die Ausweitung des Strafrahmens auf bis zu sechs Monate Haft im Fall einer Gefahr für Leben und Gesundheit vor (Novellierung von § 19a VersG). Im Wiederholungsfall droht eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr. Laut Landesangaben soll in § 11 VersG zudem ein neuer Abs 3 eingefügt werden, demzufolge bei Demonstrationen jedenfalls eine Durchfahrtsmöglichkeit für Einsatzfahrzeuge sichergestellt sein muss. „Diese Verwaltungsübertretung soll mit Arrest bis zu sechs Wochen oder mit Geldstrafe bis zu 720 Euro bestraft werden.“¹⁰

Abgesehen von der Kritik in der öffentlichen Debatte sind die Aktivist:innen zunehmend Beschimpfungen, physischen Angriffen und Gewaltandrohungen durch Passant:innen ausgesetzt. Dieses Verhalten wird seitens einiger Politiker:innen noch angestachelt, wenn etwa von „*Chaot:innen*“ und „*Klimaterrorist:innen*“ die Rede ist.¹¹ Bundeskanzler Nehammer sprach in Zusammenhang mit den Klimakleber:innen von einer „*Sabotage der Zivilgesellschaft*“.¹² Tatsächlich lenkt die derzeit in erster Linie auf moralischer, teils emotionalisierter Ebene geführte Debatte zu den Protestaktionen von den weitreichenden demokratiepolitischen Folgen solcher Vorschläge zur Strafverschärfung ab: Der öffentliche Raum als Ort der Demokratie, an dem Menschen ihre politischen Beteiligungs-

7 ORF, Klimaaktion an Klimt-Gemälde, orf.at 15.11.2022, <https://wien.orf.at/stories/3182250/> (24.2.2023).

8 ORF, Die Klima-Kleber, tv.orf.at 22.2.2023, <https://tv.orf.at/program/orf1/dok318.html> (24.2.2023).

9 Versammlungsgesetz 1953 BGBl 1953/98 idF BGBl I 2017/63.

10 Standard, Klimaproteste: Vorschlag für Gesetzesänderung aus NÖ liegt vor, derstandard.at 14.1.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000142575258/klimakleber-vorschlag-fuer-gesetzesanderung-aus-niederosterreich-liegt-vor> (13.2.2023).

11 ORF, Hate Speech: Der Umgang mit Klimaprotesten, orf.at 21.2.2023, <https://religion.orf.at/stories/3217772/> (22.2.2023).

12 ORF, Nehammer: ORF soll „für Menschen günstiger“ werden, orf.at 14.2.2023, <https://orf.at/stories/3305184/> (15.2.2023).

rechte ausüben sollten, wird zum Verkehrsweg reduziert – und Demonstrierende zu bloßen Verkehrsteilnehmer:innen.

2. Grenzen der Versammlungsfreiheit?

2.1. Auch Klimaproteste stellen eine Versammlung dar

Die Versammlungsfreiheit, die dem:der Einzelnen eine öffentliche Teilnahme an der politischen Willensbildung im Staat ermöglicht, ist für eine liberale Demokratie besonders wichtig.¹³ Dies rührt daher, dass im Rahmen von (politischen) Versammlungen Anliegen formuliert und gemeinsame Interessen vertreten werden können. Für Letzteres ist relevant, dass vom „*Schutzbereich des Grundrechts [...] auch die Kundgabe von unliebsamen – von der Mehrheit nicht getragenen – Meinungen maßgeblich umfasst*“ ist.¹⁴ Es liegt geradezu im Wesen einer Versammlung, die der öffentlichen Durchsetzung eines Protests dienen soll, dass dies in einer Weise geschieht, durch welche die Öffentlichkeit auf das Anliegen aufmerksam wird.¹⁵ Da es für Entscheidungsträger:innen unangenehm sein kann, wenn sie – wie im Fall der Klimaproteste – auf Lücken ihres politischen Handelns aufmerksam gemacht werden und unangenehmer Protest erfahrungsgemäß von Regierungen unterdrückt wird, werden Demonstrationen verfassungsrechtlich streng geschützt. In Österreich ist das Grundrecht, sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen, ua in Art 11 EMRK verankert. Nach der Rsp des VfGH handelt es sich bei einer Versammlung um jede organisierte einmalige Vereinigung mehrerer Menschen zu einem gemeinsamen Ziel an einem bestimmten Ort, „*um der Mitwelt eine politische Botschaft zu vermitteln*“.¹⁶ Der genaue Ablauf einer Versammlung ist im VersG geregelt. Demnach sind Versammlungen 48 Stunden vor ihrer Durchführung der zuständigen Versammlungsbehörde anzuzeigen (§§ 2 iVm 16 VersG), damit diese geeignete Vorkehrungen (zB Verkehrsumleitungen) treffen kann. Entgegen der Ansicht mancher Entscheidungsträger:innen braucht es für eine Demonstration daher keine Genehmigung durch die Behörden. Auch Spontanversammlungen sind von der Versammlungsfreiheit geschützt.¹⁷

Liegt eine grundrechtlich geschützte Versammlung vor, so hat der Staat vernünftige und geeignete Maßnahmen zu treffen, um deren friedlichen Verlauf sicherzustellen.¹⁸ Der Staat ist verpflichtet, die Ausübung des Versammlungsrechts zu gewährleisten.¹⁹ Das Recht auf Versammlungsfreiheit kann zwar nicht die Konfrontation mit anderen politi-

13 Piska, Demonstrationsrecht und Straßenverkehr, ZVR 2018, 473.

14 Piska, ZVR 2018, 473.

15 VfSlg 19.528/2011.

16 Kneibls/Krempelmeier, Klimakleber und Verwaltungs(straf)recht, ÖJZ 2023, 266; VfSlg 14.367/1995.

17 VfSlg 19.528/2011; VfSlg 14.366/1995; VfGH 20.9.2012, B1436/2010.

18 EGMR 21.6.1988, 10126/82, Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich.

19 VfSlg 19.852/2014.

schen Meinungen verhindern²⁰, allerdings muss der Staat die Teilnehmer:innen vor Übergriffen (durch Gegendemonstrant:innen, aber etwa auch andere Verkehrsteilnehmer:innen) schützen; das gilt auch für Spontanversammlungen.²¹

Angesichts der weiten Definition des Art 11 EMRK liegt im Hinblick auf die Klimakleber:innen unbestritten eine Versammlung vor: Die Teilnehmer:innen der Kundgebung wirken zusammen, um gemeinsam auf die Bedrohungen durch den Klimawandel aufmerksam zu machen und dadurch gemeinsam auf Aktivitäten seitens der Politik hinzuwirken (zB Stopp von Öl- und Gasbohrungen, Einführung von Tempo-100 auf der Autobahn). In ähnlicher Weise wurde auch die Blockade der Zufahrt bzw Durchfahrt zum und über den Linzer Hauptplatz²², die Blockade der Brennerstrecke²³, die Blockade des zum Baustellenbereich führenden Stichwegs im Zusammenhang mit Protesten gegen den Bau der Freileitungsvariante der 380 kV Salzburgleitung²⁴ oder die Sitzblockaden zur Verhinderung des Donaukraftwerks Hainburg²⁵ vom VfGH als Versammlung qualifiziert. Die Aktionen der Letzten Generation stellen auch keine missbräuchliche Grundrechtsausübung iSd Art 17 EMRK dar, da nicht der Zweck der Verkehrsbehinderung, sondern das politische Klimaschutz-Anliegen im Vordergrund steht. Damit fallen die Protestaktionen der Klimakleber:innen grundsätzlich in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.²⁶

2.2. Wann dürfen Klimaproteste aufgelöst oder untersagt werden?

Demonstrationen an öffentlichen Orten ziehen häufig Beeinträchtigungen anderer Interessen nach sich. Damit ist Versammlungen eine gewisse Störwirkung inhärent. Grundrechtlich ist diese auch geschützt, allerdings nicht schrankenlos. § 13 VersG erlaubt es grundsätzlich, eine Versammlung aufzulösen, wenn diese „gegen die Vorschriften“ des Versammlungsgesetzes veranstaltet wird. Abgesehen von ihrer Gesetzeswidrigkeit, muss die Abhaltung der Versammlung aber auch eine drohende Gefahr für die in Art 11 Abs 2 EMRK aufgezählten Schutzgüter (im Fall der Klimaaktivist:innen etwa die öffentliche Ordnung und Sicherheit, der Schutz der Gesundheit und der Rechte und Freiheiten anderer) darstellen.²⁷ Auch wenn Spontanversammlungen wie jene der Klimakleber:innen wie oben ausgeführt in den Schutzbereich des Grundrechts fallen, können sie zwar trotzdem aufgelöst werden, aber ausschließlich aus den in Art 11 Abs 2 EMRK genannten Gründen.²⁸ Im Hinblick auf die Klimakleber:innen ist der Ablauf meist der-

20 VfSlg 15.170/1998.

21 VfSlg 12.501/1990; VfGH 18.6.2020, V91/2019 (V91/2019-11).

22 VfGH 17.6.2021, E3728/2020.

23 VfSlg 14.366/1995.

24 VfGH 7.12.2022, E2303/2021.

25 VfSlg 10.955/1986.

26 Übereinstimmend auch *Kneihls/Krempelmeier*, ÖJZ 2023, 266.

27 VfGH 7.12.2022, E2303/2021.

28 VfSlg 14.366/1995.

selbe: Die Polizei löst die Demonstration auf und entfernt die Aktivist:innen vom Boden. Aber ist dieses Vorgehen zulässig?

Relevant in Bezug auf die Klebeaktionen ist einerseits der Schutz der Gesundheit anderer: Werden durch die Klimaaktivist:innen tatsächlich Einsatzfahrzeuge blockiert, entweder weil diese in den durch die Versammlung entstehenden Staus stecken bleiben oder weil die Aktivist:innen keine Durchfahrt freihalten, und „es keine zumutbaren alternativen Wege für diese Rettungsfahrzeuge gibt“,²⁹ liegt ein zulässiger Grund für einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit vor. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs wären ebenso gegenläufige grundrechtliche Positionen nach Art 2 EMRK (Recht auf Leben) zu berücksichtigen (Rechte der zu rettenden Personen). An die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist immer ein strenger Maßstab anzulegen. Eine Versammlung aufzulösen, weil sie den Verkehrsfluss stört, reicht laut EGMR nicht: In der Rechtssache *Molnár/Ungarn*³⁰ blockierten die Demonstrierenden mit ihren Autos eine zentral gelegene Brücke in Budapest. Da sie den Verkehr völlig zum Erliegen brachten und ihre Versammlung nicht vorher bei der Polizei angemeldet hatten, wurde die Demonstration schließlich zur Verhinderung von Unruhen und zur Aufrechterhaltung eines geordneten Verkehrsflusses aufgelöst. Dies aber erst nach mehreren Stunden. Der EGMR erkannte zwar, dass das Recht, spontane Demonstrationen abzuhalten, die Pflicht zur vorherigen Anmeldung nur unter besonderen Umständen außer Kraft setzen kann, nämlich dann, wenn eine unmittelbare Reaktion auf ein aktuelles Ereignis in Form einer Demonstration gerechtfertigt ist. Er bekräftigte aber insb, dass die Demonstrierenden mehrere Stunden Zeit für die Protestkundgabe gehabt hatten, bevor die Versammlung aufgelöst wurde. Damit ist insb die Dauer der Störung sowie der Zeitpunkt der Auflösung wesentlich für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Ob ein gesondertes öffentliches Interesse nach Art 11 Abs 2 EMRK im Fall der Klimakleber:innen vorliegt, hat das Behördenorgan nach jenem Bild zu beurteilen, das sich ihm:ihr an Ort und Stelle bietet (etwa anhand der Stauentwicklung). Der:die Veranstalter:in einer Spontanversammlung hat daher in Kauf zu nehmen, dass einerseits kein eigentliches Ermittlungsverfahren durchgeführt werden kann und dass es der Behörde andererseits im Regelfall nicht mehr möglich ist, allenfalls erforderliche, den ungehinderten Ablauf der Versammlung sichernde Vorkehrungen zu treffen, etwa solche, die der Umleitung des Straßenverkehrs dienen und die Verkehrssituation entspannen.³¹ So entschied der VfGH bspw in Bezug auf eine unangemeldete Demonstration, die erst auf der Wiener Ringstraße stattfand und sich dann als Marsch in Richtung Alser Straße – allerdings mit unbekanntem Ziel – fortbewegte, dass die Auflösung dieser Spontanversammlung verhältnismäßig war, um den städtischen Verkehrsfluss in den Abendstunden im

29 Kneibls/Krempelmeier, ÖJZ 2023, 267.

30 EGMR 7.1.2009, 10346/05, *Molnár/Ungarn*.

31 VfSlg 10.443/1985.

Wesentlichen aufrecht zu erhalten.³² Darüber hinaus können Versammlungen nach Maßgabe des § 6 VersG auch im Vorhinein untersagt werden. Dazu entschied der VfGH aber in einem ähnlich gelagerten Fall in Zusammenhang mit Verkehrsblockaden, dass die Untersagung einer Versammlung in erster Linie dann geboten ist, wenn deren Abhaltung eine „zu befürchtende unvermeidbare, weiträumige, lange währende, extreme Störung des Straßenverkehrs gravierende Belästigungen und auch sicherheitsgefährdende Beeinträchtigungen zahlreicher unbeteiligter Personen erwarten ließe.“³³ Wurde die Versammlung aufgelöst, haben sich die Teilnehmer:innen gem § 14 VersG unverzüglich vom Ort zu entfernen. Geht das nicht, etwa weil sie noch auf der Straße festkleben, hat die Polizei entsprechend einzuschreiten und die Aktivist:innen mittels Lösungsmittel abzulösen. Bei Gefahr für Leben und Gesundheit der Aktivist:innen besteht aufgrund der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht gem § 19 SPG sogar die Pflicht, die Klimakleber:innen von der Straße zu lösen. Schon im Hinblick auf Art 3 EMRK haben die Exekutivbeamt:innen beim Ablösen der Klimakleber:innen schonungsvoll und verhältnismäßig vorzugehen.³⁴ Zusammenfassend gilt, dass derartige Eingriffe in die Versammlungsfreiheit immer eine behördliche Abwägung verlangen, ob die Beeinträchtigungen öffentlicher Interessen im Interesse der Versammlungsfreiheit von der Öffentlichkeit hinzunehmen sind oder nicht. Dabei ist zu beachten, dass laut dem VfGH die Inkaufnahme eines gewissen Maßes von Beeinträchtigungen des öffentlichen Verkehrs, etwa durch eine Versammlung ausgelöste kurzfristige Verkehrsbehinderungen³⁵ zum Kerngehalt der Versammlungsfreiheit gehören und daher hinzunehmen sind.³⁶ Auch nicht unbeträchtliche Verkehrsbehinderungen sind in Kauf zu nehmen sind, etwa dann, wenn entsprechende Ausweichrouten für den Verkehr möglich sind.³⁷ Anders gelagert wäre eine weiträumige und lang andauernde Störung des Straßenverkehrs, wie die mehrstündige Blockade einer Autobahn.³⁸

3. Zur rechtlichen Einordnung von Strafandrohungen und Straferhöhungen

3.1. Verwaltungsstrafen müssen verhältnismäßig sein

Im Zuge von Versammlungen kann es zu (verwaltungs-)strafrechtlich relevanten Handlungen kommen, die entsprechend zu ahnden sind. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt aber auch das Verhängen einer Verwaltungsstrafe, etwa wegen Verletzung der einschlägigen straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften, einen Eingriff in das Recht auf Versammlungsfreiheit dar. Sofern die vorgeworfenen Verhaltensweisen in einem unmittelbaren sachlichen, zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit der jeweiligen (Spontan-)Ver-

32 VfGH 3.12.2013, B1573/2012.

33 VfGH 17.6.2021, E3728/2020.

34 Bspw VfSlg 13.240/1992; VfSlg 10.546/1985.

35 VfSlg 19.818/2013.

36 VfSlg 11.832/1988.

37 VfSlg 19.852/2014.

38 Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1514; EGMR 7.1.2009, 10346/05, *Molnár/Ungarn*.

sammlung stehen, fallen sie in den Schutzbereich des Grundrechts. Das gilt umso mehr, wenn die zeitweilige Inanspruchnahme des öffentlichen Raums für die Durchführung der jeweiligen Versammlung wesentlich ist.³⁹

Ob tatsächlich eine Verletzung von Art 11 EMRK vorliegt, hängt wiederum von der Legitimität des mit der Verwaltungsstrafe verfolgten Ziels sowie der Verhältnismäßigkeit der Strafe ab. In *Kudrevičius ua/Lithuania* hielt der EGMR fest, dass die strafrechtliche Verurteilung von demonstrierenden Landwirt:innen, die teils bis zu zwei Tage ohne vorherige Genehmigung drei Hauptverkehrsrouten von Litauen blockierten, ein legitimes Ziel verfolgten: „*Beschränkungen der Versammlungsfreiheit auf öffentlichen Plätzen können dem Schutz der Rechte anderer dienen, um Unruhen zu verhindern und einen geordneten Verkehrsfluss aufrechtzuerhalten.*“⁴⁰ Der EGMR stellte weiters fest, dass die litauischen Behörden die Grenzen ihres Ermessensspielraums nicht überschritten haben. Tatsächlich könne eine schwerwiegende Störung als „*verwerfliche Handlung*“ angesehen werden, die verhältnismäßige Sanktionen rechtfertige.⁴¹ Erschwerend kam hinzu, dass die Blockade der Straßen laut EGMR in keinem direkten Zusammenhang mit dem Gegenstand ihres Protestes stand. Das ist ein signifikanter Unterschied zu den Klimakleber:innen, die sich ua für eine Temporeduktion auf maximal 100 km/h auf Autobahnen einsetzen⁴² und die zu hohen Treibhausgasemissionen anprangern.⁴³ Gegen die Verhältnismäßigkeit der nunmehr neu vorgesehenen Strafen spricht außerdem die Tatsache, dass jeweils nur einzelne Straßen blockiert werden und Ausweichrouten möglich sind, die kurze Dauer der einzelnen Demonstrationen und die rasch durchführbare Entfernung der Aktivist:innen vom Boden mittels Lösungsmittel. Die durchschnittliche Einwirkzeit beträgt 20 Minuten.

3.2. Die abschreckende Wirkung von Strafandrohungen

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Strafe ist darüber hinaus deren potentieller Abschreckungseffekt zu berücksichtigen. Für diesen „chilling effect“ muss die Sanktion nicht einmal tatsächlich gesetzt werden, bereits die Androhung einer möglichen Strafe reicht. Denn schon die Möglichkeit einer Strafverfolgung kann dazu führen, dass Demonstrierende aus Angst vor (verwaltungs-)strafrechtlichen Konsequenzen künftig nicht mehr an Treffen teilnehmen und ihre verfassungsrechtlich verankerten Rechte nicht

39 VfSlg 18.560/2008: Im Anlassfall warf die Behörde der Beschwerdeführerin ua eine Verletzung von § 76 StVO vor, da sie als Fußgängerin vorschriftswidrig die Fahrbahn benutzte, obwohl ein Gehsteig vorhanden war. Auch nach der Rsp des EGMR können nachträgliche Maßnahmen in den Schutzbereich des Art 11 EMRK eingreifen, vgl EGMR 26.4.1991, 11800/85, *Ezelin/Frankreich*.

40 EGMR 15.10.2015, *Kudrevičius ua/Lithuania*, Rn 157.

41 EGMR 15.10.2015.

42 *Standard*, Wer ist radikaler: Die Klimakleber oder jene, die Tempo 100 verweigern? *derstandard.at* 22.1.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000142745626/wer-ist-radikaler-die-klimakleber-oder-jene-die-tempo-100> (22.2.2023).

43 *Standard*, Was bringt Tempo 100 auf der Autobahn? *derstandard.at* 12.1.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000142493935/was-bringttempo-100-auf-der-autobahn> (10.3.2023).

mehr wahrnehmen.⁴⁴ Aus diesem Grund ist auch der Vorstoß aus Niederösterreich und die Androhung von gesetzlichen Verschärfungen aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch. Zentrale Frage dabei ist, ob der Vorschlag aus Niederösterreich zur Novellierung des Versammlungsgesetzes durch die einschüchternde Wirkung der darin vorgesehenen Strafen geeignet ist, bestimmte Demonstrationen, wie insb das Ankleben auf Straßen, in Zukunft zu unterbinden. Die Intention dazu scheint grundsätzlich da zu sein.

3.3. Ziviler Ungehorsam: Rechtfertigung aus „öffentlichem Interesse“?

Im Zuge der Debatte rund um Strafandrohungen und Straferhöhungen stellt sich zudem die Frage, ob die Klimaklebeaktionen nicht aufgrund von „zivilem Ungehorsam“ gerechtfertigt und daher unbestraft bleiben sollten. Von „zivilem Ungehorsam“ spricht man, wenn bestimmte Gesetze von Aktivist:innen bewusst für ein höheres Gut übertreten werden, um dagegen gewaltfrei zu protestieren. Aus dem Grund hätte wohl auch eine Straferhöhung keine „präventive Wirkung“ für derartige Protestformen: Strafen werden bewusst in Kauf genommen.⁴⁵ Begründend führen die Aktivist:innen der Klebeaktionen regelmäßig aus, dass ihr Handeln angesichts des vom österreichischen Nationalrat⁴⁶ und vom Europäischen Parlament ausgerufenen Klimanotstands⁴⁷ gerechtfertigt und notwendig sei, da sie aufgrund der Inaktivität der Politiker:innen keine andere Wahl hätten.⁴⁸ Ein wichtiges Merkmal ist in dem Zusammenhang, dass durch die Aktivist:innen nicht der Rechtsstaat als solcher in Frage gestellt werden soll. Daher sei es laut dem Demokratieforscher *Michael Hunklinger* wichtig, sich den rechtsstaatlichen Konsequenzen des Rechtsbruchs zu stellen (zB Identitätsnachweis nach Aufforderung der Polizei).⁴⁹ Ob ziviler Ungehorsam unter dem Mantel der Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht rechtlich zulässig sein sollte, ist zumindest umstritten: In Deutschland etwa sprach das Amtsgericht in Flensdorf (nicht rechtskräftig)⁵⁰ einen Aktivist, der Bäume besetzt hatte, vom Hausfriedensbruch mit der Begründung frei, dass es sich dabei um einen „rechtfertigenden Notstand“ im Sinne des § 34 dt StGB gehandelt habe. Der Aktivist

44 EGMR 18.12.2007, *Nurettin Aldemir ua/Turkey*; EGMR 29.11.2007, *Balçık ua/Turkey*.

45 *Standard*, Klimakleber: Fachleute lehnen Ruf nach Anwendung des Strafrechts ab, <https://www.derstandard.at/story/2000142388303/klar-abzulehnen-fachleute-kritisieren-ruf-nach-strafrecht-fuer-klimaaktivisten> (6.4.2023).

46 *Standard*, Österreich hat den Klimanotstand ausgerufen, <https://www.derstandard.at/story/2000109125168/oesterreich-hat-den-klimanotstand-ausrufen> (6.4.2023).

47 *Europäisches Parlament*, Europäisches Parlament ruft Klimanotstand aus, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20191121IPR67110/europaisches-parlament-ruft-klimanotstand-aus> (5.4.2023).

48 *Kurier*, Klimakleber-Verhandlung in Linz: Alle Beschwerden abgewiesen, kurier.at/chronik/oesterreich/klimaaktivisten-muessen-sich-erstmal-vor-gericht-verantworten/402364503 (6.4.2023).

49 *Englisch*, Ziviler Ungehorsam: Unding oder Unverzichtbar, [freda-magazin.at/demokratie/ziviler-ungehorsam/](https://www.freda-magazin.at/demokratie/ziviler-ungehorsam/) (5.4.2023).

50 AG Flensdorf 7.11.2022, 440 Cs 107 Js 7252/22.

hatte mit der Aktion gegen eine drohende Rodung protestiert.⁵¹ In einem anderen Fall entschied ein deutsches Gericht⁵², dass die Prozessbeteiligten angesichts des systematischen Behördenversagens nicht anders handeln konnten, als in den Schweinemastbetrieb einzudringen. Anders hätten sie die tierschutzwidrigen Zustände nicht dokumentieren können: „*Staatliche Institutionen einzuschalten sei ‚von vornherein aussichtslos‘ und damit keine vorzuziehende Alternative gewesen.*“⁵³

In Österreich käme ein derartiger rechtfertigender Notstand in Bezug auf die Klimaaktivist:innen nur in Betracht, „*wenn ein bestimmtes ‚Individualrechtsgut‘ betroffen ist – also etwa das Leben einer bestimmten Person.*“⁵⁴ Dass die Aktivist:innen ihre verkehrsbehindernden Aktionen mit dem Klimanotstand rechtfertigen, ist laut dem Strafrechtsprofessor *Birklbauer*, aus Sicht des gerichtlichen Strafrechts nicht relevant. Verwaltungsstrafrechtlich könnte die Situation anders zu beurteilen sein: Nach der Rsp des VfGH ist verwaltungsbehördlich strafbares Handeln unter Umständen dann gem § 6 VStG gerechtfertigt, wenn es zur Durchführung einer Versammlung erforderlich ist⁵⁵ (zB vorschriftswidrige Benützung der Fahrbahn als Fußgänger:in⁵⁶).

4. Schlussfolgerungen und Fazit

In einer lebendigen Demokratie braucht es eine aktive Teilhabe der einzelnen Bürger:innen am Staat – etwa im Rahmen von Demonstrationen. Klimaproteste stellen eine Versammlung dar und sind demnach verfassungsrechtlich geschützt. Eine Demonstration braucht keine Genehmigung durch die Behörde, womit auch Spontanversammlungen wie die Protestaktionen der Klimakleber:innen zu schützen sind. Daraus folgt, dass die Auflösung einer solchen Versammlung nur als *ultima ratio* und im Hinblick auf die in Art 11 Abs 2 EMRK enthaltenen Gründe zulässig ist. Der EGMR wie auch der VfGH legen einen strengen Maßstab an die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ein gewisses Maß von Beeinträchtigungen des öffentlichen Verkehrs und Verkehrsbehinderungen sind grundsätzlich hinzunehmen.⁵⁷ Bei einer weiträumigen und lang andauernden Störung des Straßenverkehrs, wie einer mehrstündigen Blockade einer Autobahn, ist eine Auflösung aber rechtfertigbar.⁵⁸ Gleichzeitig hat der Staat weitere Vorgaben im Zusammenhang mit den Klimaprotesten zu beachten. Angesichts der zunehmenden Drohungen und

51 *Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand, *verfassungsblog.de* 14.11.2022, <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> (24.2.2023).

52 OLG Naumburg 22.02.2018, 2 Rv 157/17.

53 *Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand, *verfassungsblog.de* 14.11.2022.

54 *Standard*, Klimakleber: Fachleute lehnen Ruf nach Anwendung des Strafrechts ab, <https://www.derstandard.at/story/2000142388303/klar-abzulehnen-fachleute-kritisieren-ruf-nach-strafrecht-fuer-klimaaktivisten> (5.4.2023); vgl *Kert*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Klimaaktivist:innen, *ÖJZ* 2023, 272.

55 VfSlg 11.866/1988.

56 VfGH 6.10.2011, B877/10.

57 EGMR 7.1.2009, *Molnár/Ungarn*; VfSlg 19.818/2013; VfSlg 11.832/1988.

58 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1514; EGMR 7.1.2009, 10346/05, *Molnár/Ungarn*.

Handgreiflichkeiten gegenüber den Aktivist:innen treffen ihn wohl grundrechtliche Schutzpflichten. Hinsichtlich der Verhängung von Verwaltungsstrafen ist ein verhältnismäßiges Vorgehen gefordert. Das ist etwa nicht der Fall, wenn die zeitweilige Inanspruchnahme des öffentlichen Raums für die Durchführung der jeweiligen Versammlung wesentlich ist.⁵⁹ Zudem kann bereits die Androhung höherer Strafen für Protestaktionen die Versammlungsfreiheit unverhältnismäßig einschränken, da diese eine abschreckende Wirkung für Demonstrierende haben kann. Eine Ausweitung des Strafrechts als anlassbezogene Reaktion auf die Protestaktionen der Klimakleber:innen wird von Strafrechtsexpert:innen aber schon angesichts des geringen Unrechtsgehalts der Handlungen überwiegend abgelehnt.⁶⁰ Damit sind die jüngsten Entwicklungen wie Strafandrohungen und Straferhöhungen sowie eine Novellierung des Versammlungsgesetzes im Sinne einer Einschränkung dieser Protestformen demokratiepolitisch und verfassungsrechtlich bedenklich. Wesentlich wichtiger wäre es, geeignete Schritte für einen effektiven Klimaschutz zu setzen.

Mag.^a Lisa Schranz, BSc MSc arbeitet als Umweltjuristin beim ÖKOBÜRO; lisa.schranz@oekobuero.at

Mag.^a Lisa Weinberger, LL.M. ist ebenfalls Umweltjuristin beim ÖKOBÜRO; lisa.weinberger@oekobuero.at

59 VfSlg 18.560/2008; EGMR 26.4.1991, 11800/85, *Ezelin/Frankreich*.

60 Kert, ÖJZ 05/2023, 272.

Gleichheit und ziviler Ungehorsam

Christian Demmelbauer*

1. Einleitung

Protestaktionen im Rahmen von Klimabewegungen haben Probleme des Widerstands und insbesondere des zivilen Ungehorsams ins Zentrum der politischen und auch der rechtsphilosophischen Diskussion geführt. In dieser steht meist entweder die Effektivität oder die Rechtfertigung einzelner Aktionen im Vordergrund.¹ Dieser Text soll eine diesen beiden Problemen vorgelagerte Frage behandeln: Was genau ist ziviler Ungehorsam und auf welcher Grundlage kann er gerechtfertigt werden?

Antworten auf diese Fragen beginnen oft mit einer Aufzählung von notwendigen Bedingungen dafür, einen Protestakt als zivilen Ungehorsam einzuordnen. *Rawls* definiert zivilen Ungehorsam etwa als illegalen, „öffentlichen, gewaltlosen, gewissenbestimmten, aber politischen“ Akt mit dem Ziel, die Rechtslage durch einen Appell an den „Gerechtigkeitssinn der Mehrheit“ zu ändern.² Außerdem müssen Aktivist*innen ihre Bereitschaft demonstrieren, die Rechtsfolgen ihrer Gesetzesübertretung zu übernehmen.³ Vor diesem Hintergrund kann man sich trefflich darüber streiten, ob das Festkleben an Straßen gewaltlos ist, oder ob Aktivist*innen, die sich weigern, sich der Polizei gegenüber auszuweisen,⁴ noch zivilen Ungehorsam üben. Diese Debatten sind wichtig, weil mit dem Begriff „ziviler Ungehorsam“ beansprucht wird, dass es sich bei der entsprechenden Aktion trotz ihrer Illegalität um eine *legitime* Form des Widerstandes handelt.⁵ In diesem Text möchte ich einen Schritt zurücktreten und fragen, was das entscheidende normative Merkmal zivilen Ungehorsams ist: Was ist es, das ihn grundsätzlich rechtfertigbar macht?

* Dieser Text hat enorm profitiert von den Anmerkungen des*r anonymen Gutachter*in für das Juridikum und der Herausgeber*innen, von intensiven Diskussionen mit und tiefgehenden Anregungen von *Elisabeth Holzleithner* sowie von den klugen Kommentaren *Lorenz Handstangers* und *Christina Höchtls*. Ich danke allen ganz herzlich.

1 Zur Effektivität von Protestbewegungen im Zusammenhang mit dem Klimawandel vgl. *Scheuerman*, *Political disobedience and the climate emergency*, *Philosophy and Social Criticism* 2022, 791. Zur philosophischen und rechtlichen Rechtfertigung vgl. *Kiesewetter*, *Klimaaktivismus als ziviler Ungehorsam*, *Zeitschrift für Praktische Philosophie* 2022, 77; *Eidam*, *Klimaschutz und ziviler Ungehorsam*, *JZ* 2023, 224; *Schranz/Weinberger*, *Vom Wert der Versammlungsfreiheit im demokratischen Rechtsstaat*, *Juridikum* 2023, 176.

2 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975) 401.

3 Vgl. *Rawls*, *Theorie* 403.

4 Vgl. *Ende Gelände*, *We shut shit down* (2022) 106–107.

5 Vgl. *Scheuerman*, *Introduction: Why, Once Again, Civil Disobedience?* in *Scheuerman*, *The Cambridge Companion to Civil Disobedience* (2021) 1 (5).

Die These dieses Artikels ist, dass ziviler Ungehorsam eine prinzipiell legitime Form des Widerstands ist, weil Aktivist*innen in ihm ihre Adressat*innen als Gleiche anerkennen.⁶ Um das zu zeigen, wird mit einer Rekonstruktion eines liberal-demokratischen Grundbegriffs zivilen Ungehorsams begonnen (2.). Daraufhin werde ich auf ein Argument gegen die Legitimität zivilen Ungehorsams eingehen: Aktivist*innen drücken durch die Übertretung von Gesetzen, die alle binden, aus, dass sie ihre Mitbürger*innen nicht als Gleiche betrachten (3.). Auf der Grundlage der beiden zentralen Elemente des liberal-demokratischen Begriffs zivilen Ungehorsams (Kommunikativität und prinzipielle Rechts-treue) kann dieses Argument zurückgewiesen werden (4.). Schließlich möchte ich auf Einwände eingehen, die den liberal-demokratischen Grundbegriff für zu eng halten und zeigen, wie sie sich mit Bezug auf das Prinzip der Gleichheit beantworten lassen (5. und 6.).

2. Liberale und deliberativ-demokratische Ansätze zivilen Ungehorsams

Zwei Antworten auf die Frage, was zivilen Ungehorsam ausmacht bzw legitimiert, sind in der philosophischen Diskussion besonders prominent. Für liberale Theoretiker*innen, allen voran *Rawls*,⁷ ist ziviler Ungehorsam primär ein Versuch, Gerechtigkeit zu schaffen. *Rawls* sieht darin eine Ausnahme von der Pflicht, Gesetze eines „mehr oder weniger gerechten demokratischen Staats“⁸ zu befolgen, um die Mehrheit darauf aufmerksam zu machen, dass durch die Rechtsordnung grundlegende Prinzipien der Gerechtigkeit nicht geachtet werden.⁹ „Der Widerstand im Rahmen der Gesetzestreue trägt zur Verhinderung von Gerechtigkeitsverletzungen oder doch zu ihrer Berichtigung bei.“¹⁰ Für deliberativ-demokratische Theoretiker*innen wie *Jürgen Habermas* ist ziviler Ungehorsam demgegenüber primär ein Versuch, Demokratie zu erweitern.¹¹ Es geht darum, „demokratische Defizite“¹² bzw „deliberative Zusammenbrüche“¹³, die durch die Mehrheitsregel und andere (formal-)demokratische Institutionen entstehen, auszugleichen.¹⁴ Ziviler Ungehorsam ist folglich eine Art der Teilnahme am gemeinsamen „Projekt der konstitutionellen Demokratie“.¹⁵

Der Unterschied zwischen diesen beiden Ansätzen ist nicht so groß, wie er zunächst scheint. Bei näherer Betrachtung wird eine Art gemeinsame Infrastruktur sichtbar, die

6 Für eine ähnliche These im Hinblick auf den Respekt vor der Autonomie der anderen vgl *Moraro*, *Civil Disobedience* (2019) insb 29–33.

7 Für eine Gegenüberstellung der liberalen Theorien von *Rawls* und *Dworkin* vgl *Kaufman*, *Liberalism: John Rawls and Ronald Dworkin*, in *Scheuerman*, *The Cambridge Companion to Civil Disobedience* (2021) 80.

8 *Rawls*, *Theorie* 400.

9 Vgl *Rawls*, *Theorie* 400–401, 409.

10 *Rawls*, *Theorie* 421.

11 Für eine Rekonstruktion demokratischer Theorien vgl *Scheuerman*, *Civil Disobedience* (2018) Kap 3.

12 *Markovits*, *Democratic Disobedience*, *The Yale Law Journal* 2005, 1897 (1921).

13 *Smith*, *Deliberative Democratic Disobedience*, in *Scheuerman*, *The Cambridge Companion to Civil Disobedience* (2021) 105 (111).

14 Vgl *Habermas*, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in *Glötz*, *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat* (1983) 29 (48–50).

15 *Scheuerman*, *Disobedience* 76–77.

als Grundlage eines „liberal-demokratischen“ Konzepts zivilen Ungehorsams betrachtet werden kann.¹⁶ Beide Ansätze situieren zivilen Ungehorsam „zwischen Legitimität und Legalität“¹⁷ in dem Sinn, dass es gerade die Prinzipien sind, die liberale bzw demokratische Verfassungen üblicherweise achtenswert machen, die zivilen Ungehorsam rechtfertigen. Bei *Rawls* sind das die Grundsätze der Gerechtigkeit, bei *Habermas* jene Prinzipien, die „die wohlerwogene Zustimmung aller Betroffenen finden könnten“.¹⁸ Darin kommt ein grundlegender Respekt für die liberale bzw demokratische Verfassungsordnung zum Ausdruck, in der ziviler Ungehorsam ihnen zufolge situiert ist (*prinzipielle Rechtstreue*). Darüber hinaus wird ziviler Ungehorsam in beiden Ansätzen als kommunikativer Akt verstanden. Für *Rawls* ist ziviler Ungehorsam eine Art „öffentlicher Rede“ bzw ein „Appell“ an die Mehrheit unter Berufung auf geteilte Prinzipien.¹⁹ *Habermas* sieht darin einen Versuch, „die Masse der [...] Bevölkerung für die politisch-moralische Ablehnung einer Entscheidung“ zu gewinnen.²⁰ In zivilem Ungehorsam geht es also jeweils darum, die Mehrheit von der eigenen Position zu überzeugen und nicht, sie zu etwas zu zwingen (*Kommunikativität*).²¹

3. Das Arroganzargument

Gegen die Legitimität Aktionen zivilen Ungehorsams wird von Kritiker*innen vorgebracht, darin drücke sich eine Art politischer Arroganz aus.²² Demzufolge zeigen Aktivist*innen „Selbstgerechtigkeit und moralische Überhöhung“,²³ indem sie sich über demokratisch beschlossene und allgemein gültige rechtliche Regeln hinwegsetzen: „No man or group is above the law.“²⁴ Und auch *Habermas* schränkt seine Verteidigung zivilen Ungehorsams gegen eine strikte „Gesetz-ist-Gesetz“-Mentalität auf die Wahl solcher Mittel des Protests ein, die „nicht [...] elitärer Gesinnung oder narzißtischem Antriebe, also einer Anmaßung entspringt“.²⁵ Ziviler Ungehorsam geht diesem „Arroganzargument“ zufolge zu weit, wenn bzw weil darin zum Ausdruck kommt, dass Aktivist*innen sich für berufen halten, für alle anderen zu entscheiden, was zu tun ist. Ich schlage vor, dieses Argument als Appell an den Grundsatz der Gleichheit zu rekonstruieren. Nach einer bekannten Formel bedeutet, andere als Gleiche zu behandeln, ih-

16 Ansätze für einen solchen liberal-demokratischen Begriff finden sich ua bei *Brownlee*, *Conscience and Conviction* (2012) und *Scheuerman*, *Disobedience*. Auf einzelne Aspekte ihrer Ausführungen werde ich weiter unten eingehen.

17 *Habermas* in *Glötz* 43.

18 *Habermas* in *Glötz* 37.

19 *Rawls*, *Theorie* 403.

20 *Habermas* in *Glötz* 33.

21 Vgl *Moraro*, *Disobedience* 37.

22 Zur epistemischen Arroganz vgl *Hindkjaer Madsen*, *Are Dissenters Epistemically Arrogant? Criminal Law and Philosophy* 2021, 1.

23 *Schwarz*, *Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam*, *NJW* 2023, 275 (280).

24 *United States of America v Cullen* (1971), 454 F.2d 386 (392) (7th Cir), zitiert in *Brownlee*, *Conscience* 175.

25 *Habermas* in *Glötz* 42.

nen „gleiche Achtung und Berücksichtigung“,²⁶ auf Englisch „equal respect and concern“,²⁷ entgegenzubringen.²⁸ Was das genau bedeutet, ist bekanntlich eine schwierige Frage. Für das Folgende sollen zwei Elemente hervorgehoben werden. Erstens bedeutet es andere *ernst zu nehmen*. Damit ist gemeint, dass wir ihre Einschätzungen und Urteile in Bezug auf Angelegenheiten, die uns gleichermaßen betreffen, als gleichermaßen relevant anerkennen: Wir müssen die Pflicht anerkennen, über unsere Handlungen mit anderen zu beraten und sie ggf vor ihnen zu rechtfertigen.²⁹ Zweitens bedeutet es, die autonome Handlungsfähigkeit anderer zu *achten*. Menschen, die sich als Gleiche anerkennen, versuchen sicherzustellen, dass alle Bedingungen vorfinden, in denen sie auch wirklich frei handeln können.³⁰ Diese Bedingungen bestehen in einem „adäquaten Bereich von Handlungsmöglichkeiten“, gewissen „mental, emotionalen und intellektuellen sowie körperlichen Fähigkeiten“ und der Abwesenheit von Zwang oder Manipulation.³¹ Vor diesem Hintergrund kann das Arroganzargument genauer formuliert werden. In zivilem Ungehorsam nehmen Aktivist*innen sich besondere Möglichkeiten der politischen Partizipation heraus, die nicht allen gleichermaßen offenstehen (können). Sie drücken dadurch aus, so scheint es, dass ihre eigenen Einschätzungen politisch wichtiger sind als die der anderen. Sie halten sich dabei auch nicht an das allgemeine System von Regeln, das die gleiche Freiheit aller sichern soll – die Rechtsordnung. Sie nehmen sich also Rechte heraus, die nicht mit der Sicherung der Bedingungen gleicher Freiheit durch den Staat vereinbar sind.³² Zusammen ist das, nach *Schwarz*, „nichts anderes als die Inanspruchnahme eines Privilegs durch diejenigen, die es besser zu wissen vorgeben als die Mehrheit“. ³³ Und Privilegien haben in einem demokratischen Rechtsstaat nichts verloren.

