

In Zeiten der Infodemie

Staatliche Desinformation in der Corona-Krise

Maximilian Blaßnig

Im Mai 2003 gebrauchte der Politikwissenschaftler *David Rothkopf* in einem Kommentar in der *Washington Post* die Wortschöpfung „Infodemie“, um auf eine Begleiterscheinung der SARS-Pandemie aufmerksam zu machen: Die massenhafte Verbreitung von Desinformation, die Panik und irrationales Verhalten ausgelöst habe.¹ Im Februar 2020 griff die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Begriff auf, um darauf hinzuweisen, dass es neben der COVID-19-Pandemie auch eine „Infodemie“ zu bekämpfen gelte.² Dabei wird in erster Linie an von privaten Akteur*innen online gestreute Desinformation gedacht.³ Die Corona-Krise hat aber auch in Österreich deutlich gemacht, was in den USA schon länger diskutiert wird:⁴ Es sind nicht nur die „bösen Privaten“, die Desinformation verbreiten. Die in den letzten Jahren zunehmende mediale Berichterstattung über irreführendes staatliches Informationshandeln steigert das Bewusstsein gegenüber dem desinformierenden Staat. Im Folgenden wird anhand der irreführenden Kommunikation der österreichischen Bundesregierung (BReg) zu den in den Monaten März und April 2020 geltenden Ausgangsbeschränkungen das Problem staatlicher Desinformation diskutiert und danach gefragt, welche Antworten das Recht auf diese Machttechnik geben kann.⁵

1 *Rothkopf*, When the Buzz Bites Back, *The Washington Post* 11.5.2003, B1, B5.

2 *Ghebreyesus*, Munich Security Conference, WHO 15.2.2020, www.who.int/dg/speeches/detail/munich-security-conference (18.5.2020).

3 Zu Beginn hieß es bspw., die Krankheit COVID-19 sei nicht schlimmer als eine Grippe, verschiedene Verschwörungstheorien wollen die Ursache des Virus erklären und vermeintliche Gesundheitstipps raten vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes ab. Für einen Überblick über private Desinformation iZm der Corona-Krise siehe *correctiv.org*: <https://correctiv.org/faktencheck/coronavirus/> (17.5.2020). Auch der österreichische Verein *mimikama* überprüft Coronabezogene Desinformation: www.mimikama.at/category/coronavirus-2019-ncov/ (17.5.2020).

Die Frage, inwiefern die Regulierung privater Desinformation vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit möglich oder gar gefordert ist, und welche Rolle die großen Intermediäre Facebook, Google, Twitter und Co dabei spielen, wurde in den vergangenen Jahren ausführlich diskutiert. Siehe zB *Sunstein*, On Rumors. How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done (2014); *Mayrhofer*, Google, Facebook & Co: Die Macht der Algorithmen aus grundrechtlicher Perspektive, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg.), Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit (2017) 77; *Drexler*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, *ZUM* 2017, 529; *Pöschl*, Neuvermessung der Meinungsfreiheit? in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile. Freiheit und Verantwortung (2018) 31; *Paal*, Vielfaltsicherung bei Intermediären, *MMR* 2018, 567; *Pollicino/Bietti*, Truth and Deception across the Atlantic. A Roadmap of Disinformation in the US and Europe, *Italian J Pub L* 2019, 43.

4 Zum Umgang von US-Präsident *Trump* mit der Wahrheit vgl *Storr*, Darf der Staat lügen? *JRP* 2019, 75.

5 Der Begriff der Machttechnik ist in Anlehnung an *Michel Foucaults* Machtanalytik zu verstehen. Macht soll nicht nur formalistisch aufgefasst werden, sondern als Bündel von Techniken, die der „Herstellung von Effizienz“ dienen, um jene „Maschen des Netzes“ enger zu ziehen, die der klassisch hoheitlich handelnde Staat nicht zu schließen vermag. Vgl *Foucault*, Die Maschen der Macht (1976), in *Foucault*, Analytik der Macht (2005) 220–239.

