

nr 2/2012

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Commons: Gemeingüter und das Gemeinschaftliche

recht & gesellschaft

Ein Überblick: Die Rechtsstellung undokumentiert Beschäftigter
Die Mär vom Kernbestand der Unionsbürger_innenschaft
Betteln in der Geschichte des Antiziganismus
Der Fiskalpakt als Krisenueuerzählung

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl
und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Oswald
Das Bleiberecht
Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben
als Schranke für Aufenthaltsbeendigungen



1. Auflage
445 Seiten, broschiert
978-3-7046-6251-4
€ 94,-

Versandkostenfrei im neuen Webshop
bestellen!

www.verlagoesterreich.at

Fremdenpolizeiliche und asylrechtliche Maßnahmen können zur Beendigung des Aufenthalts von Fremden in Österreich führen. In vielen Fällen stehen der Aufenthaltsbeendigung aber intensive familiäre, soziale und berufliche Bindungen gegenüber, die sich im Laufe des in Österreich verbrachten Zeitraumes entwickelt haben. Diese faktische Integration wird durch das Grundrecht auf Privat- und Familienleben geschützt und kann zu einem Bleiberecht der Betroffenen führen. Die vorliegende Abhandlung untersucht die staatlichen Verpflichtungen, die sich aus dem Bleiberecht in Bezug auf die Ausgestaltung des Fremdenpolizei-, Asyl- und Niederlassungs- und Aufenthaltsrechts ergeben. Die umfangreiche höchstgerichtliche Judikatur wird systematisch analysiert und die innerstaatliche Rechtslage auf ihre Vereinbarkeit mit grundrechtlichen Vorgaben geprüft.

Dr.in Melina Oswald, Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Juridicum, Universität Wien

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Schön ist es ja, aber verboten

Ronald Frühwirth

In einer Wiener U-Bahn-Station meinte ein Passant unlängst aus Anlass eines dort singenden Chores: „fielleicht scheen / owa fabodn / das do kana wos duad dageng.“¹

Die Frage ist zunächst, wie kommt der Passant auf die Idee, gemeinsames Singen in einer U-Bahn-Station wäre verboten? Und, viel wichtiger noch: Wieso wünscht er sich ein Einschreiten gegen etwas, das er selbst als „scheen“ empfindet? Derartige Reaktionen sind wohl dem allgegenwärtigen Wunsch nach Sicherheit und Ordnung geschuldet, der auffälliges, aufsehenerregendes oder spontanes Verhalten unter Beobachtung gestellt und kontrolliert sehen will. Demzufolge wird der Rahmen dessen, was im öffentlichen Raum geduldet oder erlaubt ist, kontinuierlich enger gezogen. Die Liste von verpönten Verhaltensweisen ist – auch bei beispielhafter Aufzählung – (beängstigend) lang:

Verboten ist es etwa, in Parks zu grillen, auf Wiesen zu liegen, Füße in Springbrunnenwasser zu tauchen, auf Parkbänken liegend zu verweilen, am Fuße von Denkmälern zu essen oder zu trinken, Flyer auf freie Reklameflächen zu kleben, um Geld zu schnorren, auf der Straße zu musizieren, in Gastgärten laut zu sprechen, mitgebrachten Alkohol zu konsumieren, auf Seepromenaden Rollschuh zu fahren, in Höfen Ball zu spielen, auf Gehsteigen mit Rollern zu fahren, in zerschlissener Kleidung zu gehen, Blumensamen auf öffentlichem Grund auszustreuen oder unmotiviert am Gehsteig stehen zu bleiben. Viele dieser Verbote greifen mangels sachlicher Rechtfertigung in völlig unverhältnismäßiger Weise in die allgemeine Handlungsfreiheit ein. Besonders augenscheinlich wird die Unverhältnismäßigkeit dort, wo ansonsten pönalisiertes Verhalten als erlaubt gilt, solange es der Nachfrage nach einem gewerblichen Angebot entspringt. So ist es in weiten Teilen der Grazer Innenstadt verboten, mitgebrachten Alkohol in der Öffentlichkeit zu genießen, wohingegen dieselbe Verhaltensweise dann erlaubt ist, wenn sie im unmittelbar daneben gelegenen Gastgarten ausgeübt wird.

Bisweilen mag es notwendig erscheinen, gewisse Regelungen aufzustellen, um eine gemeinsame Nutzung des öffentlichen Raums durch unterschiedliche Personen(gruppen) garantieren und damit verhindern zu können, dass eine exzessive Nutzung der einen den Zugang für andere beschränkt. Verbote, Strafen und Ordnungswachen aber verunmöglichen die partizipative (allenfalls behördlich vermittelte) Klärung derartiger Kon-

1 zitiert nach *Fasthuber*, Untergrund Volksmund, Rezension zu *El Awadalla*, Seawas, Grüssi, Salamaleikum – Tiefe und tiefgründige Dialoge in der U-Bahn (2012), Falter 21/12, 42.

fliktsituationen durch betroffene Personen selbst. Sie machen das Leben im öffentlichen Raum zunehmend steril und langweilig. Bevor es dort richtig ungemütlich wird, sollten rechtspolitische Initiativen gesetzt werden und daran erinnert werden, dass der Verfassungsgerichtshof zur Entscheidung über die Gesetzes- und Verfassungskonformität derartiger Verbote angerufen werden kann.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in Graz sowie Mitherausgeber des *juridikum*;
r.fruehwirth@kocher-bucher.at

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 113 Schön ist es ja, aber verboten
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 117 Europa in der Krise
Ines Rössl
- 120 Ganz schön ungemütlich: Feministische Rechtswissenschaft zum Selberlesen
Nora Markard
- 124 Strukturreform der Justiz auf österreichisch
Peter G. Mayr
- 128 Indien: Verbesserter Zugang zu Krebsmedikament durch Zwangslizenz
Kristina Jud
- 132 Sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung homosexueller Paare in Mexiko
Juan Jorge Bautista Gómez

recht & gesellschaft

- 134 Die Rechtsstellung von undokumentiert beschäftigten Personen:
Verpackung schön, Inhalt mangelhaft
Johannes Peyrl
- 145 Von der Unionsbürger_innenschaft und ihrem winzigen Kernbestand
Besprechung des EuGH-Urteils Dereci ua
Rosmarie Doblhoff-Dier
- 157 „Wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen.“
Zur historischen und soziologischen Dimension des Bettelns im Antiziganismus
Markus End
- 168 Der Fiskalpakt – Umgehung der „europäischen Verfassung“ und Durchbrechung
demokratischer Verfahren?
Lukas Oberndorfer

thema

- 182 Vorwort: Commons: Gemeingüter und das Gemeinschaftliche
Judith Schacherreiter
- 186 Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer
Annäherungen an die commons
Tine de Moor
- 198 Die historische Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten?
Allmende in der mitteleuropäischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
Elisabeth Greif/Karin Neuwirth
- 205 Vom Gemeingut zu Eigentum und Ware: Eine Gegenüberstellung rechtlicher
Grundstrukturen der historischen Gemeingüter und des modernen Eigentums
Judith Schacherreiter

- 215 **Wesen und Wirken der Wissensallmende**
Leonhard Dobusch
- 223 **Die venezolanische Comuna: Ein Beitrag zur Vergesellschaftung der Rechtsform?**
Heiner Fechner
- 234 **„Lo común“ und „comunalidad“. Eine alternative Lebensform mexikanischer indigener Gemeinden**
Juan Jorge Bautista Gómez

nach.satz

- 245 **Die neuen Bastarde. Kinder in homosexuellen Partnerschaften.**
Marion Guerrero/Ines Rössl

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl und Joachim Stern

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: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 58,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Elisabeth Hörtlehner, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner

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), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe

(Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Juan Jorge Bautista Gómez, Tine de Moor, Rosmarie Doblhoff-Dier, Leonhard Dobusch, Markus End, Heiner Fechner, Ronald Frühwirth, Elisabeth Greif, Marion Guerrero, Kristina Jud, Nora Markard, Peter G. Mayr, Karin Neuwirth, Lukas Oberndorfer, Johannes Peyrl, Ines Rössl, Judith Schacherreiter

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführer: Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) 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:

b+R satzstudio, graz
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Europa in der Krise

Ines Rössl

Rezension zu Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“ (Hrsg): Die EU in der Krise. Zwischen autoritärem Etatismus und europäischem Frühling, Münster, Verlag Westfälisches Dampfboot, 2012, 156 S.

Das Buch „Die EU in der Krise“ ist eigentlich ein Büchlein, kompakt, handlich und überschaubar. Dennoch schafft es in nur sieben Beiträgen eine Bestandsaufnahme Europas in der Krise.

Der Sammelband basiert auf einer Tagung im Herbst 2011, veranstaltet von der „Assoziation für kritische Gesellschaftsforschung“ (AkG). Die AkG wurde im Juni 2004 als offener Zusammenschluss von SozialwissenschaftlerInnen gegründet, die es sich zum Ziel gesetzt haben, gesellschaftskritische Theorieansätze weiterzuentwickeln und ihrer Marginalisierung entgegenzuwirken. Dabei versucht die AkG auch wirksam im öffentlichen und politischen Diskurs zu intervenieren. So hat sie im März 2012 einen Aufruf mit dem Titel „Demokratie statt Fiskalpakt! Krisenlösung und Europa gehen nur ganz anders“ initiiert¹, der vielerorts publiziert und auch in andere Sprachen übersetzt wurde. Die Fundierung in kritischen (vornehmlich neo-gramscianischen) Theorieansätzen ist sämtlichen Beiträgen des vorliegenden Bandes gemeinsam, ebenso wie die Frage nach emanzipatorischen Handlungsmöglichkeiten. Ausgangspunkt ist der Befund, dass die EU ein „heterogenes Ensemble von Staatsapparaten“ darstellt, das als „neues Staatsprojekt“ beschrieben werden kann, welches jedoch nicht die Kohärenz eines Nationalstaats besitzt. Denn es gibt „noch keinen hegemonialen Konsens über die Terrains der Auseinandersetzungen“ (*Buckel et al*, 14) – Europa ist also in Bewegung. Doch inwiefern? In welche Richtungen bewegen wir uns? Und im Rahmen welcher Kräfte- und Akteurskonstellationen?

Diesen Fragen widmet sich das Buch „Die EU in der Krise“, und es gelingt ihm dabei ein durchaus bemerkenswerter Überblick, eine Skizze des gegenwärtigen Europas, die unterschiedlichste Aspekte mit einbezieht: Das Buch verschafft Durchsicht im unübersichtlichen Dickicht der derzeit beobachtbaren politischen Interventionen und Meinungen und untersucht die spezifischen Strategien der unterschiedlichen Akteursgruppen in Reaktion auf die Krise (*Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel*); es konstatiert den möglichen Beginn einer „autoritären Wende“, die sich unter anderem daran zeigt, dass die als Krisenlösung präsentierte „Economic Governance“ die vorgeschriebenen rechtlichen

1 <http://www.demokratie-statt-fiskalpakt.org/> (10.5.2012).

Verfahren umgeht (*Oberndorfer*); es fokussiert auf den Status Quo des europäischen Grenzregimes (*Kasperek/Tsianos*); beschäftigt sich mit der Protestbewegung in Spanien (*Cuevas*); analysiert die professionalisierten Einflussnahmen von Eliten-Netzwerken und der Lobbyindustrie auf EU-Institutionen (*Eberhardt*); erinnert an die Bedeutsamkeit von Kolonialismus und Rassismus für das europäische Selbstbild (*Krämer*) und zeichnet die Verschiebungen europäischer Staatlichkeit im Laufe ihrer Geschichte nach (*Wolff*).

Die unterschiedlichen Beiträge ergeben zusammen eine vielstimmige, doch an einem Grundton orientierte „Erzählung“ über unsere heutige Lage, die sich – grob vereinfacht – wie folgt skizzieren ließe: Bisher war das neoliberale Modell und die „wettbewerbsstaatliche Integrationsweise“ von (zumindest passivem) Konsens getragen. Dieser Konsens bröckelt nun angesichts der Krise: Die EU besitzt keine der Krise angemessenen „makroökonomischen Steuerungs- und Ausgleichsmechanismen“ (*Buckel et al*, 30 f), der Neoliberalismus hat an Strahlkraft verloren und aufgrund der allseitigen Sparpolitik kann das Einverständnis der Bevölkerung zu den vorgeschlagenen Krisenlösungen auch nicht mehr mit materiellen Zugeständnissen „gekauft“ werden (vgl. *Oberndorfer*, 49 ff). Obwohl die Krise also vor allem eine Krise des „neoliberalen Projekts“ ist (*Buckel et al*, 30), kommt es zu keiner Abkehr von der herrschenden Politik, wohl aber zu Verschiebungen: Auf der Ebene der politischen Akteure lässt sich beobachten, dass es zu einer verstärkten Unvereinbarkeit verschiedener neoliberaler Strategien kommt - einem „Auseinanderfallen der neoliberalen Akteurskonstellation“ (*Buckel et al*, 13). Es lässt sich noch nicht vorhersehen, welche Allianzen sich im Ringen um gesellschaftliche Deutungshoheit durchsetzen werden, vieles deutet jedoch auf eine Entwicklung in Richtung eines „neoliberal-autoritären Staatsprojekts“ hin (vgl. *Buckel et al*, 13). Bereits jetzt lassen sich auf der Ebene rechtlicher Verfahren autoritäre Tendenzen als Reaktion auf die Krise ausmachen: Die Aufwertung der Exekutive (bei gleichzeitiger Abwertung von Parteien und parlamentarischen Körperschaften) und die systematische Umgehung oder Aussetzung von „Verfahren und Regeln zur Rechtsetzung und Verfassungsänderung“ (*Oberndorfer*, 58ff). Wenn kein Konsens gefunden werden kann (oder nur in einem langwierigen Prozess), wird das angeblich „Notwendige“ notfalls autoritär durchgesetzt. Bei der Frage welche Interessen im Rahmen dieser autoritären Wende vorrangig Berücksichtigung finden werden, stößt man auf grundsätzliche Strukturprobleme der EU: Eine „schwache europäische Bürokratie, [ihre] Offenheit und Abhängigkeit gegenüber Lobbygruppen und [die] Abschottung europäischer Politik von liberaldemokratischen Verfahren“ (*Einleitung der Hrsg*, 7) begünstigen per se ressourcenstarke Akteure gegenüber zivilgesellschaftlichen Interventionsversuchen (*Eberhardt*), wobei die Politik der „Round Tables“ zudem von „weiß-maskulinistischen Eliten-Netzwerken“ (vgl. *Eberhardt*, 117) geprägt ist. Die europäischen Hierarchien besitzen auch eine geographische Dimension: Das Nord-Süd-Gefälle innerhalb der EU artikuliert sich in Form von chauvinistischen Zuschreibungen („der faule Grieche“), in denen sich das (neo-)

koloniale Erbe Europas (vgl. *Krämer*) widerspiegelt (vgl. *Oberndorfer*, 69, *Kasperek/Tsianos*, 88), und in Interessenskonflikten zwischen EU-Nord- und EU-Süd-Staaten im Bereich der Migrations- und Grenzpolitik (vgl. *Kasperek/Tsianos*, 77 ff). Der Krise des Schengenraums, die sich spätestens dann zeigt, wenn einzelne Staaten die Wiedereinführung von Binnengrenzen erwägen, wird mit der Stärkung der Grenzschutzagentur FRONTEX und dem Ausbau der biometrischen Datenbanksysteme begegnet (vgl. *Kasperek/Tsianos*, 83 ff).

Insgesamt zeichnet das Buch also ein düsteres Bild der Kräfteverhältnisse im gegenwärtigen Europa. Welche Möglichkeiten bestehen nun in dieser Situation für emanzipative Projekte? Die Hoffnung auf einen „europäischen Frühling“ zieht sich zwar durch sämtliche Beiträge, doch bleibt es bei einer vagen Hoffnung. Dass die Ausführungen zu diesem Thema eher programmatisch ausfallen, verwundert aber nicht weiter, denn allzu großer Optimismus ist aus Sicht der Buch-AutorInnen angesichts des harten Windes, der emanzipativen Projekten entgegenweht, nicht angebracht. Die Hände in die Hosentaschen zu stecken und zuzuschauen, wie „die Überreste liberaler und sozialer Demokratie in Europa“ (*Einleitung der Hrsg*, 7) abgeschafft werden, geht – da sind sich die AutorInnen einig – trotzdem nicht. Und wenn außerparlamentarische Oppositionsbewegungen entstehen (vgl. *Cuevas*), wenn die Menschen in den Metropolen protestierend auf die Straßen gehen und damit eine „leere Diskursposition“ erobern, die da lautet „Wir, die Menschen in Europa“ (*Oberndorfer*, 69), dann darf man doch zumindest hoffen. „Europäischer Frühling“ klingt außerdem so schön und sät einen Hauch Romantik in ein ansonsten sehr nüchternes Buch.

Ganz schön ungemütlich: Feministische Rechtswissenschaft zum Selberlesen

Nora Markard

Rezension zu Foljanty/Lembke (Hrsg): *Feministische Rechtswissenschaft*. Ein Studienbuch, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012, 342 S.

Die feministische Rechtswissenschaft lebt: Inzwischen gibt es an mehreren Universitäten im deutschsprachigen Raum ganze Professuren oder Programme, die sich explizit mit der kritischen Betrachtung des Zusammenhangs von Geschlecht und Recht beschäftigen.¹ Doch an vielen Unis liegt dieses Feld brach, und die interessierte kritische Studentin, der interessierte kritische Student ist auf das Selbststudium verwiesen. So auch in Greifswald. Daher haben es sich Lena Foljanty und Ulrike Lembke 2006 zur Aufgabe gemacht, das Buch zu schreiben bzw herauszugeben, das sie dort als Studentinnen selbst gern gehabt hätten – und nun als Lehrende einsetzen möchten. Für Österreich haben Elisabeth Holzleithner sowie Elisabeth Greif und Eva Schobesberger bereits vor einer Dekade Einstiegswerke in die feministische Rechtswissenschaft vorgelegt²; für das deutsche Recht fehlte eine Einführung in dieser Form bisher. Auf die Erstauflage des Studienbuchs von Foljanty/Lembke ließ sich der Verlag dennoch nur zögerlich ein. Nun ist das Studienbuch in zweiter Auflage erschienen, und auch die aus allen Nähten platzende Buchpräsentation in Berlin im Dezember 2011 zeigte: Der Erfolg gibt den Herausgeberinnen recht.

Der Titel „Feministische Rechtswissenschaft“ weist in einem Feld, in dem es auch andere Bezeichnungen („Frauen und Recht“, „Recht der Geschlechterverhältnisse“, „Legal Gender Studies“) und andere Erkenntnisinteressen gibt (queer legal studies, critical race studies, um nur einige zu nennen), ein politisches Selbstverständnis aus, das jedoch nicht die Pluralität eines Feldes leugnen will, das aus Feminismen und Bewegungen besteht. Für die Autor_innen gibt es ‚die‘ feministische Rechtswissenschaft mit einem festen Kanon an Zielen, Grundannahmen und Methoden ebenso wenig wie ‚den‘ Feminismus (S 26). So ist auch das Geschlechterverhältnis zwar Ausgangs-, aber durchaus nicht Endpunkt ihrer Betrachtung, die es sich zum Anspruch macht, durchgängig die Bedeu-

1 Ein Überblick findet sich auf der Website des Studienbuchs: <http://www.feministisches-studienbuch.de/links> (10.5.2012).

2 Holzleithner, *Recht Macht Geschlecht: Legal Gender Studies. Eine Einführung* (2002); Greif/Schobesberger, *Einführung in die feministische Rechtswissenschaft: Ziele, Methoden, Theorien*² (2007).

tung anderer Dominanzverhältnisse wie zB Rassismus zu berücksichtigen. Es eint die verschiedenen Ansätze der wissenschaftskritische Anspruch: die vermeintliche unpolitische Neutralität und Geschlechtslosigkeit der juristischen Dogmatik zu entlarven, ihre Vorannahmen transparent zu machen und das existierende Recht zunächst mit seinen eigenen Maßstäben, aber auch mit rechtspolitischen Forderungen zu kritisieren. Hier geht es immer auch um Herrschaft, auch in den Bedingungen der Wissensproduktion, und es geht um die Ambivalenz des Rechts als Herrschafts- und Emanzipationsinstrument. Und das macht die feministische Rechtswissenschaft grundsätzlich mehr oder weniger ungemütlich – auch dies ein Grund für ihre fortwährende Marginalisierung, und ein guter Grund, sich als kritische Jurastudierende mit ihr auseinanderzusetzen.

Das Studienbuch, das sogar von einem mobilen Studientag begleitet wird³, ist hierfür ein hervorragender Einstieg. Statt Typologien zu entwerfen oder sich in die Systematik der Rechtsbereiche zwingen zu lassen, folgt es dem Entstehungsprinzip der feministischen Rechtswissenschaft und orientiert sich an Konflikten oder Feldern, in denen Geschlechterverhältnisse in (rechts)politischen Auseinandersetzungen ausgehandelt werden und umkämpft sind.⁴ Damit sind die Darstellungen, denen das deutsche Recht zugrunde liegt (die aber auch auf das Unionsrecht und das internationale Recht eingehen), auch für andere Rechtssysteme von Interesse.

Die Neuauflage weist gegenüber der ersten Auflage erhebliche Erweiterungen und Überarbeitungen auf, geht also – bei gleichem Umfang – über eine bloße Fußnotenaktualisierung weit hinaus. Das Studienbuch gliedert sich nun in vier Hauptteile: Drei Aufsätze führen weiterhin in die *Grundlagen* der feministischen Rechtswissenschaft ein, indem Geschichten, Theorien und Debatten sowie Rechtskritiken nachgezeichnet werden. Das *Antidiskriminierungsrecht* bildet inzwischen einen eigenen Teil mit nunmehr drei Kapiteln zum Verfassungsrecht, zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seinem unionsrechtlichen Rahmen, sowie zum Völkerrecht. Sechs Kapitel widmen sich dann unterschiedlichen *Lebensbereichen*: Erwerbsarbeit, unbezahlte Arbeit, Reproduktion, Sexualität und Lebensweisen, Gewalt, sowie – nun auch eigenständig behandelt – Migration und Flucht. Im Teil *Politik* geht es schließlich um Partizipationsfragen und um Inklusionsstrategien. Entsprechend dem Anspruch des Studienbuches wird grundsätzlich nicht nur die Situation weißer, nicht-behinderter, heterosexueller und legal aufhältiger Frauen thematisiert, sondern es geht um das Geschlechterverhältnis insgesamt, um die Konstruktion von Geschlecht als binär und heteronormativ, die Privilegierung und Diskriminierung unterschiedlicher Lebensweisen, um Jugend und ums Alter, um Illegalität und um Rassismus, um die Verhandlung von Körpernormen im Recht.

3 Informationen unter <http://www.feministisches-studienbuch.de> (10.5.2012).

4 Zustimmend Baer, Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland, in: Rudolf (Hrsg), *Geschlecht im Recht: Eine fortbestehende Herausforderung. Querelles Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Bd 14 (2009) 15 (21–23).

Den Autorinnen und Autoren des Buches – neben den Herausgeberinnen sind dies Friederike Wapler, Annegret Künzel, Anja Schmidt, Michael Wrase, Alexander Klose, Doris Liebscher und Maria Wersig – ist es in enger Abstimmung gelungen, dabei eine für Einsteigende gut lesbare und dennoch anspruchsvolle Darstellungsweise zu finden, die mit ausgewählten weiterführenden Literaturhinweisen die Möglichkeit zur eigenständigen Vertiefung bietet.

So überzeugt etwa das Kapitel zu Migration und Flucht (§ 12) durch die prägnante und pointierte Darstellung eines Rechtsgebiets im Dreiebenensystem zwischen Völkerrecht, Unionsrecht und nationalem Recht, das ständig in Bewegung, politisch hart umkämpft und inzwischen kaum noch zu überschauen ist. Die geschlechtsspezifischen Asylanerkennungsgünde und -hindernisse werden dabei sehr zugänglich dargestellt, ohne in die Frauen-als-Opfer-Falle zu gehen.⁵ Ein eigener Abschnitt widmet sich postkolonialen Kritiken an „westlichen“ Verständnissen der Universalität der Menschenrechte am Beispiel der Debatte um Genitalverstümmelung und thematisiert auch die repressive Wendung feministischer Forderungen zur Begründung kriegerischer Interventionen (zB in Afghanistan). Hiermit leitet das Kapitel elegant über zur Diskussion um kriegerische Gewalt als Fluchtgrund, die durch die Anerkennung sexualisierter Kriegsgewalt als Kriegsverbrechen in geschlechtsspezifischer Hinsicht neue Relevanz erhalten hat.⁶ Das Kapitel schließt mit einem Abschnitt zur „freiwilligen“ Migration, die unter Gesichtspunkten der Armut und Zerstörung von Lebensräumen oft zu Unrecht vom Flüchtlingsrecht kategorisch abgesetzt wird. Hier geht es um Wege nach Europa durch ausbeuterischen Menschenhandel, aber auch um den restriktiv geregelten Familiennachzug – hier werden ua Zwangs- und Scheinehen, Spracherfordernisse und behördliche Vaterschaftsanfechtungen thematisiert – und um Arbeitsmigration, die gerade im Fall von Frauen oft im Bereich der häuslichen und familiären Sorge bzw Versorgung stattfindet und dort weiße Mittelschichtsfrauen von den lästigen Geschlechterkämpfen im Doppelverdienerhaushalt entlastet. Die spezifischen Probleme Illegalisierter beschließen den Abschnitt.

Einzelne Aspekte dieses Kapitels hätten durchaus schon an anderen Stellen des Buches einfließen können, auch im Sinne eines intersektionalen Mitdenkens der besonderen Situation nichtweißer (und damit in Deutschland meist nicht-deutscher) Frauen und Männer. So kommen im Kapitel zu Reproduktion und Familie (§ 9) die Anerkennung väterlicher Obsorgebeziehungen, behördliche Anfechtungsrechte bezüglich aufenthaltsbegründender Vaterschaft und die Geschlechterkonstruktionen etwa in der Rechtsprechung des EGMR zur Abschiebung aus bestehenden Familienverhältnissen⁷ zu kurz,

5 Leider wird übersehen, dass die vielzitierten 80 % aller Flüchtlinge stets „Frauen und Kinder“ (und nicht nur Frauen) umfassen; nach *UNHCR, Statistical Yearbook 2010* (2011), 47f, variiert die Geschlechterverteilung regional stark, ist jedoch im Durchschnitt ausgewogen. Allerdings erreichen weit weniger Frauen als Männer Europa.

6 Hierzu nun auch *Markard, Kriegsflüchtlinge* (2012).

7 Vgl etwa *de Hart, The right to domicile of women with a migrant partner in European immigration law*, in: *van Walsum/Spijkerboer* (Hrsg), *Women and Immigration Law: New variations on feminist themes*, London (2006), 142–159.

obwohl die Familie für nicht-weiße Männer und Frauen in Deutschland oft auch aufenthaltsrechtlich bedeutsam ist. Durch die interessante Fokussierung des Kapitels zu Ehe (§ 8) auf in deren Rahmen geleistete unbezahlte Arbeit bleibt der repressive und anti-islamisch aufgeladene Zwangsehediskurs außen vor, der die „Rettung“ migrantischer Frauen durch ausländerrechtliche Verschärfungen betreibt. Hier bleibt das Studienbuch zT hinter dem eigenen intersektionalen Anspruch zurück, doch wird zB im Kapitel zu Gewalt (§ 11) die Zwangsheirat als Form der Gewalt im Geschlechterverhältnis (mit)diskutiert und werden auch die damit zusammenhängenden essentialisierenden Diskurse um „Ehrenmorde“ und Kopftuch thematisiert.

In der Gesamtschau ist dieses Buch beeindruckend, anregend, herausfordernd und macht Lust aufs Weiterlesen, nicht nur für Studierende. Dass seine 14 Kapitel genau mit der durchschnittlichen Zahl der Semesterwochen übereinstimmen, mag Zufall sein – für den Einsatz des Buches in der Lehre ist es sicherlich kein Hindernis.

Dr.ⁱⁿ Nora Markard, MA, arbeitet derzeit an der Universität Bremen in einem völkerrechtlichen Forschungsprojekt des Sonderforschungsbereichs 597 „Staatlichkeit im Wandel“ und habilitiert sich in Berlin im Verfassungsrecht; markard@zerp.uni-bremen.de

Strukturreform der Justiz auf österreichisch

Peter G. Mayr

In dem am 10.2.2012 von der Bundesregierung vorgestellten „Konsolidierungspaket 2012-2016“¹ findet sich ein Vorhaben, das lapidar lautet: „Reduzierung der Zahl der Bezirksgerichte“. Wenig später hat Justizministerin *Beatrix Karl* angekündigt, die Zahl der Bezirksgerichte von derzeit 141 auf 68 mehr als halbieren zu wollen. Und in einer APA-Aussendung vom 21.2.2012 erläuterte die Ministerin, dass es sich bei dieser Maßnahme um die „größte Strukturreform des gesamten Sparpakets“ handle.² Schon bei dieser Meldung müssen interessierte Staatsbürger_innen stutzig werden: Wenn allein schon das Zusperrern von Gerichten als „größte Strukturreform“ bezeichnet wird, so steht es insgesamt schlecht um die notwendigen Strukturreformen in Österreich.

Dabei wird grundsätzlich niemand ernsthaft und mit sachlichen Argumenten bezweifeln können, dass es durchaus sinnvoll wäre, in manchen Bundesländern einige besonders kleine Bezirksgerichte zusammenzulegen und dass generell eine Annäherung der Bezirksgerichtsstruktur an jene der Bezirksverwaltungsbehörden angestrebt werden sollte. Eine solche Maßnahme müsste jedoch einerseits Teil eines wohlüberlegten Gesamtkonzepts einer umfassenden Reform der österreichischen Gerichtsorganisation sein³ und darf andererseits nicht schematisch und undifferenziert „mit dem Rasenmäher“ erfolgen, sondern sollte behutsam und unter Bedachtnahme auf die lokalen Verhältnisse vorgenommen werden. So mutet es reichlich seltsam an, wenn in der zitierten APA-Meldung auch ausgeführt wird, dass die beabsichtigte Maßnahme „mehr Bürgerservice mit besserer Erreichbarkeit und längeren Öffnungszeiten“ bringen werde. Dies muss man erst einmal zB einer/m Osttiroler Bürger_in erklären, der/die künftig in ganz Osttirol kein Gericht mehr vorfinden soll, sondern (über Salzburger Gebiet und zwei Pässe) zum örtlich zuständigen Gericht nach Kitzbühel fahren muss. Und zum viel strapazierten Schlagwort „Bürgerservice“ erinnert man sich unwillkürlich daran, dass erst kürzlich die Möglichkeiten eines protokollarischen Anbringens bei Gericht stark eingeschränkt worden sind⁴ und dass nach den ursprünglichen Plänen des Justizministeriums

1 Abrufbar unter www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=46581 (10.4.2012).

2 „Bezirksgerichte – BM Karl appelliert an Länder“, abrufbar auf der Homepage des BMJ (www.justiz.gv.at) unter „Presse“ (10.4.2012).

3 Siehe zur Thematik etwa *Mayr*, Gedanken zur Reform der österreichischen Gerichtsorganisation, in FS *Jelinek* (2002) 173 ff oder *Fellner*, Entwicklung der Organisation der Gerichtsbarkeit seit dem „Klecatsky-Plan“ des Jahres 1969, in FS *Klecatsky zum 90. Geburtstag* (2010) 185 ff.

4 Durch das Budgetbegleitgesetz 2011 BGBl I 2010/111.

sogar der wöchentliche Amtstag bei den Bezirksgerichten hätte abgeschafft werden sollen.⁵

Abgesehen von diesen Bedenken hinsichtlich einer möglichen Verschlechterung des Zugangs zum Recht, scheint die Justizministerin die Rechnung aber ohnehin ohne die Wirtsleute gemacht zu haben, denn gem § 8 Abs 5 lit d (Verfassungs-) Übergangsgesetz 1920⁶ kann eine Änderung der Sprengel der Bezirksgerichte nur durch eine Verordnung der Bundesregierung erfolgen, die einer Zustimmung der betreffenden Landesregierung bedarf. Und dass diese Zustimmung von den Regionalpolitiker_innen nicht leicht zu erhalten ist, haben schon viele frühere Justizminister_innen leidvoll erfahren müssen, die auch am Länder-Veto mehr oder wenig deutlich gescheitert sind.

Der logische Weg wäre daher jener gewesen, vorerst endlich die genannte, als bloßes Provisorium gedachte Übergangsregelung zu beseitigen und dann einen dem Art 83 B-VG entsprechenden Rechtszustand dergestalt herzustellen, dass „die Verfassung und Zuständigkeit der Gerichte“ durch Bundesgesetz festgestellt wird.⁷ Die dafür notwendige Verfassungsmehrheit im Parlament hätte die Regierung – wenn die Oppositionsparteien ihre Kritik an den fehlenden Strukturänderungen wirklich ernst meinen – leicht erhalten können. Außerdem steht die „Kodifizierung der bestehenden Gerichtsorganisation“ ohnehin im Regierungsprogramm der amtierenden Bundesregierung.

In dem soeben verabschiedeten „2. Stabilitätsgesetz 2012“⁸ findet man von der angeblichen „größten Strukturreform“ freilich nichts. Ganz im Gegenteil, die tatsächlich beschlossenen Maßnahmen deuten eher in eine andere Richtung:

Zum einen werden nämlich gerade jene Gerichte, deren Anzahl drastisch reduziert werden soll – die Bezirksgerichte – durch eine exorbitante Erhöhung der Wertzuständigkeit von 10.000 auf 25.000 Euro (weiter) aufgewertet. Der tiefere Sinn dieser Maßnahme bleibt mangels einer schlüssigen Begründung in den Gesetzesmaterialien⁹ nicht nur im Hinblick auf das Generalziel des gesamten Reformpakets (Budgetkonsolidierung), sondern auch aus zivilverfahrensrechtlicher Sicht im Dunkeln.¹⁰ Einerseits ist nämlich überhaupt der zu erwartende Effekt dieser Maßnahme nur ein sehr geringer, weil schon derzeit für rund 95 % der streitigen Zivilsachen die Bezirksgerichte zuständig sind.¹¹

5 Siehe den Entwurf eines Budgetbegleitgesetzes-Justiz 2011–2013, BMJ-Pr350.00/0001-Pr/2010 = 233 ME 24. GP.

6 BGBl 1925/368.

7 Siehe etwa *Mayr*, Die Reform der österreichischen Gerichtsorganisation – Eine unendliche Geschichte, JRP 2011, 263 ff.

8 BGBl I 2012/35.

9 Dort (1685 BlgNR 24. GP 32) wird nur auf die Geldentwertung und auf die vergleichsweise höhere Auslastung der Landesgerichte verwiesen.

10 Wohl auch als eine Konsequenz der zweifelhaften Sinnhaftigkeit dieser Maßnahme wurde durch einen Abänderungsantrag im Nationalrat im letzten Augenblick der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Zuständigkeitsverlagerung aufgeschoben: Sie soll jetzt (erst) mit 1.1.2013 auf 15.000 Euro, mit 1.1.2015 auf 20.000 Euro und mit 1.1.2016 auf 25.000 Euro erfolgen (Art 8 2. StabG 2012).

11 Siehe bereits *Mayr*, Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009, 54 (58 f). Konkret sind im Jahr 2011 509.623 C-Sachen bei den Bezirksgerichten und 31.512 Cg-Sachen bei den Landesgerichten angefallen (Quelle: Betriebliches Informationssystem der Justiz [BIS-Justiz] 2011).

Andererseits steht die seit vielen Jahren zu beobachtende Zuständigkeitsverlagerung von den Gerichtshöfen hin zu den Bezirksgerichten¹² nicht im Einklang mit der Grundkonzeption der geltenden ZPO, wonach der normale Regelprozess vor dem (Senat des) Gerichtshof(es) stattfindet und nur kleinere Streitigkeiten mit speziellem lokalen Bezug ohne anwaltliche Vertretung vor dem (Einzelrichter des) Bezirksgericht(s) ausgetragen werden sollen. Diese Entwicklung hätte eigentlich schon seit längerer Zeit zu einer grundlegenden Umgestaltung der ZPO führen müssen, der Novellengesetzgeber hat diese notwendige Konsequenz jedoch bisher immer geflissentlich gescheut,¹³ und auch im nunmehrigen Stabilitätsgesetz 2012 ist davon keine Rede, obwohl durch die neuerliche Zuständigkeitsverschiebung das Regelungskonzept der geltenden Zivilprozessordnung (nahezu) vollends auf den Kopf gestellt wird.

Zum anderen werden durch das aktuelle Stabilitätsgesetz auch die dislozierten Gerichtstage des § 29 GOG abgeschafft. Begründet wird dies in den Materialien damit, dass diese Einrichtung „auf Grund geänderter Mobilitätsverhältnisse ... nicht mehr zeitgemäß“ sei und „in vielen Fällen von der Bevölkerung kaum mehr genutzt“ werde.¹⁴ Selbst wenn man von der Richtigkeit dieser Begründung ausgeht, ist doch die Beschlussfassung dieser Maßnahme zum gegenwärtigen Zeitpunkt einigermaßen merkwürdig, bildeten doch gerade die Gerichtstage in der Vergangenheit einen gewissen Ersatz für aufgelassene Bezirksgerichtsstandorte und war überdies „aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ noch vor wenigen Monaten mit einer Gesetzesnovelle eigens ein Voranmeldesystem zur besseren Auslastung der Einrichtung der Gerichtstage eingeführt worden.¹⁵

Trauriger Höhepunkt der Neuerungen ist, dass mit Ende September 2012 die Gerichtstage auch im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren beseitigt werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass mit dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) die Zuständigkeit für Arbeits- und Sozialrechtssachen (im Gegensatz zur früheren Rechtslage) bei den (uU weit entfernten) Landesgerichten konzentriert worden ist. Um den damit verbundenen, zum Teil heftig kritisierten Nachteilen entgegenzuwirken, griff der damalige Gesetzgeber auf das „vielfach bewährte Institut des Gerichtstags“ nach § 29 GOG zurück und baute diese Einrichtung im § 35 ASGG erheblich aus.¹⁶ Dem Bundesrat war diese Begleitmaßnahme allerdings nicht ausreichend, sodass er (mit

12 Bereits mit der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1989 (BGBl 1989/343) wurde die bezirksgerichtliche Streitwertgrenze schrittweise von 30.000 über 50.000 und 75.000 auf 100.000 ATS erhöht. Schon damals wurde die Vermutung geäußert, diese Maßnahme diene in Wahrheit dazu, einen dreigliedrigen Gerichtsufbau vorzubereiten.

13 Siehe etwa *Mayr*, Pro futuro – Betrachtungen über die Reform der österreichischen Zuständigkeitsordnung, JBl 2011, 492 (494 ff).

14 So die ErläutRV 1685 BlgNR 32. Die weiters dort angeführte Begründung, wonach „in vielen Fällen“ am Ort des Gerichtstags die erforderliche Infrastruktur nicht zur Verfügung stehe, kann angesichts der modernen Kommunikationsverhältnisse nicht ernst genommen werden.

15 § 29 Abs 5 GOG idF BGBl I 2011/136, in Kraft seit dem 1.1.2012; dazu die ErläutRV 1504 BlgNR 24. GP 3.

16 Siehe die diesbezüglichen ErläutRV 7 BlgNR 16. GP 39 ff.

der damaligen ÖVP-Mehrheit) gegen den Nationalratsbeschluss einen Einspruch erhob. Begründet wurde dieses Veto ua damit, dass durch die neue Zuständigkeitsregelung „unter dem Gesichtspunkt der räumlichen Entfernung zum Gericht der Zugang für die rechtsuchende Bevölkerung, insbesondere im ländlichen Raum, wesentlich erschwert“ werde und „diese Erschwernis durch die vorgesehenen, bei einigen Bezirksgerichten abzuhaltenden Gerichtstage nicht annähernd ausgeglichen werden kann.“¹⁷ Der Nationalrat fasste allerdings (mit SPÖ/FPÖ-Mehrheit) einen Beharrungsbeschluss, woraufhin das ASGG am 1.1.1987 unverändert in Kraft getreten ist.

Dass nunmehr (ohne eine besondere Begründung in den Gesetzesmaterialien¹⁸) mit einer SPÖ/ÖVP-Mehrheit gerade jene Grundlage beseitigt wird, auf der die gegenwärtige Organisierung der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit aufgebaut worden ist, entbehrt nicht einer gewissen Skurilität. In Zukunft werden daher auch sehr kleine arbeits- und sozialrechtliche Streitigkeiten jedenfalls vor dem (uU weit entfernten) Gerichtshof ausgetragen, während andere (zivilrechtliche) Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 25.000 Euro vor dem (nahen) Bezirksgericht verhandelt werden.

Was bleibt, ist eine ernüchternde Bilanz: Von einem schlüssigen Konzept oder gar einer wirklichen Strukturreform ist (auch) im Justizbereich nichts zu bemerken. Schade, dass die gegenwärtige günstige Gelegenheit für eine umfassende Reform wieder nicht genutzt worden ist!

Univ.-Prof. Dr. Peter G. Mayr lehrt Zivilverfahrensrecht an der Universität Innsbruck; peter.g.mayr@uibk.ac.at

17 547 BlgNR 16. GP.

18 Die ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP 32 verkennen oder ignorieren das Problem, wenn sie lapidar anführen, dass die zur Aufhebung des § 29 GOG angeführten Gründe (siehe oben FN 14) auch für die gem § 35 ASGG angeordneten Gerichtstage gelten würden.

Indien: Verbesserter Zugang zu Krebsmedikament durch Zwangslizenz

Kristina Jud

In seiner Entscheidung vom 13.3.2012¹ sprach das indische Patentamt erstmals eine Zwangslizenz für ein patentiertes Arzneimittel zu. Das Krebsmedikament *Nexavar* des deutschen Pharmakonzerns *Bayer* darf nun vom Generika-Hersteller *Natco Pharma Ltd* gegen eine Lizenzgebühr von 6 Prozent der Verkaufserlöse für die nächsten 8 Jahre reproduziert werden.² Damit verliert *Bayer* sein Monopol. Die monatlichen Behandlungskosten sinken von rund 5.700 USD auf 180 USD. Das Patentamt traf diese Entscheidung, weil das Arzneimittel durch den exorbitant hohen Preis und die begrenzten Lieferkapazitäten für den Großteil der Bevölkerung nicht zugänglich sei und betonte, dass es sich um ein lebenswichtiges Medikament und kein Luxusgut handle.

1. Der völkerrechtliche Hintergrund der Entscheidung

Das Institut der Zwangslizenz auf Patente ist im TRIPS-Abkommen (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), welches im Jahre 1995 als Ergebnis der Uruguay-Runde des GATT in Kraft trat, geregelt.³ Dadurch wurde erstmals eine internationale Angleichung der geistigen Eigentumsrechte vorgenommen. Vor allem in Entwicklungs- und Schwellenländern, welche bislang meist keine Patente anerkannt hatten, führte das TRIPS zu einschneidenden Anpassungsmaßnahmen, weswegen diesen Ländern eine zehnjährige Übergangsfrist gewährt wurde. Den Least Developed Countries wird ein weiterer Aufschub bis spätestens 2016 gewährt.

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Zwangslizenz sind in Art 31 TRIPS geregelt.⁴ Nach lit b muss sich der/die Antragsteller_in zunächst erfolglos um eine Zustimmung des Patentinhabers_/der Patentinhaberin zu handelsüblichen Bedingungen bemüht haben. Von dieser Voraussetzung kann nur im Falle eines nationalen Notstands abgesehen werden. Dem/der Patentinhaber_in ist zudem eine angemessene Entschädigung zu

1 C.L.A. 1/2012. Zugänglich unter: http://www.ipindia.nic.in/ipoNew/compulsory_License_12032012.pdf (28.3.2012).

2 <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/krebsmedikament-indien-zwingt-bayer-zur-patent-weitergabe-11682378.html> (28.3.2012).

3 *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht (2009) 156.

4 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04c_e.htm#6 (28.3.2012). Aus Art 8 des TRIPS-Abkommens ergeben sich Grundsätze für die Erteilungsgründe einer Zwangslizenz, erwähnt wird etwa ein öffentlicher Notstand.

gewähren. Als besonders problematisch erweist sich die Bestimmung des Art 31 lit f, wonach eine Zwangslizenz vorwiegend für die Versorgung des Binnenmarktes des antragstellenden Mitgliedstaates erteilt werden kann. Dadurch wird die Erteilung einer Zwangslizenz für kleinere WTO-Mitgliedsstaaten ohne eigene Pharmaindustrie faktisch unmöglich.⁵

Im Jahr 2001 sollten im Rahmen der Doha-Erklärung⁶ sämtliche Unklarheiten in Bezug auf das TRIPS-Abkommen beseitigt werden. Kurz zuvor wurde eine Klage von 39 Pharmakonzernen gegen Südafrika, ein Land mit extrem hoher HIV-Infektionsrate, nach einer internationalen Protestwelle zurückgezogen. Gegenstand der Intervention war der bereits im Jahre 1997 erlassene *Medicines and Related Substances Act*, welcher die Versorgung der südafrikanischen Bevölkerung mit preiswerten, teils parallelimportierten Generika zur Behandlung von HIV-Infektionen zum Ziel hatte.⁷ In § 5 b nimmt die Doha-Erklärung auf Art 31 TRIPS Bezug, indem sie darauf hinweist, dass jeder Mitgliedstaat das Recht hat, Zwangslizenzen zu vergeben und die Erteilungsgründe selbst zu bestimmen. Jedes WTO-Mitglied könne selbst festlegen, wann ein nationaler Notfall als Voraussetzung für die Erteilung einer Zwangslizenz vorliegt. Explizit genannt werden in diesem Zusammenhang HIV, Tuberkulose, Malaria und andere epidemische Krankheiten.

Ländern ohne eigene Produktionskapazitäten wurde vor dem Hintergrund des problematischen Art 31 f TRIPS lediglich zugestanden, dass diese Schwierigkeiten haben könnten, Zwangslizenzen im Rahmen des TRIPS-Abkommens effektiv zu nutzen und dass eine Lösung angestrebt werde. Konkrete Regelungen scheiterten vor allem an den USA, obwohl diese selbst im Zusammenhang mit den Milzbrand-Anschlägen im Jahre 2001 dem Pharmakonzern *Bayer* die Zwangslizenzierung seines Antibiotikums *Ciprobay* angedroht hatten, um dieses bei einem Generikahersteller billig reproduzieren zu lassen.⁸ Durch die Erklärung der fünften WTO-Minister_innenkonferenz in Cancún am 30.8.2003 wurde den Entwicklungsländern zunächst als *waiver* zu Art 31 f TRIPS erlaubt, Generika zu importieren, die unter einer Zwangslizenz hergestellt wurden.⁹ Exportzwangslizenzen dürfen demnach erteilt werden, um Ländern mit nur ungenügenden pharmazeutischen Produktionskapazitäten den Zugang zu patentierten Medikamenten zu erleichtern.¹⁰ Der importierende Staat muss die voraussichtlich benötigte Menge des Medikaments angeben, außerdem obliegt ihm der Beweis, dass er selbst nicht über aus-

5 http://evb.ch/cm_data/public/EvB_zum_WTO_Pharmakompromiss.pdf (29.3.2012).

6 http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (26.3.2012).

7 <http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/mediathek-und-archiv/archiv/details/pharmakonzerne-ziehen-klage-zurueck/> (26.3.2012).

8 <http://www.aerzteblatt.de/archiv/35884/Medikamentenstreit-Toedliche-Nebenwirkung> (28.3.2012); vgl auch *Müller*, Die Patentfähigkeit von Arzneimitteln (2003) 4.

9 http://www.evb.ch/cm_data/public/EvB_zum_WTO_Pharmakompromiss.pdf (26.3.2012).

10 http://www.wto.org/english/news_e/news03_e/trips_stat_28aug03_e.htm (30.3.2012); vgl auch *Löhr*, Das TRIPS-Abkommen (2008) 9.

reichende Kapazitäten für die Produktion des Arzneimittels verfügt. Der_die Produzent_in hat eine eindeutige Kennzeichnung des Präparats vorzunehmen, um eine Umleitung auf den Schwarzmarkt oder in Drittländer zu verhindern. Die EU hat das Protokoll zur Änderung des TRIPS-Abkommens am 30. November 2007 ratifiziert. In der WTO tritt die Änderung in Kraft, sobald sie von zwei Dritteln der WTO-Mitglieder ratifiziert wurde. Die Frist zur Ratifizierung wurde bereits dreimal verlängert und endet nunmehr am 31. Dezember 2013.¹¹

2. Indien als „Apotheke der Dritten Welt“

1970¹² trat das erste indische PatentG in Kraft. Jedoch sah dieses nur Prozess- aber keine Stoffpatente vor, welche zudem nach sieben Jahren verfielen. Prozesspatente erlauben die Reproduktion patentierter Medikamente, wenn dafür ein eigenes Produktionsverfahren entwickelt wird. Die für die Pharmaindustrie günstigeren Stoffpatente schützen ein Produkt aufgrund seiner stofflichen Beschaffenheit.¹³ Importprodukte genossen überhaupt keinen Patentschutz.¹⁴ Dies war der Startschuss für Indiens Generikaproduktion, welche eine pharmazeutische Industrie heranreifen ließ, die heute kurz vor der internationalen Wettbewerbsfähigkeit steht.¹⁵ Die Bedeutung für andere Entwicklungsländer ist enorm. Aufgrund des wesentlich geringeren Preises handelt es sich bereits bei 80 Prozent der in den Ländern der sogenannten Dritten Welt vertriebenen Arzneimittel zur Behandlung von HIV-Infektionen um in Indien reproduzierte Markenprodukte.¹⁶ Die internationale Hilfsorganisation *Ärzte ohne Grenzen* bezeichnet die indische Generikaproduktion als „Rückgrat unserer HIV/Aids-Programme in 30 Ländern“.¹⁷

Das im Zuge der Umsetzung des TRIPS-Abkommens überarbeitete indische Patentgesetz enthält in Abschnitt 3 d eine Bestimmung zur Verhinderung des sogenannten *ever-greenings*, einer Taktik der Pharmakonzerne zur Verlängerung des Patentschutzes durch geringfügige Modifikationen der Arzneimittelzusammensetzung.¹⁸ Zur Patentgewährung müssen Pharmaunternehmen beweisen, dass das Produkt eine echte Innovation darstellt. Auf diese Regelung stützte das indische Patentamt die Patentverweigerung für das Leukämiepräparat *Glivec* des Pharmakonzerns *Novartis*. Eine Behandlung mit *Glivec* kostet rund 2.600 USD/Monat. Die äquivalenten indischen Generika sind für etwa

11 http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm (30.3.2012).

12 Erste gesetzliche Vorschriften zur Vergabe von Zwangslizenzen finden sich auf europäischer Ebene bereits im frühen 20. Jahrhundert. *Koikkara*, Der Patentschutz und das Institut der Zwangslizenz in der Europäischen Union (2010) 91.

13 *Ubrich*, Stoffschutz (2010) 141.

14 *Xuming*, Schutz von chemischen und pharmazeutischen Erfindungen in dem neuen chinesischen Patentrecht (2011) 71.

15 *Löhr*, Das TRIPS-Abkommen (2008) 10.

16 http://www.doctorswithoutborders.org/publications/article_print.cfm?id=5770 (28.3.2012).

17 <http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/presse/pressemitteilungen/details/zugang-zu-medikamenten-in-gefahr-hundert-tausende-fordern-novartis-auf-patentrechtsklage-fallen-zu/> (26.3.2012).

18 *Sople*, Managing intellectual property: The Strategic Imperative (2006) 32.

200 USD erhältlich.¹⁹ Gegen diese Entscheidung geht *Novartis* aktuell mit dem Argument gerichtlich vor, dass die Erreichbarkeit neuer Medikamente für die indische Bevölkerung nur gewährleistet sei, wenn die Unzulänglichkeiten des indischen Patentamtes beseitigt und Innovationen im Pharmasektor durch ausreichenden Patentschutz geschützt werden. Die *Erklärung von Bern (EvB)*,²⁰ *Ärzte ohne Grenzen*²¹ und andere NGOs appellierten bisher erfolglos an *Novartis*, die Klage zurückzuziehen. Ein Urteil wird demnächst erwartet.

3. Schlussbemerkung

Jährlich sterben 17 Millionen Menschen an behandelbaren Infektionskrankheiten. Die Ursachen dafür liegen insbesondere in hohen Arzneimittelpreisen und darin, dass die Forschungsschwerpunkte vieler Pharmafirmen aufgrund höherer Rentabilität im Bereich der westlichen *Lifestyle-Medikamente* zur Behandlung von Übergewicht, Haarverlust und Impotenz liegen.²²

Die Wahrung sowohl der Erfinder_inneninteressen als auch der Interessen der Allgemeinheit stellt einen Drahtseilakt dar.

Die Pharmabranche argumentiert, dass durch das geltende Patentsystem die Kosten für das immens teure und langwierige Zulassungsverfahren amortisiert würden. Die Erforschung und Entwicklung eines Arzneimittels dauere 10 bis 12 Jahre und koste zwischen 970 Millionen und 1,6 Milliarden USD.²³

Wird der Patentschutz zu lange ausgedehnt und ist das Interesse der Allgemeinheit nicht mehr gewahrt, so muss der Patentschutz hinterfragt und gegebenenfalls beschränkt werden.²⁴ Hier kann mit dem Instrument der Zwangslizenz korrigierend eingegriffen werden. In Indien könnten bald weitere Zwangslizenzen zur Generikaherstellung erteilt werden.²⁵ Vor allem teure Präparate zur Behandlung von HIV- bzw. Aids-Erkrankungen könnten davon betroffen sein. Die Zahl der Neuerkrankungen ist hoch, doch die monatlichen Kosten der antiretroviralen Therapie in Höhe von 900 Euro kann sich nur ein Bruchteil der Erkrankten leisten.

Kristina Jud studiert Rechtswissenschaft an der Universität Innsbruck und verfasst ihre Diplomarbeit zum Thema „Off-Label Use von Arzneimitteln“; kristina.jud@student.uibk.ac.at

19 <http://www.nytimes.com/2012/03/07/business/global/indias-supreme-court-to-hear-long-simmering-dispute-on-drug-patents.html?pagewanted=all> (30.3.2012).

20 <http://www.evb.ch/p25019060.html> (26.3.2012).

21 <http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/presse/pressemitteilungen/details/novartis-stellt-indisches-patentrecht-in-frage/?aktuell=18cHash=af7485a505c843d5ac8d768a0dc0216d> (28.3.2012).

22 <http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/ueber-uns/medikamentenkampagne/> (30.3.2012).

23 <http://www.vfa.de/de/wirtschaft-politik/strukturdaten/innovationsfaktor> (30.3.2012).

24 *Koikkara*, Patentschutz 24.

25 <http://www.aerzte-ohne-grenzen.at/hilfeinsaetze/artikel/details/erste-zwangslizenz-fuer-ein-medikament-in-indien/> (30.3.2012).

Sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung homosexueller Paare in Mexiko

Juan Jorge Bautista Gómez¹

Nachdem vor rund eineinhalb Jahren im Juridikum über die Ermöglichung von Ehe und Adoption für homosexuelle Paare in Mexiko Stadt berichtet wurde,² setzte das Mexikanische Parlament (Cámara de Diputados) nun am 30. April dieses Jahres einen weiteren fundamentalen Schritt in Richtung gesellschaftlicher Gleichberechtigung, Einbeziehung und Beteiligung homosexueller Personen und damit auch für die Verwirklichung eines demokratischeren und toleranteren Staates.