4. Gleichheit, Kommunikation und prinzipielle Rechtstreue

Soweit dieses Argument, wie etwa bei *Schwarz*, gegen zivilen Ungehorsam *generell* gerichtet ist, kann mit liberal-demokratischen Ansätzen eingewandt werden, dass er gerade egalitäre Relationen etabliert, solange er kommunikativ ist und im Rahmen der prinzipiellen Rechtstreue bleibt. Durch seine Kommunikativität ist er auf einen rationalen Dialog ausgerichtet, der an sich egalitär ist. Im Rahmen der prinzipiellen Rechtstreue

26 *Holzleithner*, *Gerechtigkeit* (2009) 11.

27 *Anderson*, *What is the Point of Equality?* *Ethics* 1999, 287 (289).

28 Ich beziehe mich hier auf sogenannte relationale Theorien der Gleichheit, vgl *Lippert-Rasmussen*, *Relational Egalitarianism: Living as equals* (2018).

29 Vgl *Anderson*, *Ethics* 1999, 313.

30 Vgl *Anderson*, *Ethics* 1999, 314.

31 *Holzleithner*, *Rollenstereotype – ein hartnäckiger Hemmschuh gleicher Freiheit*, in *Ulrich/Greif/Neuwirth*, *Kritisches Rechtsdenken II* (2022) 34 (35).

32 Vgl *Habermas* in *Glutz* 35.

33 *Schwarz*, *NJW* 2023, 280. Ein Privileg ist eine Freiheit, die „von der Ungleichheit jener Personengruppen getragen ist, denen gegenüber diese Berechtigung besteht“ (*Pöschl*, *Gleichheit vor dem Gesetz* (2008) 550).

greifen Aktivist*innen nicht das freiheitsverbürgende Regelsystem als solches an und achten dementsprechend die gleiche Freiheit ihrer Adressat*innen.

Zuerst zur Kommunikativität: *Brownlee* analysiert diese folgendermaßen: Ziviler Ungehorsam ist ein illegaler Akt, der mit der Intention unternommen wird, die Ablehnung eines Gesetzes aus gewissenhafter Überzeugung („conscientious conviction“) und die Gründe für den Protest und für die Notwendigkeit einer Änderung des entsprechenden Gesetzes an die Regierung und die Gesellschaft zu kommunizieren.³⁴ Daraus folgen einige nähere Bestimmungen zivilen Ungehorsams: Weil ziviler Ungehorsam Ablehnung eines Gesetzes aus *Überzeugung* kommuniziert, müssen Aktivist*innen zu erkennen geben, dass sie die entsprechende Überzeugung auch tatsächlich haben. Darum muss ziviler Ungehorsam „nicht-ausweichend“ sein. Das bedeutet, dass sich Aktivist*innen mit ihrem Rechtsbruch und den Überzeugungen, die sie damit kommunizieren möchten, der Öffentlichkeit stellen müssen.³⁵ Außerdem müssen sie bereit sein, ihre Überzeugung in einem offenen Dialog auf der Basis von Gründen zu verteidigen.³⁶

Aus dieser Konzeption kann eine Erwiderung auf das Arroganzargument abgeleitet werden: Das selbstständige Ergreifen besonderer, rechtlich nicht vorgesehener Partizipationsformen geschieht in zivilem Ungehorsam nicht aus Überheblichkeit, sondern mit der Absicht, anderen die eigenen gewissenhaften Überzeugungen mitzuteilen, um sie gemeinsam und öffentlich diskutieren zu können. Sie werden den anderen folglich so präsentiert, dass diese darauf antworten können und somit ihre eigene Sicht der Dinge darlegen können. Ihre Einschätzungen werden dadurch nicht übergangen. Im Gegenteil: Sie werden im Versuch, einen Dialog zu initiieren, ernst genommen. Ziviler Ungehorsam ist auf eine Diskussion angelegt, in der Aktivist*innen ihre Adressat*innen als rationale Wesen mit der Fähigkeit, auf die vorgebrachten Gründe entsprechend zu antworten, respektieren.³⁷ Er ist insoweit getragen von der Achtung und Berücksichtigung der anderen als Gleiche.

Wie oben herausgearbeitet, halten sowohl *Rawls* als auch *Habermas* weiters prinzipielle Rechtstreue für ein notwendiges Element zivilen Ungehorsams. Diese hat genau betrachtet eine negative und eine positive Dimension: Einerseits begrenzen Aktivist*innen ihre Reformbestrebungen auf einzelne Gesetze: sie greifen nicht die Rechtsordnung als Ganzes an. Andererseits beziehen sie sich auf die Prinzipien, die der Rechtsordnung Legitimität verleihen, um ihre Übertretung einzelner Rechtsnormen zu begründen. Sie suchen damit selbst im Ungehorsam noch Anschluss an ein gemeinsames konstitutionelles Projekt. Die negative Dimension kann *Rawls* zufolge durch die Akzeptanz der Strafe ausgedrückt werden.³⁸ Die positive Dimension könnte sich insbesondere in der Paralle-

34 Vgl *Brownlee*, Conscience 18–20.

35 Vgl *Brownlee*, Conscience 37.

36 Vgl *Brownlee*, Conscience 42, 148. Zum Begriff „Dialog“ vgl *Brownlee*, Conscience 217–219.

37 Vgl *Brownlee*, Conscience 221.

38 Vgl *Rawls*, Theorie 403–404.

lität von legalen und illegalen Strategien zur Beseitigung von Ungerechtigkeiten zeigen – etwa durch auf Grundrechte gestützte „Klimaklagen“ neben disruptiven Aktionen.³⁹

Auch aus dieser Konzeption kann eine Erwiderung auf das Arroganzargument abgeleitet werden. Wie oben schon angedeutet, ist ein System allgemeiner Regeln mit rechtsstaatlichen Garantien ein notwendiges Element der Sicherung der Bedingungen gleicher Autonomie.⁴⁰ Es stellt die verlässliche Bereitstellung von Gütern und Abwesenheit von Handlungshindernissen sicher, die es uns erlaubt, langfristige Projekte zu planen.⁴¹ In der Übertretung einzelner Rechtsnormen greifen Aktivist*innen nicht dieses freiheitsverbürgende Regelsystem als solches an. Damit drücken sie aus, dass sie die Autonomie der anderen sehr wohl berücksichtigen.

Darüber hinaus liegt in der Berufung auf die Prinzipien der Verfassung eine Wertschätzung der Einschätzung und Urteile anderer. Das Recht sichert in der Bereitstellung von öffentlichen Verfahren (zB in Gerichtshöfen oder Parlamenten) Möglichkeiten der Partizipation auf der Grundlage eines komplexen, aber revidierbaren Konsenses im Hinblick auf die Interpretation grundlegender Prinzipien des Zusammenlebens. Durch produktives Engagement mit den Prinzipien der Verfassung anerkennen Aktivist*innen, dass die derzeitige Verfassung in wesentlichen Teilen Ausdruck der überlegten Überzeugungen ihrer Mitbürger*innen ist und nehmen diese dadurch ernst. Kurzum: Durch ihre prinzipielle Rechtstreue achten Akteur*innen des zivilen Ungehorsams ihre Mitbürger*innen als gleiche Teilnehmer*innen an einem Verfassungsprojekt, das auf die Sicherstellung gleicher Freiheit ausgerichtet ist.

Das Arroganzargument trifft also kommunikative Protestaktionen, die sich im Rahmen der prinzipiellen Rechtstreue bewegen, nicht. Das Engagement in einem rationalen Dialog im Rahmen eines Verfassungsprojekts, das dazu da ist, die gleiche Freiheit aller zu gewährleisten, ist eine Art, andere zu respektieren. Das zu verneinen, weil einzelne Gesetze gebrochen werden, um auf Ungerechtigkeiten oder demokratische Defizite hinzuweisen, wäre „autoritärer Legalismus“.⁴² In den abschließenden beiden Kapiteln werde ich vor dem Hintergrund des Prinzips der Gleichheit auf Einwände eingehen, die monieren, der liberal-demokratische Fokus auf die Kommunikativität und prinzipielle Rechtstreue zivilen Ungehorsams würde diesen zu eng fassen.

5. Die Limitation rationalen Dialogs

Die Ausrichtung zivilen Ungehorsams auf einen rationalen Dialog über die Überzeugungen der Aktivist*innen ist bei genauerem Hinsehen etwas realitätsfern. Bei den meisten

39 Vgl. *Gerstetter*, Im Gerichtssaal und auf der Straße – unterschiedliche Wege, ein Ziel? *juridikum* 2022, 116.

40 Vgl. allgemein *Scheuerman*, Die Krise der liberalen Demokratie: Was ein in Vergessenheit geratener ‚Frankfurter‘ uns lehren kann, in *Bohmann/Sörensen*, Kritische Theorie der Politik (2019) 84.

41 Vgl. *Moraro*, Disobedience 137–140.

42 *Habermas* in *Glutz* 43.

Bewegungen zivilen Ungehorsams geht es nicht primär darum, Forderungen vorzubringen, die eine Mehrheit in einer offenen Diskussion akzeptieren könnte. Ziviler Ungehorsam wird im Gegenteil erst dann notwendig, wenn sich herausstellt, dass diese Bereitschaft zur Akzeptanz nicht besteht. Das zeigt sich deutlich an der Klimadebatte. Vor den Aktionen zivilen Ungehorsams gab es Demonstrationen und weite politische und gesellschaftliche Debatten zum „Thema Klimaschutz“. Trotz entsprechender Debatten wurden aber offenbar nicht genügend Menschen von der Dringlichkeit der Situation überzeugt. Eher als das demokratische Potential offenbart ziviler Ungehorsam hier eine grundsätzliche Limitation rationaler Diskussion. Diese ist unter Umständen durch hegemoniale Diskursformationen und Machtverhältnisse geprägt – im konkreten Fall, die Unhinterfragbarkeit eines auf fossile Brennstoffe angewiesenen bequemen Lebensstils⁴³ oder die „instrumentalisierende Logik der kapitalistischen Moderne“⁴⁴ – die verhindern, dass gesellschaftliche Probleme bzw Ungerechtigkeiten in ihr adäquat behandelt werden können.

Sollen die demokratischen Potentiale zivilen Ungehorsams ausgeschöpft werden, muss er also mehr können. Wäre er nur eine Art, die eigenen Überzeugungen auszudrücken, Aufmerksamkeit für sie zu generieren und Diskurse darüber zu initiieren, wäre er im Hinblick auf die soeben angesprochenen hegemonialen Diskursformationen und Machtverhältnisse harmlos. Um diese herauszufordern, braucht es radikalere Formen des Engagements, die so weit gehen können, andere zu zwingen von bestimmten Handlungen Abstand zu nehmen. So sollte die Besetzung des Dorfes *Lützerath* den Energiekonzern RWE dazu zwingen, von der Erweiterung des dortigen Kohletagebaus Abstand zu nehmen. Oder er beinhaltet gar den Versuch, das „ethische Selbstverständnis“ der anderen zu verändern bzw sie Erfahrungen machen zu lassen, die in einer Art „Konversion“ enden.⁴⁵ Nehmen wir diese Vorschläge ernst, scheint das Arroganzargument gegen zivilen Ungehorsam genau ins Schwarze zu treffen. Wenn andere zu etwas gezwungen werden, werden sie dazu gebracht, Handlungen (nicht) zu setzen, ohne dass ihre eigene Einschätzung der Lage berücksichtigt würde. Ihre Sicht der Dinge ist einfach irrelevant.⁴⁶ Und auch Konvertierungs- und Missionierungsversuche sind Formen der (sprachlichen) Überwältigung bzw der Manipulation. Andere sollen dazu gebracht werden, ihr Verhalten radikal zu verändern, unabhängig davon, ob sie selbst einsehen, dass eine solche radikale Veränderung nötig ist. Das ist nicht mit der Anerkennung des Gegenübers als Gleiche vereinbar.⁴⁷ Die anderen werden gerade nicht im oben genannten Sinn ernst genommen. Diese scharfe Gegenüberstellung von Zwang und Manipulation auf der einen Seite und dem bloßen Ausdrücken der eigenen Überzeugung mit der Bereitschaft zum anschließenden

43 Vgl Young, *Activist Challenges to Deliberative Democracy*, *Political Theory* 2001, 670 (687).

44 Cooke, *The Ethical Dimension of Civil Disobedience*, in Scheuerman, *The Cambridge Companion to Civil Disobedience* (2021) 231 (243).

45 Cooke in Scheuerman 232.

46 Vgl Moraro, *Disobedience* 37.

47 Vgl Scheuerman, *Disobedience* 30.

den rationalen Dialog auf der anderen Seite ist zu rigide. Einerseits kann das Schaffen von Aufmerksamkeit als Bedingung für einen Dialog auch ein gewisses Maß an Zwang erfordern,⁴⁸ zB das Blockieren einer Straße oder die öffentlichkeitswirksame Besetzung einer Baustelle. Andererseits muss die Kommunikation der eigenen Überzeugungen in zivilem Ungehorsam nicht unbedingt eine friedfertige Handlung sein, die nahtlos in ein sachliches Gespräch überführen kann. Das Aufschlitzen von SUV-Reifen kann etwa als Ausdruck des Ärgers über den rücksichtslosen Umgang mit Ressourcen verstanden werden. Das ist genauso wenig an sich eine Form der Überwältigung wie aus Ärger persönliche Gegenstände einer*s Ex-Partner*in aus dem Fenster zu werfen. Die Perspektive der anderen wird hier nicht als irrelevant abgetan. In unserem Handeln aus Ärger nehmen wir vielmehr die Verhaltensweisen unserer Mitmenschen entsprechend ernst.⁴⁹ Sowohl im Fall der SUV-Reifen wie im Fall des*r Ex-Partner*in ist letztlich entscheidend, ob in solchen Akten die Einschätzungen der anderen Personen als relevant für das eigene Handeln anerkannt werden, und ob die Bedingungen ihrer Autonomie respektiert werden – also ob sie als Gleiche anerkannt werden. Das muss im zivilen Ungehorsam wie im Alltag kontextuell beurteilt werden, und ist immer auch eine politische Frage. Aber ziviler Ungehorsam ist eben auch ein politischer Begriff. Ich vermute, im Übrigen, dass *Brownlee* und deliberativ-demokratische Theoretiker*innen wie *Smith* das durchaus akzeptieren würden.⁵⁰ Mein Punkt hier ist nicht, dass deliberative Theorien als solche falsch sind, sondern, dass der Fokus auf rationale Diskussion missverständlich bzw zu eng ist. Die Kommunikativität zivilen Ungehorsams sollte demnach nicht als konfrontationslose Einladung zum Gespräch missverstanden werden. Ziviler Ungehorsam soll disruptiv sein, Menschen, die lieber weghören würden, zum Zuhören zwingen und Voraussetzungen hegemonialer Diskursformationen mit dramatischen Mitteln hinterfragen. Sein rhetorisches und emanzipatorisches Potential liegt gerade darin, dass die Übertretung der Ordnung das auf besonders eindringliche Weise ermöglicht. Das erscheint auch nur dann als arrogant, wenn wir der bestehenden Ordnung eine Autorität zuweisen, die der Kritik wenigstens zum Teil enthoben ist. Entscheidend bleibt aber weiterhin die Anerkennung der Adressat*innen als Gleiche. Sobald Aktivist*innen versuchen, ihre Ideale ohne Rücksicht auf deren Perspektive durchzusetzen, gehen sie über den Rahmen zivilen Ungehorsams hinaus.

6. Anti-Legalismus?

Auch gegen das Erfordernis der prinzipiellen Rechtstreue wird eingewandt, dass es die radikal-kritische Dimension zivilen Ungehorsams nicht adäquat erfassen kann. Zur Erinnerung: Klassische Ansätze sehen in zivilem Ungehorsam einen Akt, in dem Aktivist*innen an Prinzipien appellieren, die in der geltenden Rechtsordnung zwar nicht perfekt,

48 Vgl *Brownlee*, *Conscience* 24.

49 Vgl *Moraro*, *Disobedience* 96–101.

50 Vgl insbes *Smith* in *Scheuerman* 118–123.

aber doch mehr oder weniger gut verwirklicht sind. Dieser Rechtsordnung – einer mehr oder weniger perfekten Realisierung von Gerechtigkeitsprinzipien oder dem „unvollendeten Projekt konstitutioneller Demokratie“⁵¹ – wird in zivilem Ungehorsam dementsprechend Respekt entgegengebracht.⁵²

Gegen diese Ansicht wurden vor allem zwei Kritikpunkte erhoben. Erstens lässt sich kaum aufrechterhalten, dass ziviler Ungehorsam nur im Kontext einer fast gerechten Gesellschaft oder einer konstitutionellen Demokratie möglich ist. Gerade die Gesellschaften, in denen die paradigmatischen Fälle zivilen Ungehorsams stattfanden – das koloniale Indien *Ghandis* und die segregierten Südstaaten der USA – waren sicher nicht fast gerecht und auch nicht in einem substanziellen Sinn demokratisch.⁵³ Aus diesem Grund brachten ihnen Aktivist*innen also sicher keinen Respekt entgegen. Wollte man daran festhalten, dass Respekt vor fast gerechten bzw demokratischen Institutionen ein notwendiges Element zivilen Ungehorsams ist, müsste man diese Fälle aus dem Begriff ausschließen. Dann würde er aber schlicht und ergreifend seine Relevanz verlieren.⁵⁴

Zweitens wird in zivilem Ungehorsam zum Teil eine demokratische Praxis gesehen, in der gerade *nicht* an rechtliche Prinzipien appelliert wird. Nach *Celikates* radikal-demokratischem Ansatz geht es im Gegenteil darum, im unmittelbaren kollektiven Handeln unter Bürger*innen über die bestehenden Institutionen hinauszugehen und, als Ausformung der konstituierenden Gewalt, genuin neue Arten des Zusammenlebens zu artikulieren.⁵⁵ Dieses Verständnis reklamieren Klimabewegungen, wie etwa *Ende Gelände*, explizit für sich.⁵⁶ Im Widerstand entziehen Aktivist*innen einerseits bestehenden Institutionen öffentlich das Vertrauen, und ermächtigen sich zugleich selbst, Alternativen zur derzeitigen sozialen Ordnung aufzubauen: „In der Art und Weise, wie wir zusammenarbeiten und entscheiden, wird nämlich die größere Utopie einer solidarischen Gesellschaft greifbar und vorgelebt.“⁵⁷ Diese beiden Kritiken eröffnen ein komplexes Feld an Fragen, auf die ich nicht abschließend eingehen kann. Ich möchte nur kurz auf zwei Möglichkeiten eingehen, dieses vor dem Hintergrund der Verbindung von prinzipieller Rechtstreue und Gleichheit anzugehen. *Erstens* ist der Verweis auf eine fast gerechte Gesellschaft nicht unbedingt notwendig. Entscheidend ist vielmehr, dass Aktivist*innen den (egalitären)⁵⁸ Wert der rechtlichen Regelung menschlichen Zusammenlebens anerkennen, und klarstellen, dass „sie im Prinzip denselben rechtlichen Regeln unterworfen sind wie alle anderen“.⁵⁹ Wie *Scheuerman* aus-

51 *Scheuerman*, Disobedience 75.

52 Vgl *Scheuerman*, Disobedience 52–53, 79.

53 Vgl *Lyons*, Moral Judgment, Historical Reality, and Civil Disobedience, *Philosophy & Public Affairs* 1998, 31 (37–39).

54 Vgl *Kieseewetter*, ZfPP 2022, 83–84. Für eine genealogische Kritik dieses Begriffs der prinzipiellen Gesetzestreue, vgl *Pineda*, *Seeing like an activist* (2021) Kap 1.

55 Vgl *Celikates*, Constituent power beyond exceptionalism: Irregular migration, disobedience, and (re-)constitution, *Journal of International Political Theory* 2019, 67 (72–74).

56 Vgl *Ende Gelände*, *We shut shit down* 79–87.

57 *Ende Gelände*, *We shut shit down* 82.

58 Siehe unter 4.

59 *Scheuerman*, Disobedience 148.

führt, kann das nicht nur durch die Akzeptanz einer rechtmäßigen, in einem fairen Verfahren verhängten Strafe ausgedrückt werden. Wenn ein solches faires Verfahren, das auf allgemeinen und klaren Regeln beruht, nicht zu erwarten ist, kann es im Gegenteil gerade dadurch ausgedrückt werden, dass sich Aktivist*innen dem Verfahren entziehen, untermauert durch einen entsprechenden Hinweis auf die rechtsstaatlichen Defizite.⁶⁰ Und gegenüber Rechtsordnungen, denen de facto nicht alle gleich unterworfen sind, kann der so verstandene Respekt vor dem Recht auch gerade dadurch zum Ausdruck kommen, dass ihre Vorschriften und Verfahren, unter entsprechender Kritik, nicht beachtet werden.⁶¹ Zweitens scheint mir *Celikates* Ansatz auf einer schematischen Alternative zu beruhen. Eine Protesthandlung konserviert nicht entweder eine rechtliche Ordnung oder ändert sie von außen. Auch die kreative Berufung auf (Menschen-)Rechte vor (Verfassungs-)Gerichten kann eine gesellschaftliche Ordnung auf den Kopf stellen.⁶² Genauso impliziert die Berufung von Klimabewegungen auf internationale Rechtsdokumente wie das Pariser Abkommen nicht, dass damit die rechtlichen Institutionen im Großen und Ganzen intakt bleiben sollen. Die Interpretationsbedürftigkeit tragender Rechtsgrundsätze wie Freiheit und Gleichheit ermöglicht gerade, dass Menschen von außen an sie herantreten und neue Interpretation reklamieren, die herrschende Ordnungen grundsätzlich in Frage stellen. Die Artikulation solidarischer Alternativen in den Protestformen von *Ende Gelände* ist gerade eine solche kreative Neu-Interpretation rechtlicher Grundprinzipien und keine Emanation einer vollkommen extra-legalen konstituierenden Gewalt.

7. Fazit

In der Kommunikativität zivilen Ungehorsams und der in ihm zum Ausdruck gebrachten prinzipiellen Gesetzestreue, anerkennen Aktivist*innen ihre Adressat*innen – entgegen dem Arroganzargument – als Gleiche. Bei aller Disruptivität bleibt er damit einem Grundprinzip rechtsstaatlicher Demokratien verhaftet: der Gleichheit. Diese ist zumindest eine Grundlage seiner Legitimität, denn solange er sich in ihrem Rahmen bewegt, kann er nicht als moralisch-politische Selbstüberhöhung abgetan werden. Ganz im Gegenteil: Durch die Schaffung egalitärer Räume jenseits bloß formalen Rechts aber im Rahmen der Anerkennung der egalitären Funktion von Recht überhaupt kann er helfen, solchen Überhöhungen entgegenzutreten, wenn sie innerhalb des rechtlich Erlaubten auftreten. Und von Letzteren gibt es sicher genug.

Christian Demmelbauer ist Universitätsassistent (Prae Doc) am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; christian.demmelbauer@univie.ac.at.

60 Vgl. *Scheuerman*, Whistleblowing as civil disobedience: The case of Edward Snowden, *Philosophy and Social Criticism* 2014, 609 (617–621).

61 Vgl. *Scheuerman*, Disobedience 150.

62 Vgl. in dieser Ausgabe *Rössl*, Wer war Pauli Murray (1910–1985)? Hinter den Kulissen und der Zeit voraus, *juridikum* 2023, 271.

Das Allgemeine im Blick

Überlegungen zum Schutz von Allgemeingütern durch die Verleihung von Grund- und Menschenrechten

Max Mayer

2021 hat *Ferdinand von Schirach* einen Aufruf zur Ergänzung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) um fünf neue Rechte sowie ein Individualbeschwerdeverfahren veröffentlicht.¹ Für einige der damit verfolgten Ziele stellt sich die Frage, ob die Verleihung von Grund- und Menschenrechten für ihre Durchsetzung die passende Form ist. Dies gilt namentlich für die Rechte auf eine saubere Umwelt (Art 1), auf Wahrheit im politischen Diskurs (Art 4) und auf eine soziale Globalisierung (Art 5), denn diese Artikel sollen subjektive Rechte auf den Schutz von Allgemeingütern verleihen. Das ist in der westlich-liberalen Rechtstradition ungewöhnlich, denn in ihr dienen die Grund- und Menschenrechte in erster Linie dem Schutz der Güter und Interessen der Einzelnen, wohingegen es allgemein als selbstverständlich gilt, dass Kollektivrechtsgüter nicht über Grundrechte sondern über das einfache Recht zu schützen sind.²

Das wirft die Frage auf, wie es zu dieser quasi-kanonischen Trennung gekommen ist. Klar ist, dass ihr die Grundstruktur des liberalen Rechtsstaats zugrunde liegt, in dem die Grundrechte der Ermöglichung individueller Freiheit dienen sollen.³ An diesen Zweck hat zuletzt auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Klimabeschluss angeknüpft.⁴ Dennoch klärt das noch nicht die Frage vom Ursprung dieser klassischen liberalen Unterscheidung. Ihm soll in diesem Beitrag nachgegangen werden. Nach einer Bestandsaufnahme zum grundrechtlichen Schutz von Allgemeingütern heute (1), stellt er die Funktion der Menschenrechte und ihren Fokus auf den Eigentumsschutz in den bürgerlichen Revolutionen des 18. und 19. Jahrhunderts dar (2). Ein abschließender Ausblick fragt danach, welche rechtspolitischen Schlussfolgerungen sich hieraus für den Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit ergeben (3).

1 *Schirach*, Jeder Mensch (2021). Siehe im Übrigen die Beiträge im Schwerpunkt der *juridikum*-Ausgabe 4/2022.

2 Vgl für das Umweltrecht etwa *Schlacke*, *Umweltrecht*⁸ (2021) § 4 Rz 9. Dem steht andererseits etwa eine globale Diskussion zur Frage gegenüber, ob der Natur eigene subjektive Rechte eingeräumt werden sollten, wie es in Südamerika, Neuseeland und Indien sogar schon geschehen ist. Dazu *Gutmann*, *Hybride Rechtssubjektivität*¹ (2021) 84 ff.

3 S nur *Böckenförde*, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Böckenförde*, *Staat, Verfassung, Demokratie* (1991) 115.

4 BVerfG 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, uA, Klimabeschluss, Rz 184 ff; zur Genese des Art 20a GG *Kloepfer*, *Umweltrecht*⁴ (2016) 132 ff.

1. Der Schutz von Allgemeininteressen durch subjektive Rechte heute

Die drei hier relevanten von *Schirach* vorgeschlagenen Rechte lauten wie folgt:

Artikel 1: Jeder Mensch hat das Recht, in einer gesunden und geschützten Umwelt zu leben.

Artikel 4: Jeder Mensch hat das Recht, dass Äußerungen von Amtsträgern der Wahrheit entsprechen.

Artikel 5: Jeder Mensch hat das Recht, dass ihm nur solche Waren und Dienstleistungen angeboten werden, die unter Wahrung der universellen Menschenrechte hergestellt und erbracht werden.

Die Güter, die Gegenstand dieser drei Rechte sind – saubere Umwelt, Wahrheit im politischen Diskurs und faire Arbeitsbedingungen für andere Menschen –, stellen keine Individualrechtsgüter dar. Die Rechte sollen dagegen Güter schützen, die entweder im Kern Kollektivrechtsgüter darstellen (Art 1 und 4) oder aber jedenfalls nicht denen zustehen, denen hier zu ihren Gunsten ein subjektives Recht verliehen werden soll (Art 5). Diesem Umstand steht der Befund gegenüber, dass Grundrechte heute in erster Linie dem Schutz von Individualinteressen dienen. In welchem Umfang dies heute tatsächlich der Fall ist, soll im Folgenden genauer dargestellt werden.

Für Kollektivrechtsgüter ist es in Deutschland und Österreich bisher üblich, sie allenfalls als „bloß“ objektive Rechtspositionen in die Verfassung aufzunehmen, um sie so im Wege der praktischen Konkordanz als Abwägungsfaktor anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern gegenüberstellen zu können. Dies gilt bspw für die Umwelt als solche, die als Staatszielbestimmung geschützt ist, ohne dass damit den Einzelnen ein subjektives Recht auf deren Verwirklichung verliehen wäre (Art 20a GG⁵; BVG Nachhaltigkeit⁶). Die so geschaffene, praktisch inhaberlose Rechtsposition dient letztlich der verfassungsrechtlichen Absicherung einfachgesetzlicher Regelungen zum Schutz der Umwelt.⁷ Demgegenüber kann eine so gestaltete objektive Position des Verfassungsrechts nicht ohne weiteres gegen Umweltbeeinträchtigungen in Anschlag gebracht werden, denn auf Staatszielbestimmungen kann sich vor Gericht niemand direkt berufen.⁸ Auf Ebene des Unionsrechts verhält es sich ähnlich,⁹ was sich zuletzt gerade für „Klimaklagen“ als effektives Hindernis erwiesen hat.¹⁰ Die Auseinandersetzung um solche Rechtsgüter ist damit den

5 *Schlacke*, Umweltrecht⁸ § 4 Rz 9.

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

7 *Gärditz* in *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht Art 20a GG Rz 68 ff (68. EL 2013).

8 BVerfG 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, uA, *Klimabeschluss*, Rz 112, 190; *Nolte*, Verwaltungsrechtsschutz im Umweltrecht, in *Kluth/Smeddinck* (Hrsg), Umweltrecht (2020) 381 (Rz 14 ff).

9 EuG 28.09.2016, T-600/15, *PAN Europe and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2016:601, Rz 48. Zu Art 37 GRC s *Crivoi/Reimann*, Artikel 1 – Umwelt, *juridikum* 2022, 481 (482) mwN.

10 EuGH 25.03.2021, C-565/19 P, *Carvalho*, ECLI:ECLI:EU:C:2021:252, Rz 45 ff; s *Berger/Friedrich*, Artikel 6 – Grundrechtsklage, *juridikum* 2022, 534 (541).

Gerichtssälen zu einem erheblichen Teil entzogen und stattdessen in die politische Öffentlichkeit und die Parlamente verlagert.

Was bedeutet es demgegenüber, ein Recht auf etwas zu haben? Nach der hiesigen Rechts-tradition ist die Verleihung subjektiver Rechte (und erst recht von Grundrechten) nur dort angezeigt, wo deren Inhaber*innen eine individuelle Beziehung zu dem jeweils geschützten Rechtsgut innehaben, die sie von der Allgemeinheit abhebt.¹¹ Das geschützte Rechtsgut muss „sein* ihr“ Rechtsgut sein. So schreibt das BVerfG:

„Im geschichtlichen Verlauf der Anerkennung und Positivierung von Grundrechten stand seit jeher der einzelne Mensch als private, natürliche Person im Mittelpunkt. Die Ausformung der Grundrechte geschah im Blick auf die Erfahrung typischer Gefährdungen und Verletzungen der Würde, der Freiheit und der rechtlichen Gleichheit der einzelnen Menschen oder von Menschengruppen durch öffentliche Gewalten. Besonders die vom Grundgesetz verbürgten materiellen Grundrechte wurzeln in dieser geistesgeschichtlichen Tradition. Ihre Sinnmitte bildet der Schutz der privaten natürlichen Person gegen hoheitliche Übergriffe; darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen.“¹²

Ungeachtet dieser individualrechtlichen Grundierung ist die Trennung von Individual- und Allgemeininteressen in Bezug auf Grundrechte in der deutschen Rechtsordnung nicht mit absoluter Strenge durchgeführt, sondern schon früh durch das BVerfG mit der Anerkennung objektiver Grundrechtsgehalte relativiert worden.¹³ Sie gehören heute zum selbstverständlichen Bestand der deutschen Grundrechtsdogmatik.¹⁴ Danach enthalten die Grundrechte des Grundgesetzes „objektive Prinzipien“ und „Wertentscheidungen“, die der Stärkung der Freiheitsrechte dienen und mit ihren subjektiven Gehalten nicht identisch sind.¹⁵ Mit ihnen sind alle Gehalte bezeichnet, die über die unmittelbar subjektiv-rechtliche Kompetente hinausgehen und mit denen die in den Grundrechten geschützten Güter selbst als Allgemeingüter konstruiert sind. Aus ihnen hat das BVerfG dogmatisch unter anderem staatliche Schutzpflichten sowie die Einwirkung der Grundrechte auf die Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts im Wege der sog mittelbaren Drittwirkung abgeleitet.¹⁶

11 Für ein seinerzeit bereits diskutiertes Umweltgrundrecht für das deutsche Grundgesetz zB *Steiger*, Mensch und Umwelt. Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts (1975) 38; sowie *Soell*, Umweltschutz, ein Grundrecht? NuR (Natur und Recht) 1985, 205 (208); heute noch *Schlacke*, Umweltrecht⁸ § 4 Rz 9.

12 BVerfG 08.07.1982, 2 BvR 1187/80, *Sasbach*, Rz 56; vgl auch BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51, *Lüth*, Rz 20; BVerfG 15.12.1983, 1 BvR 209/83, *Volkszählung*, Rz 152; *Gärditz* in *Landmann/Robmer* Art. 20a GG, Rz 73 mwN.

13 Zur Genese der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in dieser Hinsicht und den daraus resultierenden dogmatischen Konsequenzen *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 1990, 1.

14 *Böckenförde*, Der Staat 1990, 1 (1).

15 *Herdegen* in *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Art 1 Abs 3 Rz 23 (94. EL 2021); *Böckenförde*, Der Staat 1990, 1 (13 f).

16 *Herdegen* in *Dürig/Herzog/Scholz*, Art 1 Abs 3 GG Rz 17 ff.

So hat das das BVerfG in Bezug auf die Meinungsfreiheit aus Art 5 Abs 1 GG festgestellt, dass diese für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“ ist.¹⁷ Für die Kommunikationsfreiheiten des Art 5 I GG betont es, dass sie dem Prozess der demokratischen Kommunikation insgesamt dienen:

„Indem Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsäußerungs-, Meinungsverbreitungs- und Informationsfreiheit als Menschenrechte gewährleistet, sucht er zugleich diesen Proze[ss] verfassungsrechtlich zu schützen. Er begründet insoweit subjektive Rechte; im Zusammenhang damit normiert er die Meinungsfreiheit als objektives Prinzip der Gesamtrechtsordnung, wobei subjektiv- und objektivrechtliche Elemente einander bedingen und stützen.“¹⁸

Der grundrechtliche Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit ist also ein kollektives Anliegen des demokratischen Gemeinwesens insgesamt. Gleiches gilt für die Versammlungsfreiheit (Art 8 GG)¹⁹ und die Wahlrechtsgrundsätze aus Art 38 Abs 1 GG.²⁰ Alle diese Rechte sind elementare Bestandteile, Wesensmerkmale einer demokratischen Gesellschaftsordnung. Von ihnen als bloß privaten Gütern der konkret Berechtigten zu sprechen, wäre unzutreffend. Es liegt im Gegenteil auf der Hand, dass es sich bei ihnen um Allgemeingüter im besten Sinne handelt. Selbst der Schutz des Lebens hat nach der Rechtsprechung des BVerfGs eine überindividuelle Dimension: Es hat seine Schutzpflichtenlehre ausgerechnet in seinen Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch entwickelt, indem es dem Schutz des menschlichen Lebens schon vor der Geburt und damit vor der Rechtssubjektivität des Fötus Verfassungsrang eingeräumt hat.²¹

Für unsere Frage nach dem Schutz von Allgemeininteressen durch Grundrechte ermöglicht dies erste Schlussfolgerungen. Wenngleich die Grundrechte in Deutschland prinzipiell dem Schutz individueller Freiheitssphären dienen sollen, führt das Nebeneinander von subjektiv- und objektiv-rechtlicher Dimension doch dazu, dass sich die Geltendmachung subjektiver Rechte schon heute nicht auf die Durchsetzung von Individualrechtsgütern beschränkt, sondern notwendig auch der Durchsetzung des zugehörigen Allgemeinrechtsguts dient.

2. Rechte in den bürgerlichen Revolutionen

Dass Rechte hierzulande nichtsdestotrotz eine besondere individuelle Beziehung ihrer Träger*innen zu dem jeweiligen Rechtsgut voraussetzen, liegt ganz wesentlich in der Fassung

17 BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51, *Lüth*, Rz 27 stRspr; s *Jarass in Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar¹⁷ (2022) Art 5 Rz 3 mwN.

18 BVerfG 16.06.1981, 1 BvL 89/78, 3. *Rundfunkurteil*, Rz 101.

19 BVerfG 14.05.1985, 1 BvR 233/81, *Brokdorf*, Rz 64; s *Ernst in Kämmerer/Kotzur*, Grundgesetz⁷ (2021) Art 5 Rz 10 ff mwN.

20 *Trute in Kämmerer/Kotzur*, Grundgesetz⁷ (2021) Art 38 Rz 9.

21 BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74, *Schwangerschaftsabbruch I*, Rz 108 ff; *Böckenförde*, *Der Staat* 1990, 1 (12).

begründet, die die Menschenrechte im Zeitpunkt ihrer Durchsetzung durch die Bewegung des Liberalismus erhalten haben. Zu den zentralen Funktionen der Menschenrechte gehörte damals, das Privateigentum als eine durchsetzbare Sphäre privater Gestaltungsfreiheit für alle Bereiche des Wirtschaftslebens zu etablieren, von der Staat und Gesellschaft gerade ausgeschlossen sind. Dieser ursprüngliche Zusammenhang, der die europäische Vorstellung der Grundrechte bis heute prägt, soll nun näher dargestellt werden.²²

2.1. Menschenrechte als Schutz von Eigentum und Privatsphäre

Die Menschenrechte sind aufgrund des Erfolgs der bürgerlichen und Sklav*innenrevolutionen des 17., 18. und 19. Jahrhunderts zur Grundlage des westlichen Weltbildes geworden, insb der Amerikanischen Unabhängigkeit sowie der Englischen, Französischen und Haitianischen Revolutionen.²³ Sie hatten darin eine doppelte Funktion: Zum einen proklamierten sie in *politischer Hinsicht* mit der Freiheit und Gleichheit aller eine der Monarchie und dem Feudalismus entgegengesetzte freiheitliche, demokratische und republikanische Grundordnung der Gesellschaft.²⁴ Alle erblichen und ständischen Privilegien sollten abgeschafft sein. Meinungsfreiheit und Wahlrecht sollten gleiche Beteiligung an der Ausübung öffentlicher Gewalt sichern. Daneben hatten Freiheit und Gleichheit in *ökonomischer Hinsicht* grundlegende Implikationen für ein neues Verhältnis des Staats zur Gesellschaft und insb zur Ökonomie. Die grundrechtliche Freiheit sollte allen Menschen eine private Sphäre garantieren, innerhalb derer sie ihren je eigenen Vorteil nach eigenen Wünschen im Rahmen einer freien, dh privatrechtlich organisierten Ökonomie verfolgen konnten.²⁵ Die Gleichheit sollte in dieser Hinsicht einerseits die (formal) gleiche Teilhabe an dieser Ökonomie sichern, stellte andererseits aber neben dem Eigentumsrecht einen Grundpfeiler einer privatrechtlichen Ökonomie vertraglicher Austauschbeziehung dar.

Die Menschen waren in den Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte also in doppelter Hinsicht frei und gleich, dh in Bezug auf zwei unterschiedliche Sphären: einerseits als freie und gleiche Glieder einer politischen Gemeinschaft und andererseits, dieser gewissermaßen gegenübergestellt, als freie und gleiche Privat(rechts)subjekte. Diese zweite Sphäre der privaten Subjekte und der Ökonomie hatte in dieser Gegenüberstellung sogar eine privilegierte Position inne, denn sie wurde als die ursprüngliche, natürliche und vorgängige gedacht.²⁶ Dieser Vorrang ist ein Erbe der Vertragstheorien der Aufklärung.²⁷

22 Zur Funktion des Naturrechts in den bürgerlichen Revolutionen eingehend *Habermas*, Naturrecht und Revolution, in *Menke/Raimondi*, Die Revolution der Menschenrechte (2011) 108 (141 f).

23 *Stern* in *Stern/Becker*, Grundrechte-Kommentar³ (2019) Einleitung Rz 6 ff; zur haitianischen Revolution, die 1794 die Abschaffung der Sklaverei gegen die erste französische Republik durchsetzte, s *Buck-Morss*, Hegel und Haiti. Für eine neue Universalgeschichte³ (2018).

24 *Stern* in *Stern/Becker*³ Einleitung, Rz 6 ff.

25 *Habermas* in *Menke/Raimondi* 108.

26 *Habermas* in *Menke/Raimondi* 108.

27 *Stern* in *Stern/Becker*³ Einleitung, Rz 5; *Habermas* in *Menke/Raimondi* 108.

Wiewohl der hypothetische Gesellschaftsvertrag bei ihnen den Übergang der Gesellschaft aus einem Naturzustand in einen positiv-rechtlich verfassten Gesellschaftszustand markierte, gehörten elementare Konzepte wie Rechtsfähigkeit, Freiheit, Gleichheit und Eigentum zu den naturrechtlichen Aspekten des Naturzustands.²⁸ Sie galten nicht als dem Menschen erst in einer gesellschaftlich hergestellten Rechtsordnung verliehene, sondern als den Menschen angeborene, dh natürliche Eigenschaften.