1. „Fake Laws“⁶ als staatliche Desinformation

1.1. Was die Regierung kommuniziert

Am 15.3.2020, dem Tag als das COVID-19-Maßnahmengesetz⁷ beschlossen wurde, kündigte der Bundeskanzler (BK) in seiner Rede vor dem Nationalrat (NR) an:

„Es gibt künftig nur drei Gründe, das Haus zu verlassen: Erstens, Berufsarbeit, die nicht aufschiebbar ist; zweitens, dringend notwendige Besorgungen wie etwa von Lebensmitteln oder in der Apotheke; und drittens, wenn Sie anderen Menschen helfen müssen, (...). Wenn Sie das dringende Bedürfnis verspüren, sich die Füße zu vertreten (...), dann tun Sie das ausschließlich alleine oder mit den Menschen, mit denen Sie in der Wohnung zusammenleben.“⁸

In den kommenden Wochen wurde diese Botschaft von Mitgliedern der BReg im Rahmen von Pressekonferenzen regelmäßig wiederholt,⁹ sie wurde in die Regierungskommunikation in sozialen Netzwerken eingebettet,¹⁰ auf der Website des Gesundheitsministeriums und im Wege von Presseaussendungen publiziert¹¹ und als klassische Zeitungsinserate verbreitet.¹² Tlw war die Rede von vier Gründen, das Haus zu verlassen, tlw von „drei und einem zusätzlichen“,¹³ wobei der vierte Grund – bzw der Zusatzgrund – manchmal als Möglichkeit bezeichnet wurde, „frische Luft zu schnappen und Sport zu machen“,¹⁴ manchmal als Möglichkeit, „spazieren zu gehen oder Sport zu treiben.“¹⁵ Mit dieser Regelung sei eine Rechtsgrundlage gegeben, um Corona-Partys aufzulösen,¹⁶ denn sie erlaube es nicht, andere Menschen in ihrer Privatwohnung zu besuchen.¹⁷

1.2. Was die Norm gebietet

Nimmt man hingegen den Wortlaut der Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG¹⁸ in den Blick, scheinen Regierungskommunikation und Norminhalt ausein-

6 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, diepresse.com 19.4.2020, www.diepresse.com/5802439 (22.5.2020).

7 COVID-19-Maßnahmengesetz BGBl I 2020/12.

8 Sten Prot 16/NRSITZ 27. GP 6 f.

9 ZB Bundesminister (BM) *Nehammer*, Pressekonferenz im Bundeskanzleramt (BKA) am 5.4.2020, www.youtube.com/watch?v=cTVEs0uic2k, ab Minute 22:45 (21.5.2020).

10 BKA (@Bundeskanzleramt.gv.at), 13.4.2020: [Facebook-Beitrag mit Grafik], www.facebook.com/Bundeskanzleramt.gv.at/photos/a.1640350472711450/3017347041678446/?type=3&theater (21.5.2020).

11 *Gesundheitsministerium*, Anshober: Die nächsten vier Wochen entscheiden über die größte Gesundheitskrise der letzten Jahrzehnte, OTS 16.3.2020, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200316_OTS0057/ (24.5.2020).

12 Am 11.4.2020 wurden von der BReg in den Tageszeitungen Der Standard, Kleine Zeitung und Salzburger Nachrichten ganzseitige Inserate geschaltet, die die Information von vier Ausnahmegründen kommunizierten.

13 BK *Kurz*, Pressekonferenz im BKA am 6.4.2020, www.youtube.com/watch?v=d2yM7i4lgZE, ab Minute 51:00 (21.5.2020).

14 *Gesundheitsministerium* (@sozialministerium), 24.4.2020: [Facebook-Beitrag mit Grafik], www.facebook.com/sozialministerium/photos/a.188539211288233/1699549796853826/?type=3&theater (21.5.2020).

15 BM *Nehammer*, Pressekonferenz am 5.4.2020, ab Minute 22:45 (21.5.2020).

16 BM *Anshober*, Pressekonferenz am 6.4.2020, ab Minute 45:11 (21.5.2020).

17 BK *Kurz*, Pressekonferenz am 6.4.2020, ab Minute 51:20 (21.5.2020).

18 Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes BGBl II 2020/98.

anderzufallen. Die Verordnung verbietet zunächst in ihrem § 1 das Betreten öffentlicher Orte, um dann in § 2 mehrere Ausnahmen von diesem Verbot zu normieren. Im Fokus der Aufmerksamkeit steht die Ausnahme gem § 2 Z 5 leg cit. Ihr Inhalt wurde von der BReg als Ausnahme, um „frische Luft zu schnappen oder Sport zu treiben“ bzw „spazieren zu gehen“, kommuniziert. Dem Wortlaut nach nimmt die Bestimmung jedoch all jene Betretungen vom Betretungsverbot aus, die entweder alleine, mit Mitbewohner*innen oder mit Haustieren erfolgen, sofern bei diesen Betretungen ein Mindestabstand von einem Meter zu allen anderen Personen eingehalten wird. Die Ausnahme gem § 2 Z 5 leg cit ist ihrem Wortlaut nach an keinen Zweck, wie bspw eine sportliche Betätigung, gebunden.