Wie bei anderen diesbezüglichen Vorstößen leistete die Initiative dazu die linksgerichtete „Partido de la Revolución Democrática“ (PRD) und hier im Besonderen die Abgeordnete Enoé Margarita Uranga Muñoz, Vertreterin der LGBT-Bewegung. Während die anderen Parteien großteils zustimmten, kam heftiger Widerstand von Seiten der rechtskonservativen „Partido Acción Nacional“ (PAN), die gegenüber fortschrittlichen sozialen Entwicklungen allgemein eine konservativ-reaktionäre Abwehrhaltung einnimmt. Die beschlossene Gesetzesreform ist für den sozialversicherungsrechtlichen Schutz gleichgeschlechtlicher Paare von entscheidender Bedeutung. Reformiert wurden das Gesetz des Mexikanischen Sozialversicherungsinstituts (Instituto Mexicano del Seguro Social, IMSS) und des Instituts für Sozialversicherung und Soziale Dienstleistungen der öffentlich Bediensteten (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ISSSTE). Dabei handelt es sich um die wichtigsten mexikanischen Institutionen sozialer Absicherung, die sich bis dato gestützt auf mehrdeutige Formulierungen ihrer Gesetze weigerten, gleichgeschlechtliche PartnerInnen für den versicherungsrechtlichen Schutz entsprechend zu registrieren. Die Reform zwingt sie dazu, gleichgeschlechtlichen Ehe- und LebensgemeinschaftspartnerInnen einen sozialversicherungsrechtlichen Schutz in derselben Art und Qualität wie heterosexuellen Paaren zu gewährleisten. Von zentraler praktischer Bedeutung dabei ist die gleichberechtigte Absicherung im Krankheits- und Todesfall.

Die rechts-konservative PAN erhob gegen die Reform das absurde Argument der dadurch verursachten zusätzlichen Kosten für die Sozialversicherung, absurd, weil jede

1 Aus dem Spanischen übersetzt von Judith Schacherreiter.

2 Bautista Gómez, Ein familienpolitischer Vorstoß von links: Zur aktuellen Debatte über die gleichgeschlechtliche Ehe und Adoption in Mexiko, Juridikum 2010, 250.

Art von Familie, Ehe oder registrierte PartnerInnenschaft (*unión legal*) denselben Kostenaufwand verursacht und jeder Lohnempfänger und jede Lohnempfängerin denselben von der Einkommenshöhe abhängigen Beitrag zur Sozialversicherung leistet. Die BefürworterInnen der Reform stützten sich auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, das Diskriminierungsverbot sowie das Recht auf Gesundheit und Wohnung und forderten deren Erfüllung jenseits von ideologischen Vorurteilen und Stigmata.

Die Gesetzesreform muss nun, nach ihrem Beschluss in der *Cámara de Diputados*, auch von den SenatorInnen (*Cámara de Senadores*) angenommen werden. Die diesbezügliche Entscheidung wird nach der parlamentarischen Sommerpause getroffen, das heißt wohl im September 2012. Bleibt zu hoffen, dass sie bei den Senatsmitgliedern nicht auf Intoleranz stößt. Die Mehrheitsverhältnisse und Erfahrungswerte hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den beiden Kammern sprechen aber dafür, dass es zu einem positiven Beschluss und damit zu einem weiteren wichtigen Schritt für die Durchsetzung von Gleichberechtigung kommen wird.

Juan Jorge Bautista Gómez ist Dekan der Rechts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät und Forscher am Centro de Investigaciones Jurídicas der Universidad Autónoma „Benito Juárez“ de Oaxaca, Mexiko; juancocol@yahoo.com.mx

Die Rechtsstellung von undokumentiert beschäftigten Personen: Verpackung schön, Inhalt mangelhaft

Johannes Peyrl

1. Einleitung

In Österreich leben Menschen, die entweder über kein Aufenthaltsrecht verfügen¹ oder trotz eines Aufenthaltsrechts keinen oder nur eingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt haben.² Viele dieser Menschen gehen dennoch einer Beschäftigung nach, dabei liegt auf der Hand, dass sie aufgrund ihrer sehr schwachen Position leicht ausbeutbar sind.

Sie haben aber trotzdem Rechte. Aus einem prekären Aufenthaltsstatus ist es aber oft nicht einfach, diese auch durchzusetzen. Die Lösung eines Problems (meist der Erhalt des zustehenden Entgelts) wirft möglicherweise gleich das nächste auf: So kann wegen der Durchsetzung von Ansprüchen das Aufenthaltsrecht bzw der faktische Aufenthalt in Österreich gefährdet sein.

Dieser Artikel soll einen Überblick über die Rechtsposition dieser Menschen im Hinblick auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche geben. Welche Rechte haben sie? Welche (idR aufenthaltsrechtlichen) Gefahren drohen, wenn sie versuchen, diese auch durchzusetzen?

Folgerichtig befasst sich dieser Beitrag nicht mit unangemeldeter Arbeit von Personen, die entweder ÖsterreicherInnen sind oder als EU-BürgerInnen ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit genießen.³ Diese können durch Geltendmachung ihrer arbeits- bzw sozialrechtlichen Ansprüche keinesfalls in ihrem Aufenthaltsrecht bedroht sein.

2. Anspruch auf Entgelt

Wie der OGH in ständiger Judikatur vertritt, ist ein Arbeitsvertrag, der ohne Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zwischen inländischen ArbeitgeberInnen und ausländischen ArbeitnehmerInnen geschlossen wird, gemäß § 879 ABGB nichtig.⁴

1 Die neueste Schätzung geht von ca 36.000 unrechtmäßig aufhältigen Personen aus: *Kraler/Reichel/Hollomey*, Undocumented migration. Counting the Uncountable (2009), http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Startseite/Clandestino/clandestino_report_austria_final_2_1_.pdf (19.4.2012).

2 Dazu gehören etwa 20.000 AsylwerberInnen (März 2012) sowie die Personengruppen, die in Pkt 5.3. bis 5.6. besprochen werden.

3 Beachte aber Übergangsfristen für StaatsbürgerInnen von Bulgarien und Rumänien, § 32a AuslBG.

4 Vgl zuletzt OGH 22.4.2010, 8 ObA 58/09a, *Schnorr*, AuslBG⁴(1998), § 29, Rz 1; *Löschnigg*, Zur Beendigung und Nichtigkeit von Arbeitsverhältnissen mit Ausländern, in FS Schwarz (1991), 111.

Das bedeutet aber lediglich, dass eben kein Vertrag zustandekommen kann, nicht aber, dass die ArbeitnehmerInnen aus dem Verhältnis keine Ansprüche geltend machen könnten: Denn gemäß § 29 AuslBG haben diese Personen gegenüber den sie beschäftigenden BetriebsinhaberInnen für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages. Sollte kein Gegenbeweis angetreten werden, gilt die Vermutung, dass das Dienstverhältnis zumindest drei Monate gedauert hat.⁵

Der Anspruch auf Entgelt in gleicher Höhe wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrages besteht also in jedem Fall (dazu gehören zB auch anteilige Sonderzahlungen). Es schadet dabei auch nicht, dass keine Lohnvereinbarung festgestellt werden kann, in diesen Fällen schulden die ArbeitgeberInnen ein angemessenes Entgelt.⁶ Auch wenn (noch) kein Entgelt bezahlt wurde, bedeutet das noch nicht, dass für die Tätigkeit Unentgeltlichkeit vereinbart ist bzw war.⁷

Wenn das Fehlen einer Beschäftigungsbewilligung aber auf einem Verschulden des Arbeitgebers bzw der Arbeitgeberin beruht, sind die jeweiligen ArbeitnehmerInnen auch hinsichtlich der Beendigungsansprüche so zu stellen, als ob ein gültiger Arbeitsvertrag geschlossen worden wäre (§ 29 Abs 2 AuslBG).⁸ Ein Verschulden der ArbeitgeberInnen (in Frage kommen sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit⁹) liegt im Wesentlichen immer dann vor, wenn AusländerInnen¹⁰ ihre ArbeitgeberInnen über ihre Staatsbürgerschaft („Ausländereigenschaft“) nicht im Unklaren lassen. Das gilt selbst dann, wenn ein Drittstaatsangehöriger selbst behauptet, keine Beschäftigungsbewilligung zu benötigen.¹¹ Daher haben diese Personen auch Anspruch auf eine allfällige Kündigungsschädigung. Dabei gibt es aber eine wichtige Einschränkung: MigrantInnen verlieren ihre Beendigungsansprüche, wenn sie selbst vorsätzlich handeln.¹² Daher werden sie immer dann, wenn sie wissen, dass sie nicht ohne Berechtigung gemäß AuslBG bzw auch nicht bereits aufgrund ihres Aufenthaltsrechts (bzw ihrer UnionsbürgerInneneigenschaft) arbeiten dürfen, gemäß § 29 Abs 2 AuslBG keine Beendigungsansprüche geltend machen können. Durch diese Judikatur wird aber der Zweck dieser Bestimmung, dass Arbeitgebe-

5 Vgl Art 6 Abs 3 der Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl L 168 vom 30.6.2009 (SanktionenRL).

6 *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung¹⁰, (2010), § 29, Rz 556.

7 *Lindmayr*, Handbuch, § 29, Rz 558, aA *Löschnigg*, Beendigung, 128.

8 Auf den besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutz ist aber gem § 29 Abs 2 letzter Satz AuslBG nicht Bedacht zu nehmen. Näher dazu *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht, Austauschlieferung Juni 2010, 451 f; zum allgemeinen Kündigungsschutz siehe *Schnorr* AuslBG⁴, § 29, Rz 4 bzw *Löschnigg*, Beendigung, 111.

9 *Schnorr*, AuslBG⁴, § 29, Rz 6.

10 Der Begriff „AusländerInnen“ wird in diesem Artikel verwendet, weil das AuslBG alle von seinem Anwendungsbereich umfassten Personen so bezeichnet. Im Sinne der Legaldefinition in § 2 Abs 1 AuslBG ist „Ausländer“ demnach, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

11 OGH 28.9.1994, 9 ObA 161/94, auch *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht, 452.

12 OGH 22.4.2010, 8 ObA 58/09a mit Verweis auf *Schnorr*, AuslBG⁴, § 29, Rz 10 und *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995), 163.

rInnen durch unrechtmäßige Beschäftigung keine Vorteile erzielen dürfen,¹³ in vielen Fällen ad absurdum geführt. Denn greifen ArbeitgeberInnen auf Beschäftigte zurück, die sich unrechtmäßig in Österreich aufhalten und meist schon aus diesem Grund wissen, dass sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen, schulden sie zwar das Entgelt, können aber das Nicht-Vertragsverhältnis beenden, wann immer es ihnen beliebt, ohne Beendigungsansprüche zahlen zu müssen. Genau das sollte aber eigentlich durch § 29 Abs 2 AuslBG verhindert werden.

Ob diese Auslegung aber noch aufrechterhalten werden kann, ist mE zweifelhaft: Die SanktionenRL (die bis 20.7.2011 in nationales Recht umzusetzen war), sieht in Art 6 Abs 1 lit a nämlich vor, dass ArbeitgeberInnen zustehende Vergütungen bezahlen müssen. Als Vergütung in diesem Sinn zählen auch „*alle sonstigen Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund der Beschäftigung [...] unmittelbar oder mittelbar zahlt [...] und die jene entsprechen, die vergleichbare Arbeitnehmer in einem rechtmäßigen Beschäftigungsverhältnis erhalten hätten.*“¹⁴ Unter Vergütung werden daher mE alle Ansprüche zu verstehen sein, die die Beschäftigten gegenüber der/dem ArbeitgeberIn haben, wobei davon nicht nur Entgelt iES umfasst ist. Für eine solche Auslegung spricht auch, dass damit der Zweck der RL, dass ArbeitgeberInnen durch unrechtmäßige Beschäftigung keinen Vorteil haben dürfen, erreicht wird.

Zuständige Gerichte zur Durchsetzung dieser Ansprüche sind in Wien das Arbeits- und Sozialgericht und im restlichen Bundesgebiet die arbeits- und sozialrechtlichen Senate der Gerichtshöfe erster Instanz.¹⁵

3. Verpflichtungen Österreichs aus der SanktionenRL im Hinblick auf Durchsetzung und Information

Personen, die trotz fehlenden Aufenthaltsrechts einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind, haben daher wie oben beschrieben Anspruch auf das zustehende Entgelt. Wie können sie diese Ansprüche aber geltend machen?

Gem Art 6 Abs 2 der SanktionenRL richten die Mitgliedstaaten *Mechanismen* ein, um sicherzustellen, dass unrechtmäßig beschäftigte Drittstaatsangehörige ihren Anspruch gegen ArbeitgeberInnen geltend machen können. Gem Art 13 müssen sie sicherstellen, dass es wirksame Verfahren gibt, mit deren Hilfe die Beschäftigten Beschwerde gegen ihre ArbeitgeberInnen einreichen können (englisch: „lodge complaints“), dies soll durch Beziehung von Gewerkschaften oder anderen Vereinigungen möglich sein, wenn deren Einrichtung nach innerstaatlichem Recht vorgesehen ist. Daraus sind mE zwei Rechtsfolgen ableitbar: Zum einen müssen die Mechanismen, nach denen eine solche Beschwerde möglich ist, auch faktisch möglich sein, da sonst die Anwendung der RL unmöglich würde.

¹³ *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht 450.

¹⁴ Art 2 lit j SanktionenRL.

¹⁵ *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, 454.

Zweitens müssen die Mitgliedstaaten diese Möglichkeiten auch aktiv schaffen. Die bloße Möglichkeit, eine Klage einzubringen, würde dem Richtlinien text nicht Genüge tun.

Gemeint kann daher nur sein, dass die Mitgliedstaaten diese Möglichkeit entweder selbst anbieten oder aber sicherstellen müssen, dass eine Beschwerde über Gewerkschaften oder andere Einrichtungen (in Österreich zB Arbeiterkammern) möglich ist. Denn die Möglichkeit, einer Gewerkschaft beizutreten, ist in Art 11 EMRK und (in deren Anwendungsbereich) auch in Art 12 Abs 1 der EU-Grundrechtecharta für alle Personen (dh auch unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status) gewährleistet. Es ist daher mE klar, dass die SanktionenRL einen Anspruch gewährleistet, der über Art 11 EMRK bzw Art 12 Grundrechtecharta hinausgeht: Die Mitgliedstaaten müssen also aktiv dafür Sorge tragen, dass diese Personen eine Klage gegen ArbeitgeberInnen einbringen können.

Vor Vollstreckung einer Rückführungsentscheidung (dh nach österreichischer Terminologie vor der Abschiebung aufgrund einer durchsetzbaren Rückkehrentscheidung, Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbots¹⁶) müssten unrechtmäßig beschäftigte Personen systematisch und objektiv über ihre Rechte bezüglich der Geltendmachung von Ansprüchen gegen ArbeitgeberInnen informiert werden. In der Praxis erhalten diese in der Schubhaft ein Flugblatt ausgehändigt (das in mehreren Sprachen verfügbar ist). Ob mit der Aushändigung eines Zettels aber dieser Informationspflicht wirklich nachgekommen wird, ist mE mehr als zweifelhaft.

4. Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit

4.1. Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung

Obwohl gemäß § 879 ABG in arbeitsvertragsrechtlicher Hinsicht kein Dienstverhältnis zustande kommen kann, werden Zeiten einer unrechtmäßigen Beschäftigung als Versicherungszeiten gewertet und es entstehen auch die daraus resultierenden Ansprüche. Das folgt daraus, dass der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nach § 4 Abs 2 ASVG nur die tatsächliche entgeltliche Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, aber keinen gültigen Arbeitsvertrag voraussetzt.¹⁷ Die Sozialversicherungspflicht ist nicht vom Bestand eines nach bürgerlichem Recht abgeschlossenen Dienstvertrages abhängig, sondern von einem Verhältnis tatsächlicher Art. Der Kreis der DienstnehmerInnen iSd § 4 Abs 2 ASVG ist also größer als derjenige von Personen, die in einem arbeitsrechtlichen Dienstverhältnis stehen.¹⁸ Auch der VwGH bejaht aufgrund des „Schutzzwecks des Sozialversicherungsrechts“ die Versicherungspflicht auch von Per-

16 Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner, Fremdenrecht⁴ (2012) 389 ff.

17 Schmorr, § 29, Rz 11 mwN. Zu eng *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht 451, wonach Ansprüche aus der Sozialversicherung offenbar unter § 29 Abs 2 AuslBG subsumiert werden und nur bei Verschulden des Betriebsinhabers durchsetzbar sein sollen.

18 Poperl, Handbuch ASVG, 44. Ergänzungslieferung, Sep 2010, § 4 Abs 2 ASVG, Rz 33ff.

sonen, die ohne entsprechende beschäftigungsrechtliche Bewilligung beschäftigt wurden.¹⁹ Dadurch ist aber auch klargestellt, dass entsprechende Leistungen möglich sein müssen: Der Schutzzweck des Sozialversicherungsrechts ist genau die Absicherung für den Eintritt der Versicherungsfälle Krankheit, Unfall oder Alter (bzw Berufsunfähigkeit).²⁰ In der Praxis werden aber zT Leistungen aus der Krankenversicherung schwer durchzusetzen sein, da die Personen entweder über keine E-Card verfügen oder diese keine Versicherung anzeigen wird. Über Anträge auf Zuerkennung von Leistungen aus der Krankenversicherung muss die Behörde gem § 368 Abs 1 ASVG zwar binnen zwei Wochen nach Einbringen des Antrags entscheiden, diese Frist gilt aber nicht, wenn das Verfahren wegen einer Vorfrage (hier: das Bestehen der Versicherungspflicht) förmlich gem § 38 AVG ausgesetzt wird. Das ändert aber nichts daran, dass ein Anspruch auf diese Leistungen besteht und dieser letztendlich auch durchgesetzt werden kann.

4.2. Arbeitslosenversicherung

Nichts anderes kann grundsätzlich für den Bereich der Arbeitslosenversicherung gelten: Diese ist ein Zweig der Sozialversicherung, daher kann zur Auslegung auf die Normen des ASVG zurückgegriffen werden.²¹ Da „Dienstnehmer“ gem § 1 Abs 1 lit a AIVG arbeitslosenversichert sind, kann der Dienstnehmerbegriff nicht anders als im Bereich der Kranken-Unfall- und Pensionsversicherung ausgelegt werden. Auch unrechtmäßig beschäftigte Personen erwerben daher Versicherungszeiten für die Arbeitslosenversicherung.

Allerdings ist es für den Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung entscheidend, dass die Personen sich „berechtigt im Bundesgebiet aufhalten, um eine unselbständige Beschäftigung aufzunehmen“ (§ 7 Abs 3 Z 2 AIVG). Ob trotz ausreichender Versicherungszeit ein Leistungsanspruch besteht, kommt also auf den aufenthaltsrechtlichen Status an: Anspruch auf Arbeitslosengeld haben damit insb EU-BürgerInnen, die noch keine ArbeitnehmerInnenfreizügigkeit genießen²², idR AsylwerberInnen²³ und alle Personen, denen aufgrund des Aufenthaltsrechts eine Beschäftigung nicht grundsätzlich untersagt ist, zB drittstaatsangehörige StudentInnen mit „Aufenthaltsbewilligung – Studierende“ oder InhaberInnen einer „Niederlassungsbewilligung“, selbst wenn sie ohne Bewilligung beschäftigt wurden.

In vielen Fällen wird aber kein Leistungsanspruch möglich sein, insb dann, wenn gar kein Aufenthaltsrecht vorliegt oder überhaupt kein Zugang zum Arbeitsmarkt gegeben ist (zB bei volljährigen Kindern von ÖsterreicherInnen, die lediglich über eine „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ verfügen).

19 VwGH 22.1.2002, 99/09/0209; VwGH 12.11.1991, 91/08/0125.

20 Ein rechtmäßiger Aufenthalt wird gem § 292 Abs 1 ASVG lediglich für die Zuerkennung der Ausgleichszulage verlangt. Die Europarechtskonformität dieser Bestimmung ist derzeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH; vgl OGH 14.2.2012, 10 Obs 1/12p.

21 *Krapf/Keul*, Arbeitslosenversicherungsrecht, 7. Ergänzungslieferung (2011) § 1, Rz 6.

22 Es entsteht aber keine Freizügigkeit auf dem Arbeitsmarkt, arg „rechtmäßig beschäftigt“, § 32a Abs 2 AuslBG.

23 Soweit sie zum Aufenthalt berechtigt sind oder zumindest faktischen Abschiebeschutz genießen, § 4 Abs 1Z 1 AuslBG.

5. Mögliche aufenthaltsrechtliche Konsequenzen bei Geltendmachung von Ansprüchen

Im österreichischen Fremdenrecht gibt es über 20 verschiedene Aufenthaltsberechtigungen, dabei sind jene, die sich aus dem Asylrecht ergeben, noch gar nicht mitgezählt. Entsprechend unterschiedlich sind die potenziellen fremdenrechtlichen Gefahren, die auftreten können (aber nicht müssen), wenn undokumentiert beschäftigte ArbeitnehmerInnen Ansprüche gegen ihre ArbeitgeberInnen geltend machen wollen. Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden, mit welchem Aufenthaltsrecht bei Geltendmachung von Ansprüchen welche fremdenrechtlichen Konsequenzen verbunden sind oder zumindest drohen.²⁴

Grundsätzlich ist es in Österreich nur für ArbeitgeberInnen strafbar, MigrantInnen ohne entsprechende Berechtigung zu beschäftigen, wobei die Strafrahmen zT sehr hoch sind und bis zu € 50.000 für jede/n unberechtigt beschäftigte/n AusländerIn ausmachen können.²⁵ MigrantInnen aber können aufgrund undokumentierter Arbeit zwar nicht (verwaltungs)strafrechtlich belangt werden, jedoch in ihrem Aufenthalt in Österreich bedroht sein, was letztlich eine viel schwerwiegendere Konsequenz als eine Verwaltungsstrafe darstellt.

Vor jeder aufenthaltsbeendenden Maßnahme (Rückkehrentscheidung, Ausweisung, Aufenthaltsverbot) muss die Behörde prüfen, ob diese im Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (iSd Art 8 EMRK) zulässig ist. Es ist also noch nicht gesagt, dass am Ende eines aufenthaltsbeendenden Verfahrens auch tatsächlich eine Ausreiseverpflichtung steht. Vielfach wird aber, insb bei einer nicht allzu langen bisherigen Aufenthaltsdauer, das Privat- und Familienleben der Ausweisung (dem Aufenthaltsverbot) bzw der Rückkehrentscheidung nicht entgegenstehen.²⁶

5.1. „Rot-Weiß-Rot-Karte“

Eine „Rot-Weiß-Rot-Karte“ wird im neuen Modell der Arbeitskräftemigration für eine bestimmte, qualifizierte Tätigkeit bei einem/r bestimmten Arbeitgeber/in erteilt.²⁷ Ein ArbeitgeberInnenwechsel ist nur bei Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen möglich, die Bewegungsfreiheit am Arbeitsmarkt ist daher zunächst eingeschränkt. Möglich wäre nun, dass die/der DienstgeberIn nicht korrekt entlohnt, die/der ArbeitnehmerIn das vereinbarte Entgelt geltend macht und es zur Auflösung des Dienstverhältnisses kommt. Wenn nun nicht ausreichend Beschäftigungszeiten vorliegen, ist eine Verlängerung des Aufenthaltsrechts oft nicht möglich,²⁸ zT könnte die „Rot-Weiß-Rot-

24 Aus platzökonomischen Gründen werden hier nicht alle Aufenthaltsberechtigungen behandelt.

25 Vgl § 28 Abs 1 AuslBG; Unter bestimmten Voraussetzungen kann unrechtmäßige Beschäftigung auch gerichtlich strafbar sein (vgl § 28c AuslBG).

26 Genauer dazu *Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner*, Fremdenrecht⁴ 343 ff.

27 Näher dazu und zum Titel „Blaue Karte EU“ *Kreuzhuber/Hudsky*, Arbeitsmigration (2011), 85 ff bzw 114.

28 Für die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ müssen innerhalb eines Jahres 10 Monate Beschäftigung vorliegen; siehe § 41a Abs 1 NAG iVm § 12d Abs 5 Z 1 AuslBG.

Karte“ auch entzogen werden (mE nicht wahrscheinlich, weil die Behörde oft von der Auflösung gar keine Kenntnis erlangen wird). In allen Fällen ist dann eine aufenthaltsbeendende Maßnahme (hier: Rückkehrentscheidung gem § 52 FPG) möglich. Wird neben der erlaubten Tätigkeit auch eine weitere unerlaubte Beschäftigung ausgeübt, droht eine Ausweisung (§ 62 Abs 2 FPG).

5.2. Aufenthaltsberechtigungen, die freien Zugang zum Arbeitsmarkt beinhalten

Anerkannte Flüchtlinge, subsidiär Schutzberechtigte und Personen mit einem Titel „Daueraufenthalt – EG“ sowie einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ haben aufgrund ihres Aufenthaltsrechts einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt.²⁹ Auch EhegattInnen (eingetragene PartnerInnen) von österreichischen StaatsbürgerInnen, die zur Niederlassung berechtigt sind und daher über einen „Aufenthaltstitel Familienangehöriger“ oder nach fünf Jahren Niederlassung über einen Titel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ verfügen, sind ohne weitere Bewilligung zum Arbeitsmarkt zugelassen und können jede Erwerbstätigkeit aufnehmen,³⁰ gleiches gilt für Angehörige von EWR-BürgerInnen.³¹ Diese Personen können daher nicht (im hier interessierenden Sinn) undokumentiert arbeiten.³² Aufgrund der Geltendmachung von arbeits- bzw sozialrechtlichen Ansprüchen kann daher deren Aufenthaltsrecht nicht gefährdet werden.

5.3. Aufenthaltstitel, mit denen Zugang zum Arbeitsmarkt mit Berechtigung gemäß AuslBG möglich ist

Erwerbstätigkeit ist in diesen Fällen nicht ausgeschlossen, es ist aber eine Bewilligung nach den Bestimmungen des AuslBG erforderlich. Früher der Regelfall, gehört die früher klassische Doppelgleisigkeit von Aufenthalts- und Arbeitsberechtigung mittlerweile zum Glück weitgehend der Vergangenheit an.³³ Die wichtigsten derartigen Aufenthaltstitel sind die Niederlassungsbewilligung und die Aufenthaltsbewilligung für Studierende bzw SchülerInnen.

Wenn MigrantInnen gänzlich ohne Berechtigung arbeiten und dabei betreten (direkt bei der Arbeit angetroffen) werden, droht ihnen die Verhängung eines Aufenthaltsverbots

29 Es ist an dieser Stelle nicht möglich, jeweils auszuführen, wie diese Titel erworben werden können.

30 Auf Sonderfragen, die sich durch das Ende der Angehörigeneigenschaft stellen (insb Scheidung) kann hier nicht eingegangen werden.

31 Das sind vereinfacht gesagt EhegattInnen, Kinder, Enkel sowie Eltern (teils nur bei Unterhaltsgewährung). Eine Aufenthaltskarte bzw Bescheinigung des Daueraufenthaltes ist nicht Voraussetzung. Gleicher Kreis gilt für Angehörige von ÖsterreicherInnen, die zuvor ihr unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben.

32 Das schließt natürlich nicht aus, dass sie ohne korrekte Anmeldung zur Sozialversicherung arbeiten. Diese unangemeldete Erwerbstätigkeit ist zwar rechtswidrig, aber nicht undokumentiert iS dieses Beitrags.

33 Von 472.412 aufrechten Aufenthaltstiteln (31.12.2011) haben 388.031 Personen einen unbefristeten Titel, eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ und damit Zugang zum Arbeitsmarkt. Vgl BMI, Niederlassungs- und Aufenthaltsstatistik 2011, http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/files/2011/Niederlassungs_und_Aufenthaltsstatistik_2011.pdf (19.4.2012),

(§§ 63 Abs 2 iVm 53 Abs 2 Z 7 FPG), ansonsten kann die undokumentierte Arbeit, wenn sie (etwa durch gerichtliche Geltendmachung von Entgelt) den Behörden bekannt wird, ein Problem bei der Verlängerung des Aufenthaltstitels darstellen;³⁴ eher theoretisch kann auch ein Entziehungsverfahren (§ 28 Abs 6 NAG) eingeleitet werden.

Möglich wäre weiters, dass eine andere Tätigkeit ausgeübt wird als jene, für die eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde (in der Praxis wird eine Beschäftigungsbewilligung meist nur für Vollzeit-Dienstverhältnisse erteilt [Ausnahme: Personen mit „Aufenthaltsbewilligung – Studierende“], in Wirklichkeit wird aber nur eine Teilzeitbeschäftigung ausgeübt). Wenn die Tätigkeit nicht mit dem Spruch des Bescheides korreliert, ist diese als von Anfang an unrechtmäßig zu beurteilen³⁵ und könnte nicht nur bloß widerrufen werden. Ob in diesen Fällen eine Aufenthaltsbeendigung zulässig ist, wird aber sehr stark auf den Einzelfall ankommen.

SchülerInnen und Studierende (§§ 63 und 64, jeweils Abs 2 NAG) dürfen zwar eine Erwerbstätigkeit ausüben, jedoch muss der „ausschließliche“ Zweck des Aufenthalts als SchülerIn bzw StudentIn gewahrt werden. Soweit eine Beschäftigungsbewilligung (auch über die 10 bzw 20 Stunden pro Woche, für die keine Arbeitsmarktprüfung nötig sind, hinaus) erteilt wurde, ist dies aufenthaltsrechtlich kein Problem. Bei undokumentierter Tätigkeit ist aber eine Nichtverlängerung des Aufenthaltsrechts oder sogar eine Entziehung des Aufenthaltstitels (mit anschließender Rückkehrentscheidung) möglich. Die Geltendmachung von arbeitsrechtlichen (bzw sozialrechtlichen) Ansprüchen kann also in diesen Konstellationen aufenthaltsrechtliche Konsequenzen haben. Da aufenthaltsbeendende Maßnahmen bzw die Nichtverlängerung (allenfalls Entziehung) von Aufenthaltstiteln immer nur einzelfallbezogen beurteilt werden können, ist es schwierig, pauschal darzustellen, wann genau die Geltendmachung von Ansprüchen der Anfang vom Ende des Aufenthaltes in Österreich sein könnte.

5.4. Spezielle Aufenthaltsbewilligungen

KünstlerInnen, SeelsorgerInnen, WissenschaftlerInnen bzw ForscherInnen, Betriebsstande oder Au Pair-Kräfte können für diese Tätigkeit jeweils eine Aufenthaltsbewilligung erhalten.³⁶ Gemeinsam ist diesen Aufenthaltsbewilligungen, dass sie Erwerbstätigkeit nur in dem Bereich zulassen, für den die konkrete Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wurde.³⁷ Die Problemstellungen sind hier ähnlich wie oben in Pkt 5.3 beschrieben: Bei einem Verfahren mit der/dem ArbeitgeberIn (und dem vermutlichen Ende des

34 Mit dem aus unrechtmäßiger Beschäftigung erzielten Entgelt können auch ausreichende Unterhaltsmittel für die Verlängerung eines Aufenthaltstitels nicht belegt werden, vgl zB VwGH 29.4.2010, 2007/21/0262.

35 Fraglich ist aber, ob auch damit eine Nichtigkeit des Vertrages iSd § 879 ABGB einhergeht, vgl dazu *Löschnigg*, Beendigung, 111 f.

36 §§ 58ff NAG. Die Aufzählung der Aufenthaltsbewilligungen ist nicht erschöpfend.

37 Siehe näher *Kreuzhuber/Hudsky*, Arbeitsmigration Rz 277ff bzw *Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner*, Fremdenrecht⁴ 104 ff.

Dienstverhältnisses) droht die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn eine andere als die erlaubte Beschäftigung ausgeübt wird, kann das eine Ausweisung (bei Betretung sogar ein Aufenthaltsverbot) zur Folge haben.

5.5. Aufenthaltstitel, mit denen keine Erwerbstätigkeit erlaubt ist

Solche Titel sind insb die „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“ und die „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“. ³⁸ In beiden Fällen ist gar keine Erwerbstätigkeit gestattet. Daher ist bei einer Geltendmachung von Ansprüchen aus einer allfälligen unerlaubten Beschäftigung eine Aufenthaltsbeendigung möglich (siehe oben). Bei diesen Titeln ist nach fünf Jahren die Erteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EG“ möglich. Dieser Titel beinhaltet ja jedenfalls auch einen Zugang zum Arbeitsmarkt. Eine Aufenthaltsbeendigung (auch bezüglich einer theoretisch vor Erteilung dieses Titels ausgeübten unrechtmäßigen Erwerbstätigkeit) ist nach Erteilung dieses Aufenthaltstitels nur noch unter erschwerten Voraussetzungen möglich (§ 64 Abs 4 FPG).

5.6. AsylwerberInnen

AsylwerberInnen sind Personen, die in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz eingebracht haben, über den noch nicht rechtskräftig entschieden ist (vgl § 2 Abs 1 Z 14 AsylG 2005). In den ersten drei Monaten nach Zulassung des Verfahrens darf für AsylwerberInnen keine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt werden. Liegt nach dieser Frist noch keine rechtskräftige Entscheidung über den Asylantrag vor, kann theoretisch für AsylwerberInnen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden, wenn sie über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügen. ³⁹ Aufgrund eines Erlasses des Sozialministeriums aus dem Jahr 2004 dürfen Beschäftigungsbewilligungen für AsylwerberInnen aber nur im Bereich von Kontingenten für Saisonbeschäftigung ausgestellt werden. ⁴⁰ Dieser Erlass ist mE rechtswidrig, da er dem geltenden Recht widerspricht: Eine Einschränkung auf Saisonarbeit ist § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG nicht zu entnehmen. Trotz dieser eindeutigen Rechtslage erhalten AsylwerberInnen in der Praxis keine Beschäftigungsbewilligungen außerhalb von Kontingenten für Saisonarbeit.

Undokumentierte Arbeit ist aber kein Grund, nicht Asyl oder subsidiären Schutz zu gewähren, da es sich dabei um ein Verfahren zur Feststellung einer aktuellen Verfolgung

³⁸ Insb für volljährige Kinder von ÖsterreicherInnen vorgesehen; unter engen Voraussetzungen ist ein Umstieg auf eine Niederlassungsbewilligung möglich.

³⁹ Vgl § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG.

⁴⁰ GZ: 435.006/6-II/7/04: *Biffi*, Migration and Labour Integration in Austria, SOPEMI Report on Labour Migration, 2011, 29. <http://www.donau-uni.ac.at/imperia/md/content/department/migrationglobalisierung/forschung/sopemi/biffi-sopemi-2011.pdf> (17.4.2012).

im Herkunftsstaat bzw der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat handelt.⁴¹ Die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem unrechtmäßigen Dienstverhältnis (idR einer Arbeit, die ohne Beschäftigungsbewilligung ausgeübt wurde), ist daher bei der Prüfung, ob internationaler Schutz zuzuerkennen ist, unbeachtlich.⁴² Wenn sowohl die Zuerkennung von Asyl als auch die Gewährung von subsidiärem Schutz verneint werden, ist zu prüfen, ob die Ausweisung nicht aus Gründen des Art 8 EMRK auf Dauer unzulässig ist.⁴³ Dabei sind bei der Abwägung ua Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insb im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts zu berücksichtigen. Bei einer solchen Abwägung ist natürlich undokumentierte Arbeit zu berücksichtigen. Wird aber festgestellt, dass eine Ausweisung auf Dauer unzulässig ist, ist selbst ein Rückkehrverbot unschädlich.⁴⁴

5.7. Personen ohne Aufenthaltsrecht in Österreich

MigrantInnen, die weder ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG bzw FPG noch nach asylrechtlichen Vorschriften innehaben, halten sich unrechtmäßig in Österreich auf. Gegen diese Personen ist grundsätzlich eine Rückkehrentscheidung zu erlassen (§ 52 FPG), eine Betretung bei einer Erwerbstätigkeit könnte somit lediglich Einfluss auf die Dauer des damit einhergehenden Einreiseverbots haben.⁴⁵ Wie oben bei AsylwerberInnen dargestellt, ist undokumentierte Arbeit aber relevant für die Abwägung, ob eine Ausweisung auf Dauer unzulässig ist.

6. Erlangung eines Aufenthaltsrechts zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche?

Gemäß § 69a Abs 1 Z 2 NAG ist eine „Aufenthaltsbewilligung – Besonderer Schutz“ (unter anderem dann) zu erteilen, wenn zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden sollen, die in Zusammenhang mit gerichtlich strafbaren Handlungen stehen. Das betrifft zwar insbesondere Opfer von Menschenhandel, die ihre Ansprüche durchsetzen sollen, da die Aufzählung in § 69a NAG aber demonstrativer Natur ist, kommen auch andere gerichtlich strafbare Handlungen in Betracht. Zu denken wäre zB an die Strafbestimmung des § 28c AuslBG (in der die unrechtmäßige Beschäftigung teils auch gerichtlich strafbar ist) und § 116 FPG (Ausbeutung eines/r Fremden). Der Aufenthaltstitel kann nur dann erteilt werden, wenn die zivilrechtlichen Ansprüche bereits „geltend gemacht“ wurden. Unter Geltendmachung iSd § 69a Abs 3 ist mE nicht erst das Einklagen

41 Siehe dazu *Putzer*, Leitfaden Asylrecht² (2011), Rz 50 ff und 177 ff.

42 Das gilt auch dann, wenn nach einer Betretung ein Rückkehrverbot (§ 54 Abs 2 iVm § 53 Abs 2 Z 7 FPG) verhängt wird, da auch in diesen Fällen faktischer Abschiebeschutz besteht.

43 In diesen Fällen ist eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (§ 41a Abs 9 NAG) oder eine Niederlassungsbewilligung (§ 43 Abs 3 NAG) zu erteilen, sogenanntes „Bleiberecht“.

44 VwGH 13.9.2011, 2010/22/0216.

45 § 52 Abs 1 iVm § 53 Abs 2 Z 7 FPG.

von Ansprüchen zu verstehen, sondern bereits die Aufforderung an ArbeitgeberInnen, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Über einen solchen Antrag muss die Behörde binnen sechs Wochen entscheiden. Im Jahr 2011 wurden allerdings lediglich 18 Aufenthaltsbewilligungen gem Z 2 leg cit erteilt,⁴⁶ selbst bei dieser Zahl ist davon auszugehen, dass nur sehr wenige zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche erteilt wurden.⁴⁷

Auch die SanktionenRL sieht die Erlangung eines Aufenthaltsrechts in Fällen vor, die in Zusammenhang mit gerichtlich strafbaren Handlungen stehen. Fraglich ist nun, ob diese Bestimmung hinreichend durch § 69a Abs 1 Z 2 NAG umgesetzt wurde. Bei einer minimalistischen Betrachtungsweise könnte dies der Fall sein, schließlich gibt es ja die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel aus diesem Grund zu erlangen. Da diese Bestimmung aber in der Praxis kaum Wirkung entfaltet, wird es mE europarechtlich zumindest notwendig sein, die demonstrative Aufzählung in § 69a Abs 1 Z 2 NAG um die in Art 9 der SanktionenRL genannten Straftaten zu erweitern.

Politisch stellt sich natürlich die Frage, ob nicht ein Aufenthaltsrecht zur Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche grundsätzlich möglich sein sollte. Denn wenn die (gerichtliche) Geltendmachung durch eine (zumindest drohende) Rückführung massiv erschwert wird, ist zum einen die Gefahr hoch, dass undokumentierte Beschäftigung für ArbeitgeberInnen an Attraktivität gewinnt, zum anderen ist es völlig untragbar, dass Menschen für ihre Arbeit (die oft unter sehr schwierigen Bedingungen geleistet wird) letztendlich deswegen kein Entgelt bekommen, weil sie entweder durch Abschiebung oder aus Furcht vor einer solchen ihre Ansprüche nicht geltend machen können.

7. Conclusio

Die gute Nachricht: Auch undokumentiert beschäftigte Personen haben Anspruch auf Entgelt sowie auf Leistungen der Sozialversicherung. Die schlechte Nachricht: Sie können sie vielfach kaum geltend machen. Denn es nutzt wenig, Rechte nur zu haben, deren Durchsetzung muss auch faktisch möglich sein. Diese scheidet vielfach aus Angst vor fremdenrechtlichen Konsequenzen, aus Furcht, bei Geltendmachung sich selbst oder KollegInnen in Schwierigkeiten zu bringen oder an Beweisproblemen, oft wohl auch wegen der gefühlten Unmöglichkeit, Recht zu bekommen. Das ist zwar derzeit Realität, sozialpolitisch aber unbefriedigend. Denn eines sollte nicht übersehen werden: Eine Bedrohung des Arbeitsmarktes geht nicht von undokumentiert beschäftigten Personen, sondern vielmehr von ArbeitgeberInnen aus, die die Lage dieser Menschen ausnützen.

Mag. Johannes Peyrl ist als Jurist in der Arbeiterkammer Wien tätig. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten zählt ua das Migrationsrecht; johannes.peyrl@akwien.at

⁴⁶ BMI, Niederlassungs- und Aufenthaltsstatistik 2011, 37.

⁴⁷ Möglich ist dieser Aufenthaltstitel auch zur Gewährleistung der Strafverfolgung, insb auch in Zusammenhang mit grenzüberschreitendem Prostitutionshandel.

Von der Unionsbürger_innenschaft und ihrem winzigen Kernbestand

Besprechung des EuGH-Urteils *Dereci ua*

Rosmarie Doblhoff-Dier¹

Am 8. Dezember 2011 entschied der EuGH in der Rechtssache *Dereci ua*² über ein Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes. Das Urteil war im Anschluss an die Rechtssachen *Zambrano*³ und *McCarthy*⁴ das dritte in Folge, das sich mit dem Wesen der europäischen Unionsbürger_innenschaft und dem Umfang der daraus ableitbaren Rechte für drittstaatsangehörige Familienmitglieder auseinandersetzte. Der Bereich Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Unionsbürger_innen, die wie in den drei genannten Fällen noch nie ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hatten, wurde bisher ausschließlich von den Mitgliedstaaten reguliert. Zur Begründung des Unionsrechtsbezugs entwickelte der EuGH ein Konzept, das über eine Neuinterpretation der Bestimmungen zur Unionsbürger_innenschaft (Art 20 AEUV und Art 21 AEUV) eine Loslösung vom Prinzip des grenzüberschreitenden Sachverhalts zuließ. In *Zambrano* wurde damit ein Kernbestand an Rechten konstituiert, der selbst bei *rein internem Sachverhalt*⁵ gegenüber dem Mitgliedstaat geltend gemacht werden konnte. Das Urteil sorgte für Aufsehen und der Kernbestandsdoktrin wurde das Potential zugesprochen, die Unionsbürger_innenschaft zu einem genuinen und einheitlichen Bürger_innenrecht auszubauen.⁶ In den Folgeurteilen schien der EuGH den Mut zu verlieren, sowohl in *McCarthy* als auch in *Dereci ua* verneinte er das Vorliegen einer Kernbestandverletzung und damit den Unionsrechtsbezug. Der folgende Beitrag wird argumentieren, dass mit der Verengung des Kernbestands gleich zwei Optionen ungenutzt blieben: Zum einen wurde verabsäumt, zu einer von der Marktlogik emanzipierten und einheitlichen Regelung des Familiennachzugs von Drittstaatsangehörigen beizutragen. Zum anderen verkannte der EuGH die Notwendigkeit, Grundrechte wie das Recht auf Achtung des Familienlebens als in-

1 Mit einem großen Dankeschön an Clemens Kaupa und Joachim Stern für ihren wertvollen Input.

2 EuGH 8.12.2011, Rs C-256/11, *Dereci ua*.

3 EuGH 8.3.2011, Rs C-34/09, *Zambrano*.

4 EuGH 5.5.2011, Rs C-434/09, *McCarthy*.

5 Ein *rein interner Sachverhalt* ist nach ständiger Rsp des EuGH ein solcher, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.

6 Vgl K. *Hailbrommer/Thym*, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, 2008 (2013).

tegralen Bestandteil der Unionsbürger_innenschaft zu positionieren, und setzte dadurch auch in grundrechtssensiblen Bereichen abseits des Familiennachzugs deutliche Signale. Zur Untermauerung der Argumentation wird zunächst *Zambrano* vor dem Hintergrund des Inländer_innengleichbehandlungsdiskurses analysiert und anschließend die enge Auslegung der Kernbestandsdoktrin in den Fällen *McCarthy* und *Dereci ua* anhand des Art 7 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC) hinterfragt.

1. *Zambrano* oder die Geburt des Kernbestands

Im Mittelpunkt des ersten Judikats der untersuchten Reihe standen die Arbeitserlaubnis und das Aufenthaltsrecht eines in Belgien ansässigen Kolumbianers. Ihm und seiner ebenfalls drittstaatsangehörigen Ehefrau drohte die Ausweisung aus Belgien, beide hatten sich seit ihrer Einreise in keinem anderen europäischen Mitgliedstaat aufgehalten. Zwei seiner drei Kinder erhielten bei Geburt die belgische Staatsbürger_innenschaft und wurden damit zu Unionsbürger_innen. In seinem im März 2011 ergangenen Urteil stellte der EuGH fest, dass die sekundärrechtlichen Bestimmungen zum Familiennachzug in solch einem Sachverhalt unanwendbar wären: Die Freizügigkeitsrichtlinie spreche gezielt nur den Angehörigen mobiler Unionsbürger_innen das Recht auf Familiennachzug zu⁷ und die Familienzusammenführungsrichtlinie regle lediglich den Familiennachzug zwischen Drittstaatsangehörigen.⁸ Stattdessen wandte der EuGH Art 20 AEUV⁹ an und sprach damit einem Drittstaatsangehörigen erstmals ein direkt aus europäischem Primärrecht abgeleitetes Aufenthaltsrecht bei *rein internem Sachverhalt* zu. Er argumentierte den Rückgriff auf Art 20 AEUV damit, dass bei der Ausweisung der Eltern die Kinder ebenfalls gezwungen gewesen wären, Belgien und das Hoheitsgebiet der EU zu verlassen. Art 20 AEUV stehe aber der Verweigerung des Aufenthaltsrechts für den Vater zweier Unionsbürger_innen entgegen, „da derartige Entscheidungen diesen Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würden.“¹⁰

Der EuGH, der stets betont hatte, dass das Unionsrecht nicht auf Maßnahmen Anwendung findet, die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen,¹¹ wich damit von seiner rigiden Haltung ab. Die Prüfung nach dem *tat-*

7 Vgl Art 3 der RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl L 158, 77, berichtet in ABl 2004, L 229, 35.

8 Vgl Art 1 der RL 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl L 251, 12.

9 Art 20 AEUV definiert die Unionsbürger_innenschaft und spricht Unionsbürger_innen ua das Recht zu, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

10 Rs C-34/09 Rn 45.

11 EuGH 1.4.2008, Rs C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, Slg 2008, I-01683, Rn 33; vgl aber auch Rs C-148/02, *Garcia Avello*, Slg 2003, I-11613 und Rs C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg 2008, I-7639.

sächlichen Genuss des Kernbestands der Unionsbürger_innenschaftsrechte (*genuine enjoyment-test*) knüpfte an ein Konzept an, das der EuGH in der Rs *Rottmann*¹² entwickelte. Dort befand er, dass eine staatliche Maßnahme, die zum Verlust des durch Art 20 AEUV verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führt, ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.¹³ In *Rottmann* wurden so Verlust und Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft für unionsrechtsrelevant erklärt, in *Zambrano* der Aufenthalt und die Arbeitserlaubnis eines Drittstaatsangehörigen, dessen Familienangehörige zwar Unionsbürger_innen waren, aber niemals ihr Recht auf Freizügigkeit genutzt hatten.

Der in *Zambrano* entwickelte Kernbestand kreierte eine neue Form von Ausweisungsschutz für minderjährige Unionsbürger_innen und ihre drittstaatsangehörigen Eltern. In seiner äußerst knapp gehaltenen Urteilsbegründung unterließ es der EuGH, den Inhalt des Kernbestands näher zu definieren. Nationale Behörden grübelten in Folge, ob das neue Instrument auch das Potential hätte, die Rechtsstellung von drittstaatszugehörigen Familienangehörigen von Unionsbürger_innen in anderen familiären Konstellationen zu ändern.

2. Post-*Zambrano* und der Diskurs rund um die umgekehrte Diskriminierung

Die Frage ist deswegen so relevant, weil die nationale Gesetzgebung einiger Mitgliedstaaten im Bereich Familiennachzug restriktiver gestaltet ist als auf europäischer Ebene. In der Annahme, dass Inlandssachverhalte zur Verwehrung des EU-rechtlich gebotenen Schutzlevels im eigenen Mitgliedstaat berechtigen, wird so etwa die Notwendigkeit eines Nachweises des zukünftigen Einkommens, das Bestehen eines Sprachtests im Herkunftsland oder das Abwarten der Aufenthaltsbewilligung im Herkunftsland auf nationaler Ebene festgeschrieben.

Der Umstand, dass *statische Unionsbürger_innen*¹⁴ mit weniger Rechten ausgestattet werden können als *mobile Unionsbürger_innen*¹⁵, sorgt als *umgekehrte Diskriminierung* bzw. *Inländer_innendiskriminierung* seit jeher für Diskussionen.¹⁶ Im Ergebnis wird die Ungleichbehandlung meist als ein aus der Kompetenzaufteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten resultierendes und notwendiges Übel anerkannt. Im Bereich des Familiennachzugs von Drittstaatsangehörigen dürfte mangelnde Kompetenz jedoch

12 EuGH 2.3.2010, Rs C-135/08, *Rottmann*, Slg 2010, I-01449, Rn 4.

13 Zur Rs *Rottmann* weiterführend: *Von Toggenburg*, Zur Unionsbürgerschaft: Inwieweit entzieht sich ihr Entzug der Unionskontrolle? *European Law Reporter* 2010, 165.

14 Ausdruck aus dem Englischen für jene Unionsbürger_innen, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben.

15 Unionsbürger_innen, die ihr Recht auf Freizügigkeit bereits in Anspruch genommen haben.

16 Vgl dazu etwa *Maduro*, The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination, in *Kilpatrick et al.*, The Future of Remedies in Europe (2000) 117; *Tryfonidou*, Reverse discrimination in purely internal situations: An incongruity in a Citizens' Europe, *Legal Issues of Economic Integration* 2008, 43–67; und, sehr ausführlich, *GA^m Sharpston*, Schlussanträge vom 30.9.2010 in der Rs C-34/09, *Zambrano*, Rn 123–150.

nicht der eigentliche Grund für die regulative Zurückhaltung der Union gewesen sein: Art 79 AEUV bietet eine klare Kompetenzgrundlage um Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen auf europäischem Level zu regulieren. Im Vertragstext weist nichts darauf hin, dass die Regulierung von Familienzusammenführung zwischen Drittstaatsangehörigen und *statischen* Unionsbürger_innen davon ausgeschlossen wäre. *Van Elsuwege* und *Kochenov*¹⁷ meinen dazu, dass diese Konstellation im ersten Entwurf zur Familienzusammenführungsrichtlinie sogar explizit inkludiert war: Im Richtlinienvorschlag wurde ein Recht auf Familienzusammenführung für Drittstaatsangehörige festgeschrieben, und dieses Recht dezidiert auch Unionsbürger_innen zuerkannt, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen hatten.¹⁸ In einer weiteren Vorlage aus 2002 verwarf die Kommission das Vorhaben und das Recht statischer Unionsbürger_innen auf Familiennachzug wurde aus dem Entwurf gestrichen.¹⁹

Vor diesem Hintergrund sorgte die Rs *Zambrano* für Wirbel. *Craig* antizipierte bereits vor Urteilsfällung eine bevorstehende Kompetenzerweiterung durch den EuGH,²⁰ *K. Hailbronner* und *Thym* kritisierten kurz danach den „fundamentalen und in seinen Auswirkungen noch kaum überschaubaren Konzeptionswechsel“, der die Unionsbürger_innenschaft „ein Stück weit von der nationalen Staatsangehörigkeit als Quelle autonomer Rechte“ löse.²¹ *Kochenov* läutete in seinem Beitrag „A Real European Citizenship“ durchwegs optimistisch ein Zeitalter des neuen europäischen Föderalismus ein²² und lobte den neuen Ansatz des EuGH, nicht mehr bloß auf Argumente der Marktlogik abzustellen, sondern auf die Intensität des staatlichen Eingriffs in Unionsbürger_innenrechte.²³ Das Urteil in *Zambrano* gab keinen Aufschluss über die Tragweite des neuen Ansatzes. In den Folgeverfahren *McCarthy* und *Dereci ua* erklärten sich Mitgliedstaaten wie Dänemark, Deutschland, Irland, die Niederlande und Polen besorgt um ihre Autonomie im Bereich inländischer Familienzusammenführung. Der EuGH lenkte ein: In *McCarthy* ging es um eine Sozialhilfe beziehende Doppelstaatsbürgerin (britisch und irisch), die sich immer in Großbritannien aufgehalten hatte und ein aus ihrer Unionsbürgerinnen-schaft abgeleitetes Aufenthaltsrecht für ihren jamaikanischen Ehemann erwirken wollte. *GA^m Kokott* ging in ihrem Schlussantrag nicht auf den in *Zambrano* entwickelten

17 *Van Elsuwege/Kochenov*, On the Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights, *European Journal of Migration and Law* 2011, 443 (460).

18 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, KOM(1999) 638 endg., Rz 7.5., Art 1 und Art 3.

19 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, KOM(2002) 225 endg., Art 3 Abs 3.

20 *Craig*, The ECJ and ultra vires action: A conceptual analysis, *Common Market Law Review* 2011, 395-437.

21 *K. Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008; außerdem *K. Hailbronner/Thym*, Annotation of Case C-34/09, *Common Market Law Review* 2011, 1253; berechtigte Kritik dazu in *Kochenov/Olivas*, Case C-34/09 *Ruiz Zambrano*: A Respectful Rejoinder, *University of Houston Public Law and Legal Theory Series Paper* 2012-W-1, 2012.

22 Ähnlicher Meinung: *M. Hailbronner/Sánchez*, The European Court of Justice and citizenship of the European Union: New developments towards a truly fundamental status, *ICL-Journal* 2011, 498.

23 *Kochenov*, A real European Citizenship: a new jurisdiction test: A novel chapter in the development of the Union in Europe, *Columbia Journal of European Law* 2011, 55-109.

