

nr 3/2020

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Stadt

recht & gesellschaft

Freiheit als verfassungsrechtliche Garantie

Freiheit zu diskriminieren?

Freiheit des Erwerbs für Sexdienstleister_innen

debatte corona

Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister,
Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at
juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Der Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

Gefängnisse zu Zeiten von Covid-19

Monika Mokre / Stephan Vesco

„Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet. [...] Darin liegt das Wesen der staatlichen Souveränität, die [...] als Entscheidungsmonopol juristisch zu definieren ist [...]. Der Ausnahmefall offenbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht.“
(Carl Schmitt, Politische Theologie, 17, 20)

Die Covid-19-Krise stellt wohl den Ausnahmezustand par excellence dar, besonders in der europäischen Nachkriegswelt, in der sich in weiten Strecken eine liberale Normalität unter der „rule of law“ etabliert hat. Dies gilt umso mehr für Österreich. Denn gerade hier waren politische und wirtschaftliche Entwicklungen seit dem Beginn der zweiten Republik von hoher Stabilität gekennzeichnet, selbst wenn man berücksichtigt, dass der hegemoniale Stabilitätsdiskurs auch stets dazu dient, Krisen und Brüche zu verschleiern. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Krise vor dem Hintergrund theoretischer Überlegungen zum Ausnahmezustand als Regierungstechnik, aber auch als emanzipatorisch fruchtbar zu machendes Konzept. Der praktische Fokus liegt dabei auf der Institution des Gefängnisses während der Covid-19-Krise. Das Gefängnis ist zunächst, ganz unabhängig von der Covid-19-Krise, ein Beispiel für den Ausnahmezustand als reguläre Regierungstechnik der Moderne. Die Strafgefangenen mögen gesetzliche Rechte haben, aber ihre tatsächliche Durchsetzung ist vielfach erschwert. Weiters korreliert der verstärkte zu beobachtende Trend zur „Versicherheitlichung“ mit einer auf Dauer gestellten bzw wieder zunehmenden Relevanz des Gefängnisses (nach der Liberalisierung des Strafvollzugs in den 1970er Jahren). Wie schwierig die Abwägung der Erforderlichkeit von Maßnahmen in einer Gesundheitskrise auch sein mag, so neigt sie, zuungunsten jener auszuschlagen, die immer schon als Gefahr wahrgenommen werden, wie eben Strafgefangene. Für diese jedenfalls kulminiert der Trend zur Sekuritisierung, indem er mit dem für sie immer schon bestehenden Ausnahmezustand zusammentrifft. Ihre Situation während der Covid-19-Krise wird hier entsprechend als Ausnahmezustand innerhalb des Ausnahmezustands verstanden.

1. Die normale und die absolute Macht der Herrschenden

In seiner Rede vor dem Nationalrat am 15.3.2020 sagte Bundeskanzler *Sebastian Kurz*, dass Österreich derzeit vor einer außergewöhnlichen Situation stehe, die es erfordere, dass alle zur Bewältigung der Krise zusammenstehen.¹ Die Begründung für massive Einschränkungen von Grundrechten war so drastisch gefasst, dass ein Widerspruch dagegen kaum artikulierbar war, denn es gehe darum, Menschenleben zu retten.²

Die Rettung von Menschenleben, oft unter dem Schlagwort der „Sicherheit“, dient regelmäßig als Legitimation für die Außer-Kraft-Setzung bestehender Gesetze und grundrechtlicher Standards. Dieser verallgemeinerte Rettungsanspruch steht schon begrifflich im Gegensatz zu einzelnen Menschenleben und -schicksalen: Dort das allgemeine Wohl, hier die Ansprüche der Einzelnen. Beide Seiten sind im modernen Staat insofern als strukturelle Pole konzipiert, als die territoriale Verfügungsgewalt des Souveräns mit ihren allgemeinen Ansprüchen (Friede, Sicherheit, Gemeinwohl) den Grund- und Menschenrechten als individuellen Ansprüchen gegenübersteht.

Auch im modernen Konstitutionalismus finden sich diverse Beispiele für Artikulationen souveräner Verfügungsgewalt, welche fundamentale Rechte leugnen oder zurückdrängen. Zum einen lässt sich dafür, schon ungeachtet der speziellen Situation in der Coronakrise, das Konzept des Gefängnisses bzw Strafvollzugs anführen. Auf dieses wird weiter unten im Detail eingegangen. Zum anderen kann man auch in Gesetzen, die sich auf Geflüchtete beziehen, (potenzielle) Konflikte zwischen dem Rechts(schutz)gedanken und dem Konzept des Ausnahmezustands, oft zugunsten des Letzteren, beobachten. Der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)³ liegt an sich der Gedanke einer Verantwortung für Menschen zugrunde, die in ihrem Herkunftsstaat keinen Rechtsschutz genießen. Doch habe diese Verantwortung nach der Auffassung der meisten Staaten keinen absoluten Charakter, sondern ende dort, wo die eigene Sicherheit und Ordnung bedroht sind.⁴ Die GFK selbst schweigt dazu. Österreich jedenfalls hat im Jahr 2016⁵ eine gesetzliche Ermächtigung geschaffen, für den Fall eines hohen Zustroms von Geflüchteten („Ober-

1 OTS, Nationalrat beschließt umfassendes Maßnahmenpaket zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus, www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200315_OTS0049/nationalrat-beschliesst-umfassendes-massnahmenpaket-zur-bekaempfung-der-ausbreitung-des-coronavirus (8.6.2020).

2 *Bundeskanzleramt*, Bundeskanzler Sebastian Kurz: „Comeback für Österreich“, www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2020/bundeskanzler-sebastian-kurz-comeback-f%C3%BCr-oesterreich.html (8.6.2020).

3 Siehe *UN General Assembly*, Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, Treaty Series, vol 189 p 137, www.refworld.org/docid/3be01b964.html.

4 Praktische Beispiele lassen sich etwa in den Jugoslawienkriegen finden. So schloss Kroatien angesichts eines Massenzustroms aus Bosnien Herzegowina seine Grenzen 1992 ebenso wie Mazedonien 1999 gegenüber zuströmenden Kosovo-Albaner_innen. Beide Staaten rechtfertigten das mit ihren beschränkten ökonomischen und finanziellen Ressourcen, vgl *Coleman*, Non-Refoulement Revised. Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law, *European Journal of Migration and Law* 2003, 23 (25 ff).

5 Mit BGBl I 2016/24.

grenze“)⁶ eine Gefährdung der Öffentlichkeit per Verordnung festzustellen und dadurch die Rechte Geflüchteter zu beschneiden.⁷

Das scheint ein geradezu exemplarischer Anwendungsfall des *Schmitt'schen* Diktums zu sein: Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, nicht nur darüber, welche Maßnahmen im Ausnahmezustand angemessen und daher zulässig sind, sondern auch darüber, wann ein Ausnahmezustand überhaupt besteht. Neben dem „normalen“ Regierungsmodus, seit Aufklärungszeiten den Menschenrechten verpflichtet, besteht offensichtlich ein außergewöhnlicher Modus, in dem der Souverän seinen Absolutheitsanspruch durchsetzt. Aber die Unterscheidung ist wesentlich älter.

Ihre Ursprünge lassen sich in die Kanonistik und nominalistische Theologie des 13. Jahrhunderts zurückverfolgen. Dort wurde dem Papst neben einer *potestas regulata* eine *potestas absoluta* zugeordnet. Die Vorstellung war auch damals die einer doppelten Modalität von Macht. Während sich die erste Macht, über das allgemein überkommene Recht zu bestimmen, so lange vollziehen würde, als ein gewöhnlicher, naturgemäßer Ablauf herrschte, wäre die zweite als außerordentlicher Eingriff vorbehalten – für die Herrschaft Gottes gleichermaßen wie des Papstes als seinem Stellvertreter. Gott würde grundsätzlich nicht in Abläufe eingreifen, die nur Ausdruck der von ihm selbst (als Primärursache) der Natur gegebenen Gesetze waren, sich aber für den Ausnahmefall den direkten Eingriff durch Wunder reservieren. Ebenso wurde für den Papst argumentiert, dass er über die Vorschriften des Kirchenrechts hinweg jederzeit berechtigt und bemächtigt war, die Kompetenzen eines niedrigeren Vertreters der Kirche wieder an sich zu ziehen. Beide würden damit nicht gegen die Natur oder das Recht handeln, sondern an diesen vorbei („*praeter*“).⁸

Entsprechend beriefen sich König_innen und Päpste zunehmend auf das öffentliche Wohl, den Zustand von Reich oder Kirche (*status regni* bzw *status ecclesiae*) und verlangten

6 § 36 Asylgesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2020/29. Die Verordnung besteht in einer Feststellung der Gefährdung der öffentlichen Ordnung (Abs 1). Bei dieser Feststellung ist auf die Anzahl von Fremden und auf eine Beeinträchtigung der staatlichen Systeme durch die Migrationsbewegungen Bezug zu nehmen (Abs 2). Eine absolute Obergrenze wurde deshalb aber nicht ins Gesetz aufgenommen, weil sie im beauftragten Gutachten von *Obwexer/Funk* für völker- bzw insb europarechtswidrig erachtet wurde, vgl *Obwexer/Funk*, Gutachten. Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge (2016), www.semiosis.at/wp-content/uploads/2016/08/Gutachten_Richtwert_Fluechtlinge_Endversion.pdf (29.3.2016).

7 Mit dem Erlassen einer Verordnung nach § 36 Asylgesetz würden die Bestimmungen der §§ 37 bis 41 in Kraft treten, welche im Wesentlichen eine Reihe an Einschränkungen der Rechte von Asylwerber_innen vorsehen. In der Coronakrise wurde kurzzeitig mittels ministeriellem Erlass am Gesetz vorbei angeordnet, Asylwerber_innen die Einreise zu verweigern, wenn sie kein Gesundheitszeugnis vorweisen können, was aber schon mangels rechtlicher Außenwirkung nicht den nach dem Asylgesetz zustehenden *Refoulement*-Schutz und die verfahrensgemäße Prüfung des Asylrechts zu beseitigen vermochte (vgl. dazu etwa *Asylkoordination*, Sachverhaltsdarstellung, http://www.asyl.at/aduploads/394.01.ma,sachverhaltsdarstellung_april_2020.pdf).

8 Vgl *Oakley*, Jacobean Political Theology: The Absolute and Ordinary Powers of the King, *Journal of the History of Ideas* 1968, 323 (331-335). An Originalquellen siehe etwa die Glossen von *Hostiensis*, *Lectura in Quinque Decretalia Gregorianarum Libros* (1512); *Johannes Andraee*, *In tertium Decretalium librum Novella Commentaria* (1581); *Henricus de Bouhic*, *Opus praeclarissimum distinctionum ... super quinque libros decretalium* (1576).

dabei von ihren Unterworfenen, ihre privaten Rechte zu opfern. So kam es zur Entwicklung außerrechtlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Ausweitung der Ideen von Staat und öffentlicher Wohlfahrt bereits ab dem 13. Jahrhundert, lange Zeit noch vor der Renaissance.⁹

Auf die genannte Unterscheidung bauend bestimmten englische Juristen im 16. und 17. Jahrhundert im Hinblick auf die Macht des_der König_in zwei Formen: eine gewöhnliche und eine absolute. Die gewöhnliche Macht wurde dem Zivilrecht (in der Form des *common law*) zugeordnet. Ihr Zweck wurde darin gesehen, für die Bestimmung und Durchsetzung privater Ansprüche und also für das Wohl der einzelnen Staatsbürger_innen zu sorgen. Absolute Macht sollte dem_der König_in hingegen im Hinblick auf das allgemeine Volkswohl (*salus populi*) zukommen und wurde im Wesentlichen synonym mit „Regierung“ oder „Polizei“ gesehen.¹⁰ Die erste Machtform wurde so begriffen, dass der_die König_in in ihrer Ausübung selbst an die rechtlichen Regeln (des *Common Law*) gebunden war, die zweite hingegen so, dass für sie keinerlei Bindung an oder Einschränkung durch das geltende Recht bestand.¹¹

Ab dem 17. Jahrhundert allerdings, und zwar beginnend in England mit dem *Habeas Corpus Act* (1679) und der *Bill of Rights* (1689), entwickelt sich das theoretisch von *John Locke* entscheidend mitbeeinflusste¹² Konzept geschützter Grundrechte; zum Ende des 18. Jahrhunderts, mit der französischen Revolution und der Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten, entsteht der moderne Konstitutionalismus.¹³ Damit ist die Grundlage gelegt für den liberalen und demokratischen Verfassungsstaat, in dem Gesetzgeber und Verwaltung grundsätzlich rückverwiesen werden auf die Volkssouveränität (*pouvoir constituant*) und eben auf die Verfassung als deren geronnene Artikulation (*pouvoir constitué*).¹⁴ Die jeweils niedrigere Rechtsnorm hat sich dabei auf die höheren Normen zu gründen. *Hans Kelsen* hat diese Konzeption bekannterweise mit dem „Stufenbau der Rechtsordnung“¹⁵ bezeichnet.

9 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 343 f.; vgl. auch *Hodsworth*, *A History of English Law* (1922-52) IV, 206 f.; sowie *Post*, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State 1100* (1964), 12; siehe dort auch die Einleitung (3-24) und das 5. Kapitel (241-309).

10 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 323 f.; mit Verweis auf Reden aus *Howell* (Hrsg.), *A Complete Collection of State Trials* (1816-26), insb. jene von *Attorney General Banks* (vol II, 389 und III, 1016).

11 Vgl. *Oakley*, *Journal of the History of Ideas* 1968, 324 (Rede von *Attorney General Banks* in *Howell* (Hrsg.), *State Trials*, vol II, 389), 325 f., unter Anführung einer Stelle aus *Davies*, *The Question concerning Impositions, Tonnage, Poundage ... fully stated and argued from Reason, Law and Policy* (1656) 30 f.

12 Vgl. *Locke*, *Second Treatise of Government* (2016) 13, 135 ff.

13 *Grimm*, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (2016), insb. 3 ff.

14 Die Unterscheidung wurde von *Sieyès* im Kontext der französischen Revolution geprägt, vgl. *Sieyès*, *Was ist der Dritte Stand?*, in *Lembcke/Weber*, *Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften* (2010) 109; vgl. auch *Vesco*, *Autorität und Demokratie im Konstitutionalismus*, *ZfP* 2019, 413 (415-417).

15 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960/1992) 228 ff. Ursprünglich stammt der Begriff allerdings von Adolf Merkl (vgl. etwa *Merkl*, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *FS Kelsen* (1931) 252), auf dessen Arbeiten sich *Kelsen* auch explizit bezogen hat.

Es ist seine Auffassung, dass in diesem gestuften System der Staat und folglich auch die Souveränität aufgeht¹⁶, sie hat sich eine konstitutionelle Form gegeben, in der sie gleichsam verschwindet. *Schmitt* ist mit seiner Konzeption des Ausnahmezustands genau dieser Auffassung entgegengetreten. Im Ausnahmezustand nämlich würde der Staat eine existenzielle „Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm [bewahren].“¹⁷ Aus dieser Akzentuierung lässt sich ableiten, dass auch im Konstitutionalismus das Souveränitätskonzept fortbesteht und sich ein Wechselspiel zwischen den positivierten und gestuften rechtlichen Sollensanordnungen und der souveränen Machtfülle zeigt.

2. Der Ausnahmezustand als Regel

Über dieses „Wechselspiel“ hinaus wird allerdings in der jüngeren Vergangenheit, beginnend mit der konservativen Wende ab den späten 1970er Jahren¹⁸, spätestens aber mit 9/11 und der dazu einsetzenden Gesetzgebung, von mehreren Autor_innen eine allgemeine Tendenz zur Pluralisierung und Multiplizierung von Ausnahmezuständen beobachtet, die mit der Doktrin der Sekuritisierung erklärt wird und mit der Aufweichung bürgerlicher Grundfreiheiten einhergeht.¹⁹

Die österreichischen Beispiele der Obergrenze für Geflüchtete und des Covid-19-Krisenmanagements lassen sich unter diese Entwicklung rubrizieren. Sie verdeutlichen auch die Willkür des verwendeten Sicherheitsbegriffs, wird doch in diesen beiden Beispielen der Schutz des menschlichen Lebens diametral entgegengesetzt bewertet. Das Beispiel des Gefängnisses zeigt darüber hinaus, dass der Ausnahmezustand bereits vor der akzentuierten Versicherheitlichung des gesellschaftlichen Handelns und Diskurses der letzten Jahrzehnte eine reguläre Regierungstechnik der Moderne darstellt, in dem „die Überschreitung des Gesetzes und seine Ausübung nicht unterschieden werden können, so daß das, was der Norm entspricht und das, was sie verletzt, in ihm restlos zusammenfallen.“²⁰ Art 1 Abs 1 des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit und Sicherheit besagt: „Jedermann hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit).“²¹ Einschränkungen dieses verfassungsmäßigen Rechts werden in weiteren Teilen dieses Gesetzes festgelegt, so etwa in Art 2 Abs 1: „Die persönliche Freiheit darf einem Menschen

16 *Kelsen* spricht auch von einer „Identität von Staat und Recht“, vgl *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 289 ff.

17 *Schmitt*, *Politische Theologie* (1934) 19.

18 Vgl etwa *Fassin*, *Prison Worlds: An Ethnography of the Carceral Condition* (2017) 22.

19 Vgl grundlegend *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004); siehe weiters etwa *Neal*, *Foucault in Guantánamo: Towards an Archaeology of the Exception*, *Security Dialogue* 2006, 31; *Niday II*, *The War against Terror as War against the Constitution*, *Canadian Review of American Studies* 2008, 101; *Lemke*, *Erosion der Rechtsstaatlichkeit. Der Ausnahmezustand als strategische Erzählung in der repräsentativen Demokratie*, in *Hofmann/Renner/Teich*, *Narrative Formen der Politik* (2014) 49; jüngst vgl *Kretschmann/Legnaro*, *Ausnahmezustände. Zur Soziologie einer Gesellschaftsverfassung*, *Kriminologisches Journal* 2017, 471; *Kretschmann/Legnaro*, *Ausnahmezustände*, *Kriminologisches Journal* 2018, 204.

20 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004) 68.

21 Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2.

in folgenden Fällen auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: 1. wenn auf Grund einer mit Strafe bedrohten Handlung auf Freiheitsentzug erkannt worden ist.“

Bereits hier wird deutlich, dass das Gefängnis einen Ausnahmezustand darstellt, eine Form der Bestrafung, die ein grundlegendes Recht entzieht. Festgelegt ist allerdings auch, dass sich daraus nicht der Entzug weiterer Rechte ergibt: „Wer festgenommen oder angehalten wird, ist unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu behandeln und darf nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind“ (Art 1 Abs 4). Die Strafe soll also im Entzug der Freiheit bestehen, weitere Einschränkungen ergeben sich aus der „Wahrung der Sicherheit und Ordnung“.

Diese Einschränkungen sind allerdings in der Praxis des Strafvollzugs erheblich; sie betreffen etwa das Recht auf Familienleben, auf Gesundheitsversorgung, auf angemessenen Arbeitslohn und ausreichende soziale Absicherung sowie in vielen Fällen auch politische Rechte, insbesondere das Wahlrecht.²² Schwerwiegender als der Ausschluss vom Wahlrecht sind allerdings die Hürden für Gefangene, ihre Rechte im Gefängnis durchzusetzen. Diese Hürden ergeben sich schon aus dem Strafvollzugsgesetz, das nicht nur den grundsätzlichen Freiheitsentzug anordnet, sondern auch, dass „[d]ie Strafgefangenen [...] den Anordnungen der im Strafvollzug tätigen Personen Folge zu leisten [haben]. Sie dürfen die Befolgung von Anordnungen nur ablehnen, wenn die Anordnung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt oder die Befolgung dagegen verstoßen oder offensichtlich die Menschenwürde verletzen würde.“²³ Die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit von Anordnungen wird hier also nicht releviert.

In weiterer Folge ist auch die Durchsetzung der den Strafgefangenen gesetzlich verbleibenden Rechte erschwert. Diesbezügliche Beschwerden über die Strafvollzugsbeamten_innen sind zunächst an die Anstaltsleitung zu richten. Erst in weiterer Folge kann das zuständige Landesgericht in Strafsachen angerufen werden. Hier erscheint einerseits die institutionelle und personelle Union der Vollzugsbehörde und vorgeschalteten Beschwerdeinstanz im Sinne der Gewaltenteilung problematisch. Dies insbesondere vor dem – gesetzlich festgeschriebenen und in der Praxis tief verankerten – Machtgefälle zwischen Gefangenen und Vollzugsbediensteten. Andererseits verhindert die Praxis des Strafvollzugs in vielen Fällen de facto jeden Zugang der Gefangenen zur Durchsetzung ihrer Rechte.

22 Bis 2010 wurden Strafgefangene mit einem Strafausmaß von einem Jahr oder länger automatisch vom Wahlrecht ausgeschlossen; nach einer erfolgreichen Klage beim EGMR muss dieser Ausschluss nun vom Gericht explizit verordnet werden, www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_vote_DEU.pdf (20.7.2020), § 22 Nationalratswahlordnung.

23 § 26 Abs 1 Strafvollzugsgesetz, BGBl 1969/144 idF BGBl I 2018/100.

3. Der Ausnahmezustand im Ausnahmezustand

In der Covid-19-Krise traf der allgemeine, als kurzfristig definierte Ausnahmezustand der gesamten Gesellschaft auf den gesetzlich festgelegten dauerhaften Ausnahmezustand des Gefängnisses, die Einschränkung von Grund- und Freiheitsrechten führte im Gefängnis zur weiteren Einschränkung bereits massiv reduzierter Grundrechte. Insbesondere ermächtigte das 2. Covid 19-Gesetz vom 21.3.2020²⁴ die Justizministerin, den Besuchsverkehr für die Dauer der vorläufigen Maßnahmen nach dem COVID-19-Maßnahmen-gesetz auf telefonische Kontakte zu beschränken.²⁵ Diese Regelung wurde am 23.3.2020 durch Justizministerin *Alma Zadic* umgesetzt und war bis zum 10.5.2020 in Kraft.

Offensichtlich wurde durch diese Einschränkung das Recht von Gefangenen auf Familienleben nach Art 8 EMRK noch weiter beschnitten, als es dies im Regelfall ist. Ausgesetzt wurden nicht nur Besuche mit direktem persönlichem Kontakt (Tischbesuche), sondern auch Besuche, bei denen Besuchte und Besucher_innen durch eine Glasscheibe getrennt sind. Hier ist eine direkte Ansteckung offensichtlich unmöglich, doch wurde argumentiert, dass sich Justizwachebeamt_innen infizieren und damit das Virus in die Anstalt bringen könnten. Allerdings kamen diese Beamt_innen außerhalb ihres Dienstes ebenso mit fremden Personen in Kontakt wie alle anderen Personen in Österreich. Zusätzlich erfolgt in vielen Justizanstalten ein direkter Kontakt zwischen den Wachebeamt_innen und den Besucher_innen nicht oder kann leicht vermieden werden – vermutlich mit geringerem Aufwand als etwa zwischen Kund_innen und Kassier_innen in Supermärkten. Die Angemessenheit der Regelung erscheint daher mehr als zweifelhaft.

Als Ersatz für den Besuch sollten Telefon- und Videotelefonkontakte ausgeweitet werden und dies wurde wohl auch in begrenztem Maße umgesetzt. Doch abgesehen davon, dass dies keinen vollwertigen Ersatz für persönliche Treffen darstellt, scheiterte ein zumindest in Bezug auf die Kontaktzeiten angemessener Ersatz in vielen Fällen an technischen Hindernissen sowie solchen, die sich aus dem Vollzugsalltag ergeben, konkret also an dem Fehlen von ausreichenden Einrichtungen zur Videotelefonie und kurzen Zeitspannen, in denen Telefonie erlaubt wurde.

Ab 11.5.2020 wurden Besuche per Verordnung wieder erlaubt, mit der Einschränkung, dass maximal ein_e erwachsene_r Besucher_in zugelassen ist. In den Justizanstalten wird dies mit weiteren Einschränkungen, insbesondere in Bezug auf Dauer und Häufigkeit der Besuche umgesetzt.

Zusätzliche Einschränkungen der Rechte der Gefangenen betrafen Freizeitaktivitäten, Vollzugslockerungen und Therapien. Zusätzlich wurden für einige Zeit keine Anträge auf elektronisch überwachten Hausarrest (Fußfessel) bearbeitet, was im Lichte einer wünschenswerten Reduzierung der Belegung der Gefängnisse und damit der Ansteckungsgefahr kontraproduktiv erscheint. Allerdings wurde versucht, die Belegung der

24 2. Covid-19-Gesetz, BGBl I 2020/16.

25 Art 21 § 10 Z 5 2. Covid-19-Gesetz.

Gefängnisse durch Aufschiebung des Haftantritts zu reduzieren und bei bereits bewilligten Fußfesselanträgen wurde auf den Kostenersatz verzichtet, wenn dieser aufgrund fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten nicht geleistet werden konnte.

Im Hinblick auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien ist auch darauf zu achten, dass Ausnahmebestimmungen nicht kraft gesetzlicher Ermächtigung ad infinitum immer wieder verlängert werden können (etwa durch eine sogenannte „sunset Klausel“), sondern ein klarer und naheliegender Zeitpunkt bestimmt ist, an dem das Gesetz ausläuft oder aber – mit den angebrachten Änderungen – neu zu beschließen ist. Im Lichte internationaler Erfahrungen mit zeitlich weit erstreckten Ausnahmezuständen, wie etwa nach 9/11²⁶, sind diese Vorkehrungen von hoher Relevanz.

4. Zusammenschau: Rechtsstaatlichkeit und das Politische

Die Situation von Strafgefangenen verdeutlicht die Problematik eines permanenten Ausnahmezustands; in ihrer Konfrontation mit der Covid-19-Krise verdichtet sich diese Problematik. Zugleich aber kann das Gefängnis auch als Beispiel für die Grenzen einer Rechtsstaatlichkeit dienen, die sich – wie es dem deutschen und österreichischen Verständnis entspricht – in erster Linie formal definiert.²⁷ Zwar wird dieses Verständnis üblicherweise – und auch in der Formulierung des österreichischen Strafvollzugsgesetzes – normativ durch einen Bezug auf die Menschenrechte angereichert,²⁸ doch wird hier, im Machtgefälle einer geschlossenen Anstalt, besonders deutlich, wie zahllos die Menschenrechte ohne die politische Macht zu ihrer Durchsetzung sind. In den Worten der VIII. geschichtsphilosophischen These von *Walter Benjamin*: „Die Tradition der Unterdrückten lehrt uns darüber, daß der ‚Ausnahmezustand‘, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht.“²⁹ Überlegungen zur normativen Unzulänglichkeit der Rechtsstaatlichkeit führen zu einem anderen, emphatischen Verständnis des Ausnahmezustands, etwa bei *Benjamin* heißt es weiter: „Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen ‚Ausnahmezustandes‘ vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern.“³⁰ Ähnlich argumentiert auch *Agamben*, wenn er fordert, die Kontamination des Politischen durch das Gesetz dadurch zu beenden, dass das Politische

26 Vgl. *Thimm*, Vom Ausnahmezustand zum Normalzustand. Die USA im Kampf gegen den Terrorismus (2018) insbes. 31–33.

27 Vgl. *Dorsen et al* (Hrsg), Comparative constitutionalism: Cases and materials (2010) 42. Vgl. für Österreich nur die erwähnte Stufenbaulehre Kelsens, *Kelsen*, Rechtslehre 228 ff, der die gegenwärtige Rechtswissenschaft immer noch so gut wie ganz verschrieben ist.

28 Vgl. *Volkman*, Rechtsphilosophie: ein Studienbuch (2018) 201; siehe auch *Somek*, Rechtsphilosophie zur Einführung (2018) 75 f.

29 *Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte, in *Benjamin*, Sprache und Geschichte (1992) 141 (145).

30 *Benjamin*, Über den Begriff der Geschichte 145 f.

die Beziehung zwischen Gewalt und dem Gesetz abschneidet. Daraus soll sich ein Raum für menschliche Praxis ergeben, die sich keinem Zweck verpflichtet fühlt.³¹

Diese Überlegungen zu einem Ausnahmezustand als möglichem Beginn einer besseren Gesellschaft lassen sich anhand der Forderung nach völliger Abschaffung des Gefängnisses konkretisieren. Argumente dafür lassen sich in der vielfach empirisch bewiesenen und auch allgemein anerkannten Wirkungslosigkeit, wenn nicht Kontraproduktivität des Gefängnisses in Bezug auf dessen behauptetes erstes Ziel der Besserung finden. Doch zugleich müssen Abolitionist_innen die Frage nach der Umsetzung einer gefängnislosen Gesellschaft stets teilweise offenlassen, da diese wohl nur im Zusammenhang einer allgemeinen, radikalen Gesellschaftsveränderung zu denken ist.³²

Die Rehabilitierung des Politischen in seinem Verhältnis zu Rechtsstaatlichkeit steht im Zentrum zahlreicher kritischer Überlegungen zum liberalen Rechtsstaat – aus feministischer Sicht wird etwa der Fokus auf individuelle Autonomie in Frage gestellt,³³ aus marxistischer Perspektive das Fehlen von Emanzipationsmöglichkeiten betont.³⁴ In diesen Fällen allerdings lässt sich – abweichend von *Agambens* Postulat – der Zweck politischer Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit klar aus der Kritik ableiten. Folgt man *Derrida*, so ist eine solche Zwecksetzung unvermeidlich. Die Reinheit des Neubeginns ist niemals einzulösen, die „reine Gewalt“ immer durch das Instrumentelle kontaminiert.³⁵ Der Neubeginn kann immer nur im Futur II artikuliert werden, alles andere wäre „präsentistisch.“³⁶

Nur im Futur II lassen sich auch die Folgen eines Neubeginns bestimmen. Es spricht wenig dafür, dass politische Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit emanzipatorisch sein müssen. Immerhin war es der FPÖ-Innenminister der letzten Regierung, *Herbert Kickl*, der postulierte, dass das Recht der Politik zu folgen habe. Kritik an den Covid-19-Maßnahmen, die sich nicht an Rechtsstaatlichkeit abarbeitet, sondern als genuin politisch verstanden werden kann, kommt in erster Linie von Verschwörungstheoretiker_innen. Die Abschaffung von Gefängnissen in ihrer derzeitigen Form wird nicht nur von denen gefordert, die die Rechte von Straffälligen in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen, sondern auch von denen, die sich drakonischere Strafen bis zu Folter und Todesstrafe wünschen.

Das Recht ist das Recht der Stärkeren – aber es ist auch Ausfluss historischer Kämpfe, in denen diese Stärke nicht immer gleich verteilt war. Das Recht benachteiligt in vieler-

31 *Agamben*, Ausnahmezustand 46.

32 Vgl etwa *Davis/Rodriguez*, Können Gefängnisse abgeschafft werden?, in *Memel/Mokre* (Hrsg), Das große Gefängnis (2015), 275.

33 *Baer/Sacksofsky* (Hrsg), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen (2018) 17.

34 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2015), 312 ff; siehe auch bei *Engler*, Der Ausnahmezustand als rechtssoziologische Analyse, *Kriminologisches Journal* 2019, 143 (148).

35 *Derrida*, Gesetzeskraft (1991/2017) 83, 99 ff.

36 *Derrida*, Gesetzeskraft (1991/2017) 56, 83, 108.

lei Hinsicht die Schwächeren, aber es ist oft auch deren einziger Schutz vor Willkür. Das Ergebnis politischer Eingriffe in die Rechtsstaatlichkeit bis zu deren (partieller) Aussetzung hängt von politischen Machtverhältnissen ab, die ihrerseits wiederum von der Durchsetzbarkeit von Rechtsstaatlichkeit beeinflusst werden.

Rechtsstaatlichkeit kann ohne Demokratie gedacht werden, aber Demokratie nicht ohne Rechtsstaatlichkeit. Wie *Agamben* beschreibt, kann hierbei die Rolle der Demokratie, des Politischen, auf die Einsetzung des Rechts reduziert werden, dem sich das Politische danach zu fügen hat, oder als ständige Auseinandersetzung mit dem bestehenden Recht verstanden werden. Im ersten Fall ist das Politische dem Recht vorgängig, im zweiten Fall kann es sich im Rahmen des bestehenden Rechts bewegen oder darüber hinausgehen. Eine normative Beurteilung dieser Möglichkeiten lässt sich nicht aus den formalen Vorgaben von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ableiten. Sie kann sich nur an der zentralen Frage des Politischen orientieren, in welcher Gesellschaft wir leben wollen.

PDⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Monika Mokre, Senior Research Associate, Institut für Kulturwissenschaften und Theatergeschichte, Österreichische Akademie der Wissenschaften; monika.mokre@oeaw.ac.at

MMag. Dr. Stephan Vesco, LL.M., Rechtsberater bei Helping Hands; stephan.vesco@univie.ac.at