Man könnte argumentieren, dass Systematik und Zweck der Gesamtregelung eine solche Zweckbindung implizieren: Die Verordnung will Betretungen des öffentlichen Raumes generell verbieten und nur einzelne Ausnahmen zulassen. § 2 Z 5 leg cit steht in einer Reihe zweckgebundener Ausnahmen: Die Z 1 bis 3 bringen diese Zweckbindung durch Verwendung der Präposition „zur“ zum Ausdruck, die Z 4 nennt ausdrücklich „berufliche Zwecke“. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass auch der Z 5 eine Zweckbindung immanent ist. Eine Formulierung, die eine Zweckbindung zum Ausdruck bringt, wäre grammatikalisch durchaus möglich gewesen, der Verordnungsgeber hat sich jedoch dagegen entschieden. Auch § 3 leg cit unterscheidet die Ausnahme der Z 5 von den übrigen Ausnahmetatbeständen. Das spricht dafür, von einer grds anderen Systematik dieser Ziffer auszugehen. Während der Ausnahmecharakter der Z 1 bis 4 aufgrund ihrer Zweckbindung verstärkt wird, wird die Ausnahme gem der Z 5 (iVm § 3 leg cit) eben dadurch eingegrenzt, dass die Rahmenbedingungen ihrer Inanspruchnahme sehr detailliert vorgegeben werden:¹⁹ Es ist normiert, mit wem die Betretung vorgenommen werden kann, dass der Mindestabstand eingehalten werden muss und, dass eine Nutzung von Massenbeförderungsmitteln ausgeschlossen ist.²⁰ Dass damit der „augenscheinliche Zweck der Verordnung (konterkariert)“ wird,²¹ ist mE nicht ersichtlich, denn auch die in Z 5 normierten Rahmenbedingungen führen zu einer Reduktion sozialer Kontakte und selbst bei dieser weiten Auslegung muss für das Betreten öffentlicher Orte in geschlossenen Räumen eine der zweckgebundenen Ausnahmen gem der Z 1 bis 4 vorliegen. Betretungen öffentlicher Orte, um dort zu verweilen, aber auch, um von dort aus die Privatwohnung einer anderen Person zu betreten, waren stets von

19 Die Z 3 und 4 normieren ebenso Rahmenbedingungen, aber weniger detailliert, weshalb sich ihr Ausnahmecharakter iE durch die Zweckbindung ergibt.

20 Mit BGBl II 2020/148 war ab 14.4.2020 die Nutzung von Massenbeförderungsmitteln auch für Betretungen gem der Z 5 zulässig. Damit nähern sich die Z 5 und die Z 3 und 4 einander an. Die Z 5 enthält aber noch immer strengere Rahmenbedingungen, da nur für solche Betretungen vorgegeben ist, mit wem sie vorgenommen werden dürfen. Außerdem kann eine spätere Änderung der Verordnung auf die Auslegung ihrer ursprünglichen Fassung keinen Einfluss haben.

21 *Janko* in JKU Corona Update: Pandemie ohne Grundrechte, JKU 7.4.2020, www.youtube.com/watch?v=g1VOeTZ3D_A, ab Minute 7:10 (5.6.2020).

der Ausnahme gem der Z 5 erfasst. Auch erste Erkenntnisse von Verwaltungsgerichten legen ebendiese Interpretation nahe.²² Die diskutierte Regelung betraf den Zeitraum von 16.3. bis 30.4.2020. Inzwischen ist die in Frage stehende Verordnung außer Kraft getreten²³ und wurde durch die COVID-19-Lockerungsverordnung²⁴ ersetzt.

1.3. Wie Rechtskenntnis generiert wird

Es dauerte einige Wochen, bis Kritik an diesem Auseinanderfallen von Regierungskommunikation und Norminhalt zu vernehmen war. Mit der Wortschöpfung „Fake Laws“ wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die Regierung Empfehlungen als Verbote ausgegeben hat.²⁵ Tatsächlich ist eine solche Desinformation höchst problematisch. Die überwiegende Mehrheit der Normunterworfenen generiert ihre Rechtskenntnis nicht durch eine Auseinandersetzung mit dem Wortlaut von Rechtstexten; vielmehr ist es eine Kenntnis hinsichtlich des „groben Gehalts“ (*message*) einer Norm.²⁶ Dieses Allgemeinwissen wird durch Lebenserfahrung, im Wege einer *en passant*-Sozialisation erworben.²⁷ Ändert sich das Recht, fließt der Wissenserwerb hinsichtlich der neuen Rechtslage in diese Sozialisation ein. Es ist ein relativ langsamer Prozess, dem idR eine öffentliche Debatte vorausgeht. Die Norm wird in einem längeren Gesetzgebungsverfahren erzeugt und zT werden Übergangsfristen normiert. Bis die neue Rechtslage für den Großteil der Bevölkerung relevant wird, hat sich oft in einer breiten wissenschaftlichen Diskussion eine hA herauskristallisiert, die im Idealfall über verschiedene gesellschaftliche Institutionen den Rechtsunterworfenen vermittelt wird. Beim COVID-19-MaßnahmenG und den darauf aufbauenden Verordnungen war das anders. An nur einem Wochenende wurde eine neue Rechtslage geschaffen, die die gesamte Bevölkerung in ihrem alltäglichen Leben betrifft. Der BReg, die in diesen Wochen nahezu die gesamte Öffentlichkeit für sich beanspruchen konnte,²⁸ kam ein faktisches Auslegungsmonopol hinsichtlich der neuen Normen zu. Die Rechtskenntnis der Normunterworfenen beschränkte sich auf eine *message*, nach der sie sich an ein „Verbot“ zu halten hatten, das ihr Recht auf Freizügigkeit²⁹ deutlich stärker beschränkte, als es die in Wahrheit geltende Norm tat. Stellt sich dann heraus, dass es sich um Desinformation handelte,³⁰ leidet das Vertrauen in die staatlichen Institutionen. Hinzu kommt, dass auch die staatliche

22 LVwG Niederösterreich 12.5.2020, S-891/001-2020; VwG Wien 5.6.2020, 031/047/5718/2020.

23 § 7 Abs 1 Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG BGBl II 2020/98 idF BGBl II 2020/148.

24 COVID-19-Lockerungsverordnung BGBl II 2020/197.

25 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, diepresse.com 19.4.2020, www.diepresse.com/5802439/fake-laws-regierungswunsche-als-geltendes-recht-hingestellt (22.5.2020).

26 *Baer*, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung² (2015) 220.

27 *Lucke*, Was weiß Recht? Anmerkungen aus der sozialwissenschaftlichen Verwendungsforschung, in *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht? (2010) 147 (170).

28 *Anders*, Die Krise der Opposition, Der Standard v 31.3.2020, 9; *Tóth*, Unser täglich Pressebrot gib uns heute, FALTER 16/20, 23.

29 Art 4 StGG; Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK.

30 *Red*, Website geändert: Private Treffen „natürlich“ nicht verboten, orf.at 27.4.2020, <https://orf.at/stories/3163467/> (22.5.2020).

Verwaltung faktisch nicht aufgrund der Gesetze ausgeübt wird, sondern aufgrund der Rechtskenntnis der Verwaltungsorgane. Das dürfte meistens, nämlich dann, wenn sich Gesetz und Rechtskenntnis iW decken, kein größeres Problem sein. In dieser konkreten Konstellation führte es jedoch dazu, dass Strafen aufgrund der Desinformation ausgesprochen wurden, die dann im Rechtsweg korrigiert werden müssen.³¹

2. Eine rechtliche Bewertung der staatlichen Desinformation

Für eine sinnvolle rechtliche Einordnung dieser staatlichen Desinformation muss zunächst geklärt werden, wie die Informationsakte verwaltungsrechtlich zu qualifizieren sind. Dabei ist staatliches Informationshandeln zunächst von seinem privaten Gegenstück abzugrenzen, wofür es auf Inhalt und Kontext der Kommunikationshandlung und auf den Gesamteindruck ankommt, der bei den Empfänger*innen entsteht.³² Bei der Regierungskommunikation zu den COVID-19-Normen fällt die Einordnung leicht. Inhalt und Kontext, insb die Einbettung in Pressekonferenzen und eine staatliche Informationskampagne, sprechen dafür, von staatlichem Informationshandeln auszugehen. Nach der Rsp des OGH ist es nicht möglich, staatliches Informationshandeln pauschal der hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen Verwaltung zuzuordnen. Die Zuordnung solcher „Informationsrealakte“ werde durch deren Zugehörigkeit zum Kernbereich der jeweils in Betracht kommenden Verwaltungsmaterie vorgenommen. Entscheidend sei ihr hinreichend enger Zusammenhang zu einer hoheitlichen oder privatwirtschaftlichen Materie.³³ Bei der Aufklärung über den Inhalt einer Verordnung, mit der Ausgangsbeschränkungen normiert werden, ist von einem hinreichend engen Zusammenhang zu einer hoheitlichen Materie auszugehen. Die Qualifikation dieser konkreten Regierungskommunikation als schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln ist von Bedeutung für die Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips³⁴ und Fragen des Rechtsschutzes.³⁵

Es wurde bereits aufgezeigt, dass ein „informationaler“ Grundrechtseingriff vorliegt, da Freiheitsrechte der Normunterworfenen faktisch beschränkt wurden, wenn sie ihr Handeln an einem scheinbar geltenden Verbot ausgerichtet haben.³⁶ Da dieser Eingriff auf keine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann, ist mE jedenfalls von der Rechtswidrigkeit dieser Kommunikationshandlungen auszugehen.

31 Vgl FN 22.

32 *Merli*, Grenzen der Staatsinformation und staatlicher Propaganda, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter, Bd 16 der Schriftenreihe Recht der elektronischen Massenmedien REM (2019) 107 (109–111).

33 OGH 23.2.2011, 1 Ob 208/10k. Vgl auch *Karkulik*, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, JRP 2014, 171 ff mwN.

34 *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) 194 f; *Karkulik*, JRP 2014, 171. Für eine differenziertere Beurteilung s *Mörth*, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020) 130 ff.

35 *Karkulik*, JRP 2014, 171.

36 Zum „informationalen“ Grundrechtseingriff vgl *Feik*, Verwaltungskommunikation 50 f.

Dieses Zwischenergebnis der Rechtswidrigkeit aufgrund eines Grundrechtseingriffs ohne gesetzliche Grundlage beantwortet jedoch noch nicht die Frage, die sich angesichts des Auseinanderfallens von Regierungskommunikation und Norminhalt aufdrängt: Wie kann das Recht speziell auf den desinformierenden Staat antworten? *Rudolf Feik* spricht davon, dass es rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwider laufe, „wenn staatliche Aufklärung falsch oder irreführend informiert.“³⁷ *Stefan Storr* will allgemein aus dem Demokratieprinzip, der Meinungsfreiheit, dem Argument, dass die Lüge den demokratischen Verantwortungszusammenhang verschleierte, und dem Wesen des Rechts ein Rechtsprinzip ableiten, das es dem Staat verbietet, zu lügen.³⁸ *Franz Merli* ist diese Schlussfolgerung zu undifferenziert.³⁹ Eine Wahrheitspflicht des Staates könne nur in besonderen Kommunikationssituationen angenommen werden:⁴⁰ In Bezug auf Wahlverfahren hat bspw. der VfGH erkannt, dass staatliche Organe Wahlberechtigte informieren dürfen, jedoch darf diese Tätigkeit „nie das Maß einer ‚staatlichen Desinformation‘ annehmen und so das Abstimmungsverhalten faktisch beeinträchtigen.“⁴¹ Weitere Sondersituationen sind die Schule, die staatliche Auskunft, parlamentarische Anfragen und Untersuchungsausschüsse. Darüber hinaus erwägt *Merli*, „bewusste staatliche Desinformation in Bereichen staatlich monopolisierten Wissens“ als Verletzung der Meinungsbildungsfreiheit zu betrachten.⁴² Man könnte dieses Argument für den gegenständlichen Fall staatlicher Desinformation weiterverfolgen. Hierbei handelt es sich zwar nicht um einen Bereich staatlich monopolisierten Wissens i.e.S., denn theoretisch hatte jede*r Zugang zum Rechtsinformationssystem und damit zu den relevanten Normtexten. Faktisch aber hatte die BReg zumindest über einen gewissen Zeitraum hinweg die ausschließliche Deutungshoheit über dieses Rechtswissen. Ob die Desinformation bewusst erfolgt ist, kann für die Anfangsphase nicht beantwortet werden. Ab dem Zeitpunkt, als öffentliche Kritik geäußert wurde und die BReg weiterhin eine „Spazierengehen-Ausnahme“ kommunizierte, scheint sie die Desinformation jedoch bewusst in Kauf genommen zu haben. Jedoch hatte sie ab diesem Moment nicht länger eine monopolisierte Deutungshoheit. Es finden sich also Argumente, die dafür und dagegen sprechen, im konkreten Fall von einer Verletzung der Meinungsbildungsfreiheit auszugehen.⁴³

3. Exkurs: Desinformation und Determinierungspflichten

Außerdem können aus dem „Erfolg“ der staatlichen Desinformation zu den Ausgangsbeschränkungen Rückschlüsse auf die rechtliche Beurteilung der Verordnung gem § 2 Z 1 des

37 *Feik*, Verwaltungskommunikation 203.

38 *Storr*, JRP 2019, 75.

39 Vgl. *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 115.

40 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 114.

41 VfGH 1.7.2016, W16/2016, VfSlg 20.071/2016.

42 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 114 f.

43 Ein Eingriff lässt sich jedenfalls nicht rechtfertigen, da er auf keine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann.

COVID-19-MaßnahmenG gezogen werden. Auch den Verordnungsgeber treffen Determinierungspflichten,⁴⁴ die sich nach hA aus Art 18 Abs 1 B-VG ergeben.⁴⁵ Der verlangte Determinierungsgrad ergibt sich aus dem jeweiligen Regelungsgegenstand.⁴⁶ Eine generelle Norm, die eine Maßnahme vorsieht, die nicht nur zufällig und ausnahmsweise, sondern regelmäßig schwerwiegend in Grundrechte eingreift, hat die Eingriffstatbestände besonders deutlich zu umschreiben.⁴⁷ Dieses erhöhte Determinierungserfordernis lässt sich aus dem Gesetzesvorbehalt des jeweiligen Grundrechts ableiten.⁴⁸ Die Ausgangsbeschränkungen der Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG haben in mehrere Grundrechte außergewöhnlich stark eingegriffen. Dazu kommt, dass ihre Wirkungen die gesamte Bevölkerung betreffen haben und das nicht nur in einer spezifischen Lebenssituation, sondern in nahezu ihrem gesamten Alltag. Ein Verstoß gegen die Ausgangsbeschränkungen war mit Strafe bedroht,⁴⁹ weswegen sich darüber hinaus auch iS eines strafrechtlichen Klarheitsgebotes gem Artikel 7 EMRK erhöhte Bestimmtheitsanforderungen ergeben. Es muss den einzelnen Normunterworfenen möglich sein, der Vorschrift zu entnehmen, für welche Handlungen und Unterlassungen sie strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.⁵⁰

Die unzureichende Determinierung der Verbotsnorm war letztlich die Grundlage, auf welche die Regierungskommunikation erst aufbauen konnte. Anders wäre das skizzierte Ausmaß staatlicher Desinformation nicht möglich gewesen. Vor diesem Hintergrund war es den Normunterworfenen, aber auch den Vollzugsorganen, offensichtlich nicht möglich, der Vorschrift zu entnehmen, welche Handlungen nun verboten waren und welche nicht. Es wäre also denkbar gewesen, dass unter dem Gesichtspunkt der unzureichenden Determinierung die staatliche Desinformation zu den Ausgangsbeschränkungen im Rahmen einer Verwaltungsprüfung durch den VfGH aufgegriffen wird.⁵¹

4. Rechtsschutz gegen staatliche Desinformation?

Im Vergleich zu anderen Wissenschaftsdisziplinen fällt es den traditionellen Rechtswissenschaften in Österreich mit ihrer starken „Ausrichtung auf die Form“ schwer,⁵² mit

44 VfGH 13.12.2011, V85/11 ua, VfSlg 19.592/2011; VfGH 6.12.2012, V24/2, VfSlg 19.721/2012.

45 Für eine Übersicht zum Stand der Diskussion über das Determinierungsgebot s *Mörth*, Legalitätsprinzip 177 ff, der entgegen der hA davon ausgeht, dass das Determinierungsgebot keine spezifische Norm ist, sondern ein Sammelbegriff, mit dem das Zusammenwirken verschiedener Normen ausgedrückt wird.

46 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 765 f mwN.

47 VfGH 29.9.1987, G 138/87 ua, VfSlg 11.455/1987. Vgl auch *Berka/Binder/Kneibs*, Grundrechte 188, die von „gesteigerten Bestimmtheitsanforderungen“ sprechen.

48 *Pöschl*, Gleichheit 766.

49 § 3 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/12.

50 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 24 Rn 155.

51 Vgl jedoch VfGH 14.7.2020, V 363/2020: Letztlich hat der VfGH erkannt, dass die VO tlw gesetzwidrig war. Die VO untersagte nicht nur das Betreten bestimmter Orte, sondern ging „der Sache nach als Grundsatz von einem allgemeinen Ausgangsverbot“ aus, was vom COVID-19-MaßnahmenG nicht gedeckt war. Dieser Lösungsweg ermöglichte es dem VfGH, sich nicht näher zur Reichweite der Z 5 äußern zu müssen.

52 *Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, Die Verwaltung 2007, 293 (313). Zum geschlossenen System von Rechtsquellen in Österreich vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rn 464.

jenen subtil wirkenden Techniken der Macht umzugehen, die sich nicht in ein geschlossenes System von Rechtsquellen einordnen lassen.⁵³ Dieses Problem zeigt sich gerade dann, wenn der Rechtsschutz gegen staatliches Informationshandeln diskutiert werden soll, baut doch in Österreich die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den „Grundsatz der Formenabhängigkeit“ auf.⁵⁴

Inzwischen ermöglicht Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG dem einfachen Gesetzgeber, Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze, das gerade nicht in den Formen des Bescheids oder eines Zwangsaktes erfolgt ist, vorzusehen. Damit öffnet die Verfassung die Formenabhängigkeit des Rechtsschutzsystems und ermöglicht dem zuständigen Gesetzgeber das Schließen von Rechtsschutzlücken.⁵⁵ Der Beschwerdegegenstand erfasst vor allem das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln und damit auch weite Bereiche der informationellen Steuerung.⁵⁶ Nach hM muss dieses Verhalten von Verwaltungsorganen jedoch gegenüber „individuell bestimmten Personen“ gesetzt werden,⁵⁷ was „generell abstrakte Erklärungen“, die zwar verhaltenssteuernd wirken, aber keine Verordnungen sind, als Beschwerdegegenstand ausschließt.⁵⁸ Staatliche Desinformation, wie sie in diesem Text behandelt wird, ist ein sehr anschauliches Bsp für eine solche verhaltenssteuernde, generell abstrakte Erklärung, die gerade keine Verordnung ist.⁵⁹

Subsidiär zum Rechtsschutz im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit kommt eine Amtshaftung in Frage die vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden muss. Art 23 B-VG sieht vor, dass die Gebietskörperschaften und andere Körperschaften öffentlichen Rechts für den Schaden haften, den ihre Organe in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügt haben. Das Amtshaftungsgesetz⁶⁰ legt darauf aufbauend die detaillierten Bestimmungen fest.⁶¹ Auch schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln kann Amtshaftungsansprüche auslösen.⁶² Zwar sind gem § 1 Abs 1 AHG

53 So scheinen soziologische und politikwissenschaftliche Herangehensweisen damit weniger Probleme zu haben. Vgl zB *Bröckling*, Gute Hirten führen sanft. Über Menschenregierungskünste³ (2019); *Foucault*, Die Maschen der Macht (1976), in *Foucault*, Analytik der Macht (2005) 220–239. Dass sich die Rechtswissenschaften aber durchaus auch mit anderen Machttechniken als jenen des klassisch hoheitlich handelnden Staates beschäftigen können, zeigt der Schwerpunkt dieser juridikum-Ausgabe zum Thema „sanfte Verwaltung“.

54 *Feik*, Verwaltungskommunikation 207.

55 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rn 942. So hat der einfache Gesetzgeber im Bereich der Sicherheitsverwaltung von der Ermächtigung gem Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG Gebrauch gemacht und die Beschwerdemöglichkeit gem § 88 Abs 2 SPG geschaffen.

56 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 941; *Karkulik*, JRP 2014, 177 f.

57 *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵ (2016) 228.

58 *Karkulik*, JRP 2014, 180.

59 Die Erklärungen wirken zwar verhaltenssteuernd, jedoch spricht ihre mangelnde Normativität dagegen, sie als eigenständige Verordnung zu qualifizieren. Sie waren stets so formuliert, dass sie sich auf den Inhalt der im BGBl II 2020/98 kundgemachten Verordnung beziehen und keine eigenständige Sollensanordnung darstellen. Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 767, der Kundmachungen der Rechtsauffassung einer Behörde als Grenzfälle betrachtet, sie aber nicht als Verordnung qualifiziert.

60 Amtshaftungsgesetz (AHG), BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/122.

61 Art 23 Abs 4 B-VG.

62 ZB OGH 26.11.1975, 1 Ob 171/75. Vgl auch *Karkulik*, JRP 2014, 175 f.; *Feik*, Verwaltungskommunikation 222 ff.

nur Vermögensschäden und Schäden an der Person ersatzfähig, in verfassungskonformer Interpretation können aber auch immaterielle Schäden als umfasst angesehen werden.⁶³ Etwaige Probleme der Zurechnung können an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Was bleibt dann noch übrig? Die Entscheidung über die Einbringung einer staatsrechtlichen Klage liegt in der Hand der Mehrheit des NR, weswegen mit einer Geltendmachung dieser Verantwortlichkeit nicht zu rechnen ist.⁶⁴ Abseits einer rechtlichen Kontrolle ist vor allem an die Missstandskontrolle durch die Volksanwaltschaft⁶⁵ und die politische Kontrolle durch den NR⁶⁶ zu denken. Für letztere stehen Interpellationsrecht, Enquete-recht, Resolutionsrecht und Misstrauensvotum zur Verfügung, wobei diese Instrumente von der parlamentarischen Opposition insb dafür genutzt werden können, Aufmerksamkeit für einen Missstand zu generieren und damit eine gesellschaftliche Kontrolle zu ermöglichen,⁶⁷ die gerade zur Begrenzung staatlicher Desinformation wesentlich ist. *Merli* schreibt, dass die Rechtsordnung „gegen Propaganda nicht auf einen Maulkorb für den Staat, sondern auf kommunikative Gegenmacht der Opposition, der Presse, des öffentlichen Rundfunks, der Wissenschaft und der Bürgerinnen und Bürger zu setzen“ scheint.⁶⁸

5. „Kommunikative Gegenmacht“ in der (Corona-)Krise?

Die Krise hat jedoch für einige Wochen auch die kommunikative Gegenmacht erfasst. Der parlamentarischen Opposition fiel es im Frühling 2020 besonders schwer, mit eigenen Vorschlägen medial durchzudringen.⁶⁹ Die Situation der klassischen Medien ist differenziert zu beurteilen. Einerseits konnte der ORF mit seiner Corona-Berichterstattung Rekordreichweiten erzielen.⁷⁰ Andererseits kämpfen mehrere Medienunternehmen mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie. Der Journalist *Marc Brost* und der Medienwissenschaftler *Bernhard Pörksen* verwenden den Begriff „Harmonie-Falle“, um zu beschreiben, wie anfangs im medialen Diskurs die herrschenden Expert*innenmeinungen nur wenig hinterfragt wurden. Sie mahnen zu kritischer Distanz.⁷¹ Auch die Wissenschaft nimmt eine ambivalente Rolle ein: Nachdem in den vergangenen Jahren bereits das postfaktische Zeitalter⁷² ausgerufen wurde, war nun von einer „neue(n) Anerkennung wissenschaftlicher Expertise“ die Rede.⁷³ ZT wird jedoch das Ausblenden abweichender

63 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 838.

64 Art 142 Abs 2 lit b B-VG. Vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht Rn 1145.

65 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 853.

66 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 891.

67 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 852, 856.

68 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 116.

69 Vgl FN 28.

70 ORF, Ein Monat ORF-Onlineberichterstattung zur Corona-Krise in Österreich. Historische Höchstwerte für ORF.at und ORF-TVthek, ots.at 20.4.2020, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200420_OTS0081/ (21.2.2020).

71 *Brost/Pörksen*, Angesteckt. Corona-Berichterstattung, *Zeit* 16/20.

72 *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter, Bd 16 der Schriftenreihe *Recht der elektronischen Massenmedien REM* (2019).

73 *Wodak*, Message-Control in der Krise, *Der Standard* v 1.4.2020, 23.

Zugänge kritisiert.⁷⁴ Hinzu kommt, dass das Herstellen kommunikativer Gegenmacht durch einzelne Bürger*innen angesichts weitreichender Grundrechtsbeschränkungen zwischenzeitlich nur erschwert möglich war. Das alles ändert aber nichts daran, dass sowohl der Umgang mit staatlicher (aber auch mit privater Desinformation) stark von diesem öffentlichen Korrektiv abhängt; das gilt ganz besonders dann, wenn es dem Recht schwer fällt, adäquate Antworten zu geben.

Maximilian Blaßnig studiert Rechtswissenschaften und Politikwissenschaft an der Universität Wien, arbeitet als Studienassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; maximilian.blassnig@univie.ac.at

74 Anders, Experte hat genug von der Taskforce, *Der Standard* v 10.4.2020, 5.