Test ein und verneinte nach alten Regeln die Anwendbarkeit von Art 21 Abs 1 AEUV, da das grenzüberschreitende Element fehlte.²⁴ Der EuGH verglich zwar die Lage der Familie McCarthy mit jener der Familie Zambrano, stellte aber ohne größeren Begründungsaufwand fest, dass nichts an der Lage von McCarthy erkennen ließ, dass ihr *der tatsächliche Genuss des Kernbestands* der mit ihrem Unionsbürgerinnenstatus verbundenen Rechte verwehrt würde. Ihre Doppelstaatsbürgerschaft würde nicht als Anknüpfungspunkt reichen und anders als in *Zambrano* würde die in Frage stehende nationale Maßnahme auch nicht bewirken, dass die Unionsbürgerin das Hoheitsgebiet der Union verlassen müsse. Die Anwendbarkeit von Art 21 wurde ausgeschlossen und ihr Ehegatte erhielt kein Aufenthaltsrecht kraft Unionsrecht.²⁵

3. Die Rechtssache *Dereci ua*

Auch in Österreich²⁶ sind statische Unionsbürger_innen bei der Familienzusammenführung mit Drittstaatsangehörigen gegenüber mobilen Unionsbürger_innen benachteiligt. Drittstaatszugehörige Angehörige von österreichischen Staatsbürgern_innen können nur in jenen Fällen ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht ableiten, in denen die zusammenführenden Staatsbürger_innen von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben (vgl § 57 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG). Der österreichische Verfassungsgerichtshof teilte die dagegen vorgebrachten gleichheitsrechtlichen Bedenken nicht und hielt daran fest, dass § 57 NAG nicht verfassungswidrig sei.²⁷ Die Kernbestandsrechtsprechung des EuGH hingegen stellte das nationale Gefüge in Frage und öffnete die Türe zum unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht auch bei Inlandssachverhalten ein Stück weit. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof sah sich daraufhin mit ähnlichen Fragen wie in *McCarthy* konfrontiert, scheiterte jedoch an der Anwendung des *genuine enjoyment tests*. Fünf Sachverhalte mit sehr unterschiedlichen familiären Konstellationen wurden zu einem Verfahren zusammengefasst und dem EuGH vorgelegt: Der Drittstaatsangehörige Maduik lebte zum Zeitpunkt des Verfahrens mit seiner österreichischen Ehegattin zusammen in Österreich. Die Drittstaatsangehörige Heimpl hielt sich mit ihrem österreichischen Ehegatten ebenfalls in Österreich auf. Der volljährige Drittstaatsangehörige Kokollari lebte zusammen mit seiner mittlerweile österreichischen Mutter, die zum Zeitpunkt des Verfahrens für seinen Unterhalt aufkam. Die Drittstaatsangehörige Stevic beantragte die Familienzusammenführung mit ihrem

24 Schlussanträge der GA^m Kokott vom 25. November 2010, Rs C-434/09, *McCarthy*, noch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen, Rn 31.

25 Rs C-434/09 Rn 49-50.

26 Zum österreichischen Aufenthaltsrecht: *Stern*, Willkür, Verrechtlichung, Erosion durch Hyperregulierung. Eine migrationsrechtliche Fieberkurve, in *Bakondy et al* (Hg), Viel Glück! Migration heute (2010) 198–203; und *Funk/Stern*, Die österreichische Einwanderungs- und Asylpolitik: Völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte in *Hilpold/Perathoner* (Hg), Immigration und Integration (2010) 237–260.

27 Vgl VfGH 16.12.2009, G 244/09 ua.

österreichischen Vater, der in Österreich für ihren Unterhalt sorgen wollte. Der Drittstaatsangehörige Dereci heiratete eine Österreicherin, seine drei Kinder haben ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft. Das Bundesministerium für Inneres lehnte die Anträge aller Beschwerdeführer_innen auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ab und begründete die abweisenden Bescheide ua mit dem Vorliegen von Formfehlern bei der Antragstellung, Verstößen gegen die Pflicht, sich bis zur Entscheidung über den Antrag im Ausland aufzuhalten, Verstößen gegen die öffentliche Ordnung oder dem Fehlen ausreichender finanzieller Mittel.

Keine der Familien hatte je von ihrem Recht auf Freizügigkeit innerhalb der Union Gebrauch gemacht. Anders als in *Zambrano* waren die betroffenen Unionsbürger_innen hinsichtlich des Lebensunterhalts nicht (gänzlich) auf ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen angewiesen. Der vorliegende VwGH stand vor zwei Problemen: Zum einen war er sich nicht sicher, ob die Weigerung der Erteilung der Aufenthaltstitel in sämtlichen Sachverhalten in Anbetracht der neuen Kernbestandsprüfung noch unionsrechtskonform sei. Zum anderen, und nur die Situation des türkischen Staatsangehörigen Dereci betreffend, wollte er wissen, ob das Erfordernis, die Erteilung des Aufenthaltstitels im Ausland abzuwarten (§ 21 NAG), dem Zusatzprotokoll zum Assoziationsabkommen zwischen der EU und der Türkei (Ankara-Abkommen)²⁸ widerspreche.

3.1. Zur Frage nach der Wirkung der Stillhalteklausele

Die im Zusatzprotokoll zum Ankara-Abkommen enthaltene Stillhalteklausele untersagt beiden Vertragsparteien die Einführung von neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls). Der EuGH beschäftigte sich bereits in zahlreichen Judikaten mit der Interpretation der Stillhalteklausele²⁹ und ihren Auswirkungen auf die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger in der EU.³⁰ Nach ständiger Rechtsprechung hat Art 41 Abs 1 leg cit in den Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung, so dass sich türkische Staatsangehörige vor den nationalen Gerichten darauf berufen können, um die Anwendung entgegenstehender Vorschriften des innerstaatlichen Rechts auszuschließen.³¹ Die Klausel ist zwar nicht geeignet, türkischen Staatsangehörigen allein auf der Grundlage des Unionsrechts ein Niederlassungsrecht und ein damit einhergehendes Aufenthaltsrecht zu verleihen; sie verbietet jedoch allgemein die Einführung neuer Maßnahmen, die bewirken, dass die Ausübung wirtschaftlicher Freiheiten strenger Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die galten, als das Zusatzpro-

28 Abkommen von Ankara vom 12.9.1963, ABl L 217 vom 29.12.1964; Zusatzprotokoll vom 23.11.1970, ABl L 293 vom 29.12.1972; und Beschluss Nr 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980 (ARB 1/80).

29 Vgl auch die Stillhalteklausele im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 13 ARB 1/80).

30 Vgl auch *Candan/Topal-Gökceli*, Verreisen ohne Visum – Neue Entwicklungen im Visumsrecht türkischer Staatsbürger im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, *juridikum* 2008, 203.

31 Vgl EuGH 20.9.2007, Rs C-16/05, *Tum und Dari*, Slg 2007, I-7415, Rn 46.

tokoll in Bezug auf den betreffenden Mitgliedstaat in Kraft trat.³² Als „neue Beschränkung“ gilt auch die Verschärfung von Bestimmungen, die nach dem Inkrafttreten des Zusatzprotokolls erlassen worden sind.³³

Das österreichische Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG 2005) trat am 1. Jänner 2006 in Kraft. § 21 NAG regelt, dass Drittstaatsangehörige ihren Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Ausland einbringen und die Entscheidung darüber im Ausland abwarten müssen. Der EuGH stellte fest, dass die Bestimmung eindeutig restriktiver ausgestaltet sei als die Vorgängerregelung des Fremdenengesetzes 1997 (§ 49 FrG 1997), wonach Drittstaatsangehörige den Antrag auch im Inland stellen durften. Durch das NAG 2005 hätten sich die Bedingungen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit türkischer Staatsangehöriger insofern wesentlich verschärft.³⁴ Wenig überraschend, verurteilte der EuGH damit erstmals auch Österreich für seine kontinuierliche Missachtung der Stillhalteklausele und der bisherigen Judikatur dazu. Das Urteil bewog den österreichischen Verwaltungsgerichtshof zu einem Kurswechsel: Seit der Urteilsfällung in *Dereci ua* im November 2011 hob der VwGH zahlreiche negative Bescheide zur Aufenthaltsberechtigung türkischer Staatsangehöriger auf, die nach den gegenüber dem NAG günstigeren Bestimmungen des FrG 1997 (ungeachtet dessen mittlerweile erfolgten Außer-Kraft-Tretens) zu beurteilen gewesen wären.³⁵

3.2. Zur Frage nach dem Umfang des Kernbestands

Unabhängig von der Auslegung des Ankara-Abkommens und seines Zusatzprotokolls wurde der EuGH auch nach den Auswirkungen der in *Zambrano* entwickelten Kernbestandprüfung auf die fünf beschriebenen Sachverhalte gefragt. Er präziserte zunächst seine Ausführungen aus *Zambrano* und bekräftigte, dass sich das Kriterium der Verweh- rung des Kernbestands der Rechte nur auf Sachverhalte beziehe, in denen sich Unionsbürger_innen de facto gezwungen sehen, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem sie angehören, sondern das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen. Erst dann dürfe einem Drittstaatsangehörigen das Aufenthaltsrecht „ausnahmsweise“ nicht verweigert werden, weil sonst die Unionsbürger_innenschaft „ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.“³⁶ Auf die einzelnen Sachverhalte ging der EuGH nicht ein, sondern spielte den Ball zurück an das vorliegende Gericht: Das Unionsrecht und insbesondere dessen Bestimmungen über die Unionsbürger_innenschaft seien dahingehend auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaat generell erlauben, Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt zu verwei-

32 EuGH 19.2.2009, Rs C-228/06, *Soysal und Savatli*, Slg 2009, I-1031, Rn 47.

33 EuGH 9.12.2010, verb Rs C-300/09 und C-301/09, *Toprak und Oguz*, noch nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen, Rn 54.

34 Rs C-256/11 Rn 95–101.

35 VwGH 13.12.2011, 2008/22/0180; VwGH 15.12.2011, 2007/18/0430; VwGH 19.1.2012, 2011/22/0313 (zur Rs *Dereci*); VwGH 19.1.2012, 2008/22/0837; VwGH 19.1.2012, 2008/22/0021; VwGH 26.1.2012, 2008/22/0304; VwGH 23.2.2012, 2009/22/0127.

36 Rs C-256/11 Rn 67.

gern, auch wenn diese zusammen mit Unionsbürger_innen leben möchten. Es sei Sache der nationalen Behörde, zu prüfen, ob eine Weigerung dazu führt, dass Unionsbürger_innen der tatsächliche Genuss des Kernbestands ihrer Rechte verwehrt wird.³⁷ Bei der Prüfung jedoch „rechtfertigt die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen.“³⁸

Durch die Öffnungsklausel in Rn 74 lässt der EuGH nationalen Behörden etwas Gestaltungsfreiraum, legt aber gleichzeitig fest, dass die bloße Erwünschtheit eines aufrechten Familienlebens für sich genommen nicht ausreicht, um sich auf Art 20 AEUV berufen zu können. Wirtschaftliche Gründe kommen nur zum Tragen, wenn die Ausweisung von Drittstaatsangehörigen die Ausreise von Unionsbürger_innen bedingt. Die Frage, ob abseits der Konstellation minderjährige Unionsbürger_innen mit drittstaatsangehörigen Eltern überhaupt Sachverhalte denkbar sind, die diesen Kriterien entsprechen, bleibt unbeantwortet. *Mengozi*, der Generalanwalt im Fall *Dereci ua*, führt zwei Alternativen an: Ein Drittstaatsangehöriger kümmert sich „in wirtschaftlicher und/oder rechtlicher, administrativer und emotionaler Hinsicht“ um seine pflegebedürftigen Eltern, die Unionsbürger_innen sind. Oder: Ein Drittstaatsangehöriger bestreitet den Lebensunterhalt der Familie, weil seine Ehefrau, die Unionsbürgerin ist, arbeitsunfähig ist.³⁹ Beide Szenarien sind wenig plausibel und in Anbetracht der Vielfalt an familiären Abhängigkeitsverhältnissen undifferenziert; die zweite Variante ist ob der Möglichkeit des Sozialhilfebezugs in fast allen Mitgliedstaaten und der negativen Entscheidung des EuGHs in *McCarthy* (vgl Sachverhalt weiter oben) außerdem unüberlegt.

Im Ergebnis verneint *GA Mengozzi* die Anwendbarkeit von Art 20 AEUV auf alle Sachverhalte in *Dereci ua*, nimmt in seinem Schlussantrag aber vorweg, wie abstrus die Anwendung der aus *Zambrano* und *McCarthy* gewonnenen Prinzipien scheint: Zum einen werden Unionsbürger_innen gezwungen, eine ihrer Grundfreiheiten in Anspruch zu nehmen, wenn sie nicht nur den Kernbestand, sondern all ihre Rechte als Unionsbürger_innen wahrnehmen wollen. Liegt kein grenzüberschreitendes Element vor – die Familie bleibt also in einem Mitgliedstaat – tritt folgendes Paradoxon ein: Im direkten Vergleich der Fälle *Zambrano* und *Dereci ua* muss der Unionsbürgerinnenstatus der Ehegattin des Drittstaatsangehörigen als Umstand gewertet werden, der den Versuch der Familienzusammenführung effektiv hemmt.⁴⁰

37 Rs C-256/11 Rn 74.

38 Rs C-256/11 Rn 68.

39 Stellungnahme des *GA Mengozzi* vom 29.9.2011, Rs C-256/11, *Dereci ua*, Rn 47–48 (da die Rs in einem beschleunigten Verfahren nach Art 104a VerfO-EuGH entschieden wurde, ersetzt die Stellungnahme den Schlussantrag des GA).

40 *GA Mengozzi*, Stellungnahme Rs C-256/11, Rn 44-45.

Das Ergebnis ist in Anbetracht der wiederholten Einengung des Kernbestands der Unionsbürger_innenrechte unbefriedigend, hatte aber auf österreichischer Ebene zumindest zur Folge, dass der Verwaltungsgerichtshof seit Urteilsfällung all jene aufenthaltsrechtlichen Bescheide aufheben musste, die dem Erfordernis der Kernbestandsprüfung nicht nachgekommen sind (dh keine Feststellungen zur Frage getroffen haben, ob Österreicher_innen durch die Entscheidung über den Aufenthalt ihrer drittstaatszugehöriger Angehörigen de facto gezwungen wären, das Gemeinschaftsgebiet der EU zu verlassen).⁴¹ Auch wenn es eher unwahrscheinlich ist, dass die belangten Aufenthaltsbehörden bei einem neuerlichen Aufrollen der Verfahren zu einem anderen Ergebnis kommen als vom EuGH angedeutet, sind sie dennoch angehalten, alle Inlandssachverhalte unter diesem neuen Aspekt – zusätzlich und unabhängig von der Prüfung nach Art 8 EMRK – zu beleuchten und den Beschwerdeführer_innen Gelegenheit zu geben, dazu relevante Umstände vorzubringen.⁴² Sofern *Dereci ua* nicht Anlass genug ist, eine einheitliche Neuregelung des Familiennachzugrechtes von Drittstaatsangehörigen in die Wege zu leiten, wird in Zukunft auf österreichischer Ebene zu unterscheiden sein zwischen begünstigten Drittstaatsangehörigen (Angehörige von mobilen Unionsbürger_innen), die ein Aufenthaltsrecht aus dem Freizügigkeitsrecht ihrer Angehörigen ableiten können; Drittstaatsangehörigen, die gemäß *Zambrano* ein Aufenthaltsrecht aus der (statischen) Unionsbürger_innenschaft ihrer Angehörigen ableiten können; Drittstaatsangehörigen, die die türkische Staatsangehörigkeit besitzen und sich – sofern sie weitere Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Assoziationsabkommens erfüllen – dank der Stillhalteklausele auf einzelne Bestimmungen des FrG 1997 berufen können, und Drittstaatsangehörigen, die keiner dieser Kategorien entsprechen und sich auf das österreichische NAG stützen müssen.

3.3. Zum Recht auf Achtung des Familienlebens

Anders als in *Zambrano*⁴³ und *McCarthy* prüfte der EuGH in *Dereci ua* neben den Bestimmungen zur Unionsbürger_innenschaft auch die Anwendbarkeit von Art 7 GRC. Diese Bestimmung entspricht in ihrer Tragweite Art 8 EMRK (vgl dazu Art 52 Abs 3 GRC) und garantiert jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Zur Frage der Relevanz des Art 7 GRC für die Rechtslage der Beschwerdeführer_innen in *Dereci ua* kam der EuGH zu dem Schluss, dass mit Verneinung der Kernbestandsverletzung auch die GRC als separate Rechtsgrundlage nicht grei-

41 Seit 13.12.2011 sind über 20 Bescheide aufgehoben worden, deren Rechtswidrigkeit entweder teilweise oder zu Gänze mit dem unionsrechtswidrigen Fehlen der Kernbestandsprüfung begründet wurde. Vgl etwa VwGH 13.12.2011, 2008/22/0317; VwGH 19.1.2012, 2011/22/0309 (zu Rs Maduik); VwGH 19.1.2012, 2011/22/0310 (zu Rs Kokollari); VwGH 19.1.2012, 2011/22/0311 (zu Rs Heiml); VwGH 19.1.2012, 2011/22/0312 (zu Rs Stevic); VwGH 19.1.2012, 2011/22/0313 (zu Rs Dereci); VwGH 23.2.2012, 2010/22/0011; VwGH 28.3.2012, 2009/22/0211.

42 VwGH 19.1.2012, 2011/22/0309, letzter Absatz.

43 Kritik in M. Hailbrommer/Sánchez, ICL-Journal 2011, 528.

fe.⁴⁴ Sie gelte gemäß Art 51 Abs 1 GRC nur bei Durchführung von Unionsrecht, ohne Kernbestandsverletzung sei jedoch kein Unionsrechtsbezug gegeben. *Zambrano* bot bei der Frage nach der Gestalt des Kernbestands noch großen Interpretationsspielraum, in *McCarthy* und *Dereci ua* nahm der EuGH über Negativdefinitionen eine klare Einengung vor: Eine Verletzung der aufrechten Familiengemeinschaft reicht für sich genommen nicht aus, um den *tatsächlichen Genuss des Kernbestands* der Unionsbürger_innenschaftsrechte zu beeinträchtigen.⁴⁵ Was der EuGH in einen Nebensatz verpackt, spricht *GA Mengozzi* nachdrücklich aus: Die in den Urteilen *Zambrano* und *McCarthy* herangezogenen Kriterien beruhen auf dem Postulat, dass der Kernbestand der durch den Unionsbürger_innenstatus verliehenen Rechte „nicht das in Art 7 der GRC und in Art 8 Abs 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens umfasst.“⁴⁶ Weiters: „Dieser Standpunkt erklärt sich weniger durch die Beachtung des Wortlauts von Art 20 Abs 2 AEUV, der eindeutig keine erschöpfende Aufzählung der den Unionsbürgern zustehenden Rechte enthält, als vielmehr durch das Bestreben, dass die Zuständigkeiten der Union und ihrer Organe weder in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Einwanderung eingreifen, noch in die Zuständigkeiten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Bereich des Grundrechtsschutzes gemäß Art 6 Abs 1 EUV und Art 51 Abs 2 der Charta der Grundrechte.“⁴⁷

Das neu entwickelte Konzept kann nur dort angewendet werden, wo es zu einem gänzlichen Entzug der Unionsbürger_innenrechte kommt.⁴⁸ Damit wird deutlich mehr verlangt als bei dem aus der Dogmatik der Grundfreiheiten bekannten Beschränkungstatbestand.⁴⁹ Sowohl *GA Mengozzi* als auch der EuGH verkennen damit bislang Judiziertes zum Stellenwert der Familie im Unionsrecht: Bereits vor dem Vertrag von Lissabon und damit vor Inkrafttreten der GRC wurde das Recht auf Achtung des Familienlebens als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt. Zur Interpretation des Wesensgehaltes des Rechtes berief sich der EuGH auf Art 8 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR. In Leitentscheidungen wie *Carpenter*, *MRAX*, *Akrich*, *Zhu und Chen*, *Jia* und *Metock* prüfte der EuGH nationale aufenthaltsrechtliche Maßnahmen im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens.⁵⁰ Der Schutz von Unionsbürger_innen bei Ausübung ihrer Grundfreiheiten wurde mittelbar auf ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder ausgedehnt: Nehmen Unionsbürger_innen ihr Recht auf Freizügigkeit in An-

44 Rs C-256/11 Rn 70–73.

45 Rs C-256/11 Rn 68.

46 *GA Mengozzi*, Stellungnahme Rs C-256/11, Rn 37.

47 *GA Mengozzi*, Stellungnahme Rs C-256/11, Rn 39.

48 Vgl auch Rs C-135/08, *Rottmann*.

49 *Thym*, EuGH: Aufenthaltsrechtliche Wirkung der Unionsbürgerschaft – *Dereci ua*, NVwZ 2012, 97, 103.

50 EuGH 11.7.2002, Rs C-60/00, *Carpenter*, Slg 2002, I-06279, Rn 38; EuGH 25.7.2002, Rs C-459/99, *MRAX*, Slg 2002, I-06591, Rn 61; EuGH 23.9.2003, Rs C-109/01, *Akrich*, Slg 2003, I-09607, Rn 61; EuGH 19.10.2004, Rs C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg 2004, I-9951; EuGH 9.1.2007, Rs C-1/05, *Jia*, Slg 2007, I-00001, Rn 33 und 43; EuGH 25.7.2008, Rs C-127/08, *Metock*, Slg 2008, I-06241, Rn 89-90; im Detail *Epiney*, Von Akrich über *Jia* bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, EuR 2008, 840-857.

spruch, dürfen Aufnahmestaaten keinen unverhältnismäßigen Eingriff⁵¹ in ihr Recht auf Familiennachzug vornehmen.⁵² Der EuGH argumentierte dies damit, dass Unionsbürger_innen von der Wahrnehmung ihrer Grundfreiheiten abgehalten würden, wenn es zu Hindernissen bei Einreise und Aufenthalt ihrer Angehörigen käme.⁵³

Die Verneinung des Unionsrechtsbezugs in *Dereci ua* rückt die bislang sehr progressive Rechtsprechung zum Thema Familiennachzug in den Hintergrund. Der EuGH verschließt sowohl den Zugang zu den in der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätzen (Art 6 Abs 3 EUV) als auch zu den Rechten der GRC (Art 6 Abs 1 EUV). Sofern der Unionsrechtsbezug weiterhin vor allem durch Grenzüberschreitung hergestellt wird, können die in der GRC verbürgten Rechte weder als freistehende Rechte geltend gemacht werden, noch kommen sie allen sich in der Union aufhaltenden Personen gleichermaßen zugute. Sie schrumpfen zu Instrumentarien um die Mobilität innerhalb Europas zu stärken, und sind in ihrer Funktion den Freizügigkeitsrechten, die direkt aus dem Unionsbürger_innenstatus abgeleitet werden, untergeordnet. In *Zambrano* war es gar nicht notwendig, Art 7 GRC anzuwenden, das Aufenthaltsrecht wurde aus Art 20 AEUV abgeleitet. Wird umgekehrt die Anwendbarkeit von Art 20 oder Art 21 AEUV via *genuine enjoyment test* ausgeschlossen, bleibt auch Art 7 GRC zahnlos. *GA^m Sharpston* zweifelt in ihrem Schlussantrag zur Rs *Zambrano* zu Recht am gegenwärtigen Unionsbürger_innenschaftsverständnis als bloß nichtökonomische Variante jener Freizügigkeitsrechte, die für wirtschaftlich aktive Unionsbürger_innen ohnehin schon seit langem anerkannt werden.⁵⁴ In einer Union, zu deren Wesensmerkmal zwangsläufig die Achtung der Grundrechte gehört, plädiert sie für ein radikaleres Konzept, eines in dem Unionsbürger_innenschaft einem echten Bürger_innenstatus mit einheitlichen Rechten und Pflichten gleichgesetzt wird.⁵⁵ In *Zambrano* ist der EuGH diesem Wunsch ein Stück weit entgegen gekommen, spätestens mit *Dereci ua* ist klar geworden, dass die Lösung von einer „transnationalen Marktbürgerschaft“⁵⁶ nicht oberstes Ziel des EuGH zu sein scheint.

4. Fazit

Die enge Auslegung der Kernbestandsdoktrin in *Dereci ua* kann als Zugeständnis eines sonstigen Eingriffs in nationale Gesetzgebungskompetenzen gedeutet werden. Folgt man der oben dargelegten Argumentation, besitzt der EuGH aber durchaus die Kompetenz-

51 Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt in Anlehnung an das Urteil des EGMR 2.8.2001, *Boutif v Schweiz*, RJD 2001-IX, 39, 41 und 46.

52 Rs C-60/00, Rn 39.

53 Rs C-60/00, Rn 41–46.

54 Vgl dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt: die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime (2007); und, seine Thesen zusammenfassend: *Wollenschläger*, A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration, *European Law Journal* 2011, 1-34.

55 *GA^m Sharpston*, Schlussanträge Rs C-256/11, Rn 3.

56 *K. Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2011.

grundlage, im Bereich Einwanderung und Familiennachzug auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten zu agieren. In *Zambrano* nutzte er seinen Gestaltungsfreiraum und ging den Weg der „behutsamen Rechtsfortbildung.“⁵⁷ In *Dereci ua* jedoch beherzigt er den Rat *Mengozzi*, die „Grenzen seiner im Entstehen begriffenen Rechtsprechung zu präzisieren.“⁵⁸ Er erkennt damit die Möglichkeit, in nationale Handlungsspielräume einzugreifen, die sowohl unter dem Aspekt des Rechtes auf Achtung des Familienlebens als auch unter dem der Inländer_innengleichbehandlung problematisch sind, und trägt so zur Fortschreibung der restriktiven Migrationspolitik der Mitgliedstaaten bei.

Die untersuchte Judikaturlinie wäre endlich die Gelegenheit gewesen, dem ewigen Stehsatz gerecht zu werden, wonach die Unionsbürger_innenschaft „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“ sei.⁵⁹ Der Wortlaut des Art 20 AEUV enthält keine erschöpfende Aufzählung der den Unionsbürger_innen zustehenden Rechte, es wäre ganz leicht und in Anbetracht der bisherigen Judikatur auch angemessen, das Recht auf Achtung des Familienlebens in den Kernbestand der Unionsbürger_innenschaft zu integrieren und bei Verwehrung desselben den nötigen Unionsrechtsbezug zu begründen. Mit der Kernbestandsdoktrin könnte die unitarisierende Wirkung der Unionsgrundrechte⁶⁰ auf rein innerstaatliche Konstellationen ausdehnt werden um dort (ähnlich dem unionalen Antidiskriminierungsschutz) die Rechtsstellung von Unionsbürger_innen und ihren Familienangehörigen effektiv zu verbessern. Das betrifft nicht nur das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens im Bereich Einwanderung;⁶¹ So wurde etwa erwogen, das Instrumentarium des Kernbestandschutzes auch gegen das ungarische Mediengesetz ins Feld zu führen.⁶² Nachdem der EuGH in *Dereci ua* deutlich gemacht hat, dass der Schutz nur dort greift, wo es zu einem gänzlichen Entzug der Unionsbürger_innenrechte kommt, ist jedoch zu vermuten, dass das viel versprechende Kernbestandsargument in der zukünftigen Judikatur des EuGH eine eher kleine Rolle spielen wird. Hauptanknüpfungspunkt für Unionsrecht bleibt der grenzüberschreitende Sachverhalt. Entgegen Art 20 GRC⁶³ werden sowohl in Hinsicht auf Familiennachzug als auch bei Geltendmachung aller anderen Grundrechte mobile Unionsbürger_innen weiterhin besser gestellt als jene, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen.

Mag^a Rosmarie Dobhoff-Dier, E.MA ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien; rosmarie.dobhoff-dier@univie.ac.at

57 *Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, 550 (559).

58 *GA Mengozzi*, Stellungnahme Rs C-256/11, Rn 49.

59 EuGH 20.9.2001, Rs C-184/99, *Grzelczyk*, Slg 2001, I-6193, Rn 31; EuGH 11.7.2002, Rs C-224/98, *D'Hoop*, Slg 2002, I-6191, Rn 28; EuGH 17.9.2002, Rs C-413/99, *Baubast*, Slg 2002, I-7091, Rn 82; EuGH 2.10.2003, Rs C-148/02, *Garcia Avello*, Slg 2003, I-11613, Rn 22; EuGH 19.10.2004, Rs C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg 2004, I-9925, Rn 25; EuGH 15.3.2005, Rs C-209/03, *Bidar*, Slg 2005, I-2119, Rn 31; Rs *Rottmann*, Rn 43.

60 Kritisch *Thym*, NVwZ 2012, 103.

61 Vgl auch die noch nicht entschiedenen verb Rs C-356/11 u C-357/11, *Maabanmuuttovirasto*.

62 *V Bogdandy*, Opinion on the Compatibility of the Hungarian Media Acts with the Charter of Fundamental Rights of the European Union, MPI Heidelberg, 2011, 18; vgl auch, dieses Gutachten zitierend, *Thym*, NVwZ 2012, 103.

63 Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.

„Wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen“¹

Zur historischen und soziologischen Dimension des Bettelns im Antiziganismus²

Markus End

„Nur an einem [Beruf] haben sie unverbrüchlich festgehalten: an dem des Bettlers! Ein elegant gekleideter Röm-Teppichhändler kann unversehens zu einem dreist fordernden Bettler werden, wenn er die Situation für erfolgversprechend hält. Wer könnte gar die Zigeunerin beim Betteln übertreffen?! Wer beherrscht wie sie die Bettelgebärde, wer kann so bewegt über den Hunger der Kinder klagen?“³

Hermann Arnold, 1965

Das Stereotyp vom ‚bettelnden Zigeuner‘⁴ nimmt eine zentrale Stellung im Vorurteils-komplex⁵ des Antiziganismus⁶ ein. Umgekehrt ist auch die Vorstellung vom Betteln in Europa eng verbunden mit dem Stereotyp des ‚Zigeuners‘, wie durch das obige Zitat verdeutlicht wird.

Historisch gibt es bereits aus dem frühen 15. Jahrhundert Berichte über das Auftauchen eines von den „unglueibigen vertrieben“ Volks, das um „gnade un das almüsen“ bittet.⁷ Seitdem und bis heute fragen sich mehr oder weniger gelehrte Angehörige der Mehrheitsgesellschaft, wie ‚die Zigeuner‘ denn leben, ohne zu arbeiten. Denn dass ‚sie‘ „dem Nichtstun ergeben“ sind und „müssig im Land umher“ ziehen,⁸ darin sind sich alle ei-

1 Siehe 2. Thessalonicher 3, Vers 10, LUT 1984.

2 Bei diesem Artikel handelt es sich um die etwas gekürzte Version des gleichnamigen Beitrags des Autors aus Koller, Ferdinand (Hg): Betteln in Wien. Fakten und Analysen aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen. Wien u.a. 2012, S 91–106 (im Erscheinen).

3 Arnold, Hermann: Die Zigeuner. Herkunft und Leben der Stämme im deutschen Sprachgebiet, Olten 1965, S 208.

4 Soweit in diesem Beitrag Begriffe unter einfache Anführungszeichen gesetzt werden, dient dies der Distanzierung.

5 „Vorurteil“ wird hier nicht als ein zu schnelles Urteil verstanden, oder als eines, das sich an einer konkreten Erfahrung gebildet hat und dann ungerechtfertigterweise auf eine ganze Gruppe übertragen wurde. Vielmehr wird der Begriff in der Tradition der 1950 erschienenen Studies in Prejudice als Teil einer Wahrnehmungsstruktur verwendet, die nicht viel oder gar nichts mit den ‚Beurteilten‘ zu tun hat und sehr viel mit den Vorurteilenden. Vgl Adorno, Theodor W./ Frenkel-Brunswick, Else/Levinson, Daniel J. und Sanford, R. Nevitt: The Authoritarian Personality. Studies in Prejudice Series, Vol 1, New York 1950, S 612.

6 Unter Antiziganismus verstehe ich sowohl die Konstruktion vermeintlicher ‚Zigeuner‘ und ihrer Eigenschaften durch die Mehrheitsbevölkerung als auch vor diesem Hintergrund entstehende diskriminatorische Praxen gegen vom Resentiment betroffene Roma, Sinti, Jenische, traveller und andere als ‚Zigeuner‘ stigmatisierte Gruppen und Einzelpersonen.

7 Zit nach Hund, Wulf D.: Das Zigeuner-Gen. Rassistische Ethik und der Geist des Kapitalismus, in: Ders (Hg): Zigeuner: Geschichte und Struktur einer rassistischen Konstruktion, Duisburg 1996, S 11–35, hier S 20.

8 Zit nach ebd, S 21.

nig. ‚Stehlen‘ und ‚Betteln‘ sind die häufigsten Antworten, auf die Frage, wie vermeintliche ‚Zigeuner‘ ihr Überleben sichern. An dieser Sichtweise hat sich strukturell bis heute nichts geändert: Als im Sommer 2009 eine Gruppe rumänischer Roma aus einem Berliner Park vertrieben und daraufhin zum Spielball der Behörden wurde, überschrieb das Boulevardblatt B.Z. fast alle Artikel zum Thema mit „Bettel-Rumänen“, „Rumänen-Bettler“ oder „Bettel-Roma“.⁹

Welche Rolle spielt das Stereotyp des ‚Bettels‘ in der Vorurteilsstruktur des Antiziganismus? Mit welchen anderen Bildern und Stereotypen steht es in Verbindung? Welche Logik weist es auf? Welche sozialen Funktionen kann es erfüllen?

Entwicklung der Arbeitsgesellschaft

Seit dem 16. Jahrhundert¹⁰ entwickelte sich – im deutschsprachigen Raum maßgeblich propagiert durch Martin Luther – in Westeuropa eine neue Form der Einstellung zu Arbeit. Der Begriff „Beruf“ und die Idee der Lust an der Arbeit wurden geprägt, Arbeit wurde zum „absolute[n] Selbstzweck“¹¹. ‚Fleiß‘ und ‚Disziplin‘ galten vortan als zentrale Tugenden. Wer hingegen der ‚Arbeitsscheu‘ bezichtigt wurde, hatte schwerste Strafen wie Zwangsarbeit und Brandmarkung bis hin zur Todesstrafe zu befürchten.¹² Arbeitshäuser und Galeerendienste waren Einrichtungen, in denen den ‚Arbeitsscheuen‘ ihre ‚Sünde‘ ausgetrieben werden sollte. Diese Entwicklung ging einher mit dem Aufkommen des Frühkapitalismus, der einer neuen Form von Lohnarbeit und Arbeitsdisziplin bedurfte.¹³ Das Zitat aus der Lutherbibel „wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen“ wurde zu einem zentralen Motto dieser neuen Arbeitsethik.¹⁴ Dass ‚Zigeuner‘ angeblich leben und somit auch essen, ohne zu arbeiten, ist einer der zentralen Topoi der antiziganistischen Vorurteilsstruktur.

In der Vorstellung und bei der Durchsetzung dieser neuen Arbeitsethik spielen die antiziganistischen Topoi zweierlei Rolle: Erstens wurde ‚Faulheit‘ – wie sich im Verlauf der Darstellung zeigen wird, wäre es genauer, von ‚Unproduktivität‘ zu sprechen – zu einer gesellschaftlich unerwünschten Eigenschaft. Die ‚Zigeuner‘ boten für die Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft eine Projektionsfläche, auf die sie die ihnen verbotenen je-

⁹ Siehe bspw. B.Z. vom 19., 22., 23., 26. und 30. Mai 2009, sowie 12.5.2010.

¹⁰ Für diesen Zusammenhang siehe besonders Hund: Zigeuner-Gen (Anm 7), Maciejewski, Franz: Elemente des Antiziganismus, in: Giere, Jacqueline (Hg): Die gesellschaftliche Konstruktion des Zigeuners: Zur Genese eines Vorurteils, Frankfurt am Main 1996, S 9–28 und Scholz, Roswitha: Antiziganismus und Ausnahmezustand. Der ‚Zigeuner‘ in der Arbeitsgesellschaft, in: End, Markus; Herold, Kathrin und Robel, Yvonne (Hg): Antiziganistische Zustände. Zur Kritik eines allgegenwärtigen Ressentiments, Münster 2009, S 24–40.

¹¹ Weber, Max: Die protestantische Ethik I. Eine Aufsatzsammlung, Gütersloh 1979, S 52 f.

¹² Vgl die Darstellung dieser Maßnahmen in Marx’ Kapital: Marx, Karl: Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie. Erster Band, Berlin 1974, S 761–770.

¹³ Vgl Hund: Zigeuner-Gen (Anm 7), S 17 ff.

¹⁴ Zu den Auswirkungen dieser protestantischen Vorstellungen auf die Arbeitsethik siehe auch Weber: Protestantische Ethik (Anm 11).

doch trotzdem bestehenden Regungen projizieren und dort verfolgen konnten.¹⁵ So konstruierten sie sich die vermeintlich ‚müssig‘ in den Tag hinein lebenden ‚Zigeuner‘ als Hass- und Wunschbild ihrer eigenen Sehnsüchte.¹⁶

Eine zweite Funktion ist die Drohung an alle ‚arbeitsscheuen‘ Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft: Wer weiterhin ‚faul‘ ist, handelt ‚zigeunerisch‘¹⁷ und ist damit potentiell der Verfolgung ausgesetzt.

Diese beiden Funktionen konnten gleichzeitig wahrgenommen werden, weil das ‚Zigeuner‘-Stereotyp seinen Doppelcharakter behielt.¹⁸ Dieser besteht darin, dass ‚Zigeuner‘ einerseits als eine soziale Kategorisierung fungiert und andererseits als eine ethnische Kategorisierung.¹⁹

Das ‚Betteln‘ in der Vorurteilsstruktur des modernen Antiziganismus

Im Folgenden soll es aber weniger um das Klassifikationsmerkmal gehen, als um die sozialen Eigenschaften, die angeblich damit verbunden waren und darin in erster Linie um das sehr häufig anzutreffende Stereotyp des ‚Bettelns‘.

Um das Stereotyp des ‚Bettelns‘ genauer zu verstehen, hilft es, sich die von der Antiziganismusforschung bereits häufiger analysierten Schriften wichtiger ‚Tsiganologen‘ wie Martin Block²⁰ oder Hermann Arnold²¹ noch einmal genauer anzuschauen. Dort wird die ganze Bandbreite antiziganistischer Stereotype reproduziert. Diese Texte dienen hier als Folie, um bestimmte Logiken rund um das Stereotyp des ‚Bettelns‘ in der Vorurteilsstruktur des modernen Antiziganismus exemplarisch zu verdeutlichen. Selbstverständ-

15 Zum Konzept der „pathischen Projektion“ vgl. Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W.: *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Frankfurt am Main 1989, S 201.

16 Dabei stellen ‚die Zigeuner‘ selbstverständlich nicht die einzige Projektionsfläche für ‚Faulheit‘ dar. Andere sind beispielsweise ‚die Juden‘ oder ‚die Primitiven‘, jedoch ist die Funktion jeweils leicht unterschiedlich. Darauf wird im Verlauf dieser Darstellung noch genauer eingegangen werden.

17 Siehe Hund: *Zigeuner-Gen* (Anm 7), S 30.

18 Ebd., S 32.

19 Siehe auch Zimmermann, Michael: *Zigeunerpolitik und Zigeunerdiskurse im Europa des 20. Jahrhunderts*, in: Ders (Hg): *Zwischen Erziehung und Vernichtung. Zigeunerpolitik und Zigeunerforschung im Europa des 20. Jahrhunderts*, Stuttgart 2007, S 13–70, hier S 24 ff.

20 Für weiterführende Informationen zu Block siehe Reemtsma, Karin: „Zigeuner“ in der ethnographischen Literatur. Die „Zigeuner“ der Ethnographen [Fritz-Bauer Institut, Reihe „Materialien“, Nr 16], Frankfurt am Main 1996, S 11–16; Hohmann, Joachim S.: „Er bleibt ja doch, was er ist“ – Anmerkungen zum „Zigeuner“-Bild Martin Blocks, in: Block, Martin: *Die Zigeuner. Ihr Leben und ihre Seele. Dargestellt auf Grund eigener Reisen und Forschungen* [Studien zur Tsiganologie und Folkloristik, Bd 20, hrsg von Joachim S. Hohmann], Frankfurt am Main 1997, S 236–250 und Severin, Jan: „Zwischen ihnen und uns steht eine kaum zu überwindende Fremdheit.“ Elemente des Rassismus in den „Zigeuner“-Bildern der deutschsprachigen Ethnologie, in: End/Herold/Robel: *Antiziganistische Zustände* (Anm. 10), S 67–94, hier S 84–87.

21 Für weiterführende Informationen zu Arnold siehe Spitta, Arnold: *Deutsche Zigeunerforscher und die jüngste Vergangenheit*, in: Zülch, Tilman (Hg): *In Auschwitz vergast, bis heute verfolgt: Zur Situation der Roma (Zigeuner) in Deutschland und Europa*, Hamburg 1979, S 183–188; Hohmann, Joachim S.: *Die Forschungen des „Zigeunerexperten“ Hermann Arnold*, in: 1999. *Zeitschrift für Sozialgeschichte des 20. und 21. Jahrhunderts*, H. 3/1995, S 35–49 und Severin: *Elemente des Rassismus* (Anm 20), S 81 ff.

lich reicht das als empirischer Beleg nicht aus. Hier wird jedoch die These vertreten, dass die Texte beider Autoren als prototypisch für modernen Antiziganismus gelten können und sich die hier vorgestellten Semantiken und Logiken so oder in sehr ähnlicher Weise auch in anderen Texten des modernen Antiziganismus finden lassen. Den empirischen Beleg kann erst eine zukünftige Antiziganismusforschung liefern, die sich auf die Analyse von Logik- und Semantikstrukturen konzentriert.

In der Beschreibung der „Erwerbsquellen des Zigeuners“, bzw des „Wirtschaftsverhaltens“²² räumen sowohl Block, als auch Arnold, dem ‚Betteln‘ eine zentrale Stellung ein. Das Kapitel „Die Erwerbsquellen der Zigeuner“ in Blocks Habilitationsschrift²³ beginnt folgendermaßen:

„Überall auf der Erde sind die Zigeuner wegen ihres Bettelns bekannt. Mit dieser Geste der ausgestreckten Hand, die unnachahmbar ist, bekunden sie ihre Zugehörigkeit zu den Sammlern. Ihre Bettelgebärde kann so gottserbärmlich sein, daß einem das Herz im Leibe wehtut.

Kein Volk, das diese Bettler nicht als Gäste hat, wird eine so große Mannigfaltigkeit in Bettelgebärden überhaupt für möglich halten; für Maler und Psychologen ein dankbares Feld! Alle Register der Bettelmusik sind aufgezogen. ‚Gebt mir ein Tröpfchen Milch für mein krankes Kind, gebt ein Stückchen Brot, meine Kinder hungern, schon drei Tage haben sie nichts bekommen, Glück sollen Sie haben!‘ und ähnliche Litaneien hört die Bäuerin hier wie überall. Sammler waren ihre Vorfahren und sind ihre Verwandten in Indien bis auf den heutigen Tag geblieben.“²⁴

Auch bei Arnold nimmt das Betteln eine zentrale Stellung ein: „Nur an einem [Beruf] haben sie unverbrüchlich festgehalten: an dem des Bettlers.“²⁵ Die beiden ‚Tsiganologen‘ selbst räumen dem ‚Betteln‘ also eine prominente Stellung unter den „Erwerbsquellen“ der ‚Zigeuner‘ ein. Auch andere Quellen bestätigen, dass das Stereotyp des ‚Bettelns‘ eine wichtige Rolle im Stereotypen-Repertoire des Antiziganismus spielt. Es fand sich bereits in den ersten Erwähnungen im 15. Jahrhundert und hält sich konstant bis heute. Allerdings ist das ‚Betteln‘ nur eine Ausprägung der dahinter stehenden antiziganistischen Semantik. Auch im Stereotyp des ‚Kleindiebstahls‘, des ‚Hausierens‘ und des ‚Wahrsagens‘ kann auf einer abstrakteren Ebene die gleiche Logik festgestellt werden. Die Ausformulierung dieser Logik hat wiederum Arnold – allerdings ohne kritischen Impetus und somit in antiziganistischer Art und Weise – präzise auf den Punkt gebracht: „Der Zigeuner ist ein Sammler im wahrsten Sinne des Wortes. Von anderen Jäger- und Sammlervölkern unterscheidet ihn, daß diese in der Natur, er aber auf dem bestellten Acker der menschlichen Zivilisation seine Lebensbedürfnisse gewinnt. Er lebt von Men-

22 Siehe Block: Zigeuner (Anm 20), S 120 („Erwerbsquellen“) und Arnold: Zigeuner (Anm 3), S 206 („Wirtschaftsverhalten“).

23 Block: Zigeuner (Anm 20), S 120.

24 Ebd.

25 Arnold: Zigeuner (Anm 3), S 208. Siehe auch das vollständige Zitat zu Beginn des Beitrags.

schen, und daher findet man ihn nicht in unbesiedelten Gebieten.“²⁶ Er bezieht sich dabei explizit auf Block, der es in ähnlicher Weise formuliert: „Ihre Sammelgründe sind aber nicht wie bei Naturvölkern räumlich begrenzt, sondern begreifen die gesamte Kulturmenschheit. Sie leben von Menschen und daher nicht in dünnbesiedelten Gebieten, wo der Mensch mühsam sein Brot der Natur abringen muß.“²⁷

An dieser Stelle kommt es erneut nicht darauf an, nachzuweisen, dass Block und Arnold antiziganistische Texte verfasst haben, sondern zu analysieren wie. Wichtig ist es, die antiziganistische Semantik zu entschlüsseln. Bei Block und Arnold zeigt sie sich sehr deutlich: In der antiziganistischen Vorurteilsstruktur wird den als ‚Zigeuner‘ Konstruierten vorgeworfen, dass sie nicht selbst arbeiten, sondern von anderen Menschen leben, genauer, von der Arbeit der sogenannten ‚Wirtsgesellschaft‘: „Während der primitive Mensch Wurzeln, Käfer, Samen zusammensucht, lenkt der Zigeuner sein Augenmerk auf Dinge, die schon einen Besitzer haben.“²⁸ Hierin liegt tatsächlich ein zentraler Unterschied zwischen kolonial geprägtem Rassismus und Antiziganismus. Sowohl ‚Primitive‘, als auch ‚Zigeuner‘ werden als ‚faul‘ und ‚arbeitscheu‘ konstruiert, die Art und Weise der ‚Arbeitscheu‘ und die Bedrohung, die davon ausgeht, sind jedoch unterschiedlich. ‚Primitiven‘ wird vorgeworfen, direkt von der ‚Natur‘ zu leben und aufgrund dieser – teilweise in exotistischen Varianten als wünschenswert beschriebenen – Situation auch gar nicht die Notwendigkeit zu verspüren, sich einem ‚zivilisierten‘, ‚arbeitsamen‘ Leben zu widmen. Den ‚Zigeunern‘ wird vorgeworfen, „von Menschen“ zu leben.²⁹

Die allgemeine Semantik des ‚Bettel‘-Stereotyps

In der antiziganistischen Vorstellung von dieser Lebensweise gibt es noch eine gewisse Bandbreite. Diese reicht vom ‚Diebstahl‘, der eine illegalisierte Aneignung des Privatbesitzes Anderer darstellt, über das ‚Wahrsagen‘, das in der Vorurteilsstruktur oft als ‚Betrug‘ fungiert, aber schon eine gewisse Einwilligung der ‚Nichtzigeuner‘ in eine Interaktion beinhaltet, und das ‚Betteln‘, das ja bei denen, die ihren erarbeiteten Besitz hergeben, ein gewisses Einverständnis voraussetzt, bis zum ‚Hausieren‘, das auch jenen, die ihren erarbeiteten Besitz hergeben, einen Nutzen verschafft. Jedoch wird selbst in Textpassagen über das ‚Hausieren‘ ganz klar, dass die Rollenzuweisungen, wer ‚produziert‘ und wer mit davon lebt, fixiert sind: „Wo ein Volk noch in enger Naturverbundenheit lebt, kann er [„der Zigeuner“, M.E.] zu ihm in einen Zustand wirtschaftlicher Symbiose treten. Er macht sich dem Wirtsvolk auf irgendeine Weise nützlich und erkauft sich

26 Ebd, S 207.

27 Block: Zigeuner (Anm 20), S 120.

28 Ebd, S 122.

29 Zur Analyse dieser Logik im Kontext von Adornos Denken siehe End, Markus: Adorno und ‚die Zigeuner‘, in: End/Herold/Robel: Antiziganistische Zustände (Anm 10), S 95–108, hier S 105 f.

damit sein Daseinsrecht.“³⁰ Obwohl Arnold hier den von ihm beschriebenen „Zigeunern“ immerhin ein Daseinsrecht einräumt, müssen sie es doch erkaufen und zwar vom ‚Wirtsvolk‘. Dieses jedoch erarbeitet sich sein Dasein, indem es produziert und selbst herstellt. Dass das angebliche Verhalten der als ‚Zigeuner‘ Konstruierten immer ein ‚parasitäres‘ ist, gesteht Arnold ein, wenn er versucht, das Gegenteil festzustellen: „Bisher konnte man ihn [„den Zigeuner“, M.E.] nicht schlechthin einen Schmarotzer heißen, da er nutzbare Dienstleistungen wenigstens anbot; nun besteht aber die Gefahr, daß seine Existenz ganz und gar parasitär wird.“³¹ „Bisher“, bei Arnold also, solange „der Zigeuner“ noch „nutzbare Dienstleistungen“ anbot, konnte er ihn „nicht schlechthin einen Schmarotzer heißen“. Mit anderen Worten, auch bisher konnte Arnold die als ‚Zigeuner‘ Bezeichneten schon zu einem Teil als „Schmarotzer“ bezeichnen, also als „parasitär“. Nur nicht „ganz und gar“.

Diese Logik des Parasitismus hat Michel Serres treffend zusammengefasst: „Der eine, und stets derselbe, ist der Wirt, der andere nimmt und isst, auch er stets derselbe.“³² In dieser Logik – so die zentrale These dieser Darstellung – finden sich die Gemeinsamkeiten aller Darstellungen der „Wirtschaftsweisen“ von vermeintlichen ‚Zigeunern‘ in antiziganistischen Texten. Das Stereotyp des ‚Bettelns‘ ist dabei nur eine, wenn auch eine sehr zentrale Ausprägung dieser Logik in der antiziganistischen Vorurteilsstruktur. Diese Logik findet sich leider – wenn auch häufig nicht in pejorativer Absicht – bis in die heutige Wissenschaft und bis hin zu vordergründig antiziganismuskritischen Analysen. So baut die Ethnologin Aparna Rao ihr gesamtes Modell des „Peripatetikers“ auf dieser Logik auf: „Im Gegensatz zu den Ressourcen pastoraler Nomaden und Wildbeuter bestehen die der Peripatetiker aus ihrer Klientel [...]“³³ Hier wird also eine Gruppe der ‚Peripatetiker‘ über soziale Kriterien, unter anderem über ihre vermeintliche Wirtschaftsweise, bestimmt. Raos Intention ist, durch eine Analyse der oben beschriebenen Logik zu einem besseren Verständnis ‚peripatetischer Gruppen‘ beizutragen und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, „neue Nischen zu finden, die ihnen ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen, wenn die ‚traditionelle‘ Wirtschaftsform ihrer peripatetischen Lebensweise das Überleben nicht mehr sichern kann.“³⁴ Jedoch bleibt ihre Untersuchung durch ihren Blickwinkel begrenzt. Um Antiziganismus zu verstehen, ist es wichtig, nicht die betroffenen Menschen zu untersuchen, sondern die Antiziganismus ausübende Mehrheitsgesellschaft. Indem Rao die oben beschriebene Logik feststellt, anstatt sie bereits als eine Grundlage der antiziganistischen Vorurteilsstruktur auszuweisen, läuft sie Gefahr, diese zu reproduzieren. Der Unterschied zwischen der Bezeichnung als

30 Arnold: Zigeuner (Anm 3), S 207.

31 Ebd, S 208.

32 Serres, Michel: Der Parasit, Frankfurt am Main 1987, S 17 f.

33 Rao, Aparna: Peripatetische Gruppen zwischen Kalkutta und Istanbul: Ähnlichkeiten und Unterschiede, in: Matras, Yaron; Winterberg, Hans und Zimmermann, Michael (Hg): Sinti, Roma, Gypsies: Sprache – Geschichte – Gegenwart, Berlin 2003, S 11–39, hier S 16.

34 Ebd, S 39.

„Peripatetiker“ oder als „Parasit“ – „ebenso wie die Roma/Sinti wurden die Angehörigen dieser Gruppen oft als Parasiten bezeichnet“³⁵ – liegt jedoch lediglich in der Wertung des Verhaltens. Die Homogenisierung der Gruppe und die Zuweisung von Eigenschaften werden ebenso vollzogen, die zugeschriebenen Eigenschaften bleiben die Gleichen.

Verbindung zum ‚Nomadentum‘

Bei Rao gehört zur Idealform des „Peripatetikers“ eine zweite Eigenschaft, die mit der oben beschriebenen Logik verknüpft wird. In einem Diagramm ordnet sie die „Peripatetiker“ neben der niedrigen Einordnung auf der Achse der Nahrungsmittelproduktion auf der Mobilitätsachse ganz oben ein.³⁶ Auch bei Block wird diese Verknüpfung vollzogen: „Heute besitzen die Nachkommen dieser Freigelassenen in Rumänien natürlich keinen Acker mehr, man kann aus ihnen keine guten Bauern machen. Ihr Nomadenblut bestimmt die Art ihrer Arbeit. Feldarbeit ist für sie nicht geschaffen.“³⁷ Auch dieses Muster zieht sich durch alle Beschreibungen von ‚Zigeunern‘ seit mehreren hundert Jahren.³⁸ Das Stereotyp des Fehlens der eigenen Nahrungsmittelproduktion wird immer wieder mit dem Drang zum ‚Umherziehen‘, mit dem „Nomadenblut“, wie Block es sagt, verknüpft. Der ‚Bauer‘ wird dabei in zahllosen Quellen – noch bis in die Gegenwart – als das typische Gegenmodell zum ‚Zigeuner‘ genannt. Als der von ihr ‚verführte‘ Bürger Don José Carmen vorschlägt, nach Amerika zu gehen, um dort als „ehrlicher Mensch“ neu anzufangen, lässt Prosper Merimée sie antworten: „Kohl zu bauen sind wir nicht geschaffen [...]. Unsre Bestimmung ist es, auf Kosten der Payllos [,Nichtzigeuner‘, M.E.] zu leben.“³⁹ Während also die „Payllos“ den Kohl anbauen, somit ‚Bauern‘ sind, leben die ‚Zigeuner‘ auf ihre Kosten. Bei Arnold findet sich diese direkte Entgegensetzung ebenfalls und zwar bei seiner Beschreibung des ‚Zigeunergens‘: „Es sind nur die polaren Verhaltensweisen ‚reisend‘ oder ‚seßhaft‘ möglich. Wer das Merkmal trägt, ist verhaltensmäßig ein Zigeuner, wer es nicht hat, ist ein ‚Bauer‘. Das ‚Unstetigkeits‘-Merkmal ist als psychisches Erbradikal anzusehen.“⁴⁰ Hier findet sich erneut die direkte Verbindung zwischen ‚Nicht-Reisen‘ und ‚Bauer‘ sein.

35 Ebd, S 18.

36 Ebd, S 15.

37 Block: Zigeuner (Anm 20), S 130.

38 Wolfgang Benz hat es sogar im persischen Königsbuch Sha-Name aus der Zeit der ersten Jahrtausendwende nach Christus vorgefunden. Vgl. Benz, Wolfgang: Mythos und Vorurteil. Zum modernen Fremdbild des Zigeuners, in: Ders.: Feindbild und Vorurteil: Beiträge über Ausgrenzung und Verfolgung, München 1996, S 170–194, hier S 172 f.

39 Merimée, Prosper: Carmen. Ost-Berlin 1985, S. 128.

40 Arnold, Hermann: Vaganten, Komödianten, Fieranten und Briganten. Untersuchungen zum Vagantenproblem an vagierenden Bevölkerungsgruppen vorwiegend der Pfalz, Stuttgart 1958, S 95 f. Interessant ist, dass Arnold das Wort „Bauer“ in einfache Anführungszeichen setzt, um anzuzeigen, dass es ein Idealtyp ist, während das bei dem Wort „Zigeuner“ nicht geschieht. Zum ‚Zigeunergens‘ siehe auch ders.: The Gypsy Gene, in: Journal of the Gypsy Lore Society 40 1961, S 53–56.