Dieses Verständnis richtete sich in politischer Hinsicht in erster Linie gegen den Staat. Der Staat, der durch die Ausübung dieser Rechte erst geschaffen worden war, hatte die Menschenrechte nicht zu gewähren, sondern zu gewährleisten, dh zu respektieren.²⁹ Es hatte jedoch auch in ökonomischer Hinsicht Bedeutung, denn es stellte die Menschen als Wesen dar, die ihrer Natur nach Träger individueller Freiheitssphären und insb von Eigentumspositionen waren.³⁰ Das Privateigentum war elementarer Bestandteil einer Vorstellung von Gesellschaft, wie sie von den französischen Physiokraten und den englischen Ökonomen des 17. Jahrhunderts entwickelt wurde, wonach sich die Gesellschaft, einmal sich selbst überlassen, über den Austausch von Arbeit und Sachen schon ihrer Natur nach, selbsttätig und von sich aus selbst organisieren würde.³¹ Der Naturzustand der Menschheit war in der Vorstellung des 17. bis 19. Jahrhunderts nicht zuletzt der freie Markt, der über die Gewährleistung von Freiheit und Eigentum zu seinem Recht kommen sollte.

Das Privateigentum spielte in der Menschenrechtspolitik des 18. und 19. Jahrhunderts dementsprechend eine zentrale Rolle. Dies wird etwa angesichts des Inhalts der Menschenrechtserklärungen der bürgerlichen Revolutionen deutlich. Neben der Freiheit der Person einschließlich bestimmter Justizgrundrechte sowie der Religionsfreiheit, die infolge der Reformation gesellschaftlich bedeutsam war, gewährleisteten sie in erster Linie die individuelle Freiheit sowie das Privateigentum.³² So heißt es in Art 2 der französischen Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers von 1789:³³ „Der Endzweck aller politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unabdingbaren Menschenrechte. Diese Rechte sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit, der Widerstand gegen Unterdrückung.“ Zur Freiheit heißt es in Art 4: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem andern nicht schadet. Also hat die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen keine Grenzen als jene, die den übrigen Gliedern der Gesellschaft den Genuß dieser nämlichen Rechte sichern.“

28 *Hobbes*, *Leviathan*. Erster und zweiter Teil (2016) 17. und 21. Kapitel [1651]; *Locke*, *The Second Treatise of Government* (1952) chapter II und VIII [1690]; auf deutsch s auch die Auszüge bei *Locke*, *Der Staat als Zusammenschluß zur Sicherung natürlicher Grundrechte*, in *Augsberg/Unger*, *Basistexte: Grundrechtstheorie* (2012) 41; *Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts* (2011) 5. und 6. Kapitel [1762]; *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1990) § 47 sowie Allgemeine Anmerkung A. [1797-98]; *Habermas in Menke/Raimondi* 108 (120).

29 *Stern* in *Stern/Becker*³ Einleitung, Rz 6.

30 *Habermas in Menke/Raimondi* 108 (119 ff).

31 *Habermas in Menke/Raimondi* 108 (127).

32 Vgl auch *Stern* in *Stern/Becker*³ Einleitung, Rz 5.

33 Abgedruckt bspw in *Heidelmeyer* (Hrsg), *Die Menschenrechte*² (1977) 57 ff.

Art 1 der Grundrechteerklärung von Virginia von 1776 lautet:³⁴

„Alle Menschen sind von Natur aus gleichermaßen frei und unabhängig und besitzen gewisse angeborene Rechten, deren sie, wenn sie den Status einer Gesellschaft annehmen, durch keine Abmachung ihre Nachkommenschaft berauben oder entkleiden können, und zwar den Genu[ss] des Lebens und der Freiheit und dazu die Möglichkeit, Eigentum zu erwerben und zu besitzen und Glück und Sicherheit zu erstreben und zu erlangen.“

Die Subjekte der Menschenrechte waren damit als Personen gezeichnet, denen es in erster Linie um die Verfolgung ihrer privaten Interessen im Rahmen einer ihr von der Gesellschaft zu garantierenden Freiheit ging.³⁵ Das Privateigentum hat in dieser Vorstellung eine zentrale Stellung, denn es stellte die zentrale Form, in der die Einzelnen je nach Narrativ ihrer Arbeit bzw ihrer Freiheit einen realen Ausdruck verleihen können sollten. Hierauf verweist etwa *Hegel*, wenn er in seiner Rechtsphilosophie schreibt: „Die Seite aber, da[ss] ich als freier Wille mir im Besitze gegenständlich und hiermit auch erst wirklicher Wille bin, macht das Wahrhafte und Rechtliche darin, die Bestimmung des *Eigentums* aus.“³⁶ Das Privateigentum ist danach für das Menschsein elementar wichtig, weil es den Einzelnen ermöglicht, ihre je eigene individuelle Freiheit tatsächlich auszuleben und so Wirklichkeit werden zu lassen.³⁷ Verwirklichung von Freiheit bedeutet in dieser Sicht insbesondere Verwirklichung *in der Form von Privateigentum*.

2.2. Die frühe Kritik durch Marx

Diese Fokussierung der Menschenrechte auf das unmittelbare Eigeninteresse und der Verwirklichung von Freiheit auf das Privateigentum ist keineswegs unbemerkt geblieben und war schon bald Gegenstand theoretischer und politischer Debatten. Am prominentesten hat in der Mitte des 19. Jahrhunderts *Marx* auf diesen Widerspruch hingewiesen. 1843, noch jung, schreibt er über die Menschenrechtserklärungen der französischen Revolution:

„Keines der sogenannten Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus, über den Menschen, wie er Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, nämlich auf sich, auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist. Weit entfernt, da[ss] der Mensch in ihnen als Gattungswesen aufgefa[ss]t wurde, erscheint vielmehr das Gattungsleben

34 *Heidelmeyer*, Menschenrechte 54.

35 *Habermas in Menke/Raimondi* 108 (110).

36 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse¹⁵ (2017) § 45 Herv. i.O. Bei *Locke*, The Second Treatise of Government c V para 27, ist das Privateigentum im Ausgangspunkt die Konsequenz der besonderen Form, die der Mensch dem jeweiligen ursprünglichen Gegenstand durch seine eigenhändige Arbeit erlangt hat. Vgl *Habermas in Menke/Raimondi* 108 (120). Dieser Aspekt schwingt bei *Hegel* auch noch mit.

37 Allerdings bildet auch bei *Hegel* das Privateigentum erst das „erste“ Dasein des freien Willens und damit notwendig begrenzt, s *Hegel*, Grundlinien¹⁵ § 45 Anm. Erst der Staat mit seinen Institutionen und öffentlichen Strukturen ermöglicht für *Hegel* die Formierung eines „objektiven“ gesellschaftlichen Willens in der Form des Gesetzes, s ebd § 258 einschl Anm und Zusatz.

selbst, die Gesellschaft, als ein den Individuen äußerlicher Rahmen, als Beschränkung ihrer ursprünglichen Selbständigkeit. Das einzige Band, das sie zusammenhält, ist die Naturnotwendigkeit, das Bedürfnis und das Privatinteresse, die Konservation ihres Eigentums und ihrer egoistischen Person.“³⁸

Wie *Marx* feststellte, entsprach damit die allgemeine Forderung der Freiheit und Gleichheit aller Menschen, wie sie in diesem konkreten historischen Zeitpunkt erfolgreich artikuliert und durchgesetzt wurde, insbesondere der Wirklichkeit der Marktbeziehungen im sich durchsetzenden Kapitalismus.³⁹ Die Freiheit und Gleichheit aller Menschen, in der politischen Sphäre Grundlage des demokratischen Gemeinwesens, bilden in der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft zusammen mit dem Privateigentum die privatrechtlichen Grundelemente für die vertraglichen Austauschbeziehungen auf dem Arbeits- und Gütermarkt. Die rechtliche Gleichheit von Arbeiter*innen und Unternehmer*innen bedeutet nicht nur deren Gleichheit als Staatsbürger*innen, sondern ermöglicht ihnen auch, in der Form von Arbeitsverträgen als formal gleiche Vertragspartner*innen miteinander ins Geschäft zu kommen anstatt wie zuvor in der Form von Feudalbeziehungen wie das Lehnswesen.⁴⁰ *Marx* konnte damit aufzeigen, dass die universelle Durchsetzung der kapitalistischen Wirtschaftsform durch das Bürgertum unter dem Namen der individuellen Freiheit zugleich eben auch eine Beschränkung von Freiheitsmöglichkeiten mit sich brachte, weil sie im gleichen Zuge einen beschränktes Freiheitsverständnis universalisierte, das die Freiheit auf den Genuss des Privateigentums reduziert.⁴¹ Diesem Anliegen diente auch die Durchsetzung der Menschenrechte als universellem Verständnis von dem Verhältnis zwischen Individuum, Staat und Gesellschaft, denn sie erklärten es gerade zur Natur des Menschen, für sich im Genuss seines Eigentums frei sein zu können. Hierin liegt – jenseits aller rechtspolitischen Erwägungen – letztlich der Kern der Beschränkung der Grund- und Menschenrechte auf die „privaten“ Güter der Menschen: Sie dienen historisch gerade der Durchsetzung einer geschützten Sphäre des Eigenen.⁴²

3. Ausblick

Dieses Verständnis ist aber keinesfalls zwingend. Rechte sind nicht zuletzt eine Kulturtechnik, mit denen Einzelnen die Macht zur Durchsetzung objektiver Rechtspositionen

38 *Marx*, Zur Judenfrage, in *Marx/Engels*, Werke 1⁴ (1961) 347 (366).

39 Insbesondere in *Marx*, Das Kapital, in *Marx/Engels*, Werke 23⁴ (1961) 181; hierzu ausführlich *Balibar*, *Marx' Philosophie* (2013) 117 ff; *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007); zur Einführung *Buckel*, Neo-Materialistische Rechtstheorie, in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts³ (2020) 189.

40 Dieser philosophische Zusammenhang ist anschaulich dargestellt bei *Adorno*, Theodor W. Adorno über Marx und die Grundbegriffe der soziologischen Theorie, in *Backhaus*, Dialektik der Wertform (1997) 501 (505 ff).

41 *Balibar*, *Marx' Philosophie* 117.

42 *Habermas* in *Menke/Raimondi* 108 (111); s auch *Menke*, Einleitung, in *Menke/Raimondi*, Die Revolution der Menschenrechte (2011) 247; sowie *Böckenförde*, Der Staat 1990, 1 (21 ff) zu den grundrechtsdogmatischen Konsequenzen der Anerkennung objektiv-rechtlicher Dimension der Grundrechte, wie auch *Habermas*, aaO 141 ff. Einführend zum ganzen Problemkreis auch *Augsberg*, Theorien der Grund- und Menschenrechte. Eine Einführung (2021) und eingehend *Menke*, Kritik der Rechte (2015).

verliehen wird.⁴³ So bestimmt *Kelsen* den Begriff des subjektiven Rechts als „die Rechtsmacht, die Nichterfüllung einer Rechtspflicht durch Klage durchzusetzen“.⁴⁴ Die Begrenzung dieser Durchsetzungsmacht durch einen restriktiven Umgang mit der materiellrechtlichen Verleihung von Rechten sowie auf prozessrechtlicher Ebene durch die Einführung einer Antragsbefugnis ist im Grundsatz sicherlich sinnvoll. Sie determiniert aber nicht die Antwort auf die eingangs aufgeworfene Frage, ob die Zuteilung von Grundrechten auf Allgemeingüter schon im Grundsatz abzulehnen sei. Der Blick auf das Grund- und Menschenrechtsverständnis der bürgerlichen Revolutionen hat im Gegenteil gezeigt, dass der kategorische Ausschluss von Allgemeininteressen aus den Grundrechten nicht zuletzt historische Gründe hat.

Die Besonderheit der Menschenrechte liegt darin, dass sie beständig über ihren gegenwärtigen Gehalt hinausweisen.⁴⁵ Nicht nur politisch wurden die Menschenrechte bald nach ihrer Verkündung von denjenigen in Anspruch genommen, die zunächst von ihnen ausgeschlossen waren – namentlich Frauen, Schwarzen, Armen und Arbeiter*innen.⁴⁶ Auch juristisch hat sich ihr Gehalt im Laufe der vergangenen 250 Jahre über die Inklusion weiterer Gruppen sowie die Anerkennung neuer Rechte stetig erweitert und damit ursprüngliche Limitierungen immer wieder überwunden, um ihrem universalistischen Gehalt zunehmend gerecht zu werden.

Für die drei hier zugrundeliegenden Anliegen der sauberen Umwelt, der Wahrheit des Diskurses sowie fairer Arbeitsbedingungen stellen sich dann selbstredend eine Vielzahl weiterer wichtiger Fragen, die hier nicht im Einzelnen erörtert werden können. Gerade beim Recht auf faire Arbeitsbedingungen ist – jenseits aller praktischen Fragen – besonders tragisch, dass es gerade die von besonderer Ausbeutung Betroffenen nicht selbst ermächtigt. Damit geht ein zentraler Vorzug der Rechtsform verloren. Denn wiewohl ihr Postulat der rechtlichen Gleichheit aller Menschen die bestehenden Ungleichheiten und Ausbeutungsverhältnisse verschleiert, so ermöglicht sie es Subalternen doch, auf dem Feld des Rechts mit ungleich mächtigeren Akteur*innen wenigstens näherungsweise eine Art Waffengleichheit herzustellen.⁴⁷ Diese Waffengleichheit, die auch die Möglichkeit enthält, selbst für seinen eigenen Interessen zu sprechen und über diese damit eine Deutungshoheit zu erlangen, stellt sich zudem nicht schon durch die Verleihung eines Rechts her, sondern sie ist auf enorme materielle wie intellektuelle Ressourcen für ihren Einsatz

43 *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994) 159 ff.

44 *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage (1960/2017) 253. Zu Grundrechten ergänzend ebd 265 ff.

45 *Kaleck*, Die konkrete Utopie der Menschenrechte. Ein Blick zurück in die Zukunft (2021) 14.

46 *Kaleck*, Die konkrete Utopie der Menschenrechte 22; *Gouges*, Die Rechte der Frau und Bürgerin, in *Menke/Raimondi*, Die Revolution der Menschenrechte (2011) 54; zur Dekolonisierung *Hoffmann/Assy*, (De)colonizing Human Rights, in *Bernstorff/Dann*, The Battle for International Law (2019) 198; *Bernstorff/Dann*, The Battle for International Law, in *Bernstorff/Dann*, The Battle for International Law (2019) 1 (17 ff).

47 *Fischer-Lescano/Möller*, Der Kampf um globale soziale Rechte. Zart wäre das Größte (2012).

angewiesen, die praktisch nur in exemplarischen Fällen durch spezialisierte Nichtregierungsorganisationen aufgebracht werden können.⁴⁸

Nichtsdestotrotz lässt sich zeigen, dass die Verleihung von Rechten ausschließlich für Individualrechtsgüter keinesfalls aus der Natur der Sache folgt. Vielmehr wird der Blick von der Frage nach dem Wesen subjektiver Rechte auf die Frage gelenkt, in welchen Fällen dies *rechtspolitisch* sinnvoll ist. Rechte lassen sich durchaus vorrangig als prozessuales Mittel zur Durchsetzung allgemeiner politischer Ziele betrachten, wie es eine saubere Umwelt, ein wahrheitsverhafteter politischer Diskurs und eine menschenrechtsgerechtes Arbeitsumfeld darstellen.⁴⁹ Ob die Verleihung subjektiver Rechte in diesen Fällen rechtspolitisch auch klug ist, ist damit noch nicht gesagt, aber die rechtspolitische Perspektive ist immerhin eröffnet.

Max Mayer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Forschungsprojekt „Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als de/sakralisierter Text“ der DFG-Forschungsgruppe „De/Sakralisierung von Texten“ an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen; max-henry.mayer@uni-tuebingen.de

48 Saage-Maaß/Terwindt, Recht im Kontext imperialer Lebensweise, in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts³ (2020) 341 (353 ff); *Kaleck*, Die konkrete Utopie der Menschenrechte 120 f.

49 *Gutmann*, Hybride Rechtssubjektivität¹ 177 ff argumentiert in ähnlicher Weise für eine Abstraktion des Begriffs der Rechtssubjektivität.

Thema: Abtreibung im politischen System

Reproduktive Rechte als Gradmesser politischer Umbrüche

Vorwort der Gastherausgeberinnen

Angelika Adensamer / Maria Sagmeister / Laura Widerhofer

Das Recht auf Abtreibung ist Ausdruck der reproduktiven Autonomie. Es ist nicht nur von immenser Bedeutung für individuelle Betroffene, sondern der Umgang damit steht auch paradigmatisch für das Geschlechterverhältnis einer Gesellschaft. Demokratisch bedeutsam wird die Frage nach der Gewährung bzw. Einschränkung reproduktiver Rechte dann, wenn individuelle Autonomie in Form von Entscheidungsfreiheit als in einer Gesellschaft nicht schützenswert erachtet wird. Ohne reproduktive Autonomie gibt es keine Selbstbestimmung über die eigene Fortpflanzung, den eigenen Körper und die eigene Sexualität. Ihrer Verwirklichung dienen insbesondere Rechte, welche die Entscheidung für oder gegen eine Schwangerschaft absichern. Dass ihr Schutz nicht selbstverständlich, sondern umstritten und brüchig ist, zeigt sich aktuell in den USA. Die Entscheidung *Roe v Wade* des US Supreme Courts, die seit den 1970ern den Zugang zu Abtreibungen garantiert hatte, wurde im Juni 2022 durch *Dobbs v Jackson Women's Health Organization* widerrufen. Der vorliegende Schwerpunkt setzt sich aus Anlass des ersten Jahrestages dieser Entscheidung intensiv mit dem Recht auf Abtreibung in seiner gesellschaftlichen, rechtlichen und rechtspolitischen Bedeutung auseinander. Denn der Umgang mit reproduktiver Autonomie kann als Seismograf gesellschaftlicher Entwicklungen gelten sowie die Bruchlinien eines Wandels politischer Kultur markieren und bedarf daher einer Bestandsaufnahme.

Die Regulierung von Sexualität und Reproduktion steht wiederholt im Zentrum politischer wie rechtlicher Auseinandersetzung. Auch (Höchst-)Gerichte werden dabei zum Austragungsort von Definitionskämpfen über gesellschaftliche Werte. Entsprechend wird das vorliegende Thema mit einem Beitrag eröffnet, der die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Recht auf Schwangerschaftsabbruch rechtsvergleichend in den Blick nimmt. In ihrem Beitrag zeichnet *Irene Kristler* die Entwicklung des Abtreibungsrechts in Österreich, Frankreich, Deutschland und den USA im Spiegel höchstgerichtlicher Rechtsprechung nach. Sie untersucht dabei das Selbstverständnis der Verfassungsgerichte als Akteure im Zentrum politischen Ringens und ihr

Verhältnis zur legislativen Gewalt. Es wird dabei deutlich, wie durch das strategische Herantragen von Anlassfällen bzw die Vorlage zur Normenkontrolle Verfassungsgerichte zu Entscheidungsträgern der (Ent-)Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen werden.

Auch *Emanuel Lerch* greift das in *Dobbs v Jackson Women's Health Organization* vorgebrachte Argument auf, dass es sich bei der Entscheidung für oder gegen ein (Grund-) Recht auf Schwangerschaftsabbruch um eine demokratische, dh dem Gesetzgeber zustehende Kompetenz handle. Er nimmt dies zum Anlass, um einen Blick auf die in *Roe v Wade* noch festgestellte grundrechtliche Ableitung des Abtreibungsrechts aus dem Recht auf Privatheit zu richten, indem er dessen Grundlagen beleuchtet. Er präsentiert in seinem Beitrag einen Verständnisswandel des Rechts auf Privatheit: Ursprünglich konstruiert als ein Recht der Individuen gegenüber dem Staat „to be let alone“ wird es später als Bedingung zur Ausbildung menschlicher, und schließlich reproduktiver Autonomie – ein Verständnis, das der US Supreme Court zuletzt wieder verworfen hat.

Hier lohnt es, zu fragen, inwieweit subjektiven Rechten in diesem Bereich nicht nur ein individueller, sondern darüber hinaus auch ein politischer Wert zukommt. Zugleich hat die Selbstbestimmung über Körper und Sexualität großes emanzipatorisches Potential. Auch Österreich, wo Abtreibung trotz der sogenannten „Fristenlösung“ grundsätzlich immer noch kriminalisiert ist, ist Schauplatz von Kämpfen um das Recht auf und den Zugang zu Abtreibung. *Anna Maria Lampert* beschreibt die Arbeit der NGO *Changes for Women*, die Schwangere beim Zugang zu Abtreibungen in Österreich unterstützt. Die Erfahrungen der Personen, die auf diese Hilfe angewiesen sind, zeigt, dass ein Recht immer auch ein Gegenstück in Finanzierung und tatsächlichem Zugang braucht, um reale Wirkung zu zeigen.

Johanna Schlintl stellt die österreichische Rechtslage im Überblick dar und zeigt, dass hierzulande durch die Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen die internationalen Standards für reproduktive Rechte nicht erreicht werden.

Die abschließenden beiden Beiträge blicken über das Recht hinaus und widmen sich aus gesellschaftstheoretischer Perspektive der Bedeutung reproduktiver Rechte und insbesondere der Frage, warum diese immer und immer wieder Gegenstand von Angriffen sind. Dabei wird beleuchtet, welche Akteur*innen, mit welchen Interessen, hinter der Regulierung von Sexualität stehen. *Birgit Sauer* und *Stefanie Mayer* zeigen anhand der österreichischen #FAIRÄNDERN-Petition und des europäischen Netzwerks *Agenda Europa*, wie die Agitation gegen Abtreibung christlich-fundamentalistische und säkular rechtsextreme Akteur*innen, in ihrem Kampf um politische Hegemonie verbindet.

Als tiefer Eingriff in das Privatleben und Selbstbestimmungsrecht sowie als bevölkerungspolitisches Mittel ist die Beschränkung reproduktiver Rechte ein Gradmesser für autoritäre Tendenzen. Abtreibungsregelungen können auf die Zurichtung eines „Volkskörpers“ gerichtet sein, bestimmte soziale Gruppen zur Reproduktion zwingen – und andere davon abhalten. Zudem stehen hinter der Regulierung von Sexualität auch ökonomische

Interessen; Abstammung und Erbfolge bestimmen die Weitergabe von Vermögen, und der sozio-ökonomische Status einzelner Menschen den Zugang zu Verhütung, Abtreibung oder auch Familiengründung. *Astrid Bergmann* und *Ines Höckner* bringen vor diesem Hintergrund den Begriff der sozialen Reproduktion in die Debatte ein, mit dem sie aus einer intersektionalen Perspektive der Feministischen Politischen Ökonomie auf Reproduktion blicken, und diese nicht nur als biologischen, sondern als dezidiert gesellschaftlichen Prozess verstehen.

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Vienna Centre for Societal Security (VICESSE) und Redaktionsmitglied des *juridikum*; a.adensamer@posteo.net

Dr.ⁱⁿ MMag.^a Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin (Post Doc) bei der Forschungsplattform Gender: Ambivalent In_Visibilities (GAIN) an der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

Mag.^a Laura Widerhofer ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; laura.widerhofer@univie.ac.at

Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch

Eine Analyse im Rechtsvergleich

Irene Kristler

1. Einleitung

Mit der *Dobbs*-Entscheidung¹ 2022 hat der US-Supreme Court das Grundsatzurteil *Roe v Wade*² aufgehoben, welches die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechts auf Abtreibung³ ausgesprochen hatte. Begründend führte die *majority opinion* an, das Recht auf Abtreibung könne nicht direkt aus der Verfassung abgeleitet werden und dürfe somit als politische Frage nicht vom Gericht, sondern ausschließlich von der Gesetzgebung entschieden werden. Damit wirft *Dobbs* ein Licht auf das teils problematische Verhältnis von Verfassungsgerichten als Teil der judikativen gegenüber der legislativen Gewalt und bietet Gelegenheit, dieses Verhältnis am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs genauer zu untersuchen. Zu diesem Zweck wird die Rolle von Verfassungsgerichten in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch in Österreich, Frankreich, Deutschland und den USA zurückverfolgt. Das Verhalten der Gerichte wird sodann anhand der Begriffe „*judicial activism*“ und „*judicial self-restraint*“ beschrieben. Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit die *Dobbs* Entscheidung in diese Kategorisierung einzuordnen ist.

2. Österreich

Im Zuge der StGB-Novelle 1974⁴ sollte § 144 StG, der den Schwangerschaftsabbruch außer im Fall eines medizinischen Notfalls für strafbar erklärte, grundlegend reformiert werden.⁵ Die vorgeschlagene Gesetzesänderung sollte eine sog. „Fristenlösung“ einfüh-

1 *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022)

2 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

3 Wenn in der Folge vom Recht „der Frau“ die Rede ist, soll dies alle Personen, die schwanger werden können, einschließen.

4 StGB Strafgesetzbuch (StGB) BGBl 1974/60.

5 *Schmoller in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992) Vorbem §§ 96 bis 98 StGB Rz 6 mwN; ausführlich zur Rechtslage vor der Reform *Jerouschek*, Lebensschutz und Lebensbeginn. Kulturgeschichte des Abtreibungsverbots (1988) 12.

ren; dh die Zulässigkeit des freiwilligen Schwangerschaftsabbruchs innerhalb einer bestimmten Frist in der Frühphase der Schwangerschaft. Nach den neuen §§ 96-98 StGB ist der Schwangerschaftsabbruch zwar grundsätzlich weiterhin strafbar. Wird er aber in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten nach vorheriger ärztlicher Beratung durchgeführt, normiert § 97 StGB einen – dogmatisch nicht klar zuordenbaren⁶ – Strafaufhebungsgrund. Darüber hinaus ist eine Abtreibung auch ungeachtet der Dreimonatsfrist zulässig, sofern eine medizinische, oder embryopathische Indikation vorliegt oder die Schwangere zum Zeitpunkt der Befruchtung unmündig war (*Indikationenmodell*).⁷ Die ersten Arbeiten am Reformentwurf begannen bereits 1962, waren aber aufgrund der divergierenden Positionen im Nationalrat nicht erfolgreich. Erst als die Sozialdemokratische Partei (SPÖ) 1970 die parlamentarische Mehrheit erlangte und somit nicht mehr auf die Zustimmung anderer Parteien angewiesen war, konnte die Fristenlösung allein mit den Stimmen der SPÖ angenommen werden.⁸ Der Bundesrat erhob dagegen Einspruch, welcher jedoch mit Beharrungsbeschluss des Nationalrats überwunden wurde.⁹ Kurz vor dem Inkrafttreten der Reform leitete die Salzburger Landesregierung ein abstraktes Normenkontrollverfahren vor dem VfGH ein. Darin behauptete sie einen Verstoß gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Leben des ungeborenen Kindes (Art 2 EMRK, Art 63 Abs 1 StV St. Germain), sowie eine unsachliche Ungleichbehandlung (Art 7 B-VG) des Fötus je nach Gestationsalter (Alter des ungeborenen Kindes ab dem mutmaßlichen Tag der Befruchtung).

2.1. Das „Fristenlösungserkenntnis“ 1974

Der VfGH stellte zunächst fest, dass die „nicht auf völkerrechtlichem Vertrag gegründeten“ Grundrechte ihrem historischen Verständnis nach keine Schutzpflicht des Staates bedingen und beendete die Prüfung somit schon vor der Thematisierung der Grundrechtsfähigkeit des Embryos.¹⁰ In Bezug auf Art 2 EMRK, der explizit postuliert, dass das Recht jedes Menschen auf Leben gesetzlich *geschützt* wird, kam der VfGH zum Ergebnis, auch der EMRK könne kein Recht auf Leben des Nasciturus¹¹ entnommen wer-

6 Zum Meinungsstand siehe *Eder-Rieder in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 97 Rz 1; näher zur Rechtslage und dem Zugang zu Abtreibung in der Praxis in Österreich siehe in diesem Heft *Schlintl*, „Eine Frist, keine Lösung“, *juridikum* 2023, 235.

7 § 97 Abs 1 Z 2 und 3 StGB.

8 Das Ergebnis war 93:88, siehe stenographisches Protokoll der 84. Sitzung des NR, XIII GP, 27, 28 und 29.11.1973; siehe auch *Lehner*, Schwangerschaftsabbruch in Österreich, in *Enigl/Perthold*, *Der weibliche Körper als Schlachtfeld* (1993) 103 (113).

9 Stenographisches Protokoll der 98. Sitzung des Nationalrats, XIII GP, 23.2.1974.

10 VfSlg 7400/1974, 224 (*Fristenlösungserkenntnis*). Inzwischen meint auch der VfGH in stRsp, dass die Grundrechte neben ihrem abwehrrechtlichen Gehalt auch Gewährleistungspflichten beinhalten; vgl *Berka in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht (2022) Vorbem StGG, Rz 29 ff; auch *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 73.

11 Folgend wird das Kind im Mutterleib mit den möglichst neutralen Begriffen Nasciturus, Embryo und Fötus benannt, um suggestivere Diktionen wie das „ungeborene Kind“ zu vermeiden.

den.¹² Denn Abs 2 leg cit enthält bestimmte Ausnahmen, wonach die Tötung eines Menschen zulässig ist. Da sich diese Ausnahmen nur auf geborene Menschen beziehen, müsse man davon ausgehen, dass Art 2 EMRK den Embryo nicht erfassen wollte. Schließlich wurde in der Fristenregelung auch keine den Gleichheitsgrundsatz verletzende Unsachlichkeit erkannt.¹³

2.2. Ergebnis

Damit bestätigte der VfGH die Verfassungskonformität der Reform. Indessen sprach er dem Nasciturus kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Leben zu. Bemerkenswert ist auch, dass die Rechte der abtreibungswilligen Person keinerlei Erwähnung im Urteil finden. Ob das Recht auf Schwangerschaftsabbruch somit in Österreich von der Selbstbestimmungsfreiheit (naheliegender Art 8 EMRK) erfasst ist, wurde offengelassen.¹⁴ Die §§ 96-98 StGB konnten damit in Kraft treten und gelten im Wesentlichen bis heute.¹⁵

3. Frankreich

Aufgrund des Art 317 Code Pénal,¹⁶ der seinen Ursprung im Jahr 1920 hat, war der Schwangerschaftsabbruch in Frankreich bis ins Jahr 1975 verboten. Gerichte spielten im Prozess der Entkriminalisierung von Abtreibung auf zwei Ebenen eine Schlüsselfunktion. Zunächst war ein Verfahren vor einem ordentlichen Strafgericht wesentlich für die Erwirkung einer Reform. Sodann überprüfte der französische *Conseil constitutionnel* (CC) dessen Verfassungskonformität.

3.1. Der Bobigny-Prozess 1972

Im Bobigny-Prozess 1972 wurde die 16-jährige *Marie-Claire Chevalier* aufgrund des illegalen Abbruchs einer aus einer Vergewaltigung resultierten Schwangerschaft angeklagt.¹⁷ Ihre Strafverteidigerin *Gisèle Halimi*¹⁸ sorgte dafür, dass dieser Prozess enorme Medienaufmerksamkeit erhalten und dadurch zum politischen Wandel beitragen würde.

12 VfSlg 7400/1974, 229.

13 VfSlg 7400/1974, 235.

14 Inzwischen hat der EGMR festgestellt, Art 8 EMRK könne „nicht dahingehend interpretiert werden, ein Recht auf Abtreibung einzuräumen“. Siehe EGMR 12.6.1977, 6959/75, *Brüggenmann und Scheuten/Germany*, 116-17 Rz 61 und EGMR 16.12.2010 (GK), 25579/05, *A, B und C/Irland*, Rz 213 ff.

15 Mit BGBl I 2015/112 wurde lediglich die Strafdrohung verändert.

16 Im Jahr 1994 ersatzlos gestrichen.

17 Vgl *Cornille/Madern/Playe/Shali*, Le Procès de Bobigny, enquête de 2016–2017, <https://www.fld-lille.fr/wp-content/uploads/2017/11/Droit-en-action-le-proc%C3%A8s-bobigny.pdf> (1.5.2023).

18 Die auch mitverantwortlich für die Veröffentlichung des Manifests der 343 war, ein von 343 prominenten Frauen unterzeichnetes Bekenntnis, eine illegale Abtreibung vorgenommen zu haben.

Chevalier wurde, trotz eines recht klar unter Art 317 Code Pénal subsumierbaren festgestellten Sachverhaltes, freigesprochen.¹⁹ Die Tatsache, dass dieses Urteil quasi entgegen des Wortlautes des Gesetzes von 1920 erging, blieb vom Gesetzgeber nicht unbemerkt, der ohnehin bereits unter öffentlichem Druck stand, das Abtreibungsverbot zu lockern. Dies führte schließlich zur Verabschiedung des Veil-Gesetzes 1975 (*Loi Veil*)²⁰, vorbereitet durch die damalige Gesundheitsministerin *Simone Veil*, welches den Schwangerschaftsabbruch weitgehend entkriminalisierte. Das Gesetz idF 1975 erlaubte einen freiwilligen Schwangerschaftsabbruch, sofern er innerhalb der ersten zehn Wochen von einem Arzt oder einer Ärztin vorgenommen wurde (*Fristenlösung*). Außerdem musste die Schwangerschaft einen Zustand der Notlage (*détresse*) für die Frau zur Folge haben (Art L. 162-1 Code de la Santé Publique idF 1975).²¹ Obwohl die Schwangere zusätzliche Zwischenschritte durchlaufen musste (bspw zwei ärztliche Beratungen, Bedenkzeit von einer Woche, eine psychosoziale Beratung gem Art L. 162-3 bis 11 leg cit), oblag die Feststellung dieser „Notlage“ einzig der Frau. Das Regime wurde durch eine zeitlich unbegrenzte medizinische und embryopathische Indikation ergänzt (Art L. 162-12 bis 13 leg cit).

Die überstimmten Mitglieder der französischen *Assemblée Nationale*, die gegen die *Loi Veil* gestimmt hatten, stellten vor dessen Inkrafttreten einen Antrag auf abstrakte (fakultative) Normenkontrolle vor dem CC.²² Im Wesentlichen berief man sich auf eine Inkompatibilität mit der Präambel der französischen Verfassung vom 27. Oktober 1946, die den Schutz der Gesundheit des Kindes durch den Staat gewährleistet, sowie Art 2 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789, der von den natürlichen und unveräußerlichen Menschenrechten spricht.

3.2. Entscheidungen des CC

In der Entscheidung vom 15. Januar 1975²³ stellte der CC die Verfassungskonformität des *Veil*-Gesetzes fest.²⁴ Außerdem sah er keinen Verstoß gegen ein allfälliges verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht des Nasciturus.²⁵ 2001 stellte der CC auch die Verfassungskonformität einer Gesetzesänderung, die die Frist von 10 auf 12 Wochen verlän-

19 Das Gericht war nämlich der Ansicht, dass sie die ihr vorgeworfene Handlung weder absichtlich noch freiwillig vorgenommen hatte, weil sie unter „moralischen, sozialen und familiären Zwängen gelitten hatte, denen sie nicht widerstehen konnte“, vgl *Cornille/Madern/Playe/Shali*, Le Procès de Bobigny, enquête de 2016-2017, 8.

20 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

21 Journal officiel de la République française. Lois et décrets n° 0015 du 18/01/1975, 739.

22 Im frz Gesetzgebungsprozess ist die abstrakte Normenkontrolle bei Verfassungsergänzungsgesetzen und den Geschäftsordnungen der Parlamentskammern zwingend vorgesehen (Art 61 der frz Verfassung). In diesem Fall handelte es sich um eine fakultative, abstrakte Normenkontrolle, welche erst mit der Verfassungsänderung 1974 durch Abgeordnete des Parlaments initiiert werden konnte.

23 CC 15.01.1975, Nr 74-54 DC.

24 CC 15.01.1975, Nr 74-54 DC, Rz 7 (Deutsche Übersetzung vom Verfassungsrat).

25 CC 15.01.1975, Nr 74-54 DC, Rz 9.

gerte, fest.²⁶ In weiterer Folge hielt der CC auch die Streichung des „Notlage“ Erfordernisses im Jahr 2014 für verfassungskonform.²⁷ 2016 bestätigte er die Verfassungskonformität der Abschaffung der einwöchigen Überlegungsfrist,²⁸ 2017 die der Ausweitung des Straftatbestands der Behinderung des freiwilligen Schwangerschaftsabbruchs,²⁹ welcher Angriffe von SchwangerschaftsabbruchsgegnerInnen gegen Gesundheitseinrichtungen verhindern sollte.³⁰ Wieder stellte er fest, dass der Gesetzgeber durch die Ausweitung des Strafbestands bezwecken wollte, „die Freiheit der Frau zu gewährleisten, die sich aus Art 2 der Erklärung von 1789 ergibt“.³¹

3.3. Ergebnis

Der CC hat sich damit, wie auch der VfGH, gegen die Anerkennung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Leben des Nasciturus entschieden und die Verfassungskonformität der gegenständlichen Gesetze in allen Fällen bestätigt. Im Gegensatz zum VfGH wies er wiederholt daraufhin, dass die Freiheit, eine Abtreibung frei vornehmen zu können, ein Grundrecht sei.

4. Deutschland

Auch in Deutschland konnte der Gesetzgeber 1974 eine Änderung des § 218 dStGB beschließen. Diese Bestimmung hatte ihren Ursprung im Reichsstrafgesetzbuch 1871 und stellte den Schwangerschaftsabbruch ausnahmslos unter Strafe.³² Eine knappe Mehrheit³³ einigte sich, nach langen Debatten im Bundestag, auf die Einführung einer 12-wöchigen Fristenlösung (§ 218a 5. StrRG),³⁴ ergänzt durch eine medizinische und embryopathische Indikation (§ 218b 5. StrRG). Dagegen erhob der Bundesrat Einspruch, der jedoch vom Bundestag zurückgewiesen wurde.³⁵ Vor dem Inkrafttreten der Fristenlösung leite-

26 CC 27.06.2001, Nr 2001-446 DC.

27 Die Wortfolge „die sich aufgrund ihres Zustands in einer Notlage befindet“ wurde durch die Wörter „die eine Schwangerschaft nicht fortsetzen will“ ersetzt; siehe Art 24 Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

28 CC 21.1.2016, Nr 2015-727 DC Rz 43. Bezüglich Art 82 der Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. „Der Gesetzgeber hat [...] nicht das Gleichgewicht gestört, das die Einhaltung der Verfassung zwischen dem Schutz der Würde der menschlichen Person gegen jede Form der Erniedrigung einerseits und der Freiheit der Frau, die sich aus Artikel 2 der Erklärung von 1789 ergibt, andererseits erfordert“ (Übersetzung durch die Autorin).

29 Art L. 2223-2 11 Code de la Santé Publique.

30 CC 16.3.2017, Nr 2017-747 DC.

31 CC 16.3.2017, Nr 2017-747 DC, Rz 10.

32 Ausführlich zur Geschichte des § 218 siehe *Gropp/Wörner* in *MüKoStGB*⁴ (2021), Vorbem zu § 218 Rz 1; *Eser/Weißer* in *Schönke/Schröder StGB*³⁰ Vorbem zu §§ 218 bis 219b.

33 In der dritten Beratung stimmten von 489 voll stimmberechtigten Abgeordneten 247 mit Ja, 233 mit Nein, 9 enthielten sich der Stimme; siehe Deutscher Bundestag, 7. Wp, 96. Sitzung, StenBer S 6503.

34 5. StrRG, dBGBI 18.6.1974, I S 1297.

35 Deutscher Bundestag, 7. Wp, 104. Sitzung, StenBer S 6947.

ten Mitglieder des Bundestages sowie fünf Landesregierungen einen Antrag auf Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ein. Dabei stützten sie sich *va* auf Art 2 Abs 2 iVm Art 1 Abs 1 GG, welche das Recht auf Leben und den Grundsatz der Menschenwürde des ungeborenen Lebens schützen sollen.

4.1. Schwangerschaftsabbruch I 1975

Im ersten Schwangerschaftsabbruchsurteil³⁶ erklärte das BVerfG die Fristenlösung für mit der Verfassung unvereinbar und nichtig. Das Grundgesetz schütze das „sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbstständiges Rechtsgut“.³⁷ Damit komme auch dem Nasciturus das Recht auf Achtung der Menschenwürde zu. Zwar konzidierte das Gericht, dass die Freiheit, eine Schwangerschaft abbrechen, als Ausfluss des Grundrechts auf Selbstbestimmung ebenso Niederschlag in der Verfassung fände. In Abwägung gegen den Lebensschutz des Nasciturus, müsse dieses jedoch zurücktreten.³⁸ Darüber hinaus stelle das Recht auf Leben des Ungeborenen nicht nur ein Abwehrrecht gegen unmittelbare staatliche Eingriffe dar, sondern auch eine Verpflichtung des Staates, dieses Leben zu schützen.³⁹ Da der „Schwangerschaftsabbruch [...] eine Tötungshandlung“ (sic!) sei,⁴⁰ müsse der Staat die Tat strafrechtlich ahnden, um seiner Schutzpflicht zu genügen.⁴¹ Mit dem 15. StrRG⁴² setzte der Gesetzgeber die Vorgaben des BVerfG um und normierte bloß eine Straffreiheit aufgrund medizinischer, embryopathischer, kriminologischer oder sozialer Indikation. Dementsprechend fand die Fristenlösung vorerst keinen Eingang in die deutsche Rechtsordnung.

4.2. Schwangerschaftsabbruch II 1993

Die Wiedervereinigung bot einen erneuten Reformanstoß der §§ 218 ff dStGB. Da in der DDR seit 1972 eine allgemeine Fristenlösung für die ersten 12 Wochen der Schwangerschaft galt,⁴³ herrschte vorläufig eine Strafbarkeitsdivergenz zwischen beiden Teilen Deutschlands.⁴⁴ Aufgrund der Verpflichtung im Einigungsvertrag,⁴⁵ eine einheitliche Re-

36 BVerfGE 39 *Schwangerschaftsabbruch I* 29.2.1975; krit *Sacksofsky*, Das Patriarchat lässt grüßen – die Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ZöR 2022, 747.

37 BVerfGE 39, 108.

38 BVerfGE 39, 126.

39 BVerfGE 39, 124 ff.

40 BVerfGE 39, 133.

41 BVerfGE 39, 135.

42 dBGBI 21.5.1976, I S1213.

43 § 1 Abs 2 Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft vom 9. März 1972 dGBI I S 89. In der Präambel hieß es: „Die Gleichberechtigung der Frau in Ausbildung und Beruf; Ehe und Familie erfordert, daß die Frau über die Schwangerschaft und deren Austragung selbst entscheiden kann.“

44 Weiterführend siehe *Merkel*, Die Diskussion um das Abtreibungsrecht als Beispiel für den Wandel der politischen Prioritäten im geeinten Deutschland, transit 1992, 143.

45 Art 31 Abs 4 Einigungsvertrag vom 31. August 1990 dBGBI II S 889.

gelung zu finden, beschloss der Bundestag 1992 eine Neuregelung, diesmal mit breiter Mehrheit.⁴⁶ Die Reform behielt die grundsätzliche Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zwar bei, führte aber einen Rechtfertigungsgrund innerhalb der ersten 12 Wochen nach vorangehender ärztlicher Beratung ein (*Fristenlösung nach „Beratungskonzept“*). Zudem sollten die Kosten für nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbrüche von den Krankenkassen übernommen werden. Der Bundesrat stimmte dem Gesetzesbeschluss zu.⁴⁷ Die Bayerische Staatsregierung und 249 Mitglieder des Deutschen Bundestages beantragten daraufhin eine Normenkontrolle durch das BVerfG.

Das Gericht hielt die Reform auch 1993 für verfassungswidrig. Im Unterschied zur ersten Entscheidung, beanstandete es nicht die Beratungs- und Fristenregelung als solche.⁴⁸ Das Problem lag vielmehr in dessen Ausgestaltung als Rechtfertigungsgrund. „Beratene“ Schwangerschaftsabbrüche innerhalb der 12-Wochen-Frist sollen lediglich straffrei, nicht aber gerechtfertigt und damit erlaubt sein.⁴⁹ Zwar sei der Schwangerschaftsabbruch von der Grundrechtssphäre der Frau erfasst (angeführt werden die Menschenwürde [Art 1 Abs 1 GG], das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit [Art 2 Abs 2 GG] sowie das Persönlichkeitsrecht [Art 2 Abs 1 GG]), diese Grundrechte tragen jedoch nicht so weit, „daß die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes – auch nur für eine bestimmte Zeit – generell aufgehoben wäre.“⁵⁰ Um seiner Schutzpflicht nachzukommen, müsse der Staat Abtreibungen somit grundsätzlich für rechtswidrig erklären.⁵¹ Damit bewirkte die Entscheidung auch den Ausschluss der Kostenerstattung durch die Krankenkassen. In Umsetzung der Vorgaben des Urteils schuf der deutsche Gesetzgeber 1995⁵² die heute noch geltenden §§ 218 ff dStGB, wonach der Schwangerschaftsabbruch weiterhin rechtswidrig ist.

4.3. Ergebnis

Dem BVerfG zufolge kommt dem Embryo das Grundrecht auf Leben, sowie das Recht auf Achtung der Menschenwürde zu. Auch die Abtreibungsentscheidung der Frau wird von der Verfassung geschützt. Allerdings bedingt die Anerkennung beider Positionen als Grundrechte auch eine Interessensabwägung, die als Grundrechtskollision Gegenstand der Überprüfung durch das BVerfG ist. Damit entzieht das Gericht einen wesentlichen Teil der Abtreibungsproblematik dem politischen Diskurs und etabliert ein weites Ermessen, die Akte des Gesetzgebers substanziell zu überprüfen.

46 Schwangeren- und FamilienhilfeG (SFHG) 27.7.1992 dBGBl I 1398. Der Entwurf wurde von 657 Abgeordneten 357 mit Ja und 284 mit Nein und 16 Enthaltungen angenommen; Deutscher Bundestag, 12. WP, 99. Sitzung vom 25. Juni 1992, StenBer. S. 8377.

47 Deutscher Bundesrat, 645. Sitzung vom 10. Juli 1992, StenBer S 375.

48 BVerfGE 88 *Schwangerschaftsabbruch II* 28.5.1993, 203, 189.

49 BVerfGE 88, Tenor Nr I.1).

50 BVerfGE 88, Tenor Nr I 7).

51 BVerfGE 88, Tenor Nr I.3).

52 Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21.8.1995 dBGBl I S 1050.

5. USA

Im Unterschied zu den bisher behandelten Rechtsordnungen ist das Strafrecht in den USA grundsätzlich keine Bundesgesetzgebungsmaterie, sondern Kompetenz der Einzelstaaten.⁵³ Vor der Entscheidung des US-Supreme Courts in *Roe v Wade* war Abtreibung in den meisten Staaten verboten.⁵⁴ Viele dieser Gesetze wurden im 19. Jahrhundert erlassen, so auch die Art 1191-1194 des Texas Penal Code (idStF 1854), welche Entscheidungsgegenstand in *Roe v Wade* waren.⁵⁵ Ab 1960 wurden die Forderungen für die Abschaffung dieser Abtreibungsverbote auch in den USA lauter.⁵⁶ Die Liberalisierung von Abtreibungsgesetzen erfolgte zwar vereinzelt (in Hawaii, Alaska, New York und Washington), kam aber in weiterer Folge zum Stillstand.⁵⁷ Aufgrund dieser bescheidenen Fortschritte auf Ebene der Gesetzgebung, verließen AktivistInnen die legislative Arena und brachten ihre Ansprüche zunehmend vor Gericht ein.⁵⁸ So sollte der Fall *Roe v Wade* ermöglichen, das Recht auf freiwilligen Schwangerschaftsabbruch durch den Supreme Court in der Verfassung zu verankern. Die Beschwerdeführerin, eine abtreibungswillige Frau unter dem Pseudonym „Jane Roe“,⁵⁹ klagte den zuständigen Bezirksstaatsanwalt *Henry Wade* und begehrte die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des texanischen Abtreibungsverbotes.⁶⁰ Dabei berief sie sich auf ihr Recht auf persönliche Freiheit gemäß der *Due Process Clause* des 14. Verfassungszusatzes bzw dem daraus entspringenden Recht auf Privatsphäre.⁶¹

5.1. Roe v Wade 1973

Der Supreme Court erklärte die Strafbestimmungen für verfassungswidrig, da sie das Recht auf persönliche Freiheit der Frau verletzen.⁶² Das implizit aus der Verfassung abgeleitete Recht auf Privatsphäre sei weit genug, auch die freie Abtreibungsentscheidung zu erfassen.⁶³ Da dieses Grundrecht jedoch nicht absolut sei, dürfe der Staat den Zugang

53 Art 1 Abs 8 US-Verfassung, der die Bundeskompetenzen aufzählt, enthält das Strafrecht nicht. Wobei die Rsp zur *necessary and proper*-, und der *commerce clause* Flexibilität erlaubt.

54 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 118 mwN.

55 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 119.

56 *Ziegler*, *Abortion in America. A legal history from Roe to the present* (2020) 14, 17, 19. Vgl auch *Siegel*, *The Constitutionalization of Abortion*, in *Cook/Erdman/Dickens*, *Abortion law in transnational perspective* (2014) 13 (17).

57 Als Gründe für diese legislative Blockade in den Einzelstaaten wurde die politische Macht der Kirche, sowie strategisches Handeln der republikanischen Partei, um katholische *Single-Issue*-Wähler von der Demokratischen Partei abzuwerben, ins Treffen geführt. Siehe *Greenhouse* (Hrsg), *Before Roe v Wade* (2012) 286 ff.

58 *Ziegler*, *Abortion in America* (2020) 19; *Siegel*, *The Constitutionalization of Abortion* (2014) 13; *Nijsten*, *Abortion and Constitutional law. A comparative European-American study* (1990) 232.

59 Der echte Name der Klägerin war Norma McCorvey. Mehr über die Person, die hinter der *Roe*-Bewegung und dem Fall steht, siehe *Prager*, *The Family Roe. An American Story* (2021).

60 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 119, 120.

61 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 129.

62 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 164.

63 “This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment’s reservation of

zum Schwangerschaftsabbruch einschränken, sofern er damit ein legitimes Interesse (*Compelling State Interest*) verfolgt.⁶⁴ Das Gericht nahm Abstand davon, die generelle Frage zu beantworten, wann das menschliche Leben beginnt.⁶⁵ Dem Nasciturus komme allerdings kein verfassungsgesetzlich geschütztes Lebensrecht zu, da der 14. Verfassungszusatz (dessen *Due Process Clause* auch ein Recht auf Leben enthält) ausschließlich geborene Personen erfasse.⁶⁶ Damit wägt der Supreme Court das Interesse des Staates, das Leben des Embryos und die Gesundheit der Mutter zu schützen, und das Interesse der Frau, eine Abtreibung vornehmen zu können gegeneinander ab.⁶⁷ Der aus dieser Interessenabwägung resultierende Trimester-Rahmen wurde 1992 durch die Entscheidung *Planned Parenthood v Casey*⁶⁸ mit dem sog *Undue Burden Test* ersetzt. Damit herrschte bis 2022 ein zweistufiges System, welches durch den Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit (sog *point of viability* idR ab der 23. bis 24. Schwangerschaftswoche) geteilt war. Vor der Lebensfähigkeit des Fötus außerhalb der Gebärmutter konnte ein Staat Maßnahmen setzen, die Frauen von einem Schwangerschaftsabbruch abhalten sollen, solange diese keine unzumutbare Belastung darstellten (dh *va* zwingende Beratungen usw). Allerdings durfte der Schwangerschaftsabbruch bis zum Ende des zweiten Trimesters nicht verboten werden. Nach *viability* hingegen, galten auch Verbote als verfassungskonform, da ein Eingriff in das Entscheidungsrecht der Frau in der Spätphase der Schwangerschaft jedenfalls gerechtfertigt war.⁶⁹

5.2. Ergebnis

Mit dem Urteil in *Roe v Wade* hat der Supreme Court das Recht auf Abtreibung unter den Schutz der Verfassung gestellt. Damit wurden auch alle Gesetze in den Staaten, die den Schwangerschaftsabbruch vor dem *point of viability* für strafbar erklärten, verfassungswidrig. Die Frage des Lebensrechts des Nasciturus ließ das Gericht zwar explizit offen. Da es aber das Interesse der Mutter, im Gegensatz zum BVerfG, nicht gegen das Interesse des Ungeborenen, sondern gegen die Interessen der Staaten dieses schützen zu wollen abwägt, ist davon auszugehen, dass der Fötus kein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht auf Leben genießt.

rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy." *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 152 f. Weiterführend zur Privatheit als Begriff in *Roe* und *Dobbs* siehe in diesem Heft *Lerch*, Privatheit – reproduktive Autonomie – Demokratische Gesellschaft, juridikum 2023, 222.

64 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 154.

65 "We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer." *Roe v Wade*, 410 U.S. (1973) 159.

66 *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 158.

67 Der Trimester-Rahmen in *Roe* war Resultat der Anwendung des „*Strict Scrutiny Tests*“, der striktesten Stufe der Normenkontrolle in der US-Amerikanischen Verfassungsordnung.

68 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

69 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) 878.

6. Ausblick: *Dobbs v Jackson Women's Health* 2022 und dessen Folgen

Während der Supreme Court 1973 noch ein Verfassungsrecht auf Abtreibung anerkannt hatte, stellte er mit der *Dobbs*-Entscheidung 2022 das Gegenteil fest. Durch eine traditionalistische, historische Auslegung kommt er zum Ergebnis, die Verfassung garantiere kein Recht auf Abtreibung. Ein Recht sei nämlich nur dann vom Freiheitsbegriff des 14. Verfassungszusatz erfasst, wenn es „tief in [unserer] Geschichte und Tradition verwurzelt“ ist.⁷⁰ Da es nicht die Aufgabe eines Gerichts sei, nach sozialen oder moralischen Überzeugungen zu entscheiden, sondern nur das positive Recht nach dem Willen des historischen Gesetzgebers anzuwenden, soll die Kompetenz den Schwangerschaftsabbruch frei zu regeln an die Staaten zurückgestellt werden.⁷¹ Seit der *Dobbs*-Entscheidung ist der Schwangerschaftsabbruch in 14 Staaten weitgehend verboten, wobei zu erwarten ist, dass weitere folgen werden.⁷²

Im französischen Parlament wurde im Oktober 2022, ua vor dem Hintergrund der *Dobbs*-Entscheidung, ein Vorschlag für die Verankerung des Abtreibungsrechts in der Verfassung eingebracht.⁷³ Am 1. Februar 2023 nahm der Senat den Gesetzesvorschlag mit 166 Ja-Stimmen, 152 Nein-Stimmen und 23 Enthaltungen in erster Lesung mit Änderungen an.⁷⁴ Der Text wird nun zur Genehmigung an die *Assemblée Nationale* zurückgeschickt. Sollte der Text in die Verfassung aufgenommen werden, wäre Frankreich das erste Land der Welt, das Abtreibung explizit zu einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht macht. Auch in Deutschland wurde das Thema Schwangerschaftsabbruch 2022 erneut aufgegriffen, indem der Deutsche Bundestag den § 219a dStGB (Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbruch) gestrichen hat.⁷⁵ Schließlich wurde aus Anlass der *Dobbs*-Entscheidung auch in den Medien hierzulande über die Verankerung des Rechts auf Abtreibung in der Verfassung diskutiert.⁷⁶

7. Diskussion: *Judicial activism, judicial self-restraint* und *judicial policy-making*

Der Argumentation des US Supreme Courts zufolge musste *Roe* ua *overruled* werden, weil das Gericht mit der Feststellung eines Grundrechts auf Abtreibung die Aufgabe des

70 “In deciding whether a right falls into either of these categories, the Court has long asked whether the right is ‘deeply rooted in [our] history and tradition’ and whether it is essential to our Nation’s ‘scheme of ordered liberty’” *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, 597 U.S. ____ (2022) 12 mwN.

71 *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, 597 U.S. ____ (2022) 35.

72 *Jilmenez*, 60 Days After Dobbs: State Legal Developments on Abortion, brennan-center.org v 24.8.2022 <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/60-days-after-dobbs-state-legal-developments-abortion>. (1.5.2023).

73 Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l’interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Siehe auch *APA*, Macron will Entscheidungsfreiheit bei Abtreibung in Verfassung aufnehmen, der Standard v 9.3.2023 (23.3.2023).

74 Siehe Presse Senat, Droit fondamental à l’interruption volontaire de grossesse, actualité législative http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/202301/droit_fondamental_a_linterruption_volontaire_de_grossesse.html (1.5.2023).

75 Deutscher Bundestag, 20. Wp, 45. Sitzung, PlenProt S 4609 ff.

76 *Aichinger/Bonavida*, Recht auf Abtreibung in die Verfassung? Die Presse v 28.6.2022 (20.3.2023); *Brickner/Hausbichler/Pflügl*, Fristenlösung und LGBTQI-Rechte: Furcht vor Rückschritten auch in Österreich, der Standard v 3.6.2022 (5.10.2022).

Gesetzgebers übernommen,⁷⁷ und damit „rohe richterliche Gewalt“ ausgeübt hätte.⁷⁸ Mit *Dobbs* schicke das Gericht die Frage „lediglich“ zurück in die politische Arena, wo sie durch das Volk und dessen gewählte VertreterInnen beantwortet werden soll. Justice *Kavanaugh* beschreibt die *Dobbs*-Entscheidung in seiner *concurring opinion* als einen Akt „richterlicher Neutralität“.⁷⁹ Das Gericht beruft sich damit implizit auf Konzepte, die mit den Topoi „*judicial activism*“ und „*judicial self-restraint*“ beschrieben werden können. Das wirft nun die Frage auf, ob diese Begriffe auch zur Beschreibung der hier dargestellten Entscheidungen geeignet sind, insb wo sich die *Dobbs*-Entscheidung in diesem Zusammenhang verorten lässt.

Die österreichische und die französischen Entscheidungen bestätigten kürzlich erlassene Reformen. Der VfGH hielt sich mit *obiter dicta* zurück und widmete seiner Begründung nur ca drei von 18 Seiten. Der CC, der ohnehin für seinen knappen Begründungsstil bekannt ist, nahm sogar explizit Abstand davon, die Entscheidungen des Parlaments „bei Betrachtung des gegenwärtigen Standes der wissenschaftlichen Kenntnisse und Verfahren“ in Frage zu stellen.⁸⁰ Allerdings verlieren die Urteile, trotz ihres *judicial self-restraint*, nicht an politischer Bedeutung. In beiden Fällen wurden die Verfahren vor den Gerichten durch politische Akteure eingeleitet, die gegen die Verabschiedung eines Gesetzes gestimmt hatten. Die Salzburger LReg, die bereits Einspruch gegen die Reform eingelegt hatte, leitete das Verfahren vor dem VfGH ein. In Frankreich wurde der CC von den Mitgliedern der *Assemblée Nationale* angerufen, die gegen die *Loi Veil* gestimmt hatten. Durch die Bestätigung der Verfassungskonformität der Gesetze wurde somit auch Einfluss auf die politische Debatte und den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses genommen. Zudem wurde in Frankreich ein Verfahren vor einem ordentlichen Strafgericht genutzt, um Druck auf den Gesetzgeber zu üben. Die Tatsache, dass der CC nicht bereits im *Bobigny*-Prozess selbst befasst wurde, kann prozessual begründet werden. Denn die nachträgliche Normenkontrolle ist erst seit der Verfassungsänderung 2008 möglich.⁸¹ Zuvor konnte der CC Gesetze ausschließlich abstrakt und *a priori* prüfen. Damit hat auch in Frankreich ein Verfahren vor Gericht zur Politikgestaltung beigetragen.

Auf der anderen Seite des Spektrums können die Entscheidungen des Supreme Court und des BVerfG eher als *judicially activist* klassifiziert werden, da sowohl *Roe* als auch *Schwangerschaftsabbruch I und II* Gesetze für verfassungswidrig erklärten. Außerdem

77 So schon *Scalia* dissenting in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) 1002.

78 Vgl. „raw judicial power“ in *Dobbs v. Jackson Women's Health*, 597 U.S. ____ (2022) 36, 44, 53 und 69. Auch *Justice Thomas*, concurring, 597 U.S. ____ (2022), 4: „Nowhere is this exaltation of judicial policymaking clearer than this Court's abortion jurisprudence“.

79 „The Court today properly heeds the constitutional principle of judicial neutrality and returns the issue of abortion to the people and their elected representatives in the democratic process“ 597 U.S. ____ (2022) *Kavanaugh* concurring, 12.

80 CC 27.06.2001, Nr 2001-446 DC, Rz. 4.

81 Loi constitutionnelle no 2008-724 de modernisation des institutions de la Ve République du 23 Juillet 2008.

erteilen sowohl die deutschen als auch die US-amerikanischen Entscheidungen dem Gesetzgeber klare Anweisungen, wie ein Gesetz, das den Anforderungen der Verfassung entspricht, aussehen müsse.

Das BVerfG widersprach sowohl einer von einer knappen, als auch von einer breiteren parlamentarischen Mehrheit verabschiedeten liberalisierenden Reform. Auch hier wurde die Normenkontrolle durch die überstimmten Mitglieder des Bundestages sowie den Landesregierungen, welche vor dem *Schwangerschaftsabbruch I-Urteil* durch den Bundesrat Einspruch erhoben hatten, initiiert. Bezüglich der Reform 1992 stimmte die Bayerische Staatsregierung bei der internen Abstimmung des Bundesrates als einzige dagegen und drohte, sie werde das BVerfG anrufen, um die Verabschiedung des Gesetzes zu verhindern, sollte der Bundesrat seine Zustimmung nicht verweigern,⁸² was schließlich auch geschah.

Im Gegensatz dazu erkläre der Supreme Court 1973 ein fast 120 Jahre altes restriktives Gesetz für verfassungswidrig. Damit erfüllte *Roe* schon im Grundsatz eine andere Funktion als die bisher besprochenen Entscheidungen. Da Reformbestrebungen im Großteil der US-Staaten blockiert waren, sollte die Feststellung eines Verfassungsrechts auf Abtreibung bewirken, dass der Schwangerschaftsabbruch im gesamten Bundesgebiet für zulässig erklärt wird. Das Verfahren vor dem Höchstgericht diene somit nicht den überstimmten AkteurInnen im politischen Prozess, sondern einer Bevölkerungsgruppe, die eben keinen Einfluss auf diesen nehmen konnte.

Letztlich ist auch die *Dobbs*-Entscheidung ein Beispiel von *judicial activism*. Zwar wird dieser Begriff üblicherweise verwendet, um die Position des Verfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber zu beschreiben,⁸³ jedoch beweist das *overruling* von *Roe*, dass auch das Abgehen von einem Präjudiz mit diesem Ausdruck beschrieben werden kann. Nachdem alle Verfassungsänderungsvorschläge der *Pro-life*-Bewegung, welche ein Recht auf Leben des Fötus kodifizieren sollten, gescheitert waren,⁸⁴ versuchte auch diese, mit der Verabschiedung offensichtlich (unter dem *Roe*-Regime) verfassungswidriger Gesetze einen Anlassfall zu konstruieren, der dem Supreme Court die Gelegenheit geben sollte, *Roe* zu kippen. Damit tritt das Gericht zwar nicht in einen Dialog mit dem Gesetzgeber, mit dem Widerspruch gegen sich selbst hebt es aber einen über 50 Jahre geltenden Präzedenzfall entgegen dem Prinzip von *stare decisis* auf und greift damit im wesentlichen Ausmaß in das schutzwürdige Vertrauen der Bevölkerung auf den Zugang zum Schwangerschaftsabbruch ein.⁸⁵ Die Aufhebung des Präjudizes war damit ebenso eine Form rich-

82 Bundesrat, 645. Sitzung vom 10. Juli 1992, StenBer S 373–375.

83 Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 999ff.

84 Ziegler, Abortion in America (2020) 25.

85 So auch der US Supreme Court in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. (1992), 856. Den Vertrauensschutz verneinend schließlich *Dobbs v. Jackson Women's Health*, 597 U.S. ____ (2022) 63ff. Vor allem angesichts der Tatsache, dass in 13 Staaten bereits vor *Dobbs* sog. „trigger laws“ verabschiedet wurden, die im Falle eines *overrulings* von *Roe* ein Abtreibungsverbot wirksam machen. Mit dem Begriff „legislative inertia“ diskutieren dies Landau/Dixon in *Dobbs, Democracy, and Dysfunction*, SSRN 2020, 24 ff.

terlicher Politikgestaltung, wie auch das Urteil, das damit gekippt wurde. Daher erscheint es angemessen, den Begriff „*judicial activism*“ in Hinblick auf diese Entwicklung zu erweitern.

Dieser Beitrag macht deutlich, dass jede der diskutierten Entscheidungen aufgrund der Art der Fragestellung und der Umstände, unter denen das Gericht angerufen wurde, politische Bedeutung hatte. Jedes Gericht hatte über die Reichweite reproduktiver Rechte zu entscheiden und damit Einfluss auf die Rechtslage im jeweiligen Land ausgeübt. Im Allgemeinen kann festgestellt werden, dass jede Normenkontrolle, einschließlich derjenigen eines normativen Präzedenzfalls, das Gericht regelmäßig dazu veranlassen wird, politische Fragen zu entscheiden. Aus dieser Rolle als politischer Akteur kann kein Verfassungsgericht entkommen, unabhängig davon, wie stark es den Grundsatz des „*judicial self-restraint*“ betont und sich vermeintlich von der gesetzgebenden Funktion distanziert. Daher erweisen sich die Kritik in *Dobbs, Roe* sei „*freewheeling judicial policy making*“⁸⁶ gewesen, sowie die Selbstdarstellung des Gerichts als bloß neutraler Schiedsrichter als performativer Widerspruch.

Irene Kristler ist Studienassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien; irene.kristler@univie.ac.at

86 *Dobbs v. Jackson Women's Health*, 597 U.S. ____ (2022) 14.

Privatheit – Reproduktive Autonomie – Demokratische Gesellschaft

Versuch einer Verhältnisbestimmung

Emanuel Lerch

1. Einleitung

„Doctrinal limbs too swiftly shaped“, so ließ *Ruth Bader Ginsburg* 1992 wissen, „may prove unstable. The most prominent example in recent decades is *Roe v. Wade*.“¹ Die 2020 verstorbene, amerikanische Höchststrichterin blickte mit einiger Skepsis auf die nunmehr aufgehobene Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts, mit der 1973 Abtreibungsverbote für verfassungswidrig erklärt worden waren. Dies freilich nicht aufgrund des Ergebnisses der damaligen Entscheidung, sondern aufgrund der gewählten Begründung: Ein Recht auf Abtreibung, so *Ginsburg*, hätte nicht auf ein rechtswissenschaftlich (oder gar aktivistisch)² konstruiertes, in der Verfassung nicht vorfindliches Recht auf Privatheit, sondern vielmehr auf ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Geschlechtergleichheit gestützt werden sollen – dies nachdem allmählich und über einen längeren Zeitraum Entscheidung für Entscheidung ein solides Fundament für ein Recht auf Abtreibung geschaffen worden war.

Die Argumentation in *Roe v Wade* dagegen sei einerseits zu radikal wie auch zu schlagartig, um von der amerikanischen Bevölkerung akzeptiert werden zu können, denn sie habe den Dialog zwischen dem Höchstgericht und dem Gesetzgeber umgangen, wie er sich in der Regel erst durch die stufenweise Etablierung von Rechten dieses Ausmaßes einstelle.³ Andererseits sei die Argumentation zu schwach, weil sie vor allem auf die medizinische Notwendigkeit bzw den ärztlichen Rat und nicht auf der Selbstbestimmung der Frau aufbaue. Das Argument der Geschlechtergleichheit hätte den Zeitgeist und damit Akzeptanz der Bevölkerung auf seiner Seite gehabt, was, so *Ginsburg*, zu einer breiteren Akzeptanz der Entscheidung geführt hätte.⁴

Vor dem Hintergrund dieser frühen Kritik richtet der vorliegende Beitrag den Blick auf die Grundlagen eines solchen Rechts auf Privatheit und beleuchtet dessen zwei wesent-

1 *Ginsburg*, Speaking in a Judicial Voice, New York University Law Review 1992/67, 1185 (1198).

2 Zur Debatte judicial activism vs. self-restraint vgl in diesem Heft *Kristler*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch, juridikum 2023, 209.

3 *Ginsburg*, Judicial Voice 1205.

4 *Ginsburg*, Judicial Voice 1200.

liche Lesarten, wie sie den einschlägigen Rechtsdiskursen und höchstgerichtlichen Entscheidungen in den USA und Europa zugrunde liegen. Da der Supreme Court seine jüngste Entscheidung ganz zentral auch darauf stützte, dass es sich bei der Frage des Schwangerschaftsabbruchs um eine demokratische, gemeint: durch Mehrheitsentscheid zu klärende Frage, und nicht um ein universell garantiertes, individuelles (Menschen-) Recht handle, soll schließlich nach dem Platz (reproduktiver) Autonomie innerhalb einer demokratischen Gesellschaft gefragt werden.

2. Privatheit als (Menschen-) Recht

Der Begriff der „Privatheit“ war stets ein schillernder⁵ und bezeichnete historisch eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Phänomene, darunter Räume (griechische Antike),⁶ das Unpolitische (römische Antike),⁷ die eigenen Gedanken und die Verbindung zu Gott (Frühmittelalter) oder die Freiheit im Sinne einer Abwesenheit vom Staat (Liberalismus).⁸ Privatheitsskeptiker:innen verneinen ein Recht auf Privatheit bisweilen mit der Begründung, dass niemand so genau wisse, was darunter zu verstehen sei, und diese nicht zum Kanon der klassischen Grundrechte zähle.⁹ Die einleitend zitierte Kritik *Ginsburgs* rührt nicht zuletzt daher, dass der historische Wortlaut der US-amerikanischen Bundesverfassung ebenso wenig von der Privatheit spricht wie jener ihrer Zusatzartikel und die „Privatheit“ deshalb ein schwaches Fundament für ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch bilde. (Menschen-)Rechtlich ist die Privatheit vielmehr ein Produkt erst der letzten 100 Jahre, insb der großen Menschenrechtserklärungen des 20. Jahrhunderts (Art 12 AEMR 1948, Art 8 EMRK). Diese enthielten ein solches Recht erstaunlicherweise, bevor es sich in irgendeiner nationalen Verfassung etabliert hatte.¹⁰

Seither wird diskutiert, was konkret unter den Begriff zu subsumieren ist, wobei sich insb zwei Deutungen hervorgetan haben: Einerseits wird Privatheit als ein Recht verstanden, von Staat und Gesellschaft „in Ruhe gelassen zu werden“. Andererseits, und wesentlich umfassender, wird Privatheit als zentrale Voraussetzung der Entwicklung menschlicher Autonomie gesehen.

2.1. Privatheit als „right to be let alone“

Kritiker:innen eines weiten Privatheitsverständnisses neigen dazu, deren allfälligen Inhalt auf das private Zuhause zu reduzieren. Danach hat die Privatheit vorrangig eine antitotalitäre Funktion: Vor dem Hintergrund faschistischer und kommunistischer Gräueltaten dient

5 Dazu und zum Folgenden bereits *Lerch*, Demokratie und Autonomie, unveröff Diss Universität Wien (2022) 40–44.

6 *Geuss*, Privatheit. Eine Genealogie (2002) 33 ff.

7 *Geuss*, Privatheit 57 ff.

8 *Geuss*, Privatheit 77 ff.

9 ZB *Thomson*, The right to privacy (1975).

10 *Diggelmann/Cleis*, How the Right to Privacy Became a Human Right, Human Rights Law Review 14/2014, 441.

sie dazu, den Staat aus dem eigenen Heim hinauszweisen. Die Privatheit schützt sohin einen physischen Raum, der frei von Eingriffen und Einblicken¹¹ des Staates gestaltet werden kann.¹² Fragen rund um die Autonomie, die Entwicklung einer Persönlichkeit bzw die Möglichkeit eines selbst entworfenen Lebens dagegen spielen nach diesem Verständnis allenfalls eine untergeordnete Rolle. Pointiert echauffierte sich der ehemalige britische EGMR-Richter *Gerald Fitzmaurice* 1979 in einer dissenting opinion über eine angeblich ausufernde Spruchpraxis des EGMR zum Recht auf Privat- und Familienleben. Die Entscheidung erklärte die frühere Rechtslage in Belgien für konventionswidrig, wonach zur Begründung einer rechtlichen Beziehung nicht nur Väter, sondern auch Mütter ihre unehelichen Kinder anerkennen mussten. Nach *Fitzmaurice* dagegen diene der Schutz des Privatlebens ausschließlich der „domiciliary protection“ des Individuums: „He and his family were no longer to be subjected to *the four o'clock in the morning rat-a-tat* on the door; to the domestic intrusions, searches and questionings; to examinations, delaying and confiscation of correspondence; to the planting of listening devices (...) in short: the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practices“, ganz sicher aber betreffe das Privatleben nicht den „civil status of babies.“¹³

Stellt man aber die Frage nach dem Grund einer solchen „domiciliary protection“, landet man freilich bereits ausgehend von einem solch engen Privatheitsverständnis unweigerlich bei Begriffen wie der Menschenwürde, der Persönlichkeit oder der Autonomie. Während das Leben in der Öffentlichkeit durch Gesetze regelmäßig fremdbestimmt ist, ist das private Zuhause der eigenen Gestaltung und dem eigenen Lebensentwurf gewidmet. Den Einzelnen soll die volle Kontrolle darüber in die Hand gegeben werden, mit wem sie diesen Raum teilen. Gerade weil es der Ort der Intimität ist, wird ein unbefugter Eingriff als besonders demütigend empfunden.

Richtungsweisend für das moderne Verständnis von Privatheit war ein 1890 in der *Harvard Law Review* erschienener Artikel des Supreme Court-Richters *Louis Brandeis* und des Rechtsanwalts *Samuel Warren*, die ein Recht auf Privatheit auch außerhalb der eigenen vier Wände bejahten. Die beiden Juristen reagierten damals, so die Legende,¹⁴ auf unliebsame Journalist:innen, die während der Hochzeit von *Warrens* Tochter unautorisiert Fotografien anfertigten und diese in der Klatschpresse veröffentlichten. Aus einer Reihe bestehender Fälle und etablierter Präjudizien leiteten *Warren/Brandeis* einen Schutz jener Informationen ab, welche die menschliche Persönlichkeit formen. Der oben beschriebene Schutzbereich privater Räume wurde sohin um den Schutz von Informationen erweitert, die typischerweise hinter verschlossenen Türen ausgetauscht werden, zu-

11 Vgl zu diesen Begriffen *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2001) 34 f.

12 Zur feministischen Kritik an einem derartigen Privatheitsverständnis sogleich.

13 *Fitzmaurice*, Dissenting Opinion zu EGMR 13.6.1979, 6833/74, *Marckx/Belgium*, Rn 7. Die Entscheidung betraf die frühere Rechtslage in Belgien, wonach zur Begründung einer rechtlichen Beziehung nicht nur Väter, sondern auch Mütter ihre Kinder anerkennen mussten.

14 *Prosser*, *Privacy*, *California Law Review* 48/1960, 383.

mindest aber einem eigens ausgewählten Kreis an Personen vorbehalten sind – je intimer eine Information, desto eher genießt sie den Schutz der Privatheit.

Neue technische Errungenschaften und der sich dadurch verändernde Medienkonsum, so heißt es in dem berühmten Aufsatz, machten eine Reaktion des Rechts notwendig, denn „[g]ossip is no longer the resource of the idle and the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery“.¹⁵ Dafür sei nicht die Schaffung neuer Normen notwendig; vielmehr liege ein solches Recht auf Privatheit bereits zahlreichen Grundsätzen des Common Law zugrunde. Ua beinhalte dieses nämlich auch den Anspruch, sein Leben unabhängig von solchen unerwünschten Eingriffen zu genießen und dabei vom Staat ebenso wie auch der Gesellschaft in Ruhe gelassen zu werden. Das so verstandene Recht auf Privatheit definierten sie dementsprechend als „right to be let alone“ und prägen damit die Privatheitsdiskussion bis heute.

Dieses vorwiegend negativ verstandene, zum Teil elitistisch¹⁶ begründete, „right to be let alone“ bezog sich also primär auf die Verbreitung von privaten Bildern und Informationen durch die Presse. Die Berichterstattung zu Themen des höchstpersönlichen Lebensbereichs (mit Blick insb auf prominente Personen) und die Veröffentlichung unautorisierter Schnappschüsse korrumpiere und betäube den menschlichen Geist: „Triviality destroys at once robustness of thought and delicacy of feeling. No enthusiasm can flourish, no generous impulse can survive under its blighting influence.“¹⁷ So verstanden schützt die Privatheit das gesellschaftliche Miteinander, indem sie dem gesellschaftlichen Diskurs einzelne Themen entzieht.

Indem die unverletzliche Persönlichkeit („inviolable personality“¹⁸) eines jeden Menschen zum zentralen Schutzobjekt des „right to be let alone“ erklärt wurde, war eine entscheidende Weiche für jenes Privatheitsverständnis gestellt, welches die Grundlage für *Roe v Wade* bildete. Bevor auf dieses näher eingegangen wird, soll kurz die feministische Kritik am Begriff der Privatheit besprochen, aber auch relativiert werden.

2.2. Feministische Kritik am Begriff der Privatheit

Der Feminismus stand dem Recht auf Privatheit¹⁹ lange Zeit tendenziell kritisch entgegen. Bezugnehmend auf die Formulierung von *Warren/Brandeis* schützt die Privatheit

15 *Warren/Brandeis*, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review* IV/1890, 193 (196).

16 Es ist ein weltweites Phänomen, dass der Privatheitsschutz zunächst über die Persönlichkeitsrechte von Prominenten und Adligen vorangetrieben wurde. Nicht zuletzt deshalb, weil sich Fälle der Erpressung adeliger Personen häuften, nachdem sie bei als unsittlich eingestuften Handlungen erwischt worden waren, etwa weil sie homosexuell waren oder die Dienste von Sexarbeiter:innen in Anspruch nahmen bzw sich einschlägige Medienberichte vermehrten. In den Hintergrund rückte dabei ein allfälliges öffentliches Interesse an diesen Informationen, die im öffentlichen Diskurs unter Berufung auf eine öffentliche Moral tabuisiert waren; vgl *Keulen/Kroeze*, *Privacy from a Historical Perspective*, in *Van der Sloot/de Groot*, *The Handbook of Privacy Studies* (2018) 30.

17 *Warren/Brandeis*, *Privacy* 196.

18 *Warren/Brandeis*, *Privacy* 205.

19 *Lerch*, *Autonomie* 43 ff; *Rössler*, *Wert* 49 ff.

etwa nach *Catherine MacKinnon* das „right of men ‚to be let alone‘ to oppress [women] one at a time“.²⁰ Danach repräsentiert das private Zuhause den zentralen Schauplatz der Ausbeutung im Geschlechterverhältnis und der Unterdrückung der Frau. Es ist der Ort der häuslichen Gewalt, der finanziellen Abhängigkeit, der patriarchalen Bevormundung: „From this perspective, the legal concept of privacy can and has shielded the place of battery, marital rape and women’s exploited labour; has preserved the central institutions whereby women are deprived of identity, autonomy, control and self-definition“.²¹ Die Privatheit dient danach ausschließlich männlicher Hegemonie – eine Berufung auf Gleichheit in diesem Zusammenhang sei falsch, da die Privatheit nur scheinbar allen gleichermaßen zukomme.

Diese Kritik identifiziert Privatheit mit Willkürfreiheit innerhalb „privater“ Räume und Beziehungen, die keiner staatlichen Regulierung zugänglich seien. Auch die Erweiterung der Privatheit durch *Warren/Brandeis* auf gewisse Informationen leistet hier keine Abhilfe, zumal Gewalt innerhalb von Beziehungen lange Zeit als tendenziell intime und private Angelegenheit angesehen wurde, über die öffentlich nicht gesprochen wird: Man denke in diesem Zusammenhang an die mangelnde Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe, in Österreich etwa bis 1989,²² die nach wie vor nur mäßig zufriedenstellende rechtliche Handhabe gegen häusliche Gewalt oder die ungleiche Verteilung von Reproduktionsarbeit. Die Berufung auf die Privatheit diene historisch regelmäßig der Ausnutzung von Frauen.²³

Dem steht jedoch ein zweites, ebenfalls feministisches, Privatheitsverständnis²⁴ gegenüber, dem ein enorm emanzipatorisches Potenzial innewohnt und das über die räumliche Schutzdimension bzw das „right to be let alone“ hinausgeht. Der private „Raum“ wird nach dieser Lesart auch nicht von der rechtlichen Regulierung abgeschottet; sie verlangt nicht die Abwesenheit von Recht im „Privaten“, sondern spricht ihm eine zentrale Wirkkraft bei dessen gerechterer Gestaltung zu.

2.3. Privatheit als Fundament menschlicher Autonomie

Dieses zweite Verständnis von Privatheit geht wesentlich weiter und orientiert sich an Begriffen wie der menschlichen Persönlichkeit, der Identität, der Menschenwürde und insbesondere der (persönlichen) Autonomie. Diese gilt es nicht nur negativ im Sinne eines „right to be let alone“ zu schützen, sondern vielmehr ist bereits deren authentische Entwicklung Schutzobjekt der Privatheit. Mit *Beate Rössler*, die mit ihrer einflussreichen

20 *MacKinnon*, *Feminism, Marxism, Method, and the State Toward Feminist Jurisprudence*, *Signs* 8/1983, 635 (657).

21 *MacKinnon*, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1994) 101.

22 BGBl 242/1989.

23 MwN *Pateman*, *Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy*, in *Benn/Gaus*, *Public and Private in Social Life* (1983) 281–305; *Okim*, *Justice, Gender and the Family* (1989) 174 ff; *Wagner*, *The feminist critique of privacy: past arguments and new social understandings*, in *Rössler/Mokrosinska*, *Social Dimensions of Privacy* (2015) 85–103.

24 Grundlegend *Rössler*, *Wert*.

Studie *Der Wert des Privaten* das Standardwerk zu dieser Lesart schuf, lässt sich die Privatheit danach in drei Dimensionen teilen:

Zunächst werden auch nach diesem Verständnis private *Räume* geschützt – etwa das private Zuhause, die „Backstage Area der eigenen vier Wände“.²⁵ Diese sog *lokale Privatheit*²⁶ schützt einen Ort der körperlichen Bedürfnisse, der Intimität und der Reproduktion, aber auch einen Ort, der nach den eigenen Vorstellungen gestaltet und zu dem der Zutritt reguliert werden kann. *Rössler* denkt diesen Anspruch jedoch weiter als die oben besprochene, anti-totalitär begründete räumliche Privatheit. Der Staat und das Recht haben sich demnach keineswegs vollkommen aus dem privaten Raum herauszuhalten, sondern die Bedingungen dafür zu schaffen, dass die lokale Privatheit unabhängig vom Geschlecht ihren Zweck erfüllen kann. So verstanden muss die Privatheit tatsächlich für alle Geschlechter einen Ort der Regeneration darstellen – die Einführung eines partnerschaftlichen Eherechts, die Reformierung von Gewaltschutzmaßnahmen oder Unterhaltspflichten beschränken so verstanden die Privatheit nicht, sondern ermöglichen sie vielmehr erst.

Die lokale Privatheit gewährleistet einen Ort des Rückzugs, in dem „praktische Identitäten erprobt und gebildet, Selbstdarstellungen ausprobiert, Persönlichkeiten (in der Familie) geformt werden können.“²⁷ Die verschiedenen Rollen, die Menschen in der Öffentlichkeit leben, die Selbstdarstellung, treten hier in den Hintergrund. Es ist, so das Ideal, ein Ort des Durchatmens wie auch der Reflexion über die eigene Person. Im gegebenen Kontext ist die Dimension der lokalen Privatheit insbesondere auch deshalb von Bedeutung, weil es häufig der Ort der intimen Beziehungen und der Sexualität ist,²⁸ die zwar nicht notwendig zur Reproduktion führen muss, aber oft Voraussetzung einer solchen ist. Gleichzeitig ist der private Raum auch ein Ort, an dem Menschen regelmäßig vulnerabler sind als in der Öffentlichkeit und in den Machtbeziehungen – so bereits die oben erwähnten feministischen Kritiken – stärker in den Vordergrund treten, was durch die Kontrolle darüber, wer diesen Raum betreten darf, zumindest abgefedert wird. So verstanden fordern Rechte auf Privatheit und Autonomie, etwa auch ein Ehe- und Scheidungsrecht, das Trennungen auch unabhängig von finanziellen Ressourcen ermöglicht und niemand aus Geldsorgen gezwungen wird, die lokale Privatheit mit einer anderen Person zu teilen.²⁹

Andererseits schützt die sog *informationelle Privatheit* die eigene Selbstdarstellung, indem das eigene Bild, persönliche Informationen und Daten geschützt werden. Das be-

25 *Rössler*, Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben (2017) 191.

26 *Rössler*, Wert 255 ff.

27 *Rössler*, Autonomie 312.

28 *Rössler*, Wert 191; *Lerch*, Autonomie 45.

29 Vgl dazu kürzlich Scheidungsanwältin Dr.ⁱⁿ *Helene Klaar*, die eine Unterteilung der Paare in solche vornimmt, die sich eine Scheidung (etwa infolge einer Erbschaft) leisten können und solche, die dies nicht tun und deshalb verheiratet bleiben müssen; *Klaar*, Interview mit Hager, profil.at <https://www.profil.at/gesellschaft/scheidungsanwaeltin-klaar-die-netten-maenner-lerne-ich-ja-leider-nicht-kennen/402375021> (28.4.2023).

inhaltet das oben schon angesprochene „right to be let alone“, geht aber über dieses hinaus, indem auch das Wissen darüber geschützt wird, welche Informationen über die eigene Person im Umlauf sind. Die Art der Beziehung, die Menschen untereinander führen, hängt ganz wesentlich davon ab, welche Informationen sie miteinander teilen. Ein Gesprächsthema, das in einer freundschaftlichen oder intimen Beziehung nicht weiter auffällt, kann in anderen, etwa professionellen Kontexten schnell übergreifend wirken. Menschen müssen, so *Rössler*, ungefähr abschätzen können, was Gesprächspartner:innen über sie wissen, um gleichberechtigt an einem Gespräch teilnehmen zu können. Die Preisgabe persönlicher Informationen kann die eigenen Lebensoptionen massiv einschränken. Die informationelle Privatheit schützt die Präsentation des eigenen Selbst in der Öffentlichkeit. Dies betrifft selbstverständlich auch reproduktive Rechte: In kaum einem Kontext schuldet man anderen Menschen Informationen über die eigenen Verhütungsmethoden, die Frage, ob man schon einmal schwanger war, oder wie die Insemination erfolgte. Gleichzeitig kann die Veröffentlichung einer solchen Information – etwa über einen Schwangerschaftsabbruch – massive Folgen für eine Frau (oder auch den:die ausführende Ärzt:in) auslösen und diese zu Opfern von Belästigung oder gar Gewalt machen.

Im Kontext reproduktiver Rechte besonders relevant ist schließlich die Dimension der *deziSIONalen Privatheit*,³⁰ also der Schutz der „Entscheidungsfreiheit in Privatsachen“.³¹ Angesprochen sind hier all jene Fragen, die andere Menschen zu einer Haltung der „Indifferenz, Reserve, Nichtbeachtung und sympathischer Zurückhaltung“ verpflichten.³² Die deziSIONale Privatheit geht einen Schritt weiter als die informationelle bzw ist deren notwendige Ergänzung: Selbst wenn eine private Information in die Öffentlichkeit gelangt, ist sie dort zu respektieren und, vorausgesetzt sie genießt den Schutz der Privatheit, nicht dem gemeinschaftlichen Urteil zu unterstellen. Wird Individuen etwa die Wahl der Haarfarbe als Privatsache freigestellt, schützen Normen der Privatheit – zT auf moralischer, zT auf rechtlicher Ebene – vor übergreifigen Kommentaren ebenso wie negativen Konsequenzen des Gebrauchs dieser Entscheidungsfreiheit. Die Entscheidung wann, ob, mit wem und auf welche Weise sich eine Person fortpflanzt, liegt zuallererst, vorbehaltlich bestehenden Konsenses und Konsensfähigkeit daran beteiligter Personen, bei jeder Person selbst.

3. Privatheit als Begriff in *Roe v Wade* und daran anschließenden Entscheidungen

Jenes Recht auf Privatheit, von welchem der Supreme Court 1973 in *Roe v Wade* und seinen daran anschließenden Entscheidungen ausging, entspringt diesem zweiten Privatheitsverständnis. Deutlicher noch als in *Roe v Wade* machte dies der Supreme Court einige Jahre später in der Entscheidung *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*:

30 *Rössler*, Wert 144 ff.

31 *Rössler*, Wert 144.

32 *Rössler*, Wert 157.

Die Privatheit schütze danach „matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy“; diese seien „central to liberty protected by the 14th Amendment“.³³ Der so verstandene Begriff der Privatheit will Menschen weitestmöglich die Kontrolle über die eigenen Biografie garantieren. Die staatliche Regulierung der Fortpflanzung durchkreuzt solche Lebensentwürfe und die autonome Ausgestaltung der eigenen Biografie, prägt doch kaum eine Entscheidung das eigene Leben nachhaltiger als jene, ein Kind zu bekommen. Bis zuletzt anerkannte der Supreme Court diese Verbindung zwischen dem Recht auf Abtreibung und der autonomen Lebensführung, so heißt es etwa ausdrücklich in der *Casey*-Entscheidung: „The ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive rights.“³⁴

Derart deutlich formulierte Justice *Blackmun*, Autor der *Roe v Wade*-Entscheidung, dieses Privatheitsverständnis 1973 zwar noch nicht aus, jedenfalls aber sei dieses „broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy.“³⁵ Stütze fand das Höchstgericht in den beiden kurz zuvor erlassenen Entscheidungen *Griswold v Connecticut*³⁶ und *Eisenstadt v Baird*,³⁷ die ebenfalls reproduktive Rechte zum Gegenstand hatten. Konkret wurden darin Verbote von Verhütungsmitteln – wiederum unter Rekurs auf die Privatheit – als verfassungswidrig aufgehoben. Allen drei Judikaten liegt der Gedanke zugrunde, dass gewisse Angelegenheiten der gemeinschaftlichen bzw der staatlichen Hoheit entzogen und der höchstpersönlichen Entscheidung vorbehalten sind: „If the right to privacy means anything“, so heißt es in der Entscheidung *Eisenstadt v Baird*, „it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.“³⁸ Die Entscheidung *Casey* elaborierte dies 1992 dahingehend, dass das Recht auf Privatheit die Freiheit darstelle, intime und persönliche Entscheidungen zu treffen, die für die persönliche Würde und Autonomie zentral sind: „At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life.“³⁹

4. *Dobbs v Jackson Women’s Organization*: Privatheit ohne Autonomie

Dieses zunächst sehr umfassend formulierte Recht auf Selbstbestimmung der Frau wurde nach und nach durch – vorwiegend religiös motivierte – paternalistische Gesetze der

33 US Supreme Court 29.6.1992, *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 505 U.S. 833 (1992) 851.

34 US Supreme Court 29 *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 853.

35 US Supreme Court 22.1.1973, *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 153.

36 US Supreme Court 7.6.1965, *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

37 US Supreme Court 22.3.1972, *Eisenstadt v Baird*, 405 U.S. 438 (1971).

38 US Supreme Court, *Eisenstadt v Baird*, 453.

39 US Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 851.

Bundesstaaten⁴⁰ beschränkt und nunmehr durch die Entscheidung des Supreme Courts *Dobbs v Jackson Women's Organization* vom 24.6.2022 gänzlich aufgehoben (overruled).⁴¹ Ein Recht auf Privatheit, so entschied der Supreme Court 6:3, sei in der Verfassung nicht enthalten und aus dieser auch nicht ableitbar. Zwar garantiere die Verfassung einzelne Rechte auch über ihren Wortlaut hinaus, dies setze aber jedenfalls eine tiefe Verankerung in der US-amerikanischen Geschichte und Tradition voraus.⁴² Der Verweis von Verteidiger:innen *Roe v Wades* auf Begriffe „Autonomie“ oder die „Definition der eigenen Existenz“, so heißt es in der durch Justice *Alito* verfassten Entscheidungsbegründung, sei viel zu allgemein und würde die Tore für eine ganze Reihe an unerwünschten Rechten öffnen, darunter solchen auf Drogenkonsum oder Sexarbeit.⁴³

5. Reproduktive Rechte und der Wille des Volkes

Mehrfach betont der Supreme Court in der *Dobbs*-Entscheidung, dass es sich beim Schwangerschaftsabbruch um ein moralisch besonders umstrittenes Thema handle. Die Entscheidung über einen solchen sei deshalb nicht individualrechtlich den betroffenen Personen zuzuweisen, sondern bedürfe der gemeinsamen Regulierung durch den Willen des Wahlvolkes. Das „Volk“ eines jeden Bundesstaates möge selbst darüber entscheiden, wie es mit dieser Frage umgehe. Unter Berufung auf eine angebliche *volonté générale* aus 1973⁴⁴ sowie die Geschichte und die Tradition der Vereinigten Staaten, wird dem autonomiebezogenen Privatheitsbegriff der Kampf angesagt: Ein Blick auf historische Berufungen des Supreme Courts auf Begriffe wie Privatheit oder Autonomie zeige, dass diese Begriffe viel zu weit verstanden würden. Die in der *Dobbs*-Entscheidung gewählten Beispiele richten den Blick auf jene, als selbstverständlich angenommenen und auf einem Recht auf Privatheit basierenden, Rechte, welche die dissentierenden Richter:innen nunmehr als gefährdet sehen, darunter „interracial marriage“, das Recht, im Gefängnis zu heiraten, Verhütungsmittel, das Erziehungsrecht gegenüber den eigenen Kindern, das Verbot der Zwangssterilisation, das Recht auf Geschlechtsverkehr mit Personen des gleichen Geschlechts oder die Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare – ein derart weit verstandenes Recht auf private Autonomie sei ausufernd und richte sich gegen die US-amerikanische Tradition, so die Botschaft der Mehrheitsmeinung.

Wie ein Blick nach Europa zeigt, wohnt dem autonomiebasierten Privatheitsbegriff tatsächlich besondere Schlagkraft gegen Menschenrechtsverletzungen inne, die von Tradi-

40 Etwa Überdenkfristen, Zustimmung durch die Eltern bei Minderjährigen, vorherige Beratungstermine, etc.

41 US Supreme Court 24.6.2022, *Dobbs v Jackson Women's Organization*, 597 U.S. __ (2022).

42 US Supreme Court, *Dobbs v Jackson Women's Organization*, 32.

43 US Supreme Court, *Dobbs v Jackson Women's Organization*, 32.

44 *Ludewigs* wies in diesem Zusammenhang kürzlich auf die Ironie dieses Arguments hin, zumal sich einerseits die Mehrheit der Amerikaner:innen (2022: 61) gegen Abtreibungsverbote ausspricht und andererseits der Großteil der in *Dobbs* federführenden Richter:innen durch einen Präsidenten ernannt wurden, der das popular vote verloren hatte und von einem Senat bestätigt wurde, der bloß die Minderheit repräsentierte; mwN *Ludewigs*, *Roe v. Wade overturned* – Zum amerikanischen Abtreibungsrecht nach *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, ÖJZ 15–16/22, 775.

tionen und konventionellen Moralvorstellungen ausgehen. Art 8 EMRK schafft regelmäßig Abhilfe gegen sittliche Vorstellungen, die Eingang in das Gesetz gefunden haben und war treibende Kraft für die sexuelle wie auch reproduktive Freiheit im seinem Wirkungsbereich. Auf den Punkt brachte dies der EGMR etwa in der Entscheidung *Dickson/United Kingdom*.⁴⁵ Diese betraf die Beschwerde eines rechtskräftig wegen Mord, sohin der moralisch wohl unumstritten verwerflichsten Handlung, verurteilten Häftlings, der im Wege der künstlichen Befruchtung ein Kind mit seiner Ehefrau bekommen wollte. Der EGMR stellte in der staatlichen Verweigerung eine Art 8-Verletzung fest, weil es im Anwendungsbereich der Konvention keinen Platz für eine automatische Verwirkung von Rechten durch Haft gebe – dies gelte auch, wenn dadurch die öffentliche Moral beleidigt werden könnte.⁴⁶

Die Argumente der Privatheitsgegner:innen gleichen sich freilich auf beiden Seiten des Atlantiks: Auch die europäischen Richter:innen wehren sich in dissenting opinions gegen angeblich ausufernde Selbstbestimmungsrechte – in *Dudgeon/United Kingdom*, durch welche die Kriminalisierung von Homosexualität für konventionswidrig erklärt wurde, etwa unter Berufung auf die Mehrheitsmeinung der Bevölkerung gegen „unnatürliche und unmoralische“ Praktiken wie homosexuellen Geschlechtsverkehr. Das letzte Wort müsse hier – nicht zuletzt aufgrund der moralischen Uneinigkeit – bei der Gemeinschaft liegen. Die Entscheidung werfe außerdem, so der Richter *Walsh* in einer dissenting opinion, die uralte Frage nach der Verpflichtung des Rechts gegenüber der Moral auf. Er betont die erzieherische Funktion des Rechts und stellt die These auf, dass Sexualität nicht natürlich, sondern sozial geformt werde – die Entkriminalisierung homosexuellen Geschlechtsverkehrs würde regelrecht zur (unmoralischen) Homosexualität einladen.⁴⁷ Weder der US-Supreme Court noch Stimmen wie jene des Richters *Walsh* setzen sich mit dem Begriff der Moral auseinander, sondern identifizieren diesen schlicht mit der Tradition oder den sittlichen Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft. Gedanken des Rollentauschs oder der Verallgemeinerung, wie sie postkonventionellen Moralprinzipien zugrunde liegen, haben in einer solchen Begründung keinen Platz.

Der Supreme Court ersetzt das Argument der öffentlichen Moral mit jenem der öffentlichen Meinung und versucht auf diese Weise, die gegenständliche Frage des Schwangerschaftsabbruchs nicht als vorrangig moralische, sondern vielmehr demokratische zu präsentieren: Im Zentrum stehen nicht ethische Argumente dahingehend, ob den Interessen der Frau oder jenen des Embryos der Vorzug zu geben ist, wann das Leben oder ein allfälliger Würdeschutz beginnt. Vielmehr geht es darum, ob dem – als unklar klassifizierten und nicht im Verfassungstext vorfindlichen – Begriff der „Autonomie“ bzw der „Privatheit“ oder dem als eindeutig identifizierten „Willen des Volkes“ Vorrang zu geben ist. Der Supreme Court beantwortet diese Frage nunmehr – ironischerweise entgegen der

45 EGMR 4.12.2007, *Dickson/The United Kingdom*, 44362/04.

46 EGMR 4.12.2007, *Dickson/The United Kingdom*, 44362/04, 75.

47 *Walsh* zu EGMR 22.10.1981, *Dudgeon/United Kingdom*.

Mehrheitsmeinung – zugunsten der Mehrheitsentscheidung und proklamiert damit gleichzeitig den Sieg der Demokratie: „[T]he authority to regulate abortion is returned to the people and their elected representatives.“⁴⁸ Was eine solche Absage an ein Recht auf Privatheit für andere Fälle bedeutet, die auf diesem beruhen, kann bislang nur befürchtet werden. Klar ist aber, dass religiös motivierte Gesetzgebung die als unmoralisch qualifizierten Handlungen – von Homosexualität über Verhütung bis zum Schwangerschaftsabbruch – nicht erodieren, wohl aber ins Geheime drängen wird. Wo Privatheit nicht geschützt wird, müssen Menschen, die von den sittlichen Vorstellungen der Mehrheitsgesellschaft abweichen ins Geheime und zum Teil Strafbare flüchten. Dort realisiert sich die volle Gefahr, die frühe Feminist:innen der Privatheit zuschrieben: Es herrscht Willkürfreiheit und das Recht des Stärkeren. Insbesondere ungewollt schwangere Personen, die keine finanziellen Ressourcen für eine Reise in einen anderen Bundesstaat haben, sind in den USA künftig auf illegale, gefährliche „back-alley abortions“ angewiesen und dafür müssen dafür nicht selten mit ihrer Gesundheit oder gar ihrem Leben bezahlen. Die zT drakonischen Strafen werden Ärzt:innen, welche die neue Rechtslage mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, ihren Beruf kosten und Mitwirkende ein Leben lang erpressbar machen.

Diesem Vorgehen wohnt ein massives Gefährdungspotenzial auch für die Demokratie inne, das der Supreme Court nicht beachtet. Der Schutz der Privatheit muss nämlich nicht notwendig als Antagonismus zu einem allfälligen „Volkswillen“ verstanden werden, sondern kann – selbst wenn er gegen die Mehrheitsentscheidung beansprucht wird – auch demokratiefördernd wirken. Wer nach einem Zusammenhang der Menschenrechte und der Demokratie sucht, landet dabei zwar nicht sofort beim Schutz des Privatlebens, sondern zunächst bei den typischerweise als „politisch“ bezeichneten Grund- und Menschenrechten. Demokratie floriert danach durch die Kommunikationsfreiheiten, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie das Wahlrecht. Die liberale Demokratie lebt vom pluralistischen Meinungs-austausch, der Repräsentation unterschiedlicher Meinungen durch unterschiedliche Parteien, Vereine, Versammlungen und einer aktiven Zivilgesellschaft. Die politischen Grund- und Menschenrechte sichern allen Berechtigten den formal gleichen Zugang zur politischen Öffentlichkeit ab. Unterbeleuchtet bleibt dabei jedoch, dass sich ein pluralistischer Meinungs-austausch nicht bereits durch diese Grundrechte einstellt, wenn der Zugang zur Öffentlichkeit faktisch nur formal gewährleistet ist.

Die Privatheit nimmt gewisse Außerstreitstellungen vor, indem etwa die eigene Präsentation, der eigene Lebensentwurf, die eigene Religion, die sexuelle Orientierung, das Geschlecht oder gewisse kulturelle Traditionen aus der politischen Debatte genommen werden. Was als privat anerkannt wird, ist der autonomen Entscheidung überlassen und daher nicht Gegenstand der öffentlichen Debatte. Das gilt auch für reproduktive Rech-

48 US Supreme Court, *Dobbs v Jackson Women's Organization*, 1.

te. Ob man die eigenen Verhütungsmethoden, die reproduktive Gesundheit oder vergangene Eingriffe mit anderen teilt oder gar in der Öffentlichkeit debattiert, ist – bzw. nunmehr in den USA: war – allein Sache der betroffenen Person. Mit der nunmehr möglichen Kriminalisierung werden die betroffenen Personen und auch jene, die sie dabei unterstützt haben, zu Straftäter:innen und als solche „geoutet“. ⁴⁹ Wem drakonische Konsequenzen – von öffentlicher Ächtung bis zur Todesstrafe – drohen, wird die Öffentlichkeit jedoch so gut als nur möglich meiden, wodurch diese verzerrt wird.

Mit der Verweisung einer Frage in die Privatheit dagegen geht immer auch eine gegenseitige Anerkennung als Gleiche einher, weil eine jeweilige Entscheidung, hätte man sie selbst auch anders getroffen, akzeptiert wird („jeder wie er will“). Die Privatheit schützt Menschen in ihrem Sein sohin auch innerhalb der Öffentlichkeit und gewährleistet, dass diese nicht von Anfang an durch freiheitsbeschränkende Sittlichkeitsvorstellungen verzerrt wird, indem sie jenen Personen den Zugang verunmöglicht, die von diesen abweichen. Wer seine privatesten Merkmale zunächst stets rechtfertigen muss, kommt regelmäßig gar nicht dazu, genuin Politisches zu verhandeln.

6. Schluss

Um schließlich auf das einleitende Zitat von *Ruth Bader Ginsburg* und die Frage zurückzukommen, ob zum Schutz reproduktiver Rechte die Garantie der Privatheit oder jene der Geschlechtergleichheit produktiver wäre, ist auf die inhaltliche Nähe der beiden Begriffe zu verweisen. Wer Privatheit geltend macht, macht auch Gleichheit geltend, indem er abseits von gesellschaftlichem Konformitätsdruck einen Platz für das eigene Selbst, die eigene Persönlichkeit und die diese formenden Entscheidungen einfordert. Privatheit und Gleichheit hängen sohin notwendig zusammen, zumal die Privatheit die Autonomie als Kehrseite der Gleichheit schützt, weil Gleichheit gerade auch für den autonomen Lebensentwurf gefordert wird. Wo Privatheit eingeschränkt bzw. nicht geschützt wird, werden immer auch autonome Lebensentwürfe eingeschränkt und sittlichen Ideal eingestuft. Das ist in einer pluralistischen Gesellschaft regelmäßig notwendig, etwa wenn die Ausübung der eigenen Autonomie zu stark in die Freiheiten bzw. die Autonomie anderer eingreift.

Der Supreme Court bediente aber gerade keine solchen Argumente, sondern konzentrierte sich auf das – aus Sicht des Persönlichkeitsschutzes brandgefährliche – Argument der öffentlichen Moral bzw. der Mehrheitsmeinung. Außer Acht lässt er dabei, dass der mangelnde Schutz von Lebensentwürfen gleichzeitig auch eine große Gefahr für die pluralistische und damit die demokratische Gesellschaft bildet, zumal Personen dadurch zur unkritischen Anpassung an kollektive Normen gezwungen werden. Es ist kein Zufall,

⁴⁹ *Dias*, Inside the Extreme Effort to Punish Women for Abortion, nytimes.com <https://www.nytimes.com/2022/07/01/us/abortion-abolitionists.html> (1.7.2022).

dass in Europa das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privatleben die treibende Kraft für Rechte von homosexuellen oder trans Personen war. Diese gab es freilich auch vor den entsprechenden Reformen seit den 1970er-Jahren, doch wurden sie durch ihre eigene Identität ins Geheime, zT ins Strafbare gezwungen. Die nunmehr ergangene Entscheidung des Supreme Court wird denselben Effekt auf Menschen haben, die ungewollt schwanger werden.

Dr. Emanuel Lerch war Universitätsassistent am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und arbeitet inzwischen als Rechtsanwaltsanwarter in Wien; lerch@tabor.wien

„Eine Frist, keine Lösung“¹

Abtreibung in Recht und Praxis in Österreich und die reproduktiven Rechte von Schwangeren. Eine Bestandsaufnahme.

Johanna Schlintl

Die Begriffe der reproduktiven Gesundheit und Selbstbestimmung und die diese absichernden reproduktiven Rechte Schwangerer sind im internationalen Menschenrechtsdiskurs seit vielen Jahren anerkannt. Der vorliegende Beitrag untersucht, welche menschenrechtlichen Garantien iZm Abtreibungen² darin enthalten sind und welche staatlichen Verpflichtungen daraus resultieren. Schließlich wird gezeigt, dass die rechtliche und tatsächliche Situation von Frauen^{*3}, die ihre Schwangerschaft in Österreich abbrechen wollen, damit nicht vereinbar ist.

1. Der Schwangerschaftsabbruch in Österreich

1.1. Die rechtliche Situation

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) bestätigte 1974, dass die Fristenlösung zulässig ist und die Leibesfrucht⁴ als solche keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁵ Mit einem Recht von Schwangeren auf Selbstbestimmung über den Ausgang ihrer Schwangerschaft setzte er sich dabei nicht auseinander. Der VfGH hielt aber fest, dass

-
- 1 MOMENT Magazin, Abtreibung auch in Österreich in Gefahr: Eine Frist, keine Lösung – die MOMENT.at Doku, 1.12.2022, www.youtube.com/watch?v=IxB3_RtppNc (20.12.2022).
 - 2 „Schwangerschaftsabbruch“ ist ein deskriptiver Begriff und zeigt, dass Schwangere sich entscheiden können, ihre Schwangerschaft fortzuführen oder abzubrechen. „Abtreibung“, der ältere Begriff, wird von Abtreibungsgegner*innen klar abwertend gebraucht. Von Feminist*innen wird er in kämpferisch politischer Absicht weiterhin affirmativ verwendet. Vgl *Krolzik-Matthei*, Abtreibungen in der Debatte Deutschland und Europa, APuZ 2019, 4 (5); *Gertz*, Zwischen Stigmatisierung und Autonomieerleben. Abtreibung aus feministisch-psychologischer Perspektive, in *Frauenservice Wien*, Schwangerschaftsabbruch im gesellschaftlichen Diskurs, Frauen.Wissen.Wien. 2019/9, 61 (69 f.). Die beiden Begriffe werden hier synonym verwendet.
 - 3 Richtig wäre es, hier von „allen Menschen, die schwanger werden und gebären können“ zu schreiben. Dazu gehören etwa auch Transmänner und Interpersonen. Es handelt sich aber wohl mehrheitlich um Cis-Frauen. In diesem Sinne sind die in der weiteren Arbeit verwendeten Begriffe „Frauen*“, „Schwangere“ und „schwängere Personen“ zu verstehen.
 - 4 Der Begriff der Leibesfrucht erscheint altmodisch, aber passend. Anders als mit den Begriffen „Embryo“, „Fötus“ oder „ungeborenes Leben“ wird mit dem Wort „Leibesfrucht“ explizit, dass das in der Gebärmutter Wachsende eben nicht getrennt von der Schwangeren gedacht werden kann, sondern es von ihr abhängt, ob daraus ein Kind wird; vgl *Gertz* in *Frauenservice Wien* 2019/9, 71.
 - 5 VfSlg 7.400/1974, 224 f, 227, 229; vgl auch in diesem Heft *Kristler*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch, *juridikum* 2023, 209.

auch eine völlige Straffreiheit von Schwangerschaftsabbrüchen verfassungsrechtlich zulässig sei.⁶

Dennoch sind Abtreibungen in den, seit ihrem Inkrafttreten am 1. Jänner 1975 nahezu unveränderten, §§ 96 bis 98 StGB⁷ grds strafbedroht. § 96 StGB stellt den mit Einwilligung der Schwangeren vorsätzlich vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch unter Strafe. Strafbar macht sich sowohl ein*e Ärzt*in und (bei höherer Strafdrohung) ein*e Nichtärzt*in, der*die den Abbruch durchführt, als auch die Person, die den Abbruch an sich vornimmt oder durch eine*n andere*n zulässt. § 97 Abs 1 StGB erklärt den Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der Schwangeren in fünf Fällen für straflos. Dieses sog *Fristen-Indikationen-Modell* enthält die Fristenlösung sowie die medizinische, die embryopathische, die Unmündigkeits- und die vitale Indikation. § 98 StGB normiert, dass die Abtreibung ohne oder gegen den Willen der Schwangeren strafbar und nur innerhalb der sehr engen Grenzen des § 98 Abs 2 StGB straffrei ist. Die § 97 Abs 2 und 3 StGB beinhalten flankierende Bestimmungen mit Blick auf das Gesundheitspersonal.⁸

Anders als der VfGH geht das StGB damit von einem Lebensrecht der Leibesfrucht aus und bringt dieses in Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Dabei werden zwei zeitliche Abschnitte im Verlauf einer Schwangerschaft gebildet. Bis zum Ablauf von drei Monaten hat gem § 97 Abs 1 Z 1 StGB das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren Vorrang. Ihre Entscheidung gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft wird respektiert. Die Straflosigkeit der Entscheidung einer Frau*, ihre Schwangerschaft abzubrechen, ist einzig an das Erfordernis der Durchführung der Abtreibung durch eine*n Ärzt*in und einer vorangehenden ärztlichen Beratung gebunden. Mit Beginn des vierten Schwangerschaftsmonats wird die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren über Fortsetzung oder Abbruch ihrer Schwangerschaft stark eingeschränkt. Das Lebensrecht der Leibesfrucht geht vor und wird nur durch das objektive Vorliegen der engen Indikationen des § 97 Abs 1 Z 2 und 3 StGB eingeschränkt.⁹

§ 97 Abs 2 und 3 StGB enthalten die sog *Gewissensklausel* und das Diskriminierungsverbot. Zweck dieser flankierenden Bestimmungen ist der „Schutz der individuellen moralischen Entscheidungsfreiheit der potentiell am Abbruch Beteiligten“. ¹⁰ Niemand darf wegen der Durchführung oder der Verweigerung von Schwangerschaftsabbrüchen diskriminiert werden. Keine Person, die einem gesetzlich geregelten Gesundheitsberuf angehört, ist zur Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs oder zur Mitwirkung daran verpflichtet. Eine strafbewehrte Mitwirkungspflicht gilt bloß im engen Fall unmit-

6 Vgl Moser, Strafrechtliche und zivilrechtliche Aspekte der Fristenregelung. Die Entwicklung des Abtreibungsstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des NS-Zeitalters, in *Floßmann*, Linzer Schriften zur Frauenforschung, Band 18 (2001) 78.

7 StGB BGBl 1974/60 idF BGBl I 2022/223.

8 Vgl Eder-Rieder in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Vor §§ 96 – 98 Rz 16; Bertell/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁵ (2020) 65 ff.

9 Vgl Eder-Rieder in Höpfel/Ratz, WK StGB² Vor §§ 96 – 98 Rz 7 f; Moser in *Floßmann* 82 f.

10 Moser in *Floßmann* 84.

telbarer, nicht anders abwendbarer Lebensgefahr für die Schwangere. Damit hat nur die ärztliche Pflicht zur Rettung des Lebens der Schwangeren bzw der Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität der Schwangeren Vorrang vor der sonst durchgängig respektierten Gewissensentscheidung des Gesundheitspersonals.¹¹

1.2. Der Zugang zu Abtreibungen in der Praxis

Im österreichischen Frauengesundheitsbericht 2011 wird die österreichische Abtreibungspraxis als „durch ein gesellschaftlich ablehnendes Klima, unzureichende Informations- und Zugangsmöglichkeiten, hohe Preise und fehlende Qualitätsstandards gekennzeichnet“¹² beschrieben. An der Situation von Frauen*, die abtreiben wollen, hat sich seither nichts geändert. Bis heute fehlen die Fristenlösung flankierende Bestimmungen, die ein ausreichendes medizinisches Angebot sicherstellen und Schwangerschaftsabbrüche in geografischer, sozialer und finanzieller Hinsicht gleichermaßen zugänglich machen. Weder Ärzt*innen noch Krankenhäuser sind gesetzlich verpflichtet, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen – außer bei Lebensgefahr für die Schwangere.¹³ Es gibt keine Vorgaben zum Umfang und den Voraussetzungen der Ausübung der Gewissensklausel durch das Gesundheitspersonal.¹⁴ Die Kosten für Abtreibungen (sowie für Verhütung) werden – außer im Fall einer medizinischen Indikation – von den Krankenversicherungsträgern nicht übernommen.¹⁵ Beihilfen für Schwangere, die über geringe finanzielle Mittel verfügen, sind nur vereinzelt auf Landesebene vorgesehen.¹⁶

Personen, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, sind deswegen mit zahlreichen Hürden konfrontiert. Eine flächendeckende Versorgung mit Gesundheitseinrichtungen, die Abtreibungen anbieten, ist nicht gewährleistet. Der Zugang zu Abtreibungen hängt vom Wohnort ab und ist nicht in allen Bundesländern gesichert.¹⁷ Abtreibungen werden überwiegend in privaten Kliniken und Praxen niedergelassener Ärzt*innen und nur in geringem

11 Vgl Eder-Rieder in Höpfel/Ratz, WK StGB² § 97 Rz 29 f; Moser in Floßmann 83.

12 Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Österreichischer Frauengesundheitsbericht 2010/2011 (2011) 227 f.

13 Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK), Frauengesundheitsbericht 2022 (2023) 80.

14 Siehe dazu schon oben zu § 97 Abs 2 und 3 StGB. § 6 Abs 3 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) BGBl 1957/1 idF BGBl I 2022/9, bestimmt bloß, dass Anstaltsordnungen weder die Durchführung einer straflosen Abtreibung oder die Mitwirkung daran verbieten noch eine entspr Weigerung des medizinischen Personals mit nachteiligen Folgen verbinden dürfen..

15 Vgl Windisch-Graetz in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 120 ASVG Rz 12 (Stand 9/2016, rdb.at).

16 Vgl Stadt Wien, Rechtsinformationen zu Schwangerschaftsabbruch – Dein Körper. Dein Recht, www.wien.gv.at/menschen/frauen/stichwort/gesundheit/dein-koerper-dein-recht/rechtsinformationen-abtreibung.html (27.4.2023); Aktionskomitee Schwangerschaftsabbruch, Finanzielle Hilfen, www.schwangerschaftsabbruch-tirol.at/finanzhilfen.php (27.4.2023).

17 Vgl BMSGPK, Frauengesundheitsbericht 81; BMG, Frauengesundheitsbericht 227 f; CHANGES for women, Jahresbericht 2020, 1, https://www.changes-for-women.org/admin/uploads/Jahresbericht%202020_final_1629728122.pdf (27.4.2023).

Ausmaß in öffentlichen Krankenanstalten vorgenommen.¹⁸ Dabei zeigt sich ein deutliches Ost-West- und Stadt-Land-Gefälle. In Wien werden Abtreibungen nach der Fristenlösung in zwei öffentlichen Spitälern sowie in sechs privaten Kliniken durchgeführt.¹⁹ In den öffentlichen Spitälern in Salzburg, Tirol und Vorarlberg werden – ohne medizinische Indikation – keine Abtreibungen durchgeführt. In Tirol und Vorarlberg können sich Frauen*, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, jeweils nur an einen einzigen niedergelassenen Gynäkologen wenden.²⁰ Die beiden Ärzte, an die sich Schwangere in Tirol und Vorarlberg wenden können, haben angekündigt, bald in Pension zu gehen. Zumindest in Vorarlberg scheint eine Lösung in Sicht: Nach langen politischen Diskussionen ist geplant, Abbrüche zukünftig in einer eigens dafür eingerichteten Praxis beim Landeskrankenhaus durchführen zu lassen.²¹ Mangels Kostenübernahme gibt es zudem keinen fixen Tarif für Abtreibungen. Die Kosten werden durch die durchführenden Ärzt*innen festgelegt, sind deswegen österreichweit uneinheitlich, mit bis zu 1.200 € aber jedenfalls hoch.²² Schließlich ist die österreichische Abtreibungspraxis durch ungenügende Informationsmöglichkeiten, Ausbildungsmängel beim medizinischen Personal, medizinisch-fachliche Defizite und nicht vorhandene Qualitätsstandards und -sicherung gekennzeichnet.²³

2. Abtreibung als Teil der reproduktiven Rechte von Schwangeren

Die Rechte auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung und die diese absichernden reproduktiven Rechte sind im menschenrechtlichen Diskurs seit Jahrzehnten eta-

18 Vgl. BMSGPK, Frauengesundheitsbericht 81; *Schleicher/Pfabigan*, *Gesundheitliche Situation von Frauen in Österreich. Grundlage für die Entwicklung des Aktionsplans Frauengesundheit (2015)* 14.

19 Vgl. ÖGF, Adressen zum Schwangerschaftsabbruch, <https://oefg.at/schwangerschaftsabbruch/> (27.4.2023). Wiens älteste Klinik für Schwangerschaftsabbrüche wurde Mitte Februar 2023 geschlossen. Ob es deswegen auch in Wien zu einem Versorgungsgap kommt, wird unterschiedlich bewertet. Vgl. *CHANGES for women/Ciocia Wienial/Pro Choice Austria/Vemina*, Gemeinsames Statement anlässlich der Schließung des pro:woman Ambulatoriums, https://www.changes-for-women.org/admin/uploads/Statement%20prowoman%20Schlie%c3%9fung%20de-en_1680080715.pdf (27.4.2023); *Goldenberg*, Warum Wiens älteste Abtreibungsklinik geschlossen hat, *FALTER.morgen* #544 3.4.2023, <https://www.falter.at/morgen/20230403/warum-wiens-aelteste-abtreibungsklinik-geschlossen-hat> (27.4.2023).

20 Vgl. ÖGF, Adressen zum Schwangerschaftsabbruch, oefg.at (27.4.2023); *Wenzel/Porak*, Weggedacht: Österreichs gehemmeter Umgang mit Abtreibungen macht die Lage für Frauen und Ärzte prekär, *DATUM* 09/2018, 29.

21 Vgl. *Hagen/Retter*, Zugang zu Abtreibungen in Vorarlberg langfristig abgesichert, *derstandard.at* 1.2.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000143086312/zugang-zu-abtreibungen-in-vorarlberg-langfristig-abgesichert?ref=article> (27.4.2023).

22 Vgl. BMSGPK, Frauengesundheitsbericht 81; *Wenzel/Porak*, *DATUM* 09/2018, 29; *BMG*, Frauengesundheitsbericht 227 f; *CHANGES for women*, Jahresbericht 2020, 1.

23 Das letzte österreichweite Adressverzeichnis ist aus dem Jahr 2013. Es beinhaltet keine Informationen zu den Kosten von Schwangerschaftsabbrüchen (*Referat Frauen & Gleichstellung der Stadt Graz*, ungewollt schwanger. Informationen zum Thema Schwangerschaftsabbruch, 2013, 52 ff). Vgl. *BMG*, Frauengesundheitsbericht 227 f; *Stegmaier*, Der fremdbestimmte Bauch, *wienerzeitung.at* 24.5.2018, https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/europa/966789-Der-fremdbestimmte-Bauch.html?em_cnt_page=3 (27.4.2023); *Buchbacher*, Abtreibungskandal: Die Ärztekammer und ihre Qualitätssicherung haben versagt. Abtreibungen. Die Lehren aus dem Skandal um eine Wiener Ärztin, *profil.at* 20.7.2013, <https://www.profil.at/home/abtreibungskandal-die-aerzte-kammer-qualitaetsicherung-362460> (27.4.2023); *Wölfl*, Abtreibungen mit Pille sind einfach und sicher – wieso kosten sie trotzdem so viel? *Moment.at* 15.6.2021, <https://www.moment.at/story/abtreibungspille-kosten-wien> (2.2.2023); *Wenzel/Porak*, *DATUM* 09/2018, 30.

bliert.²⁴ Verankert sind sie in verschiedenen internationalen Menschenrechtsverträgen.²⁵ Dazu gehören ua das Recht auf Gesundheit nach Art 12 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr)²⁶ und das Recht auf Privatsphäre in Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁷ sowie das Recht auf Gleichberechtigung und Freiheit von Diskriminierung im Gesundheitswesen nach Art 12 der Konvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau (CEDAW).²⁸ Seinen unmittelbarsten Ausdruck findet das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung in Art 16 Abs 1 lit e CEDAW und Art 23 Abs 1 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK).²⁹ Sie schützen das Recht von Frauen* und Menschen mit Behinderungen auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied ihrer Kinder sowie auf Zugang zu den zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Informationen und Mitteln.

Die Auswirkungen von unsicheren Schwangerschaftsabbrüchen auf die Gesundheit Betroffener wurden schon in den 1990er Jahren in den Erklärungen der UN-Weltbevölkerungskonferenz von Kairo und der Weltfrauenkonferenz von Beijing als schwerwiegendes Problem der öffentlichen Gesundheit anerkannt.³⁰ Gerade in diesem Zusammenhang hatten die Erklärungen aber auch eine „bezeichnende Lücke“.³¹ Zwar verpflichteten sich die Staaten dazu, die Voraussetzungen zum Schutz der reproduktiven Gesundheit zu sichern und den Zugang zu Methoden der Familienplanung für jede*n zu gewährleisten, Abtreibungen wurden davon aber ausdrücklich ausgenommen.³² Der Minimalkonsens lautete: „In circumstances where abortion is not against the law, such abortion should be safe.“³³ Auch vor dem Hintergrund, dass die Kriminalisierung von Frauen*, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, Abtreibungsraten nicht senkt, sondern va die Gefahr von unsicheren Abtreibungen erhöht, hat sich der menschenrechtliche Diskurs zu den reproduktiven Rechten iZm Schwangerschaftsabbrüchen seither erheblich weiterentwickelt.³⁴

24 *Busch*, Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte – Zu Geschichte und Aktualität eines Paradigmenwechsels, in *Busch*, Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte: Nationale und internationale Perspektiven (2010) 9 (15).

25 Vgl UN, Programme of Action, Adopted at the International Conference on Population and Development (ICPD), Cairo, 5-13 September 1994, A/CONF.171/13, Chapter VII, Art 7.3; UN, Beijing Declaration and Platform of Action, Adopted at the Fourth World Conference on Women, Beijing, 4-15 September 1995, Chapter IV, Art 95. Für eine ausführliche Darstellung der grundlegenden Menschenrechte, die den reproduktiven Rechten zugrunde liegen, einschließlich internationaler und regionaler Menschenrechtsverträge und -erklärungen vgl *Center for Reproductive Rights*, Reproductive Rights Are Human Rights, 2009, https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/RrareHR_final.pdf (31.1.2023).

26 Sozialpakt 993 UNTS 3.

27 Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 1958/210 idF BGBl III 2021/68.

28 Frauenrechtskonvention 1249 UNTS 13.

29 Behindertenrechtskonvention 2515 UNTS 3.

30 UN, Programme of Action, Art 8.25; UN, Beijing Declaration, para 106.

31 *Wichterich*, Sexuelle und reproduktive Rechte, in *Heinrich Böll Stiftung*, Schriften des Gunda Werner Instituts, Band 11 (2015) 8.

32 Vgl *Busch* in *Busch* 15.

33 UN, Programme of Action, Art 8.25; UN, Beijing Declaration and Platform of Action, Art 106 lit k.

34 Vgl ua *CoE Parliamentary Assembly*, Access to safe and legal abortion in Europe, Resolution 1607 (2008); *Europäisches Parlament*, Sexuelle und reproduktive Gesundheit und die damit verbundenen Rechte in der EU im Zusam-

Heute wird aus den Rechten auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung, dem Gebot der Geschlechtergleichheit und dem Diskriminierungsverbot ein Recht von Schwangeren auf sichere und legale Schwangerschaftsabbrüche abgeleitet.³⁵ Daraus resultieren eine Reihe von staatlichen Unterlassungs-, Gewährleistungs- und Schutzpflichten.

2.1. Verpflichtung zur Entkriminalisierung

Nach der Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK enthält die Konvention kein allgemeines Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch.³⁶ (Straf-)gesetzliche Bestimmungen zur Zulässigkeit von Abtreibungen sind aber an den Rechten Schwangerer nach Art 8 EMRK zu messen.³⁷ Die Frage, wann das Recht auf Leben nach Art 2 EMRK beginnt, fällt in den staatlichen Ermessensspielraum.³⁸ Weder aus Art 2 EMRK noch aus Art 8 EMRK ergibt sich eine Schutzpflicht zugunsten der Leibesfrucht.³⁹ Weil aber die reproduktiven Rechte Schwangerer und allfällige Rechte der Leibesfrucht untrennbar miteinander verbunden sind, führt der staatliche Ermessensspielraum bzgl des Schutzes der Leibesfrucht zwangsläufig auch zu einem Ermessensspielraum hinsichtlich des Ausgleichs mit den Rechten der Schwangeren.⁴⁰ In diesem Sinne bringt der EGMR stets die berührten Interessen der Schwangeren gegen das öffentliche Interesse am Schutz des Lebens der Leibesfrucht in Abwägung.⁴¹ Welchem Interesse Vorrang einzuräumen ist, hängt va davon ab, welche Motive dem Wunsch nach Abbruch der Schwangerschaft zugrunde liegen. Ein Verbot eines zur Rettung des Lebens der schwangeren Person notwendigen Schwangerschaftsabbruchs wäre mit dem Recht auf Leben nicht vereinbar. Aus der Zusammenschau der EGMR-Judikatur spricht vieles dafür, den Rechten Schwangerer aus Art 8 EMRK im Fall einer Gesundheitsgefährdung, einer embryopathischen Indikation

menhang mit der Gesundheit von Frauen. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24. Juni 2021 zu der Lage im Hinblick auf die sexuelle und reproduktive Gesundheit und die damit verbundenen Rechte in der EU im Zusammenhang mit der Gesundheit von Frauen, P9_TA(2021)0314, Abs 33 ff.

35 Vgl *Klein/Wapler*, Reproduktive Gesundheit und Rechte, ApuZ 2019, 20 (24); *OHCHR*, Abortion, Information Series on Sexual and Reproductive Health and Rights, Updated (2020) 4. Für einen Überblick über die zahlreichen internationalen und regionalen Menschenrechtsnormen, aus denen die Vertragsüberwachungsorgane ein Recht von Frauen* auf Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen ableiten, vgl *Center for Reproductive Rights*, Safe and Legal Abortion is a Woman's Human Right, Briefing Paper, (2011) Table 1.

36 Vgl *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK Handkommentar⁴ (2017) Art 8 Rz 14, 29; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit. Das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2015) 338, mit Verweisen zu EKMR 12.7.1977, 6959/75, *Brüggemann und Scheuten*, Rz 61; EGMR 16.12.2010, 25579/05, *A., B. und C.*, Rz 216; EGMR 8.7.2004, 53924/00, *Vo*, Rz 76.

37 Vgl *Forster* in *Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 8 EMRK Rz 57 (Stand 1.1.2021, rdb.at), mit Verweis zu EGMR 20.3.2007, 5410/03, *Tysiac*, Rz 106; EGMR, 10.4.2007, 6339/05, *Evans*, Rz 71; EGMR, *A., B. und C.*, Rz 212; siehe auch EKMR, *Brüggemann und Scheuten*, Rz 61; EGMR, *Vo*, Rz 76; EGMR, 26.5.2011, 27627/04, *R.R.*, Rz 181.

38 EGMR, *Vo*, Rz 82; EGMR, *R.R.*, Rz 186.

39 Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 56 f.

40 EGMR, *A., B. und C.*, Rz 237; EGMR, *R.R.*, Rz 186.

41 EGMR, *A., B. und C.*, Rz 213; EGMR, *Vo*, Rz 80.

und einer aus einer strafbaren Handlung resultierenden Schwangerschaft Vorrang zu geben. Eine Abtreibung, die nicht durch besondere Umstände indiziert ist, sondern allein dem Wunsch der schwangeren Person entspricht, muss nicht gestattet werden.⁴²

Anders als der EGMR, verlangen mehrere UN-Vertragsüberwachungsorgane in allgemeinen Kommentaren und Empfehlungen zu Art 12 IPwskR, der CEDAW und der UN-BRK die prinzipielle Entkriminalisierung von Abtreibungen, ohne Einschränkung auf besondere Situationen.⁴³ Frauen* den Zugang zu Dienstleistungen zu verweigern, die nur sie benötigen, ist per se diskriminierend iSd CEDAW.⁴⁴ Die Kriminalisierung von Abtreibungen, die Verweigerung oder Verzögerung einer sicheren Abtreibung und der Betreuung danach sowie die erzwungene Fortsetzung der Schwangerschaft verletzen die Rechte von Frauen* auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung, beeinträchtigen die Autonomie bei der vollen Wahrnehmung des Rechts auf reproduktive Gesundheit, und stellen eine Form der geschlechtsspezifischen Gewalt dar.⁴⁵ Es wird darauf abgestellt, dass schon die Androhung strafrechtlicher Sanktionen Stigmatisierung erzeugt bzw verfestigt und Angehörige der Gesundheitsberufe abschreckt, legale Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen.⁴⁶ Die staatliche Verpflichtung zur Aufhebung aller diskriminierenden gesetzlichen Bestimmungen beinhaltet daher auch eine Verpflichtung zur Aufhebung von Gesetzen, die Abtreibungen kriminalisieren. Schwangerschaftsabbrüche sind in einer Weise zu legalisieren, die die Autonomie von Frauen*, einschließlich Frauen* mit Behinderungen, uneingeschränkt respektiert.⁴⁷

2.2. Gewährleistung eines effektiven Zugangs zu legalen Abtreibungen

Bei der Frage, ob Abtreibungen erlaubt werden, gewährt der EGMR den Staaten einen sehr weiten Ermessensspielraum. Wenn die nationale Rechtsordnung Schwangerschaftsabbrüche zulässt, legt er hingegen einen strengeren Maßstab an. Nach der Judikatur des EGMR erwächst aus der innerstaatlichen Erlaubnis von Abtreibungen ein Recht betroffener Schwangerer auf Zugang dazu, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

42 Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 388 f.

43 Vgl *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Women's Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends (2017) 4 f.

44 Vgl *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Report, A/HRC/32/44 (2016) para 28.

45 Vgl CESCR, General Comment No. 22 on the Right to Sexual and Reproductive health, E/C.12/GC/22 (2016) para 34; CEDAW, General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, CEDAW/C/GC/35 (2017) para 18; Vgl *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Report (2016) para 79.

46 Vgl *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Report (2016) para 78; *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Women's Autonomy (2017) 5.

47 Vgl *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Report (2016) para 106 lit d; CESCR, General Comment No. 22 (2016) para 34; CEDAW, General Recommendation No. 35 (2017) para 31 lit a; CRPD/CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint Statement, 29.8.2018.

Art 8 EMRK beinhaltet positive staatliche Verpflichtungen, die effektive Inanspruchnahme dieses Rechts tatsächlich zu ermöglichen:⁴⁸ Weil die EMRK keine theoretischen, sondern praktische und wirksame Rechte garantiert,⁴⁹ darf der rechtliche Rahmen nicht derart gestaltet sein, dass die tatsächlichen Möglichkeiten, eine erlaubte Abtreibung vorzunehmen, eingeschränkt werden, und muss ein Verfahren bereitgestellt werden, das Schwangeren erlaubt, effektiven Gebrauch von ihrem Recht auf Abbruch ihrer Schwangerschaft zu machen.⁵⁰ Mehrfach hat der Gerichtshof zudem festgestellt, dass gesetzliche Einschränkungen, zusammen mit dem Risiko einer strafrechtlichen Verantwortung, eine abschreckende Wirkung („chilling effect“) auf schwangere Frauen* und auf Ärzt*innen haben – und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich Strafverfolgung droht. Normen über die Verfügbarkeit von legalen Abtreibungen sollten daher so formuliert werden, dass sie diese abschreckende Wirkung mildern.⁵¹

Auch die zuständigen UN-Vertragsüberwachungsorgane haben in allgemeinen Empfehlungen und Kommentaren zu Art 12 IPwskR und der CEDAW eine Reihe von positiven staatlichen Verpflichtungen bei der Gewährleistung eines effektiven Zugangs zu Abtreibungen festgestellt: Grundsätzlich ist durch geeignete gesetzgeberische, administrative, haushaltsrechtliche, fördernde und andere Maßnahmen darauf abzielen, einen allgemeinen Zugang ohne Diskriminierung für alle Personen zu gewährleisten, einschließlich diejenigen aus benachteiligten und marginalisierten Gruppen. Gesundheitseinrichtungen, Güter, Informationen und Dienstleistungen iZm Abtreibungen, die akzeptabel und von guter Qualität sind, sind verfügbar und zugänglich zu machen.⁵² Dabei ist sicherzustellen, dass der Zugang dazu selbstbestimmt, rechtzeitig und erschwinglich ist.⁵³ Alle diskriminierenden Hindernisse, die nicht auf medizinischen Erfordernissen beruhen, sind zu beseitigen. Es ist sicherzustellen, dass Gesundheitseinrichtungen, die Abtreibungen vornehmen, gleichmäßig über den Staat verteilt sind. Schwangerschaftsabbrüche sind in den allgemeinen Krankenversicherungsschutz einzubeziehen oder zumindest zu subventionieren, damit auch Personen mit begrenzten finanziellen Mitteln Zugang dazu haben. Medizinisches Personal ist angemessen zu schulen, auch im Hinblick auf die reproduktiven Rechte von Schwangeren.⁵⁴

48 Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 376 f.

49 Grundlegend dazu EGMR 6.2.1981, 6289/73, *Airey/Irland*, Rz 24.

50 EGMR 30.10.2021, 57375/08, *P. und S.*, Rz 99; EGMR, *R.R.*, Rz 200; EGMR, *Tysiác*, Rz 116-124, EGMR, *A., B. und C.*, Rz 246, 249.

51 EGMR *A., B. und C.*, Rz 254; EGMR, *R.R.*, Rz 193; EGMR, *Tysiác*, Rz 116.

52 Vgl *CESCR*, General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health, E/C.12/2000/4 (2000) para 33, 36-37, *CESCR*, General Comment No. 22 (2016) para 11-21, 45 f.

53 Vgl *CEDAW*, General Comment No. 24 (1999) para 21; *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Women's Autonomy (2017) 7.

54 Vgl *CEDAW*, General Comment No. 24 (1999) para 21, 38; *CEDAW*, Concluding observations on the seventh and eighth periodic reports of Austria, *CEDAW/C/AUT/CO/7-8* (2013) para 38 f; *CESCR*, General Comment No. 22 (2016) para 46; *CEDAW*, Concluding observations on the ninth periodic report of Austria, *CEDAW/C/AUT/CO/9* (2019) para 34 f; *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, Women's Autonomy (2017) 7.

2.3. Die Inanspruchnahme von Gewissensklauseln

Die reproduktiven Rechte von Schwangeren, sowohl nach Art 8 EMRK als auch nach Art 12 IPwskR und Art 12 CEDAW, beinhalten eine positive staatliche Verpflichtung, sicherzustellen, dass die Möglichkeit, die Durchführung des Abbruchs aus Gewissensgründen zu verweigern, für Schwangere, die eine Abtreibung möchten, kein Hindernis darstellt. Der EGMR hat sich bisher nicht im Detail damit auseinandergesetzt, ob die Möglichkeit von im Gesundheitsbereich tätigen Personen, Abtreibungen aus Gewissensgründen abzulehnen, mit der Konvention vereinbar ist.⁵⁵ Im Hinblick auf die reproduktiven Rechte von Schwangeren hat der EGMR aber ohnehin unmissverständlich klargestellt, dass Art 8 EMRK die Staaten dazu verpflichtet, ihr Gesundheitswesen so zu organisieren, dass die wirksame Ausübung der Gewissensfreiheit der in diesem Bereich tätigen Personen Patient*innen nicht daran hindert, Zugang zu den Dienstleistungen zu erhalten, auf die sie einen Rechtsanspruch haben.⁵⁶ Die Verweigerung einer legalen Abtreibung hat deswegen schriftlich zu erfolgen und ist in die Krankenakte aufzunehmen. Vor allem ist Ärzt*innen die Verpflichtung aufzuerlegen, an eine*n anderen zuständige*n und kompetente*n Ärzt*in zu überweisen.⁵⁷ Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, dass ausreichend Personal aufgenommen wird, das keine Gewissensgründe gegen die Vornahme von Abtreibungen vorbringt. Die Notwendigkeit der Sicherstellung des Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen würde auch einen arbeitsvertraglichen Ausschluss der Geltendmachung von Gewissensgründen rechtfertigen. Zudem können Krankenanstalten gesetzlich zur Vornahme von Abtreibungen verpflichtet werden.⁵⁸ Auf die Gewissensfreiheit nach Art 9 EMRK können sich nämlich nur Individuen, nicht aber Institutionen berufen.⁵⁹ Auch das Recht auf Gesundheit nach Art 12 IPwskR und die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung im Gesundheitsbereich nach Art 12 CEDAW verlangen, dass der Zugang von Frauen* zu sicheren und legalen Schwangerschaftsabbrüchen durch die Geltendmachung von Gewissensgründen des Gesundheitspersonals nicht beeinträchtigt wird. Die UN-Vertragsüberwachungsorgane haben immer wieder festgestellt, dass es dafür klare gesetzliche Vorgaben über den Umfang und die Bedingungen der Ausübung von Gewissensklauseln braucht. Insb muss sichergestellt werden, dass Betroffene an Gesundheitsdienstleister*innen in derselben oder einer anderen leicht zugänglichen Gesundheitseinrichtung verwiesen werden, die in der Lage und bereit sind, Abtreibungen vorzunehmen.⁶⁰

55 Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 92 f.

56 EGMR, R. R., Rz 206; EGMR P. und S., Rz 106.

57 EGMR P. und S., Rz 107.

58 Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 94 f.

59 Vgl *Zampas/Andión-Ibañez*, Conscientious Objection to Sexual and Reproductive Health Services: International Human Rights Standards and European Law and Practice, *European Journal of Health Law* 2012, 231 (241), unter Verweis auf EKMR 12.10.1988, 11921/86, Verein „Kontakt-Information-Therapie“ (KIT) und Siegfried Hagen.

60 Vgl CEDAW, General Recommendation No. 24 (1999) para 11; WHO, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* (2012) 69, 96; CESCR, General Comment No. 22 (2016) para 43; CEDAW, *Concluding Observations Austria* (2019) para 34 f.

3. Fazit

Aus den Rechten auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung, verankert in den Art 8 EMRK, Art 12 IPwskR und der CEDAW, wird ein Recht von Schwangeren auf Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen abgeleitet. Daraus resultieren eine Reihe staatlicher Unterlassungs-, Gewährleistungs- und Schutzpflichten. (Straf-)Gesetzliche Bestimmungen sind abzuschaffen, die Personen, die eine Abtreibung vorgenommen haben, oder diese Dienste anbietende Ärzt*innen bestrafen. Für Schwangere, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, ist ein effektiver Zugang zu angemessener Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Diskriminierende Hindernisse, die nicht auf medizinischen Erfordernissen beruhen, sind zu beseitigen. Das öffentliche Gesundheitssystem ist so zu organisieren, dass schwangere Personen nicht am Zugang zu sicheren und legalen Abtreibungen gehindert werden – auch nicht durch eine allfällige Möglichkeit des Gesundheitspersonals, die Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen aus Gewissensgründen zu verweigern.

Die rechtliche Situation, in der sich Frauen*, die sich gegen die Fortsetzung ihrer Schwangerschaft entscheiden, in Österreich befinden, ist damit nicht vereinbar. Abtreibungen sind grds strafbar. Schwangere sind verpflichtet, eine Schwangerschaft auch gegen ihren Willen fortzusetzen. Der Strafgesetzgeber verzichtet unter gesetzlich bestimmten Umständen zwar auf die Strafverfolgung. Die Verankerung der Abtreibung im Strafrecht – verstärkt durch das umfassende Weigerungsrecht der im Gesundheitsbereich Tätigen – macht aber deutlich, dass die selbstbestimmte Entscheidung einer Frau* gegen die Fortsetzung ihrer Schwangerschaft in Österreich sozial unerwünscht ist und normativ missbilligt wird.

Den weiten staatlichen Ermessensspielraum, der zur Zulässigkeit von Abtreibungen nach der Judikatur des EGMR besteht, dürften die §§ 96 ff StGB zwar nicht überschreiten. Dass die Entscheidung einer Schwangeren gegen die Fortsetzung ihrer Schwangerschaft in den ersten drei Monaten unabhängig vom Vorliegen weiterer Umstände straflos bleibt, geht sogar darüber hinaus, was in der Judikatur zu Art 8 EMRK verlangt wird.

Anderes gilt nach Art 12 IPwskR, der CEDAW und der UN-BRK in der Auslegung durch die UN-Vertragsüberwachungsorgane. Danach genügt es nicht, Schwangerschaftsabbrüche unter bestimmten Umständen zu erlauben, verlangt wird eine prinzipielle Entkriminalisierung. Weil die UN-Vertragsüberwachungsorgane darauf abstellen, dass schon die Androhung von Sanktionen Stigmatisierung verfestigt und medizinisches Personal davon abhält, legale Abtreibungen vorzunehmen, wird die in § 97 Abs 1 StGB normierte Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs den reproduktiven Rechten von Schwangeren nicht gerecht. Notwendig erscheint vielmehr eine an den Rechten auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung orientierte Neuregelung der Abtreibung als öffentliche Gesundheitsleistung außerhalb des StGB.

Ohne Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs ist auch eine Verbesserung des Zugangs dazu nicht zu erwarten. Die Verankerung des Schwangerschaftsabbruchs im

Strafrecht, gemeinsam mit dem Fehlen von Bestimmungen zum Zugang dazu, verhindert eine angemessene Gesundheitsversorgung von Schwangeren, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen. Ein flächendeckendes Angebot ist nicht gewährleistet. Die Kosten sind hoch und von den Betroffenen selbst zu tragen.

Damit steht fest, dass die tatsächliche Situation, in der sich Schwangere, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, in Österreich befinden, mit ihren reproduktiven Rechten nicht vereinbar ist. Sowohl aus der Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK als auch aus der Auslegung der Rechte auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung im IPwskR und der CEDAW durch die UN-Vertragsüberwachungsorgane ergibt sich eine menschenrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines effektiven Zugangs zu legalen Abtreibungen. Aus der Strafflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen nach dem Fristen-Indikationenmodell in § 97 Abs 1 StGB erwächst ein Recht von Schwangeren auf Zugang dazu. Sicherzustellen ist ein allgemeiner, diskriminierungsfreier Zugang – in geografischer, sozialer und finanzieller Hinsicht. Rechtliche und faktische Hindernisse, mit denen Frauen*, die ihre Schwangerschaft abbrechen wollen, konfrontiert sind, sind abzuschaffen. Um die gravierenden Versorgungslücken zu schließen, erscheint es ua notwendig, öffentliche Krankenhäuser zur Vornahme von Abtreibungen zu verpflichten und Schwangerschaftsabbrüche in den allgemeinen Krankenversicherungsschutz aufzunehmen. Darüber hinaus sind der Umfang und die Voraussetzungen der Geltendmachung der Gewissensklausel näher zu bestimmen. Insb ist das Gesundheitspersonal, das die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen verweigert, dazu zu verpflichten, betroffene Personen an eine andere leicht zugängliche und kompetente Gesundheitseinrichtung zu überweisen. Zudem sind Maßnahmen erforderlich, die die Informationslücken sowie die medizinisch-fachlichen Mängel und Ausbildungsdefizite des Gesundheitspersonals beheben.

MMag.^a Johanna Schlintl ist Rechtsberaterin bei der UNDOK Anlaufstelle zur gewerkschaftlichen Unterstützung UNDOKumentiert Arbeitender und dem helping hands Koordinationsbüro für integrative und antirassistische Projekte; johanna.schlintl@chello.at.

CHANGES for women

Eine Privatinitiative füllt Lücken im Gesundheitssystem

Anna Maria Lampert

1. Ausgangssituation

Auslöser für die Gründung von *CHANGES for women* (kurz *CHANGES*) war folgender Fall im Jahr 2018: Ein unmündiges Mädchen wird nach einer Vergewaltigung schwanger. Sie möchte die Schwangerschaft abbrechen, doch der Eingriff ist privat zu bezahlen und sehr teuer. Das zuständige Amt in Niederösterreich lehnt die Kostenübernahme (KU) ab, obwohl eine Finanzierung in gesetzlich von der Fristenlösung ausgenommenen Fällen über die Krankenkasse möglich ist. Eine Anlaufstelle für Betroffene, die sich einen Schwangerschaftsabbruch (SAB) aus eigenen Mitteln nicht leisten können, existiert zu dem Zeitpunkt nicht. Nur über Umwege gelingt es engagierten Mitarbeiter*innen der zuständigen Wiener Klinik, das Mädchen bei der Finanzierung zu unterstützen. Um diese Lücke im Sozial- und Gesundheitssystem zu füllen, wird *CHANGES* ins Leben gerufen.

1.1. Vereinsgründung

Der gemeinnützige Verein wurde im Dezember 2018 in Wien gegründet und agiert völlig unabhängig. Alle Mitglieder arbeiten ehrenamtlich für die rein spendenfinanzierte Initiative. Bis heute gibt es keinerlei finanzielle Förderung aus öffentlicher Hand. Hauptaugenmerk ist die schnelle und unbürokratische finanzielle Unterstützung ungewollt Schwangerer, die sich einen benötigten SAB in der aktuellen Lebenssituation nicht leisten können. Eine Unterstützung kann lediglich für Kosten im direkten Zusammenhang mit dem benötigten SAB erfolgen. Oberstes Prinzip: Keine Person darf sich aufgrund ihrer finanziellen Situation zum Austragen einer (ungewollten) Schwangerschaft gezwungen fühlen oder sich durch Ausleihen von Geld im persönlichen Umfeld in Abhängigkeit begeben müssen.

1.2. Ablauf der Unterstützung

Eine Kontaktaufnahme erfolgt per E-Mail an hilfe@changes-for-women.org. Die Betroffenen werden dann telefonisch kontaktiert, um eine mögliche Unterstützung abzuklären oder ggf weiterzuvermitteln. Kommt es zu einer KU, wird diese im Vorfeld schriftlich bei

der jeweiligen Klinik/Ordination bestätigt und nach erfolgtem SAB die Rechnung direkt an den Verein übermittelt. Somit müssen die Hilfesuchenden nicht in Vorleistung treten. Neben der vollen KU des Eingriffs ist auch eine Teilkostenübernahme, ein zinsloses Darlehen oder die Übernahme anderer Kosten im direkten Zusammenhang mit dem SAB wie bspw Reisekosten oder notwendige Dolmetschkosten möglich.

1.3. Bisherige Arbeit

Seit 2020 übernimmt der Verein Kosten für SAB. Waren es damals bei 15 Anfragen 9 Kostenübernahmen, so gab es 2021 bereits 123 Anfragen an *CHANGES*, von denen 73 SAB (mit)finanziert wurden. Im vergangenen Jahr erreichten den Verein bereits 247 Anfragen von ungewollt Schwangeren, wovon 122 SAB (mit)finanziert wurden. Mit Stand 8.4.2023 waren es heuer bereits 100 Kontaktaufnahmen und 63 KUs. Durchschnittlich werden pro Abbruch € 404,46 von *CHANGES* übernommen.

2. Hürden für Betroffene und den Verein

Obwohl der SAB zum gynäkologischen Alltag gehört, wird er in Österreich nach wie vor im Strafgesetzbuch geregelt. Konkret heißt das, dass das Abbrechen einer Schwangerschaft grundsätzlich sowohl für die schwangere Person als auch für die Person, die den SAB durchführt, lt § 96 StGB¹ einen Straftatbestand darstellt. Seit 1975 gilt jedoch die Fristenlösung (§ 97 StGB), nach der eine Person sich vor Ende des dritten Schwangerschaftsmonats freiwillig für eine Abtreibung durch ein*e Ärzt*in entscheiden darf.

2.1. Hohe Kosten

Diese Tatsache führt dazu, dass SAB in Österreich eine reine Privatleistung sind und nur in sehr wenigen Ausnahmefällen (wie bspw im eingangs erwähnten Fall bei Unmündigkeit) von der Krankenkasse übernommen werden. Dies hat zur Folge, dass die Preisgestaltung willkürlich ist. Ein chirurgischer Abbruch im Wiener Gemeindespital liegt aktuell bei € 355,41 und geht innerhalb Österreichs bis knapp € 1.000. Eine Ratenzahlung ist im Normalfall nicht möglich. Einzig in Wien gibt es bei Erfüllung gewisser formaler Voraussetzungen die Möglichkeit, bei der MA 40, der Magistratsabteilung für Soziales, einen Antrag auf Finanzierung eines SAB innerhalb der Fristenregelung zu stellen. Da hier jedoch eine Einkommensgrenze vorgeschrieben ist, haben die Sachbearbeiter*innen eine beschränkte Handhabe. *CHANGES* hat in solchen Fällen mehr Handlungsspielraum, da auf jede Anfrage individuell eingegangen wird.

1 Strafgesetzbuch (StGB) BGBl 1974/60 idF BGBl I 2022/223.

2.2. Lückenhafter Zugang

Eine weitere Folge der Regelung im StGB ist die sehr lückenhafte Versorgung. So gibt es im Burgenland keine Klinik oder Ordination, in der SAB angeboten werden. Der einzige Arzt in Vorarlberg, der Abbrüche durchführt, wird bald in Pension gehen – das Land stellt mittlerweile Räumlichkeiten zur Verfügung, an der Umsetzung wird noch gearbeitet.² Auch der Innsbrucker Arzt, der für ganz Tirol zuständig ist, wird in absehbarer Zeit eine Nachfolge brauchen. Lediglich in Wien sieht die Lage ein wenig besser aus und es gibt auch ein öffentliches Spital, in welchem SAB innerhalb der Fristenregelung vorgenommen werden. Tatsächlich beschränkt sich dies aber auf eine Handvoll Termine pro Woche. Zurückzuführen ist dies neben beschränkten OP-Plätzen auf die sogenannte Gewissensklausel im § 97 Abs 2 StGB, die es ermöglicht, dass medizinisches Personal die Durchführung einer Abtreibung aus Gewissensgründen ablehnen kann. Den Rest decken private Ambulatorien und Ärzt*innen ab, wobei eine der renommiertesten Tageskliniken, die hauptsächlich auf sozial Schwache spezialisiert war, seit Ende März 2023 geschlossen hat. Das zeigt noch einmal mehr die Problematik, wenn die Versorgungssicherheit hauptsächlich von privatwirtschaftlichen Akteur*innen abhängig ist.

2.3. Gesellschaftliches Tabu

Auch der Zugang zu objektiver Information und ergebnisoffenen Beratungsstellen deckt nicht den tatsächlichen Bedarf. Im Internet stoßen Menschen oft auf moralisierende Inhalte anstatt auf die benötigte Hilfestellung. Im ersten Moment seriöse Seiten entpuppen sich immer wieder als Versuche, Personen von SAB abzuhalten. Die Regelung im StGB hat direkt zur Folge, dass Menschen, die einen SAB hatten, gehemmt sind, darüber zu sprechen. Dies verhindert einen offenen Diskurs, der zu einer Enttabuisierung beitragen könnte. Oft ist *CHANGES* die einzige Stelle, der sich Betroffene anvertrauen oder die Mitarbeiter*innen die ersten, die ihnen wohlwollend gegenüber treten, ohne sie zu verurteilen.

2.4. Unklare Regelung

Durch die Formulierungen im § 97 Abs 1 StGB kommt es tw zu Unklarheiten, die die Bereitstellung klarer Informationen erschweren. So ist nach Z 1 ein SAB zwar „innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft“ straffrei, jedoch ist nicht klar geregelt, was als Beginn der Schwangerschaft gilt – die Befruchtung der Eizelle oder die Einnistung der befruchteten Eizelle. Dadurch entsteht ein theoretischer Spielraum von bis zu zwei Wochen, der praktisch kaum genutzt wird. Meistens ist ein SAB bis zum

² *Hagen/Retter*, Lösung: Zugang zu Abtreibungen in Vorarlberg langfristig abgesichert, www.derstandard.at/story/2000143086312/ (1.2.2023).

Ende der 14. Schwangerschaftswoche nach dem ersten Tag der letzten Menstruation möglich. In der Praxis wird mittels Ultraschall festgestellt, ob das Gewebe noch klein genug ist, um im Rahmen der Fristenlösung abgesaugt zu werden.

Auch die unter Z 2 geregelten Ausnahmen, die einen SAB auch über diese Frist hinaus ermöglichen, sind unklar formuliert. Was genau als „ernste Gefahr für das Leben“ oder als „schwerer Schaden für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren“ gilt, wird von einer meist hausinternen Ethikkommission für die Öffentlichkeit undurchschaubar entschieden. Auch eine Kostenübernahme durch die Krankenkassen gestaltet sich bspw bei Abtreibungen unmündiger Schwangerer meist als Hürdenlauf, obwohl diese per Gesetz von der Fristenlösung ausgenommen sind und somit übernommen werden müssten.

3. Zukunftsvision

So lange SAB in Österreich nicht entkriminalisiert sind bzw nicht von der öffentlichen Hand bezahlt werden, wird es Initiativen wie *CHANGES for women* brauchen. Damit diese ehrenamtliche Arbeit nicht mehr notwendig ist, muss sich neben der gesellschaftlichen Enttabuisierung noch viel ändern: Regelung von SAB außerhalb des StGB, bundesweit einheitliche Preispolitik, KU durch die Krankenkassen, flächendeckender Zugang in allen gynäkologischen Ambulanzen, die Umsetzung der WHO Richtlinien zu sicheren Schwangerschaftsabbrüchen,³ kostenloser Zugang zu Verhütungsmitteln und zeitgemäße sexuelle Bildung für Alle.

Anna Maria Lampert ist Vorstandsmitglied bei *CHANGES for women* und lebt in Wien. Sie ist Sozialarbeiterin, Familienplanungsberaterin und Sexualpädagogin. Außerdem vertritt sie *CHANGES for women* beim Verein *Vemina – Netzwerk für Frauen*gesundheit und weibliche Vielfalt*; info@changes-for-women.org

3 WHO, Abortion care guideline (2022), www.who.int/publications/i/item/9789240039483 (10.2.2023).

No Choice Advocates

Wie der Angriff auf reproduktive Rechte säkulare und religiöse Antifeministen vereint

Birgit Sauer / Stefanie Mayer

Die Liberalisierung des österreichischen Abtreibungsrechts in den 1970er Jahren war für ein Land mit einer damals starken katholischen Kirche, mit großem Einfluss auf politische Entscheidungen, überraschend. Mit Duldung katholischer Akteur:innen wurde 1975 eine Fristenlösung eingeführt.¹ Die Umsetzung des geänderten Strafparagrafen blieb freilich seither mehr als prekär. Auch wenn Abtreibungen gemäß der Fristenregelung straffrei sind, so ist es in Österreich in manchen, va ländlichen Regionen dennoch schwierig, eine Schwangerschaft zu beenden. Unter Berufung auf christliche Werte bieten manche Ärzt:innen und (auch öffentliche) Krankenhäuser den Eingriff nicht an. Da die Kosten nur bei einer medizinischen Indikation übernommen werden, schuf die Regelung Unterschiede zwischen Frauen unterschiedlicher Einkommens- und Vermögenschichten in Bezug auf den Zugang zu Abbrüchen. Pro-Life-Bewegungen erstarkten schließlich seit den 1990er Jahren und starteten Anti-Abtreibungskampagnen, oftmals mit aggressiven Drohungen und Nötigungen vor Ambulatorien.

Kaum neu ist, dass die katholische Kirche ebenso wie außerhalb der Institution agierende christlich-fundamentalistische Gruppierungen Schwangerschaftsabbrüche ablehnen. Ebenso wenig neu ist die Sorge rechtsextremer, völkisch-nationalistischer Gruppierungen um die „Reinheit“ des Volkskörpers, die sich in einer entsprechenden Bevölkerungspolitik ausdrückt.² Die Angst vor einer angeblichen „Überfremdung“ – ein Begriff, der unmittelbar dem NS-Repertoire entnommen ist – wird nicht zuletzt von der FPÖ seit Jahrzehnten geschürt und findet heute ua in der Verschwörungserzählung vom ‚Großen Austausch‘ der Bevölkerung ihren Ausdruck. In diesem Narrativ verbindet sich die Angst vor fallenden Geburtenraten bei der autochthonen europäischen Bevölkerung, für die nicht zuletzt Schwangerschaftsabbrüche verantwortlich gemacht werden, mit der aggressiven Abwehr außereuropäischer Migration – beides vermeintlich das Werk bösartiger Eliten. Verändert haben sich seit den 2010er Jahren allerdings die Bedingungen, unter denen solche Kampagnen stattfinden. Zum einen zeigt der Umbau und die personelle

1 Köpl, *State feminism and policy debates on abortion in Austria*, in *McBride Stetson* (ed), *Abortion Politics, Women's Movements and the Democratic State* (2001) 17 (passim).

2 *Mayer/Ajanovic/Sauer*, *Man, Woman, Family. Gender and the Limited Modernization of Right-Wing Extremism in Austria*, in *Dietze/Roth* (eds) *Right-Wing Populism and Gender. European Perspectives and Beyond* (2020) 101.

Umbesetzung politischer und juristischer Instanzen durch rechte Politiker:innen teils anhaltende Auswirkungen, wie besonders am Beispiel des US Supreme Court sichtbar wird.³ Zum anderen sind Debatten um reproduktive Rechte heute Teil der sog. „Culture Wars“, in denen nicht Sachfragen verhandelt, sondern fundamentale Positionen polarisierend und konfrontativ bezogen werden. Und nicht zuletzt haben auch die antifeministischen Mobilisierungen der 2010er Jahre gegen das Konzept „gender“, die weit über rechtsautoritäre, katholische und evangelikale Milieus auch in sich als liberal verstehende Kreise hineinreichen, das Terrain der Auseinandersetzung verändert. Allianzen zwischen säkularer und religiöser Rechter sind heute die Regel, nicht die Ausnahme, wie sich in Österreich etwa bei den „Märschen für die Familie“ (und gegen die Vienna Pride) oder jenen „für das Leben“ (und gegen reproduktive Selbstbestimmung)⁴ zeigt und in den USA bei der Begeisterung konservativer Christ:innen für die MAGA-Versprechen von Donald Trump offensichtlich wird.⁵

Das Ziel unseres Textes ist es, die Innovationen des Diskurses gegen reproduktive Rechte von Frauen, vor allem gegen Abtreibung in Österreich, darzulegen und, damit verknüpft, die Reichweite dieses Diskurses auf nationaler, aber auch auf EU-Ebene sowie Allianzen der unterschiedlichen Akteur:innengruppen sichtbar zu machen.

Im Folgenden gehen wir zunächst auf die Petition #FAIRÄNDERN ein, die 2018 von einer Allianz aus evangelikalen und konservativ-christlichen Aktivist:innen, katholischer Kirche und Vertreter:innen von ÖVP und FPÖ initiiert und in den österreichischen Nationalrat eingebracht wurde. Anschließend analysieren wir mit Bezug auf das europäische Strategiepapier *Restoring the Natural Order* der *Agenda Europe* und auf bevölkerungspolitische Positionen bei Proponent:innen von FPÖ und der Identitären Bewegung Österreich (IBÖ) unterschiedliche Hintergründe und strategische Ziele der verschiedenen Akteur:innen.

1. Petition #FAIRÄNDERN

Die Petition #FAIRÄNDERN *Bessere Chancen für schwangere Frauen und für ihre Kinder* wurde im Dezember 2018 ins Parlament eingebracht.⁶ Sie wurde im zuständigen Ausschuss in mehreren Sitzungen behandelt und es langte eine Vielzahl von Stellungnah-

3 US Supreme Court 24.6.2022, *Dobbs v Jackson Women's Organization*, 597 U.S. __ (2022). Siehe auch *Kristler*, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch, *juridikum* 2023, 209.

4 *Mayer/Sauer*, „Gender Ideology“ in Austria: Coalitions around an empty signifier, in *Kuhar/Paternotte* (eds), *Anti-Gender Campaigns in Europe* (2017) 28 (passim). *Mayer/Goetz*, Mit Gott und Natur gegen geschlechterpolitischen Wandel. Ideologie und Rhetoriken des rechten Antifeminismus, in *FIPU* (ed), *Rechtsextremismus*. Band 3: Geschlechterreflektierte Perspektiven (2019) 205 (passim).

5 *Margolis*, Who Wants to Make America Great Again? Understanding Evangelical Support for Donald Trump, *Politics and Religion* 2020, 89; *Marti*, The Unexpected Orthodoxy of Donald J. Trump: White Evangelical Support for the 45th President of the United States, *Sociology of Religion* 2018, 1.

6 54/BI 26. GP.

men ein – ein Vielfaches im Vergleich zu den anderen vom entsprechenden Ausschussbericht erfassten Bürger:inneninitiativen –, bevor der Nationalrat am 24. März 2021 in Übereinstimmung mit der Empfehlung des Ausschusses die Petition „zur Kenntnisnahme“, also ohne weitere Folgen erledigte.⁷

1.1. Die Forderungen

Wie der Titel *Bessere Chancen für schwangere Frauen und für ihre Kinder* bereits andeutet, schlägt die Petition einen anderen Ton an, als im Anti-Abtreibungs-Aktivismus bislang üblich. Weder werden Frauen, die eine Schwangerschaft beenden lassen, als „Mörderinnen“ tituiert, noch findet sich die Forderung nach einem Totalverbot von Abtreibungen oder nach Abschaffung der Fristenregelung. Stattdessen werden ua Beratungs- und Unterstützungsangebote für Frauen und insb für Eltern von Kindern mit Behinderung sowie eine Informationskampagne über Adoption und Pflege als Alternative zum Schwangerschaftsabbruch verlangt. Drei zentrale Forderungen machen allerdings die restriktive Ausrichtung der Petition deutlich: Erstens soll nicht nur eine offizielle Statistik über Abbrüche eingerichtet,⁸ sondern auch Motivforschung betrieben werden; zweitens sollen Frauen zu einer dreitägigen „Bedenkzeit“ zwischen Anmeldung und Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches verpflichtet werden; und drittens soll die embryopathische Indikation abgeschafft werden, die seit 1975 Abbrüche auch nach Ablauf der Drei-Monats-Frist straffrei stellt, wenn eine schwere Behinderung des Kindes zu erwarten ist. Hier beschwört die Petition Abtreibungen „vorgeburtliche[r] Kinder [...] bis zur Geburt“ herauf.⁹ Die erste der drei Forderungen zielt darauf ab, Entscheidungen schwangerer Frauen zu erfassen, ihre Motive in Frage zu stellen und damit der Disziplinierung zugänglich zu machen. Hier liegt die Vermutung nahe, dass damit va Munition für weitergehende Kampagnen gegen reproduktive Rechte gewonnen werden soll. Noch offensichtlicher geht es bei der zweiten Forderung darum, die Entscheidungsmacht der betroffenen Frauen zu beschränken. Flankiert wird die Forderung nach „Bedenkzeit“ dadurch, dass Ärzt:innen verpflichtet werden sollen, über psychosoziale Beratungs- und Unterstützungsangebote zu informieren. So soll die Tür für religiös präformierte, nichtentscheidungsoffene „Beratung“ geöffnet werden – nur so könne sichergestellt werden, dass sich Frauen „keinesfalls übereilt“ für einen Abbruch entscheiden, wie es in der Petition heißt.¹⁰ Es geht hier also in keiner Weise um (notwendige) medizinische Aufklärung und Beratung, sondern vielmehr darum, Frauen die Entscheidung so schwer wie

7 742 BlgNR 27. GP 11–13.

8 Bei Übernahme von Kosten für Schwangerschaftsabbrüchen als medizinische Leistung durch die Krankenkassen gäbe es automatisch auch die vielfach geforderte Statistik. Aus feministischer Sicht sind die Aufnahme in den Katalog der Versicherungsleistungen und die damit verbundene Kostenübernahme sowie ein massiver Ausbau des Angebots im öffentlichen Bereich zentrale Forderungen.

9 #fairändern, Forderung „Abschaffung der eugenischen Indikation“, <https://fairändern.at/> (19.4.2023).

10 #fairändern, Forderung „Bedenkzeit“, <https://fairändern.at/> (31.3.2023).

möglich zu machen und sie in eine Situation zu zwingen, in der sie sich rechtfertigen müssen. Besonders perfid ist freilich die dritte – bereits in der Vergangenheit von konservativer und rechter Seite vielfach formulierte – Forderung, die die Bedürfnisse von Frauen gegen jene von Menschen mit Behinderung ausspielt und das – vom klinischen Alltag weit entfernte – Schreckensbild der Spätabtreibung „bis zur Geburt“ herbeizitiert.¹¹ Die Konstruktion dieses Antagonismus brachte der Petition auch die Unterstützung von Vertreter:innen einiger (weitaus nicht aller) (Selbst-)Organisationen von Menschen mit Behinderung ein.¹² Doch während das ethische Dilemma real ist, besteht die simplifizierende Antwort der Petition darin, Frauen dazu zu zwingen, ein Kind mit Behinderung auch gegen ihren Willen zur Welt zu bringen. Bezeichnenderweise fehlen in der Petition – trotz des Versprechens „besserer Chancen“ im Titel – konkrete Forderungen nach Verbesserungen der Lebenssituation von Menschen mit Behinderung bzw von Eltern betroffener Kinder.

1.2. Initiator:innen und Unterstützer:innen

Die vergleichsweise gemäßigten Forderungen der Petition und der Duktus der Unterstützung für Frauen sind nicht zuletzt deshalb überraschend, weil die Initiator:innen und einige der Unterstützer:innen in der Vergangenheit ganz andere Töne anschlugen. Frontfrau *Petra Plonner* ist Pastorin der evangelikalischen LIFE-Church in Leoben und vertritt als stellvertretende Vorsitzende der *Österreichischen Lebensbewegung* – an deren Adresse #FAIRÄNDERN auch residiert – ua die These vom Post-Abortion-Syndrom.¹³ Die stellvertretende Vorsitzende *Carina Marie Eder* war in der katholischen *Jugend für das Leben* aktiv und wollte als deren Sprecherin 2015 Abtreibungen „undenkbar“ machen.¹⁴ Auch Generalsekretärin *Monika Lebschik* ist seit vielen Jahren in christlich-fundamentalistischen Kreisen aktiv, insbesondere im Umfeld der ÖVP-Abgeordneten *Gudrun Kugler* bzw deren Ehemannes.¹⁵ *Kugler* und ihr – in Österreich wenig bekanntes – *Ob-*

11 *Widler*, „Späte Abtreibungen zu verbieten, wäre ja schon fast böseartig“, *Kurier* 20.3.2019, <https://kurier.at/leben/spaete-abtreibungen-zu-verbieten-waere-ja-schon-fast-boesartig/400438990> (31.3.2023).

12 Unterstützer:innen: #fairändern, Abschnitt „wer wir sind“, <https://fairaendern.at/> (31.3.2023); siehe auch *Hübner*, Wie die Petition „fairändern“ behinderte Menschen gegen Frauen ausspielt, *kontrast.at* 22.2.2019, <https://kontrast.at/petition-fairaendern/> (31.3.2023); *bizeps*, Frauenrechte und Behindertenrechte gegeneinander auszuspielen, ist unfair – sonst nichts!, www.bizeps.org 8.5.2019, www.bizeps.org/at/frauenrechte-und-behindertenrechte-gegeneinander-auszuspielen-ist-unfair-sonst-nichts/ (31.3.2023).

13 *Mittelstaedt/Gaigg/Schmid*, Wem gehört mein Bauch? *derstandard.at*, 24.2.2019, www.derstandard.at/story/2000098465439/ (24.2.2023). Das sog Post-Abortion-Syndrom bezeichnet eine posttraumatische Belastungsstörung, die – nach Meinung von Abtreibungsgegner:innen – bei Frauen nach einer Abtreibung auftritt. Die Angst vor bleibenden psychischen Schäden dient dazu, Schwangere von einem Abbruch abzubringen. Die Existenz eines solchen Syndroms wird von seriösen Mediziner:innen bestritten. *APA*, Position Statement on Abortion, 2018, www.psychiatry.org/getattachment/74c76710-2c6f-4edd-bc7e-cb04c4966b7a/Position-2018-Abortion.pdf (29.3.2023).

14 *Youthforlife*, Lichterkette Salzburg 2015, jugendfuerdasleben.at 7.12.2015, <https://jugendfuerdasleben.at/lichterkette-salzburg-2015/> (30.1.2023).

15 *Lebschik* ist Mitarbeiterin bei *Martin Kuglers kairos Consulting* und war zuvor bei der katholischen Partner:innenvermittlung *kathTreff* beschäftigt, die 2005 vom Ehepaar *Kugler* in Zusammenarbeit mit dem ehemaligen Salzburger

servatory on Intolerance and Discrimination Against Christians in Europe spielen eine wichtige Rolle in der europäischen Vernetzung christlicher Fundamentalist:innen.¹⁶ Zu den Unterstützer:innen der Petition zählen neben Amtsträgern der katholischen Kirche einige Vertreter:innen von Organisationen von Menschen mit Behinderung sowie Politiker:innen von ÖVP und FPÖ – prominent etwa der ehemalige niederösterreichische Landeshauptmann *Erwin Pröll* und der frühere FPÖ-Präsidentschaftskandidat und Parteivorsitzende *Norbert Hofer*.¹⁷ Auch die parlamentarischen Debatten zur Petition verliefen entlang der Parteigrenzen, obwohl dies beim Thema Schwangerschaftsabbruch nicht selbstverständlich ist. Kritische Stellungnahmen kamen von SPÖ, Grünen, Jetzt und NEOS. Auch wenn #FAIRÄNDERN keine unmittelbaren Konsequenzen hatte, erhielt die Petition mit 61.000 Unterzeichner:innen wesentlich mehr Unterstützung und wurde breiter diskutiert als inhaltlich vergleichbare Initiativen – etwa die beinahe zeitgleich eingebrachte Petition *Abtreibungsverbot in Österreich*¹⁸ oder die etwas später gestartete Initiative *Leben für alle*.¹⁹ Wir können also festhalten, dass erstens der Einfluss der Kampagne für eine Verschärfung des Abtreibungsrechts in Österreich auf den Gesetzgeber gering war. Zweitens ist bemerkenswert, dass die Kampagne einen diskursiven Bruch zu früheren Anti-Abtreibungsargumentationen vollzog, um damit drittens ein breiteres Bündnis, das über den engen christlich-katholisch-evangelikalen Kreis hinausreicht, zu schmieden. Es ist davon auszugehen, dass das „modernisierte“ Auftreten, also der Verzicht auf aggressive Verurteilungen zugunsten einer Rhetorik von „Chancen“ und insb die Betonung der Rechte von Menschen mit Behinderung, dafür eine wichtige Rolle spielte. Dieses veränderte Auftreten lässt sich als Teil eines europäischen Prozesses analysieren, in dem christlich-fundamentalistische Akteur:innen neue Strategien entwickelten, um ihren politischen Einfluss zu stärken.

2. Europäische Strategien des christlichen Fundamentalismus

2.1. Agenda Europe

Ein zentraler Player im Entwicklungsprozess einer europäischen christlich-fundamentalistischen Strategie ist das Netzwerk *Agenda Europe*, das 2013 oder 2014 – federführend ua von *Kugler* – gegründet wurde.²⁰ Grob zusammengefasst verfolgen die beteiligten christ-

Weihbischof Andreas Laun gegründet wurde (siehe *KathTreff*, Vor fast 17 Jahren wurde kathTreff gegründet! Wusstest du warum? kathtreff.org 9.6.2022, www.kathtreff.org/blog/vor-fast-17-jahren-wurde-kathtreff-gegruendet-wusstest-du-warum/ (24.2.2023).

16 *Datta*, Die „Agenda Europa“. Strategien und Ziele eines Netzwerks gegen sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte in Europa, 2019, www.epfweb.org/sites/default/files/2021-03/rtno__DE_epf_online_2021.pdf (27.3.2023).

17 *Wölfl/Widler*, Schwer behinderte Föten: Spätabtreibung auf dem Prüfstand, Kurier 13.02.2019, <https://kurier.at/politik/inland/schwer-behinderte-foeten-spaetabtreibung-auf-dem-pruefstand/400404956> und *Mittelstaedt/Gaigg/Schmid*, Wem gehört, derstandard.at (beide: 2.2.2023).

18 7/BI 27. GP.

19 37/BI 27.GP.

20 *Datta*, „Agenda Europa“ 6.

lich-antifeministischen Gruppen im internationalen Kontext eine zweigleisige Strategie: Einerseits wird auf niederschweligen Graswurzel-Aktivismus gesetzt – bspw in Form von internationalen Kampagnen und Petitionen, wie etwa die Europäische Bürger:inneninitiative *One of Us*, die 2012–2014 mehr als 1,7 Mio Unterschriften sammelte.²¹ Seit 2013 fungiert hier die Plattform *Citizen Go* als zentrales Instrument. Diese Plattform war auch jüngst in Österreich aktiv – sie verschickte in roter Flüssigkeit schwimmende Plastikembryos an Vorarlberger Regierungsmitglieder und Abgeordnete, die der Eröffnung einer neuen Abtreibungspraxis im Bundesland zugestimmt hatten.²² Andererseits wird neben diesem Engagement „von unten“ auf Einflussnahme in zentralen Institutionen gesetzt: Einerseits sollen „die richtigen Leute an die richtigen Stellen“ gesetzt werden, wie es bei *Agenda Europa* heißt – etwa in den Beamt:innenapparat der EU, um Einfluss auf politische Entscheidungen zu gewinnen, sowie in nationale und internationale Gerichtshöfe oder Komitees, womit die Rechtsprechung verändert werden soll. Andererseits wird professionelles Lobbying betrieben und auf juristischer Ebene versucht, gegen unliebsame Rechtsbestände – etwa Antidiskriminierungsgesetzgebung – vorzugehen.

Agenda Europe wurde mit dem expliziten Ziel gegründet, wichtige Proponent:innen der unterschiedlichen Ebenen zusammenzubringen, um gemeinsame Strategieentwicklung zu betreiben. Auf jährlichen nicht-öffentlichen *Summits* diskutierten bis zu 150 Gäste, die das *Who-is-who* des europäischen Antifeminismus repräsentieren.²³ Spätestens ab 2014 bildete ein 144-Seiten Papier mit dem Titel *Restoring the Natural Order* eine wichtige Grundlage der Diskussionen.²⁴ Den Großteil des Dokuments bilden ideologische Überlegungen, mit denen eine spezifisch christlich-fundamentalistische Auslegung der „natürlichen Ordnung“ als überzeitliche, unveränderbare gesellschaftliche Ordnung und „objektive Wahrheit“ propagiert wird, die va auf der Unantastbarkeit patriarchaler, heteronormativer Familien- und Geschlechterverhältnisse und der moralischen Verwerflichkeit jeder nicht auf Fortpflanzung ausgerichteten Sexualität im Rahmen einer lebenslangen Ehe basiert. Durchgesetzt werden soll diese „natürliche Ordnung“ mit den Mitteln des Rechts – also ua dem Verbot von Homosexualität, Abtreibung und Verhütungsmitteln und der Abschaffung der Möglichkeit von Scheidungen. Auffällig ist der autoritäre Duktus des Papiers, in dem ua explizit festgehalten wird, dass die „natürliche Ordnung“ auch jenen aufgezwungen werden muss, die sie ablehnen, und dass kein Gesetz, das dieser Ordnung widerspricht, zu akzeptieren sei.

21 Mos, The fight of the Religious Right in Europe: old whines in new bottles, *European Journal of Politics and Gender* 2018, 325.

22 ORF Plastik-Embryos: Wieder Post von Abtreibungsgegnern, orf.at 9.2.2023, <https://vorarlberg.orf.at/stories/3194030/> (17.2.2023).

23 Datta, *Restoring the Natural Order. The religious extremists' vision to mobilize European societies against human rights on sexuality and reproduction* (2019) 19 ff.

24 Alle folgenden Zitate: *Agenda Europe, Restoring the Natural Order* (o.J.) 133 ff, <https://agendaeuropa.wordpress.com/restoring-the-natural-order/> (27.3.2023).

2.2. Strategien christlicher Fundamentalist:innen

Ein eigenes Kapitel in *Restoring the Natural Order* ist der Entwicklung von Strategien gewidmet. Für jedes der zentralen Themen des Papiers werden langfristige sowie kurz- und mittelfristige Zielsetzungen entwickelt und darauf abgestimmte Strategien vorgestellt. Beim Thema Abtreibung wird – wenig überraschend – ein explizites und ausnahmsloses Verbot auf nationaler und internationaler Ebene als langfristiges Ziel formuliert. Kurz- und mittelfristig findet sich hingegen eine breite Palette möglicher Maßnahmen, die den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen behindern sollen. Restriktive Gesetzgebungen, die den Zugang zu Abtreibungen auf Fälle einschränken, in denen das Leben der Mutter in Gefahr oder die Schwangerschaft eine Folge von Vergewaltigung oder Inzest ist, gelten bspw. als „objectively insufficient“, aber als möglicher Schritt in die richtige Richtung. Kleinere Schritte stellen für *Agenda Europe* unter anderem die Einführung einer verpflichtenden, auf Verhinderung von Abbrüchen gerichteten Beratung mit anschließender erzwungener Wartezeit oder die verpflichtende Zustimmung des Vaters dar. Gefordert wird auch die Einführung offizieller Statistiken und eine Meldepflicht für Ärzt:innen. Explizit festgehalten wird auch, dass Aktivist:innen, um ein weltweites Verbot „eugenischer“ Abtreibungen durchzusetzen, die Nicht-Diskriminierung von Menschen mit Behinderung ins Treffen führen sollen. Letztere Strategie wird auch damit begründet, dass so Allianzen mit anderen Akteur:innen ermöglicht werden sollen.

Die Forderungen von #FAIRÄNDERN lassen sich vor diesem Hintergrund als auf die österreichischen Verhältnisse abgestimmte strategische Auswahl kurz- und mittelfristiger Zielsetzungen lesen. Nicht zuletzt ist eine wesentliche, im Papier *Restoring the Natural Order* formulierte, Strategie schlicht, Abtreibung wieder und wieder in die öffentliche Diskussion zu tragen, um so die öffentliche Meinung gegen ein Recht auf Abtreibung zu beeinflussen.

Ganz klar wird in dem Papier aber auch formuliert, dass es sich bei den kurz- und mittelfristigen Zielen um strategische Mittel handelt, mit deren Erreichung man sich keineswegs zufriedengeben könne. Gleich am Beginn des Kapitels wird die Notwendigkeit eines offensiven Auftretens begründet – nur so sei die „Kulturrevolution“ der 1960er und 1970er Jahre zurückzudrängen: „We should therefore not be afraid to be ‚unrealistic‘ or ‚extremist‘ in choosing our policy objectives. On the contrary, the seemingly ‚unrealistic‘ objectives may be helpful in achieving the more ‚realistic‘ ones. And once we begin achieving the ‚realistic‘ objectives, the ‚unrealistic‘ ones will no longer be out of reach.“²⁵ Ein Punkt, der sich bei #FAIRÄNDERN nicht explizit findet, jedoch ebenfalls als strategisches Argument gegen Schwangerschaftsabbrüche von *Agenda Europe* genannt wird, ist der „Bevölkerungsschwund“ („demographic decline“). Hier liegt einer der Gründe für die Attraktivität des christlich-fundamentalistischen Diskurses für die säkulare extreme Rechte und autoritäre Rechtspopulist:innen.

²⁵ *Agenda Europe*, Natural Order 110.

3. Brücken zur extremen und autoritären Rechten

Der Blick auf ideologische Grundlagen zeigt große Differenzen zwischen christlich-fundamentalistischer und säkularer Rechter. Für die Teilnehmer:innen des *Agenda Europe*-Netzwerks ist die vielfach angerufene „natürliche Ordnung“²⁶ letztlich in Gott begründet, die „Natur“ nur insofern Legitimationsinstanz, als sie Ausdruck des göttlichen Willens ist. Im Unterschied dazu argumentiert die säkulare Rechte völkisch und biologisch: Das „Volk“ als zentrale Grundlage politischen Handelns wird als biologische, durch Abstammung definierte Einheit betrachtet, die keiner weiteren Legitimation bedarf.²⁷ Diese grundsätzlichen politisch-ideologischen Differenzen treten in der Praxis jedoch zunehmend hinter unmittelbar politikrelevanten Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Akteur:innen zurück. In den folgenden Abschnitten präsentieren wir ausgewählte Veratzstücke des autoritär-rechten Diskurses, an den christlich-fundamentalistische Akteur:innen im Kampf gegen Abtreibung anknüpfen – nämlich an die Produktion von Feindbildern und die Berufung auf die Natürlichkeit einer heterosexuellen Kleinfamilie als Grundlage eines ebenso natürlich imaginierten Volkes und der Nation.

3.1. Geteilte Feindbilder

Eine erste Gemeinsamkeit zwischen religiöser und säkularer extremer Rechter und autoritären Rechtspopulist:innen findet sich in gemeinsamen Feindbildern und geteilten Antagonismen. Gemeinsamkeiten beziehen sich hier sowohl auf konkrete Gruppen, die als deviant, gefährlich und zerstörerisch imaginiert werden – darunter LGBTIQ+-Personen, Feministinnen und unabhängige Frauen, Muslim:innen sowie Jüd:innen – wie auch auf Feindbilder auf abstrakterer Ebene – etwa auf den ideologischen Gegensatz zu liberalen Ideologien und allem, was als links verstanden wird.²⁸

In diesem Kontext spielt verschwörungsmithisches Denken eine zentrale Rolle. In Bezug auf Antifeminismus wären hier insb Konstruktionen wie die „Homo-“ oder „Gender-Lobby“ und die „Abtreibungsindustrie“ zu nennen. Den unter diesen diffamierenden Bezeichnungen zusammengefassten Organisationen und Bewegungen (häufig genannte Beispiele sind hier etwa *ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association)*, *Planned Parenthood*, feministische Gruppen oder auch die akademischen Gender Studies)²⁹ wird unterstellt, dass sie die Öffentlichkeit über ihre „wahren“ Ziele täuschen würden – etwa, dass es Feminist:innen „in Wirklichkeit“ nicht um bessere Lebensbedingungen für Frauen*, sondern um die Zerstörung der Familie und „das Ende

26 Bereits im Titel des Papiers (*Restoring the Natural Order*) wird die Wiederherstellung dieser „natürlichen Ordnung“ gefordert.

27 *Holzer*, Rechtsextremismus. Konturen, Definitionsmerkmale und Erklärungsansätze, in *DÖW*, Handbuch des österreichischen Rechtsextremismus (1993) 11 (34).

28 *Mayer/Sauer*, „Gender Ideology“ 23 (passim).

29 *Agenda Europa*, Natural Order 111.

von Mann und Frau“ gehe,³⁰ oder dass nicht-heteronormative Sexualpädagogik „in Wahrheit“ das Ziel verfolge, Kinder sexuell auszubeuten.³¹ Strukturell wie auch thematisch ähnliche Erzählungen wie im christlich-fundamentalistischen Diskurs finden sich – häufig noch offener antisemitisch geprägt – auch im säkularen Rechtsextremismus.³² In der insb bei der sog *Neuen Rechten* populären Verschwörungserzählung vom „Großen Austausch“ von *Renaud Camus*³³ werden die unterschiedlichen Mythen zusammengeführt: Eine – jüdisch konnotierte – Eliten-Verschwörung plane, die weißen Europäer:innen durch Migrant:innen zu ersetzen, und setze dazu neben einer (angeblich) liberalen Migrationspolitik auch die als „Genderismus“ bezeichneten Gleichstellungspolitiken ein, die auf die Zerstörung traditioneller weißer Männlichkeit und von Familien und damit auf eine Senkung der Geburtenrate autochthoner Europäer:innen abzielen würden. Rassismus, Antifeminismus und völkische Bevölkerungspolitik werden hier in einer gemeinsamen Rahmenerzählung verbunden, die einen Begründungszusammenhang für die Ablehnung jeder Form liberaler Politik und Gesellschaftsordnung liefert. Religiöse und säkulare Ideologien der extremen Rechten haben oft unterschiedliche, ja sogar gegensätzliche Hintergründe, wie etwa bezüglich des Stellenwerts der „Familie“, die im christlichen Fundamentalismus als Wert per se gilt, im Rechtsextremismus jedoch nur im Dienst des „Volkes“ Berechtigung hat. Dennoch treffen sie sich sowohl in der verschwörungsmythischen Struktur ihres Denkens, nach der gesellschaftliche Veränderungen immer das Werk böser Mächte sind, wie auch im ganz konkreten Hass auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen. Der Kampf gegen reproduktive Rechte von Frauen bündelt diese Feindbilder, da durch den Bezug auf Abtreibung Phantasmen von Bedrohungen heraufbeschworen werden können.

3.2. „Familie“ als Scharnierbegriff³⁴ für eine völkische Vorstellung von Nation

Die Allianz zwischen religiöser und säkularer Rechter wird auch dadurch erleichtert, dass sich zentrale Begriffe beider Strömungen gleichen – auch wenn sich die Auslegungen unterscheiden können. Deutlich wird dies ua am im Antifeminismus zentralen Begriff der „Familie“ – mit dem freilich ausschließlich die patriarchal-heteronormativ

30 So *Barbara Rosenkranz* im ersten in Österreich erschienenen Anti-Gender Buch: *MenschInnen. Gender Mainstreaming. Auf dem Weg zum geschlechtslosen Menschen* (2008) 40.

31 *Sexualerziehung*, Negative Auswirkungen der staatlichen Sexualerziehung, www.sexualerziehung.at/negative-auswirkungen-der-staatlichen-sexualerziehung/ (31.3.2023).

32 *Sauer/Penz*, Konjunktur der Männlichkeit. Affektive Strategien der autoritären Rechten (2023).

33 *Camus*, Revolte gegen den Großen Austausch (2016). Es ist daran zu erinnern, dass sich etwa der Attentäter von Christchurch, der im März 2019 51 Menschen ermordete, direkt auf diese Verschwörungserzählung bezog. *Bertolaso*, Der Attentäter und die Verschwörungstheorie vom „Großen Austausch“, Deutschlandfunk 18.3.2019, www.deutschlandfunk.de/nachgefragt-der-attentaeter-und-die-verschwörungstheorie-100.html (29.3.2023).

34 *Von Bargaen/Ummüßig*, Antifeminismus – Scharnier zwischen rechtem Rand und Mitte, Heinrich Böll Stiftung/Gunda Werner Institut 28.12.2016, www.gwi-boell.de/de/2016/09/28/antifeminismus-scharnier-zwischen-rechtem-rand-und-mitte#_edn8 (24.2.2023).

strukturierte Kleinfamilie gemeint ist, während andere Familienformen explizit ausgeschlossen werden.

Im christlichen Fundamentalismus ist die Familie – in diesem eingeschränkten Sinn – der einzige Ort, an dem Kinder geboren werden und aufwachsen sollen, und sie ist zudem moralische Instanz.³⁵ Hier sollen Kinder – möglichst „geschützt“ vor staatlichem Zugriff – erzogen, hier sollen konservativ-christliche Werte vermittelt und gelebt werden. Damit geht notwendigerweise eine patriarchale Geschlechterordnung einher, da die damit verbundene Privatisierung von Sorgearbeit Familienarbeit als zentrale Verpflichtung für Frauen festschreibt. Die Familie mit ihrer klaren Geschlechterhierarchie ist in diesem Denken sowohl Ausdruck christlicher Werte wie auch Ort ihrer Reproduktion. In vergleichbarer Weise konstruiert auch der säkulare Rechtsextremismus die Familie – auch hier im oben angesprochenen eingeschränkten Sinn – als Keimzelle der gesellschaftlichen Ordnung, allerdings nicht als Wert an sich, sondern als Basis für die Reproduktion des biologistisch (ethnisiert-rassistisch) definierten Volkes.

Die heterosexuelle Kleinfamilie gilt als Keimzelle von Volk und Nation, hat also einen spezifischen Platz in der völkischen Ideenwelt der autoritären Rechten, bildet sie doch ein Scharnier zwischen dem „Erhalt echter Originalität“ von „Völkern“,³⁶ sowie der Vorstellung eines Bollwerks gegen den angeblichen Austausch der Mehrheitsbevölkerung durch ein Übermaß an Immigration. Gegen diese Gefahren setzen die IBÖ wie auch die *Patrioten in Bewegung* einen rassistisch-ausschließenden Ethnopluralismus, nämlich das „Recht auf Verschiedenheit“ – freilich nicht auf individuelle, sondern völkische Differenz bezogen – „und [die] Bewahrung der eigenen Identität durch eine Abwendung des Bevölkerungsaustausches und der Islamisierung“.³⁷ Die IBÖ, die bereits 2014 eine Kampagne gegen den vermeintlichen Bevölkerungsaustausch organisierte, fordert „eine nachhaltige Bevölkerungspolitik und ein Ende der Massenzuwanderung“ sowie „eine kinder- und familienfreundliche Politik, damit es unser Volk auch noch in Zukunft gibt“.³⁸

Aus der Idee einer natürlichen familiären Ordnung wird auf der einen Seite die Beschneidung von Frauenrechten gefolgert, auf der anderen Seite ist sie mit völkischen Vorstellungen von Nation verflochten. Der „Geburtenmangel in der autochthonen Bevölkerung, gepaart mit der invasionsartigen Massenzuwanderung aus allen Teilen der Welt“ wird von der FPÖ für eine Demographiekrise verantwortlich gemacht.³⁹ Das Selbstbestimmungsrecht von Frauen über die Geburt von Kindern wird daher in einen Widerspruch zu den Interessen der Nation gesetzt. Zumindest auf Ebene des Diskurses löst die säkulare extreme Rechte mit diesem Argument einer doppelten Bedrohung durch Geburtenrückgang und Migration ihr ideologisches Dilemma zwischen Pro-Natalismus in Bezug

35 *Agenda Europa*, Natural Order 23 ff.

36 *Identitäre Bewegung*, Unsere Forderungen, <https://web.archive.org/web/20180812125434/http://www.identitaere-bewegung.at/unser-weg/> (17.2.2023).

37 *Patrioten in Bewegung*, Sinn der Seite/Einstellung, <https://patrioten-in-bewegung.info/wp/uberuns/> (17.2.2023).

38 *Identitäre Bewegung*, Unsere Forderungen.

39 FPÖ, Österreich zuerst. 1956–2016. 60 Jahre FPÖ. Die soziale Heimatpartei (2016) 43.

auf die „eigenen“ und Anti-Natalismus in Bezug auf „andere“ Frauen (ua Migrantinnen, Frauen mit Behinderung, Romnja, Jüdinnen). Für die „eigenen“ Frauen gilt: Reproduktive Rechte, insbesondere das Recht auf Schwangerschaftsabbruch, bedrohten die Fertilität des Volkes und seien Ergebnis der „Gender-Ideologie“.⁴⁰ „Andere“ Frauen werden in diesem Kontext nicht angesprochen, sondern lediglich als Objekte rassistischer Ausgrenzungspolitik adressiert.

Über Differenzen hinweg treffen sich die Diskurse der extremen Rechten und christlich-fundamentalistischer Gruppierungen in der Vorstellung, dass die Familie der Ort einer klaren binären und hierarchischen Geschlechterordnung sei, die funktional, natürlich und normal und deshalb jedenfalls unbedingt zu erhalten und zu unterstützen sei.

4. Fazit. Abtreibung als Diskursfeld für ein autoritäres Projekt

Die extreme und autoritäre Rechte hat – verglichen mit christlich-fundamentalistischen Akteur:innen – erst spät das Thema Abtreibung entdeckt. Christliche Fundamentalist:innen haben auf nationaler wie EU-Ebene ihren Anti-Abtreibungskurs modernisiert, um anschlussfähig für andere Akteur:innen zu werden. Für die autoritäre Rechte fügt sich der Kampf gegen Abtreibung in ihren antagonistischen Kampf gegen „Gender“ und für eine völkische Vorstellung von Nation ein. Die Diskursfiguren der Natürlichkeit von Zweigeschlechtlichkeit und der heteronormativen Kleinfamilie eint die beiden Gruppierungen im Kampf gegen das Abtreibungsrecht. Diese Argumentation ist freilich ein zentraler Baustein des extrem rechten Kampfes um Hegemonie für einen Umbau westlicher Demokratien – auf europäischer, aber auch österreichischer Ebene – in Richtung eines ausschließenden, rassistisch-diskriminierenden, Ungleichheit legitimierenden und hierarchisch-autoritären Politikprojekts. Auch wenn die hier untersuchten Gruppierungen unterschiedliche Ziele verfolgen, so kann durch die Mobilisierung gegen Abtreibung auch das anti-demokratische rechtsautoritäre Projekt Eingang in die Denk- und Erfahrungswelt der Bürger:innen bekommen – selbst wenn sie, wie in Österreich, der Einschränkung des Rechts auf Abtreibung skeptisch gegenüber stehen.

Birgit Sauer war bis zu ihrem Ruhestand im Oktober 2022 Professorin für Politikwissenschaft an der Universität Wien; birgit.sauer@univie.ac.at

Stefanie Mayer ist Politikwissenschaftlerin und seit Februar 2022 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Konfliktforschung in Wien; mayer.stefanie@posteo.net

40 *Rosenkranz*, *MenschInnen* 149.

Reproduktive Rechte als Frage der sozialen Reproduktion

Eine intersektionale polit-ökonomische Perspektive

Astrid Bergmann / Ines Höckner

1. Einleitung: Die Frage reproduktiver Rechte breiter verstehen

Seit etwa einem Jahrzehnt sind weltweit verstärkt Angriffe auf reproduktive Rechte zu beobachten, die feministische Errungenschaften der letzten hundert Jahre zurückzudrängen versuchen, wie zuletzt in den USA (*Dobbs v Jackson Women's health*, 597 U.S. [2022] vgl dazu in diesem Heft Kristler 2023: 209). Auch auf EU-Ebene bekämpft das ultrakonservative Netzwerk *Agenda Europa* reproduktive sowie LGBTQIA+ Rechte, um eine angebliche „natürliche Ordnung“ wiederherzustellen (vgl Pro Familia 2019). Die Grundpfeiler dieser Bestrebungen sind antifeministische, homo- und transfeindliche sowie rassistische Ideologien, die neokonservative Gruppen mit fundamentalistisch-religiösen und teils neoliberalen Kräften verbinden (vgl Wichterich 2015). Die Mobilisierung gegen reproduktive Rechte und körperliche Selbstbestimmung vermag es also, international unterschiedlichste Gruppen und Themen zu vereinen (vgl Mayer/Sauer, 250, in diesem Heft). Dies wirft die Frage auf, welche Bedeutung die Angriffe auf reproduktive Rechte auf einer gesellschaftspolitischen Ebene haben.

Wir schlagen in diesem Artikel eine *intersektionale polit-ökonomische Perspektive* vor, die Einsichten aus der Feministischen Politischen Ökonomie mit Black Feminism und queeren und trans¹ Perspektiven auf Reproduktion im Kapitalismus zusammendenkt. Ausgehend davon, fragen wir nach den polit-ökonomischen Machtverhältnissen in den Kämpfen um reproduktive Rechte. Dazu beleuchten wir beispielhaft die Regulierung von Reproduktion entlang geschlechtsspezifischer, sexueller und rassistischer Trennlinien in ihrer historischen Gewordenheit. Wir argumentieren dafür, die Frage der Reproduktion breiter zu verstehen als es in aktuellen Pro Choice-Debatten üblich ist: In feministischen Kämpfen steht das Recht auf Abtreibung häufig isoliert im Fokus. Reproduktive Ungerechtigkeit zeigt sich neben restriktiven Abtreibungspolitiken aber auch in Politiken zur Geburtenkontrolle marginalisierter Gruppen sowie im Familienrecht und in Sozial-

1 Wir verwenden den Begriff trans als Überbegriff für alle Menschen, die sich nicht dem Geschlecht zugehörig fühlen, das ihnen bei Geburt zugewiesen wurde (was bspw auch nichtbinäre Personen miteinschließt), sowie trans als Adjektiv, um darauf hinzuweisen, dass es sich um ein Merkmal unter vielen handelt.

Gesundheits- und Wirtschaftspolitiken. Diese formen die Bedingungen, unter welchen Personen im Stande sind, Kinder zu bekommen und aufzuziehen, und sind von sozialen Ungleichheiten durchzogen. Aus einer intersektionalen polit-ökonomischen Perspektive beleuchten wir Reproduktion daher nicht nur als biologische, sondern als *soziale Reproduktion* des Lebens, die im Kapitalismus immer auch eine Frage nach der Reproduktion von Macht- und Herrschaftsverhältnissen ist. Damit weisen wir auf die Bedeutung der Kontrolle von Körpern und deren biologischer und sozialer Reproduktion für kapitalistische Ausbeutungsverhältnisse hin, die wir für ein tieferes Verständnis der sich ausbreitenden Angriffe auf reproduktive Rechte für essenziell erachten.

Feministische Politische Ökonomie versteht unter sozialer Reproduktion vorrangig die Reproduktion der Arbeitskraft und all jene Tätigkeiten, die diese absichern, also das Gebären, aber auch kochen, putzen, die Erziehung und Sorge um Kinder, die Pflege von kranken oder alten Menschen etc. Für eine intersektionale Perspektive auf soziale Reproduktion wollen wir diese nicht nur als Form von Arbeit(-sfeldern) im Sorgebereich verstehen, sondern als historisch gewachsenes und umkämpftes gesellschaftliches *Verhältnis*, in dem um Sexualität und Geschlechterordnungen ebenso gerungen wird wie um rassistische Aus- und Einschlüsse, und damit um die Frage, wie Arbeit und Leben in einer (kapitalistischen) Gesellschaft organisiert und reproduziert wird. Die Kämpfe um Abtreibung und reproduktive Rechte müssen in diesem Kontext als ein Ringen um die Kontrolle der sozialen Reproduktion und damit um gesellschaftliche Machtverhältnisse begriffen werden. Damit lässt sich zudem an Forderungen der *Reproductive Justice* Bewegung anschließen, die ursprünglich von Schwarzen Feminist:innen in den USA entwickelt wurde und den einseitigen Fokus auf Schwangerschaftsabbruch im *weißen* Mainstream-Feminismus kritisiert. Ein Hauptanliegen ist, nicht nur auf individuelle Rechte zu fokussieren, sondern um reproduktive Gerechtigkeit als Vergesellschaftung von Ressourcen, Sicherheit und Gesundheit zu kämpfen.

2. Die Zweiteilung der Welt: Produktion und Reproduktion

Theoretiker:innen der Feministischen Politischen Ökonomie analysieren den Zusammenhang von ungleichen Geschlechterverhältnissen, gesellschaftlicher Arbeitsteilung und Kapitalismus. Eine zentrale Einsicht ist, dass die kapitalistische Produktionsweise grundlegend auf Trennungprozessen aufbaut: die gewaltsame Trennung der Produzent:innen von den Produktionsmitteln durch die Enteignung der Bäuer:innen und Arbeiter:innen von Grund und Boden im Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus sowie die damit einhergehende Trennung in Produktion (zB Fabrikarbeit) und Reproduktion (zB Hausarbeit). Dadurch entstanden die unterschiedlichen Sphären des Öffentlichen (Staat) und Privaten (Haushalt), die geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Arbeits- und Lebensbereichen zugeordnet wurden. Öffentlichkeit und die produktive Sphäre wurden mit Rationalität, Produktivität und Männlichkeit konnotiert. Die reproduktive Sphäre wurde mit Privatheit, Emotionalität und Weiblichkeit assoziiert und als Ort nicht- oder

schlecht entlohnter Haus- und Sorgearbeit etabliert (vgl Dalla Costa 1973; Federici 2015; Bhattacharaya 2019). Da kapitalistische Produktion darauf angewiesen ist, die Kosten für die Reproduktion der Arbeitskraft so gering wie möglich zu halten, unterliegen reproduktive Tätigkeiten und die Körper, die sie verrichten, einer systeminhärenten Abwertung. Das drückt sich gegenwärtig bspw in prekären weiblich und migrantisch geprägten Pflege-, Reinigungs-, Erziehungs- oder Sozialbereichen aus, oder im Frauenanteil von durchschnittlich 76,4% an der unbezahlten Haus- und Sorgearbeit weltweit (vgl Charmes 2019).

Wie *Silvia Federici* argumentiert, war der Zugriff auf weiblich-definierte Körper und deren Kontrolle eine wichtige Voraussetzung für die kapitalistische Ausbeutung reproduktiver Arbeit als unbezahlte (Haus-)Arbeit. Die Hexenverfolgung ist ein Beispiel dafür, wie (nicht fügsame) weibliche Arbeitskraft diszipliniert, und patriarchale Verfügungsgewalt über Körper und deren reproduktive Fähigkeiten durchgesetzt wurde. Zeitgleich fand eine noch nie dagewesene Überwachung und Kriminalisierung der selbstbestimmten Geburtenkontrolle statt. Neben Hexerei wurde „Kindsmord“ zum zweitwichtigsten Verbrechen im 16. und 17. Jahrhundert, für das fast so viele Frauen verfolgt und hingerichtet wurden wie für Hexerei (vgl Federici 2015). Die Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen hat also eine lange Geschichte und Tradition im Kapitalismus und spielte für seine Durchsetzung eine wichtige Rolle.

Zugleich ist die kapitalistische Sphärentrennung und Abwertung der Reproduktions-sphäre mit der Herstellung von Geschlecht selbst verknüpft. Mit ihr wurde ein Zweigeschlechtersystem etabliert, das von nur zwei Geschlechtern als hierarchischen Polen ausgeht und das weibliche Geschlecht auf das Private reduziert. Mit dem Entstehen neuzeitlicher Naturwissenschaften hat eine neue „Biologisierung von Weiblichkeit“ bzw von Geschlecht allgemein stattgefunden, die bis heute fortwirkt (vgl Hark/Villa 2015: 25). Die Verkürzung von Weiblichkeit auf Reproduktion, definiert über das Gebären und Versorgen von Kindern, kann selbst als geschlechtsspezifischer Herrschaftsmodus verstanden werden (vgl Lugones 2007: 202; Oyewumi 1997). Die damit einhergehende Neudefinition weiblicher Sexualität als passiv dient laut *Federici* dazu, die Kontrolle über weibliche Körper abzusichern, indem sie so auf ihre reproduktive Funktion reduziert werden (vgl Federici 2015: 82ff). Parallel dazu wurde ein Bild von weiblicher Sexualität als wild, naturhaft und gefährlich durchgesetzt, wie es bspw in rassistischen Konstruktionen von Weiblichkeit eine große Rolle spielt. Dieses ist eng verknüpft mit der neuzeitlichen Fantasie der Aneignung und Beherrschung von Natur imaginiert als gesetzlose, entfesselte „Frau/Hexe/Hure“, was auch den Weg ebnete zur Legitimierung von Privateigentum, als eine durch Arbeit zu vereinnehmende (Natur-)Ressource, die der Mann ob seiner Vernunftbegabtheit besitzen kann (vgl Klapeer/Schönplflug 2016: 56ff). Die Beherrschung der wilden Natur und Körper wurde sogar zur Pflicht des rationalen *weißen* Mannes erklärt, was auch eine zentrale Legitimationsfigur für die koloniale Aneignung von Land und Menschen war (vgl ebd).

Mit einem Blick auf soziale Reproduktion als historisch gewachsenes Verhältnis können wir verstehen, wie zentral nicht nur Kontrolle über die Produktion, sondern auch über die Reproduktion für männliche kapitalistische Herrschaftsabsicherung war und ist. Die Verdrängung aus der Öffentlichkeit, die Etablierung von Haushalt und Familie als Ort der Reproduktion, und die Koppelung von einer angeblich „natürlichen“ Weiblichkeit an fürsorgliche und häusliche Tätigkeiten ermöglichte es, eine neue Dimension der Kontrolle über Frauen und ihre Arbeit zu erlangen (vgl. Riegraf 2018: 3). Die Kontrolle weiblicher Sexualität ist damit auch eine Kontrolle über Arbeits- und Besitzverhältnisse – und der Zugriff auf den Uterus, etwa durch die Kriminalisierung von Abtreibung, der unmittelbare Zugriff auf den Körper und seine reproduktiven Ressourcen.

3. „Ain’t I a woman“ – Rassifizierte Reproduktionsverhältnisse

Die vergeschlechtlichte Trennung in männliche Produktions- und weibliche Reproduktionssphäre, wie sie oben angeführte marxistische Feminist:innen theoretisierten, existiert jedoch nur analytisch in dieser Reinform. Nur wenige Menschen entsprechen den damit zusammenhängenden Geschlechterarrangements und nehmen diese binären Positionen in den jeweiligen Sphären ein. Rassifizierten Personen, Queers und Arbeiter:innen bspw. waren diese oft vorenthalten. Der spezifische Aus- und Einschluss in die reproduktive Sphäre ist selbst ein Instrument zur Herstellung sozialer Hierarchie und von Ausbeutungsbedingungen. Etwa argumentieren Schwarze Feminist:innen und Feminist:innen of Color in den USA, dass die Dichotomie von männlicher Versorgung durch Lohnarbeit in der öffentlichen, und weiblicher affektiver Versorgung in der privaten, häuslichen Sphäre so nicht auf African Americans zutrifft. Ihre Familien leben häufig fluide Grenzen zwischen Öffentlichem und Privatem. Das Private war und ist nicht nur Ort der patriarchalen Unterdrückung, sondern oft auch Ort der Selbstbestimmung, Wissensgenerierung und des Widerstandes (vgl. Collins 1991: 46f). Zudem ist das Ideal der reproduktiven Hausfrau im Privaten für viele Familien of Color nicht lebbar, da aufgrund rassistischer Ausschlüsse oft mehrere Haushaltseinkommen benötigt werden, um die eigene Reproduktion sicher zu stellen, neben der Reproduktionsarbeit für *weiße*, bürgerliche Haushalte, die oft von Personen of Color verrichtet wird.

Die spezifische Bedeutung der reproduktiven Sphäre für BIPoC (Black, Indigenous and People of Color) ist eng verknüpft mit rassistischer Unterdrückung und muss im historischen Kontext des Kolonialismus und der Sklaverei verstanden werden – als Geschichte systematischer und institutionalisierter Bestrebungen, das reproduktive Leben von BIPoC zu kontrollieren. So diente etwa im US-Süden zur Zeit der Sklaverei die generative Reproduktion versklavter Menschen in erster Linie der Wohlstandsakkumulation der Sklavenhalter:innen. Im Gegensatz zu *weißen*, bürgerlichen Frauen waren Sklavinnen nicht der Privatsphäre zugerechnet. Sie zählten zu einer anderen, subordinierten Klasse von Frauen – ohne Geschlecht und Finität. Ihnen wurde sexuelle Aggression und Perversion zugeschrieben und genügend Stärke, um jede Art von Arbeit zu verrich-

ten (vgl. Oyewumi 1997; Lugones 2007: 203). Auch nach der Emanzipation von der Sklaverei, bot rassistische Diskriminierung am Arbeitsmarkt Schwarzen Arbeiter:innen wenig Anreiz eine Familie nach dem bürgerlichen Familienernährer- und Hausfrauen-Modell zu gründen (vgl. O'Brien 2019: 375, 396). Der historische Ausschluss rassifizierter Personen vom *weißen*, bürgerlichen Kleinfamilienmodell ist gleichbedeutend mit der Exklusion aus Eigentumsansprüchen und sozialstaatlichen Leistungen, die auf diesem Modell beruhen. Dies bedeutet einen immensen Verlust an generationalem Wohlstand (vgl. Collins 2000: 46f). In den USA wurden zB Gesetze gegen „interracial“ Ehen erst 1967 aufgehoben. Collins interpretiert diese Gesetze als Möglichkeit Schwarzen Frauen den Zugang zum Eigentum oder dem Familienernährerlohn *weißer* Männer zu versperren, was sich auch auf Kinder auswirkte, die ohne Eheschließung der Eltern keinen Erb- oder Sozialleistungsanspruch hatten (ebd). Collins verbindet also die Regulierung der Reproduktion Schwarzer Frauen, bspw durch das Eherecht, mit der Absicherung *weißer* Eigentumsansprüche. Reproduktive Regulierung funktioniert hier weniger über restriktive Abtreibungspolitik als über den Entzug ökonomischer und sozialer Sicherheit. Ein aktuelleres Beispiel dafür, wie Personen of Color, Schwarze und ökonomisch marginalisierte Menschen in ihrer Reproduktion reguliert werden, ist die Durchsetzung von *Fötenrechten* in den USA. Im Versuch, Schwangerschaftsabbrüche zu rekriminalisieren, setzen sich Abtreibungsgegner:innen dafür ein, Kinderschutz- und Kindesmissbrauchsgesetze auf Föten auszuweiten (vgl. Amnesty International 2017: 17). In 38 Bundesstaaten sind Gesetze in Kraft, die Föten als potentielle Opfer von Straftaten definieren (vgl. ACLU oJ). Diese Gesetze finden auch gegen Schwangere Anwendung, besonders im Fall von illegalem Substanzgebrauch. Obwohl Substanzgebrauch in der Schwangerschaft in der Bevölkerung ähnlich verteilt ist, werden va rassifizierte und marginalisierte Frauen rechtlich belangt (vgl. Chasnoff et al 1990: 1205; Lester et al 2004: 33; Paltrow/Flavin 2013: 300f, 311, 327). Die Verknüpfung von Fötenrechten mit stigmatisierten Themen wie Substanzgebrauch in der Schwangerschaft erweist sich als erfolgreiche Strategie von Abtreibungsgegner:innen (vgl. Paltrow 1999: 1001). Das Bild des bedrohten Fötus drängt gesellschaftliche Reproduktionsverhältnisse in den Hintergrund (vgl. Bergmann 2022). Anstatt auf politischer Ebene über Rassismus, Armut und nötige Investitionen in den Gesundheits- und Sozialbereich zu sprechen, wird die Verantwortung für systematische Probleme individualisierend auf va rassifizierte und ökonomisch marginalisierte Mütter übertragen (vgl. Bridges 2020; Paltrow/Flavin 2013; Roberts 2017).

4. Queere und trans Reproduktion: (Über-)Leben jenseits der Binarität

Die binäre Trennung in männliche Öffentlichkeit und weibliche Privatheit hat ebenso nie in dieser Form für queere, trans- und intergeschlechtliche Personen und Körper funktioniert. Zum einen sind gängige Vorstellungen von reproduktiven Körpern eng mit der Idee einer angeblichen „Natur der Zweigeschlechtlichkeit“ verknüpft. Zweigeschlechtlichkeit wurde ab dem 18. Jhd von Europa ausgehend als biologisch begründbare, nicht

zu hinterfragende Realität etabliert, die bis heute tief in der Gesellschaft verankert ist (vgl Laqueur 1992). Als solche stellt sie eine soziale Ordnung her, aus der LGBTQIA+ Personen kategorisch ausgeschlossen werden. Zum anderen ist diese soziale Ordnung eng an die Naturalisierung heterosexuellen Begehrens geknüpft. Damit verbunden ist die Lebensform der bürgerlichen Kernfamilie als einzig legitime und moralisch richtige Reproduktionseinheit der Gesellschaft (vgl ua Höckner/Maier 2020). Die soziale Reproduktion derjenigen, die dieser Ordnung nicht folgen können oder wollen, ist immer wieder gefährdet und umkämpft, wie wir im Folgenden argumentieren.

Ein Beispiel ist die rechtliche Regulierung von Zweigeschlechtlichkeit durch die offizielle An- und Aberkennung mehrerer Geschlechter. In Österreich gibt es erst seit 2018 Geschlechtseinträge jenseits der binären Kategorien Mann und Frau, nach der erfolgreichen Klage einer intergeschlechtlichen Person. Diese Möglichkeit ist jedoch noch immer restriktiv gestaltet, da sie bisher auf intergeschlechtliche Personen beschränkt blieb und nach wie vor pathologisierende fachärztliche Gutachten erfordert (vgl VIMÖ oJ). Davor hatte lange der sog *Transsexuellen-Erlass* vom Innenministerium von 1983 Personenstandsänderungen geregelt und immer strikter und expliziter körperliche Zwanganpassungsmaßnahmen an die heteronormative Zweigeschlechterordnung eingeführt. Mit den Werkzeugen des Erlasses wurden in Österreich Scheidung, körperliche (operative) Veränderungen und Kastration bzw Sterilisation erzwungen (vgl Baumgartinger 2019: 10). Trans Personen durften nicht fortpflanzungsfähig sein, worin die staatliche Regulierung von heteronormativer Ehe, Familie und Zweigeschlechtlichkeit sowie deren Koppelung an reproduktive Rechte besonders deutlich wurde. Durch Kämpfe von LGBTQIA+ konnten in Österreich in den letzten Dekaden aber zahlreiche rechtliche Errungenschaften erzielt werden. Aktuell kämpfen Aktivist:innen darum, die noch bestehenden Einschränkungen für geschlechtliche Selbstbestimmung im Personenstand abzubauen und ua eine Änderung des Geschlechtseintrages durch Selbstauskunft zu ermöglichen (siehe Preinreich in dem Heft S 152).

Zugleich gibt es Bestrebungen, Rechte von trans Personen in fast allen gesellschaftlichen Bereichen zurückzudrängen, wie bspw in den USA durch die Kriminalisierung geschlechtsaffirmierender medizinischer Versorgung für trans Jugendliche, den Ausschluss aus Sport, Bildung, Toilettenanlagen oder das Verwehren von rechtlicher Anerkennung und dem Recht auf offizielle Existenz (für eine Übersicht siehe *translegislation.com*). Dies sind nur einige Beispiele für aktuelle gesellschaftliche Autoritarisierungstendenzen, die die Reproduktion von trans Leben gefährden.

Die Reproduktion von LGBTQIA+-Leben wird aber auch durch die Art und Weise erschwert oder gefährdet, wie gesellschaftliche Institutionen strukturiert sind. Studien zeigen, dass viele trans, inter und queere Personen durch das Gesundheitswesen in europäischen Ländern nach wie vor aufgrund ihrer sexuellen oder geschlechtlichen Identität diskriminiert und pathologisiert werden (vgl FRA 2020). Viele suchen darum keine medizinische Hilfe auf (44–50%) (vgl TGEU 2017). Wohnen, Arbeit, Bildung oder sozialstaatliche Leistungen sind weitere Bereiche, die heteronormativ und zweigeschlechtlich

strukturiert sind und LGBTQIA+ in prekäre Positionen drängen. Dies zeigt sich bspw in der hohen Anzahl von Diskriminierungserfahrungen in diesen Bereichen (37% allgemein, 55% der trans und 59% der inter Personen), oder der in finanzieller Notlage lebenden LGBTQIA+ von 37% (vgl FRA 2020). Auch die Institution der Familie ist trotz Vervielfältigung gelebter familiärer Lebensformen in den letzten Jahrzehnten weiterhin heteronormativ strukturiert und bietet oft kein soziales Sicherheitsnetz für LGBTQIA+. Viele trans Jugendliche sind in ihren Herkunftsfamilien von Gewalt, Ablehnung und Vernachlässigung betroffen (vgl EU 2020), was die häufigste Ursache für Obdachlosigkeit von LGBTQIA+-Jugendlichen ist (vgl Shelton et al 2020). Fehlende sozialstaatliche Unterstützung und soziale Ablehnung ist der zweithäufigste Grund (vgl ebd). „[D]ie Verantwortung für die eigene Versorgung und Lebensgestaltung [wird dadurch] privatisiert und auf das Individuum verlagert.“ (Cohen/Monk 2016, eigene Übers) Die Reproduktion von queeren und trans Leben findet daher großteils kollektiv in Communities, Beziehungen, subkulturellen Räumen und queeren Haushalten statt. Sie erfordert, ob der kapitalistischen, heteronormativen Verwerfungen, zusätzlichen Aufwand. Insb, wenn diese Beziehungen, Identitäten und Leben durch rechtliche, medizinische und soziale Einrichtungen nicht unterstützt, sondern gefährdet werden (vgl McRuer 2006; Piepzna-Samarinha 2017; Raha 2017).

Während also einerseits ein Interesse daran besteht, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern und die Reproduktion der Arbeitskraft abzusichern, wurde und wird andererseits die biologische und soziale Reproduktion von trans, inter und queeren Menschen erschwert. Dieses vermeintliche Paradoxon ist aber kein Widerspruch. Ohne eine dermaßen restriktive und strafende Konstruktion von Geschlecht wäre die jahrhundertelange Naturalisierung und Akzeptanz der vergeschlechtlichten Arbeitsteilung und Ausbeutung weiblich konnotierter Reproduktionsarbeit nicht möglich. Für Queers erfordert Reproduktion in diesem System zusätzliche Arbeit. Dies kann als „sozio-ökonomische Desinvestition“ in queere und trans Leben verstanden werden, wodurch die Kosten der sozialen Reproduktion auf das Individuum und Communities ausgelagert werden (vgl Duggan 2003).

5. Conclusio

Mit der Erweiterung des Fokus von biologischer auf soziale Reproduktion beleuchtet dieser Artikel aktuelle Angriffe auf reproduktive Rechte im Kontext breiterer polit-ökonomischer Macht- und Ausbeutungsverhältnisse und versteht sie intersektional. Die Kämpfe um Reproduktion begreifen wir als Kämpfe um eine vergeschlechtlichte, sexuelle und rassifizierte Gesellschaftsordnung, deren Aneignungs- und Exklusionsprozesse konstitutiv für bürgerlich-kapitalistische Gesellschaften sind. Wie wir argumentieren, ging die kapitalistische Zweiteilung der Welt in eine produktive und eine reproduktive Sphäre mit der Etablierung eines hierarchischen Zweigeschlechtermodells und der Einschränkung weiblicher Sexualität auf ihre reproduktive Funktion einher. Diese erfüllt im

Kapitalismus den Zweck, die Reproduktion der Arbeitskraft sicherzustellen und reproduktive Arbeit auszubeuten. Die Bestrebungen Schwangerschaftsabbrüche zu re-kriminalisieren können in den Worten einer Pro-Choice Aktivistin als Ringen um ein Gesellschaftsmodell des „alten *weißen* Mannes“ verstanden werden. In diesem geht es grundlegend um die Kontrolle der Reproduktionsverhältnisse. Reproduktive Regulierung zeigt sich aber nicht nur in Form von Abtreibungsverboten, sondern auch durch das Vorenthalten ökonomischer und sozialer Sicherheit. Der historische Ausschluss marginalisierter Gruppen aus den bürgerlichen, *weißen* Geschlechterarrangements hat die Exklusion aus Eigentumsansprüchen und sozialstaatlichen Leistungen zufolge, was ihre soziale Reproduktion sanktioniert und gefährdet. Während also einerseits erneut restriktive Abtreibungspolitiken erlassen werden, stehen marginalisierte Gruppen andererseits vor enormen Hürden ihre generative und soziale Reproduktion zu sichern. Die soziale Reproduktion der „Anderen“ wird im Kapitalismus somit systematisch untergraben.

Das neoliberale kapitalistische Interesse, die Reproduktionskosten so gering wie möglich zu halten und soziale Sicherheiten abzubauen steht dabei nicht in Widerspruch zu konservativen Geschlechter- und Familienpolitiken, die Schwangerschaftsabbrüche kriminalisieren und die heteronormative Familie als Reproduktionseinheit stärken. Neoliberale Verhältnisse bauen auf einer Doppelbewegung von Reprivatisierung und gleichzeitiger Ökonomisierung sozialer Reproduktion auf (vgl. Dück/Hajek 2019: 508). Durch den Abbau sozialer Sicherungssysteme wurden private Haushalte vermehrt in ihren reproduktiven Funktionen angerufen. Gleichzeitig kam es zur Kommodifizierung reproduktiver Dienstleistungen und einer Relativierung der Rolle der Privathaushalte (vgl. ebd.). Familien und Individuen, die es sich leisten können, beschäftigen Arbeitskräfte für sozial reproduktive Arbeiten. Die „Anderen“ müssen sich unter erhöhten Anstrengungen selbst um ihre Reproduktion kümmern, neben der Reproduktionsarbeit für die *weiße* bürgerliche Klasse (vgl. Duggan 2003). Die „Kosten“ der Arbeit für die soziale Reproduktion werden so auf jene Gruppen verlagert, die durch die systeminhärente Abwertung sozialer Reproduktion bereits in prekäre Positionen gedrängt sind. Das hat weitreichende Folgen für die soziale und gesundheitliche Absicherung dieser Gruppen (vgl. Dowling 2021). Die Entsicherung des Wohlfahrtsstaates, ebenso wie konservative und neoliberale Familienpolitik, können somit als eine fortschreitende Prekarisierung marginalisierter Gruppen und ihrer Reproduktion verstanden werden.

Besonders in Krisenzeiten, wie der Finanzkrise und Austerität oder der Corona-Pandemie, wird deutlich, wie tiefgreifend eine Entsicherung der sozialen Reproduktion, va marginalisierter Gruppen, stattgefunden hat. Auf neoliberale Verunsicherungen und Krisen wurde seitens konservativer und neoliberaler Kräfte zunehmend mit einer Reaktivierung des heteronormativen Kleinfamilienideals geantwortet und dem Rückgriff auf vergeschlechtlichte Reproduktionsarbeit als frei zur Verfügung stehende Ressource (vgl. ua Mader et al 2020). Nicht zufällig geht es den selbsternannten „Pro Life“-Kämpfer:innen zentral um eine „natürliche Ordnung“, die in einer binären Geschlechterordnung

und der Reproduktionseinheit der heterosexuellen Kernfamilie mit dem Vater als Oberhaupt gesehen wird.

Der Aufschwung autoritärer Kräfte weltweit und die Zentralität von reproduktiven Rechten und queer- und transfeindlicher Politik können damit als Reaktionen auf eine Krise der sozialen Reproduktion verstanden werden – als ein Ringen um den Erhalt einer Ordnung und der Macht über die sozialen Reproduktionsverhältnisse.

Astrid Bergmann, M.A., ist Politikwissenschaftlerin und derzeit im Bereich der Erinnerungspolitik in New York tätig, lebt für gewöhnlich in Wien; bergmann.astrid@gmx.at

Ines Höckner, M.A., ist Sozialwissenschaftler:in und als politische Bildungstrainer:in in Wien tätig; hoeckner.ines@posteo.net

Bibliographie:

American Civil Liberties Union (ACLU) (oJ): *What's Wrong with Fetal Rights. A Look at Fetal Protection Statutes and Wrongful Death Actions on Behalf of Fetuses*, www.aclu.org/other/whats-wrong-fetal-rights [24.03.2023].

Amnesty International (2017): *Criminalizing Pregnancy. Policing Pregnant Women Who Use Drugs in the USA*, www.amnesty.org/en/documents/amr5116203/2017/en/ [24.03.2023].

Baumgartinger, Persson Perry (2019): *Die staatliche Regulierung von Trans: Der Transsexuellen-Erlass in Österreich (1980–2010). Eine Dispositivgeschichte*, Bielefeld: transcript Verlag.

Bergmann, Astrid (2022): *Reproduktion (in) der „Opioidkrise“. Eine intersektionale Diskursanalyse zu Substanzgebrauch und Schwangerschaft in den USA*, Wien: Masterarbeit Universität Wien.

Bridges, Khicara M (2020): Race, Pregnancy, and the Opioid Epidemic: White Privilege and the Criminalization of Opioid Use During Pregnancy, in: *Harvard Law Review*, 133 (3).

Browner, Carole H.; Lisa Disch und Mary Hawkesworth (Hrsg) (2015): *Reproduction*, Oxford University Press.

Charmes, Jacques (2019): *The Unpaid Care Work and the Labour Market. An analysis of time use data based on the latest World Compilation of Time-use Surveys.*, Geneva: ILO.

Chasnoff, Ira J.; Landress, Harvey J.; Barrett, Mark E. (1990): The Prevalence of Illicit-Drug or Alcohol Use during Pregnancy and Discrepancies in Mandatory Reporting in Pinellas County, Florida, in *New England Journal of Medicine* 322(17).

Collins, Patricia Hill (1991): *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*, New York London: Routledge.

Collins, Patricia Hill (2000): Gender, Black Feminism, and Black Political Economy, in: *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 568 (1).

Dalla Costa, Mariarosà; James, Selma (Hrsg) (1973): *Die Macht der Frauen und der Umsturz der Gesellschaft*, Berlin: Merve Verlag.

Dowling, Emma (2021): *The Care Crisis. What caused it and how can we end it?* Verso.

Dück, Julia; Hajek, Katharina (2019): Editorial: Krisen der Reproduktion, in: *PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft*, 491 (97).

Duggan, Lisa (2003): *The Twilight of Equality: Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*. Boston, MA: The Beacon Press.

European Union (2020): *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020–2025*.

Federici, Silvia (2015): *Caliban und die Hexe: Frauen, der Körper und die ursprüngliche Akkumulation*, Wien: Mandelbaum.

FRA (2020): *A long way to go for LGBTI equality*, LU: Publications Office.

Hark, Sabine; Villa, Paula-Irene (Hrsg) (2015): *Anti-Genderismus: Sexualität und Geschlecht als Schauplätze aktueller politischer Auseinandersetzungen*, Bielefeld: Transcript.

- Höckner, Ines; Maier, Carina (2020): Feminizide benennen! Skizzenhaftes zu Kapitalismus und patriarchaler Gewalt, in: *blog interdisziplinäre geschlechterforschung*, www.gender-blog.de/beitrag/feminizide-benennen-kapitalismus-und-patriarchale-gewalt [03.02.2023].
- Karsay, Dodo (2021): *Trans & Poverty. Poverty and economic insecurity in trans communities in the EU*, TGEU.
- Klapeer, Christine; Schönplflug, Karin (2016): „Die verborgenen Schätze müssen aus ihrem dunklen Schoß entrissen werden“ – Feministische und postkoloniale Reflexionen zu gesellschaftlichen Natur- und Ressourcenkonzeptionen, in: Karin Fischer, Johannes Jäger, und Lukas Schmidt (Hrsg), *Rohstoffe und Entwicklung: aktuelle Auseinandersetzungen im historischen Kontext*, Wien: New Academic Press.
- Kristler, Irene (2023): Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Auseinandersetzung mit dem Schwangerschaftsabbruch. Eine Analyse im Rechtsvergleich, *juridikum* 2023, 209.
- Laqueur, Thomas (1992): *Auf den Leib geschrieben: Die Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud*, Frankfurt a.M.: Campus.
- Lester, Barry M.; Andreozzi, Lynne; Appiah, Lindsey (2004): Substance Use During Pregnancy: Time for Policy to Catch Up with Research, in *Harm Reduction Journal* 1(5), oS.
- Lugones, María (2007): Heterosexualism and the Colonial/Modern Gender System, in: *Hypatia*, 22 (1).
- Mader, Katharina; Haim, Daniel; Schultheiß, Jana (2022): Beklatschte Systemrelevanz, *Arbeit&Wirtschaft Blog*, awblog.at/beklatschte-systemrelevanz/ [26.04.2023].
- O'Brien, ME (2019): To Abolish the Family, in: *The Passions and the Interests*, London: Endnotes.
- Oyewumi, Oyeronke (1997): *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses.*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Paltrow, Lynn M.; Flavin, Jeanne (2013): Arrests of and Forced Interventions on Pregnant Women in the United States, 1973–2005: Implications for Women's Legal Status and Public Health, in: *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 38 (2).
- Paltrow, Lynn M. (1999): Pregnant Drug Users, Fetal Persons, and the Threat to Roe v. Wade, in *Albany Law Review* 62.
- Piepza-Samarasinha, Leah Lakshmi (2017): Modest Proposal for a Fair Trade Emotional Labor Economy (Centered by disabled, femme of color, working class/poor genius), *Bitch Magazine*, www.bitchmedia.org/article/modest-proposal-fair-trade-emotional-labor-economy/centered-disabled-femme-color-working. [06.02.2023].
- Pitt (Cohen), Joni; Monk, Sophie (2016): 'We build a wall around our sanctuaries': Queerness and Precarity, *Novara Media*, novaramedia.com/2016/08/28/we-build-a-wall-around-our-sanctuaries-queerness-as-precarity/ [06.02.2023].
- Preinreich, Maria (2023): Alternativer Geschlechtseintrag für transidente Personen. Das Verwaltungsgericht Wien ändert erstmals den Geschlechtseintrag einer Person auf „nicht-binär“, *juridikum* 2023, 152.
- Pro Familia (2019): Die „Agenda Europe“, Pro Familia e.V.
- Raha, Natalia (2018): *Queer Capital: Marxism in Queer Theory and Post-1950 Poetics*, University of Sussex.
- Riegraf, Birgit (2018): Care, Care-Arbeit und Geschlecht: gesellschaftliche Veränderungen und theoretische Auseinandersetzungen, in: Beate Kortendiek, Birgit Riegraf, und Katja Sabisch (Hrsg), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Wiesbaden: Springer.
- Roberts, Dorothy E. (2017): *Killing the black body: race, reproduction, and the meaning of liberty*, Second Vintage books edition. New York: Vintage Books.
- Sauer, Birgit; Mayer, Stefanie (2023): No Choice Advocates. Wie der Angriff auf reproduktive Rechte säkulare und religiöse Antifeminismen vereint, *juridikum* 2023, 250.
- Shelton, J., Stakelum, R., Dodd, S.J. (2020): LGBTIQ Youth Homelessness in Europe, www.feantsa.org/public/user/Resources/reports/Youth_Homelessness_in_European_Context_v5.pdf [24.03.2023].
- TGEU (2017): *Overdiagnosed but Underserved. Trans Health Survey*, tgeu.org/healthcare/ [26.04.2023]
- Trans Legislation Tracker (o. J.): 2023 Anti-Trans Bills, translegislation.com [26.04.2023].
- VIMÖ (o. J.): Über Inter*, vimoe.at/ueber-inter/ [26.01.2023].
- Wichterich, Christa (2015): *Sexuelle und reproduktive Rechte*, Erweiterte dt. Fassung. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung.

Wer war Pauli Murray (1910–1985)?

Hinter den Kulissen und der Zeit voraus

Ines Rössl

„*Hope is a song in a weary throat.*“
Pauli Murray, Dark Testament

1. Ausschlüsse und (Un)Sichtbarkeiten

Als sich die 16-jährige *Pauli Murray*, die der erdrückenden Rassensegregation in den Südstaaten entfliehen wollte, im Jahr 1926 am *Columbia College* in New York einschreiben wollte, teilte man ihr mit, dass Frauen nicht aufgenommen werden könnten.¹ Ein weiteres College scheiterte am nötigen Schulgeld, weshalb sie schließlich – als eine von wenigen Schwarzen Frauen – das *Hunter College for Women* besuchte. Nach ihrer Graduierung 1933 hielt sie sich zwischen Arbeitslosigkeit und diversen Jobs über Wasser, bevor sie sich, wieder zurück in den Südstaaten, 1938 für ein sozialwissenschaftliches Studium an der *University of North Carolina* bewarb, ein gezielter Versuch, die *color line* zu durchbrechen.² Sie wurde wie erwartet aufgrund ihrer „Rasse“ abgelehnt. *Murray* trat daraufhin eine öffentlichkeitswirksame Debatte los, der jedoch kein Erfolg beschieden war. Abermals landete sie in diversen Jobs für Arbeiter:innen- und Bürgerrechtsorganisationen, bevor sie im Alter von 31 Jahren ihre juristische Ausbildung an der *Howard Law School*, einem Zentrum der Schwarzen Bürgerrechtsbewegung, aufnahm – als nahezu einzige Frau. Sie schloss mit ausgezeichnetem Erfolg ab und wollte, wie es für die Klassenbesten üblich war, zum Masterstudium nach *Harvard* gehen. Aber erneut waren ihr die Türen verschlossen. Diesmal, es war das Jahr 1944, einmal mehr wegen ihres Geschlechts: “Your picture and the salutation on your college transcript indicate that you are not of the sex entitled to be admitted to Harvard Law School.”³

Aus heutiger Sicht, da *Murrays* Nachlass und Tagebücher aufgearbeitet werden konnten, birgt die Antwort der Universität, dass es sich bei der Bewerberin ganz offensichtlich um

1 Der Text basiert, was die biographischen Angaben anbelangt, auf *Rosenberg*, Jane Crow. *The Life of Pauli Murray* (2017, Kindle-Version); *Murray*, *Song in a Weary Throat: Memoir of an American Pilgrimage* (1987/2018, Kindle-Version) und den Informationen auf der Webseite des *Pauli Murray Center for History & Social Justice* (www.paulimurraycenter.com).

2 *Rosenberg*, Jane Crow 66.

3 *Murray*, *Song in a Weary Throat* 310.

eine Frau handelte, eine bittere Ironie. Denn *Murray* wurde zwar von außen tatsächlich zumeist⁴ als Frau gelesen, empfand sich selbst allerdings über weite Strecken⁵ als maskulin bzw. „inter-sexed“⁶ und bemühte sich ohne Erfolg darum, eine medizinische Erklärung dafür sowie eine Testosteron-Behandlung zu erhalten.

Murrays Biographie ist nicht nur die Geschichte einer Schwarzen Juristin, die sich dem Kampf für Gerechtigkeit und Menschenrechte verschrieben hatte und dabei in der Arbeiter:innenbewegung, der Schwarzen Bürgerrechtsbewegung und der Frauenbewegung aktiv war. Sie ist auch die Geschichte eines, den gesellschaftlichen Umständen geschuldeten, Verschweigens: Ihre nonkonforme Geschlechtsidentität und Sexualität hielt *Murray* außerhalb des allgemeinen Sichtfelds unter Verschluss. Lediglich der Vorname *Pauli*, den sie seit ihrer Collegezeit führte, und ihre Bekleidungsgehnheiten waren sichtbare Bekenntnisse geschlechtlicher Ambiguität. Selbst in ihrer ansonsten höchst detaillierten, posthum erschienenen Autobiographie sparte sie ihre nicht-binäre/transidente Geschlechtsidentität sowie ihre (Lebens)Partnerschaften mit Frauen völlig aus.⁷ In der aktuellen Literatur wird diskutiert, welche Personalpronomen im Sprechen über *Murray* aus heutiger Sicht angemessen sind.⁸

Ich selbst habe mich vorläufig – zumindest für diesen Text – für „sie/ihr“ entschieden. Mit Blick auf *Murrays* juristisches Engagement scheint es mir sinnvoll, jenes Pronomen zu verwenden, das die Fremdzuschreibung zum Ausdruck bringt, aufgrund derer *Murray* Diskriminierung „als Frau“ erfuhr und Teil der Frauenbewegung ihrer Zeit wurde. Der darin liegende Schmerz der Nichtidentifikation soll mit der Wortwahl jedoch nicht aufgelöst, sondern im Gegenteil präsent gehalten werden. Im Fall von *Murray* erzeugt wohl jede Entscheidung für ein oder mehrere Pronomen unweigerlich Dissonanzen. Das ist kein Nachteil, sondern spiegelt *Murrays* Biographie. Auf die Ablehnung von *Harvard* antwortete *Murray*: „Gentlemen, I would gladly change my sex to meet your requirements but since the way to such change has not been revealed to me, I have no recourse but to appeal to you to change your minds on this subject.“⁹

4 Auf 1931 und 1935 jeweils gemeinsam mit einer Freundin unternommenen Trips quer durch die USA ging sie, gekleidet wie ein *Boy Scout*, als junger Mann durch, siehe *Rosenberg*, Jane Crow, die detailliert *Murrays* inneres Ringen sowie diverse Situationen nachzeichnet, in denen *Murray* aufgrund ihrer geschlechtlichen Ambiguität Irritationen erzeugte. „Passing“ war *Murray* im Übrigen auch in Bezug auf rassistische Grenzziehungen bekannt: Manche ihrer Familienmitglieder waren so hellhäutig, dass sie sporadisch oder dauerhaft (etwa im Job) als Weiße auftraten, vgl. *Murray*, *Song in a Weary Throat* 44 f.

5 Das *Pauli Murray Center for History & Social Justice* verwendet die Pronomen *he/him* und *they/them*, wenn Bezug auf *Murrays* frühes Leben genommen wird, und *she/her/hers*, wenn es um spätere Lebensabschnitte geht, vgl. <https://www.paulimurraycenter.com/pronouns-pauli-murray> (7.3.2023).

6 *Rosenberg*, Jane Crow 59.

7 *Murray*, *Song in a Weary Throat*.

8 Siehe etwa die Plädoyers für „*he/him/his*“ in *Simmons-Thorne*, Pauli Murray and the Pronominal Problem: a De-essentialist Trans Historiography, *The Activist History Review*, Mai 2019, <https://activisthistory.com/2019/05/30/pauli-murray-and-the-pronominal-problem-a-de-essentialist-trans-historiography> (7.3.2023); für „*she*“ in *Elin Fisher*, Pauli Murray’s Peter Panic. Perspectives from the Margins of Gender and Race in Jim Crow America; für „*she/her/hers*“ in einer einführenden Bemerkung zu *Rosenberg*, Jane Crow *xvii*.

9 *Murray*, *Song in a Weary Throat* 314.

2. Intersektionalitäten

Sowohl die in den USA des 20. Jahrhunderts wirksamen Herrschafts- und Ungleichheitsverhältnisse als auch die sozialen Bewegungen dagegen kreuzen sich in *Murrays* Lebensgeschichte in exemplarischer Weise. Zeit ihres Lebens kämpfte sie aktivistisch, literarisch¹⁰ und mit den Mitteln des Rechts gegen die Unterdrückung sowohl von Schwarzen Menschen als auch von Frauen und hatte dabei auch die – wie man heute sagen würde – spezifisch intersektionale¹¹ Diskriminierung und Unsichtbarkeit Schwarzer Frauen, insb jener der Arbeiter:innenklasse, im Blick. „Jane Crow“, eine Abwandlung von „Jim Crow“,¹² war *Murrays* Allegorie für die Analogien zwischen rassistischer und sexistischer Unterdrückung sowie für die spezifische Marginalisierung Schwarzer Frauen.¹³

Auch an die Arbeiter:innen- und Gewerkschaftsbewegung war *Murray* zeitlebens angebunden und ihr politisches Engagement nahm im Grunde dort seinen Ausgang. *Murrays* eigener Lebensweg war – trotz der Anerkennung durch bekannte Persönlichkeiten, wie etwa *Eleanor Roosevelt*, deren Vertraute sie war – auch noch als ausgebildete Juristin, Anwältin und gefragte Expertin¹⁴ von prekären Beschäftigungsverhältnissen und Geldsorgen geprägt. Nebst Geschlechts(identität), Sexualität, „Rasse“ und Klasse war da zudem immer wieder *Murrays* Alter, das sie von ihren unmittelbaren Peers unterschied: Als sie 1965 als erste Schwarze Person das rechtswissenschaftliche Doktoratsstudium in *Yale* abschloss, war sie 54 Jahre alt. Und als *Murray*, die zeitlebens religiös gewesen war, 1973 ihre unbefristete Professorinnenstelle an der *Brandeis University*, wo sie seit fünf Jahren unterrichtet hatte, aufkündigte, um ihr Leben künftig der Episkopalkirche zu widmen, war sie 63. Wenige Jahre später wurde sie als eine der ersten Frauen überhaupt und als erste Schwarze Frau zu einer episkopalen Priesterin geweiht, kurz nachdem die Episkopalkirche das Amt für Frauen geöffnet hatte.

10 Sie publizierte neben ihrer Autobiographie auch ihre Familiengeschichte („Proud Shoes: The Story of an American Family“, 1956) und Gedichte (gesammelt in „Dark Testament and Other Poems“, 1970) und sah sich bis zu ihrem stärker juristischen Engagement in erster Linie als Schriftstellerin.

11 Der Begriff wurde von der Juristin *Kimberlé Crenshaw* geprägt, 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, 139. Siehe einführend *Rössl*, Rereading Crenshaw. Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive, *juridikum* 2021, 31.

12 Als „Jim Crow Gesetze“ bezeichnet man die Gesetze, die in den Südstaaten nach Abschaffung der Sklaverei in Kraft waren und deren Kern die Rassensegregation war.

13 Vgl *Murray/Eastwood*, Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII, *George Washington Law Review* 1965, 232; *Chiappetti*, Winning the Battle but Losing the War: The Birth and Death of Intersecting Notions of Race and Sex Discrimination in *White v. Crook*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2017, 469 (496); *Crooms-Robinson*, Murdering Crows: Pauli Murray, Intersectionality, and Black Freedom, *Washington and Lee Law Review* 2022, 1094 (1099).

14 1951 verfasste sie das Auftragswerk „States' Laws on Race and Color“, eine Maßstäbe setzende Gesetzessammlung; 1962 holte *Eleanor Roosevelt* sie in das „Committee on Political and Civil Rights“ der von Präsident *Kennedy* eingerichteten „Commission on the Status of Women“; zwischen 1965 und 1973 war sie im Vorstand der *American Civil Liberties Union (ACLU)*; 1966 war sie unter den Gründungsmitgliedern der *National Organization for Women (NOW)*.

3. Hinter den Kulissen und der Zeit voraus

Murray war immer wieder und in vielfacher Hinsicht ihrer Zeit voraus. In den 1940er Jahren, 20 Jahre vor der eigentlichen Sit-In-Bewegung, war sie federführend an Sit-Ins in Restaurants beteiligt, die deren Desegregation bewirkten. Zudem nahm *Murray* juristische Argumentationen vorweg, deren Saat erst sehr viel später aufging, und war Wegbereiterin für spätere Rechtsentwicklungen.

Während ihres Studiums an der *Howard Law School* entwickelte *Murray* in einer Seminararbeit¹⁵ eine aus damaliger Sicht kühne Argumentationsstrategie, die einen Frontalangriff auf die Rassensegregation und ihren Grundsatz „separate but equal“ darstellte: Bisher hatte sich die Bürgerrechtsbewegung darauf konzentriert, jeweils die notorisch schlechtere Qualität der für die Schwarze Bevölkerung vorgesehenen Einrichtungen anzugreifen. *Murray* hingegen argumentierte, dass die Rassensegregation *per se* dem 13. und 14. Verfassungszusatzartikel widersprach, weil damit Schwarzen Menschen ein Etikett der Minderwertigkeit verliehen wurde. Das Paper wurde zum Zeitpunkt seines Verfassens belächelt und verlacht. Rund zehn Jahre später erging *Brown vs Board of Education* (1954) und urteilte, dass getrennte Bildungseinrichtungen dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen. Wie *Murray* nachträglich erfuhr, hatte ihr Paper den Weg zum Anwaltsteam rund um den berühmten Bürgerrechtsanwalt *Thurgood Marshall* gefunden und geholfen, die schlussendlich erfolgreiche Argumentation vor dem *Supreme Court* auszuhecken.

Auch im juristischen Kampf gegen Geschlechterdiskriminierung war *Murray* Wegbereiterin. So war sie maßgeblich an den Schriftsätzen für das erste Verfahren vor einem Bundesgericht (Alabama) beteiligt, das den Ausschluss sowohl von Schwarzen als auch von Frauen vom Jurydienst angriff (*White vs Crook*, 1966). *Murray* führte hier ein Argument aus, das sie lange schon umgetrieben und das sie auch der Frauenbewegung als Strategie empfohlen hatte: Nämlich zu argumentieren, dass der 14. Verfassungszusatzartikel nicht nur ein Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der „Rasse“, sondern auch aufgrund des Geschlechts enthielt. Das war damals eine revolutionäre Vorstellung. Die spätere *Supreme Court* Richterin und Ikone *Ruth Bader Ginsburg* wurde entscheidend von *Murrays* Argumenten beeinflusst. Im Verfahren *Reed vs Reed* (1971), in dem der *Supreme Court* erstmals die Verfassungswidrigkeit von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts feststellte, verfasste *Ginsburg* die Berufungsschrift und nannte *Murray*¹⁶ ehrenhalber als Co-Autorin.¹⁷

„Pauli Murray was involved in practically all the major developments that historians of the United States write about when they try to make sense of the twentieth century, especially the movements for social change that have been so central to its history.“¹⁸ – Trotz

15 Mit dem Titel „Should the *Civil Rights Cases* and *Plessy v. Ferguson* Be Overturned?“.

16 Sowie *Dorothy Kenyon*, die gemeinsam mit *Murray* an *White vs Crook* beteiligt gewesen war.

17 Siehe *Rosenberg*, Jane Crow 343.

18 *Ware*, Pauli Murray's Notable Connections, *Journal of Women's History* 2002, 54 (55).

ihrer mittlerweile unbestrittenen Bedeutung ist *Murray* verhältnismäßig unbekannt¹⁹ und wurde auch in wissenschaftlichen Befassungen mit Intersektionalität bislang weitgehend ausgeblendet.²⁰

Murray war, wie es treffend heißt, „both ahead of her times and behind the scenes“.²¹ Ihr wenig stromlinienförmiger Lebenspfad und ihre Kämpfe mit und ums Recht erinnern daran, dass Rechtsentwicklungen ein kollektives Unterfangen sind, an dem nicht nur jene beteiligt sind, die prominent in der ersten Reihe stehen, und dass sich auch die vielen gescheiterten Versuche lohnen, die den Boden bereiten können für Kommendes. „Hope is a song in a weary throat“, so lautet eine Zeile aus *Murrays* bekanntestem Langgedicht „Dark Testament“.

Ines Rössl arbeitet an einer Dissertation zu intersektionaler Rechtskritik und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; ines.roessl@univie.ac.at

19 Ich selbst danke *Elisabeth Holzleithner*, die mich vor Jahren in einem Nebensatz auf *Murray* aufmerksam machte. Mittlerweile gibt es im Übrigen auch einen Dokumentarfilm: „My Name is Pauli Murray“ (2021, Regie: *Betsy West* und *Julie Cohen*).

20 Ausnahmen sind *Hill Collins*, *Intersectionality as Critical Social Theory* (2019) 201–221; *Holzleithner*, *Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung*, in *Mangold/Payandeh*, *Handbuch Antidiskriminierungsrecht* (2022) 543 (550).

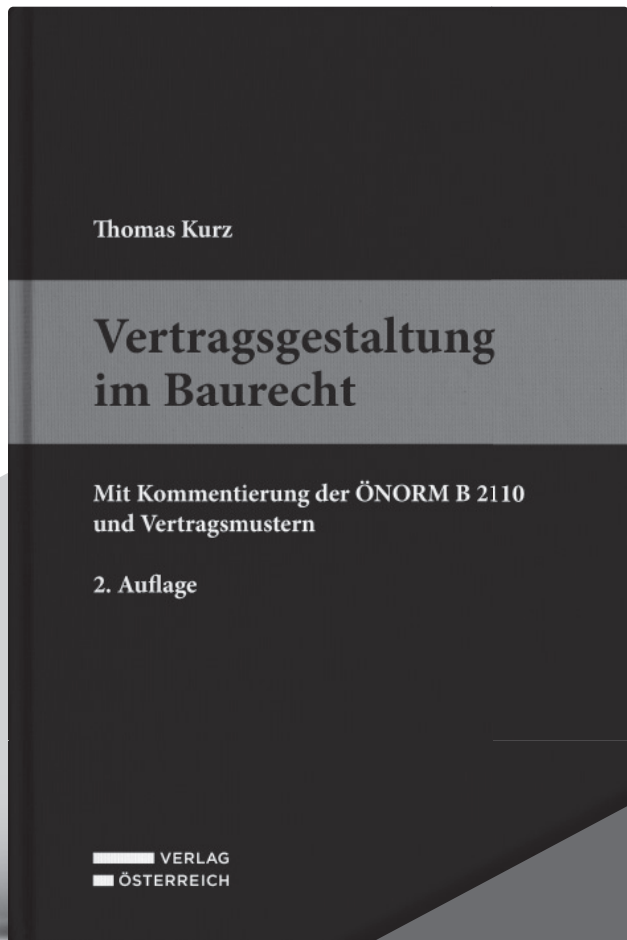
21 *Schulz*, *The Many Lives of Pauli Murray*, *The New Yorker*, 10.4.2017.

Anleitung zur Vertragsgestaltung nach der ÖNORM B 2110

Anwendung und Verständnis der
ÖNORM B 2110

Musterdokumente für die Erstellung
und Abwicklung von Bauprojekten

Viele Beispiele und Tipps zu sämtli-
chen Rechtsfragen in Bauverträgen



Kurz
Vertragsgestaltung im Baurecht
Mit Kommentierung der
ÖNORM B 2110 und Vertragsmustern

Praxiskommentar
2. Auflage
760 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-9155-2
Erscheinungsdatum: 12.5.2023
159,00 €
Auch als eBook erhältlich