Diese Verbindung entbehrt nicht einer gewissen Logik: Ackerbau zu betreiben erfordert eine mehr oder weniger sesshafte Lebensweise. Das angebliche ‚Nicht Nahrungsmittel produzieren‘ hingegen ist nicht notwendigerweise mit ‚Umherziehen‘ verbunden, die Verbindung wird aber über den Gegensatz des ‚Bauers‘ hergestellt. Das häufig genutzte Wort ‚Wirtsvolk‘⁴¹ weist auf dieses doppelte Verhältnis hin. Mit dem Wort wird zweierlei gleichzeitig verkündet: Einerseits, dass die andere Partei nur ‚zu Gast‘ ist, also dort, wo sie ist, nicht hingehört und andererseits, dass sie ‚bewirtet‘ wird, also von den Nahrungsmitteln des ‚Wirtsvolks‘ lebt. Im Gegensatzpaar ‚Wirt‘ und ‚Parasit‘ sind also zwei zentrale Elemente der antiziganistischen Vorurteilsstruktur, das ‚Nicht-Produzieren‘ und das ‚Nicht dorthin Gehören‘⁴² bereits angelegt.

Der Gegensatz: „im Schweiß Deines Angesichts“⁴³

Ein genauerer Blick soll nun noch einmal auf die Einordnung der Tätigkeiten geworfen werden. Was zählt neben der direkten Nahrungsmittelproduktion als ‚ehrliche Arbeit‘ und was nicht? Oder mit Serres gesagt: „Bilanz: Am Anfang ist die Produktion [...]. Doch möchte ich wissen, was das heißt, produzieren.“⁴⁴

Zunächst einmal wird in den Texten von Block und Arnold klar gestellt, dass das, was ‚die Zigeuner‘ tun, nicht eigentlich als ‚Arbeit‘ erachtet wird: „Betteln, ‚Finden‘ und Wahrsagen, das sind die drei Erwerbsquellen, die sich dem Zigeuner ohne seiner Hände Arbeit erschließen, wenn man nicht das angestrengte, hartnäckige Betteln mit dem unerschöpflichen Wortschwall und das angestrengte Suchen mit den Augen nach einer Ausspanngelegenheit oder das Wahrsagen als Arbeit ansieht.“⁴⁵ Block macht deutlich, dass er nicht dieser Ansicht ist. Einige Seiten später, nachdem er zahllose handwerkliche Tätigkeiten, die ‚die Zigeuner‘ seiner Ansicht nach typischerweise verrichten, beschrieben hat, kommt er zu folgendem Zwischenfazit: „Alle ihre Handwerksarbeit betreiben sie nur, wenn sie Lust haben und die Not sie dazu zwingt. Noch nie ist ein Zigeuner durch seiner Hände Arbeit etwa reich geworden.“⁴⁶ Zu ‚richtiger Arbeit‘ gehört für Block also offensichtlich, dass sie betrieben wird, auch wenn keine „Not“ und keine „Lust“ vorhanden sind. Vielmehr scheinen die Handarbeit selbst und der daraus mög-

41 Vgl. Block: Zigeuner (Anm 20), S 120 f und Arnold: Zigeuner (Anm 3), S 207.

42 Die genaue Struktur des ‚Nicht dorthin Gehörens‘ bedarf ebenfalls einer detaillierteren Semantik-Analyse, die an dieser Stelle nicht zu leisten ist. Es gibt Hinweise darauf, dass ‚Zigeuner‘ in dieser Hinsicht in eine Position des ‚Dritten‘ (siehe Holz, Klaus: Nationaler Antisemitismus. Wissenssoziologie einer Weltanschauung, Hamburg 2001) gerückt werden, die bisher nur für die antisemitische Vorurteilsstruktur nachgewiesen wurden. Vgl. Geier, Andrea/Patrut, Iulia-Karin: „Deutsche Kunst“? Zur Wissensproduktion über ‚Zigeuner‘ und Juden in Kunstdiskursen des 19. Jahrhunderts, in: Uerlings, Herbert/Patrut, Iulia-Karin: ‚Zigeuner‘ und Nation. Repräsentation – Inklusion – Exklusion. Frankfurt am Main 2008, S 151–168, hier S 166 f. Geier und Patrut beziehen sich dabei ebenfalls auf Holz: Antisemitismus (Anm 42).

43 Siehe 1. Mose 3, Vers 19, LUT 1984.

44 Serres: Parasit (Anm 32), S 13.

45 Block: Zigeuner (Anm 20), S 123.

46 Ebd., S 130.

licherweise entstehende Reichtum der ‚richtige‘ Antrieb für ‚ehrliche Arbeit‘ zu sein. Dem stellt Arnold das „Wirtschaftsverhalten“ eines „Sinto“ gegenüber: „Ein Sinto lebt in der Regel von der Hand in den Mund. Er besitzt niemals Ersparnisse und kann sie bei seiner Wirtschaftsweise auch kaum zurücklegen. Verbessert sich sein Einkommen, so feiert er Feste und läßt Gott einen guten Mann sein. Dies bringt ihn bald wieder zurück auf den alten Stand der Armut.“⁴⁷ Die Vorstellung von diesem Verhalten ist mit Arnolds Arbeitsethos offensichtlich nicht vereinbar. In seiner Vorstellung muss das Erwirtschaftete gespart und nicht direkt konsumiert oder verprasst werden. Bei Arnold finden sich weitere Elemente dieser Vorstellung von „eigentlicher Arbeit“: „Auch die herkömmlichen Zigeunerberufe hatten weder Anstrengung noch Ausdauer verlangt. Sie dienten dazu, ohne eigentliche Arbeit das zu gewinnen, was das Leben verlangt, waren sogar meist nur ein Vorwand zum ‚Finden‘.“⁴⁸ Es ist also notwendig, Arbeit zu leisten, die „Anstrengung und Ausdauer verlangt“, sie also „im Schweiß de[ine]s Angesichts“ zu verrichten, sonst gilt sie nicht als „eigentliche Arbeit“. Gleichzeitig soll sie aber nicht nur aus der „Not“ heraus getan werden und auch nicht nur wenn man „Lust“ hat, wie Block zu entnehmen war. Diese paradoxe und masochistische Vorstellung von Arbeit, dass sie einerseits „Anstrengung“ sein und andererseits ohne „Not“, also dann ja doch mit „Lust“, verrichtet werden soll,⁴⁹ kann als ein Element der vorgestellten ‚Wir‘-Gruppe, die sich in Abgrenzung zu ‚Zigeunern‘ konstituiert, gelten. Die Vorstellung von einem Leben, ohne Arbeitsfreude an anstrengender Arbeit, also ohne Freude am Leiden an der Arbeit, weckt Neid und Hass. ‚Der Zigeuner‘ der antiziganistischen Vorstellung „vergießt nicht den Schweiß von Mühsal und Körperkraft“ und zieht deshalb „die Zerstörungslust der Zivilisierten auf sich, die den schmerzlichen Prozeß der Zivilisation nie ganz vollziehen konnten.“⁵⁰ Dieser „Grundwiderspruch der Zivilisationsgeschichte [...] ‚daß man einst wider das Lustprinzip agieren musste um der Selbsterhaltung willen; obwohl doch die auf ein Minimum reduzierte Arbeit nicht länger mit Verzicht gekoppelt zu sein brauchte“⁵¹, scheint auch einen der Hintergründe für diese Semantik des modernen Antiziganismus abzugeben.

An dieser Stelle muss noch einmal explizit darauf hingewiesen werden, dass die hier formulierte Kritik an bestimmten Arbeitsvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft weder bedeutet, dass es so etwas wie typisch ‚zigeunerische‘ oder auch ‚roma-typische‘ Vorstellungen von Arbeit gibt,⁵² noch, dass die Vorstellung von ‚zigeunerischer Arbeit‘ den

47 Arnold: Zigeuner (Anm 3), S 206.

48 Ebd., S 207.

49 Vgl. Schatz, Holger/ Woeldike, Andrea: Freiheit und Wahn deutscher Arbeit. Zur historischen Aktualität einer folgenreichen antisemitischen Projektion, Münster 2001, S 23, insbesondere das dortige Zitat.

50 Horkheimer/Adorno: Dialektik der Aufklärung (Anm 15), S 181.

51 Schatz/Woeldike: Freiheit und Wahn (Anm 49), S 121, Zitat im Zitat von Adorno, Theodor W.: Marginalien zu Theorie und Praxis, in: Ders.: Gesammelte Schriften, Bd 10.2, Frankfurt am Main 1997, S 759–783, hier S 762.

52 Eine Behauptung, die offenbar immer noch hochaktuell ist. Siehe als aktuelles Beispiel Dauth, Harika: Glücksökonomie bei Roma-/Zigeunergruppen. „Ich verdiene überall meine Brötchen, sogar in der Wüste“, in: *contrast*. Die

mehrheitsgesellschaftlichen Vorstellungen als wünschenswert entgegengesetzt werden sollte. Vielmehr wurde aufgezeigt, auf welche Art eine Mehrheitsgesellschaft mit bestimmten Arbeitsvorstellungen sich einen Gegenentwurf in Form ‚zigeunerischer (Nicht-)Arbeit‘ konstruiert.

Schluss

Die Vorstellung von der ‚Nichtarbeit‘ der vermeintlichen ‚Zigeuner‘ im Antiziganismus ist eine sehr spezifische und unterscheidet sich sowohl von der Konstruktion der ‚Arbeitsscheu‘ der ‚Juden‘ im Antisemitismus, als auch von der der ‚Primitiven‘ beispielsweise im (post-)kolonialen Rassismus. ‚Primitive‘ und ‚Zigeuner‘ werden häufig gleichermaßen als naturhaftes Gegenstück zur Zivilisation beschrieben und auch so von der Sekundärliteratur analysiert.⁵³ Allerdings werden die großen Unterschiede in den (Nicht-)Arbeitsvorstellungen meist übersehen. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass ‚der Primitive‘ in der rassistischen Vorstellung von der ‚Natur‘ selbst lebt, „Wurzeln, Käfer, Samen zusammensucht“⁵⁴, während „der Zigeuner sein Augenmerk auf Dinge [lenkt], die schon einen Besitzer haben“⁵⁵ und somit als erarbeitet gelten.

Dieser Status des ‚Parasiten‘ findet sich sowohl in der Vorurteilsstruktur des modernen Antiziganismus als auch in der des modernen Antisemitismus.⁵⁶ Der Unterschied zwischen den Konstruktionen der „Wirtschaftsweisen“ von ‚Zigeunern‘ und von ‚Juden‘ liegt in der Art und Weise, wie die Angehörigen der Mehrheitsbevölkerung um ihr sauer verdientes Brot gebracht werden. Während ‚die Juden‘ im antisemitischen Ressentiment in vermeintlich ‚künstlicher‘ Weise alle Regeln und Methoden der Zivilisation ausnutzen und überdehnen, um durch ‚Schacher‘, ‚Zins‘ und ‚Wucher‘ an den Lohn der ‚ehrlichen Arbeit‘ des ‚Wirtsvolkes‘ zu kommen, gehen ‚die Zigeuner‘ genau umgekehrt vor: In scheinbar ‚archaischer‘ Art und Weise ignorieren oder untergraben sie soziale Strukturen wie Eigentum und Arbeitsethik, um ebenfalls auf Kosten des ‚Wirtsvolkes‘ vom ‚Betteln‘, ‚Stehlen‘, ‚Betrügen‘ und ‚Hausieren‘ zu leben.⁵⁷ In allen drei Vorurteilsstrukturen wird den konstruierten Gruppen also die Eigenschaft zugewiesen, nicht selbst zu produzieren, aber die Art und Weise ist jeweils sehr unterschiedlich.

Monatszeitung für Selbstorganisation, Heft 309, Juni 2010, S 13. Siehe auch meine Kritik an Adorno in End: Adorno (Anm 29), S 107 f.

53 Vgl bspw Solms, Wilhelm: Das „Naturvolk“ der Deutschen. Zigeunerbilder des Sturm und Drang, in: Engbring-Romang, Udo/Strauß, Daniel (Hg): Aufklärung und Antiziganismus [Beiträge zur Antiziganismusforschung Bd 1], Seeheim 2003, S 82–100; Scholz: Antiziganismus (Anm 10), S 29.

54 Block: Zigeuner (Anm.20), S 122.

55 Ebd. Siehe auch das vollständige Zitat oben (zu Anm 28).

56 Dazu siehe ua Holz: Antisemitismus (Anm 42), S 271 ff.

57 Zum Verhältnis von Antiziganismus und Antisemitismus in Bezug auf Arbeit siehe auch Schatz/Woeldike: Freiheit und Wahn (Anm 49), S 123.

Das ‚Betteln‘ ist nur ein bestimmter – wenn auch der am häufigsten gebrauchte – Ausdruck dieser Logik des ‚archaischen Parasiten‘, die für die antiziganistische Vorurteilsstruktur zentral ist. Sie ist dabei eng verknüpft mit der Vorstellung von ‚den Zigeunern‘, mittlerweile sogar von ‚den Roma‘. Zahlreiche der in Europa in den letzten Jahren aufgeflamten Bettel-Diskurse⁵⁸ enthalten eine mehr oder weniger ausgeprägte antiziganistische Komponente. ‚Betteln‘ wird als ‚typisch zigeunerisches‘ oder ‚roma-typisches‘ Verhalten angesehen und konstruiert. Die enge Verknüpfung der Logik des ‚Bettelns‘ mit der antiziganistischen Vorurteilsstruktur und die lange Tradition des Stereotyps sind dafür mit verantwortlich. Bis heute hat sich an dieser Vorurteilsstruktur und ihrer weiten Verbreitung nichts grundsätzlich verändert. Ein Lernen aus der gewaltvollen Diskriminierungsgeschichte gegenüber Roma, Sinti und anderen als ‚Zigeuner‘ Verfolgten, insbesondere aus der Verfolgung und systematischen Ermordung als ‚asozial‘ im Dritten Reich, scheint bis jetzt nur sehr begrenzt stattgefunden zu haben. Es bleibt lediglich zu hoffen, dass der Hass auf jene, die scheinbar „nicht den Schweiß von Mühsal und Körperkraft“⁵⁹ vergießen, nicht erneut in offene Gewalt umschlägt. Die Mehrheitsbevölkerung muss sich indes fragen lassen, welche Vorstellungen von ‚ehrlicher Arbeit‘ und einem glücklichen Leben einer Gesellschaft zugrunde liegen, in der Bettelei so große Wut und teilweise offenen Hass auslöst?

Markus End ist Politikwissenschaftler und promoviert derzeit an der Technischen Universität Berlin / Zentrum für Antisemitismusforschung zu Semantiken des Antiziganismus; markus.end@mail.tu-berlin.de

58 Für einen groben Überblick siehe Waringo, Karin: Europa macht Jagd auf bettelnde „Zigeuner“. Maßnahmen gegen bettelnde Roma, in: Heft der Flüchtlingsräte 2010, S 60–63.

59 Horkheimer/Adorno: Dialektik der Aufklärung (Anm 15), S 181.

Der Fiskalpakt – Umgehung der „europäischen Verfassung“ und Durchbrechung demokratischer Verfahren?¹

Lukas Oberndorfer

1. Einleitung: Eine Neuzählung der Krise unter Umgehung rechtsstaatlicher Verfahren?

Durch den Beschluss der in ihren zentralen Säulen europarechtswidrigen² Economic Governance hat das europäische Institutionen-Gefüge 2011 einen Versuch unternommen, die Weltwirtschaftskrise als eine des mangelnden Wettbewerbes und der übermäßigen Staatsschulden neu zu erzählen. Mit dem Fiskalpakt liegt nun ein weiterer Rechtsakt vor, mit dem die europäischen Regierungschefs die neoliberale Bearbeitung der Krise durch ihre Verrechtlichung dauerhaft festschreiben wollen. Auf der Strecke bleiben dabei ökonomische, rechtliche und demokratiepolitische Einwände.

„Öffentliche Investitionen in soziale und ökologische Infrastruktur finanziert durch eine Umverteilung des gesellschaftlichen Reichtums“, so lautet die Forderung kritischer WissenschaftlerInnen³ zur Bearbeitung der Folgen der größten Krise der Weltwirtschaft seit den 1930er Jahren. Eine Botschaft, die in Teilen sogar Ratingagenturen, die einer kritischen Haltung gegenüber dem Neoliberalismus unverdächtig sind, erreicht hat. So bezeichnete Standard & Poor's die Vereinbarungen des Euro-Gipfels vom 9.12.2011 – auf dem die Erarbeitung des Fiskalpaktes beschlossen wurde – als einseitig und führte aus, dass ein Reformprozess, der sich allein an Sparmaßnahmen orientiere, unwirksam sei. Stattdessen müsse die Inlandsnachfrage durch öffentliche Investitionen angekurbelt werden.⁴

Auch wenn die Ratingagenturen aufgrund ihrer Verflechtung in das finanzmarktgetriebene Akkumulationsregime⁵ unter den Tisch fallen lassen, dass zur Finanzierung dieses

1 Für bereichernde Anregungen und Diskussionen danke ich Nicole Hofmann, Konrad Lachmayer, Judith Schacherreiter und Joachim Stern.

2 *Obler*, Die zweite Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes, ZG 2010, 330 (342); *Häde*, Art. 136 AEUV - eine neue Generalklausel für die Wirtschafts- und Währungsunion? JZ 2011, 333 (334 f); *Oberndorfer*, Eine Krisenerzählung ohne Kompetenz – Economic Governance rechtswidrig? infobrief eu & international 3/2011, 7.

3 Siehe statt vieler *Marterbauer*, Zahlen Bitte! – Die Kosten der Krise tragen wir alle (2011) und *Brand*, Die multiple Krise, in *Brand* (Hg) Post-Neoliberalismus? (2011) 23.

4 Siehe zum diesem Bericht etwa *Riecher*, AA+: Warum Österreich herabgestuft wurde, Die Presse v 15.2.2011.

5 *Sablowski/Alnasseri*, Auf dem Weg zu einem finanzgetriebenen Akkumulationsregime?, in *Candeias/Deppe* (Hg), Ein neuer Kapitalismus? (2001) 131.

Vorhabens eine tiefgreifende Umverteilung notwendig ist, die letztlich zu einer Reduktion des auf den Finanzmärkten nach Anlage suchenden Kapitals führen würde, haben sie begriffen, was simultanes Sparen in Zeiten der Krise bedeutet: Einbruch der Nachfrage, Stagnation oder gar Rezession, die *letztlich* in eine Erhöhung der öffentlichen Verschuldung münden.

Im Gegensatz zum europäischen Institutionen-Gefüge, das hartnäckig daran arbeitet, die Vielfachkrise des neoliberalen Kapitalismus⁶ als eine Staatsschulden- und Wettbewerbskrise zu re-interpretieren, gestehen die Ratingagenturen damit implizit ein, dass der Anstieg der öffentlichen Verschuldung das Ergebnis der Krisenkosten (Einbruch der Einnahmen durch die Weltwirtschaftskrise und Aufwand für die Bankenrettungspakete) und nicht umgekehrt die Krise die Folge der Staatsschulden ist. Die Ableitung der Ratingagenturen könnte kaum eindeutiger sein: „Durch Schuldenbremsen europaweit lässt sich dieses Problem nicht eindämmen“.⁷

Doch trotz dieser medial kaum kolportierten Einschätzung und der mittlerweile empirisch eindeutigen Evidenz, dass gerade jene Länder erneut in die Rezession geschlittert sind, die in der Krise besonders energisch die öffentlichen Ausgaben – ganz im Sinne der Economic Governance – reduziert haben⁸, einigten sich die europäischen Staats- und Regierungschefs (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und Tschechiens) Ende Jänner auf den Text eines „Fiskalpaktes“, der zugespitzt nichts anderes bedeutet als: „More of the same! – Lohnzurückhaltung, Deregulierung, Privatisierung und Austeritätspolitik.“ Da die Fortsetzung und Radikalisierung dieser neoliberalen „Integration“ aber immer weniger auf den Konsens der Menschen in Europa stößt, lässt sie sich zunehmend nur mehr mittels der Umgehung demokratischer Verfahren und der Durchbrechung rechtsstaatlicher Anforderungen bewerkstelligen.⁹

Mit dem Fiskalpakt, einem völkerrechtlichen Vertrag *außerhalb des Europarechts*, verpflichten sich die Vertragsparteien (VP) auf die Einführung einer „europäischen Schuldenbremse“ und auf eine einschneidende Rückführung der Staatsschuld. Wenn diese Regeln nicht eingehalten werden, soll – ohne Beteiligung der Parlamente – ein automatischer Korrekturmechanismus ausgelöst werden. Die materiellen Anforderungen der Economic Governance, dem im November 2011 in Kraft getretenen „six-pack“ aus fünf Verordnungen und einer Richtlinie¹⁰, welches ua den auf dem Vertrag von Maastricht aufbauenden Stabilitäts- und Wachstumspakt (SWP) verschärft hat, werden noch einmal zugespitzt und durch internationales Recht „verewigt“. Indem der „Fiskalpakt“

6 Demirović/Dück/Becker/Bader (Hg), Vielfachkrise (2010).

7 Krämer, Chefanalyst von Standard & Poor's im Ö1-Mittagsjournal v 16.1.2012.

8 Feigl, Austeritätspolitiken in Europa, Kurswechsel 1/2012, 36.

9 Vgl dazu ausführlich Oberndorfer, Krisenbearbeitung in der Europäischen Union – Economic Governance und Fiskalpakt – Elemente einer autoritären Wende? Kritische Justiz 2012, 26.

10 Für eine ökonomische Bewertung siehe Klatzer/Schlager, Europäische Wirtschaftsregierung – Eine stille neoliberale Revolution, Kurswechsel 1/2011, 61, für eine rechtliche Einschätzung Oberndorfer, infobrief eu & international 3/2011, 7.

im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages beschlossen wird, werden auch noch die ohnehin geringen demokratiepolitischen und rechtsstaatlichen Anforderungen der „Europäischen Verfassung“¹¹ unterlaufen. Auch aufgrund der stark verdichteten Verhandlung und Beschlussfassung blieb bisher wenig Raum für öffentliche Auseinandersetzung: Am 9.12.2011 erfolgte die Einigung auf die Erarbeitung eines Fiskalpaktes. Eine Woche später lag der erste Entwurf vor. Am 31.1.2012 akkordierten die Staats- und Regierungschefs jene Fassung, die am 2.3. unterzeichnet wurde.

Um die Einwände gegen den Fiskalpakt zu veranschaulichen, sollen in einem ersten Schritt die wesentlichen Eckpunkte des Vertrages nachgezeichnet werden (2.), um diese dann anschließend einer rechtlichen und demokratiepolitischen Kritik zu unterziehen (3.).

2. Austerity forever – der materielle Gehalt des Fiskalpaktes

2.1. Europäische „Schuldenbremsen“

Nach Art 3 Abs 1 lit a des „Vertrages über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion“ (VSKS), so die offizielle Bezeichnung des Fiskalpaktes, führen die VP eine „europäische Schuldenbremse“ ein, indem sie sich zu einem gesamtstaatlichen Haushalt verpflichten, der entweder ausgeglichen ist oder einen Überschuss aufweist. Diese Vorschrift soll dann als erfüllt gelten, wenn das Haushaltssaldo (das Defizit oder der Überschuss eines Jahresbudgets) nicht das länderspezifische *mittelfristige Haushaltsziel* im Sinne des geänderten SWP verfehlt (Art 3 Abs 1 lit b VSKS). Damit ist eine Verordnung (VO)¹² im Rahmen der Economic Governance angesprochen, mittels der die haushaltspolitische Überwachung der Mitgliedsstaaten (MS) verschärft wurde. In dieser VO wird festgehalten, dass sich jeder MS „ein differenziertes Haushaltsziel für seine Haushaltslage setzt“¹³. Dieses Budgetziel darf in der Folge nicht mehr unterschritten werden.

Der VSKS definiert nun aber einen engeren Korridor für das mittelfristige Haushaltsziel. Während das mittelfristige Haushaltsziel gemäß der strengen Vorschriften der Economic Governance noch bis zur konjunkturbereinigten Grenze von -1% des BIP gesetzt werden kann¹⁴, darf es den Bestimmungen des VSKS zufolge nur noch „mit einer niedrigeren Grenze des strukturellen Defizits von 0,5 des Bruttoinlandsproduktes zu Marktpreisen“ festgelegt werden (Art 3 Abs 1 lit b VSKS). Allein Staaten deren Gesamtschuldenstand deutlich unter 60% des BIP liegt, wird für das mittelfristige Haushaltsziel der etwas weitere Korridor eines strukturellen Defizits von höchstens -1,0% des BIP zugestanden (Art 3 Abs 1 lit d VSKS).

11 Siehe zu diesem Verfassungsbegriff *Tybm*, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht (2004) 323 ff.

12 VO 1175/2011 v 16.11.2011 zur Änderung der VO 1466/97 des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken.

13 Art 2a Abs 1 VO 1175/2011.

14 Art 2a Abs 2 VO 1175/2011.

2.2. Austeritätsmechanismus

Bei wesentlichen Abweichungen vom mittelfristigen Haushaltsziel, dass nunmehr nur noch höchstens -0,5% des BIP betragen darf, oder bei Nichteinhaltung des entsprechenden Anpassungspfades, wird *automatisch* (ohne Beteiligung der Parlamente) ein „Korrekturmechanismus“ ausgelöst. Wie genau dieser Mechanismus der Austerität aussehen soll, bleibt weitgehend unbestimmt. Der Pakt hält nur fest, dass der Mechanismus die Verpflichtung der betreffenden VP umfasst, „Maßnahmen zu ergreifen, um die Abweichungen innerhalb eines festgelegten Zeitraumes zu korrigieren“ (Art 3 Abs 1 lit e VSKS).

2.3. Scharfe Regel zum Schuldenabbau

Eine weitere Schuldenregel ist in Art 4 des VSKS niedergelegt. Dieser hält unter Verweis auf die sogenannte korrektive Komponente¹⁵ der Economic Governance fest, dass jene VP deren Schuldenstand 60% des BIP übersteigt, verpflichtet sind, die Differenz zum Grenzwert solange – unabhängig von der konjunkturellen Entwicklung – durchschnittlich um ein Zwanzigstel jährlich zu reduzieren, bis sie den Grenzwert von 60 % unterschreiten.

2.4. Pflicht zur nationalstaatlichen Verankerung der neuen Instrumente

Diese neuen Instrumente der Austeritätspolitik werden aber nicht nur auf internationaler Maßstabsebene festgelegt, sondern müssen spätestens ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Vertrages auch in die nationalen Rechtsordnungen in Form von Bestimmungen, „die verbindlicher und dauerhafter Art sind, vorzugsweise mit Verfassungsrang“ verankert werden (Art 3 Abs 2 VSKS). Obwohl die VP, wie bereits ausgeführt, keinerlei Kriterien oder Rahmenbedingungen für die Substanz des Austeritätsmechanismus festgelegt haben, berufen sie die Europäische Kommission (KOM), um eine nähere Ausgestaltung vorzunehmen. Das exekutive Organ der EU soll dem VSKS zufolge ein Passepartout entwickeln, das „insbesondere die Art, den Umfang und den zeitlichen Rahmen der [...] zu treffenden Korrekturmaßnahmen“ festlegt und welches durch die VP in ihr Rechtssystemübertragen werden muss. Die Ermächtigung der KOM zur Entwicklung von Grundsätzen für den Austeritätsmechanismus geht soweit, dass sie auch die „Rolle und Unabhängigkeit der auf nationaler Ebene für die Überwachung der Einhaltung“ der oben genannten Regelungen (Schuldenbremse, Austeritätsmechanismus und Schuldenabbauregel) „zuständigen Institutionen“ umfasst. Die einzige begrenzende Bestimmung, welche sich im VSKS zur Ausgestaltung des Austeritätsmechanismus findet, ist

¹⁵ VO 1177/2011 v 16.11.2011 zur Änderung der VO 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit.

die Feststellung, dass der Korrekturmechanismus „uneingeschränkt die Vorrechte der nationalen Parlamente“ wahrt (Art 3 Abs 2 VSKS). Mit Hinblick auf die Unabhängigkeit der mit der Überwachung zu betrauenden bzw einzurichtenden Institutionen schreibt daher *Calliess* zu Recht, dass es „klärungsbedürftig [sei], wie dies mit der parlamentarischen Budgethoheit zu vereinbaren ist.“¹⁶

2.5. Verpflichtung zur Vorlage von Restrukturierungsprogrammen

Jene VP, die gemäß des verschärften SWP „Gegenstand eines Defizitverfahrens“ sind¹⁷, müssen zusätzlich zu den schon bisher bestehenden Bestimmungen ein „Haushalts- und Wirtschaftspartnerprogramm“ vorlegen, das „eine detaillierte Beschreibung der Strukturreformen“ enthält, die zur Korrektur ihres übermäßigen Defizits „zu beschließen und umzusetzen sind.“ Der Wortlaut Strukturreformen legt nahe, dass durch den VSKS eine Konsolidierung der öffentlichen Haushalte vorrangig über ausgabenseitige Kürzungen und nicht über die Erhöhung von (progressiven) Steuern erzielt werden muss. Darüber hinaus verpflichten sich die VP ihre Restrukturierungsprogramme „im Rahmen der bestehenden Überwachungsverfahren des Stabilitäts- und Wachstumspaktes“ der KOM und dem Rat der EU „zur Genehmigung“ vorzulegen (Art 5 VSKS). Die Formulierung dieser Verpflichtung insinuiert, dass der VSKS hinsichtlich der Restrukturierungsprogramme nur das vorschreibt, was nach der Verschärfung durch die Economic Governance im SWP vorgesehen ist. Allerdings sehen die einschlägigen Bestimmungen¹⁸ der Economic-Governance für Rat und KOM nur das Recht vor, die Vorschläge zur Restrukturierung allein durch *Empfehlungen* zu kommentieren. Gem Art 5 VSKS müssen die entsprechenden Programme nun aber durch Rat und KOM *genehmigt* werden. Das steht in Widerspruch zu Art 126 AEUV, auf den sich Art 5 VSKS vorgeblich stützt, und der allein dem *Rat* die Möglichkeit einräumt, *Empfehlungen* auszusprechen und allenfalls mittels Beschluss zum Defizitabbau aufzufordern (Art 126 Abs 9 AEUV).¹⁹ Keinerlei Kompetenzen sieht Art 126 aber für KOM und Rat hinsichtlich der *Genehmigung* von Strukturreformen vor.²⁰

2.6. Der EuGH als Kontrollinstanz für Schuldenbremse und Austeritätsmechanismus

Die Umsetzung der europäischen Schuldenbremse, des Austeritätsmechanismus und der Schuldenabbauregel wird durch den VSKS einer strengen gerichtlichen Kontrolle unter-

16 *Calliess*, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, 477.

17 Aufgrund der Explosion der Schuldenstände durch die Krisenkosten laufen momentan gegen fast alle MS Defizitverfahren – nur bei Estland, Finnland, Luxemburg und Schweden ist dies derzeit nicht der Fall.

18 Siehe etwa Art 3 Abs 4a VO 1467/97 idF der VO 1177/2011.

19 *Kempin* in *Streinz*, EUV/AEUV – Kommentar² (2012), Art 126, insb Rn 31.

20 *Häde* in *Calliess/Ruffert*, EUV, AEUV – Kommentar⁴ (2011), Art 126, Rn 24–66.

worfen. In Anlehnung an das Vertragsverletzungsverfahren des Europarechts beleiht Art 8 Abs 1 die KOM mit der Aufgabe, zu überprüfen, ob die VP die „neuen Instrumente“ (Art 3 Abs 2) ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt haben. Kommt die KOM zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung vorliegt, wird der EuGH „von einer oder mehreren VP mit der Angelegenheit befasst.“ Diese Verpflichtung der VP – in der der Umgehungscharakter des VSKS besonders greifbar ist – wird notwendig, weil Art 273 AEUV, auf den die Klage gestützt sein soll, kein Klagerrecht für die KOM vorsieht.²¹ Eine VP kann aber auch unabhängig vom Bericht der KOM Klage erheben, wenn sie der Ansicht ist, dass ein Verstoß vorliegt. In beiden Fällen ist das Urteil für die betroffene Verfahrenspartei jedenfalls verbindlich und sie muss innerhalb der durch das Gericht gesetzten Frist die erforderlichen Maßnahmen treffen, um dem Urteil nachzukommen. Kommt die Partei dem Urteil nicht nach, wird der EuGH durch den VSKS sogar berechtigt, die Zahlung eines Zwangsgeldes in der Höhe von bis zu 0,1 % des BIP zu verhängen (Art 8 Abs 2).

2.7. Bindung der Stimme eines Mitgliedsstaates im Rat

Obwohl der VSKS außerhalb des europarechtlichen Rahmens steht, verpflichtet der Pakt die VP auf ein Abstimmungsverhalten im Defizitverfahren gemäß Art 126 AEUV. Die Verfahrensordnung dieses Tatbestandes ermächtigt die MS zur *freien* Abstimmung über die Frage, ob sie ein Defizitverfahren gegen einen MS einleiten wollen (Abs 6) und schließlich zur Entscheidung über die Frage, ob sie Sanktionen verhängen möchten (Abs 11). Diese Beschlüsse liegen außerhalb des Zuständigkeitsbereiches der KOM – es „entscheidet der Rat.“²² Dieses Recht zur freien Stimmabgabe schränkt Art 7 VSKS wesentlich ein – auch hier soll es zu einer „weitgehende[n] Automatisierung des Entscheidungsprozesses kommen.“²³ So verpflichten sich die VP „zur Unterstützung der Vorschläge oder Empfehlung der Kommission, in denen diese die Auffassung vertritt, dass ein [MS] dessen Währung der Euro ist, im Rahmen eines Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit gegen das Defizit-Kriterium verstößt.“ Diese Verpflichtung kann nur dann entfallen, wenn zwischen den „Vertragsparteien deren Währung der Euro ist“ eine qualifizierte Mehrheit gegen den „vorgeschlagenen oder empfohlenen Beschluss ist.“ Wie eine solche Mehrheit erkennbar werden soll, wenn die VP verpflichtet sind, die Vorschläge der KOM bedingungslos zu unterstützen, wird im Art 7 nicht erhell. Obwohl die im Rahmen der Economic Governance eingeführte Reverse Majority Vote zur „Automatisierung“ der Verhängung von Sanktionen ganz offenkundig europarechts-

21 Um diese Verpflichtung zu prozeduralisieren wurde eigens ein Annex zum Protokoll über die Unterzeichnung des VSKS aufgesetzt, der die VP, welche gerade Teil der Troika des Vorsitzes im Europäischen Rat sind, zur Klagserhebung verpflichtet.

22 Hillgruber, Disziplinlosigkeit oder Vertragsbruch, JZ 2004, 166 (170 f).

23 Denkschrift des deutschen BMF zum VSKS, 8.

widrig ist²⁴, zielt der VSKS darauf ab, dieses „Abstimmungsverfahren“ nun auch für die Entscheidung über die Einleitung des Defizitverfahrens zur Anwendung zu bringen.

3. Rechtliche Bewertung und demokratiepolitische Kritik des Vertrages

Die zentralen Elemente des VSKS insb die Anforderung, dass die MS eine europäische Schuldenbremse im nationalstaatlichen Recht einführen und mit einem Austeritätsmechanismus versehen müssen, der automatisch ausgelöst wird und dessen nähere Ausgestaltung allein der europäischen Exekutive anheimgestellt wird, sowie der Eingriff in das Defizitverfahren durch Art 7 VSKS finden keinerlei Grundlage in den europäischen Verträgen (insbesondere auch nicht in den einschlägigen Kompetenzgrundlagen Art 121, 126 und 136 AEUV).²⁵ Für ihre Einführung wäre daher eigentlich eine Ergänzung der Verträge durch ein ordentliches Änderungsverfahren nach Art 48 EUV notwendig gewesen.²⁶ Dieses Verfahren, das festlegt, wie die „europäische Verfassung“ weiterentwickelt werden kann, enthält aufgrund der Konventmethode formale Garantien²⁷, die sicherstellen, dass eine entsprechende Beratung und Änderung nur unter Teilnahme und Zustimmung der nationalen Parlamente und des Europäischen Parlaments stattfinden kann (Abs 3 UAbs 1 Satz 1).²⁸

3.1. Umgehung der europäischen Verfassung

Dass die Staats- und Regierungschefs, mit der Begründung im Kreise des Europäischen Rates hätte sich kein Konsens für eine Änderung der Verträge gefunden, die Flucht aus dem Europarecht antreten, ist aus rechtsstaatlicher Perspektive äußerst problematisch.²⁹ Zum einen sehen die europäischen Verträge für diesen Fall das Verfahren über verstärkte Zusammenarbeit (Art 20 EUV iVm Art 326, 327 und 329 AEUV) vor³⁰, mit dem zumindest einige der „Neuerungen“ des VSKS ordnungsgemäß sekundärrechtlich eingeführt werden hätten können. Zum anderen sollen „verfassungsrechtliche“ Abänderungsbestimmungen gerade garantieren, dass allein die „konstituierende Macht“³¹ des berufenen „Verfassungsgebers“ entscheidet³²: Mit dem Vertrag von Maastricht (1992) sind wesentliche ökonomische Politikfelder auf die europäische Maßstabsebene verla-

24 Siehe dazu Fn 2.

25 Ähnlich *Pernice*, International Agreement on a Reinforced Economic Union – Legal Opinion (2011), http://www.whi-berlin.eu/EU-Reform_2012.html (21.2.2012).

26 So auch *Matthias Ruffert*. Siehe dazu *Schäfers/Jahn/Mussler*, Auch Juristen stellen Fiskalpakt in Frage, FAZ v 13.12.2011.

27 *Streinz/Ohler/Herrmann*, Vertrag von Lissabon³ (2010) 196.

28 *Pechstein* in *Streinz*, EUV/AEUV – Kommentar² (2012) Art 48 EUV, Rn 16.

29 *Häde*, Ein Stabilitätspakt für Europa? *EuZW* 1996, 138 (141).

30 *Derpa*, Die verstärkte Zusammenarbeit im Recht der Europäischen Union (2003).

31 *Raunig*, Konstituierende Macht und der Neustart der Europäischen Verfassung, *Kulturrisse* 2005, 37.

32 *Bogdandy/Bast/Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht, *ZaöRV* 2002, 77 (126).

gert worden. Diese Verlagerung fand aber unter der Bedingung statt, dass die EU über eine – wenn auch im Vergleich zur nationalstaatlichen Ebene schwächer ausgeprägte – demokratische Kontrolle verfügt, die insbesondere dem Europäischen Parlament zukommt.³³ Darüber hinaus wird die Gewaltenteilung, die Beachtung der Grundrechte, die Einhaltung rechtlicher Verfahren und der Kompetenzordnung durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit kontrolliert (vgl Art 6 iVm 9 und 10 EUV). Unter *diesen* Rahmenbedingungen haben die durch das Vertragsänderungsverfahren berufenen AkteurInnen (insb auch die Bevölkerungen der MS) sich dazu entschieden, einen durch den heutigen Titel VIII des AEUV (Wirtschafts- und Währungspolitik) genau festgelegten Bereich bisher nationalstaatlicher Politikfelder zu europäisieren.³⁴ Die Kontrolle über einen Ausbau oder eine Abänderung dieses Aufgabengebietes, behielten sie sich insofern vor, als diese nur durch die in der „europäischen Verfassung“ festgelegten Verfahren vorgenommen werden darf. Dies hat der EuGH auch explizit bestätigt, als er in seinem EWR-Gutachten unmissverständlich festhielt, dass die „Änderung der Grundlagen der Gemeinschaft“ durch Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages nicht möglich sei.³⁵ Daher sind völkerrechtliche Verträge, welche in die Europäische Verfassung eingreifen – unbeschadet ihrer völkerrechtlichen Wirksamkeit – in unionsrechtlicher Hinsicht rechtswidrig.³⁶

3.2. Schwächung demokratischer Terrains zur Durchsetzung neoliberaler Krisenbearbeitung

Mit der Entscheidung der Staats- und Regierungschefs den VSKS im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages zu beschließen, werden daher auch noch die ohnehin zu gering ausgebildeten, demokratischen und rechtlichen Sicherungsgarantien der Europäischen Verfassung umgangen. Der Umstand, dass schon beim Beschluss der Economic Governance eine eigentlich nötige Vertragsänderung vermieden wurde und zentrale Teile ohne entsprechende Rechtsgrundlage erlassen wurden³⁷, legt den Schluss nahe, dass die herrschende Bearbeitung der Krise nur durch die Durchbrechung formaler Demokratie bewerkstelligt werden kann. In dem Moment, wo die neoliberale Integrationsweise zunehmend ihren Konsens in der Bevölkerung verliert, werden gerade jene Terrains überspielt, auf denen demokratische Kontrolle, die Interessen der ArbeitnehmerInnen und Forderungen der europäischen Bevölkerungen den größten Widerhall finden.³⁸

33 Huber in Streinz, EUV/AEUV - Kommentar² (2012) Art 10 EUV, Rn 21.

34 Für eine politik-ökonomische und demokratiepolitische Kritik dieses Prozesses siehe Gill, European Governance and New Constitutionalism, New Political Economy 1998, 5.

35 EuGH, Gutachten 1/91, EWR I, Slg 1991, I-6079, Rn 71.

36 Koenig/Pechstein, Die EU-Vertragsänderung, EuR 1998, 130 (138 ff).

37 Siehe dazu FN 2.

38 Für den Versuch diesen Prozess begrifflich zu fassen, siehe Oberndorfer, Vom neuen zum autoritären Konstitutionalismus, Kurswechsel 2/2012, 62.

3.3. Austerität durch völkerrechtlichen Vertrag leichter durchsetzbar?

Für diese Annahme finden sich auch Anhaltspunkte, wenn man die Verfahren zur Ratifikation einer Änderung der europäischen Verträge mit jenen eines völkerrechtlichen Vertrages vergleicht. Zwar legen sowohl Art 48 AEUV (ordentliches Änderungsverfahren der europäischen Verträge) als auch Art 14 Abs 1 des VSKS fest, dass der Vertrag erst in Kraft tritt, wenn er durch die MS bzw VP gemäß ihrer verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert worden ist, doch stellen genau jene Vorschriften der MS oft unterschiedliche Anforderungen je nachdem, ob es sich um völkerrechtliche oder europäische Verträge handelt.

3.3.1. Der Fiskalpakt und die österreichische Bundesverfassung

So gewährt der Art 23e der österreichischen Bundesverfassung (B-VG) allein für Vorhaben *im Rahmen der EU* ein umfassendes Informationsrecht (Abs 1) des Nationalrats (NR) und die Möglichkeit, das zuständige Mitglied der BReg durch eine Stellungnahme zu binden (Abs 2). Während das B-VG im Hinblick auf die Ratifizierung einer Änderung der europäischen Verträge unmissverständlich festhält, dass diese nur mit einer „Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen“ durch den NR und mit Zustimmung des Bundesrates genehmigt werden können (Art 50 Abs 1 Z 2 iVm Abs 4 B-VG), ist die Lage mit Hinblick auf völkerrechtliche Verträge komplexer. Staatsverträge (StV) können nämlich, wenn sie allein „gesetzesändernden oder gesetzsergänzenden Inhalt haben“ und „nur einzelne Hoheitsrechte“ auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen (Art 9 Abs 2 B-VG) mit einfacher Mehrheit durch den NR genehmigt werden (Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG). Das hat aber die zusätzliche Voraussetzung, dass im entsprechenden StV die hoheitlichen Befugnisse „genauer bestimmt sein müssen.“³⁹ Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt bzw enthält ein StV oder einzelne Bestimmungen eines Staatsvertrages Regelungen, „die mit dem geltenden Bundesverfassungsrecht kollidieren, so bedarf es einer (zuvor oder zeitgleich erlassenen) formellen bundesverfassungsgesetzlichen Regelung, damit der StV in verfassungskonformer Weise abgeschlossen werden kann.“⁴⁰ Denn seit der B-VG-Nov 2008 (BGBl I 2008/2) kann Verfassungsrecht nicht mehr in der Form eines StV geschaffen werden.⁴¹ Obwohl der VSKS in verfassungsrechtlich problematischer Weise in die Haushaltsrechte des Parlaments eingreift, unter anderem der Korrekturmechanismus wesentliche Souveränitätsrechte auf die KOM überträgt, ohne, dass diese „genauer bestimmt“⁴² sind und Art 7 VSKS das Stimmrecht des österreichischen Ratsmitglied im Rahmen des Art 126 AEUV beschneidet und da-

39 Öblinger, Art 9 Abs 2 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hg), Kommentar zum B-VG, 9. Lfg (2009) Rz 14.

40 Öblinger, Art 50 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hg), B-VG, 9. Lfg (2009) Rz 55.

41 Siehe dazu auch Öblinger, *Das Völkerrecht und das Europarecht im Österreich-Konvent* in FS Schäffer (2006) 555 (565).

42 Siehe für eine anschauliche Darlegung dieses Gebotes des Art 9 Abs 2 B-VG *Lachmayer*, *Transnationales Polizeihandeln*, JBl 2011, 409 (417).

mit die Mitwirkungsrechte des österreichischen Nationalrates beschränkt, ist es unter österreichischen VerfassungsrechtlerInnen derzeit noch strittig, ob der VSKS mit einfacher Mehrheit oder nur mittels eines begleitenden BVG⁴³ ratifiziert werden kann.⁴⁴ Diese verfassungsrechtlichen Fragen würden sich, wären die entsprechenden Grundlagen durch das ordentliche Änderungsverfahren geschaffen worden, angesichts einer Ratifizierung der abgeänderten „europäischen Verfassung“ gar nicht stellen, da diese „automatisch“ das Erfordernis einer Beschlussfassung durch eine 2/3 Mehrheit nach sich zieht.

3.3.2. Der Fiskalpakt und die verfassungsrechtlichen Bestimmungen anderer Mitgliedsstaaten

Aber das B-VG ist nur ein Anschauungsbeispiel für jene MS, in denen (prima vista) behauptet werden kann, dass eine Ratifizierung nicht jene Konsenserfordernisse erreichen muss, die für eine Änderung der Europäischen Verfassung notwendig wären. So sind etwa aufgrund einer Entscheidung des irischen Supreme Courts⁴⁵, alle „Änderungen der Europäischen Verträge“ nur durch ein Verfassungsgesetz möglich, dass einem zwingenden Referendum zu unterziehen ist. Eine Feststellung, die völkerrechtliche Verträge nicht automatisch mitumfasst. In diesem Kontext überrascht es daher kaum, dass Vertreter der konservativen irischen Regierungspartei Fine Gael, schon einen Tag nach der Veröffentlichung des ersten Entwurfes zum VSKS, angeben konnten, dass zur Ratifizierung des Paktes kein Referendum nötig sei.⁴⁶ Eine Ansicht, die später durch die irische Generalanwältin *Máire Whelan* verneint wurde, welche die Umgehungs konstruktion des Paktes problematisierte. In einer Gesamtbetrachtung, so *Whelan*, müsste der VSKS aufgrund des mit seiner Ratifizierung erfolgenden „bedeutenden Souveränitätstransfers“ und seiner „einzigartigen Konstruktion außerhalb der Europäischen Verträge“ doch einem Referendum unterzogen werden.⁴⁷

Auch in Deutschland war die Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit wohl ein Antrieb für die „Konstruktion“ eines völkerrechtlichen Vertrages zur „Weiterentwicklung“ der europäischen Wirtschaftsverfassung: So wurde eine Ratifizierung mit einfachen Mehrheiten erwogen⁴⁸ – eine entsprechende Zulässigkeit wird jedoch mittlerweile nur noch

43 Mit *Adamovic/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Band I (2011) Rn 16.025 ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, auch nur beim geringsten Zweifel ein entsprechendes BVG zu beschließen, da, sofern ein StV Regelungen enthält, „die mit bestehendem formellen Verfassungsrecht nicht vereinbar sind“, die Verfassungswidrigkeit des Staatsvertrages droht.

44 *Oswald/Szigetvari*, Der EU-Fiskalpakt ist weich wie ein Pudding, Der Standard v 1.2.2012.

45 Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach*, 9.4.1987, IESC 4, IR 713.

46 *Collins*, Noonan spells out stark reality if referendum is needed, The Irish Times v 17.12.2012.

47 Referendum to be held on European fiscal compact, Irish Times v 28.2.2012; Referendum to be held on Fiscal Treaty, RTE News / Ireland v 2.3.2012, <http://www.rte.ie/news/2012/0228/referendum.html> (14.3.2012).

48 Merkel braucht für Fiskalpakt Zweidrittel-Mehrheit, Die Welt v 3.3.12.

vereinzelt vertreten.⁴⁹ Daher begründet die dt BReg ihren Beschluss den VSKS auf Grundlage des Art 23 Abs 1 iVm Art 79 Abs 2 und 3 des Grundgesetzes (GG) und damit auf Basis einer 2/3 Mehrheit zu beschließen, ebenfalls damit, dass der Pakt mit einer Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU vergleichbar ist und dass zum anderen dadurch in die haushaltspolitischen Bestimmungen des GG eingegriffen werde.⁵⁰

3.4. Divide et impere! – die „Anreize“ zur Ratifizierung des Fiskalpaktes

Auch wenn mittlerweile in mehreren MS eine Debatte über die Sinnhaftigkeit des VSKS begonnen hat, ist in der weiteren Ratifikationsphase nicht mit einer *transnationalen* Debatte darüber zu rechnen, ob Europa ein Mehr an Verrechtlichung neoliberaler Wirtschaftspolitik braucht oder nicht, denn der VSKS folgt einer Strategie die ganz auf „teile und herrsche“ hinausläuft. Entgegen den Bestimmungen für eine Änderung der europäischen Verträge muss der VSKS nämlich *nicht von „allen Mitgliedstaaten“* (Art 48 Abs 4 AEUV) ratifiziert worden sein, um in Kraft zu treten, vielmehr ist schon die Ratifikation von *zwölf* VP (Art 14 Abs 2 AEUV) ausreichend. Darüber hinaus ist in den VSKS ein „Anreiz“ eingebaut, der eine Ratifikation auch gegen eine demokratische Mehrheit wahrscheinlicher macht: Seine Ratifizierung und Einhaltung ist Voraussetzung, um Geld aus dem Europäischen Rettungsschirm zu erhalten.⁵¹

3.5. Austeritätsmechanismus als Trojaner wider die Demokratie?

Gerade in der Umsetzung des Austeritätsmechanismus liegt ein weiteres Moment des VSKS, welches sich als trojanisches Pferd für die rechtlichen Schützengräben formaler Demokratie herausstellen könnte. Denn aufgrund der Tatsache, dass der „Korrekturmechanismus“ im VSKS weitgehend unbestimmt bleibt, wird eine weite Bandbreite von Austeritäts-Instrumenten möglich. Die Textierung „automatisch ausgelöster Korrekturmechanismus“ spricht für eingriffsintensive Instrumente, die bis hin zur automatischen Reduzierung von öffentlichen Ausgaben, der entsprechenden Erhöhung von indirekten Steuern oder zur Einrichtung eines bevorzugten Sonderkontos für Zinsen und Kreditstilgungen nach griechischem Muster reichen könnten.⁵² Die demokratische Kontrolle über die Austeritätsmechanismen verlieren die Parlamente jedenfalls ab Ratifikation des VSKS, denn de jure ist allein die KOM zu seiner Ausgestaltung berufen. Die Bestimmung der Korrekturmechanismus hätte „uneingeschränkt die Vorrechte der nationalen

49 *Häde*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung durch den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages am 7. Mai 2012 zum Gesetzesentwurf für die Umsetzung des VSKS, 2.

50 Siehe Begründung zum Vertragsgesetz, Zu Art 1, Entwurf eines Gesetzes zum VSKS, BT-Drs. 17/9046.

51 Siehe ErwGr 25 des VSKS und ErwGr 5 des Vertrages zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM).

52 *Böhm*, Einbruch in Griechenlands Souveränität, Die Presse v 23.2.2012.

Parlamente“ (Art 3 Abs 2) zu wahren, soll allein die „Haushaltsautonomie der nationalen Parlament *innerhalb* des vom Vertrag vorgegeben Rahmens“ gewährleisten.⁵³ Dass die KOM das ihr durch den VSKS eingeräumte Ermessen zur „Rechtsetzung“ zu nutzen gedenkt und damit Warnungen vor der demokratiepolitisch äußerst bedenklichen und rechtlich weitreichenden Ermächtigung der KOM durch den VSKS berechtigt waren⁵⁴, wurde Ende Mai 2012 bekannt. Laut einem Kommissionspapier über die Grundsätze des Korrekturmechanismus, das der Presse zugespielt wurde, verlangt die europäische Exekutive die Einrichtung eines „von allen Institutionen – auch dem Parlament – unabhängigen Stabilitätsrat[es]. Obwohl das Haushaltsrecht wichtigstes Recht der Parlamente ist, dürfen diese nur ihre ‚Meinung‘ sagen.“⁵⁵

3.6. Die überschießende Inanspruchnahme des EuGH und die Gefahr einer verselbständigten Exekutive durch Organleihe?

Der VSKS beleihet die KOM und den EuGH an mehreren Stellen des VSKS umfassend mit Hoheitsrechten. Dies ist zunächst aus einem unionsrechtlichen Blickwinkel problematisch. Denn die Verträge sehen allein die völkerrechtliche Heranziehung des EuGH in gewissen Fällen vor. Gem Art 273 AEUV kann der EuGH zur Schlichtung von Streitigkeiten *zwischen* MS herangezogen werden, jedoch umfasst dies keine Ermächtigung zur Verhängung von Geldstrafen. Wie sehr die Staats- und Regierungschefs durch die Textierung des VSKS in den Untiefen einer Umgehungs konstruktion waten, wird deutlich, wenn durch den Verweis auf Art 260 AEUV versucht wird (Art 8 Abs 2 und ErwGr 16 VSKS), das Instrument der Geldbuße zu retten. Schon ein kurzer Blick in den entsprechenden Tatbestand reicht zur Entkräftung dieses Arguments: Der EuGH darf Geldbußen nämlich nur dann verhängen, wenn „ein Mitgliedstaat *gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen* verstoßen hat.“ Auch das Spannungsverhältnis zwischen Art 8 VSKS und Art 126 Abs 10 AEUV, der das Recht auf die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage im Bereich des gesamten Defizitverfahrens ausschließt, ist augenscheinlich. Während die durch den VSKS vollzogene Heranziehung des EuGH zumindest nicht vollständig rechtswidrig ist, gibt es für die vielfältige Beleihung der KOM *keinerlei* Rechtsgrundlage im Unionsrecht. Jegliches Aktivwerden der KOM im Rahmen des VSKS (Entwicklung der Grundsätze des Austeritätsmechanismus, Genehmigung der Restrukturierungsprogramme, Tätigkeiten im Rahmen des Art 8 VSKS) erfolgt daher schlicht rechtswidrig. So hält Art 13 Abs 2 EUV unmissverständlich fest, dass jedes Organ der EU allein nach Maßgabe „der ihm *in den Verträgen* zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind“

53 Denkschrift des dt BMF zum Gesetz zum VSKS, 8.

54 Oberndorfer, Der Fiskalpakt – ein weiterer Schritt in Richtung Entdemokratisierung, infobrief eu& international 1/2012, 7.

55 Handelsblatt v 23.5.2012, 4.

tätig werden darf. Eine darüber hinausgehende Organleihe könnte, wenn überhaupt nur durch einen entsprechenden völkerrechtlichen Vertrag *aller* MS erfolgen.⁵⁶ Da dies nicht erfolgt ist, ist der KOM die Übernahme der vertragsfremden Aufgaben des VSKS verboten⁵⁷ – aus Art 13 Abs 2 EUV folgt, dass Verstöße geahndet werden können.⁵⁸ Schwerer noch als diese unionsrechtlichen Bedenken, wiegen aber rechtsstaatliche und demokratiepolitische Erwägungen: Im Haus des VSKS ist die KOM nichts anderes, als eine mächtige mit umfangreichen Ressourcen ausgestattete Exekutive, die aber jegliche demokratische und judikative Kontrolle abstreift, der sie auf dem Terrain des Europarechts unterworfen ist.

3.7. Abschluss des Fiskalpaktes europarechtswidrig

Die voranstehenden Überlegungen kulminieren darin, dass die MS mit dem VSKS gegen Unionsrecht verstoßen. Denn die MS sind verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen, welche die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden und die *praktische Wirksamkeit* der Verträge beeinträchtigen könnten⁵⁹ (Loyalitätspflicht gemäß Art 4 Abs 3 EUV). Dies gilt nicht nur für jene Punkte, in denen der VSKS offen in existierende Bestimmungen der „Europäischen Verfassung“ eingreift (ua Art 5, 7 VSKS und Art 8 VSKS) sondern auch dort, wo neue Instrumente und Verfahren eingeführt werden. Dass die Umgehung des Änderungsverfahrens der europäischen Verfassung und der Beschluss von Inhalten, die mit dem Europarecht unvereinbar sind, gegen den Art 4 Abs 3 EUV verstoßen, liegt auf der Hand. Denn die MS haben auch in ihren völkerrechtlichen Beziehungen die Loyalitätsklausel zu achten.⁶⁰ Das folgt nicht nur aus Art 4 Abs 3 EUV sondern auch schon durch ein *argumentum e contrario* hinsichtlich des Art 351 Abs 2 AEUV: Wenn die MS alles unternehmen müssen, um Unvereinbarkeiten zwischen bestehenden völkerrechtlichen Verträgen und der „Europäischen Verfassung“ zu beheben, dann sind sie erst recht verpflichtet, entsprechende völkerrechtliche Bestimmungen nicht zu ratifizieren. Eine ausführliche Darstellung der sich daraus ergebenden Möglichkeiten gegen den VSKS aus europarechtlicher Perspektive im Klagewege vorzugehen, muss aus Platzgründen an dieser Stelle entfallen.

3.8. Eine neoliberale „Wirtschaftsverfassung“, die ewig gelten soll?

Kritische Stimmen hatten schon die Economic Governance zugespitzt mit den Worten „austerity forever“ zusammengefasst.⁶¹ Provokant sollte damit festgehalten werden,

⁵⁶ Thym, Ungleichzeitigkeit (2004) 194.

⁵⁷ Bieber in Groeben/Schwarze, EUV/EGV-Kommentar⁶ (2003), Art 7 EGV, Rn 16.

⁵⁸ Streinz in Streinz, EUV/AEUV – Kommentar², Art 13 EUV, Rn 24.

⁵⁹ Streinz in Streinz, EUV/AEUV – Kommentar², Art 4 EUV, Rn 68.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ CEO, Austerity forever, www.corporateurope.org/publications/austerity-forever (23.2.2012).

dass eine Immunisierung neoliberaler Wirtschaftspolitiken durch ihre Verrechtlichung bedenklich ist. Denn die durch Sekundärrecht beschlossene Verschärfung des SWP kann nur durch die Initiative der KOM und eine qualifizierte Mehrheit im Rat abgeändert werden. Die Ansicht, dass der VSKS diese Versteinerungswirkung bei weitem übertreffen könnte,⁶² ist mittlerweile mehrfach bestätigt worden.⁶³ Denn gewöhnlich enthalten völkerrechtliche Verträge besondere Bestimmungen, welche die Beendigung des Vertrags betreffen.⁶⁴ Genau dies ist beim VSKS nicht der Fall: An keiner Stelle finden sich Bestimmungen, wie der Vertrag gekündigt oder beendet werden kann.

Daher muss zur Frage der Beendigung auf die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) zurückgegriffen werden, deren Art 56 Abs 1 prinzipiell festhält, dass ein Vertrag, der keine Bestimmung über seine Beendigung enthält, auch nicht durch Kündigung beendet werden kann. Eine einseitige Beendigung löst dann eine völkergewohnheitsrechtliche Staatenverantwortlichkeit (Weiterwirken der Vertragspflichten, „Haftung“ und Erlaubnis zu Gegenmaßnahmen der anderen Parteien) aus. Diese kommt nur dann nicht zur Anwendung, wenn das Recht auf Kündigung sich „aus der Natur dieses Vertrages herleiten lässt“ (Art 56 Abs 1 lit b). Da diese Formulierung äußerst unpräzise ist, führt sie regelmäßig zu Streitigkeiten zwischen den VP – insbesondere deshalb, weil ihre Bedeutung selbst unter VölkerrechtswissenschaftlerInnen strittig ist.⁶⁵ Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass eine Kündigung des VSKS zumindest einen langwierigen internationalen Rechtsstreit nach sich ziehen könnte. Fest steht jedenfalls, dass aufgrund des Fehlens entsprechender Bestimmungen, eine reibungslose Beendigung des VSKS allein durch das Einvernehmen aller VP zu erzielen wäre.⁶⁶

Die Formulierung „austerity forever“ verliert vor diesem Hintergrund nahezu jede provokante Konnotation. Eine ähnliche Einschätzung, wenn auch mit anderer Motivation, dürfte auch die Führungsfigur des neoliberalen europäischen Institutionengefüges, die deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel, teilen: „[E]s geht darum, dass die Schuldenbremsen dauerhaft in die Rechtsordnungen eingefügt werden, dass sie *bindend und ewig gelten!*“⁶⁷

Mag. Lukas Oberndorfer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Abteilung EU & Internationales der AK Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; lukas.oberndorfer@univie.ac.at; <http://homepage.univie.ac.at/lukas.oberndorfer>

62 Oberndorfer, infobrief eu& international 1/2012, 7 (11 f).

63 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages. Möglichkeiten der Beendigung des VSKS nach der Wiener Vertragsrechtskonvention, WD 11 – 3000 – 62/12 v 20.3.2012.

64 Ipsen, *Völkerrecht*⁵ (2004) 173.

65 Neuhold/Hummer/Schreuer (Hg) *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*⁴ – Bd 1 (2004).

66 Ipsen (2004) 174.

67 Pressekonferenz anlässlich des Euro-Gipfel, Ö1-Morgenjournal v 31.1.2012.

Thema: Commons: Gemeingüter und das Gemeinschaftliche

Vorwort

Judith Schacherreiter

Zu den fundamentalen Konzepten des modernen Europa gehören das Individuum und das Eigentum. Zentrale Bezugspunkte moderner Rechtssysteme sind dementsprechend der/die (individuelle) BürgerIn mit seinen/ihren (individuellen) Grund- und Freiheitsrechten im Verfassungsrecht und das Rechtssubjekt und seine (individuellen) Vermögens-, insbesondere Eigentumsrechte, im Zivilrecht. Eigentum gabs freilich schon im römischen Recht, aber erst im modernen Europa erlangte es jene Bedeutung und durch seine Vereinheitlichung für Fahrnis und Liegenschaft jenen Abstraktionsgrad, die es schließlich erlaubten, ihm immer mehr Güter, die beweglichen und unbeweglichen, die materiellen und immateriellen, ja letztlich „alles, was von der Person unterschieden ist“ (§ 285 ABGB), zu unterwerfen. Die Geschichte der kapitalistischen Moderne ist eine Geschichte zunehmender Aneignung. Die Aneignung von Land war einer ihrer Meilensteine. Was bis dahin als Territorium, Nutzungsfläche und Lebensraum galt, verwandelte die Bodenbefreiung in Eigentum. Damit verschwanden nicht nur feudale grundherrschaftliche Strukturen, sondern auch gemeinschaftliche Landnutzungsformen der *commons* und Allmende. In der Folge wurden die Gemeingüter als mögliche ökonomische Basis materieller Reproduktion kaum mehr in Erwägung gezogen. Vor allem in Form des Gemeinschaftslandes wurden sie nun als Ausdruck vorzivilisatorischer und primitiver Wirtschafts- und Lebensweisen betrachtet.

Hardins „Tragedy of the Commons“ (1968) erneuerte ihre negative Rezeption durch utilitaristische Effizienzerwägungen. Damit galten die *commons* nicht nur als vorzivilisatorisch, barbarisch und primitiv, sondern darüber hinaus – und das ist in unserer gegenwärtigen Wertewelt beinahe noch schlimmer – als ökonomisch ineffizient. In den Rechtsdiskurs fanden die Gemeingüter wenn überhaupt primär über die Schule der *Law and Economics* Eingang, die sich – jedenfalls in ihren dominanten Strömungen – weitgehend darauf beschränkte, Hardins „Tragödie“ nachzuerzählen.

Die relativ junge Wiederbelebung der Gemeingüter in den Sozialwissenschaften (Stichwort globale *commons*, Wissensallmende etc) hingegen wirft eine neue Perspektive auf die alten *commons* und verhandelt sie als mögliche Basis alternativer sozialer Ordnungen jenseits der kapitalistischen Gesellschaftsverfassung. Die Beteiligung der Rechtswissenschaften an diesem Diskurs ist in Europa bis dato gering und wenn überhaupt vorhanden, dann nach wie vor von den erwähnten Strömungen der *Law and Economics* geprägt. Was jedenfalls abgeht, ist eine Auseinandersetzung mit dem Konzept der Gemeingüter und dem damit in Zusammenhang stehenden Konzept des „Gemeinschaftlichen“ (als wirtschaftliche, soziale und politische Struktur und Interaktion). Im deutschen Sprachraum zeigt sich das schon darin, dass es diesbezüglich gänzlich an rechtlichem Vokabular mangelt.

Freilich vor einem anderen historischen und sozialen Hintergrund sind Gemeingüter und das Gemeinschaftliche, etwa in Form der gemeinschaftlichen Landnutzung, in Lateinamerika traditionell sehr wohl Thema der Rechtswissenschaften. Im Zentrum stehen indigene *comunidades* und ihr Gemeinschaftsland, die indigene Bevölkerung ist aber nicht der einzige Anknüpfungspunkt. Seien es eher traditionell-rechtsdogmatische Perspektiven, die beispielsweise das Agrarrecht verhandeln, oder die lateinamerikanischen kritischen Rechtswissenschaften, die sich dem Rechtspluralismus und indigenen Rechten widmen: Gemeingüter und Gemeinschaften sind gängige rechtliche Bezugspunkte und Gegenstand rechtlicher Analysen. Die verschiedensten (etwa indigene oder agrarrechtliche) *comunidades* sind weitgehend bekannte rechtliche Konzepte, kollektive Landrechte, wenn auch immer umkämpft, von Privatisierungsbestrebungen bedroht und auch hier der Kritik von Ineffizienz ausgesetzt, jedenfalls Gegenstand der rechtlichen Diskussion. Im Unterschied zu Europa sind Gemeingüter und das Gemeinschaftliche in Lateinamerika gelebte Konzepte mit einer politischen Bedeutung und Vitalität, die es dem Rechtsdiskurs nicht erlauben, sie schlicht zu ignorieren.

Der Schwerpunkt dieser Heftausgabe versteht sich als Versuch, auch in Europa die rechtliche Debatte für Gemeingüter und das Gemeinschaftliche zu öffnen. Mit Gemeingütern meinen wir dabei alternative rechtliche Konzepte der Güterzuordnung, -nutzung und -verteilung; das Gemeinschaftliche verwenden wir als Sammelbegriff für alternative rechtliche Strukturen politischer, sozialer und wirtschaftlicher Interaktion und Partizipation. Gemeingüter und das Gemeinschaftliche stehen in engem Zusammenhang und implizieren sich gegenseitig, denn „there is no commons without commoning“. Der Schwerpunkt verbindet zwei inhaltliche Linien: erstens die europäische Commons-Debatte, ihre historischen Anknüpfungspunkte und aktuellen Themenfelder und zweitens die Gegenwart von Gemeingütern und dem Gemeinschaftlichen in lateinamerikanischen Rechtssystemen.

Am Beginn steht ein wissenschaftshistorischer Beitrag von *Tine de Moor*, die eine grundlegende Begriffsklärung der Gemeingüter als Gegenstand verschiedener interdisziplinärer Diskurse vornimmt, insbesondere indem sie die historischen Gemeingüter von

den gänzlich unregulierten offen zugänglichen Gütern abgrenzt. In diesem Kontext kritisiert sie Hardins „Tragedy of the Commons“, die auf der Vorstellung aufbaut, dass die historischen *commons* nach Belieben nutzbar und bis zur Erschöpfung ausbeutbar waren, während tatsächlich Zugang und Nutzung umfassenden Regelungen unterlagen, die sich gerade darauf richteten, dies zu verhindern.

Es folgt ein rechtshistorischer Beitrag von *Elisabeth Greif* und *Karin Neuwirth*, die das Pendant der historischen *commons* im deutschsprachigen Raum analysieren: die Allmende. Auch hier wird deutlich, dass die Abwesenheit von Eigentum keineswegs die Abwesenheit von Zugangs- und Nutzungsregelungen bedeutet. Gleichzeitig erörtern sie Konfliktfelder innerhalb der Allmende, ihre Verteidigung nach außen durch die Festlegung von Berechtigten und Nichtberechtigten sowie auf ihr beruhende Strukturen genossenschaftlicher Selbstverwaltung.

Judith Schacherreiter stellt die historischen Gemeingüter dem liberalen Eigentumskonzept gegenüber und skizziert ihre rechtssystematischen und -konzeptionellen Unterschiede. Auf dieser Grundlage analysiert sie das zivilrechtliche Eigentum als ein Konzept, das nicht der konkreten Nutzung bestimmter Güter zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, sondern ihrer Zirkulation als Waren dient. Die Gemeingüter lassen sich ihrer Ansicht nach in diesem eigentumsrechtlichen Denken nicht adäquat erfassen, sondern bilden eine gänzlich andere Kategorie jenseits moderner Eigentumsstrukturen und jenseits von Ware und Markt.

Leonhard Dobusch beleuchtet ein zentrales Themenfeld aktueller Commons-Debatten: die Wissensallmende, also immaterielle Güter, die „dem globalen Dorf“ zur gemeinschaftlichen Nutzung zur Verfügung stehen. So wie die *commons* durch das *enclosure-movement* vernichtet wurden, wird auch die Wissensallmende von Einhebungs- und Aneignungsbestrebungen bedroht. Ihre Aneignung, so der Autor, schränkt aber gesellschaftliche Entwicklung ein, weil Wissen durch Austausch und Teilen nicht weniger, sondern im Gegenteil mehr wird und am Anfang jeder geistigen Neuschöpfung, sei sie kultureller oder wissenschaftlicher Natur, nicht das individuelle Genie sondern die gemeinschaftliche Wissensallmende steht.

Heiner Fechner fasst zunächst Charakteristika der lateinamerikanischen Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit zusammen, die erklären, warum dem Gemeinschaftlichen in diesem rechtlichen Kontext größere Bedeutung als in Europa zukommt. Wesentlicher Faktor ist, dass diverse Gemeinschaften im Kontext einer allgemein schwachen Wirkung des positiven staatlichen Rechts ihre eigenen Regelungssysteme hervorbringen. Vor diesem Hintergrund untersucht Fechner neue städtische kommunale Selbstverwaltungseinheiten in Venezuela, die „von unten her“ entwickelt und im Anschluss positivrechtlich geregelt wurden. Kernargument seiner Analyse ist, dass diese neuen Strukturen der *Consejos Comunales* und *Comunas* nicht nur Rechtsinhalte, sondern auch die Rechtsform ändern und tendenziell Vergesellschaftung und Demokratisierung des Rechts stärken.

Juan Jorge Bautista Gómez analysiert „*lo común*“ als ein Konzept des „Gemeinschaftlichen“, wie es mexikanische indigene *comunidades* im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich garantierten Autonomie realisieren. Dabei handelt es sich um einen Gegenentwurf zum dominanten kapitalistischen Gesellschaftsmodell, der die gemeinschaftliche Nutzung von Gütern, insbesondere Land, und eine Vielzahl politischer, sozialer und kultureller Interaktionen umfasst, durch die sich die indigenen *comunidades* als Gemeinschaften reproduzieren und erneuern. Recht begegnet uns hier in Form ungeschriebener Praktiken, die sich zu Normensystemen verfestigen, als solche aber flexibel bleiben und gemeinschaftlich erneuert und verändert werden.

Der Schwerpunkt kann hoffentlich einen Beitrag dazu leisten, dass kritische Rechtswissenschaften die subversive Kraft der Gemeingüter und des Gemeinschaftlichen nicht ungenutzt lassen.

Dr.ⁱⁿ Judith Schacherreiter ist Redaktionsmitglied des *juridikum*, Assistentin an der Abteilung für Rechtsvergleichung der Universität Wien und forscht derzeit in Mexiko zu Eigentums- und Landrechten; die Organisation des Schwerpunkts ist Teil dieses vom Austrian Science Fund (FWF) finanzierten Projekts (Nr J2932-G16); judith.schacherreiter@univie.ac.at

Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer Annäherungen an die commons¹

Tine de Moor²

Einleitung

Die commons sind ein hervorragendes Beispiel für ein Thema, das von Geschichts- und anderen Sozialwissenschaften untersucht wurde, ohne dass dabei viel interdisziplinärer Austausch und Wissenstransfer stattgefunden hätte, und dies obwohl die Commons-Forschung beachtlichen Raum für interdisziplinäre Kooperation bieten würde. Eine der schwerwiegendsten Konsequenzen der disziplinären Trennung ist der Gebrauch desselben Begriffs „commons“ für wesentlich unterschiedliche Dinge auf unterschiedlichen Ebenen. Dies gilt umso mehr jetzt, wo „commons“ zu einem Modewort geworden ist. Diese Entwicklung begann bereits früher, aber vor allem nachdem Elinor Ostrom 2009 den Nobelpreis erhielt, wurde der Begriff zunehmend für so viele unterschiedliche Ideen verwendet, dass er Gefahr läuft, zu einem leeren Konzept zu werden.

Dieser Artikel erörtert, wie es dazu kam, dass der Begriff „commons“ im Wesentlichen zwei unterschiedliche und in mancherlei Hinsicht sogar entgegengesetzte Formen kollektiver Güter umfasst. Dabei soll auch geklärt werden, was der Begriff, der heute für so unterschiedliche Ressourcentypen wie Land, Weideflächen, Flüsse, Luft und Internet verwendet wird, tatsächlich in den unterschiedlichen gegenwärtigen und historischen Kontexten bedeutet.

Die Beleuchtung des kontextuellen Hintergrunds der unterschiedlichen Sinngehalte eines von verschiedenen Fachdisziplinen verwendeten Begriffs zeigt mögliche Schwierigkeiten und Gefahren, aber auch die erweiterten Erkenntnismöglichkeiten, die mit der gegenseitigen Übernahme und Verschmelzung der jeweiligen Konzepte einhergehen. Hinsichtlich der Verwendung des Commons-Begriffs betreffen die kontextuellen Hauptunterschiede das Ausmaß der Institutionalisierung der betroffenen Ressourcen. So meinen (die) commons für die HistorikerInnen bestimmte klar definierte Ressourcen (typi-

1 Bei diesem Artikel handelt es sich um die übersetzte, adaptierte und gekürzte Version von *De Moor*, From common pastures to global commons: A historical perspective on interdisciplinary approaches to commons, *Natures Sciences Sociétés* 2011, 19, 4.

2 Aus dem Englischen übersetzt von Judith Schacherreiter.

scherweise Land), die einem bestimmten Regelungs- und Sanktionsset unterliegen, während andere Disziplinen dazu tendieren, Ressourcen (und zwar nicht nur Land, sondern auch Güter wie Wissen und Information) einzubeziehen, die noch keinerlei Institutionalisierungsprozess unterlaufen haben.

Im ersten Teil dieses Artikels soll eine Genealogie des Begriffs klären, wie die Disziplinen anfangen unterschiedliche Wege einzuschlagen. Der zweite Teil beginnt mit den Merkmalen der Güter, die typischerweise als commons beschrieben werden, wobei wir von einer klassischen ökonomischen Methode der Güterunterscheidung ausgehen, die auch die Commons-Forschung oft heranzieht. Schließlich werden Wege für eine Klärung der terminologischen Unschärfen vorgeschlagen. Eine Möglichkeit besteht in der stärkeren Berücksichtigung der Entwicklungen der commons-Institutionen. Des Weiteren kann der gegenüber den commons neutralere Begriff der „institution for collective action“ („Institution für gemeinsames Handeln“) nützlich sein. Anders als die commons ist dieser Begriff nicht durch historische Debatten beeinflusst und aufgrund seiner analytischen Qualitäten scheint er (allenfalls in Kombination mit dem Commons-Begriff) besser helfen zu können, die typischen Merkmale der geschichtlichen und gegenwärtigen commons zu verstehen. Der letzte Teil des Artikels skizziert einen Ausblick auf die weitere Entwicklung der Commons-Forschung und die mögliche Bedeutung, die dabei die Rechtswissenschaften spielen könnten.

1. Interdisziplinäre Begriffsverwirrungen in der Commons-Diskussion

Ein zentraler Unterschied zwischen den Geschichts- und anderen Wissenschaften beim Gebrauch des Begriffs der „commons“ liegt darin, dass HistorikerInnen dazu tendieren, sich auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes zu fixieren, während andere Sozialwissenschaften, wohl aufgrund ihres allgemeinen Hangs zu Theoretisierung und Modellbildung, die Wesensmerkmale des ursprünglichen Begriffs analysieren, um ihn in der Folge auch für ähnliche Phänomene heranzuziehen. So wurde der Begriff gedehnt und erfasst zunehmend sehr unterschiedliche Ideen wie etwa die „globalen“ oder „digitalen commons“. Zwar kann die Verwendung desselben Begriffs für unterschiedliche Phänomene neue Einsichten ermöglichen, auf der anderen Seite aber auch begriffliche Verwirrungen provozieren. NutzerInnen historischer (oder gegenwärtig existierender) gemeinschaftlicher Weideflächen und NutzerInnen globaler commons stehen nämlich nicht denselben Herausforderungen gegenüber, weswegen Forschungsergebnisse hinsichtlich der einen commons nicht zwangsläufig auf die anderen commons übertragbar sind.

Die terminologische Unschärfe hat verschiedene Ursachen, die teilweise schon aus der historischen Verwendung des Begriffs der „commons“ herrühren. In den geschichtlichen Dokumenten bezog er sich zunächst auf Gemeinschaftsland (common land), und zwar typischerweise auf Weideflächen und Wiesen. In dieser Bedeutung bezeichneten die „commons“ jenes Land, das nicht nur von einer Person oder einem Haushalt, son-

dern von mehreren Personen oder Haushalten genutzt wurde, wobei auch diese Definition nachträglich von der Geschichtswissenschaft erarbeitet und nicht als solche historischen Dokumenten entnommen wurde.³ Die Varietät alternativer Begrifflichkeiten in Englisch (open field, common meadow, common waste) und anderen Sprachen (etwa markegenootschappen, meenten [Holländisch] oder Genossenschaften und Allmende) führte selbst innerhalb der Geschichtswissenschaft zu Verwirrung und verhinderte lange Zeit einen genuinen Vergleich zwischen den verschiedenen commons.⁴

Auch in derselben Sprache und im selben Land konnte derselbe Begriff historisch unterschiedliche Phänomene erfassen. So wurde etwa ein Teil der commons (im Sinne von Gemeinschaftsland) nicht von einer bestimmten Personengruppe, sondern von den lokalen Dorfbehörden verwaltet.⁵ Bei manchen commons war es allen DorfbewohnerInnen gestattet, die gemeinschaftlichen Ressourcen zu nutzen, wenn auch unter strikten Nutzungsbedingungen; in anderen Fällen wurden Zugang und Nutzung der commons von den Dorfbehörden reguliert. Durch die mit dem Ende des Feudalismus einhergehenden umfassenden Rechtsreformen wurden die meisten commons aufgelöst und umgewandelt. In Belgien beispielsweise sah ein Gesetz aus dem Jahr 1847 vor, dass die commons, die bis dahin noch nicht verkauft worden waren, ins Eigentum der lokalen Regierungen übergehen sollten.⁶ Jene wenigen commons, die dem entgingen, konnten ihre jahrhundertalte Praxis nur auf einer sehr schwachen Rechtsgrundlage fortsetzen, weil die Zivilrechtsreformen die Möglichkeit von Gemeinschaftsland in dieser historischen Form praktisch ausschlossen. Diese Entwicklungen blieben auch für das Begriffsverständnis nicht ohne Folgen. Da zahlreiche commons in öffentliches Eigentum (der Gemeinde) übergingen, wurde der Begriff „commons“ nunmehr allgemein für Güter des öffentlichen Eigentums verwendet. Während also die commons ursprünglich nicht notwendigerweise für jeden zugänglich waren, wurden sie später teilweise zu Eigentum der Gemeinde und somit, jedenfalls im rechtlichen Sinne, Eigentum aller ihrer Mitglieder. Hierin liegt einer der ersten Gründe für die begriffliche Unschärfe des Begriffs der „commons“.

Ein wichtiges Merkmal der europäischen, insbesondere der englischen commons, von denen man den Begriff ursprünglich ableitete, war ihre Regulierung. Insbesondere wurden Institutionen eingerichtet, die Zugang zu und Gebrauch der gemeinschaftlichen

3 Die Definition ist übernommen von *De Moor/Shaw-Taylor/ Warde* (Hrsg), *The management of common land in north west Europe, c.1500–1850* (2002). In den historischen Dokumenten selbst wurden keine spezifischen Definitionen gefunden.

4 Für mehr Hintergrundinformation über lokale Beispiele der commons vgl www.collective-action.info (29.2.2012).

5 Beispielsweise unterscheidet man auf Holländisch zwischen „meenten“, das sind von der lokalen Gemeinschaft verwaltete commons, und „markegenootschappen“, das sind von den NutzerInnen selbstverwaltete commons. Für weitere Erklärungen siehe *Hoppenbrouwers*, *The use and management of commons in the Netherlands. An overview*, in *De Moor/Shaw-Taylor/Warde* (Hrsg), *The management of common land*, 87–110.

6 *De Moor*, *Les terres communes en Belgique*, in *Demélas/Vivier* (Hrsg), *Les propriétés collectives 1750–1914. Les attaques du libéralisme en Europe et Amérique latine* (2003) 119–138.

Ressourcen regelten. Diese Art der Institutionalisierung finden wir im Großteil Westeuropas sowohl im frühen wie auch im späten Mittelalter.⁷ Die commons im historischen Sinne (vor 1800) unterlagen daher niemals weder einem völlig freien Zugang noch einem völlig freien und beliebigen Gebrauch.⁸

Die gemeinschaftliche Nutzung von Land geriet von Seiten der Regierungen und politischer Zirkel ab Mitte des 18. Jahrhunderts vermehrt unter Druck und Mitte des 19. Jahrhunderts war der Großteil der commons in Westeuropa privatisiert.⁹ Wenn nun im 20. Jahrhundert in der Debatte über öffentliche Güter wie Luft und Wasser auf Argumente des 19. Jahrhunderts zurückgegriffen wird, die sich gegen die commons richteten, sich dabei aber auf Gemeinschaftsland bezogen, entstehen weitere begriffliche Vermengungen.

Mit der Zeit und vor allem seit Mitte des 20. Jahrhunderts wurde der Commons-Begriff in immer mehr Bedeutungszusammenhängen gebraucht. Nichthistorische Wissenschaften bezeichneten damit Gemeinschaftseigentum schlechthin. Obwohl Garret Hardin nicht der erste war, der die historischen commons konzeptualisierte, kann sein Artikel „The Tragedy of the Commons“¹⁰ als ein Meilenstein im Diskurs über die commons betrachtet werden. Hardin verursachte beträchtliche Verwirrung, weil er eine Landnutzungsform als Ausdruck der mittelalterlichen commons darstellte, die gerade nicht deren Merkmale aufwies. An Hardins „commons“ bestehen keine Eigentumsrechte, weswegen die NutzerInnen das Land ohne Einschränkung bis zur Bodenerschöpfung ausbeuten können. Mit der Verwendung des Begriffs „commons“ schuf Hardin einen Link zwischen dem historischen Konzept und der aktuellen Debatte über die commons. Seine Metapher wird teilweise als zu weit angesehen, weil sie die historischen commons als ein Open-Access-Good, also ein Gut ohne jegliche Zugangs- und Nutzungsregulierung, präsentiert, so dass jeder Viehbesitzer beliebig viel Vieh auf den commons halten kann, was letztlich zur Bodenerschöpfung führt.¹¹ Tatsächlich standen die historischen commons aber gerade nicht allen offen, sondern unterlagen als Teile lokaler gemeinschaftlicher Strukturen klaren Regeln darüber, unter welchen Bedingungen man legitimer Nutzer werden konnte und welche Berechtigungen damit verbunden waren. Auch wenn es gegenwärtig in einer durch das Privateigentum dominierten Gesellschaft schwer vorstellbar sein mag, aber die commoners entwickelten wohl Systeme um Überbeanspruchung und Bodenerschöpfung zu verhindern. So konnten Mitglieder nur eine beschränkte Anzahl von Vieh weiden lassen oder nur eine beschränkte Menge von Holz (und

7 *Slicher van Bath*, Mensch en land in de Middeleeuwen. 1. Mensch en Gemeenschap (1944) 55 ff.

8 Diese Regelungen werden ausführlich dargestellt für die Niederlande, Belgien, England, Deutschland und Skandinavien bei *De Moor/Shaw-Taylor/Warde* (Hrsg.), *The management of common land*.

9 *Vivier/Demelas*, *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750–1914)*. Europe occidentale et Amérique latine (2003); *Brakensiek*, *Gemeinschaftsteilungen in Europa*. Neue Forschungsergebnisse und Deutungsangebote der europäischen Geschichtsschreibung, *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte* 2000, 2, 9 ff.

10 *Hardin*, *The Tragedy of the Commons*, *Science* 1968, 16, 1243.

11 *Hardin*, *Science* 1968, 1243 (1244).

anderen Ressourcen) sammeln.¹² Viele historische Beispiele zeigen, dass die Bauern und Bäuerinnen sich der beschränkten Kapazitäten ihres Gemeinschaftslandes wohl bewusst waren und diese auch respektierten.¹³ Hardin schenkt dem keine Beachtung, wenn er behauptet, dass im Moment des Bevölkerungswachstums notwendigerweise die „Tragödie“ der Bodenerschöpfung ihren Lauf nehme, weil alle rücksichtslos die Ressource ausbeuten.¹⁴

Hardin verwendete Land als allgemeine Metapher für natürliche Ressourcen, derer sich in der Folge auch andere bedienten, und zwar insbesondere für natürliche Ressourcen mit eindeutig offenem Zugang. So bezeichnete der Begriff „common“ schließlich alle Ressourcen, die keinerlei Regelungsregime und einem gänzlich unbeschränkten Zugang unterliegen. Leider reagierten nur sehr wenige HistorikerInnen auf diesen „Missbrauch“ des historischen Commons-Begriffs. Hardins Intentionen waren zwar nicht historiographischer Art, führten aber trotzdem praktisch überall dort, wo seine Theorie Einfluss gewann, zu Missverständnissen darüber, was die commons wirklich sind und was sie waren. Im Anschluss folgte die Diskussion zwei unterschiedlichen Pfaden:

Auf der einen Seite wiesen SozialwissenschaftlerInnen wie Elinor Ostrom darauf hin, dass kollektive Ressourcen weder privatisiert noch kollektiviert werden müssen um Übernutzung zu verhindern, weil ihr Erhalt auch durch adäquate Regulierung und Institutionalisierung auf Selbstverwaltungsebene gesichert werden kann.¹⁵ Auch wenn dies nicht immer explizit zum Ausdruck kam, bezog sich Ostroms Ansatz sowohl auf historische als auch auf bestimmte gegenwärtige commons. Bei den commons, mit denen sie sich in ihrem Buch „Governing the commons“¹⁶ („Die Verfassung der Allmende“) auseinandersetzt, handelt es sich durchgängig um räumlich begrenzte Ressourcen, die institutionellen Bottom-Up-Arrangements, der Selbstverwaltung und klaren Zugangsregelungen unterliegen und noch weitere Merkmale mit den historischen commons teilen. Die andere Richtung, in die sich die Debatte nach Hardins Publikation entwickelte, war jene der globalen commons, wobei diese Entwicklung erst später begann. Die globalen commons erfassen eine erheblich größere Bandbreite natürlicher Ressourcen, die sowohl über die historische Begriffsinterpretation, als auch über Ostroms commons hinausgehen.

Obwohl er teilweise einen unscharfen und ahistorischen Gebrauch des Begriffs „commons“ sowie historisch inkorrekte Schlussfolgerungen provozierte, war es vor allem

12 Einen guten Überblick über diese Ressourcen der commons gibt *Hoppenbrouwers*, *The use and management of commons*, 87–110.

13 Vgl zB bei *De Moor*, *Avoiding tragedies. A Flemish common and its commoners under the pressure of social and economic change during the eighteenth century* *The Economic History Review*, February 2009, 1–22.

14 *Hardin*, *Science* 1968, 1243 (1244).

15 Ihr bekanntestes Werk ist *Ostrom*, *Governing the Commons: The Evolution of Insitutions for Collective Action* (1990); doch in *Ostrom*, *Understanding Institutional Diversity* (2005) fasst sie all jene Erkenntnisse zusammen, die sie und ihre KollegInnen danach hatten.

16 *Ostrom*, *Governing the commons*.

Hardins Artikel, der die Nutzung und drohende Übernutzung von Gemeinschaftsgütern auf die wissenschaftliche und politische Tagesordnung setzte. Mit Ausnahme von Susan Cox¹⁷ und Robert McNetting¹⁸ blieb Kritik an Hardins Artikel in den Geschichtswissenschaften Nischenprogramm. Allerdings zeigte die Soziologie und Anthropologie durch verschiedene Feldstudien in Ländern der Dritten Welt, dass sich der homo economicus als homo reciprocans entpuppen kann. Wie in den historischen Beispielen des mittelalterlichen und frühmodernen Europa, sind sich auch die gemeinschaftlichen NutzerInnen des 20. Jahrhunderts in Entwicklungsländern der Gefahr der Übernutzung wohl bewusst und entwickeln entsprechende Regelungswerke. Auf der Basis solcher Feldstudien erarbeitete Elinor Ostrom eine Liste von Regelungsprinzipien als Patentrezept für das perfekte common. Auch diese Regelungen enthalten Beschränkungen hinsichtlich Mitgliedschaft, Zugang und Nutzung.

Am Beginn der Neunziger Jahre wurden die institutionellen Erkenntnisse über gegenwärtige commons von jenen WissenschaftlerInnen übernommen, die sich mit den globalen commons beschäftigten. Diese Debatte, die als Reaktion auf das verfälschende Bild der Tragedy of the Commons begann, beschäftigte sich erneut mit Hardins Hauptargumenten hinsichtlich der Gefahren, die für frei zugängliche Güter etwa aufgrund von Bevölkerungswachstum entstehen.

Wenn wir die Definition der „global commons“ heranziehen, die sich in Wikipedia findet – woher wahrscheinlich die meisten, die diesen Begriff verwenden, ihre diesbezüglichen Ideen ableiten –, ist im Hinblick auf die vorangehenden Ausführungen hinsichtlich Zugangsbeschränkung und Nutzungsregelung sofort ersichtlich, dass die Verwendung des Begriffs „commons“ in dieser Weise höchst problematisch ist:

“The term Global Commons refers to the earth’s unowned natural resources, such as the oceans, the atmosphere, and space. The definition does not specifically state [...] whether the absence of ownership is traditional or deliberate. Resources such as the Northern and Southern polar regions may be subject to disputes by some states. These resources are central to life.”¹⁹

Während die globalen commons schon Atemluft und Meere einschließen, erweiterte das Internetzeitalter die Commons-Debatte um eine weitere Dimension. Das Internet wird nun als ein „knowledge common“ (eine Wissensallmende) betrachtet, wobei es sich dabei um eine weniger problematische Begriffsverwendung handelt, weil der Zugang zu Wissen wohl begrenzt und geregelt werden kann.²⁰

17 Cox, No Tragedy on the Commons, *Environmental Ethics*, 1985, 7, 49.

18 McNetting, *Balancing on an Alp. Ecological change & continuity in a Swiss mountain community* (1981).

19 Der/die anonyme Wikipedia-AutorIn bezieht sich auf Oxford Dictionaries online und Sands, *Principles of International Environment Law*², als Definitionsquelle, vgl http://en.wikipedia.org/wiki/Global_commons (29.2.2012).

20 Hess/Ostrom, *Understanding knowledge as a commons. From theory to practice* (2006).

2. Die commons in der Güterordnung der klassischen Ökonomie

Nach dieser terminologischen Analyse kann nunmehr untersucht werden, was all diese Interpretationen des Commons-Begriffs miteinander verbindet und was sie tatsächlich hinsichtlich Zugänglichkeit und Gefährdung der betroffenen Güter bedeuten. Das nachstehende Schema 1 ordnet aus der Perspektive der klassischen Ökonomie verschiedene Güter nach einer Skala der Rivalität beziehungsweise „Nutzenunteilbarkeit“,²¹ was auch als Wahrscheinlichkeit der Übernutzung verstanden werden kann, und einer Skala der Ausschließbarkeit. Die Commons-Debatte zusammenfassend lässt sich festhalten, dass alle Güterkategorien außer die privaten Güter von der uneinheitlichen Verwendung des Commons-Begriffs betroffen sind.

Schema 1: Die Repräsentation verschiedener Güter durch die klassische Ökonomie

		<i>Rivalität/Nutzenunteilbarkeit</i>	
		<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Ausschließbarkeit</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Öffentliche Güter</i>	<i>Open-Access-Güter/ Common pool goods</i>
	<i>Hoch</i>	<i>Klubgüter Gebührengüter</i>	<i>Private Güter</i>

Die öffentlichen Güter kann jede/r genießen und nutzen ohne den Gebrauch durch andere einzuschränken, sie sind also nicht rival. Der Konsum der einen hindert andere nicht daran, das Gut ebenso zu konsumieren. Öffentliche Güter sind im Prinzip nicht ausschließend und stehen oft im öffentlichen Eigentum. Da dies aber nicht immer der Fall ist, sind die beiden Begriffe nicht gleichzusetzen. Das Sonnenlicht etwa, ein rein öffentliches Gut, weil nicht ausschließend und nicht rival, steht in niemandes, auch keines Staates, Eigentum. Umgekehrt handelt es sich nicht bei jedem öffentlichen Eigentum um ein öffentliches Gut. So halten viele Staaten Eigentum an stark ausschließenden und hochrivalen Gütern, beispielsweise an Grundstücken.

Im rechten oberen Feld des Schemas sind jene Güter angesiedelt, hinsichtlich derer es nur schwer möglich ist, andere auszuschließen (niedrige Ausschließbarkeit), die aber hoch rival sind. Diese sehr kostbaren Güter unterliegen einem freien Zugang (open access) und laufen Gefahr von Übernutzung und Erschöpfung. Ein Paradebeispiel sind Fische im offenen Meer. Eine Ressource wie Fisch kann leicht überausgebeutet werden, dennoch ist

21 Im Englischen spricht man von „subtractability“. Der Begriff beschreibt, wie sehr der Konsum des Gutes durch eine Person die Möglichkeiten des Konsums durch andere ausschließt, ihnen also Konsummöglichkeit entzieht („subtract“), Anmerkung der Übersetzerin.

es kaum möglich, andere vom Fischfang auszuschließen. Allerdings besteht selbst zu Fisch im offenen Meer mittlerweile kein unbeschränkt offener Zugang mehr, weil unter den Ländern Fischereiquoten vergeben wurden. Das bedeutet, dass Fisch zumindest rechtlich kein Open-Access-Gut mehr darstellt. In der Praxis sind zwar nach wie vor illegales Fischen und – die offiziellen Quoten missachtendes – Überfischen weit verbreitet. Tatsächlich lassen sich heute aber nur noch wenige Güter im Sinne eines gänzlich freien Zugangs dem rechten oberen Feld zuordnen. Während der letzten Jahrhunderte wurden solche Güter vermehrt erschlossen und Gegenstand rechtlicher Aneignungen, womit sie einer anderen Form des Ressourcenmanagements unterstellt wurden.

Im unteren linken Feld sind jene Güter angesiedelt, von denen andere leicht ausgeschlossen werden können und die wenig rival sind: Klub- und Gütergüter. Zu diesen Gütern gehören etwa Mautstraßen, und allgemein Güter, die kaum Gefahr der Überbeanspruchung laufen, aber dennoch von den potentiellen NutzerInnen die Erfüllung bestimmter Bedingungen verlangen, typischerweise eine Geldzahlung, um zum „Klub“ zu gehören. Zu den Klubgütern gehören auch die geschichtlichen commons an Land, weil die commons typischerweise Teil einer bestimmten Personengruppe waren, die als „Klub“ verstanden werden kann.

Diese klassische Güterkategorisierung wird zwar viel verwendet, aber auch grundlegend kritisiert. Die Kritik bezieht sich zunächst auf die Güterbezeichnungen der vier Felder, die direkt mit jeweils unterschiedlichen Eigentumsrechten (property rights) verbunden sind und dadurch den Eindruck erwecken, es gäbe eine „natürliche Verbindung“ zwischen Gütern und Aneignungsregimen. So erscheinen manche Güter als „natürliche“ Open-Access-Güter und andere als „natürliches“ Privateigentum. Tatsächlich werden aber ähnliche Güter in verschiedenen Regelungsregimes verwaltet, was zeigt, dass es keinerlei „natürliche“ Verwaltungs- oder Eigentumsform gibt. Die im Schema hergestellte scheinbar natürliche Verbindung zwischen Gütern und Regelungsregimes impliziert außerdem die Vorstellung, dass manche Güter immer und notwendigerweise bestimmten Regimes unterliegen. Damit bleiben Änderungen der Ressourcen- und Güterverwaltung außer Betracht. Auch bleibt unberücksichtigt, dass sich Güter etwa aufgrund technologischer oder rechtlicher Inputs verändern und damit mehr oder weniger rival oder ausschließend werden können. So wie der Vertrag von Kyoto es technisch einfacher machte, Menschen vom Gebrauch der Luft durch handelbare Emissionsrechte auszuschließen, kann es im Zeitverlauf auch leichter oder schwieriger werden Land zu teilen. Schließlich ignoriert das Schema Güter an der Grenze zwischen den Feldern.

Die Analyse der Dynamik in der Güterklassifikation kann helfen, die Komplexität des Begriffs der „commons“ besser zu verstehen. Umgekehrt können Beispiele seiner Verwendung die Probleme der Güterklassifikation verdeutlichen. So wurde etwa Luft, obwohl es sich dabei im Grunde um ein Open-Access-Gut handelt, traditionell den öffentlichen Gütern zugeordnet. Allerdings führte die Luftverschmutzung zu öffentlichem Bewusstsein darüber, dass der Konsum von Luft weniger teilbar, also rivaler, ist als zu-

Auf der linken Seite des Schemas finden wir Güter der Bereiche Information und Wissen, die heute ebenso als „commons“ bezeichnet werden. Das traditionelle Beispiel für das „information common“ oder „knowledge common“ (Wissensallmende) ist das Internet. Das Internet mag tatsächlich eine der reinsten Formen von Open-Access-Wissen darstellen, weil ein Computer und Internetzugang genügen um virtuell unendlich viele Informationsquellen abzurufen. Allerdings enthält schon diese Beschreibung zwei Einschränkungen. So sind bestimmte technische Voraussetzungen erforderlich und darüberhinaus sind nicht alle Informationen offen zugänglich. Manchmal sind etwa Passwörter erforderlich.

Neben dem Internet als Commons-Form ist das akademische Wissen, beziehungsweise ExpertInnenwissen, zu nennen. Wissen ist in hohem Grade ausschließend, solange es sich auf die Köpfe weniger Personen beschränkt. Ein Beispiel dafür ist das Wissen, das KoautorInnen vor der Publikation ihres Artikels nur untereinander, mit den Peers und den ReviewerInnen der Zeitschrift teilen. Wurde das Wissen veröffentlicht, verschiebt es sich im Schema nach oben, allenfalls in Form teilbeschränkter Information, wie etwa in Volltextbibliotheken, zu denen nur „Klubmitglieder“ (etwa Angehörige einer Universität) Zugang haben. Die Wissens-Commons sind außerdem ein herausragendes Beispiel für den Einfluss von Technologie auf Eigentumsarrangements. So war etwa vor der weiten Verbreitung des Internet der Zugang zu (akademischem) Wissen, selbst nach Publikation, auf Personen mit physischem Zugang zu Fachzeitschriften beschränkt. Auch wenn das Internet zu viel Wissen nur beschränkt Zugang erlaubt, hat es doch allgemein die Zugänglichkeit erheblich erhöht.

Ein weniger modernes, aber dennoch wichtiges Beispiel eines Wissens-Common in Form eines Klubguts sind die Gilden. Einer ihrer wichtigsten Zwecke lag darin, das Wissen über bestimmte Produktionsprozesse innerhalb der Gildenmitglieder zu behalten. Dieses Wissen war daher zwar nicht so exklusiv und ausschließend wie privates Wissen, aber dennoch nicht frei zugänglich.

Die historischen commons stehen hinsichtlich ihrer Ausschließbarkeit auf derselben Stufe wie die Gilden, was allerdings noch nichts über ihre Rivalität aussagt; insofern sind unterschiedliche Grade vorstellbar. Grundsätzlich sind sie freilich verletzlich wie die meisten natürlichen Ressourcen.

Entsprechend dieser Überlegungen finden sich auf der rechten Seite des Schemas die individuellen/privaten Formen von Wissen und natürlichen Ressourcen. Im Falle der natürlichen Ressourcen verweist diese Positionierung auf die Möglichkeit, sie von Individuen als private Güter verwalten zu lassen, im Falle des Wissens auf den (möglichen) individuellen Ursprung von Ideen. So werden Ideen gewöhnlich von Individuen hervorgebracht und dann mit anderen geteilt. Der Pfeil im Schema zeigt diese Entwicklung des Wissens von einer individuellen Idee zu einer von vielen geteilten Information. Da die Rivalität von den jeweiligen Absichten abhängt, die mit dem Wissen verbunden sind (Publikation, Anwendung, Produktion, Patentierung), kann Wissen als solches sich von

der rechten in die linke Seite, also von hoher zu niedriger Rivalität, bewegen. Der für die UrheberInnen veränderliche Wert von Wissen kann eine Bewegung von unten nach oben bewirken. Höchst unwahrscheinlich ist es hingegen, dass Wissen die andere Entwicklungsrichtung einschlägt, weil Wissen, wenn es erst einmal verbreitet ist, nicht mehr zurückgenommen werden kann, abgesehen freilich von der Möglichkeit, dass Wissen über die Zeit und Generationen hinweg verloren geht und von Fällen extremer Formen der Zensur. Dennoch lässt sich allgemein sagen, dass sich Wissen typischerweise in die eine angegebene Richtung entwickelt.

Dies gilt nicht für die commons der natürlichen Ressourcen. Je nach ihrem Wert (und externen Faktoren wie Technologie) kann der Ausschluss anderer mehr oder weniger kostenaufwendig und damit schwieriger oder einfacher werden. Natürliche Ressourcen können sich daher im Schema auf und ab bewegen. Grundsätzlich werden natürliche Ressourcen intensiver abgebaut als sie sich regenerieren, weswegen es eher unwahrscheinlich ist, dass sie im Schema von links nach rechts wandern, selbst wenn manche (wie etwa Gras) sich schneller erneuern als andere (wie etwa Wald) und daher vielleicht vorübergehend weniger stark an Bestand verlieren.

Diese Ausführungen zeigen, wie wichtig unterschiedliche Formen von Institutionalisierung und Selbstverwaltung für die Analyse der verschiedenen Commons-Typen sind. Darin liegt auch die Kernaussage von Elinor Ostroms Arbeit, die außerdem darauf hinweist, dass Institutionalisierung nicht notwendigerweise Privatisierung oder Kollektivierung meint. Historische und gegenwärtige Beispiele zeigen, dass es neben diesen beiden Formen des Ressourcenmanagements ein breites Spektrum anderer institutioneller Arrangements gibt, die effiziente Ressourcenverwaltung garantieren können. Den Begriff der „commons“ für Ressourcen zu verwenden, die weder institutionalisiert noch selbstverwaltet sind, ist hingegen problematisch. Vielmehr sollte ein Hauptaugenmerk darauf gelegt werden, Institutionen für gemeinsames Handeln (collective action) zu entwickeln, wie es auch Ostrom getan hat. Dabei sollte es sich um selbstverwaltete Bottom-Up-Institutionen handeln, im Unterschied zu großen Common Pool Ressourcen ohne klare Verwaltungsstrukturen.

3. Schlussbemerkungen: Zukunft der Commons-Forschung und mögliche Beiträge der Rechtswissenschaften

Dieser Artikel versuchte die Wege nachzuzeichnen, die HistorikerInnen und andere SozialwissenschaftlerInnen in der Commons-Forschung einschlugen. Manche dieser Wege führten in Bereiche, wo die historische Herangehensweise nicht sehr hilfreich erscheint, so etwa hinsichtlich der relativ neuen Herausforderungen, denen die globalen commons gegenüber stehen. Dennoch bleibt die historische Langzeitanalyse eine *conditio sine qua non* um zu verstehen, was auf lokaler und nationaler Ebene mit unseren kostbaren Ressourcen geschehen kann, wenn sie nicht klug verwaltet werden. In unserer Post-

napoleonischen Welt, in der die Unterscheidung zwischen privat und öffentlich zur „normalen“ Unterscheidung zwischen den Gütern geworden ist, haben wir vergessen, dass es auch eine Fülle anderer (weder privater noch öffentlicher) nützlicher institutioneller Arrangements der Selbstverwaltung gibt. In vielen Fällen sind diese Arrangements kosteneffektiver und effizienter als private und öffentliche Lösungen.

Die Analyse der langen Geschichte der commons und anderer Institutionen für gemeinsames Handeln kann helfen, unser Wissen über institutionelle Möglichkeiten der kollektiven Ressourcenverwaltung zu bereichern. Wenn wir unser Wissen über historische und gegenwärtige commons zusammenführen, können wir eine Sammlung von institutionellen Arrangements (sei es aus dem Europa des 17. Jahrhunderts oder dem heutigen Indien) und damit eine institutionelle Toolbox für bestimmte Ressourcen und Kontexte erstellen. Elinor Ostrom²² und Sue Crawford²³ haben mit ihrer „Grammar of Institutions“ insofern einen großen Schritt getan. Ihre Analyse der Regulierung hilft uns zu verstehen, wie Regeln tatsächlich wirken und wie sie sich innerhalb derselben Institution gegenseitig beeinflussen.

Für die Rechtswissenschaft stellt sich hier die Frage, inwieweit diese Grammatik als Ausgangspunkt dienen kann, um einen rechtlichen Rahmen für kollektive Formen des Ressourcenmanagements zu entwickeln. In den meisten europäischen Ländern verlassen sich die BürgerInnen für die Lösung von Kernproblemen der Ressourcenverwaltung auf Staat oder Markt und verfügen kaum (mehr) über Wissen darüber, wie auch durch lokale Bottom-Up-Institutionen Lösungen für nachhaltiges Management lokaler Ressourcen (beispielsweise eines lokalen Parks) entwickelt werden können. Zu dieser Lücke in der kollektiven Erinnerung hinzu kommt das Problem der seit der Zivilrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts mangelnden rechtlichen Untermauerung bestehender Institutionen gemeinsamen Handelns. Neben neuen rechtlichen Perspektiven für lokale Institutionen wäre eine parallele Entwicklung im Hinblick auf jene Ressourcen erforderlich, die gegenwärtig als globale commons bezeichnet werden. Auch wenn die oben beschriebenen Beschränkungen der Verwendung des Commons-Begriffs zu berücksichtigen sind, kann der rechtliche Rahmen für lokale Probleme zumindest als Inspirationsquelle dienen, um einen rechtlichen Rahmen zu entwickeln, der derzeit so dringend benötigt wird, um die über nationale Grenzen hinausgehenden Ressourcen zu regeln.

Dr.^h Tine de Moor ist Associate Professor an der Utrecht University, Knowledge Centre Institutions of the Open Society und Institute for History and Culture, t.demoor@uu.nl

22 Ostrom, Understanding institutional diversity.

23 Ostrom/Crawford, A Grammar of Institutions, The American Political Science Review, Vol. 89, Issue 3, 1995, 582–600.

Die historische Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten?

Allmende in der mitteleuropäischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte

Elisabeth Greif / Karin Neuwirth

1. Begriff und Bedeutung

Der Begriff *Allmende* basiert auf dem althochdeutschen Wort *alagimeinida* sowie dem mittelhochdeutschen *al(ge)meinde* und dem mittelniederdeutschen *allmeene* oder *al-mend*; im bayrisch-österreichischen Raum sind die Synonyme *gemain* und *öllmet* belegt. Damit kommt bereits sprachlich klar die Bedeutung des Gemeinschaftlichen zum Ausdruck. *Allmende umschreibt im dinglichen Sinn gemeinsam nutzbaren Grund und Boden und setzte sich im Normalfall aus Wäldern und Weiden sowie Mooren und Ödland zusammen.* Die historische Allmende war nie Objekt einer sich frei bildenden, beliebigen Menge von Personen, sondern wurde immer einer klar definierten Gruppe an Berechtigten zugeordnet. Demnach kann Allmende nicht im heutigen Sprachsinne als allgemein nutzbares oder offen zugängliches Gut bezeichnet werden. Die Allmende stellte das von den Berechtigten gemeinsam genutzte Land dar; im Gegensatz dazu standen die individuell zuordenbaren Äcker dieser Gemeinschaftsmitglieder oder auch Dritter.

Da die Sachzuordnung des älteren (mittelalterlichen) Rechts, das die Allmende hervor gebracht hat, nicht mit heutigen Rechtsinstituten beschrieben werden kann, sind einige grundlegende Klarstellungen zu treffen: Basis des im fränkischen und späteren deutschen Reich entwickelten, heimischen Sachenrechts war die inhaltliche Differenzierung hinsichtlich beweglicher und unbeweglicher Sachen. Diese Unterscheidung kann jedoch ebenfalls nicht mit heutigen Begriffsgrenzen festgelegt werden. Die sogenannte Entliegenschaft von Grundstücken und Gebäuden oder eine Verliegenschaft von beweglichen Sachen ermöglichte quasi eine „Rechtswahl“ hinsichtlich des jeweiligen Objekts. Weiters zeichnete sich die privatrechtliche Zuordnung von Grund und Boden durch eine starke Vermischung mit herrschaftsrechtlichen – nach aktuellem Rechtsverständnis öffentlich-rechtlichen – Befugnissen aus. Verfügungsmacht über Land verband sich vielfach mit rechtlicher und wirtschaftlicher Herrschaft über jene Personen, die dort ansässig waren (*Lehen bzw Grundherrschaft*). Die „Beherrschten“ wiederum waren im Normalfall nicht völlig rechtlos bezüglich des Grund und Bodens, auf dem sie lebten. Bäuerliches Lehen war beispielsweise in Form von Erbpacht- oder Erbleiheverhältnissen ausgestaltet; die Abgabenlast an

sowie die Arbeitspflichten für den Grundherrn sehr unterschiedlich strukturiert. Herrschaft und Schutzpflichten des Grundherrn bildeten eine Einheit, gegenseitige Abhängigkeiten waren Kennzeichen der Lehensverhältnisse, obwohl sich im Laufe der Zeit eindeutig eine Verfestigung der öffentlich-rechtlichen Machtstrukturen feststellen lässt. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten bedingten im privatrechtlichen Sinn einander teilweise überlappende Berechtigungen: die Akzeptanz einer unmittelbaren oder mittelbaren sowie die Anerkennung einer ideellen *Gewere (Sachzuordnung)* verschiedener Personen an ein und demselben Objekt ermöglichten eine juristische Konstruktion dieser Verhältnisse. Die Kodifikationen des 19. Jh wandelten diese heimischen Rechtsinstitute in ein dem römischen Recht entnommenes Ober- und Untereigentum um bzw fanden in der Konstruktion von Servituten einen brauchbaren Lösungsansatz. Die historische Grundherrschaft war demnach signifikant mehr als bloßes Grundeigentum gewesen.¹

Die typischen sachrechtlichen Zuschreibungskategorien des mittelalterlichen Dorfes stellten neben der *Allmende* (Wälder und Weiden als Gemeinschaftsbesitz) die *Feldflur* (Äcker als Sonder- bzw Einzelbesitz) sowie die bäuerliche *Hofstatt* dar. Der Besitz einer Hofstatt, also einer vollberechtigten Bauernstelle, war üblicherweise wiederum die Voraussetzung für die Berechtigung an der Allmende des Dorfes. Die Allmende-Berechtigten bildeten die Dorfgemeinschaft bzw Markgenossenschaft.² Dorf und Mark wiederum waren Teil einer Grundherrschaft, die Allmende-Berechtigten unterstanden als Einzelne der Patrimonialgewalt des adeligen oder kirchlichen Grundherrn.

Das Rechtsinstitut der Allmende war nicht auf den ländlichen Raum beschränkt: sogenannte Stadt-Allmenden dienten dem gleichen Zweck wie Dorf-Allmenden, einer gemeinsamen agrarischen Nutzung von Liegenschaften des städtischen Umlandes durch eine Gruppe von Berechtigten. Städtische Gemeinschaften zeichneten sich jedoch wie die Stadtherrschaft allgemein durch selbstorganisiertes, auf bürgerlicher Freiheit beruhendes Agieren aus; eine grundherrschaftliche Bindung war damit unbekannt, Eingriffe des Landesherrn jedoch nicht ausgeschlossen.

2. Zugang zur Allmende-Gemeinschaft

Die *Voraussetzungen, Gemeinschaftsmitglied zu werden*, waren historisch regional unterschiedlich ausgestaltet und unterlagen im Laufe der Zeit Änderungen. Üblicherweise

1 Ausführlich *Rösener*, Grundherrschaft, HRG II², Sp 581-589.

2 Die Abgrenzung zwischen *Mark*, *Dorf* und *Allmende* ist in der historischen Literatur schwierig, weil die Begriffe oftmals synonym verwendet wurden. Während sich die Unterscheidung zwischen Markgenossenschaft und Dorfgemeinschaft nach jüngerer Forschung wohl am ehesten auf die Größe bezieht – die Mark besteht in der Regel aus mehreren Dörfern –, steht die Allmende eher für die sachenrechtliche Beschreibung der Gemeingüter bzw den Nutzungsrechten daran. Demnach verfügt eine Dorfgemeinschaft über eine Allmende, die Markgenossenschaft über mehrere Allmenden der jeweiligen Dörfer. Vgl *Schildt*, Allmende HRG I², Sp 169-180. Die Bezeichnung der Allmende als *ungetheilte Feld- und Waldmark* findet sich insbesondere bei *Maurer*, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt³ (1966, Neudruck der Ausgaben von 1854 bzw 1896 mit einem Nachwort von *Dickopf*) passim, insbes 279.

war Allmende-Nutzung von der Innehabung einer Hofstatt im Dorf abhängig, konkret wurden dann weitere Anforderungen wie etwa eheliche Geburt, Unbescholtenheit oder ein Mindestalter gestellt. In einigen Gemeinden wurde die Allmendebeteiligung nicht nach Real- sondern Personalprinzip ausgestaltet; nicht die Hofstatt sondern die Zugehörigkeit zu einer alteingesessenen Familie war ausschlaggebend. Die Allmendemitgliedschaft konnte durch einen expliziten Aufnahmeakt begründet werden oder erfloss ohne besonderes Zutun automatisch aus den genannten Bedingungen; sie war allenfalls erblich oder durch eine Art Ersitzung (ungestörte Teilhabe an der Gemeinschaft) zugänglich. De facto ist bei der Frage der Berechtigung jeweils an das männliche Oberhaupt einer Familie (Muntwalt) zu denken. Von welchen Familienmitgliedern oder Gesindeangehörigen die konkrete Arbeit (Nutzung) ausgeübt wurde, blieb davon unabhängig; diese Personen wurden dem Berechtigten Kraft personen- bzw familienrechtlicher Stellung zugerechnet. Mit wachsenden Bevölkerungszahlen und sich verknappenden Gütern wurde der *Zugang zur Allmende restriktiver*. Insbesondere durch Wahrung des Personalberechtigungsprinzips konnten Zuzügler_innen von der Berechtigung an einer Allmende ausgeschlossen werden. Andererseits sind historisch auch Nutzungsberechtigungen für Inhaber_innen von Kleinbauernstellen sowie Tagelöhner_innen belegt. Für diese war die Nutzung der Allmende oft von extremer wirtschaftlicher Bedeutung und wohl teilweise überlebenssichernd, weil der Eigenbesitz ertragsmäßig zu klein war oder die agrarische Nebenbeschäftigung notwendiges Zusatzeinkommen darstellte. Streitigkeiten um die Mitgliedschaft in der Allmende dürften oftmals Ausdruck sozialer Spannungen gewesen sein, genauso Streitigkeiten um die Art der Ausübung der Nutzungsberechtigung. Entschieden wurden diese Konflikte entweder von genossenschaftlich besetzten Dorf- oder Markgerichten (Versammlung aller Berechtigten, Märkerding) oder von der grundherrschaftlichen Patrimonialgerichtsbarkeit.

3. Nutzung und Nutzungsbeschränkungen

Umfang und Art der Nutzung der Allmende waren entscheidend für eine wirtschaftliche Absicherung der Gemeinschaft. Hoferhaltung, Äckerbewirtschaftung und Allmendennutzung bedingten einander wechselseitig; Überbeanspruchung durch Einzelne gefährdete die gesamte Gemeinschaft. *Aus Nachhaltigkeits- und Gerechtigkeitsüberlegungen waren daher Reglementierungen und Limitierungen der Allmendennutzung üblich; eine die Substanz beeinträchtigende oder gefährdende Ausübung war unzulässig.* Durch Flurzwang wurden bestimmte Fruchtfolgen und zeitlich koordinierte Arbeiten auf den Feldern durchgesetzt, was wiederum eine einheitliche bzw erleichterte Allmendennutzung ermöglichte (etwa den Weidegang über brache Felder). Weiderechte beispielsweise wurden auf eine bestimmte Anzahl von Vieh oder eine beschränkte Dauer festgelegt. Schwieriger stellte sich die Situation bei stark verbrauchender Nutzung dar (Abbau von Gestein, Sand oder Lehm; Jagd oder Fischfang; Wasserentnahme). Genauso mussten

Fragen der Beitragspflichten geklärt sein, wenn es um die notwendige, gemeinschaftliche Erhaltung von Straßen und Wegen oder sonstiger Anlagen (Brunnen, Backhäuser) auf Allmende-Grund ging.

Der Wald diente der Versorgung mit Brenn- und Bauholz, teilweise der Ernährung von Mensch und Vieh sowie der Jagd.³ Ein freies *Jagdrecht* existierte bis etwa ins 7. Jh hinein; bis ins 13. Jh wurden von Herrschaftsseite immer mehr Wälder mit sogenannten Wildbannrechten belegt und diese mittels Privilegien verliehen oder verschenkt. Die betroffenen Bauern litten sowohl unter dem Entfall der Jagdmöglichkeit als auch unter der oftmals entstehenden Wildüberpopulation. Die Tiere zerstörten dann auf Nahrungssuche umliegende Felder, welche die Bauern aber nicht einfrieden durften, um Treibjagden nicht zu behindern. Die mit der Jagd in Zusammenhang stehenden Probleme wuchsen sich zu regelrechten Standeskämpfen aus. Ab dem 13. Jh musste die Jagdberechtigung zunehmend als integraler Teil der grundherrschaftlichen Befugnis akzeptiert werden; teilweise kam es zu einer Teilung in eine Hohe Jagd, die dem Landesfürsten verblieb, sowie eine Niedere Jagd, die dem Grundherrn zukam. Vereinzelt hielten sich aber auch bäuerliche Jagdrechte.

Die Situation für die bäuerliche Bevölkerung verschlechterte sich, als immer mehr Bauholz benötigt wurde, und die Landesfürsten vermehrt von einem Allmende-Regal Gebrauch machten, dh durch obrigkeitliche Rechtsakte in Umfang und Nutzungsmöglichkeiten der *Allmende-Wälder* eingriffen bzw die Nutzung von der jeweiligen ausdrücklichen Genehmigung durch den Landesherrn abhängig machten. Aber auch die Allmende-Berechtigten konnten gestalterisch wirken und bisherige Usancen und Vereinbarungen ändern. So wurden Allmendeteile an Außenstehende oder Einzelne aus dem Kreis der Berechtigten veräußert sowie *entgeltliche oder zeitlich befristete Sondernutzungsrechte* durch Einzelne vereinbart. Dies geschah insbesondere anlässlich einer sich zunehmend ausdifferenzierenden Landwirtschaft (Beginn von Wein- und Obstbau) und einer intensiveren Pflege und Nutzung der Flächen. Allmende-Nutzung konnte auch durch gemeinschaftliche Verpachtung oder sonstige Verwertung unter Aufteilung des Erlöses erfolgen; die Berechtigten teilten den Gewinn, nutzten jedoch die Flächen nicht mehr selbst.

4. Allmende als altgermanische Genossenschaft

Die Allmende als gemeinsamer Teil der markgenossenschaftlichen Wirtschaftseinheit stand im Fokus der stark historisierenden juristischen Forschung des 19. Jh, die die altgermanischen Genossenschaften sowohl zum Ausgangspunkt der Staatenentstehung als auch der Entwicklung des Privateigentums machen wollte. Aber selbst die Entstehung der Markgenossenschaft kann nicht eindeutig nachgewiesen werden: ob sie ur-

3 *Kobl*, Jagd- und Fischereirechte, HRG II², Sp 1341–1348.

germanischen oder mittelalterlich-fränkischen Ursprungs ist, entzieht sich der Beurteilung. Auch die Formenvielfalt der Genossenschaften lässt kaum eindeutige Schlussfolgerungen zu; Allmende-Regal und Grundherrschaft führten auch hier zu immer restriktiveren Bindungen, die Genossenschaft als freie Selbstverwaltungsorganisation dürfte allenfalls in einer sehr frühen Phase Realität gewesen sein. Die oftmals beliebig herangezogenen Quellen führten nicht nur zum Streit zwischen den Gelehrten und Fachrichtungen, sondern auch zu widersprüchlichen Aussagen und Schlussfolgerungen einzelner Autor_innen selbst.⁴ Ob die Entstehung eines Eigentumsverständnisses erst durch die Absonderung von Eigenbesitz aus einem in ursprünglicher Gemeinschaftsnutzung stehenden Genossenschaftsvermögen möglich ist, oder ob nicht die Idee eines Gemeinschaftseigentums selbstredend auch jene der Einzelberechtigung mit umfasst, scheint eine Henne-oder-Ei-Frage zu sein.

Gut belegt sind die Organisationsstrukturen der Markgenossenschaften sowie die Existenz eigener *Funktionsträger zur Überwachung der Markgerechtigkeit und Bestrafung von Markfrevel, worunter auch die Allmende betreffende Streitigkeiten fielen*. Der Versammlung der Mitglieder, dem Märkerding, kann sowohl gerichtliche als auch quasisgesetzgeberische Funktion zugeschrieben werden; die laufende Kontrolle lag in der Hand der Markbeamten bzw Märkermeister. Mit Erstarken der Grundherrschaften ging aber auch hier die Entwicklung weg von gewählten hin zu bestellten (adeligen) Funktionsträgern, die ihr Amt schließlich vererbten.

5. Aufhebung der Allmenden

Die Geschichte der Allmende, so *Bader*, sei schon immer die ihrer Abschaffung bzw Aufteilung gewesen.⁵ In zahllosen Rechtsstreitigkeiten um die Allmende kollidierten die Nutzungsinteressen der einzelnen Berechtigten mit den Interessen der Dorfgemeinde oder anderer Nutzungsverbände. Die bäuerliche Dorfgemeinschaft war nicht nur bestrebt, das Allmendeland zu erhalten, gegen Eingriffe von außen abzuschirmen und Nichtberechtigten die Nutzung zu verwehren, bedroht wurde die Nutzungsreserve, die die Allmende darstellte, auch von innen durch die ständige Gefahr der Übernutzung. Seit dem ausgehenden Mittelalter bestand der genossenschaftliche Gebrauch der Allmende im Wesentlichen aus der *gesamthänderischen Nutzung von Wäldern und Wiesen*. In dem Maße, in dem die Bedeutung der Städte zunahm, wurde die Allmende zum Eigentum der Dorfgemeinschaft; dies ermöglichte es auch, zur Sanierung der Gemeindegassen oder sonstigen Zwecken Allmendegut an den Staat oder Privatpersonen zu veräußern. Die neuzeitliche Entwicklung ermöglichte es ferner, dass die Allmende auf Antrag einzelner Gemeindeglieder in Privateigentum aufgeteilt wurde.

4 Mit zahlreichen Hinweisen zum Forschungsstreit und der Literatur *Wernli*, Markgenossenschaft, HRG III, Sp 302–316. Vgl auch die einleitenden Bemerkungen zum Forschungsstand bei *Schildt*, Dorf, HRG I, Sp 1120.

5 *Bader*, Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf III (1973) 189.

Da Holz für den Bergbau, insbesondere für die Gewinnung von Salz, dringend benötigt wurde, verstärkten sich seit dem 16. Jahrhundert die Tendenzen, die Nutzung der Wälder einer generellen, territoriumsübergreifenden Regelung zuzuführen. Dies führte zu einer Fülle obrigkeitlicher Wald- und Forstordnungen, die einem drohenden Holzangel entgegenwirken sollten. Zugleich dienten sie landesherrschaftlichen Machtansprüchen und versuchten, althergebrachten Nutzungen der bäuerlichen Bevölkerung, der ein wenig schonender und substanzverschwendender Umgang mit dem Wald vorgeworfen wurde, einzudämmen. Staatliche Forstordnungen stellten allerdings keine Vorläufer der Naturschutzgesetzgebung dar, sondern sicherten Nutzungsmöglichkeiten und entsprachen damit fiskalischen Interessen. Damit verbunden war eine Einschränkung auf bestimmte Nutzungen.⁶

Neue Formen der Agrarproduktion, die durch die Allmende behindert wurden, sowie die zunehmende Substanzbedrohung der häufig zu intensiv genutzten genossenschaftlichen Weideflächen führten schließlich im Verlauf des 18. und 19. Jahrhunderts zur *Aufhebung der Allmende im Rahmen der Bauernbefreiung und der Agrarreformen*. Obgleich die Lösung der Bauern aus ihrer vielfachen herrschaftlichen Abhängigkeit sowie die Auflösung grundherrschaftlicher Verhältnisse im Mittelpunkt dieser Entwicklungen stand, umfassten sie auch die Aufteilung der Allmendeflächen und die Beendigung genossenschaftlicher bäuerlicher Wirtschaftsweisen. Während noch 1767 die Dorfobrigkeiten angesichts des „schlecht[en] Stand[es] aller, oder doch der meisten Gemeinweiden“ zur Verbesserung derselben angehalten wurden,⁷ ordnete Maria Theresia bereits ein Jahr später für die böhmischen und österreichischen Länder die Aufteilung der Allmendeweiden an, da „die üble Nahrung des Hornviehes auf den Gemeinweiden“ sowie „die Vermischung des erkrankenden mit dem gesunden Viehe“ sie zu Seuchenherden mache.⁸ Gemeinschaftlich genutzte Flächen sollten dem aufklärerischen Ziel einer Verbesserung der Landeskultur und einer intensiveren Nutzung des Bodens weichen. Gebirgige und forstmäßige Weiden sowie solche in Waldungen blieben vorerst von einer Teilung ausgenommen; sumpfige Weiden waren zuerst trocken zu legen und dann zu teilen.⁹ Mit der Aufteilung der genossenschaftlichen Nutzungsflächen veränderten sich die dörflichen Besitz- und Machtverhältnisse, es kam zu einer weiteren Differenzierung innerhalb der bäuerlichen Schichten: während die Inhaber vollberechtigter Bauernstellen einen Besitztzuwachs verzeichnen konnten, büßten die Angehörigen unterbäuerlicher Schichten ihre schon zuvor deutlich eingeschränkte Teilhabe an den Allmendeflächen ein. Dort, wo jene an den betreffenden Landflächen beteiligt waren, wurde auch in die Rechte der Grundherren eingegriffen. Die *Idee freien Privateigentums* vertrug sich we-

6 Ausführlich *Pallauf/Putzer* (Hrsg), Die Waldordnungen des Erzstiftes Salzburg (2000).

7 Verordnung vom 5. Oktober 1767, Nro. 958.

8 Patent vom 5. November 1768, Nro. 1064.

9 Erläuterung vom 23. August 1770, Nro. 1225.

der mit genossenschaftlichen Elementen, noch mit grundherrlichen Beschränkungen. Im Zuge der Bauernbefreiung sollten sowohl Erbuntertänigkeit mit dem System der Schollenpflichtigkeit, des Gesindezwangs, der Loslassungs- und Ablösungsgelder sowie die Erscheinungsformen des gebundenen Grundeigentums beseitigt werden. Der Erwerb von Grund und Boden sollte nur mehr im Gemeinwohl eine Schranke finden.¹⁰ Gänzlich aufgehoben wurde die Grundherrschaft jedoch erst 1848¹¹, die Grundentlastung, die den Bauern zwanzig Jahre lang die Zahlung eines Drittels ihrer bisherigen Pflichten auferlegte und die Grundherrn somit fast vollständig entschädigte, war 1857 im Wesentlichen abgeschlossen.

6. Die Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten?

Versteht man Commons in der aktuellen Debatte als Gemeingüter, zu denen alle gleichberechtigten Zugang haben, so ergeben sich grundlegende Unterschiede zur historischen Allmende. Die Organisation der Allmende war keineswegs egalitär oder autonom, sondern geprägt durch *vielfältige Herrschaftsverhältnisse*, die zwischen Berechtigten und Nichtberechtigten unterschieden. Auch innerhalb der geschlossenen Gemeinschaft der Allmendeberechtigten bestanden *sozial abgestufte Rechte*. Die Nutzungsregelungen der Allmende wurden zwischen Grundherren und Gemeinden ausverhandelt. Friktionsfrei ist die Allmende nie gewesen. Was über die Geschichte ihrer Nutzung bekannt ist, beruht zum größten Teil auf Aufzeichnungen über Rechtsstreitigkeiten um die Allmende. Im Unterschied zu einem Gemeingut stellte die Allmende als Gemeineigentum eine Form des kollektiven Eigentums dar. Durch die Privatisierung des Gemeindelandes entstand eine Fülle neuer Probleme, die teils sozialer und ökonomischer, teils technischer Natur waren und zu einer umfassenden Umstellung der landwirtschaftlichen Nutzungsformen führten. Wenngleich die Allmende nicht als Überrest eines frühen „Urkommunismus“ missdeutet und die „basidemokratische“ bäuerliche Selbstregulierung nicht überschätzt werden darf, diente sie doch bis zu einem gewissen Grad als Subsistenzbasis der bäuerlichen Unterschichten.¹²

Ass.Profⁱⁿ Dr^m Elisabeth Greif und Dr^m Karin Neuwirth, bis 2010 Mitarbeiterinnen am Institut für Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte, nunmehr am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz; elisabeth.greif@jku.at und karin.neuwirth@jku.at

10 Ausführlich *Floßmann*, Eigentumsbegriff und Bodenordnung im historischen Wandel. Ein Beitrag zum Rechtsverständnis der konstitutionellen Eigentumsgewährleistung des 19. Jahrhunderts (1976) insb 46 ff.

11 Patent vom 7. September 1848, JGS 1848/1180.

12 Ausführlich *Sieferle*, Wie tragisch war die Allmende? GAIA 1998, 304 ff.

Vom Gemeingut zu Eigentum und Ware: Eine Gegenüberstellung rechtlicher Grundstrukturen der historischen Gemeingüter und des modernen Eigentums

Judith Schacherreiter

Property is secure only when the commons come to an end.¹

1. Einleitung

Die moderne Konzeption des Eigentumsrechts in Form eines menschen- und verfassungsrechtlichen Schutzes einerseits und einer zivilrechtlichen Definition und Regelung der Rechte des Eigentümers andererseits steht historisch in engem Zusammenhang mit der Auflösung feudaler Agrarstrukturen durch die Bodenbefreiung. Im Zuge dieser Umwälzungen wurden auch die gemeinschaftlichen Landnutzungsformen der Allmende abgeschafft. Die Bodenbefreiung mündete in ein einheitliches und abstraktes Eigentumskonzept, dem nunmehr auch alles Land unterlag, und das die mittelalterliche Zweiteilung des Sachenrechts zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht aufhob. Das Eigentum wurde zur rechtlichen Basis der neuen Bodenordnung des modernen Europa und blieb es bis heute.

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die historischen Gemeingüter dem modernen Eigentumskonzept gegenübergestellt und die grundlegenden rechtssystematischen und -konzeptionellen Unterschiede analysiert. Zentrale These ist, dass das Gemeinschaftsland Teil einer Bodenordnung war, die Land nicht als Ware, sondern als Gegenstand unterschiedlicher Nutzungsformen behandelte und dementsprechend nicht Eigentums- sondern Nutzungsrechte zuteilte und regelte. Dem Eigentumsrecht hingegen geht es weniger um die konkrete Nutzung der Dinge, sondern primär um ihre Zirkulation als Waren. Daher bezieht sich das moderne Sachenrecht auf abstrakte Sachen, nicht auf konkrete Dinge, auf eine absolute und abstrakte Sachherrschaft und nicht (jedenfalls nicht vorrangig) auf konkrete Möglichkeiten des Gebrauchs. Somit handelt es sich beim historischen Gemeingut nicht – auch wenn dies teilweise begrifflich vermengt wird – um Gemeinschaftseigentum. Das Gemeingut definiert sich weder durch individuelle noch durch gemeinschaftliche abstrakte Eigentums-, sondern durch konkrete Nutzungsrechte.

1 *Thompson, Custom, Law and Common Right*, in: *Thompson, Customs in Common* (1991) 97 (165).

Diese Abgrenzung der historischen Gemeingüter gegenüber dem Eigentumskonzept soll dazu beitragen, den mittlerweile für viele unterschiedliche Phänomene verwendeten und dadurch teilweise unscharf gewordenen Begriff der Gemeingüter² auf rechtlicher Ebene zu präzisieren. Gleichzeitig soll die moderne Konzeption des Eigentumsrechts als Gegenpol der Gemeingüter kritisch reflektiert werden.

2. Die Gemeingüter als Teil einer eigentumslosen Bodenordnung

Bei den historischen Gemeingütern handelte es sich um Land, das in der feudalen Agrarordnung der gemeinschaftlichen Nutzung von Bauern und Bäuerinnen unterlag, und im deutschen Sprachraum als Allmende bezeichnet wurde.³ Als Teil der feudalen Bodenordnung waren diese Gemeingüter in ein sachenrechtliches Regime eingebettet, das streng zwischen Fahrnis und Liegenschaften unterschied. Während die umfassende Herrschaft eines Menschen über bewegliche Sachen, vor allem über persönliche Gebrauchsgegenstände, seit alters her bekannt war und sich bereits zu Sondereigentum verfestigte, blieb es hinsichtlich der Liegenschaften bei einer Vielzahl lokal unterschiedlicher und in Bezug auf dieselbe Sache gleichrangig nebeneinander bestehender Nutzungsrechte, die sich vom Konzept einer unteilbaren, ausschließenden, höchsten und absoluten Sachherrschaft so stark unterschieden, dass sie kein einheitliches Eigentumskonzept für bewegliche und unbewegliche Sachen zuließen. Das mittelalterliche Sachenrecht unterlag daher einer systematischen Zweiteilung in ein Liegenschafts- und ein Fahrnisrecht, die so grundlegend war, dass sie „bis an das Wesen des dinglichen Rechts heranreichte“.⁴ Daraus ergibt sich die Frage, um welche Art von Rechten es sich im Bereich des Liegenschaftsrechts handelte, und wie sich diese Rechte „in ihrem Wesen“ von den Eigentumsrechten an beweglichen Sachen unterschieden. Anknüpfend an diese Frage kann schließlich die Rechtsnatur der historischen Gemeingüter näher bestimmt werden.

Zunächst ist wesentlich, dass das Liegenschaftsrecht einerseits in die hierarchischen Strukturen von Lehenswesen und Grundherrschaft und andererseits in die kommunalen Sozialbindungen des Familienverbands und der Dorfgemeinschaft eingebettet war. Das Liegenschaftsrecht war sogar unmittelbarer sachenrechtlicher Ausdruck der feudalen Agrarverfassung.⁵ Mehreren Berechtigten kamen gleichzeitig in Über-, Unter- und Nebenordnung verschiedene Nutzungsrechte am selben Stück Land zu, die sich einer abstrakten Vereinheitlichung durch einen allgemeinen Eigentumsbegriff verschlossen.⁶

2 Zur Entwicklung und Verwendung der Begrifflichkeit vgl. *De Moor*, Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer Annäherungen an die commons, in diesem Heft.

3 Vgl. *Greiff/Neuwirth*, Die historische Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten? Allmende in der mitteleuropäischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, in diesem Heft.

4 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ (2008) 131, 141 f. (Zitat bei 142).

5 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 142 ff, 158; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band I: Älteres Gemeines Recht – 1500 bis 1800 (1985) 352 ff, insb 364 f.

6 *Floßmann*, Eigentumsbegriff und Bodenordnung im historischen Wandel. Ein Beitrag zum Rechtsverständnis der konstitutionellen Eigentumsgewährleistung des 19. Jahrhunderts (1976) 36.

Dazu kam, dass die konkrete Ausgestaltung dieser Rechte je nach lokalem Gewohnheitsrecht stark divergierte.⁷ Daher argumentiert Bader, dass die „ältere Agrarverfassung, mindestens diejenige der von germanischen Rechtsvorstellungen berührten Welt, [...] den Begriff des Eigentums in unserem modernen, juristischen Sinne nicht [kannte]. Man ging nicht von einem abstrakten Eigentumsbegriff, sondern von konkreten Formen und Möglichkeiten der Liegenschaftsnutzung aus.“⁸

Diese starke Orientierung an den konkreten Formen der Landnutzung und der konkreten materiellen Funktion des Landes (als Wiese, Wald etc) ist Ausdruck einer Gesellschaft, in der Land noch keine Ware war. Denn erst dann, wenn Land wirtschaftlich primär eine Ware darstellt und als solche auf einem Markt zirkulieren soll, dann kommt es rechtlich (jedenfalls zivilrechtlich) nicht mehr primär auf seine materiellen Eigenschaften und konkrete Nutzung an, sondern auf den davon abstrahierten Tauschwert, dem rechtlich der abstrakte Eigentumsbegriff entspricht.⁹

Die Sonderstellung des Liegenschaftsrechts setzte sich auch gegen die Rezeption des römischrechtlichen Eigentums durch. Das römische Recht hatte das Eigentum als rechtliche Vollherrschaft an die Spitze aller Sachenrechte gesetzt und daneben nur beschränkte, dem Eigentum nachgeordnete und von diesem abgeleitete Rechte gewährt,¹⁰ wobei allerdings auch die altrömische Ordnung Grund und Boden wesentlich anders behandelte als die Fahrnis und Land nicht dem Individualeigentum unterstellte.¹¹ Dennoch wurde im Zuge der mittelalterlichen Rezeption des römischen Rechts versucht, dieses Eigentumskonzept auf Grund und Boden zu übertragen. Um es der feudalen Bodenordnung anzupassen, entwickelte die gemeinrechtliche Theorie das Konzept des geteilten Eigentums.¹²

Man unterschied zwischen dem Obereigentum (*dominium directum*) des Lehns- bzw Grundherren einerseits und dem Untereigentum (*dominium utile*) des Vasallen bzw Bauern andererseits. Auch eine Pyramide von mehreren Ober- und Untereigentümern war entsprechend der mittelalterlichen Lehenspyramide möglich, wobei das höchste Obereigentum beim Monarchen verblieb.¹³ Das Untereigentum der beliebigen Bauern bestand

7 Coing, Europäisches Privatrecht I 348, 362 f, 365 f.

8 Bader, Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf (1973) 1 f, vgl auch 6 ff.

9 Zum Verhältnis zwischen zivilrechtlichem Eigentum, Warencharakter und Tauschwert Correas, Introducción a la crítica del derecho moderno (2006) 32 und Correas, La propiedad: Reflexiones sobre la propiedad en el mundo indígena, in: Correas, Pluralismo Jurídico: otros horizontes (2007) 121; dazu näher unten, am Ende von Abschnitt 3.

10 Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 156 f; Floßmann, Eigentumsbegriff 38 f.

11 Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, in: Kaser/Kreller/Kunkel, Forschungen zum Römischen Recht² (1956) 224 ff; Mayer-Mali, Römisches Recht² (1999) 61.

12 Floßmann, Eigentumsbegriff 38 f.

13 Allgemein Hedemann, Die Entwicklung des Bodenrechts von der Französischen Revolution bis zur Gegenwart. 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht, in der Reihe: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert (1930) 3 ff, und Coing, Europäisches Privatrecht I, 350, 354, 356, 358 f, 373, 385, 409; vgl weiters Welkoborsky, Die Herausbildung des bürgerlichen Eigentumsbegriffs, in Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky, Eigentum und Recht. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus (1976) 11 (15 zu Frankreich und 47 zu Preußen); zur deutschen und österreichischen Rechtsgeschichte Floßmann, Eigentumsbegriff 34 f und Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 167 f.

in direkten Gebrauchs- und Nutzungsrechten, die im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgestaltet waren, das Obereigentum des Grundherrn in mittelbaren Nutzungsrechten mit Ansprüchen auf Natural-, Geld- und Dienstleistungen.¹⁴ Zusätzlich kamen dem Grundherren oft Gerichts- und Leihherrschaft über seine gutsuntertänigen Bauern und Bäuerinnen zu.¹⁵ Diese aus heutiger Sicht teils öffentlichrechtlich teils privatrechtlich zu qualifizierenden Rechte wurden in der mittelalterlichen Bodenordnung noch nicht als solche unterschieden. Herrschaftsrechte über Land als Territorium und die auf ihm lebende Bevölkerung verschränkten sich durchgängig mit Verfügungs- und Nutzungsrechten.¹⁶ Darin liegt ein weiterer Unterschied gegenüber der heutigen Eigentumsordnung, die zwischen einer öffentlichrechtlichen (staatlichen) und einer zivilrechtlichen (privaten) Sphäre unterscheidet, wobei nach der klassischen liberalen Vorstellung das Eigentum im öffentlichrechtlichen Bereich als Institution geschützt und garantiert und im privatrechtlichen Bereich durch Marktmechanismen dem Rechtsverkehr unterworfen wird. Seine konkrete Verteilung ergibt sich aus diesen Marktmechanismen und privatrechtlichen Institutionen.

Die feudale Hierarchie implizierte nicht nur für die Untereigentümer, sondern auch für die Obereigentümer Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen, wodurch Land insgesamt weitgehend dem freien Verkehr entzogen wurde. Den Untereigentümern war es kaum bis nicht möglich, über „ihren“ Boden frei zu verfügen, umgekehrt beschränkten die Rechte der Unter- jene der Obereigentümer. So waren die Grundherren generell nicht berechtigt, die auf „ihrem“ Land den Bauern in Form von Untereigentum zukommenden Landflächen an sich zu ziehen.¹⁷ Die Verfügungsfreiheit wurde außerdem durch spezifische Vorschriften für adliges Land beschränkt, das nur an Adlige weiterveräußert werden durfte.¹⁸ Dies war Ausdruck eines allgemeinen Strukturmerkmals feudaler Rechtssysteme: Recht war nicht für alle gleich, sondern differenzierte je nach persönlicher Position in der Lehenspyramide. Ober- und Untereigentum unterscheiden sich daher – obwohl sie den Begriff „Eigentum“ enthalten – grundlegend vom römischrechtlichen und unserem modernen Eigentumsrecht. Dessen Rezeption blieb im Bereich der Bodenordnung an der Oberfläche, weil ihr die tief verwurzelten lehensrechtlichen, gutherrlichen und familienrechtlichen Bindungen entgegenstanden.¹⁹ Grundsätzlich wurde auch nach der Rezeption weiterhin in Nutzungs- und gerade nicht in Eigentumsrechten gedacht, weswegen die Verwendung des Begriffs „Eigentum“ im Kontext der feudalen Bodenordnung missverständlich ist.²⁰

14 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 205 f.

15 *Rösener*, Bauern im Mittelalter⁴ (1991) 216, 222; *Welkoborsky* in *Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (45 ff).

16 Zur Verschränkung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Aspekten in der feudalen Bodenordnung auch *Hedemann*, Entwicklung des Bodenrechts 15 f.

17 Allgemein *Coing*, Europäisches Privatrecht I, 373; zu Frankreich *Welkoborsky* in *Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (13); zu Preußen *Hedemann*, Entwicklung des Bodenrechts 6.

18 *Hedemann*, Entwicklung des Bodenrechts 6 f, 9; *Coing*, Europäisches Privatrecht I, 358 f, 364.

19 *Floßmann*, Eigentumsbegriff 40; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 157.

20 *Bader*, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 1 f, 6 ff.

Neben der hierarchischen Polarität zwischen Bauer/Bäuerin und Grundherr waren für die mittelalterliche Bodenordnung der Familien- und Dorfverband prägend, was sich im Nebeneinander von individualrechtlicher und kollektiv-gemeinschaftlicher Landnutzung niederschlug. Floßmann differenziert dbzgl zwischen „gemeinschaftlichem Eigentum“ und „Sondereigentum“.²¹ Aus den ausgeführten Gründen ist es aber besser, im Kontext der mittelalterlichen Bodenordnung den Eigentumsbegriff zu vermeiden. In diesem Sinne schreibt auch Bader, dass es beim Gegensatz zwischen individueller und kollektiver Nutzung nicht um verschiedene Eigentumsarten geht, sondern um das Verhältnis zwischen Einzelgut und Gesamtgut bzw zwischen bäuerlicher Besitzeinheit und Allmende.²² Selbst bei den als „Eigen“ bezeichneten Liegenschaftsteilen, die in Sondernutzung der einzelnen Familien standen, weitgehend individuell genutzt wurden und primär Haus, Hof, Garten und die für die Hauswirtschaft nötige Ackerflur umfassten,²³ handelte es sich nicht um Eigentum im Sinne moderner Zivilrechtskodifikationen, sondern um Eigennutzungsrechte an Land.²⁴

Die Feldflur (Gesamtfläche der zum Ackerbau bestimmten Felder) war grundsätzlich in kollektive Strukturen und Bewirtschaftungsformen eingebunden und stand nur ausnahmsweise in individueller Sondernutzung.²⁵ Typischerweise unterlagen diese Landflächen dem Bewirtschaftungszwang und bestimmten Bewirtschaftungsordnungen wie etwa der Dreifelderwirtschaft.²⁶ In der hier besonders interessierenden Allmende, also den von den Dorfbewohnern und -bewohnerinnen gemeinschaftlich genutzten Wald- und Weideflächen, kam das kollektive Moment am stärksten zum Ausdruck.²⁷ Auch die Allmende stand als Nutzfläche zur Verfügung und war nicht Gegenstand von Eigentumsrechten, auch nicht von gemeinschaftlichen Eigentumsrechten. Der/die einzelne Dorfbewohner/in hatte an der Allmende keinen „Eigentums-“, sondern vielmehr einen „Nutzanteil“. Die Allmende sollte daher nicht als Gemeinschafts„eigentum“, sondern besser schlicht als „Gemeingut“ bezeichnet werden; in der Literatur ist auch von „Gemeinheit“ und „Gemeinland“ die Rede.²⁸ Wenn sie gegen Ende ihrer Geschichte bereits teilweise wie Eigentum veräußert wurde,²⁹ so macht sich darin lediglich ihr Untergang, aber kein Charakteristikum bemerkbar. Dasselbe gilt für das englische Pendant der Allmende, die *commons*. Den englischen Bauern und Bäuerinnen kamen neben den Rechten an ihren individuellen Parzellen gemeinschaftliche Nutzungsrechte an Weideland, Wald, Brachland und Ackerflächen zu.³⁰ Auch diese Rechte sind nicht als *property*

21 Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 156.

22 Bader, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 4.

23 Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 131, Fn 1.

24 Bader, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 5 f, 52 f.

25 Bader, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 5, 93 ff.

26 Rösener, Bauern im Mittelalter⁴ 129 f.

27 Bader, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 5; Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 131, Fn 1.

28 Bader, Rechtsformen der Liegenschaftsnutzung 3, 5, 10 f.

29 Vgl dazu Greiff/Neuwirth, in diesem Heft.

30 Neeson, Commoners: Common Right, Enclosure and Social Change in England, 1700-1820 (1996) 1 f, 18.

rights am Land selbst, sondern als gemeinschaftliche Nutzungsrechte, zu verstehen. In diesem Sinne beschreibt Blackstone die *commons* als Land das „im allgemeinen allen und im besonderen niemanden gehörte.“³¹

3. Das moderne Eigentumskonzept

Die Auflösung feudaler Agrarstrukturen durch die Bodenbefreiung war Voraussetzung für das Ende der feudalen Gesellschaftsordnung. Die damit einhergehenden Umwälzungen bestanden in der Auflösung der grundherrschaftlichen Strukturen, der Privatisierung von Kirchengut und der Zerschlagung traditioneller Formen gemeinschaftlich genutzten Landes.³² Nach den Revolutionen von 1848 war die neue auf dem Eigentum beruhende Bodenordnung in Europa weitgehend eingerichtet und in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verfestigte sie sich.³³

Diese Prozesse mündeten in die Umwandlung von Land in Eigentum. Der Begriff „Bodenbefreiung“ kann dabei zunächst als Befreiung des Untereigentums vom Obereigentum verstanden werden. Dies würde in letzter Konsequenz bedeuten, denjenigen, die das Land als Untereigentümer tatsächlich bearbeiten, dieses Land in Form von (Voll-)Eigentum zu überlassen. Allerdings wurde die Bodenbefreiung vom BürgerInnentum und nicht von der Bauern-/Bäuerinnenschaft dominiert,³⁴ woraus sich erklärt, dass letztlich ein anderer Schwerpunkt gesetzt und ein anderer Freiheitsbegriff verwirklicht wurde. In den Vordergrund rückte das Ziel, Land in Eigentum zu verwandeln, das keinerlei, insbesondere keinen staatlichen Beschränkungen unterliegt und „Freiheit“ wurde zunehmend als Erwerbs- und Verfügungsfreiheit verstanden. Land sollte auf einem freien Markt gekauft und verkauft werden können. Es ging daher nicht mehr nur um die Beseitigung obrigkeitlicher Herrschaftsrechte der ehemaligen Grundherren. Auch die Bindung von Land durch gemeinschaftliche Nutzungsrechte und andere aus dem Familien- oder Dorfverband hervorgehende soziale Beschränkungen galten gegenüber diesen Zielen als Hindernisse.³⁵

Erwerbs- und Verfügungsfreiheit wurden in der neuen Eigentumsordnung vom Stand gelöst und verallgemeinert.³⁶ Das bedeutete die Beseitigung jener Beschränkungen, wonach adlige Grundstücke nur von Angehörigen des Adels erworben werden durften. Land wurde zu Eigentum als einem (jedenfalls formal) allgemeinen, einheitlichen und gleichen Recht. Neuer Bezugspunkt war das abstrakte Rechtssubjekt, das an die Stelle

31 Zitiert bei Thompson in Thompson (1991) 97 (161).

32 Hobsbawm, *The Age of Revolution. 1789–1848* (1996) 24, 27 ff.

33 Hobsbawm, *The Age of Capital. 1848–1875* (1996) 189.

34 Hobsbawm, *The Age of Revolution* 58 f, 109 ff; Welkoborsky in *Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (21 ff); Kubn, *Die Französische Revolution* (2009) 31, 35, 39 f.

35 Hedemann, *Entwicklung des Bodenrechts* 26, 35 ff; Hobsbawm, *The Age of Revolution* 149 f; Welkoborsky in *Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (30, 55 f).

36 Hedemann, *Entwicklung des Bodenrechts* 35.

der alten Ständedifferenzierung trat. Die Möglichkeit des Eigentumserwerbs an Land stand nunmehr (formal) allen Rechtssubjekten offen.

Mit der Beseitigung des geteilten „Eigentums“ und der Begründung von (Voll-)Eigentum an Grund und Boden wurde in die Bodenordnung die Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht eingeführt. Der Monarch bzw der Staat sollte auf seine territorialen Rechte beschränkt und aus dem privatrechtlichen Bereich ausgeschlossen bleiben. Dem entsprechend wurde im Zuge der Grundentlastung zwischen persönlichen (obrigkeitlichen) Herrschaftsrechten und dinglichen (privatrechtlichen) Belastungen des Grundstücks unterschieden. Nur Erstere wurden gänzlich aufgehoben, Letztere ablösbar.³⁷ Die „Befreiung“ des Bodens durch seine Umwandlung in Eigentum entspricht damit dem liberalen Privatrechtsverständnis, wonach sich der Staat aus diesem Rechtsbereich zurückziehen soll. Jene Regelungen, die das Eigentum zu Gunsten öffentlicher Interessen beschränken, wurden daher in den Bereich des öffentlichen Bodenrechts verschoben, wie etwa das Enteignungs-, Wasser-, Jagd-, Fischerei- und Forstrecht.³⁸

Aus diesen Aspekten kristallisierte sich eine neue Eigentumskonzeption heraus, die sich in der menschen- und verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie sowie der zivilrechtlichen Konzeption des Eigentums als umfassendes Verfügungsrecht niederschlug. Pioniersregelungen waren die Menschenrechtserklärung 1789 und der Code Napoleón 1804. So liegt nach Artikel 2 der Erklärung 1789 der Zweck jeder politischen Vereinigung in der „Erhaltung der natürlichen und unantastbaren Menschenrechte.“ Dazu gehört unter anderem das Recht auf Eigentum, das Artikel 17 wörtlich als „unverletzliches und geheiligtes Recht“ schützt. Artikel 544 des Code Napoleón definiert das Eigentum als „das Recht auf die absoluteste Weise Sachen zu genießen und über sie zu verfügen, vorausgesetzt die Nutzung widerspricht nicht dem durch Gesetz oder Verordnung Vorgeschiedenen.“

Diese Bestimmungen regeln zwar allgemein das Eigentum, den historischen Gesetzgebern ging es aber insb darum, die vollzogene Bodenbefreiung und die Überwindung der feudalen Bodenordnung abzusichern.³⁹ Der neue von sozialen Vorschriften und der konkreten Nutzung losgelöste abstrakte Eigentumsbegriff begründete eine formelle Einheit des Sachenrechts, die die Unterschiede zwischen dinglichen Rechten an Fahrnis und Liegenschaft zumindest in der abstrakten privatrechtlichen Konzeptionierung einebene.⁴⁰ Der abstrakte Begriff der Sache umfasste nunmehr so unterschiedliche Dinge wie Gebrauchsgegenstände und ein Stück Land.

37 Welkoborsky in *Däubling/Sieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (30); *Hedemann*, Entwicklung des Bodenrechts 18; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 207 f.

38 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 145.

39 *Hedemann*, Entwicklung des Bodenrechts 116.

40 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 131.

Für den Großteil der Bauern und Bäuerinnen bedeutete die Bodenbefreiung den Verlust jedenfalls eines Teiles ihres Landes, was dazu führte, dass sie zunehmend zu lohnabhängigen Land- oder Fabrikarbeitern und -arbeiterinnen wurden. Diese Prozesse resultierten aus teils gewalttätigen Eingriffen in bestehende Rechte (insb gemeinschaftliche Nutzungsrechte)⁴¹ und der Ablösepflicht für privatrechtlich qualifizierte Lasten, die viele Bauern mangels finanzieller Ressourcen nicht erfüllen konnten, weswegen letztlich andere (lastenfreies) Eigentum erwarben.⁴² Karl Marx beschreibt die Bodenbefreiung daher als einen gewalttätigen Prozess der „Expropriation des Landvolks von Grund und Boden“. Diese Expropriation hätte die so genannte ursprüngliche Akkumulation ermöglicht, das heißt jene Kapitalakkumulation, die nicht das Resultat, sondern den Ausgangspunkt der kapitalistischen Produktionsweise darstellt.⁴³ Ausschlaggebend dabei ist, dass mit der „Expropriation“ des Landvolks erstens Land zur Ware wird und zweitens „große Menschenmassen plötzlich und gewaltsam von ihren Subsistenzmitteln losgerissen und als vogelfreie Proletarier auf den Arbeitsmarkt geschleudert werden.“⁴⁴ Auch Karl Polanyi weist darauf hin, dass mit der Bodenbefreiung und dem Ende des Feudalismus Land zur Ware wurde. In der Feudalordnung war der Boden noch „Grundlage des militärischen, rechtlichen, administrativen und politischen Systems [...]. Ob Bodenbesitz übertragbar war oder nicht, an wen er unter welchen Bedingungen übertragbar war, welche Pflichten mit den Besitzrechten verbunden waren, und zu welchen Zwecken bestimmte Bodenarten benutzt werden durften – alle diese Fragen hatten mit der Organisation von Kauf und Verkauf überhaupt nichts zu tun und unterlagen völlig andersgearteten Formen der institutionellen Regelung.“⁴⁵ Erst mit dem Ende der Feudalordnung wurde der Boden in den Markt einbezogen. Bis dahin ein „mit den Lebensumständen des Menschen untrennbar verwobenes Stück Natur“ wurde er zur Ware und damit aus dieser Verbindung herausgelöst.⁴⁶

Es lässt sich daher zusammenfassen, dass die Bodenbefreiung Land auf rechtlicher Ebene in Eigentum und auf ökonomischer Ebene in eine Ware verwandelte. Diese beiden Wandlungsprozesse verlaufen nicht nur parallel, sondern sind auch ineinander verwoben, weil das Eigentum den rechtlichen Rahmen zur Verfügung stellt, in dem eine Sache als Ware auf einem Markt gehandelt werden kann. Nach der Kritik am modernen Sachenrecht des marxistischen Rechtstheoretikers Óscar Correas ist dies sogar die Hauptaufgabe des bürgerlichen Eigentumsrechts. Auch wenn die Eigentumsdefinitionen der Zivilrechtskodifikationen ihrem Wortlaut nach ein Recht beschreiben, das es erlaubt,

41 Neeson, *Commoners* 18, 21 ff; Polanyi, *The great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen* (1977) 60 ff.

42 Welkoborsky in *Däubling/Stieling-Wendeling/Welkoborsky* (1976) 11 (28 ff, 31 ff, 59 f); Gordley, *Myths of the French Civil Code*, *AJCL* 42 (1994) 459 (497 ff).

43 Marx, *Das Kapital*, Band I, Marx-Engels-Werke, Band 23, (1968) 741 ff.

44 Marx, *Das Kapital* I, MEW XXIII, 744.

45 Polanyi, *The great Transformation* 104, 107 f, 111 (Zitat bei 104).

46 Polanyi, *The great Transformation* 102 ff, 243 ff.

eine Sache nach freier Willkür zu gebrauchen oder sie zu konsumieren, bestehe der Hauptzweck des bürgerlichen Eigentumsrecht nur scheinbar darin, die konkrete Nutzung von Sachen zu regeln. Wenn nämlich das bürgerliche Recht von Sachen spricht, dann beziehe es sich tatsächlich auf Waren, nicht auf konkrete Dinge mit bestimmten materiellen Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten. Daher gehe es dem Zivilrecht auch nicht um die materielle Nutzung der Sachen in ihrer konkreten Gestalt sondern um ihre Zirkulation als Waren. Der Diskurs des Zivilrechts handle von Waren und sei nicht an ihrem Gebrauchs-, sondern an ihrem Tauschwert interessiert. Nur scheinbar beschäftigt sich das Zivilrecht mit „Sachen“ im Sinne von „Dingen“, die Bedürfnisse von Menschen befriedigen.⁴⁷

Daraus erklärt sich auch das abstrakte und einheitliche Eigentumskonzept, das für alle Sachen gilt, insb für so unterschiedliche Dinge wie Fahrnis und Liegenschaft. Zwar trifft das moderne Sachenrecht immer noch bestimmte Differenzierungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und berücksichtigt damit wohl auch ihre konkreten materiellen Eigenschaften. Allerdings ist diese Differenzierung technischer Natur und macht im Hinblick auf die Rechtsnatur der Sachen und den Wesenskern des Eigentumsrechts keinen Unterschied.⁴⁸ In diesem Zusammenhang sei an Floßmanns Analyse erinnert, wonach sich die mittelalterliche Bodenordnung vom modernen Eigentumsrecht unter anderem dadurch unterscheidet, dass die sachenrechtliche Differenzierung zwischen Fahrnis und Liegenschaft im Mittelalter grundlegender Natur war und „bis an das Wesen des dinglichen Rechts heran[reichte]“.⁴⁹ Dies bedeutet umgekehrt, dass sie im modernen Sachenrecht gerade nicht grundlegender Natur ist und auch im Wesen des dinglichen Rechts keinen Unterschied macht.

Das Eigentumsrecht dient also nicht primär dazu, eine Sache nutzen zu können, sondern dazu, sie auf den Markt zu tragen, das heißt sie zu veräußern oder in sonstiger Weise über sie zu verfügen. „Der Eigentümer ist um des Tausches Willen Eigentümer, auch wenn juristische Mythen den Anschein erwecken, er wäre es um die Sache zu gebrauchen; was tatsächlich einen Tauschwert zum Gegenstand hat, erscheint im Recht so, als ginge es um den Gebrauchswert.“⁵⁰ Dass eine Sache mein Eigentum ist, bedeutet daher vor allem, dass ich sie verkaufen oder allgemein auf den Markt tragen kann. Die Eigentumsvorschriften dienen dementsprechend dazu, die zum Verkauf berechnete Person zu identifizieren. Eigentum gibt es daher immer dort, wo es auch einen Markt gibt.⁵¹ Gerade das war aber im Mittelalter für Land nicht der Fall; daher ging es auch nicht darum Eigentumsrechte an Land zu identifizieren, sondern darum, Nutzungsrechte zuzuteilen und zu regulieren.

47 *Correas*, Introducción a la crítica 31 ff.

48 *Correas*, Introducción a la crítica 33 f.

49 *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ 131, 142.

50 *Correas*, Introducción a la crítica 112, aus dem Spanischen übersetzt von der Autorin.

51 *Correas* in *Correas* (2007) 121 (129 f, 142 f, 184 f).

4. Gemeingüter versus Eigentum

Die Gegenüberstellung zwischen den rechtlichen Grundstrukturen der historischen Gemeingüter und jenen des modernen Eigentumsrechts zeigt, dass es sich beim rechtlichen Regime der Gemeingüter um ein eigentumsloses Regime handelte, das primär darauf abstellte, unterschiedliche Nutzungsformen zu regeln. Dem modernen Eigentumsregime hingegen geht es primär darum, die Dinge, auf die es sich bezieht (sei es Fahrnis, seien es Liegenschaften), als Waren verfügbar zu machen. Darum steht nicht die Regelung der konkreten Nutzung der Sachen im Vordergrund, sondern die Identifizierung jener Person, die zur Verfügung über die Sachen berechtigt ist. Die konkrete Materialität und Gebrauchsmöglichkeit einer Sache tritt in den Hintergrund, weswegen sich Eigentum und Sache als abstrakte Konzepte auf so unterschiedliche Dinge wie Kleidung, Speisen und Liegenschaften beziehen.

Das Eigentumsrecht ist zudem in ein Ordnungsregime eingebettet, das zwischen öffentlicher und privater Sphäre unterscheidet, wobei sich Verteilung und Nutzung der Sachen primär in der privaten – als weitgehend staatsfrei vorgestellten – Sphäre durch privatrechtliche Instrumente regeln. Beschränkungen der freien Nutzung und Verfügung werden ins öffentliche Recht verschoben und bedürfen einer Rechtfertigung. Die Nutzung der Gemeingüter hingegen war Teil einer Bodenordnung, der die moderne Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht fremd war. Territoriale Herrschaftsrechte verschränkten sich mit privaten Verfügungsrechten, Land wurde nicht auf einem Markt mit privatrechtlichen Instrumenten gehandelt, sondern obrigkeitlich (durch Lehen und Leihen) zugewiesen.

Im Kontext historischer Gemeingüter sollte daher auf den Eigentumsbegriff verzichtet und auch nicht von Gemeinschaftseigentum gesprochen werden. Am betroffenen Land bestanden keine Eigentums-, sondern Nutzungsrechte. Daher ging es auch nicht darum, EigentümerInnen zu identifizieren, sondern die Nutzung zu regulieren. Land war nicht Ware sondern Nutzungsgegenstand. Dieser grundlegende Unterschied sollte auch in aktuellen Diskursen berücksichtigt werden, wenn es darum geht, Gemeingüter rechtlich näher zu definieren. Das bedeutet freilich nicht, dass das historische Regime als solches eins zu eins übernommen werden sollte, wohl aber, dass die rechtliche Auseinandersetzung mit Gemeingütern notwendigerweise eine kritische Auseinandersetzung mit dem Eigentumsrecht einschließt.

Wesen und Wirken der Wissensallmende

Leonhard Dobusch

1. Einleitung

Versehen um den Zusatz „Wissen“ lässt sich derzeit eine Renaissance der Allmende – als Begriff wie als Konzept – beobachten. Bezog sich die mittelalterliche Allmende auf Weideland (vgl. den Beitrag von Greif und Neuwirth in diesem Heft), das im Dorf gemeinschaftlich genutzt wurde, meint die Wissensallmende jenen Bestand an immateriellen Gütern, die dem globalen Dorf zur gemeinschaftlichen Nutzung zur Verfügung stehen (vgl. Bödeker und Moldenhauer 2005). Es könnte also der Eindruck entstehen, dass erst Digitalisierung und Internet zur Entstehung einer Wissensallmende geführt haben. Zumindest konzeptionell ist das jedoch keineswegs der Fall.

Denn immer schon entstand das Neue unter Rückgriff auf Bestehendes – im weitesten Sinne unter Bezug auf das „kulturelle Erbe“ der Menschheit. Und immer schon galt, dass mehr neue Ideen und immaterielle Güter entstehen, sobald mehr Leute Zugang zu diesem kollektiv-kulturellen Erbe erhalten – sei es im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht, sei es auf Grund des Buchdrucks, sei es mit Hilfe von Bibliotheken oder sei es durch den Wegfall von Zensurbestimmungen. Größe der und Zugang zur Wissensallmende sind also weder technologisch noch rechtlich neutral, sondern evolvierten in deren Zusammenspiel.

Dementsprechend haben auch Digitalisierung und Internet sowie begleitende rechtliche Regelungen großen Einfluss auf Ausmaß und Gestaltung der Wissensallmende. Paradoxerweise bergen sie gleichermaßen Potential zur Ausdehnung wie zur Einschränkung der Wissensallmende.

Auf der einen Seite wird die Wissensallmende durch die Digitalisierung von der Metapher zur virtuellen Materialität. Eingang in die digitale Wissensallmende findet nicht mehr nur die Melodie eines Lieds, die Notenfolge, sondern die exakte Kopie einer konkreten Aufnahme zusätzlich zu Melodie und Notenfolge. In der Wikipedia manifestiert sich die Wissensallmende als durchsuchbare, indexierte und potentiell unendlich große Wissenssammlung, als Datenbank. Nie war es kostengünstiger und einfacher Wissen mit anderen zu teilen, es zu remixen und gemeinschaftlich weiterzuentwickeln. Es ist dieses schöpferische Potential, das Harvard-Jurist Yochai Benkler (2006) beschwört, wenn er vom „Wealth of Networks“ schreibt.

Auf der anderen Seite ist manifestes, indexiertes Wissen aber auch markierbar, verschlüsselbar, identifizierbar – und damit Anknüpfungspunkt für rechtliche und technologische An- und damit, zumindest potentiell, auch Enteignung. Boyle (2008) warnt in

diesem Zusammenhang vor der „Enclosure of the Mind“ analog zur Auflösung der Allmenderechte im Zuge der britischen „Enclosure Movement“ im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit (vgl Zückert 2003). Möglich wird diese „Einhegung“ digitaler Gemeingüter Bach (2004) zufolge mit Hilfe eines Doppelschlags („double punch“) aus Recht und Technologie: umfassende Kopierschutztechnologien („Digital Rights Management“, DRM, vgl Becker et al 2003) flankiert von der Ausdehnung des Immaterialgüterrechts, ua in Form von strafrechtlich bewehrten Umgehungsverboten.¹

Die digitalen Potentiale für eine Ausdehnung der Wissensallmende ausschöpfen zu wollen – oder zumindest einer digitalen Einhegung entgegen zu treten – ist also durchaus begründungsbedürftig. Und zwar umso mehr, als die Befürworter einer Begrenzung der Wissensallmende in sogenannten „geistigen Eigentumsrechten“ die Voraussetzung für die (vermeintliche) allokativen Effizienz des Marktmechanismus auch im Bereich immaterieller Güter zu erkennen glauben (vgl kritisch dazu Nuss 2002 sowie Stepan 2007). Das umgekehrte Argument, nämlich die Bedeutung einer starken Wissensallmende im Allgemeinen und für wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung im Besonderen, ist im Vergleich dazu weniger etabliert und steht deshalb im Zentrum des nächsten Abschnitts.

2. Relevanz der Wissensallmende

Gerade in der europäischen Rechtstradition des „droit d’auteur“ folgen geistige Eigentumsansprüche zu einem großen Teil aus der einem Werk zugeschriebenen Originalität, einem individuell-naturrechtlichen Ursprung urheberrechtlicher Ansprüche. Diese höchstpersönliche Komponente des Urheberrechts findet ihren Niederschlag in stark ausgeprägten Urheberpersönlichkeitsrechten, auf die nicht zur Gänze verzichtet werden kann, und ist ökonomischen Verwertungsüberlegungen vorgeordnet (vgl Kroeger 2011). Genau an diesem Punkt aber setzt Jessica Litman (1990) mit ihrer Kritik am Mythos der (Allein-)AutorInnenschaft an. Damit Urheberrechte zu begründen würde es erfordern, die originären von übernommenen Elementen zu scheiden; eine Sezierung, die – abgesehen von ihrer praktischen Unmöglichkeit – in der Regel kaum im Interesse von AutorInnen wäre. Die Wissensallmende als kollektive Quelle des Rohmaterials für AutorInnenschaft macht diese Suche jedoch überflüssig. Damit stellt Litman nicht das einsame Genie, sondern die gemeinschaftliche Allmende an den Anfang. Denn erst diese erlaubt es überhaupt, die Fiktion einer ursprünglichen Schöpfung und damit von AlleinautorInnenschaft aufrecht zu erhalten.

Aber auch jenseits der Frage nach der Zuschreibung bzw Zuschreibbarkeit von AutorInnenschaft ist die Wissensallmende von grundsätzlicher Bedeutung. So verweist bereits Nimmer (1970) darauf, dass die (auch: rechtliche) Unterscheidung zwischen prinzipiell gemeinfreien Ideen und deren konkreter, urheberrechtlich schützbarer Ausfor-

1 Eingeführt im Rahmen internationaler Verträge wie dem für WTO-Mitglieder verbindlichen TRIPS-Vertrag („Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights“) sowie in den sogenannten WIPO-Internetverträgen.

mulierung („expression“) Voraussetzung für Rede- und Meinungsfreiheit ist. Und auch hier herrscht keineswegs Symmetrie, ist die Wissensallmende als *conditio sine qua non* der Meinungsfreiheit allfälligen Immaterialgüterrechten vorgeordnet (siehe auch Benkler 1999). Hinzu kommt, dass im Zeitalter der Digitalkopie und allgegenwärtiger transformativer Werknutzungen (Kreutzer 2011)², die Grenze zwischen Idee und Ausdruck immer schwerer zu ziehen ist bzw die (Wieder-)Verwendung ausformulierter Ideen mehr und mehr Voraussetzung für die Ausformulierung eigener Ideen ist.

Bei der Analyse der ökonomischen Bedeutung der Wissensallmende stellt sich wiederum die Frage, inwieweit herkömmliche und ohnehin fragwürdige Marktmodelle hierfür herangezogen werden können:

„[E]conomists generally favour free markets over government regulation, but in the context of intellectual property it is not clear whether creating intellectual property rights by law is a manifestation of the free market or a case of government intervention.“ (Salzberger 2006: 28)

Mit anderen Worten, die wirtschaftssoziologische Einsicht in die staatlich-regulatorische Bedingtheit jeglicher Märkte (Polyani 1944/2001; Fligstein 2002; MacKenzie et al 2007)³ stellt sich im Falle von Märkten für immaterielle Güter in verschärfter Form bzw. ist sie hier zumindest besonders deutlich erkennbar.

In diesem Zusammenhang werden einer starken Wissensallmende in der Literatur zwei miteinander zusammenhängende Effekte zugeschrieben – und beide finden sich bereits in frühen Arbeiten von Joseph A. Schumpeter (1912/2006). Einerseits mildert die mit der Wissensallmende verbundene Begrenzung immaterialgüterrechtlicher Ansprüche deren monopolfördernde Tendenz und ist auf diese Weise Voraussetzung für Wettbewerb in Informationsmärkten und darüber hinaus. Denn nur wenn Nachfolgende Innovationen kopieren können, dann werden die kurzfristigen Monopolvergewinne von erfolgreichen UnternehmerInnen abgebaut und es „tritt jener Reorganisationsprozeß ein, dessen Resultat die Vernichtung des Kostenüberschusses sein muß“ (Schumpeter 1912/2006: 285). Autoren wie Drahos und Braithwaite (2002) oder Wu (2004; 2010) gehen sogar soweit, dass sie die wettbewerbsrechtliche Seite von Immaterialgüterrechten als die eigentlich relevante ansehen und warnen vor patent- oder urheberrechtsbasierter Kartellbildung (ähnlich argumentieren, wenn auch von einem libertären Standpunkt aus, Boldrin und Levine 2008).

Andererseits ist die Wissensallmende auch unmittelbar für wirtschaftliche und kulturelle Innovationsprozesse von Bedeutung. Denn ganz allgemein gilt, dass Information

2 Um den diesbezüglichen Veränderungen Rechnung zu tragen fordert Kreutzer (2011) für das deutsche Urheberrecht die Einführung eines „§ 51a Transformative Werknutzungen“, der es erlauben soll „veröffentlichte Werke oder Werkteile zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich wiederzugeben, zu bearbeiten oder umzugestalten, wenn sie in eine selbstständige eigene geistige Schöpfung aufgenommen werden, deren Sinngehalt und geistig-ästhetische Wirkung sich von dem oder den aufgenommenen Werken unterscheidet“.

3 Im Gegensatz dazu die institutionenökonomische Prämisse von Märkten als Naturzustand, vgl Williamson (1975: 20): „in the beginning there were markets“.

nicht nur Ergebnis sondern auch Input innovativer Aktivitäten ist (Arrow 1962: 618). Es geht, wieder mit Schumpeter (1912/2006) zu sprechen, bei Innovation um die „Durchsetzung neuer Kombinationen“ – von Produktionsfaktoren und -prozessen und damit heute mehr denn je um neue Kombinationen von bestehendem *Wissen*. Informationen in der Wissensallmende stellen demzufolge – und im Zuge der Digitalisierung besonders – kostengünstige Inputs für Innovationsprozesse dar; eine Ausdehnung der Wissensallmende ist daher mit einer Senkung von Innovationsbarrieren gerade auch für neue, weniger etablierte AkteurInnen verbunden.

Die Relevanz einer Wissensallmende ist im Patentbereich besonders klar erkennbar, wo Heller und Eisenberg (1998) sogar vor der Entstehung von „Anticommons“ aus sich wechselseitig blockierenden Patentrechten warnen (vgl auch Hess und Ostrom 2003). Subtiler und weniger unmittelbar, dafür aber allgemeiner gilt das aber auch im Bereich des Urheberrechts. Während Lessig (2001: 12; vgl auch Gosh und Soete 2006) theoretisch betont, „[f]ree resources have always been central to innovation, creativity and democracy“, untersuchte der Historiker Eckhard Höffner (2010) die unterschiedlichen Folgen des englischen Copyrights sowie des deutschen Urheberrechts im 19. Jahrhundert. Während in England das Copyright bereits seit dem Statute of Anne von 1710 etabliert war, dominierten im kleinstaatlich zersplitterten Deutschland noch lange die von Kant (1785) und Fichte (1793) beklagten „Raubdrucke“. Im Ergebnis führte diese Situation aber nicht dazu, dass in England mehr veröffentlicht wurde. Im Wettbewerb mit Raubdruckern versuchten die Verleger in Deutschland so günstig wie möglich neue Werke zu veröffentlichen und diese möglichst rasch möglichst breit zu vertreiben. Höffner zufolge war es die damit verbundene Ausbreitung gerade auch technischen Wissens, die den wirtschaftlichen Aufholprozess Deutschlands im 19. Jahrhundert befeuert hat.

3. Regulierung der Wissensallmende

Die prinzipielle Relevanz der Wissensallmende wird demnach moduliert durch die Art und Weise ihrer Regulierung. Im konkreten (rechts-)wissenschaftlichen Diskurs aber – zumal in Europa – wird diese Regulierung einer breit verstandenen Wissensallmende bislang nur spärlich problematisiert. So war die rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Diskussion zu digitalen Gemeingütern oder „Commons“ bis vor kurzem stark angelsächsisch geprägt. Dies ist schon am fehlenden deutschen Begriffsapparat ersichtlich. Dessen Schwierigkeit, neue Phänomene wie die Wikipedia oder Open-Source-Software zu fassen, hat so erst der mittelalterlichen Allmende in Form der Wissensallmende zu einem begrifflichen Comeback verholfen. Mittlerweile hat aber die gestiegene praktische Bedeutung digitaler Gemeingüter auch zu einer stärkeren Aufmerksamkeit in der Forschung geführt – quer über disziplinäre Grenzen hinweg.

Die dominante Rechtsfigur im US-amerikanischen Wissensallmende-Diskurs ist jene der Public Domain (Litman 1990; Boyle 2008) – und auch für diese gibt es kein exaktes

Pendant in den europäischen Droit d'Auteur-Ländern, zu denen Deutschland und Österreich gehören. Aber selbst innerhalb des US-Diskurses ist keineswegs klar, was genau unter „Public Domain“ fällt. Während manche AutorInnen Werke, Information und andere immaterielle Güter nur komplett oder eben nicht zur Public Domain zählen (vgl zB Samuelson 2003; Landes und Posner 2003), vertreten andere eine Krümel-Theorie („crumbs theory“), wonach auch erlaubte Nutzungsweisen ansonsten geschützter Werke, insbesondere jene die unter die Fair-Use-Klausel (Fisher III 1988) fallen, Teil der „Public Domain“ sind (vgl zB Benkler 1999; Chander und Sunder 2004; Horowitz 2009; für Details zu verschiedenen Public-Domain-Definitionen siehe Dobusch 2011). Überträgt man die breitere Definition auf das deutsche oder österreichische Urheberrecht, würde die Public Domain – abgesehen von den bereits erwähnten Urheberpersönlichkeitsrechten – aus drei Bereichen bestehen:

- Werke, für die der Urheberrechtsschutz bereits abgelaufen ist (zB Bücher, deren AutorInnen seit über 70 Jahren verstorben sind)
- Werke oder Güter, die nicht immaterialgüterrechtlich schützbar sind (zB Ideen, Theorien)
- Nutzungsarten, die trotz bestehendem Urheberrechtsschutz allgemein zulässig sind (freie Werknutzungen im österreichischen, Schrankenregelungen im deutschen Urheberrecht)

Hinzu kommt, dass bisweilen zwischen der Public Domain, die prinzipiell allen Menschen zur freien Verwendung offen steht, und „Commons“ unterschieden wird. Letztere sind, Chander und Sunder (2004) zufolge, entweder nicht völlig allgemein sondern nur einer bestimmten Gruppe oder nur unter bestimmten, zusätzlichen Bedingungen allgemein zugänglich. Mit dieser Definition von „Commons“ nähert sich das Konzept wieder seinen, von Greif und Neuwirth in diesem Heft beschriebenen, historischen Wurzeln an: Die Wissensallmende ist demnach keineswegs unreguliertes Gelände, sondern als Gemeineigentum mit durchaus abgestuften (Zugangs-)Rechten (vgl auch Abschnitt 2 im Beitrag von Schacherreiter in diesem Heft) zu verstehen.

4. Alternative private Allmende?

Praktische Bedeutung bekommt die Unterscheidung zwischen „Public Domain“ und „Commons“ in jenen Fällen, wo die Funktionalität der Public Domain mit Hilfe privatrechtlicher Mittel nachgebildet werden soll. Prominentestes Beispiel dafür sind standardisierte Open-Content-Lizenzen wie die GNU General Public License (GPL) im Bereich von Freier/Open Source Software (Merges 2004; Benkler 2006) und Creative Commons für verschiedenste urheberrechtlich schützbarere Werke (Dusollier 2006; Elkin-Koren 2006; Dobusch 2010). Es gibt aber auch im Patentbereich Ansätze, über sogenannte „property pre-empting investments“ (Merges 2004), also die Veröffentlichung potentiell patentierbaren Wissens um Patentierung durch Dritte zu verhindern, bzw über offe-

ne Patentlizenzierungen (zB im Bereich Biotechnologie unter dem Label Biological Open Source, BiOS, vgl Hope 2008) die Wissensallmende mit privatrechtlichen Mitteln zu vergrößern.

Ausgangspunkt für Entwicklung und Verwendung derart offener Lizenzmodelle ist in der Regel die Kritik am herrschenden Immaterialgüterrechtsregime als zu weitgehend, zu unflexibel oder zu restriktiv. Ziel ist die Schaffung eines möglichst großen Pools an alternativ lizenzierten Werken, die ohne Rechteabklärung neue Formen der Nutzung (zB Teilen in sozialen Netzwerken), Weiterverwendung (zB in Form von Remixes und transformativem Konsum) sowie Distribution (zB via Peer-to-Peer Tauschbörsen) rechtlich möglich machen (vgl Dobusch 2010).

Gleichzeitig unterscheidet sich die privatrechtliche Nachbildung gleich in mehrfacher Hinsicht von der klassischen, unmittelbar im Immaterialgüterrecht fußenden Wissensallmende. Denn den meisten bzw. meistverwendeten offenen Lizenzmodellen ist gemein, dass sie nicht einfach Dritten sämtliche Rechte – soweit überhaupt möglich – einräumen, sondern bestimmte Rechte vorbehalten (Merges 2004). So enthalten die prominenten Fälle der GPL sowie der von der Wikipedia verwendeten Creative-Commons-Lizenzversion eine „Copyleft“-Klausel, die eine Lizenzierung abgewandelter Werke unter derselben Lizenz vorschreibt.

Mit Hilfe der Copyleft-Klausel wird zwar effektiv eine Re-Privatisierung der Wissensallmende verhindert, gleichzeitig kommt es auf diese Weise aber zu Inkompatibilitäten zwischen verschiedenen offenen Lizenzen und so im Ergebnis nicht zu *einer* sondern zu verschiedenen Wissensallmenden; ein Problem, das durch den modularen Aufbau der Creative-Commons-Lizenzen – sie bestehen aus vier, miteinander kombinierbaren Lizenzmodulen – noch einmal verschärft wird. Der Preis größerer Flexibilität und Wahlfreiheit ist also eine Segmentierung der Allmende – Berry und Moss (2005) sprechen in diesem Zusammenhang von „commons without commonality“.

Noch grundsätzlicher fällt die Kritik Elkin-Korens (2005; 2006) aus, die den kommodifizierenden Charakter offener Lizenzmodelle am Beispiel Creative Commons ins Visier nimmt: „The commodity metaphor creates an abstract ‚fence‘ around (abstract) informational goods“ (Elkin-Koren 2005: 398). Denn lizenziert werden grundsätzlich Werke, weshalb die Verwendung offener Lizenzen die Bedeutung des Urheberrechts im Alltagsleben sogar noch weiter vorantreibt. So leistet, wenn auch auf subversive Weise, auch ein offenes Lizenzmodell wie Creative Commons einen Beitrag zur fortgesetzten rechtlichen Einhegung immaterieller Güter.

Neben diesen prinzipiellen Problemen privater Allmendekonzepte gibt es noch eine Reihe praktischer Probleme, wie das Funktionserfordernis einer kritischen Masse an Lizenznutzern (vgl allgemein für private Standardisierung: Farrell und Saloner 1987), rechtliche Probleme bei der Implementierung in verschiedenen Jurisdiktionen (Wielsch 2010), sowie die (fehlende) Unterstützung etablierter AkteurInnen wie Verwertungsgesellschaften (vgl ausführlich zu diesen Punkten Dobusch 2010).

5. Fazit

Angesichts digitaler Potentiale und Bedrohungen für die Wissensallmende lohnt es sich deren prinzipielle Bedeutung für gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung zu vergegenwärtigen. Dies gilt umso mehr, als mit Merges (2004) eine neue Dynamik im Bereich der Wissensallmende zu beobachten ist. Sowohl im (zwischen-)staatlichen Bereich wie erst jüngst im Zuge von (den Protesten gegen) ACTA, als auch von Seiten nicht-staatlicher AkteurInnen mittels Kopierschutztechnologien und offenen Lizenzstandards, sind derzeit gegenläufige Bemühungen im Gang, Grenzen der Wissensallmende neu zu ziehen sowie deren Funktionsweise zu re-definieren.

Eine Schwierigkeit in dieser Auseinandersetzung ist dabei das Problem, den gemeinwohlfördernden Beitrag immaterieller Gemeingüter in ähnlicher Weise nachzuweisen, wie das durch Aufsummierung von (vermeintlichen) Werten kommodifizierter Immaterialgüterrechte erfolgt. Diese Schwierigkeit als Aufgabe empirischer Sozialforschung kenntlich zu machen sowie die Rechtswissenschaft für deren Ergebnisse zu sensibilisieren, war wiederum das Hauptziel dieses Beitrags.

MMag. Dr. Leonhard Dobusch ist Betriebswirt und Jurist und derzeit am Institut für Management der School of Business and Economics der Freien Universität Berlin tätig. Zu seinen Forschungsschwerpunkten zählen transnationale Urheberrechtsregulierung, heterodoxe Ökonomie und das Management digitaler Gemeinschaften; leonhard.dobusch@fu-berlin.de

Literatur

- Arrow, Kenneth J. (1962): Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: National Bureau of Economic Research (ed.): *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*.
- Bach, David (2004): The Double Punch of Law and Technology: Fighting Music Piracy or Remaking Copyright in a Digital Age? In: *Business and Politics*, 6 (2), 1–33.
- Becker, Eberhard/Buhse, William/Günnewig, Dirk/Rump, Niels (Hg.) (2003): *Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects*. Berlin: Springer.
- Benkler, Yochai (1999): Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain. In: *New York University Law Review*, 74, 354–446.
- Benkler, Yochai (2006): *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press.
- Berry, David/Giles, Moss (2005): On the “Creative Commons”: a critique of the commons without commonality. In: *Free Software Magazine*, 5/2005, Online: <http://fsmsh.com/1155> (26.3.2012).
- Bödeker, Sebastian/Moldenhauer, Oliver/Rubbel, Benedikt (2005): Wissensallmende: Gegen die Privatisierung des Wissens der Welt durch „geistige Eigentumsrechte“. VSA Verlag
- Boldrin, Michele/Levine, David K. (2008): *Against Intellectual Monopoly*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Boyle, James (2008): *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.
- Chander, Anupam/Sunder, Madhavi (2004): The Romance of the Public Domain. In: *California Law Review*, 92 (5), 1331–1373.
- Dobusch, Leonhard (2010): Creative Commons’ privates Urheberrecht: (k)eine Lösung? In: *Kurswechsel 2010/04*, 37–47.
- Dobusch, Leonhard (2011): *The Digital Public Domain: Relevance and Regulation*. HIIG Discussion Paper Series No. 2012-02, Online: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2011815 (26.03.2012).
- Drahos, Peter/Braithwaite, John (2002): *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* New York: The New Press.
- Dreier, Thomas/Nolte, Georg (2006): Einführung in das Urheberrecht. In: Hofmann, Jeanette (Hg.), *Wissen und Eigentum: Geschichte, Rechte und Ökonomie stoffloser Güter*. Schriftenreihe, Band 552. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 41–63.
- Dusollier, Séverine (2006): The Master’s Tools v. The Master’s House: Creative Commons v. Copyright. In: *Columbia Journal of Law & the Arts*, 29 (3), 271–293.
- Elkin-Koren, Niva (2005): What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons. In: *Fordham Law Review*, 74, 375–422.

- Elkin-Koren, Niva (2006): Exploring Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit. In: Guibault, Lucie/Hughenoltz, Bernt P. (eds./2006): *The future of the public domain: identifying the commons in information law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Farrell, Joseph/Saloner, Garth (1987). Competition, compatibility and standards: The economics of horses, penguins and lemmings. In: Gabel, H. Landis (ed): *Product standardization and competitive strategy*. Amsterdam: North-Holland, 1–21.
- Fichte, Johann G. (1793): Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel. In: *Berlinische Monatsschrift* 21, 443–483.
- Fisher III, William W. (1988): Reconstructing the Fair Use Doctrine. In: *Harvard Law Review*, 101 (8), 1659–1795.
- Fligstein, Neil (2002): *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies*. Princeton: Princeton University Press.
- Gosh, Rishab/Soete, Luc (2006): Information and intellectual property: the global challenges. In: *Industrial and Corporate Change*, 15 (6), 919–935.
- Heller, Michael A./Eisenberg, Rebecca S. (1998): Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. In: *Science*, 280, 698–701
- Hess, Charlotte/Ostrom, Elinor (2003): Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource In: *Law and Contemporary Problems*, 66 (1/2), 111–145.
- Höffner, Eckhard (2010): *Geschichte und Wesen des Urheberrechts*. 2 Bände. München: Verlag Europäische Wirtschaft.
- Hope, Janet (2008): *Biobazaar: The Open Source Revolution and Biotechnology*. Cambridge: Harvard University Press.
- Horowitz, Steven J. (2009): Designing the Public Domain. In: *Harvard Law Review*, 122 (5), 1489–1510.
- Kant, Immanuel (1785): Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. In: *Berlinische Monatsschrift* 5, 403–417.
- Kreutzer, Till (2011): Verbraucherschutz im Urheberrecht: Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des geltenden Urheberrechts auf Basis einer Analyse aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht. Online: http://www.irights.info/userfiles/2011-05-03_Verbraucherschutz_im_Urheberrecht.pdf (27.03.2012).
- Kroeger, Odin (2011): Kalkulierte Originalität: Legitimationsmythos und ökonomische Wirklichkeit geistigen Eigentums. In: Kroeger, Odin/Friesinger, Günther/Lohberger, Paul/Ortland, Eberhard/Ballhausen, Thomas (Hg.): *Geistiges Eigentum und Originalität: Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion*. Wien: Turia + Kant, 43–61.
- Landes, William M./Posner, Richard A. (1989): An Economic Analysis of Copyright Law. In: *Journal of Legal Studies*, 18, 325–363.
- Landes, William M./Posner, Richard A. (2003): Indefinitely Renewable Copyright. In: *University of Chicago Law Review*, 70, 471–518.
- Lessig, Lawrence (2001): *The Future of Ideas. The fate of the commons in a connected world*. New York: Random House.
- Litman, Jessica (1990): The Public Domain. In: *Emory Law Journal*, 39, 965–1023.
- MacKenzie, Donald A./Muniesa, Fabian/Siu, Lucia (2007): *Do Economists Make Markets? On the Performativity of Economics*. Princeton: Princeton University Press.
- Merges, R.P. (2004): A new dynamism in the public domain. In: *University of Chicago Law Review*, 71 (1), 183–203.
- Nimmer, Melville B. (1970): Does Copyright Abridge the First Amendment Guaranties of Free Speech and the Press? In: *University of California Law Review*, 17, 1180–1204.
- Nuss, Sabine (2002): Download ist Diebstahl? Eigentum in einer digitalen Welt. In: *PROKLA – Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft*, 32 (1), 11–35.
- Pierson, Matthias/Ahrens, Thomas/Fischer, Karsten (2007): *Recht des geistigen Eigentums. Patente, Marken, Urheberrecht, Design*. München: Vahlen.
- Polanyi, Karl (1944/2001): *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. Boston: Beacon Press.
- Salzberger, Eli M. (2006): Economic Analysis of the Public Domain. In: Guibault, Lucie/Hughenoltz, Bernt P. (eds./2006): *The future of the public domain: identifying the commons in information law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 27–58
- Samuelson, Pamela (2003): Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. In: *Law and Contemporary Problems*, 66 (1/2), 147–171.
- Schumpeter, Joseph A. (1912/2006): *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: Nachdruck der 1. Auflage von 1912*. Berlin: Duncker & Humblot
- Stepan, Paul (2007): Ökonomie des Urheberrechts. In: *juridikum* 1/2007, 35–39.
- Wielsch, Dan (2010): Rules of Access in Copyright Law Beyond the Nation State. Papier präsentiert im Rahmen der 4th Conference on Economic Sociology and Political Economy “Transnational Copyright: Organization, Mobilisation, and Law”, 12.–15. Juni, 2010, Villa Vigoni, Italien
- Williamson, Oliver E. (1975): *Markets and Hierarchies*. New York: The Free Press.
- Wu, Tim (2004): Copyright’s Communication Policy. In: *Michigan Law Review*, 103, 278–366.
- Wu, Tim (2010): *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Alfred A. Knopf.
- Zückert, Hartmut (2003): *Allmende und Allmendeaufhebung: Vergleichende Studien zum Spätmittelalter bis zu den Agrarreformen des 18./19. Jahrhunderts*. Lucius & Lucius

Die venezolanische Comuna: Ein Beitrag zur Vergesellschaftung der Rechtsform?

Heiner Fechner

„Der Mainstream hält Venezuela für eine autoritäre Despotie“, schreibt Raul Zelik treffend in einer Analyse der jüngeren politischen Entwicklung Venezuelas.¹ Mit Demokratisierung und neuartigen Beteiligungsstrukturen wird das Land dagegen nur selten in Verbindung gebracht. Dabei entwickeln sich in Venezuela derzeit neuartige Partizipationsstrukturen, welche insbesondere die bislang marginalisierte Bevölkerungsmehrheit politisch und ökonomisch zunehmend inkludieren. Im Zentrum der Partizipationsstrategie stehen dabei die unterhalb der Stadtgemeinden (municipios) angesiedelten Kommunalräte (Consejos Comunales, im Folgenden CC) und deren Zusammenschlüsse (Comunas). Neben lokalen infrastrukturellen und Ordnungsfunktionen haben diese u.a. die Aufgabe, eine sozialisierte und solidarische, selbstverwaltete Ökonomie aufzubauen. Dem Staat soll dabei die Rolle des Geburtshelfers zukommen, der sukzessive Aufgaben auf die unterste Ebene überträgt.

Die in Lateinamerika intensiv geführte, in Mitteleuropa kaum rezipierte Diskussion um Alternatives Recht und Rechtspluralismus, welche materialistische mit rechtsanthropologischen und rechtssoziologischen Ansätzen verbindet, findet hier eine neue Herausforderung. Denn das „Recht der Straße“, die normativen Ordnungen der marginalisierten Gruppen in den Armenvierteln, und staatlich-positives Recht werden hier in origineller Form zusammengeführt und jeweils starkem Veränderungsdruck ausgeliefert. Aufgrund der politischen Zielsetzungen, den Staat sukzessive in einen „kommunalen Staat“ umzuwandeln, und der partizipativ-institutionellen Dynamiken der Reformen lässt sich eine Demokratisierung des Rechts konstatieren, der Tendenz nach zudem ein Funktions- und Formwandel.

Der vorliegende Beitrag zeichnet die politischen und sozialen Hintergründe und den positivrechtlichen Rahmen von CC und Comunas nach und unternimmt den Versuch, ihre rechtspolitische und rechtstheoretische Bedeutung im Hinblick auf eine „Vergesellschaftung der Rechtsform“ zu skizzieren. Damit betritt er rechtswissenschaftliches Neuland und steht am Anfang einer umfassenderen Untersuchung

1 Zelik, Zwölf Jahre Chavismus in Venezuela. Versuch einer realistischen Bilanz, *Le Monde Diplomatique* vom 13.5.2011.

Positives Recht und Rechtspluralismus

Die jüngere kritische Rechtstheorie in Lateinamerika hat sich von ihren europäischen Wurzeln emanzipiert und einen auf die Besonderheiten der Region eingehenden, praxisorientierten Forschungsansatz entwickelt. Ausgangspunkt vieler Studien sind die – vor allem ökonomisch bedingten – Sozialstrukturen. Durchschnittlich arbeiten in Lateinamerika rund 50 % der ökonomisch aktiven Menschen im informellen Sektor² – und damit in einem Bereich, der qua Definition de facto dem staatlichen Recht weitgehend entzogen ist, aber hochgradig wirksamen informellen Regeln unterliegt.³ García/Rodríguez heben in diesem Zusammenhang drei eng zusammenhängende Charakteristika des (unter Bezugnahme auf Bourdieu weit gefassten) juristischen Feldes in Lateinamerika hervor: mangelnde Wirksamkeit insbesondere des positiven Rechts, Autoritarismus und Rechtspluralität.⁴

Das positive Recht ist nicht in der Lage, die Kohäsion einer sozial, politisch und ökonomisch gespaltenen und teilweise zersplitterten Gesellschaft herbeizuführen. In der Praxis dient es daher vor allem einer symbolischen Kommunikation, die nicht ernsthaft beansprucht, die soziale Realität zu bestimmen, wie historisch an den gerade im Menschenrechtsbereich sehr progressiven und ebenso wirkungslosen Verfassungen abzulesen ist.

Die fehlende Wirksamkeit des positiven Rechts sehen García/Rodríguez wiederum durch Autoritarismus, in zugespitzten Situationen durch Diktaturen und Ausnahmezustände, sowie durch alternative, Pluralität konstituierende Normensysteme (hier synonym zu Rechtssystemen verwendet) kompensiert. Sie sprechen von Pluralität, weil neben indigenen und demokratisch organisierten Basisgruppen von Marginalisierten auch Mafias, Banden usw. wirksame normative Systeme etabliert haben. Der positiv besetzte Begriff des Rechtspluralismus beschreibt so allein das Phänomen konkurrierend Geltung beanspruchender, demokratisch legitimierter Normensysteme, die auf verschiedenen rules of recognition i.S. Harts beruhen.

Die Auseinandersetzung mit dem Rechtspluralismus begann im Kontext der Entwicklung einer eigenen lateinamerikanischen kritischen Rechtstheorie. An deren Anfang stand vor allem die Rezeption europäischer materialistischer Diskussionen wie die der Gruppe „Mouvement Critique du Droit“⁵, die in den späten 1970er und 80er Jahren neben der auf Marx, Althusser und Poulantzas bezogenen Rechtskritik an sich einen starken pädagogischen Ansatz (Entfetischisierung und Demokratisierung des Rechts

2 *Cecchini/Uthoff*, Poverty and employment in Latin America: 1990–2005, CEPAL Review 94 (2008), 41 (43).

3 *García/Rodríguez*, Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos (2003) 38.

4 *García/Rodríguez* Derecho, passim.

5 Einen guten Überblick über die Gruppe bietet *Kaluszynski*, Cuando el derecho reencuentra la política. Primeros elementos de análisis de un movimiento crítico del derecho, http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/61/08/06/PDF/6-CRITIQUE_DU_DROIT_version_finale.pdf (28.4.2012).

durch Aufklärung) verfolgte. Zudem wurde die italienische und spanische Diskussion um den „uso alternativo del diritto“/„uso alternativo del derecho“ aufgegriffen.⁶ Mit den Diskussionen um Rechtspluralismus und der aktiven Förderung eines alternativen, partizipativ und protagonistisch entwickelten Rechts der Comunidades hat der alternative Diskurs, dessen intellektuelle Zentren vor allem in Mexiko, Brasilien und Kolumbien zu finden sind, endgültig eine eigene, der Region angemessene theoretische Basis gefunden. Die Einbeziehung theoretischer Konzepte anderer Disziplinen wie der Befreiungstheologie, der Befreiungsphilosophie (Dussel) oder auch der Pädagogik der Unterdrückten (Freire) stärkt die mit der neomarxistischen Basis ohnehin vorhandene Theorie-Praxis-Einheit der Studien, die Reflexion der politischen Praxis und deren Weiterentwicklung gleichermaßen im Fokus haben. De la Torre Rangel, prominenter Vertreter dieses Ansatzes, spricht dabei von einer Wiederaneignung der normativen Gewalt (poder normativo) durch die Gesellschaft (pueblo), die Notwendigkeit und Möglichkeiten der Selbstorganisation betonend.⁷

Entsprechend werden in sozialen Kämpfen entwickelte alternative Normensysteme nicht nur untersucht, sondern ihre Bildung als subversives, auf die Erringung einer rechtspolitischen Hegemonie gerichtetes, alternatives Recht gefördert (indigenes als alternatives Recht ethnisch-geographisch umgrenzter Gruppen wird insofern analytisch vom subversiven, auf gesamtgesellschaftliche Hegemonie zielenden Recht getrennt).⁸ Soziale Bewegungen und aufständische Gruppen, schließlich „el pueblo“ (die Gesellschaft, d.h. die marginalisierte Mehrheit) werden als „neues soziales Subjekt“ (an Stelle der Klasse der ArbeiterInnen) begriffen, das unabhängig von den Organen des Zentralstaats Quelle legitimen alternativen, gemeinschaftlichen Rechts (derecho comunitario) sein kann.⁹

Das alternative Recht der Barrios

Boaventura de Sousa Santos hat mit seiner Dissertation zum „Law of the oppressed“ in einer brasilianischen Favela mit dem fiktiven Namen „Pasargada“¹⁰ einen bis heute viel beachteten Anstoß gegeben, das autonome Recht der Comunidades zu analysieren und anzuerkennen.

Ähnliche wie die von Santos in den Favelas untersuchten juristischen Strukturen existie-

6 Vgl. *Wolkmer*, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (2003) 53 ff.

7 *De la Torre Rangel*, *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología y uso alternativo del derecho* (2006) 183 ff.

8 Zu subversivem Recht und Hegemoniekämpfen siehe *Correas*, *Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia, Crítica jurídica* (Vol 16) 1995, 99 (111).

9 Vgl. *Wolkmer*, *Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas*, *El otro derecho* 1991 (No 7), 39 ff.

10 Vgl. die Zusammenfassung in: *Santos*, *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*, *Law & Society Review* 1977 (Vol 12), 5 (126).

ren auch in den Barrios¹¹ Venezuelas, in welchen rund die Hälfte der etwa 28 Mio. VenezolanerInnen lebt;¹² sie wurden bereits in den frühen 1970er Jahren von Karst/Rosenn beschrieben.¹³ Positives staatliches Recht spielte zwar kaum eine Rolle für das Zusammenleben im Barrio. Dennoch ließen sich institutionell-organisatorische, materielle und prozedurale rechtliche Regeln beobachten – angefangen beim gegenseitigen Respekt des Eigentumsrechts der jeweiligen Landbesetzer.¹⁴

In den Barrios bildeten sich politische, soziale und ökonomische Strukturen heraus, die sich an den Bedürfnissen der neuen BewohnerInnen orientierten und deren Bestand und Entwicklung ausschließlich von deren Engagement abhing. Häufig wurden projektartige Strukturen geschaffen, ähnlich denen von BürgerInneninitiativen, welche vor allem bei der Erschließung neuer Siedlungen in Eigeninitiative geschaffen wurden, um Trink- und Abwasserversorgung, Straßen und Energieversorgung zu regeln. Daraus entwickelten sich vielfach dauerhafte Nachbarschaftsstrukturen (*juntas*, *comités*),¹⁵ die vielfach auch legislative und judikative Funktionen wahrnahmen.¹⁶

Im Zuge der Wirtschaftskrise der 1980er und vor allem der 90er Jahre entwickelten sich die Nachbarschaftsvereinigungen vielerorts zu Organisationen des Widerstands gegen den als korrupt und dysfunktional empfundenen Staat und zugleich zum Träger der Forderung nach einer „partizipativen und protagonistischen Demokratie“, in welcher die organisierten BürgerInnen selbst zunehmend öffentliche Aufgaben wahrnehmen sollten.¹⁷ Die seit 1958 herrschende formale Demokratie befand sich aufgrund eines zwar omnipräsenten, aber klientelistischen Zweiparteiensystems mit sich kontinuierlich verschlechternden ökonomischen und sozialen Bedingungen seit den 1980er Jahren im Niedergang. Nach dem Caracazo von 1989, einem je nach Schätzung mehrere hundert bis über 1000 Tote zählenden Volksaufstand, brach das zuvor fast omnipräsente, für Ämterpatronage zuständige Zweiparteiensystem zusammen. 1998 gewann Hugo Chávez den Präsidentschaftswahlkampf mit der Forderung nach einer Neugründung der Republik; die 1999 partizipativ erarbeitete Verfassung erklärt die neu aufzubauende Demokratie zu einer partizipativen und protagonistischen.¹⁸

11 Barrio bezeichnet in Venezuela ein wie die brasilianische Favela von Squattern aufgebautes Stadtviertel.

12 Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tierra Urbana, 2007, zitiert nach Colau, Los Comités de Tierras Urbanas y el proceso de regularización de tierras en Venezuela, http://observatoridesc.org/files/articulo_venezuela.pdf (27.4.2012).

13 Legal Institutions in the Caracas Barrios: A law-in-society Case Study, in: Karst/Rosenn, Law and Development in Latin America: a case book (1975).

14 Ebd 586.

15 Rivero, Neighborhood Associations in Venezuela: “Los Vecinos” Voice their Dissent. Conference of Latin American Geographers (CLAG) Yearbook 1995, 1 (4).

16 Karst/Rosenn Law and Development 619 ff.

17 Rivero CLAG Yearbook 1995, 2.

18 Über 30 Artikel der Verfassung von 1999 führen die Partizipation von BürgerInnen, zivilgesellschaftlichen Organisationen, indigenen Gemeinden usw. in Politik, Wirtschaft und sozialen sowie kulturellen Bereichen an.

Über Wasser- und Landkomitees sowie lokale Planungsräte zum Consejo Comunal

Die heutigen CC und Comunas sind aus der Dynamik der sozialen Auseinandersetzungen entstanden.¹⁹ Die ersten praktischen Schritte zu Partizipation und Protagonismus betrafen landesweit präsenste Probleme der Barrios, nämlich Wasserversorgung und Bodenreform; die dort geschaffenen Strukturen wurden zur praktischen Ausgangsbasis der CC, deren Teilstrukturen sie heute darstellen.

Bereits 1999 entstanden die auf politische Kämpfe der 1990er Jahre zurückgehenden Runden Tische der Wasserversorgung (Mesas Técnicas de Agua, Consejos Comunitarios de Agua). Mithilfe partizipativer Strukturen der Comunidades dienten sie dazu, die Wasserversorgung zu demokratisieren. Sie waren u.a. an Entscheidungen über Infrastruktur, prioritäre Investitionen, Abwasserentsorgung bis hin zu den Versorgungsquellen beteiligt.²⁰ Auf Grundlage eines Präsidialdekrets entstanden ab 2002 die städtischen Landkomitees (Comités de Tierra Urbana, CTU). Die CTU sind eine Antwort auf die in den 1980er und 90er Jahren gewachsene Unsicherheit der Barrio-BewohnerInnen hinsichtlich des Grundeigentums ihrer Häuser. Mangel an Bauland und städteplanerische Diskussionen riefen SpekulantInnen auf den Plan, die Eigentumsansprüche auf Grundstücke bis zur Größe halber Stadtviertel erklärten.²¹ Das unter Mitwirkung von community-AktivistInnen entstandene Dekret bezweckt und bewirkt jedoch mehr als lediglich die mit der Übertragung des Eigentums verbundene Rechtssicherheit (samt Belastbarkeit und damit Zugang zu Krediten). Es wurde zum Vehikel einer städtebaulichen, administrativen und organisatorischen „Revolution“: Die sich selbst organisierenden Nachbarschaften (bis zu maximal 400 Familien) wurden zu Protagonistinnen der Stadtplanung. Voraussetzung der Landübertragung ist nicht nur ein mehrheitlich befürworteter Antrag der BewohnerInnen, sondern die partizipative Erstellung eines Katasters und die Bestandsaufnahme über Wirtschafts- und Sozialstrukturen der Comunidad, um Potentiale und Defizite festzustellen. Die in einer Art konstituierenden Versammlung zu verabschiedende Satzung wird zur Grundlage der nachbarschaftlichen Identität und der kollektiven Planung.²² Die CTU werden „zum Mittel sozialer Inklusion durch Mobilisierung der Exkludierten“.²³ Bis 2011 wurden 500.000 Wohneinheiten legalisiert.²⁴

Das parallel erlassene, am Vorbild der Bürgerhaushalte Porto Alegres orientierte Gesetz über lokale Planungsräte sollte die Planung und Mittelverteilung in den Municipios demokratisieren, die Umsetzung scheiterte aber vielfach am mangelnden Willen der

19 Lander, *El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela*, OSAL No. 22 (2007), 66 ff. Ausführlich zu den Hintergründen der CC vgl. Azzellini, *Partizipation, Arbeiterkontrolle und die Commune: Bewegungen und soziale Transformation am Beispiel Venezuela* (2010) 270 ff.

20 Lander OSAL No. 22, 73 f.

21 Antillano, *La lucha por el reconocimiento y la inclusión en los barrios populares: la experiencia de los comités de tierra urbana*, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* 2005 (Vol. 11), 208 ff.

22 Ebd 210 ff.

23 Ebd 210.

24 Vgl Gaceta Oficial No. 39.668 vom 6.5.2011.

BürgermeisterInnen. Reformdiskussionen unter Beteiligung der „Wassertische“ sowie der CTU führten zur Einführung der heutigen CC, denen auf Verlangen der BasisaktivistInnen durch Gesetz²⁵ ein umfassendes Selbstverwaltungsrecht übertragen wurde. Die ersten CC entstanden 2005 vor der Verabschiedung des Gesetzes durch Basisinitiativen²⁶, mit Verabschiedung des gesetzlichen Rahmens. Innerhalb weniger Jahre wurden die CC zum zentralen Bezugspunkt staatlicher Dezentralisierungspolitiken. Im Wege einer umfassenden Gesetzesreform 2009²⁷ (ley orgánica de consejos comunales, im Folgenden LOCC) wurden die CTU zu Ausschüssen der CC.

Consejos Comunales

Die CC stellen eine in Lateinamerika²⁸ und vielleicht weltweit einzigartige, neue politisch-administrative Entwicklung dar. CC organisieren kommunale Einheiten (Blöcke, Straßen, Dörfer); der Beschluss zur Gründung geht von der Comunidad selbst aus, wobei der gemeinsame Wohnort, historische Faktoren sowie ökonomische, soziale, kulturelle usw Interessen eine Rolle spielen können. Ihre Größe ist in urbanen Regionen auf 150 bis 400 Familien begrenzt, in Dörfern müssen mindestens 20 Familien, in indigenen Gemeinden zehn sich zusammenschließen (Art 3 LOCC). Im Zentrum steht die lokale Selbstverwaltung, dh die Artikulation, Koordination und Durchführung der von der Comunidad festgelegten Aufgaben bei Partizipation und Integration der BewohnerInnen (Art 2). Ihre Struktur ist entsprechend horizontal. Höchstes beschlussfassendes Gremium ist die durch alle mehr als 15 Jahre alten BewohnerInnen gebildete Vollversammlung, deren Beschlussfähigkeit die Anwesenheit von 30 % (bei zweiter Ladung 20 %) der Stimmberechtigten voraussetzt (Art 22). Ihr kommen die zentralen Aufgaben zu, wie die Einrichtung der Komitees samt Wahl der SprecherInnen und der VertreterInnen in überkommunalen Angelegenheiten, die Verabschiedung von Satzung und Statuten, Verabschiedung des Entwicklungsplans und Beschlussfassung über Projekte, und nicht zuletzt die Verabschiedung der „Normen des Zusammenlebens“ (Art 23). Zentrale Organe neben der Vollversammlung sind die Exekutiveinheit, die Verwaltungs- und Finanzinheit sowie die Kontrolleinheit, deren SprecherInnen wiederum das Koordinierungskollektiv der Comunidad bilden (Art 19, 24 ff.). Die Partizipation der BewohnerInnen erfolgt wiederum hauptsächlich über die verschiedenen Komitees; das Gesetz nennt 15 Beispiele, darunter CTU, Gesundheit, Wohnraum, kommunale Ökonomie, Bildung, Sport, Kommunikation, Sicherheit. Seit 2005 haben sich

25 Ley de consejos comunales, Gaceta Oficial No. 5.806 (extraordinaria) vom 10.4.2006.

26 Vgl Azzellini Commune 272.

27 Ley orgánica de consejos comunales, Gaceta Oficial No. 39.335 vom 28.12.2009.

28 Im Gegensatz zu den CC zeichnen sich die ähnliche Räume erfassenden, intern aber hierarchisch organisierten Consejos Populares in Cuba gerade dadurch aus, dass sie eine Vertretung der Regierung auf Barrio-Ebene darstellen, während die CC vom Gedanken der Autonomie und Selbstverwaltung geprägt sind.

über 41.000 CC mit über 800.000 SprecherInnen verschiedener Komitees in Venezuela konstituiert.²⁹

Comuna und Poder Popular

Die positiven Erfahrungen mit dem Aufbau der CTU und der CC haben innerhalb kurzer Zeit ein weiteres Gesetzespaket provoziert, das einen großen Schritt hin zum „kommunalen Staat“ bedeuten kann. Ende 2010 wurde mit den Organgesetzen zur „Volksmacht“ (poder popular), zur öffentlichen und gesellschaftlichen Planung, über die Comunas (ley orgánica de comunas, im Folgenden LCO), zum kommunalen ökonomischen System und zur sozialen Kontrolle (Rechenschaftslegung öffentlicher Organe, Kontrolle durch die BürgerInnen bzw die kommunalen Organisationen) ein umfangreicher rechtlicher Rahmen für den Aufbau einer ökonomischen und politischen „Demokratie von unten“ gelegt.

Eine Comuna ist ein Zusammenschluss benachbarter (als CC organisierter) Comunidades mit gemeinsamen historischen und kulturellen Wurzeln (Art 5 LCO). Der LCO zufolge sind ihre Zwecke ua die Förderung und Entwicklung von „protagonistischer und gemeinschaftlich für die öffentlichen Politiken verantwortlicher“ Partizipation, die bürgerschaftliche Selbstverwaltung mittels Planung der sozialen und ökonomischen Entwicklung, eigenständiger Haushaltsführung, Verwaltung der übertragenen staatlichen Kompetenzen und Dienstleistungen, und der Aufbau eines Systems der „Produktion, Distribution und des Konsums in Form sozialen Eigentums“ (Art 6 LCO). Wie bei den CC kommt auch hier dem Staat *expressis verbis* lediglich die Aufgabe eines Unterstützers zu (Art 63 f. LCO); das zuständige Ministerium soll lediglich Strategien zur Förderungen des Aufbaus und der Unterstützung der Comunas entwerfen, diese im Hinblick auf Projekte, Infrastruktur und Dienstleistungen finanzieren und das Register führen (Art 65 LCO). Die Finanzierung erfolgt aus eigenen (wirtschaftlichen und steuerlichen) sowie staatlichen Quellen aller Ebenen. Comunas können sich wiederum mit anderen Comunas zusammenschließen (Art 57 LCO).

Zentrale Organe der Comuna sind das Kommunalparlament, der Umsetzungsrat (Consejo de Cumplimiento), die ständigen Komitees, der Planungsrat sowie die Kommunalbank mit eigener Rechtspersönlichkeit; die in den Art 52 ff. LCO vorgesehene Kommunaljustiz bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines besonderen Gerichtsverfassungs- und Verfahrensgesetzes (Art 53 LCO). Zu den Aufgaben des Parlamentes gehören ua die Beschlussfassungen über den Entwicklungsplan, über Projekte und über Kommunale Satzungen (Cartas Comunales). Letztere haben den Zweck, im Rahmen der Gesetze und der Verfassung „das soziale und komunitäre Leben zu regulieren, die öffentliche Ord-

²⁹ Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social vom 17.1.2012, http://www.mpcomunas.gob.ve/noticias_detalle.php?id=7541 (27.4.2012).

nung, das Zusammenleben und den Vorrang des kollektiven gegenüber dem partikulären Interesse zu garantieren“ (Art 35). Es besteht damit ein umfassendes Gesetzgebungsrecht innerhalb des höherrangigen Rechts.

Das Kommunalparlament ist keineswegs das, was man erwartet: da die Demokratie partizipativ und protagonistisch (dh selbst beschließend und handelnd) sein soll, ist es ein virtueller Zusammenschluss der Vollversammlungen. Beschlüsse werden in den Vollversammlungen der *Comunidades* diskutiert und gefasst, wobei schließlich die Ergebnisse zusammengezählt werden und jeder Vollversammlung eine Stimme zukommt (Art 23 LCO). Mit anderen Worten, jede/r BewohnerIn der *Comuna* mit mindestens 15 Jahren ist ParlamentarierIn. Eine zentrale praktische Rolle kommt daher dem Umsetzungsrat zu, welcher aus SprecherInnen aller *Comunidades* zuzüglich fünf in universeller und direkter Wahl bestimmten SprecherInnen zusammengesetzt ist. Der Umsetzungsrat koordiniert die *Comuna* und ist für Vorbereitung und Umsetzung der Beschlüsse des „Parlaments“ zuständig; er besitzt eine Koordinationskommission, welche die *Comuna* rechtlich vertritt. Für die inhaltlichen Teilbereiche sind wie bei den CC Komitees zuständig.

Die Kommunale Justiz schließlich soll vor allem Schlichtung, Mediation und andere Konfliktlösungsmechanismen befördern, um aus der kommunalen Partizipation und dem allgemeinen Zusammenleben entstehende Konflikte zu lösen (Art 52 LCO); sie kann sich dabei im Fall der Nichtbefolgung der bindenden Beschlüsse auf das *Ministerio Público* (autonome Staatsanwaltschaft mit weiteren Aufgaben) stützen.

Kulturelle und ökonomische Bedeutung

Bemerkenswert ist, dass weder in CC noch in der *Comuna* Vorstand oder Präsidium vorgesehen sind. Zwar existiert eine umfangreiche Arbeitsteilung, aber nur flache Hierarchien. Mögen bei der *Comuna* mit Umsetzungsrat und Koordinationskomitee Strukturen bestehen, die an Zentralkomitee und Politbüro (erweiterten und engen Vorstand) erinnern: PräsidentIn, GeneralsekretärIn usw fehlen. Das positive Recht bricht hier, wie sich ua auch der Bezeichnung der Organe entnehmen lässt, bewusst mit der Tradition; an die Stelle der paternalistisch-patriarchalen „*Caudillo*–“ und Repräsentationskultur tritt die kollegialer und partizipativ arbeitender Organe.

Darin dürfte einer der Gründe liegen, warum, wie in den anderen partizipativen Strukturen des Staates auch, ganz überwiegend Frauen in den CC und *Comunas* aktiv sind.³⁰ Auch die Tatsache, dass der Prozentsatz der weiblichen Haushaltsvorstände dem Makrozensus zufolge in den letzten zehn Jahren von 29 % auf 39 % gestiegen ist³¹, dürfte nicht zuletzt der überproportionalen Präsenz von Frauen in den partizipativen Strukturen geschuldet sein.

30 Vgl *Azzellini* Commune 150 f.

31 Vgl Instituto Nacional de Estadística, Makrozensus 2011.

Der langfristig entscheidende Faktor für ein Gelingen des Umbaus der politischen, ökonomischen und juristischen Strukturen dürfte in Aufbau und Konsolidierung der lokalen Ökonomie liegen. Wenn man mit der materialistischen Rechtstheorie, zuletzt mit den lateinamerikanischen Untersuchungen zum Rechtspluralismus, eine hohe Relevanz der Sozialstrukturen und damit der Produktionsverhältnisse für die Rechtsstrukturen annimmt, ist die Vergesellschaftung der Ökonomie in für die Volkswirtschaft prägenden lokalen und regionalen Wirtschaftskreisläufen wesentlich für Partizipation und Protagonismus und damit für die Vergesellschaftung (demokratische Selbstbestimmung) auch der normativen Basis des Zusammenlebens.

Dabei spielt eine staatliche Anschubfinanzierung eine große Rolle, wobei längerfristig die sozialen bzw kommunalen Kleinunternehmen selbsttragend sein müssen, wenn sich auch wirtschaftsdemokratische Produktionsverhältnisse in diesem bislang durch informelle Beschäftigung geprägten Bereich durchsetzen sollen. Aktuelle Maßnahmen der Regierung in diesem Sinn sind neben der gezielten, durch verschiedene, teilweise pluralistische Gremien zu vergebende Projektfinanzierungen der Aufbau eines massiven Wohnungsbauprogramms, bei welchem die CC durch Aufbau von Baubrigaden sowie baubezogene Handwerksbetriebe einen wesentlichen Anteil haben.

Auswirkungen auf die Rechtskultur

Bewirken CC und Comunas einen Bruch mit der „Tradition“ der mangelnden Wirksamkeit des Rechts, begleitet von Autoritarismus und Rechtspluralität? Wie realistisch ist es, dass die Comunas ihren Aufgaben in den Bereichen der Rechtsetzung und Konfliktbeilegung auch nachkommen werden?

Empirisch betrachtet lässt sich zumindest ein stark ausgeprägtes Interesse der bisher marginalisierten Bevölkerung an einer basisdemokratischen Verrechtlichung und Durchsetzung des Rechts kaum leugnen. So ist das kommunal ausgerichtete, auf ein alternatives, pluralistisches Recht und alternative Konfliktlösung ausgerichtete JuristInnenausbildungsprogramm an der 2004 gegründeten, dezentralisierten Bolivarianischen Universität (UBV) das größte der venezolanischen Geschichte. Im Jahr 2010 zählte die UBV über 60.000 Jura-Studierende und über 7.600 AbsolventInnen.³² In allen 335 Gemeinden des Landes kann nunmehr, auch im Abendstudium, Jura studiert werden; ein Großteil der Studierenden kommt aus dem Barrio. Die etwa ein Drittel der Credits umfassenden Jahresprojekte des Studiengangs sind maßgeblich auf im weiteren Sinn rechtliche Problemanalysen und -lösungen in der Comunidad ausgerichtet. Eine im strengeren Sinn dogmatische Ausbildung ist nicht vorgesehen; stattdessen stehen die soziologische Analyse des Rechts, Mechanismen der Streitbeilegung, ökonomische, politische und

32 Fundación Misión Sucre, Memoria y Cuenta 2010, Caracas 2011, 39.

historische Zusammenhänge des Rechts, Menschenrechte und das Recht der Cominidad im Mittelpunkt. Dass die Comidades in der Lage sein werden, das bisherige kommunale Gewohnheitsrecht zu politisieren und kommunal normativ regelbare Angelegenheiten in Rechtsform zu fassen, scheint vor diesem Hintergrund nicht unrealistisch. Gleiches gilt für die Entwicklung alternativer Streitbeilegungsmechanismen, deren Wirksamkeit sicherlich nur teilweise vom positiven Recht abhängen wird. Was aber ist das, wenn nicht eine Demokratisierung und Vergesellschaftung nicht nur des materiellen Rechts, sondern der Rechtsform an sich?

Von erheblicher Bedeutung dürfte ferner sein, dass die staatliche Legislative und Exekutive mit den neuen Institutionen des Poder Popular in einen organisierten Dialog tritt. Ein Beispiel hierfür ist die in einem langen, partizipativen Prozess unter Beteiligung u.a. von Menschenrechtsgruppen und Basisinitiativen seit 2006 entwickelte, 2009 zunächst in einem Pilotprojekt eingeführte und sich sukzessive in ganz Caracas und Venezuela ausbreitende neue Polizei (Policía Nacional Bolivariana, PNB). Diese soll – mit erstmals nach einheitlichen Standards akademisch ausgebildeten PolizistInnen – in den Comidades verankert und von diesen kontrolliert werden.

Rechtstheoretische Einordnung

Die noch junge Comuna lässt sich in ihrer positivrechtlichen Gestalt als beispielhafter Ausdruck der Theorie-Praxis-Verknüpfung der lateinamerikanischen sozialen und progressiven politischen Bewegungen betrachten. Sie ist Ergebnis der positiven Erfahrung mit den CC, der Koordination auf lokaler Ebene und der Kritik an Bürokratismus und Klientelismus staatlicher Strukturen.

Dabei bedarf insbesondere ein Punkt der besonderen rechtstheoretischen Aufmerksamkeit: Dem einflussreichen marxistischen Rechtstheoretiker Oscar Correas zufolge ist ein Staat nicht demokratisch, wenn er alternativen demokratischen Rechtssystemen die Anerkennung verweigert oder sie bekämpft. Correas arbeitet dabei im Rahmen einer Rechtspluralismus-Diskussion den kritischen Punkt heraus, der gerade bei der Unterscheidung der Anerkennung demokratischer indigener und sonst vollautonom (nicht „subversiver“) Rechtssysteme und dem Recht der Comunas zu diskutieren ist: Subalterne Systeme dürfen ihm zufolge weder „inkorporiert“ noch „kooptiert“ werden, denn das hieße gerade, sie als Systeme zu negieren.³³ Die CC und Comunas tangieren außerhalb der nachbarschaftlichen Barrio-Regeln demokratische Rechtssysteme nicht, machen ihrerseits aber die nur schwach demokratischen, gewohnheitsrechtlichen Regeln der Barrios demokratisch formbar. Im engeren Sinne autonome (selbstregulierende) Rechtssysteme werden also durch die Institutionalisierung erst konstituiert, die Comu-

33 Correas, *Crítica jurídica* 1995, 110 f.

nidades stellen sich in „einem Akt der sozialen Konstruktion“ im Rahmen eines aktiven Prozesses selbst her.³⁴ Der Staat unterwirft hier weniger autonome Comunidades, als dass er sie vielmehr durch das positive Recht erst handlungs- und kommunikationsfähig macht. Die technisch schwer umzusetzende Forderung Correas´ findet – im Rahmen einer rechtlichen Gratwanderung – einen mE adäquaten Praxisausdruck.

Aus positivrechtlicher Perspektive handelt es sich beim lokalen, von den CC und Comunas entwickelten Recht wie bei Tarif-, Betriebs- oder Vereins- und Genossenschaftsnormen zwar um Produkte einer „delegierten Normsetzungsmacht“. Aber welche materiale Bedeutung kommen dem Staat und dem positiven Recht hier wirklich zu? Ist hier nicht vielmehr, insbesondere durch die Verknüpfung der ökonomischen mit Normsetzungsbefugnissen, ein demokratisches Modell in nuce zu beobachten, das ein ähnlich explosives Entwicklungspotential besitzt wie der Eigennutz im Kapitalismus?

Man kann, auf die lateinamerikanische praxisorientierte Rechtskritik aufbauend, noch weitergehen: De la Torre sieht im kollektiv selbstbestimmten Recht der (lateinamerikanischen) Comunidades die „Legalisierung der Gerechtigkeit“: „Der alternative Gebrauch des Rechts innerhalb der Basisorganisationen [populares] kann ein neues, gegenüber dem geltenden alternatives Recht hervorbringen, das auf eine Reorganisation der politischen Gesellschaft abzielt.“³⁵ Wolkmer forderte bereits 2003 die Verbindung von pädagogisch-entfetschender Rechtskritik mit den Zielen einer „Sozialisierung des Rechts“ (justicia) im Dienst der Emanzipation der Gesellschaftsformationen im peripheren Kapitalismus.³⁶ Jedenfalls der Tendenz nach ist die Aneignung der Rechtsform durch die Comunidades, und damit die Vergesellschaftung des Rechts, in CC und Comuna angelegt.

Ass. jur. Heiner Fechner ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen; fechner@zerp.uni-bremen.de

34 Azzellini Commune 354.

35 De la Torre Rangel Liberación 186, Übers d.Verf.

36 Wolkmer Introducción 43 f.

„Lo común“ und „comunalidad“. Eine alternative Lebensform mexikanischer indigener Gemeinden

Juan Jorge Bautista Gómez¹

Einleitung

Vorliegender Artikel analysiert „*lo común*“ – das Gemeinschaftliche – wie es indigene Gesellschaften des ländlichen Mexiko auf politischer, juristischer, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Ebene laufend als Lebensweise, soziale Interaktion und alternative Gesellschaftsordnung entfalten. Der Veranschaulichung dient das Fallbeispiel einer konkreten *comunidad* des Bundesstaates Oaxaca. *Lo común*, so wie es die indigenen Gemeinden verstehen, wird zunächst allgemein in seinen wesentlichen Grundideen als Gegenentwurf zum Individuell-Privaten skizziert. Danach wird der rechtliche Rahmen beschrieben, der diesen Gemeinden in Mexiko – jedenfalls teilweise – eine autonome Verwirklichung des Gemeinschaftlichen jenseits staatlicher Rechtsstrukturen ermöglicht. Schließlich werden vier Ausprägungsformen erörtert, durch die indigene Gemeinden *lo común* verwirklichen und konstituieren: das Gemeinschaftsfest und das Zelebrieren des Gemeinschaftlichen; das gemeinschaftliche Pflichtensystem; die gemeinschaftlichen Entscheidungsfindungs- und Regierungsstrukturen und das Gemeinschaftsland als gemeinsame Basis all dieser Aspekte.

Lo común und das Individuell-Private

Lo común, wie es indigene Gemeinden in Mexiko leben, ist in politischer, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Hinsicht ein klares Gegenkonzept zu liberalen Gesellschaftsentwürfen, die auf dem Individuell-Privaten basieren. Das Individuelle liberaler Entwürfe hat immer damit zu tun, (individuelle) Aneignung zu ermöglichen und die Zugehörigkeit von Gütern zu partikularisieren und zu individualisieren. Fundament und politisches Herzstück des Individuell-Privaten ist das Eigentum. *Lo común* hingegen wird gemeinschaftlich geschaffen, verteilt und genutzt, kommt daher allen als Kollektiv zu, unterliegt nicht der Kommerzialisierung, impliziert eine Verbindlichkeit ge-

1 Aus dem Spanischen übersetzt von Judith Schacherreiter.

genüber dem Kollektiv und Interventionen durch das Kollektiv und steht in unmittelbarer Verbindung zur *comunidad*, die das Kollektiv bildet und durch die sich *lo común* entfaltet. Das Individuell-Private und *lo común* schließen sich gegenseitig aus; das Individuell-Private ist das „*no común*“ schlechthin. Daraus ergeben sich grundlegend differente Strukturen jener Gesellschaften, die als liberale Gesellschaften auf dem Individuellen basieren und jenen, die sich als *comunidades* auf das Konzept des *lo común* gründen.

Die gegenwärtig dominierenden kapitalistischen Gesellschaften beruhen auf dem Individuellen, das sich seinerseits über Eigentum und Aneignung definiert. Diesen Gesellschaften dienen die verschiedensten Rechtsgebiete, etwa Zivilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Verfassungsrecht, im besonderen freilich das Sachenrecht oder auch das Urheberrecht, zum dem Schutz der Institution Eigentum. Das Eigentumsrecht räumt eine absolute Sachherrschaft und Verfügungsmacht ein, und dies mittlerweile über alle Güterarten, Fahrnis wie Liegenschaft, materielle wie immaterielle Güter, wobei dem Eigentum an Grund und Boden als materieller Voraussetzung und historischem Fundament der modernen kapitalistischen Gesellschaft² besondere Bedeutung zukommt. Die allumfassende Reichweite und Bedeutung des Eigentums bestimmt das politische, wirtschaftliche und rechtliche Schicksal der Güter. Sie gelten alle als aneignbar, werden daher zu Eigentum und als Eigentum dem Markt unterworfen. „Der Marktmechanismus institutionalisiert sich durch die Basiselemente des Privatrechts, den Vertrag und das Eigentum. [...] Und die Marktteilnehmer denken in den Kategorien von Gewinnen oder Verlieren.“³

Dieser auf dem Eigentum basierende liberale Gesellschaftsentwurf, das *no común*, konnte sich in den meisten rechtlichen und politischen Systemen, national wie international, durchsetzen, institutionalisieren und verfestigen. Die heute existierenden Nationalstaaten haben sich ganz überwiegend auf einer kapitalistisch-liberalen Basis und damit den Konzepten des Individuellen und des Eigentums errichtet. Sie ermöglichen die individuelle Verfügung über Güter inklusive Grund und Boden. Dieses dominante System erweckt den Anschein, dass auf individueller Ebene mehr Wahlmöglichkeiten, mehr Alternativen, mehr Freiheit und mehr Optionen als früher bestehen. Auf globaler Ebene hingegen sehen wir das Gegenteil, nämlich einen Rückgang von Diversität.⁴

Lo común, comunidad und comunalidad

Als Gegenentwurf zum Individuellen und Individualisierten steht *lo común* in direkter Verbindung zur *comunidad* und zum Kollektiven. *Lo común* ist das nicht Aufteilbare,

2 Nach Marx ermöglicht das Eigentum an Grund und Boden die ursprüngliche Akkumulation, ihrerseits Voraussetzung kapitalistischer Produktionsweise, vgl. *Karl Marx*, *Das Kapital*, Band I, Marx-Engels-Werke, Band 23 (1968) 741 ff.

3 *Jürgen Habermas*, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad* (2010) 58.

4 *Peter Burke*, *Hibridismo cultural* (2010) 143.

das nicht in einzelnen Stücken individuell Aneignbare, das nicht Privatisier- und nicht Vermarktbar. Seine Aneignung, Privatisierung und Vermarktung bedeuten vielmehr seine Zerstörung.

Im Kontext des indigenen Mexiko⁵ steht *lo común* in engem Zusammenhang mit dem Konzept der „*comunalidad*“,⁶ das heißt der Verwirklichung und Entfaltung der *comunidades* als Gemeinschaften. Als *comunidad* gelten dabei Gesellschaften beziehungsweise Gemeinschaften, die sich durch so genannte *usos y costumbres* (Sitten, Bräuche, Gewohnheiten) organisieren,⁷ also durch soziale, politische und kulturelle Praktiken, die sich zu Normensystemen verfestigen und in multikulturell verfassten Staaten⁸ als autonome Regelungswerke anerkannt werden. In diesen Regelungswerken können sich Strukturen jenseits von Individualisierungsprozessen aufrechterhalten. Durch diese Strukturen bewahren und verteidigen ländlich-indigene, aus okzidentaler Sicht rudimentäre Gesellschaften *lo común*. Die *comunidades* definieren sich sogar gerade über *lo común*, ihre Gemeinschaftlichkeit. Die zahlreichen jeweils kulturell, sprachlich und ihrer sozialen Organisation nach unterschiedlichen *comunidades* machen Mexiko zu einer komplexen multikulturellen Gesellschaft. Artikel 2 der Mexikanischen Verfassung⁹ reagiert darauf, indem er Folgendes vorsieht:

„[...] Die [Mexikanische] Nation weist ein plurikulturelles Gefüge auf, das originär auf ihren indigenen *pueblos* beruht, die von jener Bevölkerung abstammen, die das aktuelle Territorium des Landes zu Beginn der Kolonisierung bewohnten und die ihre eigenen sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Institutionen, oder einen Teil dieser Institutionen, bewahrt haben [...] Bei den zu einem bestimmten indigenen *pueblo* gehörenden *comunidades* handelt es sich um soziale, ökonomische und kulturelle Einheiten, die sich auf einem Territorium niedergelassen haben und entsprechend ihrer *usos y costumbres* ihre eigenen Autoritäten bilden und anerkennen [...]

A. Diese Verfassung anerkennt und garantiert das Recht auf Selbstbestimmung der indigenen *pueblos* und *comunidades* und gewährt ihnen daher Autonomie für:

I. Die Festlegung der internen Formen des sozialen Zusammenlebens und der sozialen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Organisation.

II. Die Anwendung ihrer eigenen Normensysteme für die Regelung interner Konflikte [...]

5 Klassikerwerke zum indigenen Mexiko sind etwa *Guillermo Bonfil Batalla*, México Profundo: Una civilización negada (2010) oder *Fernando Benítez*, Los Indios de México. Antología (2000).

6 Zum Begriff der *comunalidad* grundlegend *Jaime Martínez Luna*, Eso que llaman comunalidad (2010).

7 Dazu erschien in letzter Zeit umfassende Literatur, verfasst von indigenen und nicht-indigenen mexikanischen AutorInnen, die indigene Realitäten und insbesondere *usos y costumbres* beschreiben und analysieren. Beispielhaft seien erwähnt: *Jaime Martínez Luna*, *Melitón Bautista*, *Adelfo Regino*, *Gustavo Torres Cisneros*, *Rodolfo Moreno Cruz*, *Pedro Garzón López*, *Jorge Hernández Díaz*, *Carmen Cordero de Durant*, *Saúl Reyes Sanabria*, *Francisco López Bárcenas*.

8 *Luis Villoro*, Estado plural, pluralidad de culturas (1999).

9 Die Verfassung ist in spanischer Sprache zugänglich auf der Homepage <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (30.4.2012).

III. Die Wahl ihrer Autoritäten und Repräsentanten für die Ausübung ihrer internen Regierungsformen entsprechend ihren traditionellen Normen, Verfahren und Praktiken [...]

V. Die Erhaltung und Verbesserung ihres Lebensraums und den Schutz der Integrität ihres Landes entsprechend den Bestimmungen dieser Verfassung; [...]"

Die Verfassung gewährt also den indigenen *pueblos* und *comunidades* Autonomie, das heißt das Recht der Selbstbestimmung und Selbstregulierung, wobei indigene Völker und ihre Vertreter auf zahlreiche Probleme der Umsetzung und Realisierung dieser verfassungsrechtlichen Ansage und auf viele offene bzgl. Forderungen verweisen.¹⁰ Jedenfalls organisiert sich in diesem verfassungsrechtlichen Rahmen auch die hier als Fallbeispiel näher erörterte *comunidad*, San Mateo Macuilxochitl,¹¹ durch ihr autonomes Regelungsregime. Macuilxochitl befindet sich im südöstlichen Bundesstaat Oaxaca, der gemeinsam mit Chiapas von allen 32 mexikanischen Bundesstaaten die größte kulturelle Vielfalt indigener Gruppen und den größten indigenen Bevölkerungsanteil aufweist. Oaxacas plurikulturelles Gefüge zeigt sich etwa darin, dass von seinen insgesamt 570 *municipios* (Bezirken) 418 gemäß jeweils unterschiedlichen *usos y costumbres* reguliert und organisiert werden.

Die Plurikulturalität Oaxacas (und Mexikos im Allgemeinen) steht in einem juristischen und politischen Spannungsverhältnis zur Organisation Mexikos als Nationalstaat, weil dieses Konzept grundsätzlich auf der Vorstellung einer einheitlichen und weitgehend homogenen Nation mit einem einheitlichen Rechtssystem beruht. Da die indigenen *comunidades* und *pueblos* ihre Lebensweise auf Basis des Gemeinschaftlichen (*lo común*) entfalten, besteht ebenso ein Spannungsverhältnis zur dominierenden kapitalistischen Wirtschaftsverfassung Mexikos, die sich auf dem Individuell-Privaten gründet.

Die hier näher betrachtete *comunidad* San Mateo Macuilxochitl ist eine *comunidad* des indigenen *pueblos* der Zapotecos, umfasst 2.440 Bewohner und Bewohnerinnen, befindet sich 15 Kilometer von der Bundeshauptstadt Oaxaca entfernt, ist ans öffentliche Grundversorgungssystem (Wasser etc) angeschlossen und verfügt über die fundamentalen öffentlichen Dienstleistungen. Die Bevölkerung lebt aber in sehr einfachen, teils rudimentären Verhältnissen und aufgrund intensiver Migrationsbewegungen mit Hilfe der Geldflüsse der MigrantInnen, die seit 1940 allgemein zu einer zentralen finanziellen Quelle für die Entwicklung zahlreicher *comunidades* in Mexiko geworden sind. Seine landwirtschaftliche Situation ist prekär, was auf die öffentliche Vernachlässigung des heimischen Agrarsektors zurückgeht, die im besonderen die indigene Landbevölkerung trifft.

10 Analyse und Kritik finden sich etwa bei *Francisco López Bárcenas*, *Autonomías y derechos indígenas en México* (2009).

11 „Macuilxochitl“ ist ein Begriff der indigenen Sprache des Nahuatl und bedeutet übersetzt „Fünf Blumen“ (macuil: fünf, xochitl: Blume). Der vorangestellte spanische Begriff „San Mateo“ bezieht sich auf einen Heiligen und wurde dem Gemeinamen in der Kolonialzeit beigegeben. In der eigenen Sprache der BewohnerInnen, dem Zapoteco, nennt sich die Gemeinde „yeawiih“, was ebenso „Fünf Blumen“ bedeutet.

Wie in anderen indigenen *pueblos* und *comunidades*, ist *lo común* in Macuilxochitl allgegenwärtig und manifestiert sich in den verschiedensten Praktiken und Gewohnheiten sowie den damit in Zusammenhang stehenden normativen Systemen. Seine wichtigsten Kristallisationspunkte, die im Folgenden besprochen werden, sind die Gemeinschaftsfeste, die gemeinschaftlichen Arbeitsprozesse, die politischen und rechtlichen Entscheidungsfindungsstrukturen und die Bedeutung von Land und Territorium. Gemeinsamer kultureller Hintergrund all dieser Aspekte ist der religiöse, politische und metaphysische Synkretismus, der daher kommt, dass präkolumbianische kulturelle und religiöse Elemente zu einem Großteil unterdrückt und vernichtet, teilweise aber trotzdem aufrecht erhalten wurden und sich mit christlichen und okzidentalischen Aspekten mischten, wobei deren Einführung im damaligen Neuspanien ihrerseits mit Neuinterpretationen und Wandlungen verbunden war. In Macuilxochitl wird beispielsweise bis heute die indigene Sprache des Zapoteco, gleichzeitig Spanisch und aufgrund der Migrationsbewegungen teilweise auch Englisch gesprochen; neben Ruinen und Resten der prähispanischen Stadt Dainzú und anderen archäologischen Ausgrabungen befinden sich katholische Kapellen und Kirchen; in Festen und Riten mischen sich indigene mit christlich-okzidentalischen Elementen etc.

Gemeinschaftsfeste und das Zelebrieren des Gemeinschaftlichen

Lo común manifestiert sich zunächst in den Festivitäten der *comunidad*, insbesondere im jährlichen dem „Santo Patrón“ San Mateo gewidmeten Fest, bei dem es aber vor allem auch darum geht, die Existenz, Gegenwärtigkeit und das Fortbestehen der *comunidad* als Gemeinschaft zu zelebrieren. Durch das Fest erklärt, rechtfertigt, reproduziert und vereint sich die *comunidad* als soziale und kulturelle Gemeinschaft. Daher ist es wichtig, dass alle Gemeindemitglieder in Organisation, Gestaltung und Vollzug des Festes eingebunden sind und bestimmte Verpflichtungen und Aufgaben übernehmen. Das Fest, bestehend aus einer Reihe von Ritualen, Tänzen, Musik, Gebräuchen, Opfergaben etc, geht aus der Gemeinschaft selbst hervor und impliziert eine Interaktion, die die *comunidad* zusammenhält und ihre Gemeinschaftlichkeit – *lo común* – reproduziert, zelebriert und ritualisiert.

Die Einbindung der gesamten *comunidad* erfasst Kinder, Jugendliche, Erwachsene, Frauen und Männer und die Älteren. Ihnen allen kommen bei der Realisierung des Fests bestimmte Rollen und Aufgaben zu. Hier wird die „*Guelaguetza*“ zelebriert, was soviel wie „Geben, Teilen und Schenken“ bedeutet und die darin besteht, dass alle Mitglieder etwas zum Fest beisteuern, etwa physische Arbeit, Hilfe beim Zubereiten der Speisen, Naturalien wie Ziegen, Hühner etc, Bargeld, organisatorische Tätigkeiten, Bezahlung bestimmter Dienstleistungen wie der Musik oä. Martínez Luna, selbst Mitglied einer *comunidad* im Norden Oaxacas und Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Konzept der *comunalidad* erklärt in diesem Kontext, dass sich die Wirtschaft der indigenen

comunidades primär auf zwei Aspekte richtet: erstens den Eigenkonsum und zweitens die Akkumulation, die aber nicht der Kapitalisierung, sondern der gemeinschaftlichen Nutzung durch die *comunidad* selbst, etwa in Festen, und damit der Praktizierung von *comunalidad* dient.¹²

Pflichtensystem und Gemeinschaftsarbeit

Eine zentrale Rolle für die gemeinschaftliche Organisation von Festen spielt das Pflichtensystem (*sistema de cargos*), dem auch abseits davon eine tragende Bedeutung für das Gemeinschaftsleben zukommt und das daher als zweiter Kristallisationspunkt des *común* beschrieben werden kann. Zugehörigkeit zu einer *comunidad* bedeutet Teilnahme am gemeinschaftlichen Leben, Mitwirkung an den für den Fortbestand der *comunidad* notwendigen Arbeiten und daher auch Partizipation im gemeinschaftlichen Pflichtensystem, das den Mitgliedern verschiedene – wohlgemerkt unbezahlte – Arbeiten auferlegt. Dies ist eine Grundvoraussetzung für Anerkennung in der *comunidad* und darüber hinaus für die Übernahme leitender Funktionen, etwa als öffentlicher Amtsinhaber oder Repräsentant der Gemeinde. Um überhaupt für derartige Ämter und Funktionen in Betracht zu kommen, muss die betreffende Person von Kindheit an Respekt und Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft gezeigt haben, was zuallerst eine intensive Beteiligung im gemeinschaftlichen Pflichtensystem bedeutet. Konkrete Aufgaben und Anforderungen dieses Systems sind von *comunidad* zu *comunidad* verschieden und ändern sich im Laufe der Zeit. Sie können Tätigkeiten umfassen wie Arbeit in der Kirche, der Landwirtschaft, der Gebäude- und Straßenerhaltung oder im Rahmen öffentlicher Dienstleistungen. In jedem Fall besteht ein enger Zusammenhang zwischen Zugehörigkeit zur *comunidad*, aktiver Beteiligung am Gemeinschaftsleben, gemeinschaftlicher Arbeit und der Möglichkeit die betreffende *comunidad* zu repräsentieren.¹³

Die Wahl der Autoritäten der *comunidad* basiert daher nicht auf politischen Parteien, sondern auf der konkreten Arbeit der jeweiligen Person zugunsten der *comunidad*, insbesondere im Rahmen des Pflichtensystems und des *tequio* (der Gemeinschaftsarbeit). Dies ist umso beachtlicher, wenn man bedenkt, dass es sich dabei durchgängig um unbezahlte Arbeiten handelt. Die politische Repräsentation in einer *comunidad* resultiert aus dem direkten und täglichen Zusammenleben und der Gemeinschaftsarbeit. Sie basiert auf dem tatsächlichen gegenseitigen Kennen sowie dem Beweis der eigenen Einsatzbereitschaft, Fähigkeiten und Kapazitäten von Kindheit an.¹⁴

Die Pflichtensysteme stehen teilweise in einem heiklen Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen Rahmen Mexikos, insbesondere zum Konzept der *ciudadanía*, also der

12 *Martínez Luna*, Lo que llaman comunalidad 62 f.

13 *Martínez Luna*, Lo que llaman comunalidad 84 f.

14 *Martínez Luna*, Lo que llaman comunalidad 48.

Rolle als (Staats-)BürgerIn und der damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Die Frage, welche Verpflichtungen der Staat seinen BürgerInnen auferlegen kann, steht in einem gänzlich anderen Kontext und ist daher auch ganz anders zu beantworten als die Frage, was den Mitgliedern einer *comunidad* im Rahmen ihres jeweils spezifischen Pflichtensystems abverlangt werden darf. Wir haben es hierbei mit der allgemeinen und heiklen Problematik zu tun, dass autonome Normensysteme der *comunidades* und *pueblos* mit der Verfassung oder anderen staatlichen Gesetzen in Konflikt geraten können, was vor allem dann zu Polarisierungen führt, wenn Menschenrechte betroffen sind. Zur praktischen und politischen Bedeutung dieser Fragen ist allerdings anzumerken, dass – entgegen mancher Vorstellung – die indigenen *comunidades* weder statische noch homogene Gebilde sind, die obsolete präkoloniale Rituale vollziehen, sondern ihrerseits immer in Entwicklung waren, sich auch gegenwärtig laufend verändern und genauso wie die okzidentale Gesellschaft ebenso Schauplatz diverser interner emanzipatorischer Kämpfe sind. Dementsprechend unterliegen auch ihre *usos y costumbres* einem ständigen Wandel und allenfalls Debatten, Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten innerhalb der *comunidad*.

Die Möglichkeit einer *comunidad* ihre *usos y costumbres* zu verändern wird dadurch erleichtert, dass sie nicht niedergeschrieben sind. Weder existieren normative Dokumente, noch Kodifikationen oder Aufzeichnungen über diese gewohnheitsrechtlich entwickelten Praktiken. Vielmehr wird ihr Inhalt durch praktische Anwendung und konkrete Entscheidungen bestimmt und allenfalls abgeändert und erneuert. Damit sind wir bei einem weiteren Kristallisationspunkt angelangt, in dem sich *lo común* manifestiert: die gemeinschaftlichen Entscheidungsfindungs- und Regierungsstrukturen autonomer *comunidades*.

Entscheidungsfindungs- und Regierungsstrukturen

Diese Strukturen sollen wiederum anhand der *comunidad* San Mateo Macuilxochitl erörtert werden. In dieser *comunidad* kann etwa für familiäre Konflikte, die sich zwischen Mitgliedern der *comunidad* ereignen, je nachdem wie schwerwiegend sie sind, die *comunidad* oder die jeweilige Autorität eine *asamblea* (Vollversammlung) einberufen, die in der Folge für den Konflikt eine Lösung entwickelt und eine Entscheidung fällt. Bei der *asamblea* handelt es sich um eine Versammlung der Mitglieder der *comunidad*, wobei die Teilnahmeberechtigung – etwa von Frauen – von *comunidad* zu *comunidad* variiert. In Macuilxochitl nehmen Frauen gleichermaßen wie Männer teil. Jene, die etwa im Fall des familiären Konflikts bei Entwicklung und Fällung der Entscheidung aktiv mitwirken, kennen im Regelfall seine Hintergründe und Details, diskutieren ihre Meinungen und berücksichtigen eine Art gewohnheitsrechtlicher Rechtsprechung. Das bedeutet konkret, dass die Älteren sich daran erinnern, dass sich vielleicht vor zwanzig, zehn oder fünf Jahren ein ähnlicher Konflikt ereignete und auf diese oder jene Weise

entschieden wurde. Schließlich wird diskutiert, ob und wie diese ältere Entscheidung dem aktuellen Fall als Richtlinie dienen könnte, und ob allenfalls gewisse Anpassungen erforderlich sind. Das Wichtige dabei ist, dass die *comunidad* partizipiert, sich versammelt, Meinungen austauscht, den Fall kennen lernt, ihn analysiert und einen Lösungsvorschlag entwickelt und dass dieser Vorschlag gemeinschaftlich, auf konsensueller Basis und in partizipativer und inkludierender Weise zustande kommt. Rekuriert wird bei dieser Entscheidungsfindung also nicht auf eine feststehende, geschriebene, normative Ordnung, sondern auf in der Erinnerung gegenwärtige und mündlich überlieferte Fälle, Diskurse über diese Fälle und Entscheidungen, die für den aktuellen Fall erneuert und angepasst werden.

Im Allgemeinen manifestiert die *asamblea* als zentrales Entscheidungsorgan und höchste Autorität der *comunidades* vielleicht am Deutlichsten die indigene Autonomie. Die *asamblea* entscheidet grundsätzlich auf der Basis von Konsensbildung, auch wenn es Fälle und Fragen gibt, für die letztlich das Mehrheitsprinzip herangezogen wird. Dieser politischen Struktur liegt ein Demokratieverständnis zugrunde, das sich maßgeblich vom okzidental Modell der repräsentativen Demokratie unterscheidet und als „*comunalicracia*“ bezeichnet wird, eine Verbindung der Begriffe *comunalidad* und *democracia*.¹⁵ In diesem Sinne beschreibt Martínez Luna die *asamblea* als „Versammlung aller Gemeindemitglieder und Raum, wo Entscheidungen getroffen werden, um eine ‚volle‘ Demokratie zu leben. Das ist nicht die herkömmliche repräsentative Demokratie. Die *asamblea* strebt konsensuale Entscheidungsfindung an und beruht auf Diversität und Pluralität.“¹⁶

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Ausprägungsformen, den Gemeinschaftsfesten, dem Pflichtensystem und der Gemeinschaftsarbeit sowie den gemeinschaftlichen Regierungs- und Entscheidungsstrukturen, kann *lo común* als Lebensweise und Interaktionsform beschrieben werden, durch die eine *comunidad* ihre kulturelle, politische und juristische Autonomie aufrecht erhält. Es ist kein starres Konzept, sondern die *comunidad* formuliert und konstruiert es laufend neu. Eine auf dem *común* basierende Lebensweise impliziert daher ein Übereinkommen, das die Mitglieder der *comunidad* deshalb überzeugt und bindet, weil sie alle bei seiner Ausformulierung, Erneuerung und Umsetzung partizipieren und daher einen lebendigen Teil des Übereinkommens bilden. Es handelt sich um einen tatsächlich gelebten Sozialvertrag, der laufend aktualisiert und aus der Praxis heraus reformuliert wird. Die diesem zugrunde liegende Philosophie kann als eine Art Diskursethik verstanden werden, wonach Normen, die unser Handeln leiten sollen, sich nicht aus einem von einer intelligiblen Solens-Welt zur Verfügung gestellten feststehenden Set von Regeln ableiten, sondern aus der Praxis und hier wiederum nicht aus dem isolierten Subjekt heraus, sondern durch

15 Martínez Luna, Lo que llaman comunalidad 48, 97.

16 Martínez Luna, Lo que llaman comunalidad 82.

intersubjektive Prozesse der Argumentation und des Diskurses, die dazu zwingen, auch den Standpunkt der Anderen zu hören.¹⁷

Land als gemeinschaftliche *madre tierra*

Fundament der physischen und darüber hinaus auch sozialen und kulturellen Reproduktion der *comunidades* und *pueblos* ist ihr Territorium. Indigene *pueblos* und *comunidades* haben eine spezifische und innige Beziehung zu Land und ihrem physischen und geographischen Raum.¹⁸ Daher besteht ein Großteil ihrer Anstrengungen, die sich auf ihren Fortbestand als *comunidad* und *pueblo* richten, darin, die Integrität ihres Territoriums zu verteidigen. Auch die Mexikanische Verfassung gewährt ihnen Autonomie für Erhalt und Verbesserung ihres Lebensraums und den Schutz der Integrität ihres Landes.¹⁹

Allerdings sind Land und Territorium der indigenen *pueblos* und *comunidades* seit der kolonialen Landnahme geschichtlich immer wieder Angriffen und Bedrohungen ausgesetzt gewesen. Dies gilt bis heute. Aktuelle Gefahren ergeben sich etwa durch Enteignungen von Seite des Staates für verschiedene Großprojekte und vor allem aus der Privatisierung des Landes der *ejidos* und *comunidades* im Zuge der Agrarreform 1992. Bis zu dieser Reform unterlag das Land indigener und anderer ruraler Gemeinschaften in Form von *ejidos* und *comunidades* einem spezifischen Landrechtsregime, das dieses Land weitgehend dem freien Markt entzog. Insbesondere konnte es nicht veräußert, vermietet, verpachtet und auch nicht belastet werden.²⁰ Grundlage war Artikel 27 der Verfassung, den allerdings die Agrarreform 1992 fundamental änderte,²¹ indem sie privatrechtliche Verfügungen über das Land von *ejidos* und *comunidades* sowie dessen Umwandlung in Privateigentum ermöglichte. Damit setzte diese Reform indigenes Land erneut einer Art von gewaltsamen oder betrügerischen Landnahmen aus, die sich durch privatrechtliche Scheinverträge Scheinlegitimität verschafften.²² Damit setzt sich die lange Geschichte der Angriffe auf rurales und insbesondere indigenes Gemeinschaftsland fort. Die *comunidades* selbst beschreiben die territoriale Selbstbestimmung daher als jenen Kampf, der ihnen das meiste Blut kostete und nach wie vor kostet.²³

17 Ähnlich der Diskursethik, vgl etwa deren Beschreibung durch *Alain Renaut* in *Jürgen Habermas*, *La ética del discurso* 16 f.

18 *López Bárcenas*, *Autonomías y derechos indígenas* 68 ff; *Martínez Luna*, *Lo que llaman comunalidad* 49.

19 Vgl die oben zitierte Bestimmung, die aber im Hinblick auf den Schutz indigenen Landes von indigenen VertreterInnen als ineffektiv und unzureichend kritisiert wird, vgl etwa *López Bárcenas*, *Autonomías y derechos indígenas* 172.

20 Vgl Artikel 27 der Verfassung idF vor der Reform 1992 sowie das *Ley Federal de Reforma Agraria* 1971, das im Zuge der Reform durch das *Ley Agraria* 1992 ersetzt wurde.

21 *Diario Oficial Federal* (mexikanisches Bundesgesetzblatt) vom 6.1.1992.

22 So werden immer wieder Fälle bekannt, in denen Unternehmen Land durch Verträge erwerben, die die verkaufenden Bauern, Bäuerinnen und Indigenen entweder nicht lesen können, in ihrer vollen juristischen Bedeutung nicht verstehen oder die unter Zwang und Betrug zustande kommen.

23 *Martínez Luna*, *Lo que llaman comunalidad* 49.

Innerhalb des staatlichen agrarrechtlichen Regimes, das bestimmte Rahmenbedingungen vorgibt,²⁴ organisieren die *comunidades* aufgrund ihrer Autonomien ihr Territorium und widmen etwa einen Teil dem Wohnbereich, einen Teil dem familiären Gebrauch und einen weiteren Teil dem Gemeinschaftsgebrauch. Die jeweilige territoriale Ordnung wird von der *asamblea* beschlossen.²⁵ Wesentlich ist, dass das Land als etwas Gemeinschaftliches betrachtet und daher auch gemeinschaftlich geschützt und verteidigt wird. Ein kürzliches Ereignis in der hier näher betrachteten Gemeinde Macuixochitl soll in diesem Zusammenhang kurz geschildert werden.

Am 11. März 2012 versuchte eine Gruppe von *paracaidistas*²⁶ einen Teil des Landes von Macuixochitl zu besetzen, dies mit der Intention sich das Land gewaltsam anzueignen. Durch das Aufstellen einfacher Konstruktionen, meist aus Wellblech oä, wollte sie das Land in ihren Besitz nehmen, um in der Folge Druck auf öffentliche Autoritäten auszuüben, ihnen dieses Land als das Ihre zuzuerkennen – eine in Oaxaca immer wieder vorkommende Praxis, die sich im Kontext schwacher Rechtsstaatlichkeit und intensiver Korruption auch teilweise formell Legalität verschaffen kann. Die ersten Besetzungsaktionen begannen nachts gestartet, die Bewohner und Bewohnerinnen von Macuixochitl bemerkten aber das Geschehen und zogen gesammelt aus, um ihr Land mit Steinen, Macheten, Schlagstöcken und sonstigen landwirtschaftlichen Geräten zu verteidigen. Numerisch und organisatorisch überlegen konnten sie sich schließlich nach mehreren Schusswechseln und gegenseitigen Drohungen durchsetzen. Einige Personen trugen leichte Verletzungen davon. Zwar vorläufig in die Flucht geschlagen drohten die Invasoren, bewaffnet wiederzukommen um sich „ihr“ Land zu nehmen. Die EinwohnerInnen von Macuixochitl kehrten ins Zentrum ihrer *comunidad* zurück und beriefen unverzüglich eine *asamblea* ein, um die Geschehnisse zu diskutieren. In dieser *asamblea* wurden die folgenden Beschlüsse angenommen: Die *comunidad* wird keinerlei invasiven Akt auf ihrem Land tolerieren. Man wird eine Strategie zur laufenden Verteidigung und zum Schutz des Landes entwickeln. An die jüngeren Generationen muss der Gedanke weitergegeben werden, dass Land die Mutter der *comunidad* und daher zu verteidigen und zu schützen ist. Weiters wurde eine Anzeige vor den öffentlichen staatlichen Behörden gegen die Invasoren eingebracht. Der Weg über die staatlichen Institutionen wurde damit wohl als eine Möglichkeit betrachtet, die eigenen Rechte zu verteidigen, gleichzeitig aber nur als eine von vielen verschiedenen notwendigen Maßnahmen.

In diesem Vorgehen der Gemeinde zeigt sich, was alle indigenen *comunidades* verbindet: Ihr Land ist ihnen als Gemeinschaft heilig. Sein Gebrauch setzt Zugehörigkeit zur *comunidad* und einen tiefen Respekt sowohl gegenüber der *comunidad* als auch gegen-

24 Artikel 27 Mexikanische Verfassung; Ley Agraria 1992.

25 Martínez Luna, Lo que llaman comunalidad 50.

26 Der Begriff „*paracaidistas*“ bezeichnet Personen, die unterstützt oder motiviert durch Personen mit bestimmter politischer und/oder öffentlicher Macht Land invadieren und dieses rechtswidrigerweise in Besitz nehmen. Diese Aktionen zielen darauf ab, sich mit Gewalt letztlich formell gültige Titel am Land zu verschaffen.

über dem Land selbst voraus. Land bildet nicht nur die Basis der physischen Reproduktion der *comunidad*, sondern auch ihrer sozialen, kulturellen und religiösen Existenz. Land ist *madre tierra* (Mutter Land), nicht Ware und Eigentum, das als solches auf einem Markt verkauft werden könnte. Der Gemeinschaft „gehört“ es nur insofern, als auch die Gemeinschaft zu ihrem Land „gehört“. Die Möglichkeit einer individuellen Aneignung unter Ausschluss der Anderen und Umwandlung von Land in Eigentum ist aus dieser Perspektive undenkbar.²⁷

Schlusswort

In seinen hier beschriebenen Ausprägungsformen, nämlich den kulturell-religiösen Gemeinschaftsfesten, dem gemeinschaftlichen Pflichtensystem und der Gemeinschaftsarbeit, den gemeinschaftlichen Entscheidungs- und Regierungsstrukturen sowie dem Gemeinschaftsland als Basis all dessen, zeigt sich *lo común* als eine lebendige und dynamische Lebensform mexikanischer indigener *comunidades*, und nicht – wie manchmal fälschlicherweise vorgestellt – als eine nostalgische Reminiszenz einer verflossenen Vergangenheit. *Lo común* konstruiert und entfaltet sich in den erörterten gesellschaftlichen Räumen unter Beteiligung aller, als mögliche Antwort und Alternative zum homogenisierenden Modell des Individuellen und als Gegenentwurf zur scheinbar einzig möglichen okzidental-kapitalistischen Lebensform, die uns heute dominiert. *Lo común* zeigt, dass es alternative Wege gibt, die funktionierende Lösungen für das Soziale anbieten, und dass die Gesellschaft lebendig und aktiv sein und sich autonom um ihre Probleme sorgen kann. *Lo común* bedeutet Vitalität und Dynamik des Sozialen und Politischen. Es ist daher gänzlich unangebracht aus einer okzidental-Überheblichkeit heraus die *comunidades*, die auf dieser Basis ihr Leben entfalten, als etwas Skurril-Absonderliches und Rückschrittliches anzusehen. Vielmehr sollten die Schwächen der eigenen gesellschaftlichen Verfassung mit Blick auf die partizipative *comunidad* überdacht werden.

Juan Jorge Bautista Gómez ist Dekan der Rechts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät und Forscher am Centro de Investigaciones Jurídicas der Universidad Autónoma „Benito Juárez“ de Oaxaca, Mexiko, juancocol@yahoo.com.mx

27 López Bárcenas, *Autonomías y derechos indígenas* 68 ff; Martínez Luna, *Lo que llaman comunalidad* 49, 61.

Die neuen Bastarde. Kinder in homosexuellen Partnerschaften.

Marion Guerrero / Ines Rössl

Am 15. März 2012 erging das EGMR-Urteil in der Sache *Gas & Dubois gg Frankreich* (25951/07), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Klägerinnen lebten seit 1989 in einer Lebensgemeinschaft. Im Wege einer in Belgien durchgeführten medizinisch unterstützten Fortpflanzung wurde Frau Dubois schwanger und gebar im Jahr 2000 eine Tochter, die seither im gemeinsamen Haushalt der Klägerinnen lebt. 2006 beantragte Frau Gas die Adoption des Kindes ihrer Lebenspartnerin, eine „adoption simple“, welche die leibliche Elternschaft nicht ersetzt, sondern diese ergänzt. (Zu diesem Zeitpunkt war das Paar bereits eine anerkannte Partnerschaft eingegangen, einen „Pacte Civil de Solidarité“, der sowohl homo- als auch heterosexuellen Personen offensteht.)

Alle französischen Instanzen waren sich einig, dass sich beide Partnerinnen aktiv und gemeinsam um das Kind kümmerten, ihm Pflege und Zuneigung zukommen ließen und dass grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen für eine Adoption vorlägen. Dennoch wurde der Antrag zurückgewiesen, was in einer Eigenart des französischen Rechts liegt: Obwohl die „adoption simple“ die leibliche Elternschaft nur ergänzt, wandert dabei die Obsorge zur Gänze an den Adoptivelternteil. Die französischen Gerichte argumentierten daher im Fall von Frau Gas und Frau Dubois, dass die Rechtsfolgen der Adoption den eigentlichen Zielen der Antragstellerinnen zuwider laufen und zudem dem Kindeswohl widersprechen würden. Denn schließlich hätte die Adoption zur Folge, dass die leibliche Mutter ihre Obsorgerechte verlieren würde.

Nun gibt es jedoch im französischen Adoptionsrecht eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge der „adoption simple“: Wenn die adoptierende Person mit einem leiblichen Elternteil des Kindes verheiratet ist, wird die Obsorge zwischen beiden geteilt (Art 365 Code Civil). Diese Ausnahme gilt nicht für Verpartnerte, weshalb in weiterer Folge gleichgeschlechtlichen Paaren (die im Gegensatz zu heterosexuellen Paaren nicht heiraten dürfen) der Zugang zur Stiefkindadoption faktisch verwehrt ist. Frau Gas und Frau Dubois brachten ihren Fall vor den EGMR. Sie erachteten sich in ihren Rechten gemäß Art 8 iVm Art 14 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben sowie Recht auf Gleichbehandlung) verletzt. Der EGMR kam jedoch zu dem Schluss, dass keine Ungleichbehandlung vorlag.

Die zentralen Ausführungen des Gerichtshofs lesen sich einigermaßen kurz und bündig. Er argumentiert zunächst, dass keine Ungleichbehandlung zwischen hetero- und homo-

sexuellen Paaren besteht, weil für beide dieselben Regelungen hinsichtlich einer Stiefkindadoption gelten würden. Schließlich sei auch bei unverheirateten heterosexuellen PartnerInnen im Fall einer „adoption simple“ keine geteilte Obsorge möglich. Hinsichtlich des Vorbringens der Klägerinnen, wonach Art 365 Code Civil nur scheinbar neutral sei und eine indirekte Diskriminierung vorliege, weil homosexuellen Paaren im Unterschied zu heterosexuellen Paaren gar nicht die Möglichkeit einer Eheschließung offen stehe, bezieht sich der EGMR auf seine bisherige Rechtsprechung (*Schalk & Kopf gg Österreich*, 30141/04, 24.6.2010) und wiederholt, dass die EMRK nun einmal kein Recht auf Eheschließung für homosexuelle Paare gewähre.

Auch die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Differenzierung des französischen Adoptionsrechts zwischen verheirateten und unverheirateten Paaren zulässig ist, fällt äußerst knapp aus: Die Ehe verleihe nun einmal einen Sonderstatus, daher ließen sich die (in anerkannter Partnerschaft lebenden) Klägerinnen nicht mit Verheirateten vergleichen, und daher sei eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Weiter gehen die Überlegungen des EGMR nicht. Die Ehe ist eben unvergleichlich und daher auch unvergleichbar ... Der Gerichtshof erwähnt zwar formelhaft den „gewissen Ermessensspielraum“, den die Mitgliedstaaten in Hinblick auf die genaue Ausgestaltung des Rechtsinstituts der anerkannten Partnerschaft hätten (und damit auch in Hinblick auf dessen Unterschiede zur Ehe), setzt sich aber nicht mit der Frage auseinander, wo denn die Grenzen dieses „Ermessensspielraums“ liegen. Er scheint davon auszugehen, dass es jedenfalls im konkreten Fall gerechtfertigt sei, die Klägerinnen anders zu behandeln als ein verheiratetes Paar. Gründe für diese Annahme führt er nicht an.

Diese formalistisch knappe Argumentation mag in mehrerlei Hinsicht überraschen. In früherer Rechtsprechung hat sich der Gerichtshof nämlich durchaus differenzierter mit diesem Thema auseinandergesetzt. So judizierte der Gerichtshof beispielsweise sowohl in *Saucedo Gómez gg Spanien* (37784/97, 26.1.1999) als auch in *Serife Yigit gg Türkei* (3976/05, 2.11.2010), dass eine Differenzierung zwischen verheirateten und unverheirateten Paaren das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK grundsätzlich berührt. In beiden Entscheidungen (die jeweils heterosexuelle Partnerschaften betrafen) prüfte der Gerichtshof, ob die Ungleichbehandlung von Verheirateten und Unverheirateten ein legitimes Ziel verfolgte und ob die Ungleichbehandlung im konkreten Fall verhältnismäßig war. So weit kommt der EGMR in *Gas & Dubois gg Frankreich* gar nicht, sondern beschränkt sich auf die begründungslose Feststellung, dass die Ehe nun einmal unvergleichlich sei.

Interessanterweise spielte sowohl in *Saucedo Gómez gg Spanien* als auch in *Serife gg Türkei* ausgerechnet die *Entscheidungsfreiheit im Bezug auf eine Eheschließung* für die Andersbehandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren eine große Rolle. In beiden Entscheidungen kam der Gerichtshof zwar zum Schluss, dass eine Ungleichbehandlung verheirateter und unverheirateter Paare durchaus gerechtfertigt wäre – er maß aber dem Umstand Bedeutung zu, dass das Paar die rechtliche und faktische Mög-

lichkeit einer Heirat gehabt hatte und diese aus *freien Stücken* nicht in Anspruch genommen hatte. In *Gas & Dubois gg Frankreich* hingegen beschäftigt sich der EGMR gar nicht mit der Frage, ob im konkreten Fall nicht gerade deshalb eine Diskriminierung vorliegt, weil den Klägerinnen aufgrund der absoluten Unmöglichkeit zu heiraten auch die Adoption pauschal verwehrt ist. Denn die Klägerinnen haben eben nicht die Entscheidungsfreiheit, sich für eine Ehe zu entscheiden – und somit wird ihnen in der geltenden Rechtslage die einzige Chance auf eine Stiefkindadoption genommen.

Durch das analytische Aufsplitten der Situation in 1) den (laut EGMR rechtfertigbaren) Ausschluss homosexueller Paare von der Ehe und 2) die Feststellung, dass der Sonderstatus der Ehe besondere Adoptionsregelungen legitimiere, verzerrt der EGMR die tatsächliche Sachlage – nämlich das Faktum, dass durch das Zusammenspiel dieser beiden Faktoren gleichgeschlechtliche Paare *de facto* von der Stiefkindadoption ausgeschlossen sind. Darauf geht der EGMR in keinster Weise ein, sondern reduziert die rechtliche Problematik auf eine bloße Status-Diskriminierung, die er für gerechtfertigt hält. Das überrascht, da an und für sich eine klassische „indirekte Diskriminierung“ vorliegen könnte: Eine prima facie neutrale Regelung hat disproportional negative Effekte für eine bestimmte Gruppe (vgl zB *Opuz gg Türkei*, [33401/02, 9.6.2009], para 183; *Zarb Adami gg Malta*, [17209/02, 20.6.2006], para 80); in diesem Fall gleichgeschlechtliche Paare. Besonders im Hinblick auf Fälle wie *Karner gg Österreich* (40016/98, 24.7.2003), *Kozak gg Polen* (13102/02, 2.3.2010) und vor allem *E.B. gg Frankreich* (43546/02, 22.1.2008), in denen der Gerichtshof eine indirekte Diskriminierung Homosexueller im Kontext der konkreten Situation anerkennt, überrascht die erkünstelt formalistische Interpretation in der aktuellen Entscheidung.¹

Es hätte noch einen weiteren gewichtigen Ansatzpunkt für eine fundiertere Auseinandersetzung gegeben: Nämlich die Judikatur des EGMR, dass die unterschiedliche Behandlung von Kindern nicht daran geknüpft werden darf, ob sie einer Ehe entstammen oder nicht (vgl *Marckx gg Belgien*, 6833/74, 13.7.1979). Auch Besuchsrechtsvorschriften dürfen laut EGMR nicht differenzieren, ob die Elternteile geschieden sind oder ob es sich um ein uneheliches Kind handelt (vgl *Sahin gg Deutschland*, 30943/96, 8.7.2003). Es ist in der Tat erstaunlich, dass der Gerichtshof die Situation in *Gas & Dubois gg Frankreich* lediglich unter der Perspektive analysiert, welche Rechte den Antragstellerinnen aufgrund ihres partnerschaftlichen Status zustünden. Somit geht er weder auf die

1 Des weiteren könnte diskutiert werden, ob das Paar und sein Kind nicht nach Art 8 EMRK Anspruch auf Schutz des Familienlebens hätte (der EGMR hatte gleichgeschlechtliche Paare in seiner Entscheidung *Schalk & Kopf gg Österreich* ausdrücklich als „*de facto* Familie“ iSd Art 8 definiert). Die Argumentation, Art 8 schütze das *bestehende* Familienleben und nicht die *Familiengründung* greift in diesem Fall ja nicht, da die beiden Frauen sich seit Geburt des Kindes um dasselbe kümmern; eine Adoption wäre somit eine nachträgliche rechtliche Legitimation des bereits bestehenden Zustands, nicht eine Neugründung einer Familie (wie das evtl bei einer Fremdkind-Adoption der Fall wäre). Noch dazu beschied der EGMR in *Schalk & Kopf*: “[a] child born out of such a relationship is ipso jure part of that ‘family’ unit from the moment and by the very fact of his birth...” (*Schalk & Kopf gg Österreich* [30141/04, 24.6.2010], para 91).

Pflichten der Antragstellerinnen gegenüber ihrer Tochter noch auf sonstige Interessen des Kindes ein. Dies scheint geradezu als Bruch mit seiner bisherigen umfangreichen Judikatur zur Unehelichkeit. Es stellt sich die Frage, warum der Gerichtshof nicht auf die Idee gekommen ist, einen Vergleich zwischen der Situation eines Stiefkinds in einer Ehe mit der eines Stiefkinds in einer homosexuellen Partnerschaft anzustellen; noch dazu, weil die DrittintervenientInnen für die Antragstellerinnen in ihren „written comments“ ausführlich auf die Frage des Kindeswohls eingegangen sind.² Der Gerichtshof allerdings würdigt diese Überlegungen mit keinem Wort.

In diese Richtung weist auch die „opinion dissidente“ des Richters Mark Villiger. Dieser moniert, dass das Urteil das Kindeswohl nicht berücksichtige und übersehe, dass Kinder in nicht-ehelichen Partnerschaften ebenso ein Recht auf die gemeinsame Obsorge vom leiblichen Eltern- und Adoptivelternteil hätten wie Kinder in ehelichen Partnerschaften (bestehend aus leiblichem Eltern- und Adoptivelternteil). Die Richter Costa und Spielmann antworten auf Villigers Einwand in ihrer „opinion concordante“ und betonen, dass der Gerichtshof die Mitgliedstaaten in dieser umstrittenen Materie nicht bevormunden dürfe. Immerhin appellieren beide Richter an Frankreich, das Adoptionsrecht zu novellieren und den sozialen Realitäten anzupassen.

Aber dass sich das Urteil darauf beschränkt, achselzuckend auf den Sonderstatus der Ehe zu verweisen, ist enttäuschend. Indem sich der EGMR formalistisch im Deutungsrahmen der Status-Diskriminierung „verheiratet/unverheiratet“ bewegt, macht er außerdem nicht nur die faktische Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Paaren unsichtbar, er ordnet auch das Interesse des Kindes dem rechtlichen Status seiner Eltern unter. Ein Schritt in die Vergangenheit.

Mag^a Marion Guerrero, LL.M. (Columbia) ist Juristin und Redaktionsmitglied des *juridikum*. Sie forscht derzeit im Rahmen des Doktoratsprogramms am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, Italien; marion.guerrero@eui.eu

Mag^a Ines Rössl ist Juristin in Wien und Mitherausgeberin des *juridikum*; ines.roessler@univie.ac.at

2 Written Comments of Robert Wintemute on behalf of FIDH (*Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme*), ICJ (International Commission of Jurists), ILGA-Europe (the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), BAAF (British Association for Adoption and Fostering), and NELFA (Network of European LGBT Families Associations), submitted on 11 December 2009, abrufbar auf: http://www.ilga-europe.org/home/how_we_work/litigation/ecthr_litigation/interventions/gas_and_dubois_vs_france (2.5.2012).

Mayerhofer/Salzmann

StPO – Strafprozessordnung

Zweiter Teil – §§ 1 bis 209b



6. Auflage
670 Seiten, gebunden
978-3-7046-5668-1
€ 160,-

Versandkostenfrei im neuen Webshop
bestellen!

www.verlagoesterreich.at

Dieser Band umfasst mit den §§ 1 bis 209b StPO die Grundsätze des Strafverfahrens, das strafrechtliche Vorverfahren und die diversionsrechtlichen Bestimmungen. Der Gesetzestext berücksichtigt natürlich alle seit dem Inkrafttreten der Vorverfahrensreform am 1. Jänner 2008 erfolgten Novellierungen. Die prägnant herausgearbeiteten Leitsätze der neuesten Judikatur bieten den gewohnt vollständigen und dennoch kompakten Leitfaden für jeden mit strafprozessualen Fragen befassten Benutzer.

Generalanwalt Prof. Dr. Christoph Mayerhofer, Sektionsleiter im
Bundesministerium für Justiz i.R.

Dr. Harald Salzmann, Oberstaatsanwalt der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH



Die juristische Fachzeitschrift, die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 58,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdiener € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl,
Joachim Stern

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH