

nr 1/2018

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Autoritäre Tendenzen im Recht

recht & gesellschaft

Objektivität im Recht?

Verschlechterungsverbot im Umweltrecht

Vergleichende Rechtswissenschaften

Wahlrecht für Migrantinnen!

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister
und Nikolaus Wieser

www.verlagoesterreich.at

www.juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“¹

Ein vor.satz.

Valerie Purth

Am 10. Dezember 1948 wurde dieser titelgebende Satz niedergeschrieben, als erster Satz des ersten Artikels der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR). Diese feiert Ende 2018 – ein Jahr der Jubiläen, wohin man blickt – ihren 70. Geburtstag. Tatsächlich ist mir ein besserer vor.satz für dieses Jahr geradezu denkunmöglich. Wenngleich dieser vor.satz mE schon für sich allein stehend eine – wenn auch nicht rechtlich verbindliche – Wirkung entfaltet – lasst ihn uns in wortinterpretatorischer Manier in seine Einzelteile zerlegen. Womöglich findet sich zu dem einen oder anderen Aspekt ja auch ein Beitrag in diesem ersten juridikum des Jahres 2018.

Alle. Die Rede ist von allen Menschen: Sozial konstruierte und rechtlich (re-)produzierte Unterschiede zwischen Menschen sind im Lichte des Art 1 AEMR irrelevant. Mit ebensolchen beschäftigt sich in dieser Ausgabe etwa *Ines Rössl* in ihrem Beitrag zum Zugang zum Wahlrecht für Migrantinnen.

Menschen. Das Menschsein steht in der AEMR und ihrer Konzeption der Menschenrechte an erster Stelle. Menschlichkeit – Humanität – ist die Grundlage der Menschenrechte.

Sind. Würde und Rechte sind den Menschen aufgrund ihres Menschseins eingeschrieben; sie *sind*, weil und solange der Mensch Mensch ist. Sie dürfen nicht in Frage gestellt werden.

Frei. Art 1 AEMR hält die Freiheit als eine den Menschen inhärente Eigenschaft fest. Wenn die Freiheit einzelner, vieler oder auch aller Menschen tatsächlich oder potenziell eingeschränkt wird, gilt es, genau hinzuschauen: Dazu fühlt sich das juridikum immer und immer wieder berufen, in dieser Ausgabe versucht das thema „Autoritäre Tendenzen im Recht“, dieser Berufung nachzugehen.

Und Gleich. Das bedeutet nicht, dass alle Menschen tatsächlich „gleich“ sind. Vielmehr bedeutet dies eine Verpflichtung der Staaten, sicherzustellen, dass alle Menschen gleiche Entwicklungsmöglichkeiten haben. In Österreich ist die Gleichbehandlungspflicht des Staates in Art 7 B-VG normiert.

1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III), 1.

An Würde. Die Würde des Menschen ist als rechtlicher Begriff unbestimmt und interpretationsoffen. Sie steht für die Forderung nach der Achtung und der Anerkennung jedes Menschen, unabhängig von dessen persönlichen Leistungen oder gesellschaftlichem „Nutzen“. Sie umfasst Autonomie und Freiheit ebenso wie Fragen der Gerechtigkeit und Herausforderungen von Inklusion, Exklusion und Marginalisierung. *Sonja Aziz* verknüpft in ihrem Beitrag die herrschende Debatte rund um #metoo mit dem Umgang mit Opfern sexualisierter Gewalt im Strafrecht.

Und Rechten. Spätestens hier horchen Jurist_innen auf. Gemeint sind die Menschenrechte, deren Universalität die AEMR deklariert. In diesem Heft beschäftigt sich *Gregor Fischer* aus völkerrechtlicher Perspektive mit menschenrechtlichen Aspekten bei Fußball-Großveranstaltungen.

Geboren. Dass gerade und schon bei der Geburt eines Menschen Art 1 AEMR als Maßstab erhalten muss, macht Redaktions-Neuzugang *Marija Petričević* in ihrer Besprechung eines Urteils des deutschen Bundesverfassungsgerichts klar, welches sich mit der rechtlichen Anerkennung von Intergeschlechtlichkeit auseinandersetzt.

Während der erste Satz des Art 1 AEMR die Vertragsstaaten als Völkerrechtssubjekte anspricht, wendet sich der ihn ergänzende zweite Satz direkt an die Menschen: „Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der [Geschwisterlichkeit] begegnen.“ Die im Originaltext genannte „Brüderlichkeit“ durfte hier im Sinne einer teleologischen Auslegung und geschlechtergerechten Lesart getrost durch „Geschwisterlichkeit“ ausgewechselt werden. Das der Idee der „Brüderlichkeit“ zugrundeliegende patriarchale Familienbild, in dem der gegenseitige Respekt und die Wertschätzung allein den Männern innerhalb der großen als Familie gedachten Menschheit zuteilen kann, findet in dieser Lesart keinen Platz mehr. Der Appell an die Solidarität und die Begegnung auf Augenhöhe allein aus dem Grund, dass wir alle Menschen sind, bleibt jedoch ungeschmälert erhalten.

Der vor.satz des Art 1 AEMR soll dem Jahr 2018 vorangesetzt, den Machthaber_innen vorgesetzt werden. Nicht nur als das, was er ist, nämlich eine unverbindliche Empfehlung der Vereinten Nationen zu den allgemeinen Grundsätzen der Menschenrechte, sondern auch als das, was er sein kann: Ein Maßstab für die Menschlichkeit im Recht.

Mag.^a Valerie Purth, BA ist Mitherausgeberin des Juridikum und Juristin in Wien; valerie.purth@gmail.com

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“
Ein vor.satz
 Valerie Purth

merk.würdig

- 5 Recht engagiert
*Was es heute bedeutet, Jurist*in zu sein*
 Melinda N. Franzke / Sebastian M. Spitra
- 8 Rechtsschutz im Strafvollzug
 Oliver Scheiber
- 10 Rechtsform, Staatsform, Warenform
 Lukas Egger
- 13 Die Zeitschrift für Flüchtlingsforschung (Z'Flucht)
 Kevin Fredy Hinterberger
- 17 Zur Auslegung des Begriffs „illegal überschreitet“ in Art 13 Abs 1 Dublin-III-VO
Besprechung des EuGH-Urteils in der Rs C-646/16 (Jafari) vom 26.07.2017
 Adel-Naim Reyhani
- 21 Assistenzersatz 2015 ff
... und kein Ende in Sicht
 Philipp Hense-Lintschnig
- 25 Putins Russische Föderation und die FIFA – ein Sommermärchen?
 Gregor Fischer
- 29 Geschlecht ist nicht nur weiblich oder männlich, sondern divers!
Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017, Az 1 BvR 2019/16
 Marija Petričević
- 34 #MeToo – Der Umgang mit Opfern sexualisierter Gewalt
 Sonja Aziz

recht & gesellschaft

- 38 Objektivität in den Rechtswissenschaften
Wirkmächtige Illusion oder unverzichtbares Ideal?
 Nicole Zilberszac
- 49 Das Verschlechterungsverbot im Wasserrecht und dessen Umsetzung in Österreich
Die Verschärfung der Definition der Verschlechterung im Wasserrecht durch den EuGH und die Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage.
 Gregor Schamschula
- 60 An Introduction to the Connotations of Comparative Law
A Perspective from a Chinese Scholar
 Jianhong Fan
- 70 Wahlrecht für Migrantinnen!
100 Jahre Frauenwahlrecht – Für wen immer noch nicht?
 Ines Rössl

thema

- 77 Vorwort der Gastherausgeber_innen: Autoritäre Tendenzen im Recht
 Angelika Adensamer/Kevin Fredy Hinterberger/Nora Pentz
- 80 Autoritäres Potenzial und demokratische Werte in Österreich 1978 – 2004 – 2017
 Oliver Rathkolb

- 92 Neue Pflichtenbildung
Zur Ausgestaltung und Durchsetzung von Bildungspflichten
Nadine Hauptfeld
- 103 Autoritäre Tendenzen im Aufenthaltsrecht seit 2006
Johannes Peyrl
- 115 Gegenwärtige Tendenzen im Strafrecht
Alexia Stuefer
- nach.satz
- 128 Verein Frauen-Rechtsschutz
Michaela Kovacic

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394,
ISSN Electronic edition 2309-7477

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Philipp Hense-Lintschnig, Valerie Purth, Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 64,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 19,-
(Alle Preise inkl. MWSt, excl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Marion Guerrero, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sußner, Caroline Voithofer, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

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), 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/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Sonja Aziz, Lukas Egger, Jianhong Fan, Melinda N. Franke, Gregor Fischer, Nadine Hauptfeld, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Michaela Kovacic, Nora Pentz, Marija Petričević, Johannes Peyrl, Valerie Purth, Oliver Rathkolb, Adel-Naim Reyhani, Ines Rössl, Gregor Schamschula, Oliver Scheiber, Sebastian M. Spitra, Alexia Stuefer, Nicole Zillberscz

Gastherausgabe des themas:

Angelika Adensamer, Kevin Fredy Hinterberger, Nora Pentz

Offenlegung

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

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Philipp Hense-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das *juridikum* ist ein „peer reviewed journal“.

Recht engagiert

Was es heute bedeutet, Jurist*in zu sein

Melinda N. Franzke / Sebastian M. Spitra

1. „Engagieren wir uns“: Neuer Elan für das Juridicum

Beim Durchstreifen der Stände der jährlichen Karrieremesse „jussuccess“ am Wiener Juridicum sammelt man nicht nur Goodies der verschiedenen Rechtsanwaltskanzleien ein, sondern auch Eindrücke davon, was es heißt, mit dem Recht zu arbeiten.¹ Higher, better, faster, more: Gut bezahlte Posten, das Betreuen großer Klient*innen und gesellschaftliches Ansehen sind die Charakteristika, die – so bekommt man hier vermittelt – nötig sind, um als erfolgreiche*r Jurist*in zu gelten. Auf der Strecke bleiben dabei nicht nur jene juristischen Berufe, deren Fokus weniger auf ökonomisch messbarem Erfolg liegt, sondern auch (freiwilliges) Engagement und Zivilcourage, für die das Recht in besonderer Weise einen wichtigen Beitrag leisten kann.

Dazu kommt der Eindruck, dass der Alltag am Juridicum durchzogen ist von beiläufigen Konversationen, etwa: Wie weit bist du im Studium? Welche Noten hast du? Arbeitest du schon in einer Kanzlei? Es ist der klassische „Small“-Talk, den man im Vorbeigehen am Gang, in der Mensa oder draußen bei den Raucher*innen inhaliert. Studierende durchschreiten im Diplomstudium Rechtswissenschaften nach wie vor den gleichen Kanon an Fächern, die idR auf eine anwaltliche oder richterliche Tätigkeit abzielen. Diese Fixierung auf idente und vergleichbare Leistungen im sowie außerhalb des Studiums und auf einige wenige juristische Arbeitsbereiche birgt Frustration und beschränkt die vielfältigen Interessen und Talente der Jus-Studierenden.

2. Frische Perspektiven auf das Recht: Das Forum kritischer Jurist*innen stellt sich vor

Als unabhängige, parteilose Plattform für kritische Jus-Studierende und -Absolvent*innen sehen wir als *Forum kritischer Jurist*innen* unsere Aufgabe im Aufzeigen neuer Perspektiven auf das Recht. Unser Entstehen im Jahr 2014 in Wien gründete in dem Bedürfnis einiger Studierender nach einem kritischen Austausch über das Recht jenseits disziplinärer Grenzen. Dabei ging es uns von Anfang an darum, erstens die (Macht-)Verhältnisse sowie die politischen Interessen bei der Entstehung und Wirkweise von Recht zu

1 www.jussuccess.at/programm (7.1.2018).

analysieren. Das *Critical Legal Studies Movement* in den USA der Achtzigerjahre betitelte dies polemisch: „Law is Politics.“²

Zweitens wollen wir die Rechtswissenschaften nicht allein auf die dogmatische Methode reduziert betrachten, sondern sie in ihren mannigfachen Kontexten sehen.³ Dazu gehört nicht bloß der enge Bereich der Rechtsanwendung selbst, sondern auch die Ausbildung und Sozialisierung jener, die am juristischen Diskurs teilnehmen und das Bild von Jurist*innen in der Gesellschaft prägen.

Unsere Aufgabe sehen wir darin, nicht nur selbst kritisch über das Recht nachzudenken, sondern ebenso andere dazu zu animieren. Aus diesem Grund haben wir auch „Forum“ in unsere Selbstbezeichnung aufgenommen. Wir wollen in Austausch mit anderen treten und einen Raum schaffen, wo jenseits vom leistungsorientierten Wettbewerb und Elitarismus Platz für Entschleunigung, studentische Solidarität und die persönliche geistige Entfaltung ist.⁴

3. „With great power comes great responsibility“?

Dieses Anliegen, unsere Mitstudierenden zu erreichen und dem Juridicum eine andere Seite des Rechts und seiner Praxis zu präsentieren, haben wir mit unserem ersten alternativen Berufsinfortag „RECHT ENGAGIERT“ verfolgt. Am 6.12.2017 fanden sich in der Aula des Wiener Juridicums zahlreiche erfahrene Praktiker*innen aus Bereichen wie der Sozialhilfe, dem Datenschutzrecht, dem Umweltrecht, dem Opferschutz und dem Diskriminierungsschutz ein, um mit Studierenden und Absolvent*innen in Dialog über alternative Berufsmöglichkeiten sowie über zivilgesellschaftliches Engagement durch das Recht zu treten.⁵

Mit Unterstützung des Dekanats der rechtswissenschaftlichen Fakultät, des Veranstaltungsmanagements der Universität Wien, der *zeitschrift juridikum* und zahlreicher Sponsor*innen sowie der Zeitung „Der Falter“ als Kooperationspartner konnten wir an diesem Tag an die 1.000 Studierende und Absolvent*innen erreichen. Der große Andrang von Interessent*innen begeisterte die teilnehmenden Organisationen, denn der Bedarf an Jurist*innen mit sozialem Engagement ist groß.

Am Stand der *Arbeiterkammer* und des *VKI* erhielten die Wissbegierigen Informationen über Interessensvertretung, Konsument*innenschutz und Rechtsberatung für Arbeitnehmer*innen. Weiters war ua die *Gleichbehandlungsanwaltschaft* vertreten, deren Fokus auf der Unterstützung von Menschen liegt, die ua beim Zugang zu und der Versorgung

2 Siehe die jüngste Neuauflage der maßgeblichen Abhandlung: Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task* (2015) [1983].

3 Eine im Jahre 1970 begründete Buchreihe „Law in Context“ von dem führenden internationalen Wissenschaftsverlag *Cambridge University Press* zählt inzwischen über 60 Publikationen.

4 www.facebook.com/forumkritjus (8.1.2018).

5 <http://blog.univie.ac.at/recht-engagiert-juridicum-trifft-zivilgesellschaft2/> und www.facebook.com/events/1723217227709979 (8.1.2018).

mit Gütern und Dienstleistungen diskriminiert werden. Das *Frauenvolksbegehren 2.0* nützte die Gelegenheit für die Präsenz frauen- und gleichstellungspolitischer Themen. Mit den Vertreter*innen von *epicenter.works* hatte man die Gelegenheit, über Facebook und Big Data zu debattieren. Der *Österreichische Bundesverband für Mediation* informierte über Möglichkeiten zur alternativen Streitbeilegung. Auf besondere Aufmerksamkeit trafen die ausstellenden NGOs *Amnesty International* und *ZARA*, die zeigten, dass der Bereich des Menschenrechtsschutzes immer bedeutender wird. Rechtsberatungsstellen wie *Asyl in Not*, oder jene der *Caritas* und der *Diakonie* berichteten Interessent*innen über Praktikumsmöglichkeiten und vermittelten den Besucher*innen, wie wichtig es ist, sich gerade als Jus-Studierende*r für das Recht auf Asyl einzusetzen. Am Abend stellten sich die ehemalige OGH-Präsidentin und Nationalratsabgeordnete *Irmgard Griss*, der Rechtsphilosoph *Alexander Somek*, die Menschenrechtsanwältin *Nadja Lorenz* und die Gleichbehandlungsanwältin *Sandra Konstatzky* bei einer Podiumsdiskussion unter dem Titel *„Recht & Ver[antwort!]ung: „With great power comes great responsibility?“* der Frage, welche Rolle Jurist*innen für die Gesellschaft spielen. Das bis in die letzte Reihe gefüllte Dachgeschoß des Wiener Juridicums bot die Kulisse für zahlreiche Fragen, die sonst im Jus-Studium untergehen: Warum war Jus das richtige Studium? Wie kann man mit Scheitern umgehen? Wie verhalten sich Recht und Politik zueinander?

4. Für ein vielfältigeres Bild von Jurist*innen

Die Globalisierung, der gesellschaftliche Wandel und die Technologisierung fordern die Demokratie, die Individualrechte und den Rechtsstaat heraus. Damit Jurist*innen gerüstet sind, um diese Aufgaben verantwortungsvoll zu bewältigen, reicht das Abstellen auf juristisches Fachwissen allein nicht aus. Vielmehr bedarf es einer Grundlagenorientierung, interdisziplinärer Ansätze und der kritischen Reflexion über das (Selbst-)Bild der Jurist*innen. In Zukunft wird es noch mehr an Relevanz gewinnen, sich als Jurist*in in den sozialen Wirklichkeiten und Lebensrealitäten der Gesellschaft in ihrer Pluralität zuzuwenden. Angesichts dieser Entwicklungen fordern wir als Forum kritischer Jurist*innen, Recht als Instrument des gesellschaftlichen Zusammenhalts und nicht der Segregation zu verwenden und auch die Ausbildung von Jurist*innen entsprechend zu gestalten.

Melinda N. Franzke ist Mitglied des Forums kritischer Jurist*innen. Sie studiert Rechtswissenschaften und arbeitet als Publikationsmitarbeiterin bei Bkp Rechtsanwält; franzkemelinda@gmail.com

Mag. Sebastian M. Spitra, BA, ist Mitglied des Forums kritischer Jurist*innen. Er ist Universitätsassistent am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; sebastian.spitra@univie.ac.at

Rechtsschutz im Strafvollzug

Oliver Scheiber

Rezension zu *Alexia Stuefer/Johanna Schöch*, Handbuch Strafvollzug. Fakten – Rechtsgrundlagen – Mustersammlung, NWV Verlag, Graz, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen Band 31, 2017, 183 Seiten, ISBN: 978-3-7083-1172-2

Nach den Reformen in der Ära Kreisky/Broda ist der Strafvollzug in Österreich jahrzehntelang vernachlässigt worden – vom Gesetzgeber, von der Justizverwaltung, von Wissenschaft und Literatur und nicht zuletzt durch Richterschaft und Anwaltschaft. Alexia Stuefer, führende Strafverteidigerin, bildet hier eine Ausnahme – sie hat mehrfach zu Strafvollzugsfragen publiziert und als externe Lehrende an der juristischen Fakultät der Universität Wien und als Referentin auf Fachtagungen im Inland und Ausland dazu gesprochen. Denn in den letzten Jahren ist va infolge öffentlich gewordener Missstände Bewegung in die Diskussion gekommen. Der gesellschaftlich wichtige Bereich des Straf- und Maßnahmenvollzugs findet wieder mehr Aufmerksamkeit.

Mit dem „Handbuch Strafvollzug“ legen Alexia Stuefer und Johanna Schöch, Juristin und ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin bei der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, erstmals ein aktuelles Übersichtswerk zum Strafvollzug vor, das Berichte der Volksanwaltschaft, des Rechnungshofs sowie Beantwortungen parlamentarischer Anfragen integriert. Auch Berichte internationaler Kommissionen sind eingearbeitet. Die Darstellung des Zahlenmaterials nimmt einen großen Teil des Bandes ein. Im Anschluss daran werden sämtliche für den Strafvollzug in Österreich maßgebliche Rechtsgrundlagen angeführt, beginnend mit dem Recht der Europäischen Union bis hin zum nationalen Verfassungsrecht und den einfachgesetzlichen Regelungen. Die Darstellung des Strafvollzugsgesetzes ist insofern innovativ, als sie die darin enthaltenen einzelnen Rechte von Inhaftierten im Straf- und Maßnahmenvollzug herausarbeitet und als Struktur verwendet. In der Praxis werden diese Rechte vielfach aus unterschiedlichen Gründen nicht im gesetzlichen Umfang zugestanden.

In einem eigenen Kapitel präsentieren die Autorinnen die Verfahrensrechte von Strafgefangenen, hier wird auf das Recht auf Ansuchen, auf Akteneinsicht, Übersetzung, Beschwerdeerhebung und Rechtsbehelfe vor Verfassungsgerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte eingegangen.

Ein letzter inhaltlicher Abschnitt ist der Rechtsvertretung gewidmet; der Strafvollzug ist bekanntermaßen dadurch gekennzeichnet, dass die Inhaftierten im Straf- und Maßnahmenvollzug in der Regel auf sich allein gestellt sind. Auch in wichtigen Anhörungen über

die bedingte Entlassung oder die Verlängerung der Anhaltung treten nur selten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Erscheinung. Die anwaltliche Vertretung beschränkt sich in Österreich im Wesentlichen auf das Stadium des Strafverfahrens bis zum Abschluss der Hauptverhandlung. Ein effektiver Rechtsschutz in den oft langen Jahren der Anhaltung in einem Gefängnis oder in einer Maßnahmenanstalt ist dagegen nicht gegeben. Viele Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte haben daher auch wenig Erfahrung bei der Vertretung von Strafgefangenen oder Inhaftierten im Maßnahmenvollzug; umso nützlicher ist die ausführliche Mustersammlung, die im letzten Abschnitt des Handbuchs enthalten ist.

Tatsächlich liegt im Strafvollzug trotz der Bemühungen vieler Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justizanstalten vieles im Argen. Das extrem hohe Ausmaß von Krankenständen des Gefängnispersonals zeigt, dass die schlechten Bedingungen in den Haftanstalten nicht nur die Inhaftierten, sondern auch das Personal betreffen. Umso wichtiger ist es, dass sich Autorinnen und Autoren wie Alexia Stuefer und Johanna Schöch dieses Bereichs annehmen. Ihr Handbuch bietet eine umfassende Bestandsaufnahme der tatsächlichen und rechtlichen Situation des österreichischen Straf- und Maßnahmenvollzugs und leistet mit der präzisen Darstellung der Rechte der Strafgefangenen, der Möglichkeiten ihrer Durchsetzung und der Mustersammlung einen ganz wesentlichen Beitrag dazu, dass Inhaftierte und ihre Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter diese Rechte besser durchsetzen können. Die anwaltliche Praxis erhält ein ausgezeichnetes Werkzeug für die Durchsetzung der Rechte von Insassinnen und Insassen im Haft- und Maßnahmenvollzug. Aber auch alle anderen am Strafvollzug Interessierten finden mit dem Handbuch ein gutes Überblicks- und Nachschlagewerk. Nicht zuletzt ist es erfreulich, dass die Vereinigung österreichischer StrafverteidigerInnen das Handbuch in ihre Schriftenreihe aufgenommen hat und dem Thema somit die ihm zustehende Bedeutung verleiht.

Dr. Oliver Scheiber ist Vorsteher des Bezirksgerichts Meidling und Lehrbeauftragter an der Universität Wien; oliver.scheiber@univie.ac.at

Rechtsform, Staatsform, Warenform

Lukas Egger

Rezension zu: *AG Rechtskritik* (Hrsg.), Rechts- und Staatskritik nach Marx und Paschukanis, Bertz und Fischer, Berlin 2017, 137 Seiten, ISBN 978-3-86505-802-7

Im nur knapp 140 Seiten starken Band „Rechts- und Staatskritik nach Marx und Paschukanis“ versammeln die HerausgeberInnen der *AG Rechtskritik* Beiträge zu neo-marxistischer Rechts- und Staatstheorie. Das Buch dokumentiert eine Auswahl an Vorträgen, die 2013 und 2015 auf zwei Tagungen der AG an der Humboldt Universität zu Berlin gehalten wurden, darüber hinaus wurde es noch um weitere Texte ergänzt. Motiviert wurde das Vorhaben durch die, wie es im Vorwort heißt, „nur bruchstückhaft und vereinzelt“ (*AG Rechtskritik*: 7) stattfindende Auseinandersetzung mit Marx'scher Rechts- und Staatskritik im universitären Betrieb, der die AG seit 2009 entgegenzuwirken versucht. Die Texte im Band fokussieren dabei auf die Theoretisierung von Recht bei *Marx* selbst, sowie auf die an ihn anschließende Rechtslehre des sowjetischen Marxisten *Eugen Paschukanis*.

Die Schwierigkeit einer Auseinandersetzung mit Marx'scher Rechts- und Staatskritik liegt darin, dass – wie die HerausgeberInnen hervorheben – *Marx* „zum Themenkomplex Recht und Staat keine umfassende Theorie ausgearbeitet“ habe (*ebd*). Vielmehr ließen sich in seinem Werk versprengte Andeutungen und Ansätze einer solchen finden, die „über eine Vielzahl von Texten und Schaffensphasen verstreut“ seien (*Graf et al*: 11) und sich daher kaum vereinheitlichen ließen. In ihrem Einführungsbeitrag zum Recht im Marx'schen Denken versuchen sich *Jakob Graf*, *Anne-Kathrin Krug* und *Matthias Peitsch* daher daran, „Kontinuitäten und Veränderungen im Gesamtwerk zu beleuchten“ (*ebd*). Die AutorInnen unterscheiden dabei zwischen der philosophischen Rechtskritik, die *Marx* in seiner junghegelianischen Frühphase in den frühen 1840er Jahren entwickelt hat und seiner ab 1849 in Angriff genommenen Kritik der politischen Ökonomie. In diesem späteren Forschungsprogramm wird bei *Marx* das Recht (wie auch der Staat) als spezifisch-kapitalistische, *soziale Form* verstanden. Zwar sei die Stellung der Menschen zueinander in allen bisherigen Klassengesellschaften ihrem Inhalt nach eine von Herrschaft und Ausbeutung gewesen, im Kapitalismus werde sie aber erstmals über die *Rechtsform* als Vertragsbeziehung zwischen formal freien und gleichen Rechtssubjekten vermittelt.

Diese bei *Marx* nur in Andeutungen vorliegende Formtheorie des Rechts, die in den ersten beiden Beiträgen thematisiert wird, wurde erst einige Jahrzehnte nach seinem Tod

von *Eugen Paschukanis* weitergeführt, dem sich der Rest des Bandes – abgesehen von einem recht isoliert dastehenden Beitrag zur rechtskritischen Dimension der Proteste von Asylsuchenden – widmet. Zunächst erläutert *Andreas Harms* anhand von *Paschukanis'* Biographie den Zusammenhang zwischen seinem Lebenslauf und der Entwicklung seiner Theorie, der sich über sein Jura-Studium in München, seine Teilnahme an der Oktoberrevolution in Russland 1917, bis hin zu seiner (vermutlichen) Ermordung durch *Stalin* 1937 nachverfolgen lässt. Dabei macht *Harms* auch die politische Brisanz deutlich, die *Paschukanis'* These vom Absterben des Rechts im Kommunismus in der Sowjetunion unter *Stalin* hatte, die er schließlich unter Druck revidieren musste und die ihn schlussendlich wohl auch das Leben kostete (*Harms*: 38f). In seinem Hauptwerk *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* versuchte sich *Paschukanis* an einer Kritik der juristischen Grundbegriffe (so auch der Untertitel seines Werks). Dabei leitet er das Recht als einheitliche Form der dissoziierten Willen der WarenbesitzerInnen im kapitalistischen Warentausch ab. Diese müssten sich als EigentümerInnen ihrer Waren gegenseitig anerkennen, was ein durch ein Gewaltmonopol garantiertes, rechtliches Verhältnis zwischen gleichen und freien Personen voraussetze. Da *Paschukanis* also die kapitalistische Zirkulation zum abstrakten Grund der Rechtsform erklärt, ist es auch folgerichtig, sie als etwas zu betrachten, das im Kommunismus absterben würde. Die autoritäre Diktatur, zu der der Sowjetsozialismus degenerierte, sah sich von *Paschukanis'* Theorie daher auf wissenschaftlichem Wege in Frage gestellt (*ebd*: 39).

Nach *Harms* biographischem Text folgt eine Fundamentalkritik an *Paschukanis'* Werk durch den Marx- und Hegelexperten *Andreas Arndt*. Dabei kritisiert er *Paschukanis* dafür scharf, den Rechtsbegriff negativ auf seine Form und Funktion in der bürgerlichen Gesellschaft verengt zu haben und so die „Kehrseite der rechtlichen Abstraktion, die das Recht der Besonderheit positiv zur Geltung bringt“ (*Arndt*: 47), dh die befreiende und individualisierende Seite der Rechtsform aus dem Blick verloren zu haben. Der Kritik von *Arndt* folgt ein Text von *Ingo Elbe*, der den Einfluss von *Paschukanis* auf die materialistische Staatstheorie in der BRD in den 1970er Jahren nachzeichnet. Zur Reihung der Texte wäre anzumerken, dass die ersten Beiträge im Band zu *Paschukanis* äußerst voraussetzungsvoll sind. Erst am Ende des Buches folgen einführende Texte von *Andreas Fisahn*, *Simon Birnbaum*, *Ingo Kramer* und *André Kistner*, die für Nicht-ExpertInnen die Kritik von *Arndt* überhaupt erst verständlich machen. ‚Neulinge‘ sollten daher wohl mit diesen Texten beginnen.

Ingo Kramer diskutiert in einem der wenigen längeren Texte im Band *Paschukanis'* Werk aus der Perspektive einer marxistischen Soziologie. Auch wenn *Kramer* an manchen Stellen eine Auffassung der Rechtsform als „*imaginäres* Strukturmoment“ (99; Hervorhebung im Original) und dem Rechtssubjekt als ideologischer Konstruktion (105) vertritt und damit den verdinglicht-objektiven Charakter des bürgerlichen Rechts verfehlt, ist sein Text eine äußerst brauchbare Einführung in *Paschukanis'* Rechtstheorie und diskutiert darüber hinaus, wenn auch sehr knapp, die einflussreiche Kritik von *Nicos Poulantzas* an jener.

Dabei zeigt *Kramer*, dass *Poulantzas* einem Irrtum aufsitzt, wenn er *Paschukanis'* Ableitung des Rechts aus dem Warentausch als eine Reduktion des Rechts auf die Ökonomie ablehnt. Vielmehr werde bei *Paschukanis* die Ökonomie „erst durch diese juristische Dimension konstituiert“ (*ebd*), weshalb Waren- und Rechtsform als unterschiedliche strukturelle Ebenen ein und desselben sozialen Verhältnisses zu betrachten sind.

Im letzten Beitrag des Bandes diskutiert schließlich *André Kistner* die Methode von *Paschukanis* vor dem Hintergrund der konkreten Geschichte und setzt sich auch mit den verbreiteten Kritiken an *Paschukanis* durch *Hans Kelsen*, *Oskar Negt* ua auseinander. Der erste Teil seines Textes könnte als direkte Antwort auf die Kritik von *Heide Gerstenberger* verstanden werden. *Gerstenberger* hatte in ihrem Text im Band einige Seiten zuvor kritisiert, dass *Paschukanis* die politischen Kämpfe, die zur Rechtsform führten, ignoriert und durch einen Strukturfunctionalismus ersetzt habe, der Strukturen „gewissermaßen Handelnden gleichsetzt“ (*Gerstenberger*: 62). Auch *Kistner* kritisiert zwar an *Paschukanis*, nicht im Blick gehabt zu haben, „dass das bürgerliche Recht sich auf der Exklusion von Frauen, Nicht-Europäern, Juden, Arbeitern und generell ‚anderen‘ konstituierte, die sich den Personenstatus historisch erkämpfen mussten und noch erkämpfen“ (*Kistner*: 117), allerdings wendet er (implizit) gegen *Gerstenbergers* Kritik ein, dass *Paschukanis* keinen historisch-kausalen Grund für die Entstehung des Rechts formulieren, sondern dessen Formbestimmtheit in der bürgerlichen Gesellschaft begründen wollte. Nach *Kistner* dürfe daher der Zusammenhang zwischen Rechts- und Warenform nicht im Rahmen der „vulgäre[n] Auffassung der kausalmechanischen Basis-Überbau-Schematik“ (*ebd*: 121) begriffen werden.

Auch wenn die meisten Texte zu kurz sind, um wirklich tief in das Thema einzuführen, lohnt sich der Band, um einen ersten Überblick über das Potenzial, aber auch die Probleme einer an Marx anknüpfenden Formtheorie des Rechts zu erhalten. Va kann er als Impulsgeber für Interessierte dienen, die Hinweise auf weiterführende Literatur suchen. Schließlich sind mit *Heide Gerstenberger*, *Ingo Elbe*, *Andreas Arndt* ua zentrale ForscherInnen der neueren deutschen Diskussionen über das Marx'sche Werk und eine materialistische Theorie des Staates und des Rechts im Band vertreten. Die Eindrücke über deren theoretisches Schaffen wecken hoffentlich bei einigen LeserInnen Lust auf eine tiefere Auseinandersetzung.

Lukas Egger, MA ist Dissertant am Institut für Politikwissenschaft in Wien; legger@aon.at

Die Zeitschrift für Flüchtlingsforschung (Z'Flucht)

Kevin Fredy Hinterberger

Rezension zu: *Z'Flucht. Zeitschrift für Flüchtlingsforschung – The German Journal for Refugee Studies*, Jahrgang 1 (2017), Nomos Verlag, Marburg, ISSN print: 2509-9485, ISSN online: 2509-9485

1. Warum eine neue Zeitschrift zur Flüchtlingsforschung?

Seit Anfang letzten Jahres ist der deutschsprachige Raum um eine Zeitschrift mit externer Begutachtung („double-blind peer review“) reicher: Und zwar um die *Zeitschrift für Flüchtlingsforschung*, kurz *Z'Flucht*, oder auch *The German Journal for Refugee Studies*. Als Herausgeber*innen fungieren *Marcel Berlinghoff*, *J. Olaf Kleist*, *Ulrike Krause* und *Jochen Oltmer* in Verbindung mit dem Netzwerk Flüchtlingsforschung¹. Sie erscheint seit 2017 zweimal im Jahr und wird im Nomos Verlag publiziert.²

Im Editorial zur ersten Ausgabe legen die vier Herausgeber*innen dar, warum sie glauben, dass diese Zeitschrift eine wichtige Rolle im zukünftigen wissenschaftlichen Austausch spielen wird.³ Als Ausgangspunkt wählen sie die sogenannte „Flüchtlingskrise“, die seit dem Spätsommer 2015 die politische, mediale und öffentliche Debatte geprägt hat. In sehr behutsamer Weise nehmen sie auf den daran angelehnten Diskurs und die daraus resultierenden sozialen und politischen Herausforderungen Bezug, ohne den häufig auftretenden Fehler zu machen, dass sie die „Krise“ als Gefahr oder dergleichen bezeichnen. Vielmehr sehen sie diesen Augenblick als Chance das gerade entstehende Feld der Zwangsmigrations- und Flucht- bzw Flüchtlingsforschung im deutschsprachigen Raum (besser) zu etablieren und durch die *Z'Flucht* eine Plattform für einen multidisziplinären und dauerhaften Austausch zu bieten.⁴ Bereits der Gedanke hinter der Gründung dieser Zeitschrift ist deshalb mehr als löblich, mehr noch vor dem Hintergrund der – im Vergleich zu den Vorjahren – höheren Asylantragszahlen der letzten drei Jahre, da diese ohne Zweifel zu einem vermehrten Bedarf an Austausch und Expertise führen werden bzw schon geführt haben.

1 Siehe Netzwerk Flüchtlingsforschung, www.fluechtlingsforschung.net (22.12.2017).

2 Siehe Zeitschrift für Flüchtlingsforschung, www.zflucht.nomos.de (22.12.2017).

3 *Berlinghoff/Kleist/Krause/Oltmer*, Editorial, *Z'Flucht* 2017, 3.

4 Siehe hierzu auch den Beitrag von *Neumann*, *Das Journal of Refugee Studies*. Ein Beitrag zur Geschichte des Forschungsfeldes, *Z'Flucht* 2017, 140.

Die Zeitschrift beschränkt sich in den Untersuchungen auch nicht auf einen vorher festgelegten Begriff von „Flüchtling“, sondern „berücksichtigt alle ‚Kategorien‘ gewaltsam vertriebener oder vor Gewalt geflüchteter Menschen und auf sie bezogener Debatten, Diskurse, Handlungen, Praktiken und Konzepte“.⁵

Ein weiterer wichtiger Punkt scheint mir die Multidisziplinarität zu sein, die mehrfach hervorgehoben wird. „Die *Zeitschrift für Flüchtlingsforschung* möchte durch empirische Studien, theoretische Reflexionen und methodische Debatten diese vielfältigen Diskussionen über Flucht und Vertreibung, Flüchtlinge und Flüchtlingsschutz aufgreifen“.⁶ So führen die Herausgeber*innen weiters aus, dass die Forschenden der unterschiedlichen Disziplinen⁷ zu den genannten Themenfeldern oft unter sich blieben bzw überhaupt nicht an einem gegenseitigen Austausch interessiert waren. Hinsichtlich dieses Punkts wird das Netzwerk Flüchtlingsforschung ins Spiel gebracht, das 2013 genau zu diesem Zweck gegründet wurde: Zur Vernetzung der vielfältigen Aspekte „des Themenkomplexes Flucht, Asyl und Schutzsuchende“.⁸ Da es sich aber nicht nur um ein immer größer werdendes Forschungsgebiet handelt, möchte die Zeitschrift für Flüchtlingsforschung gleichzeitig den „Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis“ fördern. Dies ist in Bezug auf dieses Themengebiet von besonderer Bedeutung.

IdZ steht auch der Versuch, durch das Veröffentlichern von englischen und französischen Beiträgen einen Anknüpfungspunkt für das internationale Feld der „Forced Migration and Refugee Studies“ zu bieten. Der Schwerpunkt wird jedoch auf deutschen Veröffentlichungen liegen, was sich in den bisherigen Publikationen widerspiegelt.⁹

2. Die unterschiedlichen Beitragsformen und eine Übersicht über die bisherigen Beiträge

Die Beiträge in der Zeitschrift für Flüchtlingsforschung erscheinen in drei Rubriken, die in der Folge skizzenhaft dargestellt werden.

Zunächst sind die wissenschaftlichen Aufsätze zu nennen, die laut den Herausgeber*innen im Zentrum stehen werden.¹⁰ In diesen sollen Ergebnisse und Forschungserkenntnisse zu spezifischen Fragen aus der Zwangsmigrations- und Flüchtlingsforschung wissenschaftlich aufgearbeitet werden. In den beiden ersten Heften im Jahrgang 2017 finden sich fünf Beiträge mit unterschiedlichsten Inhalten. So nähert sich etwa *Dana Schmalz* eingangs dem Thema der Verantwortungsteilung im Flüchtlingsschutz an.¹¹ Fortgesetzt wird dies von *Sybille De La Rosa* und *Melanie Frank*, die sich mit der Frage auseinandersetzen, wie und

5 Vgl www.zflucht.nomos.de (22.12.2017).

6 *Berlinghoff/Kleist/Krause/Oltmer*, Editorial, Z'Flucht 2017, 3 (5).

7 Publiziert werden Themen aus den Rechtswissenschaften, der Soziologie, der Geschichtswissenschaft, der Politikwissenschaft sowie der Philosophie, der Ethnologie, der Sprach- und Literaturwissenschaften, der Psychologie, der Geographie und der Wirtschaftswissenschaften.

8 *Berlinghoff/Kleist/Krause/Oltmer*, Editorial, Z'Flucht 2017, 3 (4).

9 Siehe alle Beiträge der Ausgaben 2017/1 und 2017/2.

10 *Berlinghoff/Kleist/Krause/Oltmer*, Editorial, Z'Flucht 2017, 3 (6).

11 *Schmalz*, Verantwortungsteilung im Flüchtlingsschutz: Zu den Problemen ‚globaler Lösungen‘, Z'Flucht 2017, 9.

wo flüchtende und geflüchtete Menschen Gehör finden.¹² In der zweiten Ausgabe befasst sich etwa *Arnd-Michael Nohl* mit der politischen Erziehung durch die Medienberichterstattung.¹³ Der Autor zeigt in eindrucksvoller Weise, welche Auswirkungen die Diskurse zu Flucht und Asyl im Jahr 2015 in der Mitte-Rechts und linksalternativen Presse auf die jeweiligen Leser*innen hatten. Ein englischsprachiger Beitrag von *Melanie Hartmann* behandelt überdies „Refugee Centers as Spaces of the Political“.¹⁴

Als zweite Kategorie bieten die Forumsbeiträge¹⁵ Platz für kürze Beiträge und die Behandlung von „begrifflichen, theoretischen, methodischen, konzeptionellen und forschungsethischen Fragen“.¹⁶ *Thomas Groß* stellt die Frage, wie solidarisch das europäische Asylrecht wirklich ist.¹⁷ Der Autor bietet hier eine Lösung, wie die Solidarität zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten und innerhalb der EU als Ganzes besser und effizienter umgesetzt werden könnte. *Albert Scherr* analysiert politische Reaktionen auf zivilgesellschaftliche Proteste gegen Gesetzesverschärfungen und Abschiebungen und, inwiefern hier eine Abschwächung moralischer Empörung eingetreten ist.¹⁸ In einem weiteren Forumsbeitrag setzt sich *Margit Ebbinghaus* mit der beruflichen Qualifizierung Geflüchteter auseinander.¹⁹ Abschließend kann noch *Nora Markards* Beitrag zu den Michigan Guidelines zum internationalen Flüchtlingsschutz hervorgehoben werden.²⁰ Dieses sogenannte „soft law“ entfaltet zwar keine rechtliche Verbindlichkeit gegenüber Staaten, stützt sich jedoch auf wichtige internationale Verträge – wie die Genfer Flüchtlingskonvention und den universellen Pakt der Menschenrechte. Die ausgearbeiteten Leitlinien stellen deshalb „nicht nur eine wissenschaftliche Diskussion von flüchtlingsrechtlichen Themen dar, sondern werden auch von nationalen Gerichten bei der Interpretation des internationalen Flüchtlingsrechts berücksichtigt“.²¹

Abschließend greifen Rezensionen und Literatur- sowie Konferenzberichte unterschiedlichste Themenfelder im Bereich der Flucht- und Zwangsmigrationsforschung auf. Die Herausgeber*innen legen auch hier Wert darauf, dass die Inter- und Multidisziplinarität im Vordergrund der behandelten Werke bzw Konferenzen steht.

12 *De La Rosa/Frank*, Wo und wie finden flüchtende und geflüchtete Menschen Gehör? Über Subalternität in Europa und die Herausforderungen demokratischer Autorität, *Z'Flucht* 2017, 41.

13 *Nohl*, Politische Erziehung durch Medienberichterstattung? Diskurse zu Flucht und Asyl 2015 in der Mitte-Rechts-Presse und linksalternativen Presse, *Z'Flucht* 2017, 244.

14 *Hartmann*, Contested Boundaries: Refugee Centers as Spaces of the Political, *Z'Flucht* 2017, 218.

15 Diese werden nur von den Herausgeber*innen geprüft und unterliegen nicht dem „double-blind peer review“ Prozess. 16 www.zflucht.nomos.de (22.12.2017).

17 *Groß*, Wie solidarisch ist das europäische Asylrecht?, *Z'Flucht* 2017, 72.

18 *Scherr*, Die Abschwächung moralischer Empörung. Eine Analyse politischer Reaktionen auf zivilgesellschaftliche Proteste gegen Gesetzesverschärfungen und Abschiebungen, *Z'Flucht* 2017, 88.

19 *Ebbinghaus*, Berufliche Qualifizierung Geflüchteter: Führen direkte Anfragen zur Beteiligung von Betrieben? *Z'Flucht* 2017, 298.

20 *Markard*, Authority by Argument – Die Michigan Guidelines zum internationalen Flüchtlingsschutz, *Z'Flucht* 2017, 318.

21 *Markard*, Authority by Argument – Die Michigan Guidelines zum internationalen Flüchtlingsschutz, *Z'Flucht* 2017, 318 (319).

3. Die Z'Flucht als Gewinn für die deutschsprachige Forschungslandschaft

Nachdem eine Übersicht sowohl über die Zielsetzung als auch über die Beitragsformen und das Anliegen der Z'Flucht sowie die bisherigen Beiträge gegeben wurde, ist es an der Zeit, ein kurzes Fazit über die dargestellten Aspekte zu geben. Die Z'Flucht kann in jeglicher Hinsicht als Gewinn für die deutschsprachige Forschungslandschaft gewertet werden:

- Sie bietet ein Forum für einen multidisziplinären Austausch über jegliche Themen, die iZm Flucht, Zwangsmigration oder dergleichen stehen.
- Sie versucht, ein Anknüpfungspunkt an das englischsprachige Feld der „Forced Migration and Refugee Studies“ zu sein, der va in der oftmals doch sehr „eigenbrötlerischen“ deutschsprachigen Szene besonders bedeutsam erscheint.
- Die bisherigen wissenschaftlichen Beiträge in den ersten beiden Heften betonen das breite Feld, dem sich die Zeitschrift widmen wird.
- Die selbstkritisch und reflektierte Herangehensweise der Herausgeber*innen an die selbstgesteckten Ziele sowie eine Analyse der publizierten Beiträge macht Hoffnung darauf, dass es der Z'Flucht auch tatsächlich gelingen wird, diese umzusetzen.

Somit bleibt zu wünschen, dass sich die Z'Flucht zu einer wichtigen Plattform für kritische Leser*innen in der Auseinandersetzung mit zukünftiger Flüchtlingsforschung entwickeln wird.

Mag. Kevin Fredy Hinterberger ist Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und derzeit wissenschaftlicher Projektmitarbeiter am Forschungszentrum Menschenrechte der Universität Wien. Er ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; kevin.fredy.hinterberger@univie.ac.at

Zur Auslegung des Begriffs „illegal überschreitet“ in Art 13 Abs 1 Dublin-III-VO

Besprechung des EuGH-Urteils in der Rs C-646/16 (Jafari) vom 26.07.2017

Adel-Naim Reyhani

1. Ausgangslage und Hintergrund

Khadija und *Zainab Jafari* sind volljährige Schwestern, die gemeinsam mit ihren jeweiligen Kindern im Dezember 2015 aus Afghanistan ausreisten, um über den Iran und die Türkei nach Griechenland und damit erstmals in die EU einzureisen. Sie wurden dort erkenntnisdienlich behandelt und ihre Fingerabdrücke in EURODAC¹ eingespeist, bevor sie über Mazedonien das Unionsgebiet wieder verließen. In Kroatien reisten sie wieder in das Unionsgebiet ein, wobei die dortigen Behörden die Einreise gestatteten und ihren Transport nach Slowenien organisierten, von wo aus die Familien nach Österreich weiterreisten und dort schließlich auch ihren ersten Asylantrag in der EU stellten.

Diese und ähnliche Konstellationen waren von Sommer 2015 bis Frühling 2016 keine Seltenheit. Hunderttausende Asylsuchende bewegten sich über die sogenannte „Balkan-Route“ Richtung Mittel- und Westeuropa. In dieser Situation hatten sich die Staaten auf der Route bis nach Österreich auf eine Politik des sog. „Durchwinkens“ geeinigt, wobei – wie auch im Falle der beiden Familien *Jafari* – die Einreisen nach Kroatien und somit in das Gebiet der Dublin-Staaten idR mit dem Wissen gestattet wurden, dass die Personen bis nach Österreich oder Deutschland weiterreisen würden.

Vor diesem Hintergrund wurde der Europäische Gerichtshof (EuGH) vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens² ersucht, vor allem zu klären, wie der Begriff „illegal überschreitet“ in Art 13 Abs 1 der Dublin-III-VO³ zu verstehen ist.⁴

1 EURODAC ist ein System zum Abgleich der Fingerabdruckdaten von Asylsuchenden im Rahmen des Dublin-Systems; Rechtsgrundlage bildet derzeit die VO (EU) 603/2013.

2 Siehe VwGH vom 14.12.2016, Ra 2016/19/0303 und 0304 (EU 2016/0007, 0008).

3 VO (EU) 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl L 2013/180, 31.

4 Die weiteren Fragen, die dem EuGH vorgelegt wurden, hier jedoch nicht behandelt werden, betrafen die Interpretation von Art 12 und 14 Dublin-III-VO; der EuGH kam hierzu im Wesentlichen zum Schluss, dass eine Duldung der Einreise weder ein Visum im Sinne der VO darstellt, noch als visafreie Einreise qualifiziert werden kann.

Denn in Abwesenheit von vorrangigen Kriterien der Dublin-III-VO, wie familiäre Anknüpfungspunkte oder das Vorliegen eines Aufenthaltstitels, die die Zuständigkeit von Mitgliedstaaten begründen können, kommt es nach Art 13 Abs 1 zur Zuständigkeit jenes Mitgliedstaates, dessen Grenze der betreffende Asylsuchende von einem Drittstaat kommend illegal überschreitet. Die an den EuGH gerichtete Frage war daher insoweit von besonderer Relevanz, als gegenständlich einerseits keine vorrangigen Kriterien zur Anwendung kommen konnten und andererseits eine Überstellung nach Griechenland – dem Land der ersten illegalen Einreise im Sinne von Art 13 Abs 1 – aufgrund der im dortigen Asylsystem bestehenden systemischen Mängel nicht möglich war, weshalb die österreichischen Behörden auf eine Zuständigkeit Kroatiens abzielten.

2. Urteil und Argumentation

Im Wesentlichen kommt der EuGH zum Schluss, dass eine geduldete Einreise von Personen, die sonst die grundsätzlich nach dem Schengener Grenzkodex⁵ geforderten Einreisevoraussetzungen nicht erfüllen, dennoch „illegal“ im Sinne von Art 13 Abs 1 Dublin-III-VO ist.

Dazu führt er aus, dass die Frage, was eine illegale Einreise darstellt, weder in der VO selbst, noch in anderen relevanten Rechtsakten – wie der Rückführungsrichtlinie⁶ und dem Schengener Grenzkodex – geklärt wird, weshalb die Bestimmung nach der stRsp des EuGH „anhand des gewöhnlichen Sinnes der verwendeten Worte zu bestimmen [ist], wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang sie benutzt werden und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der sie gehören.“⁷

Vor diesem Hintergrund meint der EuGH, dass eine Grenzüberschreitung dann illegal ist, wenn sie entgegen der vorliegenden Gesetzeslage erfolgt; in diesem Fall dem Schengener Grenzkodex, der unter anderem das Vorliegen eines gültigen Reisedokuments sowie eines Visums oder Aufenthaltstitels als Einreisevoraussetzungen nennt. Art 5 Abs 4 lit c des Grenzkodex⁸, der die Gestattung einer Einreise aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen ermöglicht, könne hier nicht zur Anwendung kommen, da er Fälle, in denen die Personen in einen anderen Mitgliedstaat weiterreisen, nicht umfasse.

Zudem entspreche es nicht der „allgemeinen Systematik und den Zielen dieser VO“⁹, dass sich ein Mitgliedstaat seiner Verantwortung für die Einreise einer Person in die Union entziehen könne, indem er sie aus humanitären Gründen gestatte. Eine Ausnahme

5 In der Fassung VO (EG) 562/2006.

6 Richtlinie 2008/115/EG.

7 Rz 73 des Urteils.

8 In der Fassung VO (EG) 562/2006; siehe Art 6 Abs 5 lit c der VO (EU) 399/2016.

9 Rz 84 des Urteils.

von der Zuständigkeitsbestimmung nach Art 13 sei für Fälle des „Massenzustroms“ nicht vorgesehen, sondern stünden dafür andere Instrumente¹⁰ zur Verfügung.

3. Besprechung

Dem EuGH ist zwar zuzustimmen, dass bei der Auslegung des Begriffs „illegal“ im Kontext von Art 13 Abs 1 Dublin-III-VO aufgrund eines Mangels an einer einschlägigen Begriffsdefinition auf den gewöhnlichen Wortsinn und die Ziele der VO abzustellen ist. Inwieweit dies jedoch die Schlussfolgerung zulässt, dass in der vorliegenden besonderen Konstellation das „Durchwinken“ bzw die Duldung der Einreise von Art 13 Abs 1 umfasst sei, muss angezweifelt werden.

Bei Betrachtung der tatsächlichen Umstände des zugrundeliegenden Sachverhalts kann das Argument, die humanitäre Klausel nach Art 5 Abs 4 lit c Schengener Grenzkodex sei nicht anwendbar, da sie nur auf die (Gestattung der) Einreise in einen einzelnen Mitgliedstaat Bezug nehme, in Frage gestellt werden. Der EuGH übersieht, dass die Vorgehensweise Kroatiens mit den weiteren Staaten auf der Route abgestimmt war und später sogar Eingang in das „Joint Statement“ der Polizeibehörden der Länder vom 18.02.2016 gefunden hat, in dem explizit die Einreise aus humanitären Gründen für Fälle vorgesehen wird, in denen die Voraussetzungen des Grenzkodex nicht vorliegen. Somit kann angenommen werden, dass die Anwendung der humanitären Klausel in Art 5 Abs 4 lit c des Grenzkodex nicht nur von Kroatien, sondern von allen Staaten auf der Route beabsichtigt war. Kroatien hat die Bestimmung mit dem Wissen angewendet, dass die Einreise in der Folge auch von Slowenien und Österreich gestattet werden wird. Es hat sie somit einerseits nur für das eigene Hoheitsgebiet zugelassen, wie im Grenzkodex vorgesehen, andererseits aber vor dem Hintergrund der Kooperation Sloweniens die Weiterreise dorthin organisiert.

Ebendiese Tatsache, dass es sich um eine zwischenstaatlich abgestimmte Vorgehensweise gehandelt hat, entkräftet auch das weitere Argument des EuGH, wonach ein Mitgliedstaat sich nicht der eigenen Verantwortung für die Einreise entziehen könne. Vielmehr konnte Kroatien davon ausgehen, dass Österreich und Deutschland beabsichtigen, die Zuständigkeit für die Verfahren anzunehmen.

Wenn der EuGH meint, die „Zuständigkeitskriterien dienen [...] zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats unter Berücksichtigung seiner Rolle dabei, dass sich der Drittstaatsangehörige im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten befindet“¹¹, ist im vorliegenden Fall eben zu konstatieren, dass die beteiligten Staaten eine gemeinsame Rolle eingenommen haben, um eine humanitäre Lösung zu ermöglichen. Die Verantwortung für die Einreise in die EU tragen die beteiligten Staaten somit solidarisch.

10 Der EuGH nennt hierzu den Mechanismus zur Frühwarnung, Vorsorge und Krisenbewältigung nach Art 33 Dublin-III-VO, die Massenzustrom-Richtlinie (2001/55/EG), Art 78 Abs 3 AEUV sowie die Ermessensklausel nach Art 17 Dublin-III-VO.

11 Rz 91 des Urteils.

„Solidarität, die ein Kernelement des GEAS¹² bildet, geht Hand in Hand mit gegenseitigem Vertrauen“, erläutert Erwägungsgrund 22 der Dublin-III-VO. Die Tatsache, dass Österreich in der Folge daran gelegen war, die Verfahren nicht selbst führen zu müssen und versuchte, viele jener wieder nach Kroatien zu überstellen, die auf Basis des gemeinsamen Vorgehens gekommen waren, ändert nichts daran, dass zum Zeitpunkt der Anwendung des gemeinsamen Vorgehens ebendieses jedoch jedenfalls Ausdruck von Solidarität und Vertrauen iSd VO war.

Insoweit geht auch die Argumentation des EuGH ins Leere, wonach für Fälle des „Massenzustroms“ andere Instrumente vorlägen und keine Ausnahme von Art 13 Abs 1 Dublin-III-VO vorgesehen sei, da gegenständlich gerade in Anwendung einer Ausnahmebestimmung, die einen Ausgleich zu sonst starren formalistischen Vorgaben schaffen soll – also die humanitäre Klausel des Schengener Grenzkodex –, die Einreise legal ermöglicht worden ist. Die Interpretation des EuGH ist somit nur in einem sehr engen rechtlichen und formellen Sinn schlüssig. Damit vermeidet er zwar die unmittelbare Einlassung auf politische Fragen, verkennt aber weitestgehend die besonderen Umstände des gegenständlichen Sachverhalts und trifft eine letztlich auch rechtlich zweifelhafte Entscheidung.

Abschließend ist anzumerken, dass der EuGH eine für die Lösung des vorliegenden Sachverhalts an sich entscheidende Bestimmung der VO nicht in seine Überlegungen miteinbezieht. Denn gegenständlich hätte die Anwendung von Art 13 Abs 1 bereits durch eine korrekte Interpretation von Art 3 Abs 2 zweiter Unterabsatz der VO – unabhängig von der Frage der „Illegalität“ der Einreise – ausscheiden müssen. Art 3 Abs 2 kann nämlich bei Berücksichtigung der zugrundeliegenden Judikatur des EuGH¹³, wonach im Falle systemischer Mängel im an sich zuständigen Mitgliedstaat eine Zuständigkeit eines anderen Staates auf Basis *nachrangiger* Kriterien festgestellt werden soll, nur so verstanden werden, dass Art 13 Abs 1 ausschließlich in Bezug auf den Staat der ersten illegalen Einreise (hier Griechenland) maßgeblich sein kann. Soweit Art 13 Abs 2, 14 und 15 der VO als nachrangige Kriterien nicht hinsichtlich eines anderen Mitgliedstaats vorliegen, wird daher in Konstellationen wie der vorliegenden jener Staat nach Art 3 Abs 1 erster Unterabsatz zuständig, in dem der erste Asylantrag gestellt wurde (hier Österreich).¹⁴

Mag. Adel-Naim Reyhani ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und beschäftigt sich dort vor allem mit dem Themenbereich Zugang zu Asyl in der EU; davor war er als Jurist mit Schwerpunkt Asyl- und Fremdenrecht bei der Diakonie Flüchtlingsdienst, der Internationalen Organisation für Migration sowie am Asylgerichtshof tätig; adel-naim.reyhani@univie.ac.at

12 Gemeinsames Europäisches Asylsystem.

13 Siehe EuGH 21.12.2011, C-411/10 und C-493/10, Rz 96.

14 Für eine detaillierte Auseinandersetzung siehe Klammer/Reyhani, *VwGH zu Dublin III-VO: Fortsetzung der Kriterienprüfung bei systemischen Mängeln*, Entscheidungsbesprechung, *Migralex* 2016/3, 81-82; im Ergebnis gleich auch die Generalanwältin des EuGH, die in ihren Schlussanträgen zum hier besprochenen Vorabentscheidungsverfahren (Rz 187) ausführt: „Bei strenger Auslegung von Art. 13 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung wäre daher Griechenland der für die Prüfung ihrer Anträge auf internationalen Schutz zuständige Mitgliedstaat. Seit 2011 ist jedoch anerkannt, dass Personen, die internationalen Schutz beantragen, nicht nach Griechenland zurückgeführt werden dürfen.“

Assistenzeinsatz 2015 ff

... und kein Ende in Sicht

Philipp Hense-Lintschnig

1. Einleitung

Die österreichische Bundesregierung hat 2015 im Zuge des *langen Sommers der Migration*¹ unterschiedliche Maßnahmen zur Migrationskontrolle getroffen, nachdem sie sich mit der großen Anzahl von Schutzsuchenden überfordert zeigte.² Seither wurde die sog Balkanroute geschlossen, nachdem sich durch den EU-Türkei-Deal³ die Anzahl der Personen, die über die Ägäis nach Griechenland gelangten, massiv reduziert hat. Dementsprechend sind auch die Asylantragszahlen in Österreich gesunken. Diese liegen für 2017 wieder zwischen den Antragszahlen von 2013 und 2014.⁴ Dies würde eine Rückkehr zur Normalität vor 2015 erwarten lassen. Dass dem nicht so ist, zeigen die folgenden Ausführungen.

2. Was geschah und was geschieht

Als Maßnahmen der Migrationskontrolle wurden am 16.9.2015, zunächst an allen Landgrenzen Österreichs, Grenzkontrollen wiedereingeführt und jeglicher Grenzübertritt an der „Grünen Grenze“ unter Strafe gestellt. Gleichzeitig wurde zur Durchführung dieser Maßnahmen ein Assistenzeinsatz des Bundesheeres beschlossen. Beide Maßnahmen sind nach wie vor aufrecht. Der vorliegende Beitrag stellt die Entwicklung seit Sommer 2016 bis zum jetzigen Zeitpunkt dar und liefert eine (weitere) kritische Einschätzung.⁵

Die maßgebliche österreichische Rechtsgrundlage ist § 10 Abs 2 Grenzkontrollgesetz (GrekoG).⁶ Diese Bestimmung ermöglicht eine Abkehr vom allgemeinen Prinzip des kon-

1 Vgl zu diesem Begriff *Kasperek/Speer*, Of Hope. Ungarn und der lange Sommer der Migration, <http://bordermonitoring.eu/ungarn/2015/09/of-hope> (2.2.2018).

2 Vgl dazu treffend *Maier/Ortner*, Willkommen in Österreich (2017).

3 Vgl *Europäischer Rat*, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016, Pressemitteilung 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement> (2.2.2018).

4 Vgl *BMI*, Vorläufige Asylstatistik Dezember 2017, http://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/2017/Asylstatistik_Dezember2017.pdf sowie *BMI*, Asylstatistik 2016, http://www.bmi.gv.at/301/Statistiken/files/Jahresstatistiken/Jahresstatistik_Asyl_2016.pdf (2.2.2018).

5 Vgl zur Entwicklung bis zum 30.6.2016 *Hense-Lintschnig*, „Grenzmanagement“ und Assistenzeinsatz, *juridikum* 2016, 319.

6 Bundesgesetz über die Durchführung von Personenkontrollen aus Anlaß des Grenzübertritts (Grenzkontrollgesetz – GrekoG) BGBl 1996/435 idF BGBl I 2014/104; vgl dazu auch die affirmative Kommentierung von *Schmalzl* in *Schrefler-König/Szymanski*, Fremdenpolizei- und Asylrecht (1.6.2016, rdb.at) § 10 GrekoG.

trollfreien Grenzübertritts. Eine sich darauf stützende Verordnung ist derzeit in ihrer elften (!) Verlängerung weiterhin befristet – aktuell bis zum 10. Mai 2018⁷ – in Kraft. Sie ordnet an, dass die Landgrenzen zu Slowenien und Ungarn nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden dürfen, wodurch eine Grenzkontrollpflicht entsteht.⁸

Rechtsgrundlagen für die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen sind einerseits das österreichische GrekoG andererseits der unionsrechtliche Schengener Grenzkodex (SGK).⁹ Insb wird durch den SGK das prinzipielle Absehen und die ausnahmsweise Erlaubtheit von Binnengrenzkontrollen statuiert. Binnengrenzkontrollen sollen nach der Systematik des SGK nicht den Regelfall darstellen.¹⁰ Bei der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen gelten die allgemeinen Kontrollpflichten wie an den Außengrenzen, es sind daher grds systematische Personenkontrollen aller die Grenze übertretenden Personen vorzunehmen. Zunächst ermöglicht der SGK die einseitige Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen durch die Mitgliedsstaaten (MS), dies wurde von Österreich in Anspruch genommen. Nach Ablauf der im SGK statuierten Fristen benötigen weiterhin aufrecht erhaltene Binnengrenzkontrollen eine Empfehlung des Rates gem Art 29 Abs 2 SGK. Eine solche Empfehlung des Rates wurde insgesamt viermal ausgesprochen.¹¹ Letztmalig wurde eine solche Verlängerung für sechs Monate auf Basis des Art 29 SGK für Österreich, Deutschland, Dänemark, Schweden und Norwegen am 11.5.2017 vorgenommen. ErwG 9 des Durchführungsbeschlusses legte unmissverständlich dar, dass es sich um die letztmalige Verlängerung der vorübergehenden Binnengrenzkontrollen handeln werde. Eine weitere Verlängerung wurde vom Rat folglich auch nicht ausgesprochen. Ab dem 12.11.2017 hätten daher die Grenzkontrollen beendet werden müssen.

7 Vgl BGBl II 2015/260 (Stammfassung, alle Landgrenzen zu allen Österreich umgebenden Staaten betroffen), BGBl II 2015/279, BGBl II 2015/310, BGBl II 2015/328, BGBl II 2015/332, BGBl II 2016/44, BGBl II 2016/62, BGBl II 2016/111 (Einschränkung auf die Landgrenzen zu Slowenien und Ungarn), BGBl II 2016/311, BGBl II 2017/47, BGBl II 2017/124, BGBl II 2017/306.

8 Vgl §§10, 11 GrekoG.

9 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl L 77 vom 23.3.2016, 1.

10 Dies wird etwa durch die Kapitelbezeichnungen der Art 22ff SGK „Ausbleiben der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen“ und „Vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen“ deutlich gemacht.

11 Durchführungsbeschluss (EU) 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl L 151/2016, 8; Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/1989 des Rates vom 11. November 2016 mit einer Empfehlung zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl L 306/2016, 13; Durchführungsbeschluss (EU) 2017/246 des Rates vom 7. Februar 2017 zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl L 36/2017, 59; Durchführungsbeschluss (EU) 2017/818 des Rates vom 11. Mai 2017 mit einer Empfehlung zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden. ABl L 122/2017, 73.

Alle erwähnten MS, auch Österreich, haben bekanntgegeben, dass sie die Binnengrenzkontrollen einseitig für ein weiteres halbes Jahr bis inkl 12.5.2018 verlängern werden.¹² Zwar haben die MS angegeben, diese Maßnahmen aufgrund der allgemeinen „Terrorlage“ und wegen bestehender Sekundärmigration zu treffen und somit ihren Grund für die Grenzkontrollen zumindest tw umgestellt, eine Rechtsgrundlage für die abermalige Verlängerung der Grenzkontrollen findet sich aber im SGK explizit nicht.¹³ Die Maßnahmen der MS erfolgen daher, vorsichtig formuliert, rechtsgrundlos.¹⁴

3. Assistenz für die Polizei

Vollzogen wird das neu eingerichtete Grenzkontrollregime von der Polizei und zu einem nicht unerheblichen Teil auch durch das Bundesheer, welches im Rahmen von sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsätzen tätig ist. Es gibt insg drei Beschlüsse der Bundesregierung, die den Assistenzeinsatz des Bundesheeres betreffen.¹⁵ Der erste Beschluss stammt noch vom 14.9.2015, wurde also gefasst, bevor die Binnengrenzkontrollen in Österreich wiedereingeführt wurden. Darin wurde der Einsatz von bis zu 2.200 Soldat_innen zur Unterstützung des BMI bei der „Bewältigung der Flüchtlings-/Migrantenlage“ in Österreich und zur Unterstützung bei den erhöhten Grenzkontrollen im Bereich der Grenzübergänge, bezogen auf die „Binnengrenze im Osten“, beschlossen. Der Schwerpunkt der Unterstützung liege dabei, so der Beschlusstext, auf der humanitären Hilfe im Inland. Begründet wurde der Assistenzeinsatz hauptsächlich mit der großen Zahl an Menschen, die die Grenze überschreiten würden. Die große Zahl an Fremden in Österreich mache den Assistenzeinsatz zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erforderlich. Im Juli 2016 wurde im Rahmen des Assistenzeinsatzes zur Überwachung der Binnengrenze im Osten eine Ausweitung des Assistenzeinsatzes beschlossen. Mit dem Beschluss können nunmehr Assistenzkräfte des Bundesheeres im Bereich der Landespolizeidirektion (LPD) Wien zur Bewachung von ausländischen Vertretungen und von sonstigen besonders gefährdeten Objekten herangezogen werden, wodurch die LPD Wien für Aufgaben iZm der Migrationsbewegung freigespielt sei.¹⁶ Schließlich wurde mit Ministerratsbeschluss vom 17.8.2017 eine weitere Ausdehnung des Assistenz-

12 Vgl für eine Übersicht der aktuell bestehenden Grenzkontrollen: ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en (2.2.2018).

13 Vgl etwa die Begründung des damaligen BMI, abrufbar unter: <http://www.bmi.gv.at/news.aspx?id=397277476C35555169706B3D> (2.2.2018) sowie seines deutschen Amtskollegen, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2017/10/verlaengerung-grenzkontrollen.html> (2.2.2018). Selbst unter Zugrundelegung des Vorliegens von Gründen für Binnengrenzkontrollen, fände die Dauer von sechs Monaten keine Grundlage im SGK.

14 Nicht unerwähnt bleiben soll, dass es durchaus Änderungsvorschläge für den SGK gibt, diese sind aber (noch) nicht umgesetzt.

15 Das sind die Beschlüsse im Ministerrat zu den Zahlen BMI-IA1300/0197-II/1/15 vom 14.9.2015, BMI-LR2230/0074-II/1/2016 vom 6.7.2016 und BMI-LR2230/0077-II/2/2017 vom 17.8.2017. Nur der letztgenannte Beschluss wurde auch veröffentlicht, die anderen beiden liegen dem Autor vor.

16 So konnte der Autor etwa die Bewachung des OPEC-Gebäudes in Wien durch das Bundesheer beobachten.

satzes des Bundesheeres beschlossen. Nunmehr bezieht sich der Assistenzeinsatz, noch immer im Rahmen des ersten Beschlusses, auch explizit auf Kontrollmaßnahmen im grenznahen Bereich entlang der Nachbarstaaten Slowakei, Ungarn, Slowenien und Italien sowie auf verstärkte Güterzugskontrollen von grenzüberschreitenden Strecken.¹⁷

Diese schrittweise Ausweitung des Assistenzeinsatzes geht mit einer Reduktion der Asyl-antragszahlen einher. Es lässt sich daher die berechnete Frage stellen, ob der Assistenzeinsatz des Bundesheeres in der beschlossenen Form weiterhin notwendig und zulässig ist. Schließlich ist die Heranziehung des Bundesheeres nur als ultima ratio zulässig.¹⁸ Andererseits wurde das Bundesheer im vorliegenden Fall auch für den Botschaftsschutz angefordert, um gewissermaßen die Polizei zu entlasten und für andere Aufgaben freizuspielen. Dabei ist fraglich, ob diese Entlastungsfunktion verfassungsrechtlich zulässig ist. In der Lehre wird nämlich die Meinung vertreten, dass ein Assistenzeinsatz nur zulässig ist, wenn eine konkrete Aufgabe nicht mehr bewältigt werden kann. Das war und ist beim Botschaftsschutz ja gerade nicht der Fall.¹⁹ Überdies besteht für die Verwaltung die Verpflichtung, organisatorische Maßnahmen für eine Ablösung des Bundesheeres vorzubereiten, also etwa Personal aufzubauen.²⁰ Was die Befugnisse der eingesetzten Soldat_innen anbelangt, so sind diese je nach Aufgabe im Assistenzeinsatz unterschiedlich, beim Botschaftsschutz eingeschränkt und beim Grenzeinsatz umfangreicher, dies ist aber nach außen nicht ohne Weiteres erkennbar.²¹ Hinzu kommt, dass offenbar nicht nur Aufgaben zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt übertragen wurden, sondern auch allgemeine Aufgaben der humanitären Hilfe, die damit in keinem Zusammenhang stehen.

All diese Fragen können hier nur aufgeworfen werden, legen aber nahe, dass bei der grundrechtsintensiven Aufgabe, die dem Bundesheer im Zuge der Grenzkontrollen zukommt, nicht alles im Reinen ist. Dies insb deshalb, da für die weitere Aufrechterhaltung der Grenzkontrollen als solche keine Rechtsgrundlage (mehr) zu erblicken ist.

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Mitherausgeber des Juridikum und lebt in Graz; philipp.hense@riseup.net

17 Alle genannten Maßnahmen sind weiterhin aufrecht, der Assistenzeinsatz ist zum 2.2.2018 nicht beendet.

18 Vgl. Ulrich, Handbuch Wehrrecht (2008) 23.

19 Vgl. Ulrich, Wehrrecht 23; Truppe, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 26.

20 Vgl. Truppe, Art 79 B-VG Rz 26. Dbzgl wurden Maßnahmen getroffen, wie etwa eine verkürzte Ausbildung für die Grenzpolizei, vgl. orf.at, Neu: Kurz-Lehrgang für Grenzpolizisten, kaernten.orf.at/news/stories/2747145/ (2.2.2018).

21 Vgl. dazu 7195/AB und 9468/AB, jeweils 25. GP.

Putins Russische Föderation und die FIFA – ein Sommermärchen?

Gregor Fischer

1. Der Weltfußball und die Menschenrechte

Fußballfans dürfen frohlocken: Am 14. Juni 2018 wird die FIFA¹-Weltmeisterschaft der Männer mit dem Spiel der gastgebenden Russischen Föderation gegen Saudi-Arabien eröffnet. Mag das auch fußballerisch ein wenig ansprechendes Match werden, Menschenrechtsinteressierte verbinden wohl mit beiden Staaten Einiges, das ihren Blutdruck rapide steigen lässt. Verletzungen der Rechte auf Meinungsäußerungs-, Vereins- und Versammlungsfreiheit, systematische Diskriminierung von Homosexuellen und Frauen, um nur einen Teil zu nennen – man könnte sich in Rage schreiben. Aber wen interessiert das, wenn König Fußball regiert? Schon gar nicht, möchte man meinen, wird sich der als Verein nach Schweizer Recht organisierte Weltfußballverband FIFA über menschenrechtliche Verhältnisse in Veranstalterstaaten echauffieren, immerhin tanzt dieser selbst seit Jahrzehnten auf dem Vulkan der Korruption und der Komme-Was-Da-Wolle-Profitmaximierung.²

Von – euphemistisch ausgedrückt – einer auffälligen Sorglosigkeit des Verbandes zeugen Berichte über Menschenrechtsverletzungen bei den Weltmeisterschaften in Südafrika (2010) und Brasilien (2014), die *gerade* von der Präsenz des globalen Fußballzirkus‘ verursacht bzw verschlimmert wurden. Hier stößt die althergebrachte völkerrechtliche Dogmatik – Stichwort Westfälisches System, welches die souveränen Staaten als Hauptakteure im globalen Kontext und das Völkerrecht als das *ihrige Recht* festschreibt – freilich an ihre Grenzen. Als Zentralverwaltung des globalen *common good* Fußballsport verfügt die FIFA über eine enorme Marktmacht, die es ihr erlaubt, staatliches Verhalten nach ihrem Geschmack zu beeinflussen. Daran sind aber nach der herkömmlichen Auffassung keinerlei menschenrechtliche Verpflichtungen geknüpft. Sei es nun die vom Weltfußballverband in Südafrika geforderte unbotmäßige Beschleunigung von Strafverfahren „zum Schutze seiner Interessen“, die einen fairen Prozess zu verunmöglichen vermoch-

1 Fédération Internationale de Football Association – der Weltfußballverband ist ein Verein nach Art 60ff des Schweizer Zivilgesetzbuches, 10.12.1907 (SR 210).

2 Für einen Überblick über die gesamte Misere siehe: *Kicker.de*, Chronologie der FIFA-Korruptionsaffäre, www.kicker.de/news/fussball/intligen/startseite/635927/artikel_chronologie-der-fifa-korruptionsaffaere.html (12.01.2018).

te³, oder die Reaktivierung der seit dem Ende der brasilianischen Militärdiktatur nicht mehr angewandten „Anhaltung zur Befragung“⁴, welche die Rechte der so Festgehaltenen weitestgehend außer Kraft setzte: Hierbei handelt es sich immer noch um *staatliche* Akte. Verantwortlich sind nach der klassischen Lesart des Völkerrechts also weiterhin jene Staaten, welche die betreffende Menschenrechtsverletzung setzen.

2. Das rechtstheoretische Dilemma

Die konsequente Trennung des Privaten in Gestalt des Weltfußballverbandes und des Öffentlichen in Gestalt des jeweiligen ausrichtenden Staates führte letztendlich zu dem Ergebnis, den Veranlasser für Menschenrechtsverletzungen mitsamt seinen exorbitanten⁵ Einnahmen aus dem Sportgroßereignis aus jeder rechtlichen Verantwortung zu entlassen, scheiterte es hier doch schon an der nicht vorhandenen Völkerrechtssubjektivität des Vereins nach Schweizer Privatrecht. Andere Konzepte für Anknüpfungspunkte einer völkerrechtlichen Zurechenbarkeit, wie jenes der „factual capacity“ oder der „complicity in human rights violations“, wie sie etwa *Clapham* vorschlägt und durch die eine Eingemeindung von nichtstaatlichen AkteurInnen in den internationalen Menschenrechtsacquis mögliche wäre⁶, scheinen weder in Völkerrechtslehre noch -praxis zum Durchbruch zu kommen. Eine Alternative, klare Fronten zu schaffen, böten die menschenrechtliche Verantwortlichkeit von nichtstaatlichen Akteuren festschreibende völkervertragliche Regelungen, aber auch solche scheinen nicht in Sicht.

Allerdings setzt man unterdessen zumindest im Fußballsport auf anderweitige Mechanismen, die der effektiven Umsetzung menschenrechtlicher Garantien im Bereich von Fußballgroßereignissen zuträglich sein könnten.

3. Korruption, Skandale – und ein Bekenntnis

Mannigfaltige Skandale und das Bedürfnis des Weltfußballverbandes nach Rehabilitation seines Rufs haben in den letzten Jahren dazu geführt, dass im Zuge einer FIFA-Reform folgende Bestimmung in die Statuten, gleichsam das „Verfassungsdokument“ des Verbandes, aufgenommen wurde:

„Die FIFA bekennt sich zur Einhaltung aller international anerkannten Menschenrechte und setzt sich für den Schutz dieser Rechte ein.“⁷

3 *Pesca*, South Africa's World Cup Court: Sudden Justice, www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=128012634 (01.01.2018).

4 *Gomes/Wroblewski*, Mega Sporting Events in Brazil: Human Rights Risk Areas (2015) 5ff.

5 So beliefen sich alleine die Einnahmen aus dem Verkauf der TV-Rechte für die WM der Männer 2014 in Brasilien auf 2,4 Milliarden US-Dollar. S *FIFA*, Financial Report, 29.05.2015, 16.

6 *Clapham*, Human Rights Obligations of Non-State Actors (2006) 70f (563).

7 *FIFA*, FIFA-Statuten in der Fassung vom 27.04.2016 (2016) Art 3.

Zur Operationalisierung dieses Bekenntnisses werden noch weitere Schritte nötig sein, wie auch *John Ruggie*, ehemaliger UN-Sonderberichterstatter für Unternehmen und Menschenrechte, festhält.⁸ Gleichwohl sind die momentanen Bemühungen im Bereich der Nichtdiskriminierung, die bereits seit langem in den Statuten des Verbandes verankert ist, im Kontext der menschenrechtlichen Offensive der FIFA zu verstehen:

Das FIFA-Disziplinarreglement, quasi die *einfachgesetzliche* Verankerung der statutarisch vorgesehenen Antidiskriminierung, normiert für diskriminierendes Verhalten sowohl eine individuelle Strafbarkeit von zuwiderhandelnden Spieler*innen oder Offiziellen (wie bspw Trainer*innen), als auch der Verbände, die so für das Verhalten „ihrer“ Fans haftbar gemacht werden können.⁹ Bedroht sind solche Vergehen mit Geldstrafe, Stadionverbot, Ausschluss der Öffentlichkeit von einem oder mehreren Spielen bis hin zur Turnierdisqualifikation. Die Anerkennung der Jurisdiktion der Tribunale des Weltfußballverbandes ist hierbei verpflichtend für alle Mitgliedsverbände, wodurch unabhängig von nationalen Behörden bzw Gerichten Verstöße gegen die FIFA-Statuten geahndet werden können. Zur Illustration der Reichweite dieser Regelungen eignet sich folgender Fall: 2013 hatte die konsequente Anwendung des Art 58 des Disziplinarreglements zur Folge, dass der kroatische Nationalspieler *Josip Šimunić* für das Skandieren des faschistischen Ustaša-Grußes zu einer Geldstrafe von umgerechnet € 27.000 und einer 10-Match-Sperre verurteilt wurde, was ihn die Teilnahme an der WM in Brasilien und damit zusätzliche Bonuszahlungen kostete. Kroatische Gerichte hatten ihn für dieselbe Tat lediglich zu einer Geldstrafe von € 3.270 verurteilt – die nationale Höchststrafe für das inkriminierte Verhalten.¹⁰

So fundiert man auch das Vorgehen der FIFA generell kritisieren kann: Im Bereich des Diskriminierungsschutzes funktioniert der Einsatz des Weltfußballverbandes für die Einhaltung der Menschenrechte also bereits seit einigen Jahren fallweise.

4. FIFA und Fare – ausländische Agenten?

Bei der diesjährigen WM, wie auch schon bei den Qualifikationsspielen dafür, kommt es zu einer Erweiterung des FIFA-Antidiskriminierungssystems: Die NGO „Fare Network“ (Football Against Racism Europe) überwacht im Auftrag der FIFA zum Zweck der Dokumentation von rassistischen, homophoben und anderweitigen Vorfällen in und rund um Stadien die Matches der WM. Dieses auf einer Resolution des FIFA-Kongresses ba-

8 *Ruggie*, For the Game. For the World. FIFA and Human Rights, Corporate Responsibility Initiative Report No 68 (2016) 5f.

9 FIFA, FIFA Disciplinary Code 2017 (2017) Art 58.

10 FIFA, CAS upholds FIFA sanctions for discrimination in Šimunić case, www.fifa.com/governance/news/y=2014/m=5/news=cas-upholds-fifa-sanctions-for-discrimination-in-simunic-case-2337586.html (01.01.2018).

sierende System¹¹ ist inkorporiert in den Rechtsbestand der FIFA, ein Zuwiderhandeln könnte damit zu Sanktionen gegen den russischen Fußballverband führen.¹²

Die Russische Föderation, oftmals wegen ihrer repressiven Praktiken gegenüber NGOs im internationalen Fokus, öffnet also einer NGO Tür und Tor, um die Vorgänge während der WM 2018 zu überwachen. Wie im oben geschilderten *Šimunić*-Fall werden FIFA-interne Verfahren gegen Fußballverbände, Spieler und Fans den russischen Behörden entzogen und homophobe Äußerungen, unter Putin eigentlich Staatsräson¹³, *expressis verbis* inkriminiert sein. Man lasse es sich auf der Zunge zergehen: Gerade die korruptionsgebeutelte FIFA und „Fare“ als für russische Behörden grundsätzlich verdächtige NGO¹⁴ könnten unter Duldung der Regierung zumindest partiell und vorübergehend die Rechte von Homosexuellen in der Russischen Föderation wahren helfen – am *impe-rium* des Staates vorbei, so dieser es eben zulässt. Es wird ein spannender Sommer.

Mag. Gregor Fischer ist Projektassistent am Europäischen Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie der Universität Graz (UNI-ETC) und hat zu dem Thema publiziert: *Fischer, FIFA and Human Rights: From Harsh Tackles to Fair Play?* Neue Juristische Monographien Bd 78 (2017); gregor.fischer@uni-graz.at

11 *FIFA*, Resolution on the Fight against Racism and Discrimination by the 63rd FIFA Congress in Mauritius (2013).

12 *FIFA*, Regulations 2018 FIFA World Cup Russia, Art 12.

13 Siehe *Fierstein*, Russia's Anti-Gay Crackdown, *New York Times*, 21.07.2013: "Earlier in June, Mr. Putin signed yet another antigay bill, classifying 'homosexual propaganda' as pornography. The law is broad and vague, so that any teacher who tells students that homosexuality is not evil, any parents who tell their child that homosexuality is normal, or anyone who makes pro-gay statements deemed accessible to someone underage is now subject to arrest and fines. Even a judge, lawyer or lawmaker cannot publicly argue for tolerance without the threat of punishment."

14 So wurde das SOVA-Zentrum, Partnerorganisation von Fare, bereits in der Vergangenheit von russischen Behörden unter Druck gesetzt. Siehe *Fare Network*, Monitoring report details racism in Russian in football, farenet.org/news/erasmus-term-slug/monitoring-report-details-racism-russian-football/ (12.01.2017).

Geschlecht ist nicht nur weiblich oder männlich, sondern divers!

Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017,
Az 1 BvR 2019/16

Marija Petričević

1. Einleitung

Im Oktober 1978 urteilte das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) über das Recht einer transgeschlechtlichen Person auf Änderung ihres Personenstandsgeschlechts und stellte dabei fest, dass die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung es gebieten, einen Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, „dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört“. Dabei führte es aus, dass die deutsche Rechtsordnung und das soziale Leben vom Prinzip ausgingen, dass jeder Mensch entweder „männlichen“ oder „weiblichen“ Geschlechts sei.¹ Dem entgegenstehend wird die Unmöglichkeit der Begrenzung des Geschlechts auf zwei Kategorien durch zahlreiche Menschen verdeutlicht, die sich selbst außerhalb des binären Geschlechterverständnisses verorten und/oder beispielsweise intergeschlechtlich sind.² Intergeschlechtlichkeit ist eine körperliche Variation, bei der sich nicht alle geschlechtsdeterminierenden Merkmale – wie Chromosomen, Gonaden,³ Hormone sowie das innere und äußere Genitale – in eine als weiblich oder männlich definierte Richtung entwickeln.⁴

Im Oktober 2017, fast auf den Tag genau 39 Jahre nach den eingangs erwähnten Feststellungen, fasste das deutsche BVerfG einen neuen und wegweisenden Beschluss im Zusammenhang mit der rechtlichen Anerkennung des Personenstandsgeschlechts – diesmal intergeschlechtliche Menschen betreffend. So konstatierte das Gericht, dass Menschen, die sich dauerhaft als weder „männlich“ noch „weiblich“ identifizieren und durch das Personenstandsrecht zur Registrierung ihres Geschlechts gezwungen werden, in ihren

1 Beschluss des 1. Senates vom 11. Oktober 1978, BVerfGE 49, 286 (298).

2 *Birgit/Michel Reiter* forderte bereits im Jahr 2000 einen ihm/ihr entsprechenden Personenstand lautend auf „zwitterig“. In zweiter Instanz wies das LG München die Beschwerde im Juni 2003 ua mit der Begründung ab, dass ein auf „intersexuell“ oder „intrasexuell“ lautender Geschlechtseintrag nicht infrage komme, da diese Bezeichnungen lediglich als Oberbegriff für unterschiedliche sexuelle Differenzierungsstörungen verwendet und daher kein bestimmtes Geschlecht kennzeichnen würden (LG München, 16 T 19449/02, FamRZ 2004, 269–270).

3 Als Gonaden werden die Keimdrüsen, respektive Eierstöcke und Hoden, bezeichnet.

4 Vgl. *Christiansen*, Biologische Grundlagen der Geschlechterdifferenz, in *Pasero/Braun*, Konstruktion von Geschlecht (2001) 13–17.

Grundrechten verletzt werden, wenn sie dazu keinen über diese beiden Kategorien hinausgehenden positiven Geschlechtseintrag nutzen können.⁵ Nun hat der deutsche Gesetzgeber bis Ende dieses Jahres Zeit, um eine verfassungskonforme personenstandsrechtliche Lösung hinsichtlich der Erfassung des Geschlechts zu finden.⁶

2. Antrag auf „dritte Option“

Dieser bahnbrechenden Entscheidung ging der Antrag einer intergeschlechtlichen Person namens Vanja voraus, deren Geschlechtsidentität auch intergeschlechtlich ist. Daher beantragte Vanja im Juli 2014 beim zuständigen Standesamt Gehrden die Berichtigung der ursprünglich auf „weiblich“ lautenden Geschlechtseintragung hin zu „inter/divers“.⁷ Seit November 2013⁸ normiert das deutsche Personenstandsgesetz (dPStG), dass die Beurkundung des Geschlechts eines Kindes zu unterbleiben hat, sofern „das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden [kann]“.⁹ Seit Juni 2014 führt eine Verwaltungsvorschrift dazu näher aus, dass Umschreibungen wie „intersexuell“ oder „ungeklärt“ von Standesbeamten_innen nicht eingetragen werden dürfen.¹⁰ Das Standesamt Gehrden leitete den Antrag direkt an das zuständige Amtsgericht Hannover weiter. Dieses lehnte den Antrag mit Hinweis auf die neue Rechtslage und die genannten personenstandsrechtlichen Regelungen ab.¹¹ Die nachfolgende Beschwerde beim Oberlandesgericht Celle führte ebenso zu keinem Erfolg. Dieses stellte jedoch klar, dass intergeschlechtliche Menschen zur Wahrung ihres verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts die nachträgliche Streichung einer ursprünglich binär definierten Geschlechtseintragung beanspruchen können.¹² Nach Erhebung eines weiteren Rechtsmittels schloss sich der Bundesgerichtshof dieser Argumentationslinie an und führte ergänzend aus, dass für eine Vorlage der Rechtssache an das BVerfG keine Veranlassung bestünde. Begründet wurde dies damit, dass der Bezeichnung des Geschlechts im Geburtenregister kein materieller Gehalt gegenüberstehe, weshalb es für Betroffene keinen Unterscheid mache, ob der Geschlechtseintrag auf „inter/divers“ laute oder gänzlich unterbleibe.¹³ Gegen diese Einschätzung erhob Vanja Verfassungsbeschwerde und machte neben einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenso eine Dis-

5 Beschluss des 1. Senats vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

6 1 BvR 2019/16, Rn 66.

7 Vgl *Kampagne für eine dritte Option*, Antrag auf Änderung einer Geburtsurkunde hin zum Geschlechtseintrag „inter/divers“. <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2014/07/Antrag.pdf>

8 *Deutscher Bundestag*, BT-Drs 17/12192, 11.

9 § 22 Abs 3 dPStG.

10 Nr 21.4.3 dPStG-VwV (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz zuletzt geändert durch die Verwaltungsvorschrift vom 3. Juni 2014, BAnz AT 12.06.2014 B1).

11 Vgl *Kampagne für eine dritte Option*. <http://dritte-option.de/amtsgericht-hannover-lehnt-personenstandeintrag-interdivers-ab-beschwerde-folgt/> (15.12.2017).

12 OLG Celle vom 21.1.2015, 17 W 28/14.

13 BGH vom 22.6.2016, XII ZB 52/15.

kriminierung aufgrund des Geschlechts geltend.¹⁴ Das BVerfG bestätigte Vanja schließlich in der Einschätzung, dass die aktuellen personenstandsrechtlichen Regelungen verfassungswidrig sind.¹⁵

3. Deutsches Bundesverfassungsgericht zum Personenstandsgeschlecht

Zum im deutschen Grundgesetz (GG) verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁶ führte das BVerfG aus, dass dieses auch die geschlechtliche Identität von Menschen schütze, die „sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen“.¹⁷ Geschlechtsidentität wird als „konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit“ beschrieben, dem nicht nur im Rahmen der Selbst- sondern auch der Fremdwahrnehmung und damit im täglichen Leben besondere Relevanz zukomme. Wenn also die Regelungen des dPStG Menschen, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht als zugehörig erachten, lediglich ermöglichen, einen konventionellen Geschlechtseintrag zu beanspruchen oder auf die Eintragung des Geschlechts gänzlich zu verzichten, werde die „selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit dieser Personen spezifisch gefährdet“.¹⁸ Da der Gesetzgeber dem Geschlecht erhebliche Bedeutung für die Beschreibung der Rechtsstellung einer Person beimesse, habe die Anerkennung der individuellen Geschlechtszugehörigkeit auch ohne eine Auseinandersetzung mit den konkreten materiell-rechtlichen Konsequenzen der Eintragung außerhalb des Personenstandsrechts identitätsstiftende Wirkung.¹⁹ Zusätzlich stellte das BVerfG fest, dass die Option der Streichung einer binär definierten Geschlechtseintragung zur Beseitigung eines Grundrechtseingriffs nicht geeignet sei, da die fehlende Angabe eher den Eindruck erwecke, dass die rechtliche Anerkennung einer weiteren Geschlechtsidentität nicht in Betracht komme, statt dass sich die betroffene Person jenseits von weiblich und männlich identifiziere.²⁰

Zur eingangs erwähnten Aussage im Beschluss aus dem Jahr 1978, „dass jeder Mensch entweder ‚männlichen‘ oder ‚weiblichen‘ Geschlechts“ sei, erläutert das BVerfG, dass es sich dabei um eine Zustandsbeschreibung des damals vorherrschenden gesellschaftlichen und rechtlichen Verständnisses von Geschlecht handle und keineswegs um die Feststellung einer verfassungsrechtlich vorgegebenen Geschlechterbinarität.²¹ Ebenso erfolgt eine Klarstellung darüber, dass die Regelung des deutschen GG zur staatlichen Verpflichtung

14 Vgl. *Kampagne für eine dritte Option*, Verfassungsbeschwerde vom 02.09.2016. <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2014/11/Beschwerde.pdf>

15 1 BvR 2019/16.

16 Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG.

17 1 BvR 2019/16, Rn 36.

18 Ebd., Rn 38-39.

19 Ebd., Rn 47.

20 Ebd., Rn 43.

21 Ebd., Rn 50.

der Gleichberechtigung von „Frauen“ und „Männern“²² geschlechtsbezogene Diskriminierungen von Frauen beseitigen und keine personenstandsrechtliche geschlechtliche Zuordnung festschreiben oder weitere Geschlechtskategorien ausschließen solle.²³ Die Verfassungsinterpretation ermögliche es durchaus, den Diskriminierungsschutz anhand des heutigen Wissensstandes auf weitere Geschlechtsidentitäten zu erweitern. Daher bejaht das BVerfG nachfolgend ebenso das Vorliegen eines Verstoßes gegen das verfassungsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts durch die geltenden personenstandsrechtlichen Normen. Dieser Regelung des GG zufolge dürfe das Geschlecht grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung dienen.²⁴ Entscheidend ist, dass kein Mensch zu einer dritten Option gezwungen wird, sondern stets die individuelle Geschlechtsidentität für die Geschlechtseintragung ausschlaggebend bleibt.

Da die bestehende Regelung keinen legitimen Zweck verfolge, zu dessen Erreichung sie geeignet, erforderlich und angemessen wäre, konnte das BVerfG für die festgestellten Grundrechtseingriffe keine Rechtfertigung erkennen.²⁵

4. Ausblick

Das BVerfG verweist darauf, dass dem deutschen Gesetzgeber zur Beseitigung der bestehenden Benachteiligung nicht nur intergeschlechtlicher, sondern aller nicht-binären Menschen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Besonders hebt es, neben der Möglichkeit zur Erweiterung der bestehenden Kategorien um eine zusätzlich positiv zu bezeichnende Kategorie, die Option hervor, auf die personenstandsrechtliche Erfassung des Geschlechts grundlegend zu verzichten.²⁶ Die Abschaffung der amtlichen Erfassung des Geschlechts hätte sicherlich die weitreichendsten Folgen für die Rechtsordnung, geschlechtsdifferenzierende Normen müssten entsprechend novelliert werden. Dies könnte zu einem Aufbrechen des binären Geschlechtersystems beitragen. (Geschlechts-)Identifikation wäre grenzenloser möglich, was für zahlreiche Menschen befreiend wirken könnte. Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts sowie *va* der Umsetzung von – wahrscheinlich noch immer notwendigen – positiven Gleichstellungsmaßnahmen müssten jedoch neue Lösungen gesucht werden, um gegen Benachteiligungen vorzugehen, die traditionell an bestehende Kategorien anknüpfen.²⁷ Auch hierzulande hat aktuell der Verfassungsgerichtshof über den Antrag einer intergeschlechtlichen Person zur Berichtigung ihrer ursprünglich auf „männlich“ lautenden Geschlechtseintragung hin zu „inter/

22 Art 3 Abs 2 Satz1 GG.

23 1 BvR 2019/16, Rn 50.

24 Art 3 Abs 3 Satz 1 GG; 1 BvR 2019/16, Rn 57; 61.

25 1 BvR 2019/16, Rn 49; 64.

26 Ebd, Rn 65.

27 Ausführlicher dazu *Petričević*, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017) 364–370.

anders“ bzw in eventu dessen gänzlicher Streichung zu entscheiden,²⁸ sodass eine Öffnung auch der österreichischen Rechtsordnung für ein Geschlechterverständnis jenseits von „weiblich/männlich“ zu erhoffen ist.

Dr.ⁱⁿ Marija Petričević ist Juristin, arbeitet bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft in Wien und verfasste eine Dissertation zum Thema „Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit“, die bereits mehrfach ausgezeichnet wurde – zuletzt mit einem „Gabriele Possanner Förderungspreis 2017“; petricevic.m@gmx.at

28 Ebd, 179–185.

#MeToo – Der Umgang mit Opfern sexualisierter Gewalt

Sonja Aziz

1. Victim Blaming und Vergewaltigungsmythen

Schon wieder wird versucht, einer Debatte über sexualisierte Gewalt durch Bagatellisierung und Victim Blaming die Berechtigung zu entziehen. Frauen, die weltweit ihre Erfahrungen mit sexuellen Übergriffen unter dem Hashtag #MeToo teilen, wird vorgeworfen, Falschanschuldigungen zu erheben, sich „in die Opferrolle zu begeben“ oder hysterisch und aufmerksamkeitsbedürftig zu sein. All diesen Vorwürfen ist immanent, den Opfern¹ ihre Glaubwürdigkeit abzusprechen, den Fokus auf vermeintliche Pflichten der Opfer anstatt auf die Schuld der Täter² zu legen und die Taten an sich zu banalisieren. Kurzum: altbekannte Vergewaltigungsmythen und Vorurteile werden aufgewärmt.

1.1. Verlagerung des Fokus auf das Opfer

Der Situation der Opfer, die häufig von Angst vor der Konfrontation mit dem Täter oder vor dem Verlust des Arbeitsplatzes, von Scham, Verunsicherung oder Verdrängung betroffen sind, wird im öffentlichen Diskurs mit wenig Empathie begegnet. Fragen wie „Warum hat sie keine klare Grenze gezogen?“, „Warum hat sie den Arbeitsplatz nach dem Übergriff nicht gewechselt?“, „Weshalb erhebt sie die Anschuldigungen erst Jahre später?“ sind jedoch zum festen Bestandteil der durch #MeToo thematisierten Debatte geworden. Dies kommt nicht nur einer Verhöhnung der Opfer und Bagatellisierung der Taten, sondern letztlich einer Täter-Opfer-Umkehr gleich. Das Opfer wird zum Subjekt gemacht, während der Täter in die Unsichtbarkeit verschwinden kann.

1 Da der Beitrag die strafrechtliche Position der Betroffenen thematisiert, wird im Folgenden auf den im StGB verwendeten und mit einer Reihe besonderer Rechte (vgl. §§ 65 ff StPO) ausgestatteten Begriff „Opfer“ zurückgegriffen, wenngleich die Autorin nicht verkennt, dass dieser Begriff die immensen Ressourcen und raffinierten Strategien ausblendet, welche die Betroffenen insb. im Zuge oft jahrelanger Gewaltbeziehungen entwickelten, um ihr Leben zu schützen und der Gewalt zu entkommen.

2 Laut Sicherheitsbericht 2015 des BMJ, vgl. S. 227, waren die Beschuldigten bei den im Berichtsjahr angefallenen Verfahren wegen strafbarer Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung (§§ 201 bis 220b StGB) zu 91,6% männlich, weshalb im Folgenden bewusst die männliche Form gewählt wurde.

1.2. Parallelen in strafgerichtlichen Verfahren

Das Phänomen der Verlagerung des Fokus auf das Opfer lässt sich auch in strafgerichtlichen Verfahren beobachten. Hier stellt das Opfer als Zeugin ein Beweismittel dar, die ihre Aussage nicht durch objektivierte Beweise stützen muss. Obwohl der_ die Gesetzgeber_in dem Opfer also keine Beweislast auferlegt, wird die Verantwortung über den Verfahrensausgang in der Praxis oftmals auf das Opfer überwältigt. In den Begründungen der meist gemäß § 190 Z 2 StPO erfolgenden Einstellungen der Verfahren durch die Staatsanwaltschaft lesen sich regelmäßig Formulierungen wie „das Opfer konnte weder Zeugen nennen noch Verletzungsnachweise vorlegen“ oder „die Angaben der Anzeigerin hielten einer lebensnahen Betrachtungsweise nicht stand“. Durch eine derartige Diktion wird dem Opfer vermittelt, es hätte anders vorgehen, etwa früher Anzeige erstatten, mehr Beweise vorlegen oder sich anders präsentieren müssen. Vom Opfer wird ein hohes Maß an strukturiertem, in dieser Form nicht erfüllbarem Vorgehen erwartet, was im Grunde auf einen unsicheren Wissensstand des Justizpersonals hinsichtlich posttraumatischer Belastungsstörungen, Dissoziation und Gewaltdynamiken bei Partnergewalt hindeutet. Angesichts einer Einstellungsrate von 51,5 und einer Anklagerate von nur rund zehn Prozent bei Vergewaltigungen gemäß § 201 StGB³ kann der Beschuldigte einem strafgerichtlichen Ermittlungsverfahren unter Berufung auf sein Aussageverweigerungsrecht oftmals gänzlich ohne Konfrontation mit den Anschuldigungen entgehen, während das Opfer in mehrfachen⁴, oft stundenlangen Vernehmungen penibelst befragt und hinsichtlich des Vorliegens mutmaßlicher Motive (Vergeltung, Rache, Vorteile im Scheidungs-/Pflegschaftsverfahren) auf den Prüfstand gestellt wird. Ebenso besteht die Gefahr, dass das Opfer selbst als Beschuldigte wegen des Verdachts auf Verleumdung und/oder falscher Beweisaussage ins Visier der Strafjustiz gerät oder vom Täter zivilrechtlich belangt wird. Hierbei ist wichtig festzuhalten, dass ein Absehen von der weiteren Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft nicht zwangsläufig bedeutet, dass das Opfer den Täter fälschlich einer Straftat bezichtigt hat. Vielmehr können Mythen und Stereotype, unzureichende Berücksichtigung der Auswirkungen von Traumata auf die Psyche der Opfer sowie mangelnde Kenntnis der Komplexität der Täter-Opfer-Dynamik dazu führen, dass dem Opfer kein Glaube geschenkt wird. Zudem kann es sein, dass das Opfer das ungewollte Verhalten des Täters als sexuellen Übergriff empfindet⁵, während die Justiz den

3 Laut einer Abfrage des BMJ kam es im Jahr 2013 in 9,7% der Verfahren der Staatsanwaltschaft Wien wegen § 201 StGB (Vergewaltigung) zu einer Anklageerhebung, 29,4% der Verfahren wurden abgebrochen/ausgeschieden/sonstig erledigt, 51,5% wurden eingestellt, in 0,2% kam es zu einer Diversion, vgl. Österreichischer NGO-Schattenbericht für GREVIO (2016) 145, <https://www.interventionsstelle-wien.at/umsetzung-der-istanbul-konvention-in-oesterreich-beurteilung-durch-ngos> (05.03.2018).

4 Neben der polizeilichen Einvernahme werden Opfer sexualisierter Gewalt regelmäßig auch gerichtlich, sei es durch den_ die Haft- und Rechtsschutzrichter_in im Ermittlungsverfahren, sei es durch den_ die Vorsitzende_n des erkennenden Schöffensens in der mündlichen Hauptverhandlung, (im besten Falle kontradiktorisch gemäß § 165 StPO) einvernommen.

5 Zum gegenteiligen Phänomen, wonach Studien zufolge eine nicht unbedeutende Anzahl von Frauen das Erlebte auch dann nicht als Vergewaltigung bezeichnet, wenn es zu vaginaler, oraler oder analer Penetration gegen ihren Willen

Sachverhalt rechtlich anders qualifiziert und eine Tatbestandserfüllung nach Abschluss der Ermittlungen verneint. Hieraus dürfen dem Opfer keine Nachteile erwachsen. Dass Vergewaltigungsmythen auch in der Justiz wirken, lässt sich dadurch erklären, dass natürlich auch Staatsanwält_innen und Richter_innen durch gesellschaftlich und medial gefestigte Vorstellungen von sexualisierter Gewalt beeinflusst werden. Vor diesem Hintergrund ist eine reflektierte und sensibilisierte mediale Berichterstattung über die #MeToo-Bewegung von besonderer Bedeutung.

2. Förderliche Maßnahmen

Die hohe Einstellungsrate von Sexualdelikten könnte zur Folge haben, dass Opfer vor einer Anzeigeerstattung zurückschrecken, was ein Mitgrund für den beobachteten Rückgang von Anzeigen in den letzten Jahren⁶ sein könnte. Gleichzeitig führen die Anzeigehemmnis und die hohe Einstellungsquote zu dem verzerrten Bild, dass die Gefahr, Opfer sexualisierter Gewalt zu werden, gering ist. Dies wirkt sich letztlich negativ auf den politischen Willen aus, die Situation für Opfer zu verbessern. Es bleibt zu hoffen, dass die #MeToo-Bewegung das Problembewusstsein geschärft hat und zu entsprechenden Maßnahmen, wie den nachstehenden, führen wird.

2.1. Wirksame Strafverfolgung fördert Vertrauen in die Justiz

Laut *Holzleithner* spielen vergangene Erlebnisse „mit dem Recht, seinen Institutionen und Repräsentant_innen“ eine entscheidende Rolle dabei, „ob das Recht als Mittel der Wahl im Vorgehen gegen Übergriffe erscheint“.⁷ Wenn ein Opfer erwarten darf, dass ihr Glaube geschenkt wird und die Strafverfolgungsbehörden alles unternehmen, um den Täter zur Rechenschaft zu ziehen, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass sie sich an die Strafjustiz wendet. Zur wirksamen Ermittlung und Strafverfolgung hat sich Österreich spätestens mit der Ratifizierung der Istanbul Konvention (Art 49 Abs 2) im Jahre 2013 verpflichtet. Bereits zehn Jahre zuvor hat der EGMR in der Rechtssache *M.C. gegen Bulgarien*⁸ festgehalten, dass bei Ermittlungen wegen Vergewaltigung auch die Aussage des Beschuldigten auf ihre Plausibilität zu untersuchen, möglichen Widersprüchen nachzugehen ist und die Ermittlungen nicht auf unmittelbare Beweise zu beschränken sind, sondern auch die Begleitumstände ausreichend zu ermitteln und psychologische Faktoren zu berücksichtigen sind.

kommt, wobei auch die (intime) Beziehung zwischen Opfer und Täter einen Einfluss auf die Klassifizierung der Tat durch das Opfer hat, vgl. *Kahn/Jackson et al*, Calling it Rape: Differences in Experiences of women who do or do not label their sexual assault as rape, *Psychology of Women Quarterly* (2003) 233 (242).

6 BMI, Kriminalitätsbericht. Statistik und Analyse (2016) B 93, wobei im Jahr 2016 wieder ein Anzeigenplus verzeichnet werden konnte.

7 *Holzleithner*, Emanzipatorisches Recht – ein Widerspruch in sich? in *Gender Initiativkolleg* (Hrsg), Gewalt und Handlungsmacht (2012) 236ff.

8 EGMR 04.12.2003, 39272/98, *M.C./Bulgarien*.

2.2. Sensibilisierungsmaßnahmen

Um das Opfer für die Beschreitung des Rechtswegs zu gewinnen, bedarf es weiters einer bewusstseinsbildenden Öffentlichkeitsarbeit, opferschutzorientierter Täterarbeit sowie nicht zuletzt Sensibilisierungsmaßnahmen für Staatsanwält_innen und Richter_innen für die Themen häusliche und sexualisierte Gewalt im Rahmen ihrer Aus- und Fortbildung. Ebenso wird in der derzeitigen Ausbildung der Richteramtswärter_innen (RiAAs) noch kein ausreichender Schwerpunkt auf die forensische Beweislehre und Aussageanalyse gesetzt. Im Rahmen der Studie von *Melcher/Amann*, in der Studierende der Rechtswissenschaften und der Psychologie Aussagen auf ihre Glaubhaftigkeit hin beurteilen mussten, identifizierten die Psychologie-Proband_innen, die zuvor ein Training mit praktischen Übungen besuchten, 85 Prozent der Aussagen korrekt, während die Trefferquote der Jus-Proband_innen, die keine Vorkenntnisse auf dem Gebiet der Aussagenpsychologie mitbrachten, bei lediglich 64 Prozent, sohin nur „geringfügig über der Rate der Zufallstreffer“, lag.⁹ Da die Beurteilung des Wahrheitsgehalts einer Zeug_innenaussage grundsätzlich der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt und nur in Ausnahmefällen einem/einer Sachverständigen übertragen werden kann, wäre eine zweckentsprechende psychologische Ausbildung der RiAAs wesentlich, um Fehlinterpretationen bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Aussagen (gerade, wenn das Opfer traumatisiert ist) zu vermeiden und die gängige Erwartungshaltung, wie sich ein „perfektes“ Opfer zu verhalten hat, aufzubrechen.

3. Die Folgen von #MeToo

Zwar ist noch nicht absehbar, ob #MeToo Auswirkungen auf die Strafverfolgung von Sexualdelikten in Österreich haben wird. Je mehr Fälle sexualisierter Gewalt öffentlich werden, desto schwieriger wird es aber jedenfalls, die gesellschaftlichen Mechanismen des Bagatellisierens aufrechtzuerhalten. Wenngleich sich die Vergewaltigungsmythen hartnäckig halten, beginnen die Debatten nicht immer wieder bei Null. Vielmehr fördert die öffentliche Auseinandersetzung die breitenwirksame Erkenntnis, dass sexualisierte Gewalt ein strukturelles Problem ist und sich immer wieder nach denselben Mustern wiederholt. Es bleibt zu hoffen, dass diese Erkenntnis zumindest zur Steigerung der Anzeigebereitschaft beiträgt und zu einem sensibilisierteren Umgang mit Opfern seitens der Justiz führt.

Mag.a Sonja Aziz ist Rechtsanwaltsanwältin mit Schwerpunkt juristische Prozessbegleitung und Familienrecht in der Kanzlei Breitenecker Kolbitsch Vana in Wien; sonja.aziz@gmx.at

⁹ *Melcher/Amann*, Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer Aussage. Verbessern psychologische Kompetenzen die Beurteilungsgüte? RZ 2015, 235.

Objektivität in den Rechtswissenschaften¹

Wirkmächtige Illusion oder unverzichtbares Ideal?

Nicole Zilberszac

1. Einleitung

Objektivität ist ein zentrales, erkenntnisleitendes Ideal der Rechtswissenschaften und der Rechtspraxis. Als solches dirigiert und strukturiert es den Prozess der Generierung von Wissen über Recht sowie die Überlieferung und Anwendung von rechtlichem Wissen. Die rechtswissenschaftlichen Methoden stellen sich in den Dienst des Zieles objektiver Gewinnung von Rechtserkenntnis. Objektivität als Paradigma ist somit ausschlaggebend dafür, was und auf welche Weise wahrgenommen, verarbeitet, beurteilt und kommuniziert wird. Kurz gesagt: Es bestimmt, welche und wessen Wahrnehmungen, Überlegungen, Argumentationen und Schlüsse den Anspruch erheben können, Wissen zu sein, und welche nicht. Der anerkannte Anspruch, etwas über Recht zu wissen, ist ein wirkmächtiger. Denn „[...] die Geltung von Rechtsregeln und das Bestehen von rechtlichen Institutionen (wie Verträgen) sind durch Wissensansprüche vermittelt“.² In den Rechtswissenschaften und der juristischen Praxis erscheint die Frage nach ihren erkenntnisleitenden Annahmen daher von besonderer Brisanz. Dieser Beitrag geht der Frage nach, inwiefern und in welcher Weise Objektivität in den Rechtswissenschaften erreicht werden kann und/oder angestrebt werden soll.

2. Das Objektivitätsdilemma

Das Streben nach Objektivität wird allgemein als Kennzeichen und Abgrenzungskriterium des Wissenschaftlichen erachtet. Als solches gilt es grundsätzlich als unverzichtbar. Die Verknüpfung von Objektivität mit der Validität, Anschlussfähigkeit und Respektabilität von Aussagen reicht jedoch weit über den Rahmen des Wissenschaftlichen hinaus und in so gut wie alle Bereiche des Lebens hinein. Sie lässt sich als ein Maßstab der Bewertung und Bewältigung von unterschiedlichen bis widerstreitenden Positionen kaum wegdenken. Im Idealfall wünscht frau* man sich, dass ein Streit über eine Sache durch

1 Ich bedanke mich herzlich bei Lena Foljanty, die mich während meines Forschungsaufenthaltes am Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte ermutigt und mir viele neue Anregungen zu meinem Forschungsthema gegeben hat. Ebenso danke ich Nikolaus Benke herzlich für seine kritischen wie ermunternden Kommentare im Entstehungsprozess dieses Artikels.

2 *Somek*, Rechtstheorie. Zur Einführung (2017) 10.

das Erkennen der „wirklichen“ Beschaffenheit der Sache selbst gelöst wird. Dem Paradigma der Objektivität wird daher eine Streitbeilegungsfunktion zugeschrieben.³ Insofern hat es in den Rechtswissenschaften eine doppelte Konfliktlösungsfunktion. Recht selbst ist ua ein Konfliktlösungsinstrument, und Konflikte über den Inhalt des Rechts sollen wiederum durch objektive Rechtserkenntnis gelöst werden.

Objektivität in den Rechtswissenschaften trifft daher auf eine hohe Erwartungshaltung und ist ein Grundstein des Vertrauens in die Rechtsordnung.⁴ Sie ist zusätzlich Anknüpfungspunkt für die Ideale der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit. Regelmäßigkeit in der Rechtsfindung würde über das Einhalten epistemologischer und methodologischer Standards erreicht. Der (exklusive) Einsatz anerkannter und/oder positiver Methoden der Rechtsfindung ermögliche, dass Recht unabhängig von bspw sozialen, geschlechtsbezogenen und ethnischen Markierungen angewendet werde. Die Justitia verdanke ihre Unparteilichkeit also ihrer Objektivität, die Metapher ihrer Blindheit steht für das Freisein von Willkür, Beliebigkeit oder Parteinahme.

So eindrucksvoll das Ideal der Objektivität auch sein mag und so groß die Erwartungen, die an diese gerichtet werden, so stellt sich doch die Frage, ob Objektivität hält, was sie verspricht. Ob und inwiefern Objektivität erreicht werden kann, sowie ob und inwiefern sie angestrebt werden soll, ist spätestens seit Beginn des 20. Jahrhunderts Gegenstand reger Diskussionen. Bei genauerer Analyse der Konzeption, der Voraussetzungen und der Wirkweisen von Objektivität eröffnet sich ein breites Spektrum an Problemen. Hinter der Debatte um die Plausibilität objektiver Erkenntnis verbergen sich zentrale Fragestellungen der Erkenntnistheorie und der Geistesphilosophie – etwa die Frage nach dem Verhältnis zwischen Körper und Geist sowie nach den Möglichkeiten und Grenzen menschlicher Wahrnehmungsfähigkeit. Versucht man zu klären, ob Objektivität erstrebenswert ist, stellen sich neue Fragen: Worauf sollen Wahrnehmung und Erkenntnis gerichtet werden? Welche und wessen Wahrheitsansprüche sollen unter welchen Bedingungen Legitimation erfahren? Wie beeinflusst das Paradigma der Objektivität das Selbstverständnis und die Persönlichkeit der Erkennenden? In den Rechtswissenschaften stellt sich (zusätzlich) die Frage nach Möglichkeiten der objektiven Spracherkennung und objektiver Werterkenntnis.

Im Rahmen dieses Beitrags werde ich zunächst zwei im (rechts-)wissenschaftlichen Mainstream vertretene Konzeptionen von Objektivität darstellen und kritisch erörtern – Den

3 „If two people looking at a colored patch in front of them disagree whether it is green or brown, the absolute conception provides an answer to that question [...]. By making these facts accessible through, say, a spectroscope, we can arbitrate between conflicting viewpoints [...]“ Reiss/Sprenger, Scientific Objectivity, in *Zalta*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2017) <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/scientific-objectivity/>.

4 *Klappstein*, Demokratische Legitimation und Grenzen der Verlagerung von Entscheidungen auf den Rechtsanwender, in *Bäcker/Baufeld*, Objektivität und Flexibilität im Recht: Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft (2005), 111- 131; Vertrauensverluste, die aus der Entzauberung der Objektivität resultieren, müssen bei der Kritik an Objektivität in einem institutionellen Rahmen berücksichtigt werden.

„Blick von nirgendwo“ und „Objektivität als Unvoreingenommenheit“. Anschließend werde ich einen Vorschlag zur Rekonzeptionalisierung des Objektivitätsparadigmas in der Jurisprudenz formulieren.

3. Objektivität im materiellen Sinne: „The view from nowhere“⁵

Was meinen wir, wenn wir von Objektivität sprechen? Lexika der Philosophie und Wissenschaftstheorie beschreiben sie etwa als „Übereinstimmung mit der Sache unter Ausschaltung aller <Subjektivität> [...]“, als „Sachgemäßheit oder Gegenstandsorientiertheit“.⁶ Objektivität bedeutet in diesem Verständnis eine Befreiung der Erkenntnis von Subjektivität.⁷ Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass Dinge eine bestimmte Beschaffenheit haben, und zwar unabhängig davon, ob und wie wir sie wahrnehmen. Objektivität verlangt in diesem Verständnis eine weitestmögliche Annäherung an die Realität der Dinge.⁸ Das Ziel ist, von der eigenen Perspektive als Forscher*in zu der Perspektive von nirgendwo zu gelangen – zu jener Perspektive, aus welcher der Gegenstand so erscheint, wie er wirklich ist.⁹

Ein Vertreter dieses Ansatzes ist *Karl Popper*. Er geht davon aus, dass Dinge eine von unserer Wahrnehmung unabhängige Beschaffenheit besitzen. Im Bemühen, eigene Theorien zu falsifizieren, würden falsche Theorien und Annahmen im Laufe der Zeit aussortiert.¹⁰ Schließlich blieben irgendwann nur mehr die „richtigen“ – also jene Erkenntnisse, die nicht falsifiziert wurden, und sich zudem „positiv bewährt“ haben – über.¹¹ Objektive Erkenntnisse beanspruchen somit allgemeine Gültigkeit, bis sie durch Erkenntnisse, die in der gleichen Weise erzeugt worden sind, entkräftet werden. Sie legen einen Konflikt über Gestalt und Inhalt einer Sache endgültig bei. Hierin liegt auch der Reiz dieser Konzeption, denn zugegebenermaßen: “[...] *there is something appealing in the ideal that disagreement concerning certain matters of fact can be settled by the very facts*

⁵ *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017.

⁶ *Mittelstraß/Gabriel*, Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. 6: O – Ra² (2016) 8.

⁷ “For instance, according to a simple and strong conception, a judgement is objective if, and only of, it describes its object.”: *Niemi*, What is the foundation of objectivity in the Field of Law, in *Paula/Santacoloma/Rosas*, Truth and objectivity in law and morals II: proceedings of the second special workshop held at the 27th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Washington DC, 2015 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft (2016), 15.

⁸ Es gibt jedoch auch Dinge die nicht unabhängig davon existieren dass wir sie wahrnehmen. Dazu gehört auch die Sprache, welche in den Rechtswissenschaften eine zentrale Größe bildet. Wir geben ihr erst durch Wahrnehmung und Kommunikation Sinn. Ihre Beschaffenheit ist eine intersubjektiv erzeugte. Objektivität besteht dann im Bemühen, Sprache in ihrem intersubjektiven und nicht in einem intrasubjektiven Sinne zu verstehen. Siehe: *Bell*, Objectivity, in *Dancy/Sosa/Steup*, Blackwell Companions to Philosophy. A Companion to Epistemology (2010).

⁹ *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017.

¹⁰ *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017: “According to a popular picture, science progresses toward truth by adding true and eliminating false beliefs from our best scientific theories. By making these theories more and more verisimilar, that is, truthlike, scientific knowledge grows over time.”; *Popper*, Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Wissenschaft (1935).

¹¹ *Popper*, Forschung³ (1935), S. 197ff.

themselves, that explanations and predictions are grounded in what's really there rather than in a distorted image of it."¹²

In den Rechtswissenschaften begegnet uns diese Konzeption von Objektivität in Gestalt einer positivistischen Rechtsdogmatik.¹³ Gesetzgebung und Rechtsanwendung sowie Recht und Gerechtigkeit sollen streng voneinander unterschieden werden. Die staatliche Gesetzgebung vergegenständliche das Recht in Gestalt des Rechtstextes und mache es somit einer subjektivitätsbefreiten Erkenntnis (zumindest graduell) zugänglich. Jurist*innen sollen dann mittels der Auslegungsmethoden das generell abstrakte Recht (möglichst) so beschreiben und auf den konkreten Fall anwenden, wie es ist. Auf diese Weise soll es unerheblich sein, wer sich unter dem Talar befindet; ebenso soll es unbedeutend sein, wer die betroffenen Parteien sind.¹⁴ Ihr Verhalten wird durch die Brille gesetzlich typisierter Verhaltensbewertungen betrachtet und beurteilt. Die rechtswissenschaftlichen Methoden sollen die Befreiung der Erkenntnis von Subjektivität ermöglichen, also Bedingungen für die Möglichkeit subjektivitätsbefreiter Erkenntnis schaffen. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, inwiefern Sprache einer objektiven Interpretation zugänglich ist und/oder ob es jenseits der Textbindung Faktoren gibt, die Rechtsfindung objektivieren können.

Dahinter liegt aber eine noch grundsätzlichere Frage: Gibt es überhaupt Bedingungen, unter denen die Befreiung jeglicher Erkenntnis von Subjektivität möglich ist? Worauf wird mir unter diesen Bedingungen der Blick eröffnet und in welcher Hinsicht wird er mir verschlossen?

3.1. Das Leib/Seele-Problem

Die Aufforderung, Erkenntnis von Subjektivität zu befreien, beinhaltet die Aufforderung an die Beobachtenden, das Einfließen von individueller Perspektivität zu verhindern. In welcher Weise und ob solch eine Überwindung der eigenen Subjektivität für möglich gehalten wird, hängt davon ab, welche Vorstellung frau*man von der menschlichen Wahrnehmung hat. Die Fähigkeit, eine von der eigenen Perspektive unabhängige Wahrheit zu erkennen, setzt voraus, dass sich das Individuum selbst, in den Worten von *Nagel*, transzendieren kann.¹⁵ Diese Konzeption muss also annehmen, dass der erkennende und verstehende Geist eine gegenüber Erfahrungen, Gefühlen und Bedürfnissen selbständige Existenz aufweist.¹⁶ Solch eine Vorstellung tritt in der Geistesphilosophie als Dualismus

12 *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017.

13 *Niemi*, Objectivity (2016), 15.

14 Siehe dazu: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre⁹ (2016) 285ff.

15 *Nagel*, Der Blick von nirgendwo² (2015) 130–135.

16 *Grosz*, Bodies and Knowledges: Feminism and the Crisis of Reason, in *Alcoff/Potter*, Feminist Epistemologies (1993) 187 (215); "*The Knower has been conceptualized not only as an individual but also as disembodied. "Reason" can present itself as universal, perspectiveless, and free of desire because it understands itself as purely mental.*"

auf.¹⁷ Prominent wurde va *René Descartes* für diese Position. Er unterschied zwischen einer denkenden Substanz und einer ausgedehnten Substanz. Die denkende Substanz bilde das Ego, während der Körper lediglich die materielle Hülle abgebe, in die es gekleidet ist.¹⁸ Ähnliche Ansätze fanden sich bereits bei *Platon* und *Aristoteles*, welche den Körper als eine dem Geist gegenüber selbständige, aber minderwertige Entität betrachteten.¹⁹ Gehe ich umgekehrt jedoch davon aus, dass Geist und Körper nicht getrennt voneinander existieren, so ist mein Wissen immer verkörpert. Mein Blick ist dann stets ein erfahrender und fühlender, geprägt durch meine Geschichte, meine Sozialisierung und meine Beziehungen. Neuere Forschungen weisen in überzeugender Weise nach, dass Prozesse des Denkens und des Fühlens nicht voneinander getrennt werden können.²⁰ Darüber hinaus bleibt vieles von dem, was Denken, Handeln und Entscheiden leitet, dem Bewusstsein unzugänglich. Das Unterbewusstsein prägt die bewusste Wahrnehmung, welche somit nicht vom Leib unabhängig sein kann.²¹

Diese Einsicht – nämlich, dass Wahrnehmung verkörpert ist – liegt dem Konzept der Leiblichkeit zu Grunde, in welchem die Vorstellung von der Trennung von Körper und Geist gänzlich überwunden wird. Der Mensch „*habe einen Körper, aber sei ein Leib*“, der denkt, fühlt und erlebt.²² Der Leib bildet den Ausgangspunkt der Wahrnehmung. Menschliche Erkenntnis ist auf diese Weise stets verkörpert, stets geprägt von Beziehungen und Erfahrungen (*Embodied Knowledge*), also stets perspektivisch.²³ Leiblichkeit der Wahrnehmung meint weder, dass der Geist den Körper leitet, noch, dass der Körper den Geist leitet. Vielmehr wird diese Unterscheidung zugunsten einer ganzheitlichen Vorstellung von Fühlen, Denken, Erleben und Wahrnehmen überwunden.²⁴

Auf welche Weise letztlich Prozesse des Fühlens und Denkens, der Somatik, der Psyche, des Intellekts etc zusammenwirken bzw wechselwirken, ist umstritten. Da wir aber mitt-

17 *Chalmers*, *Philosophy of mind: classical and contemporary readings* (2002) 2.: „[...] *one can imagine oneself without a body, so one must be distinct from one's body and likewise from any physical entity.*“

18 „Deshalb folgere ich allein daraus, dass ich weiss, ich bin, und dass ich einstweilen nichts weiter als zu meiner Natur oder meinem Wesen gehörig kenne, als nur, dass ich ein denkendes Wesen hin, richtig, dass mein Wegen darin besteht, ein *denkendes Ding* zu sein. Vielleicht habe ich auch einen Körper (oder ich bin vielmehr dessen gewiss, wie ich später bemerken werde), der eng mit mir verbunden ist; allein da ich auf der einen Seite eine klare und deutliche Vorstellung von mir selbst als eines bloss denkenden und nicht *ausgedehnten Dinges* habe, und auf der anderen Seite eine deutliche Vorstellung des Körpers als eines ausgedehnten und nicht denkenden Dinges, *so ist es gewiss, dass ich von meinem Körper wahrhaft unterschieden bin und ohne ihn bestehen kann*“: *Descartes*, *Untersuchungen über die Grundlagen der Philosophie*² (2014) 47f.

19 *Robinson*, *Dualism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017), in *Zalta*, *The stanford encyclopedia of philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/dualism/>.

20 *Jan*, *Mind Invasion: Situated Affectivity and the Corporate Life Hack*, in *Frontiers in Psychology* 2016, 266ff; *Buchholz*, *Embodiment*, *Forum der Psychoanalyse* 2014, 109ff; *Jelic/Tierl/De Matteis/Babiloni/Vecchiato*, *The Enactive Approach to Architectural Experience: A Neurophysiological Perspective on Embodiment, Motivation, and Affordances*, in *Frontiers in Psychology* 2016, 481ff.

21 *Böllinger*, *Die unbewusste Dynamik richterlichen Entscheidens. Ansätze zu einer Theorie strategischen Handelns im Bereich der Rechtsfindung*, *Betrifft JUSTIZ* 2012, 224ff.

22 *Alloa*, *Leiblichkeit: Geschichte und Aktualität eines Konzepts* (2012) 2.

23 *Antony*, *Embodiment and Epistemology*, in *Moser*, *The Oxford handbook of epistemology* (2011).

24 *Alloa*, *Leiblichkeit* (2012) 2.

lerweile ausreichende Gründe haben anzunehmen, dass Prozesse des Denkens, Fühlens und Erinnerens nicht isoliert voneinander ablaufen, ist es mE konsequent, auf das Konzept der Leiblichkeit abzustellen, wenn es darum geht, Objektivität als epistemische Größe zu konzipieren. Dies verspricht, dass alle Einflussfaktoren auf unsere Wahrnehmung adäquat berücksichtigt werden können.²⁵

3.2. Wahrheit oder Richtigkeit im Paradigma?

In uns selbst können wir die Bedingungen für die Möglichkeit subjektivitätsbefreier Erkenntnis nicht finden. Wird Objektivität als subjektivitätsbefreite Erkenntnis erachtet, so müssten diese Bedingungen in einem vom Subjekt abgehobenen Außen gedacht werden. Es bedarf in diesem Verständnis also Bedingungen, unter denen alle, trotz ihrer unüberwindbaren Subjektivität, das Gleiche sehen.²⁶ Erkenntnisgegenstand und Erkenntnismethode müssten so gewählt werden, dass individuell-subjektive Einflussfaktoren eine möglichst geringe Rolle spielen. Die Idee lautet wie folgt: Wenn wir uns über den Gegenstand unserer Betrachtung einig sind und alle die gleichen Methoden bei der Beobachtung und Bewertung der Beobachtungsergebnisse anwenden, dann werden unsere Aussagen zugunsten ihrer intersubjektiven Überprüfbarkeit von unserer Subjektivität entkoppelt. Auf diese Weise könnten wir, im Sinne Poppers, über die Zeit immer mehr Gewissheit über den Gegenstand unserer Betrachtung erlangen.

Das skizzierte Objektivitätskonzept als den Rahmen für universelle Wahrheitsfindung zu verstehen, wäre jedoch eine Fehleinschätzung. Erkenntnisse sind tatsächlich stets abhängig von der epistemischen Gemeinschaft, in der sie erlangt werden. Diese einigt sich auf eine spezifische Abgrenzung ihres Erkenntnisgegenstandes und ihrer Erkenntnismethoden. Zu dieser Einsicht gelangte *Thomas Kuhn* in „*Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*“. Er wies darauf hin, dass jede Beobachtung theoriegeleitet ist, und legte anhand mehrerer Beispiele dar, dass Forscher*innen, je nachdem welchen Denksystemen sie folgen, bei Beobachtung desselben Gegenstandes zu unterschiedlichen Betrachtungsweisen und Ergebnissen gelangen.²⁷ Aussagen über die Beschaffenheit der Dinge können daher niemals einen Anspruch auf Universalität stellen, sondern lediglich auf Richtigkeit im jeweiligen Paradigma. Findet man*sich mit dieser Einschränkung ab, so stellt sich die Frage, ob Erkenntnisse innerhalb der epistemischen Gemeinschaft von Subjektivität befreit werden können? Empfiehlt sich solch ein Objektivitätsverständnis für die Jurisprudenz?

25 Die Konzeption der Leiblichkeit macht uns zudem unsere Verletzlichkeit und Relationalität bewusst. Dimensionen der Existenz die, die Wissenschaft nicht ausblenden kann wenn sie dem Menschen „dienen“ will.

26 Diesem Ziel widmeten sich ab dem 19. Jhd der Empirismus und darauf aufbauend der Positivismus. Siehe: *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie (2006) 44; *Code*, Taking Subjectivity into Account, in *Alcoff/Potter*, Feminist Epistemologies (1993) 17.

27 „*Wissenschaftstheoretiker haben wiederholt demonstriert, dass auf eine gegebene Sammlung von Daten immer mehr als eine theoretische Konstruktion passt.*“ *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen. Sonderausgabe zum 30jährigen Bestehen der Reihe Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft (2003); *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017.

3.3. Richtigkeit im rechtswissenschaftlichen Paradigma

Die juristische Ausbildung und Praxis orientiert sich im Mainstream an einer rechtspositivistisch strukturierten Rechtsdogmatik.²⁸ Der Blick von Nirgendwo soll durch eine strikte Abgrenzung von Erkenntnisgegenstand und Erkenntnismethoden des Rechts erreicht werden. Recht wird als Erkenntnisgegenstand mit dem staatlich gesetzten Recht gleichgesetzt. Mittels der Auslegungsmethoden soll der Wille des Gesetzgebers zur Geltung gebracht werden.²⁹ Ein im Hinblick auf die Abgrenzung des Erkenntnisgegenstandes und der Erkenntnismethoden reduktionistischeres Modell der Rechtsfindung lässt sich kaum denken. Doch selbst in diesem rechtswissenschaftlichen Paradigma bleibt ein hohes Maß an Unbestimmtheit bestehen, denn bei der Anwendung einer generell abstrakten Norm auf individuell konkrete Fälle treten regelmäßig Bedeutungsspielräume zutage.³⁰ Dies gestehen selbst regulierungsfreudige Positivist*innen ein.³¹ Bei Interpretationsspielräumen können Jurist*innen ein und denselben Sachverhalt in einer divergierenden bis widerstreitenden Weise lösen, ohne dass man ihnen vorwerfen könnte, methodisch falsch vorgegangen zu sein. Das Ziel der strikten Eingrenzung von Gegenstand und Methode der Rechtswissenschaft ist jedoch, Sachlichkeit, Unparteilichkeit und Vorhersehbarkeit des Rechtshandelns zu gewährleisten. Der geschilderte rechtstheoretische Ansatz erreicht dieses Ziel jedoch nicht verlässlich, denn generell-abstrakte Rechtsnormen und das Angebot unterschiedlicher Interpretationswege können – trotz methodischer Korrektheit – zu inkohärenten, widersprüchlichen Entscheidungen führen. Das liegt wesentlich daran, dass der beschriebene Ansatz subjektiven Faktoren Raum bietet, die er aber nicht berücksichtigen kann, weil er darauf konditioniert ist, sie nicht wahrzunehmen.

Wenn aber Subjektivität stets in die Rechtsfindung einfließt, stellt sich die Frage, ob das Streben nach Subjektivitätsbefreiung nur auf eine Maskierung von Subjektivität hinausläuft und ob Objektivität auf eine andere Weise besser konzipiert werden kann.

3.4. Subjektivität ausblenden?

Was bedeutet es, subjektivitätsbefreite Erkenntnis anzustreben, obwohl diese nicht von Subjektivität befreit werden kann? Einige Vorteile des Strebens nach materieller Objektivität wurden schon genannt: Es fördert ein Bemühen um intersubjektive Kommunizierbarkeit und Nachvollziehbarkeit von Aussagen und Erkenntnissen. Zudem könnte frau*man sagen, dass im Streben nach materieller Objektivität Subjektivität – und damit im juristischen Kontext Willkür – zwar nicht vermieden, aber minimiert werden könne.

28 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre⁹ (2016), 34; *Autor/innenkollektiv*, Einleitung, in *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch (2006), 22. In der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie ist der Rechtspositivismus kontinentaleuropäischer Prägung hingegen sehr umstritten. Siehe: *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano*, Einleitung; Neue Theoriepraxis des Rechts, in *Buckell/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts² 2009.

29 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie 285ff.

30 Zudem muss selbst der zu subsumierende Sachverhalt zunächst durch ein Beweisverfahren festgestellt werden.

31 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie 285ff.

Das Streben nach Objektivität als „Blick von nirgendwo“ birgt jedoch Gefahren in sich. Eine Gefahr besteht darin, dass dort, wo Subjektivität einfließt, diese unter Verweis auf die Einhaltung der anerkannten methodischen Vorgaben verdeckt werden kann. So nimmt bspw das rechtspositivistische Paradigma ein unreflektiertes Einwirken der Subjektivität – bei sonstiger Methodentreue – in Kauf. Ebenso kann die Abgrenzung des Erkenntnisgegenstandes und der Erkenntnismethoden nur formeller Natur sein. Wird bspw eine Norm teleologisch interpretiert, so ist ein Zurückgreifen auf Gerechtigkeitsvorstellungen und Gerechtigkeitsintuitionen bzw Interessen und Wertungen unvermeidbar.³² Werden wiederum Begriffe interpretiert, die komplexe soziale Sachverhalte benennen (zB der Begriff Arbeit), dann gelangt bei der Auslegung des Begriffs eine Konzeption dieser Begrifflichkeit zur Geltung. Dies verhindert aber, die Gerechtigkeitsvorstellung und die gesellschaftliche Situiertheit offen zu legen und diese zu reflektieren und/oder intersubjektiv zu überprüfen. Sie offen zu legen, würde ein Abgehen von der konventionellen Methodologie bedeuten, und es müssten die Grenzen des Erkenntnisgegenstandes und der erlaubten Methoden neu definiert werden.

Das Streben nach materieller Objektivität drängt dazu, das Einfließen von Subjektivität und außermethodischen Einflussfaktoren auszublenden. Auf diese Weise werden die Erkennenden ihrer Verantwortung enthoben, das Einfließen ihrer Subjektivität sowie außermethodischer Inspirationsquellen zu reflektieren. Jetzt ließe sich sagen, dass dies ein vertretbares Risiko sei, sofern ein Bemühen um Rechtsrichtigkeit institutionalisiert wird. Mangelnde Reflexion von Subjektivität birgt jedoch ein erhebliches Risiko, Willkür zu fördern und dem Ziel objektiver Rechtsfindung sogar entgegenzulaufen.

Wie bereits angesprochen, ist Wissen leiblich. Was wir sehen, interpretieren, verstehen, wird von unseren bewussten und unbewussten Erfahrungen, Bedürfnissen und Emotionen beeinflusst. Wird die eigene Subjektivität bei der Rechtsfindung verdeckt, dann kann dies zur Projektion der ausgeblendeten Bedürfnisse und Gefühle führen. Blendet eine Richterin bspw ihre Wut auf eine der Parteien aus, dann schreibt sie die Wut vielleicht einer der Parteien zu und wird das (scheinbar) wütende Verhalten negativ bewerten; ein Richter blendet seine Verletzlichkeit aus und projiziert sie auf eine Partei, die er dann als selbstmitleidig wahrnimmt. Schließlich können auch internalisierte Blickmuster zum Tragen kommen, also bspw bestimmte Vorstellungen über Frauen, Männer, Asylwerber*innen etc.³³ Ein objektiver Blick auf die Interessen der Parteien wird durch mangelnde Reflexion über die eigene Subjektivität und die eigenen Blickmuster somit unterlaufen.³⁴

32 Siehe *Niemi*, Objectivity (2016).

33 In der Kommunikationswissenschaft wird im Zusammenhang mit partikularen Blickmustern, die von den eigenen Vorstellungen, der eigenen Sozialisierung und dem gesellschaftlichen-medialen Diskurs geprägte sind von „Framing“ gesprochen siehe: *Matthes*, Framing, in *Rössler/Brosius*, Konzepte. Ansätze der Medien- und Kommunikationswissenschaft¹⁰ 2014; siehe in Bezug auf den juristischen Kontext bspw: *Rössl*, Heterosexuelle Cis Männlichkeiten im Asylrecht. Fälle außerehelicher Sexualität und intersektionaler Männlichkeit, *juridikum* 2017, 498ff.

34 Eine weitere Gefahr besteht darin, dass sich die methodische Technizität bei der Rechtsfindung derart verselbständigt, dass sie selbst für methodologische Reflexionen blind macht. *Benke* führt hierfür das Beispiel des EGMR-Falls *Karner* an, in dem der OGH (OGH 05.12.1996, 6 Ob 2325/96x) nicht reflektiert hat, dass sein Vorgehen eine teleologische Reduktion der Norm bedeutete, und er eine solche daher auch nicht zu legitimieren versucht hat.

Ein weiterer Kritikpunkt ist jener, dass das Streben nach dem „Blick von Nirgendwo“ bestehende Machtverhältnisse legitimiert und stabilisiert. Indem ich nicht darüber spreche, aus wessen Standpunkt gewusst wird, verliere ich den Blick dafür, wessen Standpunkte auf Kosten anderer Standpunkte eine überragende Repräsentation erfahren.³⁵ Außerdem kann gerade das Wissen darüber, von welchem Standpunkt aus gesprochen und was genau von diesem Standpunkt her gesehen wird, wertvolles Wissen sein, das mir verschlossen bleibt, wenn ich die Erkenntnis von ihrer Perspektivität freihalten will.³⁶ Objektivität im Sinne des „Blicks von Nirgendwo“ begünstigt ein Bemühen um intersubjektive Kommunizierbarkeit und Exaktheit, gleichzeitig fördert sie jedoch das willkürfördernde Ausblenden von Subjektivität. Objektivität sollte daher nicht an der Ausblendung, sondern an der Reflexion von Subjektivität ansetzen. Darauf werde ich in meinem letzten Abschnitt zurückkommen.

4. Objektivität als Unvoreingenommenheit

Neben der Konzeption von Objektivität als „Blick von Nirgendwo“ werden für die Rechtswissenschaften auch Objektivitätskonzeptionen vorgeschlagen, die Objektivität nicht in der Erkenntnis selbst, sondern im Verfahren der Erkenntnisgewinnung verorten. Das zentrale Anliegen von Objektivität ist demnach nicht, Realität wirklichkeitsnahe zu repräsentieren, sondern Voreingenommenheit in einem breiten, an gemeinsamen Kriterien und Methoden orientierten Diskurs zu überwinden. Ziel ist demnach nicht die Befreiung der Rechtserkenntnis von Subjektivität, sondern von Voreingenommenheit.³⁷ Dies sei nicht durch einen „Blick von Nirgendwo“ zu erreichen, sondern durch das Ermöglichen des Perspektivenwechsels.

So werde laut *Gaukroger* Objektivität nicht durch einen entkontextualisierten und entkörperlichten Blick, sondern durch das Beschreiben eines Gegenstandes aus unterschiedlichen Blickwinkeln angestrebt. Auf diese Weise münde das Bemühen um Objektivität nicht in einem methodischen Reduktionismus, sondern führe zu einer Einbeziehung eines extensiveren Wissensspektrums. Denn: „*Falls wir versuchen objektiv zu sein, suchen wir nach Interpretationen und Urteilen, die sich gegenüber allen anderen Alternativen aufrechterhalten lassen, wenn diese nach denselben Kriterien beurteilt werden.*“³⁸ Da ich beweispflichtig dafür bin, dass meine Aussagen nicht voreingenommen bzw. ausschließlich subjektiv sind, sei ich veranlasst, meiner Argumentation mehr an Beobachtungen und mehr an Wissen zu Grunde zu legen. Ähnlich argumentiert *Niemi* mit Bezug auf die

35 *Harding*, Rethinking Standpoint Epistemology: What is Strong Objectivity?; *Alcoff/Potter*, Feminist Epistemologies (1993) 49ff.

36 *Harding*, Standpoint Epistemology, 49ff.

37 Bspw. argumentierte *Max Weber*, dass der „Blick von Nirgendwo“ kein für die Sozialwissenschaften geeignetes Erkenntnistheorem ist, siehe: *Reiss/Sprenger*, Scientific Objectivity 2017; siehe auch: *Gaukroger*, Objektivität: ein Problem und seine Karriere (2017).

38 *Gaukroger*, Objektivität 53.

Rechtswissenschaften. Da Recht kein Faktum sei und Rechtsfindung sich an unterschiedlichen (nicht lediglich positivierten) Bezugspunkten orientiere, könne Objektivität nicht in der Beschreibung des Rechts, wie es ist, gesucht werden. Objektivität erlangen Aussagen laut *Niemi* aufgrund der Qualität des „*legal reasoning*“.³⁹

Die Kriterien, mit deren Hilfe die Validität von Interpretationen und Urteilen bewertet wird, orientieren sich jedoch auch bei diesem Ansatz am Versuch der Überwindung von Subjektivität. Wenn mehr Argumentationsgründe zugelassen, aber nicht im Hinblick auf deren Subjektivität reflektiert werden, erreiche ich im Ergebnis vielleicht nur eine stärker ausdifferenzierte Maskierung meiner Position. Je mehr Argumente ich jedoch einbeziehen muss, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit, dass ich im Prozess der Wissensgenerierung meine eigene Perspektive hinterfrage. Das Erfordernis ausdifferenzierter Argumentation enthält somit Elemente der Subjektsreflexion und orientiert sich nicht mehr ausschließlich am Versuch, Subjektivität auszublenden.

5. Vorschlag: Subjektsreflektierte Objektivität⁴⁰

Es gibt berechnete Erwartungen an das Recht, als Institution vertrauenswürdig zu sein und prinzipiell willkürfrei zu funktionieren. Diese Erwartungen richten sich bislang an die Objektivität der Jurisprudenz. In der Konzeption von Objektivität als „Blick von Nirgendwo“ wird an die epistemische Gemeinschaft die Aufforderung gestellt, Bedingungen für die Möglichkeit subjektivitätsbefreier Erkenntnisfindung zu gewährleisten. Auf diese Weise wird die intersubjektive Überprüfbarkeit von Aussagen gefördert. Die Konzeption von Objektivität als Unvoreingenommenheit fordert von der epistemischen Gemeinschaft, Vorurteile durch das Einbeziehen eines breiten Argumentationsspektrums zu überwinden. Auf diese Weise wird eine Diversifikation der berücksichtigten und daher relevanten Aspekte erreicht.

Beide Konzeptionen erachten jedoch Reflexion von Subjektivität nicht als Voraussetzung für Objektivität. Wenn man aber das Einfließen von Subjektivität in Erkenntnis und Erkenntnisgewinnung nicht reflektiert, wird die mit Objektivität assoziierte Willkürreduktion unterlaufen. Internalisierte Blickmuster und Projektionsmechanismen können dann einer sachlichen Interessensabwägung entgegenstehen. Objektivität sollte daher nicht am Versuch ansetzen, Erkenntnisgewinnung von Subjektivität zu befreien, sondern an der Reflexion von Subjektivität bei der Erkenntnisgewinnung. Die aus dem Objektivitätsideal abzuleitende Forderung an die epistemische Gemeinschaft lautet dann, dass Bedingungen für die Möglichkeit der Reflexion von Subjektivität geschaffen werden müssen.

Auf welche Weise kann und soll Reflexion von Subjektivität in den Rechtswissenschaften institutionalisiert werden? Zunächst bedarf es einer Reflexion der gesellschaftlich-

³⁹ *Niemi*, Objectivity (2016) 23.

⁴⁰ Der Begriff „subjektsreflektierte Objektivität“ geht auf einen Vorschlag Prof. Benkes im Rahmen einer Diskussion über meine Überlegungen bezüglich der Rekonzeptionalisierung von Objektivität zurück.

kulturellen Einbettung des Rechtsdiskurses. Recht existiert nicht im luftleeren Raum. Es ist verwoben in einen sozialen und politischen Kontext, auf den es sich bezieht und den es mitgestaltet. In der juristischen Ausbildung sollte demnach eine verstärkte Auseinandersetzung mit der Frage nach den Wechselwirkungen zwischen Lebensrealitäten und Dominanzverhältnissen und deren rechtlicher Regulierung treten. Somit müssten Fächer wie Rechtsphilosophie, Legal Gender Studies, Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie erheblich an Bedeutung gewinnen.

Einen weiteren Ansatzpunkt bietet *Niemi* mit seinem Vorschlag, Objektivität an der Qualität des „legal reasoning“ zu messen. Rechtsfindung soll demnach nicht in einer Subsumtionsautomatik erstarren, sondern das differenzierte und reflektierte Abwägen unterschiedlicher Argumente und Perspektiven erfordern. Frau*man soll sich zudem von der Illusion der In-sich-Geschlossenheit des Rechtssystems verabschieden. Rechtsbegriffe können im Dienste methodischer Ehrlichkeit und Transparenz nicht „rein rechtlich“ ausgelegt werden, wenn sie bspw komplexe soziale oder psychische Phänomene benennen. Angesichts dessen bedarf es eines verstärkten inter- und transdisziplinären Austausches in Theorie und Praxis. Schließlich ist eine Perspektivenhegemonie zu vermeiden und auf die diversitätssensible Repräsentation von marginalisierten Gruppen und Individuen bei Stellenbesetzungen und Ausbildungszugängen zu achten.

Wie bereits erläutert, ist der Kognitionsprozess leiblich. Das heißt, dass dieser nicht getrennt von Gefühlen, Erinnerungen und Erfahrungen abläuft. In diesem Sinne muss Reflexion auch und gerade unsere Erfahrungen, Bedürfnisse und Emotionen erfassen. Dazu bedarf es einer Kultur der Verletzlichkeit. Zuzulassen, sich selbst zu sehen/zu spüren, bedeutet, mit der eigenen Verwundbarkeit konfrontiert zu werden. Wenn das Zeigen dieser Verwundbarkeit gesellschaftlich tabuisiert und sanktioniert wird, bildet dies ein Hindernis für Selbstreflexion. Demnach empfiehlt es sich, den Zugang zu Supervision zu entstigmatisieren, zu fördern und zu erweitern.

6. Fazit

Objektivität unterläuft in ihrem traditionellen Verständnis, wonach Subjektivität ausgeblendet bzw überwunden werden müsse, um ohne Willkür, Beliebigkeit oder Parteinahme erfassen, analysieren und beurteilen zu können, ihre selbstgesteckten Ziele. Gleichzeitig ist Objektivität eine wichtige Garantin der intersubjektiven Kommunizierbarkeit und Überprüfbarkeit von Erkenntnissen. Wird Objektivität im Sinne subjektsreflektierter Erkenntnisfindung verstanden, hat sie eine wesentlich gestärkte Kapazität, die willkürfördernden Effekte des vorherrschenden Objektivitätsverständnisses zu überwinden.

Mag.^a Nicole Zilberszac ist Universitätsassistentin „prae doc“ am Institut für römisches Recht und antike Rechtsgeschichte in Wien; nicole.zilberszac@univie.ac.at

Das Verschlechterungsverbot im Wasserrecht und dessen Umsetzung in Österreich

Die Verschärfung der Definition der Verschlechterung im Wasserrecht durch den EuGH und die Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage.

Gregor Schamschula

1. Einleitung

Österreich, Land der Wasserkraft. Regelmäßig macht der Anteil von Wasserkraft mehr als zwei Drittel des gesamten in Österreich produzierten Stroms aus.¹ Ebenso groß ist der Anteil der Wasserkraft an der weltweiten Erzeugung von erneuerbarer Energie, sie liegt also deutlich vor Windkraft und Photovoltaik.² Im Namen der Energiewende ist daher das Interesse am Ausbau der Wasserkraft und zur Bewältigung des steigenden Energiebedarfs leicht verständlich. Gleichzeitig liegt der Ausbaugrad der Wasserkraft, also wieviel des nutzbaren Potentials der Wasserkraft verwendet werden kann, bereits bei über 70% durch die über 5.000 Wasserkraftwerke in Österreich.³ Jedes Wasserkraftprojekt hat jedoch Auswirkungen auf die Gewässer, an bzw in denen sie sich befinden, und kann gravierende Verschlechterungen der Gewässerökologie und der die Wasserläufe umgebenden Flora und Fauna bewirken. Und auch wenn Wasserkraftwerke als einer der wesentlichsten Teile einer erfolgreichen Energiewende angesehen werden, sind ihre unmittelbaren Umweltauswirkungen, wie etwa ihr CO₂- bzw Methan-Ausstoß⁴ oder auch ihre Auswirkung auf die Biodiversität, in der öffentlichen Debatte kaum präsent. Der gegenständliche Beitrag befasst sich im Folgenden mit solchen Veränderungen durch Wasserkraftprojekte und dem dies regulierenden rechtlichen Rahmen, insb mit dem die Wasserqualität betreffenden *Verschlechterungsverbot* der Wasserrahmen-Richtlinie⁵ (WRRL).

1 *E-Control*, Stromkennzeichnungsbericht 2016, 35, e-control.at/documents/20903/388512/e-control-stromkennzeichnungsbericht-2016.pdf (17.12.2017).

2 Hier: in der Stromerzeugung, ohne Biomasse, *REN21*, Renewables 2017 Global Status Report, 33, www.ren21.net/gsr_2017_full_report_en (17.12.2017).

3 *WWF*, Mythos Wasserkraft – Glorifizierung und Wirklichkeit, 9, wwf.at/de/view/files/download/forceDownload/?tool=12&cfeld=download&sprach_connect=2264 (17.12.2017).

4 *Wockner*, It's Official: Hydropower Is Dirty Energy, www.ecowatch.com/hydropower-methane-climate-change-2024731803.html (17.12.2017).

5 RL 2000/60/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl L 2000/327, 1.

2. Europarechtliche Grundlagen

Für die Errichtung und den Betrieb einer Wasserkraftanlage⁶ an österreichischen Gewässern bedarf es ua⁷ einer Genehmigung nach dem Wasserrechtsgesetz⁸ (WRG). Dieses setzt in Österreich die WRRL der EU aus dem Jahr 2000 auf nationaler Ebene um. Die RL legt Umweltziele für Oberflächenwässer und Grundwasserkörper in der EU fest. Neben der Vermeidung weiterer Verschlechterungen sind dies das Erreichen eines *guten ökologischen bzw. chemischen Zustandes* aller Oberflächengewässer, eines *guten ökologischen Potentials und chemischen Zustandes* aller erheblich veränderten Gewässer⁹ und eines *guten chemischen und mengenmäßigen Zustandes* des Grundwassers in der EU bis 2015.¹⁰ Diese Frist konnte einmalig bis 2027 verlängert werden, was von allen (!) Mitgliedsstaaten der EU, somit auch von Österreich, in Anspruch genommen wurde. Die Fristverlängerung muss im nationalen Gewässerbewirtschaftungsplan für jede Überschreitung separat dargelegt¹¹ und begründet¹² werden.

Um die Ziele der RL zu erreichen gilt bei allen Eingriffen in Gewässer das *Verschlechterungsverbot*¹³. Für Mitgliedsstaaten gilt außerdem das *Verbesserungsgebot*. Ersteres besagt, dass sich durch Wassernutzungen der Zustand des Gewässers nicht um eine (oder mehrere) Güteklasse(n) verschlechtern darf. Nach dem Verbesserungsgebot haben die Mitgliedsstaaten der EU dafür zu sorgen, dass sie die Ziele der RL erreichen. Wichtigstes Instrument dafür sind die *Nationalen Gewässerbewirtschaftungspläne*, die im Abstand von 6 Jahren erlassen werden und die geplanten Maßnahmen zur Verbesserung der Gewässer beschreiben.

Um den Zustand eines Gewässers und dessen Veränderungen beurteilen zu können, beschreibt die WRRL bestimmte, in Gruppen zusammengefasste Qualitätskomponenten, die erhoben werden müssen. Unter den Gruppen Biologie, Hydromorphologie und Chemie werden 12 Komponenten zusammengefasst und auf deren Basis ein ökologischer Gesamtzustand ermittelt. Dieser bestimmt sich nach der schlechtesten Einzelbewertung, die unter allen Qualitätskomponenten zu finden ist.¹⁴ Die WRRL unterscheidet bei den Qualitätskomponenten darüber hinaus *Hauptkomponenten* (die Gruppe Biologie mit

6 Genehmigungspflichtig sind prinzipiell alle Eingriffe in Gewässer, die nicht nach § 8 WRG privilegiert sind wie etwa bloßes Trinken an öffentlichen Gewässern. Wasserkraftanlagen sind Anlagen in Gewässern zur Erzeugung von elektrischer Energie wie etwa Ausleitungs- und Laufkraftwerke.

7 IdR sind auch landesrechtliche Bewilligungen nach dem jeweiligen Naturschutzgesetz sowie nach der Bauordnung und für Zu-/Ableitungen nach dem Elektrizitätsrecht nötig, regelmäßig außerdem auch nach dem Forstgesetz für Rodungen.

8 Wasserrechtsgesetz 1959 – WRG 1959, BGBl 1959/215 (WV) idF BGBl I 2017/58 (WRG).

9 „Heavily modified waterbodies“ gem Art 2 Z 9 WRRL.

10 Art 4 Abs 1 WRRL.

11 *Umweltdachverband*, Gewässer schützen – Wasserkraft nützen (2015) 17.

12 Die Gründe können umfassen: technische Durchführbarkeit, unverhältnismäßig hohe Kosten, oder Nicht-Realisierbarkeit aufgrund natürlicher Gegebenheiten.

13 Art 4 Abs 7 WRRL.

14 Sog. „One out – all out – Prinzip“.

den Komponenten Fische¹⁵, Makrozoobenthos¹⁶, Makrophyten¹⁷ und Phytobenthos¹⁸, sowie die Komponente Schadstoffe aus der Gruppe Chemie) und *unterstützende Komponenten* (die Gruppe Hydromorphologie¹⁹ mit den Komponenten Wasserhaushalt²⁰, Durchgängigkeit²¹, Morphologie²² und die Komponenten Temperatur, Sauerstoffhaushalt, Versauerung und Nährstoffe aus der Gruppe Chemie). Der Beurteilung der Veränderungen bzw Zielerreichungen liegt eine Bewertung des Zustandes von Gewässern zugrunde, bei dem die WRRL auf das Schulnotensystem von 1 (sehr gut) bis 5 (schlecht) zurückgreift.²³ Bei Wasserkraftprojekten werden in der Praxis die Bewertung des Ausgangszustandes und der Prognose des Vorhabens durch die Sachverständigen der Projektwerbenden gegenübergestellt, wie an folgendem Beispiel ersichtlich ist:

| Qualitätskomponente | Biologie | | | | Hydromorphologie | | | Chemie | | | | | Ökologischer Gesamtzustand | |
|---------------------|----------|-----------------|-------------|--------------|------------------|-----------------|-------------|------------|--------------------|-------------|------------|-------------|----------------------------|---|
| | Fische | Makrozoobenthos | Makrophyten | Phytobenthos | Wasserhaushalt | Durchgängigkeit | Morphologie | Temperatur | Sauerstoffhaushalt | Versauerung | Nährstoffe | Schadstoffe | | |
| Ausgangszustand | 2 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 2 |
| Prognose | 3 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 3 |

15 Anzahl der (Leit-)Fischarten, Biomasse, Altersverteilung.

16 Mit dem Auge noch erkennbare, im Wasser lebende tierische Organismen, va Krebse, Muscheln, Schwämme, Egel, Schnecken u dgl.

17 Mit dem Auge noch erkennbare, im Wasser lebende pflanzliche Organismen.

18 Pflanzliche Organismen am Gewässerboden.

19 Gewässerstrukturen, wie Flussbette.

20 Zu- und Abfluss von Wasser.

21 Durchgängigkeit ist gegeben, wenn keine Bauwerke den Fluss des Wassers für Lebewesen unterbrechen.

22 Beschaffenheit der Strukturen, in denen sich das Wasser bewegt.

23 Anh V WRRL.

2.1. Die Umsetzung in Österreich

Das *Verschlechterungsverbot* des Art 4 Abs 7 WRRL wurde in Österreich durch § 104a WRG umgesetzt. Dieser besagt, dass Vorhaben, die zu einer Verschlechterung des Gewässerzustandes führen nur dann erlaubt werden können, wenn im Zuge des Projektes

- alle praktikablen Vorkehrungen getroffen werden, um die negativen Auswirkungen zu mindern,
- das Projekt im *überwiegenden öffentlichen Interesse* ist und
- die Projektziele (also etwa die Stromerzeugung) nicht anders erreicht werden können.²⁴

In der Praxis bedeutet dies, dass Projekte zuerst auf ihr Potential zur Verschlechterung des ökologischen Zustandes hin zu überprüfen sind. Ist absehbar, dass das Vorhaben voraussichtlich eine Verschlechterung nach sich zieht, ist in einem Verfahren gem § 104a WRG zu überprüfen, ob es auf dem aktuellen *Stand der Technik* sowie im überwiegenden öffentlichen Interesse ist und es *keine besseren Alternativen* gibt. Die Bezugnahme auf das öffentliche Interesse bedeutet eine Interessenabwägung, bei der die Behörde alle dem Gesetz zu entnehmenden Interessen zu erheben und zu gewichten hat. IdR werden daher die Schwere des Eingriffs in die Natur und den Wasserhaushalt dem energiewirtschaftlichen Interesse und anderen positiven Aspekten gegenübergestellt.

In Österreich wurde nach der bisherigen²⁵ Interpretation der WRRL und des WRG der Begriff „Verschlechterung“ von Praxis und Lehre so verstanden, dass nur das Absinken des ökologischen *Gesamtzustandes* um eine ganze Klasse (= Note) oder mehr eine relevante Verschlechterung darstellte. Verschlechterten sich also etwa alle Qualitätskomponenten bis auf eine von „sehr gut“ auf „gut“, und die verbleibende Komponente war bereits nur „gut“, war nach österreichischer Sicht keine Verschlechterung gegeben, weil sich die Gesamtnote dadurch nicht änderte. Durch diese Interpretationsweise des Verschlechterungsverbots konnten Vorhaben in Österreich zu einer tatsächlichen Verschlechterung des Gewässerzustandes führen, ohne dass die Verschlechterung rechtlich schon als eine solche klassifiziert wurde.

2.2. Das „Weser-Urteil“ des EuGH

Am 1. Juli 2015 entschied der EuGH über die Bewertung von Eingriffen in den Gewässerzustand, die im Rahmen der Vertiefung der Weser in Bremen und Niedersachsen vorgenommen worden waren. Die eher weite Auslegung des Begriffs der Verschlechterung, also nur bei Veränderung der Gesamtnote, war bis dahin hauptsächlich in Deutschland und Österreich verbreitet. Der EuGH entschied dazu ua, dass der Begriff der Verschlech-

24 Diese kleine Alternativenprüfung bewegt sich innerhalb des Regelungsregimes des WRG, bzw der WRRL; nicht zu prüfen ist daher, ob nicht etwa ein Windkraftwerk an einer umliegenden Stelle sinnvoller wäre.

25 Sog „Zustandsklassen-Theorie“, bis zum Urteil EuGH 1.7.2015, C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V./Deutschland*; vgl *Bumberger/Hinterwirth*, Wasserrechtsgesetz² (2013) § 30a, § 30c, § 104a.

terung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers dahingehend auszulegen sei, dass „eine Verschlechterung vorliegt, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt“. Wenn jedoch die betreffende Qualitätskomponente bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet sei, stelle jede Verschlechterung dieser Komponente eine „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers im Sinne von Art 4 Abs 1 lit a Z i dar.²⁶

Somit stellte der EuGH klar, dass nicht – wie bisher in Deutschland und Österreich üblich – nur Verschlechterungen in der Gesamteinstufung der Wasserqualität, sondern auch die Verschlechterung einzelner Güteklassen relevant sind bzw ist. Darüber hinaus sind auch Verschlechterungen innerhalb von einzelnen Güteklassen, dh auf Ebene der Qualitätskomponenten, von Bedeutung, wenn sich diese bereits in der niedrigsten Klasse (5 = schlecht) befinden. Letzteres ist gerade bei Flussvertiefungen in Deutschland relevant, in Österreich beziehen sich die Projekte meist auf höherwertige Gewässerstrecken. Nicht endgültig geklärt ist hingegen die Frage, wie mit Verschlechterungen des Gewässerzustandes in den unterstützenden Qualitätskomponenten (Gruppe Hydromorphologie bzw größtenteils Chemie) umzugehen ist. Als unterstützende Komponenten werden sie nur bei anderweitig als „sehr gut“ bewerteten Gewässerstrecken vollständig erhoben. Die WRRL trifft die Unterscheidung in Haupt- und unterstützende Komponenten bewusst, was auch dafür spricht, Verschlechterungen in letzteren nicht gesondert zu bewerten. Es wären dann Anhaltspunkte für potentielle Verschlechterungen der Hauptkomponenten. Mit anderen Worten: Wenn etwa der Sauerstoffgehalt und die Temperatur im Wasser sich negativ verändern, ist oft eine Reaktion bei Tieren und Pflanzen zu erwarten. Gegen diese Unterscheidung spricht die Entscheidung des EuGH, das „Weser-Urteil“ selbst. Der Gerichtshof nimmt nämlich eine entsprechende Unterscheidung nicht vor. Er spricht ausschließlich von Verschlechterungen in einzelnen Qualitätskomponenten. Damit könnten auch die unterstützenden Komponenten gemeint sein. Für diese – strengere – Auslegung spricht auch die Tatsache, dass gerade in den qualitativ besten und schützenswertesten Wasserstrecken auch kleine Verschlechterungen stark negative Konsequenzen haben können. Darüber hinaus ist die Verschlechterung der *sehr guten* Hydromorphologie eindeutig definiert und somit durchaus als relevante Klassenverschlechterung zu betrachten. Es ist davon auszugehen, dass diese Frage früher oder später wieder dem EuGH vorgelegt werden wird.

3. Anwendung des Urteils in Österreich

Das Urteil des EuGH stellte damit die Verwaltungspraxis in Österreich nicht nur in Frage, sondern ordnete für laufende und kommende Verfahren einen deutlich strengeren

26 EuGH 1.7.2015, C-461/13, Rn 71.

Maßstab bei der Prüfung der Verschlechterung der Wasserqualität an. Als Rechtsauslegung des EuGH beginnt die Bindungswirkung des Urteils unmittelbar nach der Verkündung. Der*die Bundesminister*in für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW)²⁷ als zuständige Oberbehörde gab zur Interpretation des Urteils und den Auswirkungen keinen offiziellen Erlass öä heraus, machte aber im Oktober 2016 eine Mitteilung über die Interpretation des Urteils durch das Ministerium.²⁸ Die meisten Verfahren über Wasserkraftanlagen werden in mittelbarer Bundesverwaltung von den Landeshauptleuten²⁹ und den Bezirksverwaltungsbehörden³⁰ geführt, einige wenige auch vom BMLFUW³¹. Für Anlagen, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bedürfen, wird das WRG von der Landesregierung im UVP-Verfahren mitangewandt.³²

3.1. Analyse wasserrechtlicher Verfahren

Die erwartete Auswirkung des Urteils war, dass es aufgrund der strengeren Definition der Verschlechterung zu einer Häufung von negativen Bescheiden bzw mehr Anwendungen des Ausnahmetatbestands des § 104a WRG kommen würde. Offizielle Zahlen dazu gibt es mangels einer entsprechenden Statistik nicht. Die Umweltorganisation WWF³³ untersuchte jedoch gemeinsam mit dem technischen Büro *blatfisch* und ÖKOBURO³⁴ die wasserrechtlichen Verfahren über Kraftwerke im Zeitraum Juli 2015 bis Herbst 2016. Dazu wurden Umweltinformationsanfragen an über 90 Behörden gestellt und die digitalen Wasserbücher³⁵, so vorhanden, gesichtet. Die erhaltenen Unterlagen (Bescheide, Gutachten, Verhandlungsschriften) aus etwa 200 Verfahren wurden dann auf Nachvollziehbarkeit und Konformität mit dem „Weser-Urteil“ analysiert.³⁶

3.2. Exkurs: Umweltinformationsanfragen

Die Kontrolle von Unterlagen und Verfahren ist in der Regel an Parteistellung im Verfahren und die damit einhergehende Akteneinsicht gebunden. Im Wasserrecht ist diese

27 Von 16.12.2013 bis 17.12.2017 war Andrä Rupprechter Bundesminister, seit 18.12.2017 ist dies Elisabeth Köstinger.

28 BMLFUW-UW.4.1.2/0036-IV/1/2015, Information über die Auslegung der Bestimmungen zum Verschlechterungsverbot (C461/13- Urteil des EuGH), 1.10.2016.

29 Ab einer Höchstleistung von 500 kW, § 98 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 lit b WRG.

30 Bis zu einer Höchstleistung von 499 kW, § 98 Abs 1 WRG.

31 Bestimmte Großkraftwerke bzw Donaukraftwerke, § 98 Abs 1 iVm § 100 Abs 1 WRG.

32 Wasserkraftanlagen über 15 MW = 15.000 kW Engpasseleistung, bzw 10 MW mit höherer Rückstaulänge, bzw 2 MW in Kraftwerksketten, § 39 Abs 1 iVm Anhang 1 Z 30 Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit (UVP-G).

33 Anerkannte Umweltorganisation gem § 19 Abs 7 UVP-G.

34 Anerkannte Umweltorganisation gem § 19 Abs 7 UVP-G.

35 In jedem Bundesland bzw bei den Bezirkshauptmannschaften wird gem § 124 WRG durch die* den LH ein Wasserbuch mit allen gültigen Genehmigungen für Entnahmen, Nutzungen und dergleichen geführt. Dieses ist öffentlich einsehbar und meist auch digital verfügbar. Teilweise sind den online-Wasserbüchern direkt die Bescheide entnehmbar.

36 www.wwf.at/verschlechterungsverbot (17.12.2017).

Parteistellung idR neben den Projektwerbenden und Grundeigentümer*innen auf Parteien wie Personen mit berührten Wasserrechten und Fischereiberechtigte beschränkt.³⁷ Dennoch besteht über den Umweg von Umweltinformationsanfragen eine Möglichkeit für die Öffentlichkeit, bestimmte Informationen zu erhalten.

Jede juristische und natürliche Person kann kostenlos³⁸ Anfragen an öffentliche Stellen³⁹ richten, wenn die Anfragen einen Bezug zur Umwelt bzw ihren Bestandteilen, Plänen, Programmen u dgl haben. Dieses Recht leitet sich von der *Aarhus Konvention*⁴⁰ und der Umweltinformationsrichtlinie⁴¹ der EU ab. Sowohl Österreich⁴² als auch die EU⁴³ sind Vertragsparteien des völkerrechtlichen Vertrags der Aarhus Konvention und haben diese 2005 ratifiziert. Die Umweltinformationsrichtlinie wurde in Österreich durch das Umweltinformationsgesetz⁴⁴ des Bundes und die Umweltinformationsgesetze der Länder⁴⁵ umgesetzt.

Umweltinformationsanfragen sind an keine Formvorschriften gebunden, können schriftlich und mündlich eingebracht werden und genießen eine verkürzte Bearbeitungsfrist von einem Monat, bei besonders umfangreichen oder komplexen Fragen von zwei Monaten.⁴⁶ Die Anfrage muss nicht begründet werden. Die Definition von Umweltinformationen ist sehr weit gefasst, die Judikatur des EuGH dazu extensiv.⁴⁷ Auch Bescheide können Umweltinformationen darstellen.⁴⁸ Neben der Pflicht zur Antwort auf UIG-Anfragen trifft die Staaten auch die Pflicht, selbst aktiv Informationen zu sammeln und zur Verfügung zu stellen, bspw bei Luftqualitätsdaten.⁴⁹

Zwischen der sehr transparenz- und auskunftsfreundlichen rechtlichen Grundlage und der Vollzugspraxis ergeben sich manchmal Unterschiede. So ist tw Behörden das Recht auf Umweltinformationen generell, die Gebührenfreiheit solcher Anfragen, der Umfang

37 § 102 Abs 1 WRG.

38 Vgl § 16 Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen über die Umwelt (Umweltinformationsgesetz – UIG), BGBl 1993/495 idF BGBl 2015/95 (UIG).

39 Verwaltungsbehörden und unter deren Aufsicht stehende Organe, Organe der Gebietskörperschaften in der Privatverwaltungsverwaltung, juristische Personen öffentlichen Rechts, denen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übertragen wurden, sowie natürliche und juristische Personen privaten Rechts, die unter der Kontrolle der vorgenannten Stellen öffentliche Aufgaben oder Dienstleistungen erbringen, gem § 3 Abs 1 Z 1-4 UIG.

40 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus Konvention), 25.6.1998, 2161 UNTS 447.

41 RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates, ABl L 2003/41, 26.

42 BGBl III 2005/88.

43 Beschluss 2005/370/EG des Rates vom 17.2.2005 über den Abschluss des Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten im Namen der Europäischen Gemeinschaft, ABl L 2005/124, 1.

44 S FN 36.

45 Etwa: Tiroler Umweltinformationsgesetz 2005, TLGBl 2005/89 idF LGBl 2017/12.

46 § 5 Abs 1, 6 UIG.

47 EuGH 18.7.2013, C-515/11, *Deutsche Umwelthilfe e.V./Deutschland*; EuGH 23.11.2016, C-442/14, *Bayer Crop-Science SA-NV, Stichting De Bijenstichting/College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden*.

48 *Ennöckl/Matitz*, UIG Umweltinformationsgesetz² (2010) 25.

49 So etwa der Luftgütebericht für Wien mit aktuellen Messwerten der 17 Messstellen: www.wien.gv.at/ma22-lgb/tb/tb-aktuell.htm (17.12.2017).

oder die Bearbeitungsfrist nicht bekannt. Bei fälschlicherweise vorgeschriebenen Gebühren ergibt sich dabei die skurrile Situation, dass die allgemeinen Verwaltungsgebühren niedriger sind als die Beschwerdegebühren für das Rechtsmittel wegen zu Unrecht vorgeschriebener Gebühren. Wenngleich der Großteil der Auskünfte problemlos erteilt wird, zeigt sich der Vorteil von bereits selbständig veröffentlichten Informationen, da bei diesen der Zugang für die interessierte Öffentlichkeit deutlich schneller und umfangreicher erfolgt; zudem empfiehlt es sich, für komplexere Anfragen auf schriftliche Vorlagen zurückzugreifen.

3.3. Ergebnis der Studie

Das Ergebnis: Ein wesentlicher Teil der analysierten Verfahren waren bloße Wiederverleihungen gem § 21 Abs 3 WRG, dh Verlängerungen bestehender Wasserrechte, bei denen keine Änderungen (und somit keine Verschlechterungen) vorgenommen wurden. Von den verbleibenden Verfahren berücksichtigten jedoch nur etwa 30% das „Weser-Urteil“ und stellten die Bewertung der Veränderung des Gewässerzustandes auch nachvollziehbar dar. Im Großteil der Fälle war die Entscheidung der Behörde für Dritte nicht nachvollziehbar und transparent, dh trotz Analyse der Bescheide und anderer verfügbarer Unterlagen (Gutachten, technische Unterlagen, Verhandlungsschriften) konnte nicht beurteilt werden, wie die Behörde zu dem Schluss kam, dass keine Verschlechterung zu befürchten war. In mehr als 10% der Fälle wurde trotz absehbarer Verschlechterung von einzelnen Qualitätskomponenten kein Verfahren nach § 104a WRG geführt. Dies stellt einen klaren Verstoß gegen die Entscheidung des EuGH und die dazu ergangene Empfehlung des Ministeriums dar.

3.4. Die Beteiligung anerkannter Umweltorganisationen⁵⁰

Intransparente Entscheidungen stellen für sich gesehen ebenso ein Problem dar.⁵¹ Auch in den wenigen Fällen, in denen Wasserrechtsbescheide online verfügbar sind, ist für Dritte oft nicht nachvollziehbar, ob die Bewertung der Auswirkungen eines Vorhabens auf die Wasserqualität korrekt durchgeführt wurde. Derzeit haben anerkannte Umweltorganisationen in Verfahren nach dem Wasserrechtsgesetz, bei denen keine UVP durchgeführt wird keine Parteistellung und damit auch keine Akteneinsicht. Nur die Verfahrensparteien selbst haben unmittelbaren Zugang zu den Verfahrensunterlagen.

50 Anerkennung gem § 19 Abs 7 UVP-G durch den BMLFUW. Derzeit sind 53 Umweltorganisationen für Teile Österreichs oder ganz Österreich anerkannt.

51 Akteneinsicht gem § 17 AVG.

In Österreich sind anerkannte Umweltorganisationen nur in Verfahren zu UVP als Parteien zugelassen.⁵² Eine solche UVP ist ein konzentriertes Verfahren, in dem aufgrund der Größe der Anlage ein Verfahren unter Anwendung aller oder der meisten Materien-gesetze durchgeführt wird. Eine Behörde (idR die Landesregierung) hat dabei etwa das WRG, das Naturschutzgesetz, die Bauordnung, Lärmschutzrecht und dgl in einem Ver-fahren abzuhandeln. Ob eine UVP notwendig ist, ergibt sich meist aus Anhang 1 des UVP-G, in dem Größenschwellen für Projekte vorgesehen sind. Im Falle von Wasser-kraftwerken ist das eine Engpassleistung⁵³ von 15 Megawatt (MW).⁵⁴ Außerhalb dieser Großverfahren war es Umweltorganisationen bisher nicht möglich, an Verfahren als Partei teilzunehmen, obwohl Österreich durch Unterzeichnung und Ratifikation der Aar-hus Konvention dazu verpflichtet ist, eben diese Beteiligung und Rechtsschutz für an-erkannte Umweltorganisationen zu gewähren.⁵⁵

Ein am 20.12.2017 ergangenes Urteil des EuGH⁵⁶ zur Vorlagefrage des VwGH sollte hier für Veränderung sorgen: Der EuGH stellte fest, dass sich aus der Aarhus Konvention in Verbindung mit der Europäischen Grundrechtecharta und der WRRRL das Recht auf Rechtsschutz im Wasserrecht für anerkannte Umweltorganisationen ergibt. Dieses Urteil ist unmittelbar in Österreich wirksam und gibt damit erstmals Umweltorganisationen das Recht, als Partei in Wasserrechtsverfahren tätig zu sein.⁵⁷ Damit können sie künftig die Einhaltung des Verschlechterungsverbots sowie die Definition der Verschlechterung in Ver-fahren kontrollieren und gegebenenfalls ein Rechtsmittel einlegen. Diese Öffnung von etwa 20-30 UVP-Verfahren pro Jahr hin zu mehreren hundert Wasserrechtsverfahren und tau-senden (!) Naturschutzverfahren birgt schon allein logistisch gewaltige Sprengkraft. Doch auch juristisch lässt dieses Urteil einiges an Veränderung erahnen, eine gesetzliche Umset-zung ist demnach zu erwarten. Wenngleich Umweltorganisationen wohl nur an einem win-zigen Bruchteil aller Verfahren tatsächlich teilnehmen werden, wie Erfahrungen aus Deutschland zeigen, wurden sie in ihrer Position erheblich gestärkt.

3.5. Künftige Projekte

In der Studie des WWF und ÖKOBÜRO wurden auch Kraftwerksprojekte analysiert, die erst in Planung sind, oder noch nicht bewilligt wurden. Auf Basis vorhandener In-formationen wurde beurteilt, ob diese voraussichtlich zu einer Verschlechterung in der

52 § 19 Abs 1 Z 7 UVP-G, außerdem in Verfahren über IPPC und SEVESO Anlagen, dh gefahren- oder unfallgeneigte, schwerindustrielle Anlagen im Gewerbe- und Abfallwirtschaftsrecht.

53 Die Engpassleistung ist die maximale elektrische Dauerleistung, die Kraftwerke unter Normalbedingungen abgeben können.

54 Bei verlängerten Stauräumen auch 10 MW, bzw Kraftwerksketten mit 2 MW pro Kraftwerk.

55 S dazu *Schamschula*, Hausgemachte Rechtsunsicherheit im Umweltrecht. Sind durch die Nichtumsetzung der Aarhus Konvention alle Umweltverfahren von nachträglichen Rechtsmitteln bedroht? *juridikum* 2017, 345.

56 EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation/BH Gmünd*.

57 Vgl dazu auch ÖKOBÜRO, Factsheet EuGH Urteil C-664/15, wwf.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach_connect=3234 (17.12.2017).

Gewässerqualität (nach der Auslegung des EuGH) führen würden und ob demnach ein Ausnahmeverfahren nach § 104a WRG notwendig sein würde. Bei dieser Überprüfung wurde festgestellt, dass bei mindestens der Hälfte der 50 geprüften Projekte mit einer Verschlechterung zu rechnen ist, 46% der Projekte hatten keine ausreichenden Informationen verfügbar, nur 4% der geplanten Projekte wurden für den Gewässerzustand als unbedenklich eingestuft.

Natürlich könnten diese Projekte noch entsprechend modifiziert bzw Informationen noch öffentlich werden. Dennoch zeigt dieser Check, dass ein wesentlicher Teil aller Projekte eine Ausnahmegenehmigung brauchen würde. Angesichts der bereits stark vorhandenen Verbauung und energiewirtschaftlichen Nutzung ein bedenkliches Signal für Österreichs Gewässer.

4. Empfehlungen für Österreich

Der Ausbaugrad von Wasserkraft in Österreich liegt deutlich über 70%, es gibt in Österreich über 5.000 Wasserkraftwerke und durchschnittlich steht in Flüssen alle 600m ein Querbauwerk.⁵⁸ Umso wichtiger ist der Erhalt der noch vorhandenen naturnahen Gewässer und der Schutz bzw die Wiederherstellung des guten ökologischen Zustandes. Bis der EuGH daher weitere Auslegungen von „Verschlechterungen“ iSd Verschlechterungsverbots der WRRL vornimmt, wäre es aus Rechtsschutzgründen für Behörden und Gerichte empfehlenswert, die vorsichtiger Vorgehensweise bei der Beurteilung der Auswirkungen von Wasserkraftanlagen zu wählen, und Verschlechterungen von unterstützenden Qualitätskomponenten zu beachten. Damit werden bis zu einer endgültigen Entscheidung teils irreversible Schäden an Gewässern verhindert. Ein verbindlicher Erlass der neuen BMNT⁵⁹ wäre die Möglichkeit, österreichweit eine einheitliche Umsetzung sicherzustellen.

Auch muss sich Österreich die Frage stellen, wie hoch der Anteil an „Ausnahmegenehmigungen“ tatsächlich sein kann. Wenn die Einschätzung der Studie des WWF als Ausgangsbasis genommen wird, könnten künftig deutlich über die Hälfte der beantragten Wasserkraftwerke ein § 104a-Verfahren und damit eine Ausnahmegenehmigung benötigen. Diese darf jedoch nicht zur Regel werden, wie das Wort „Ausnahme“ und der Art 4 Abs 7 WRRL klar darlegen.⁶⁰

Im Bereich der Umweltinformationen zeigt sich der Vorteil von Behörden, die proaktiv ihre Informationen im Internet zur Verfügung stellen. Das erspart Wartezeit und Rechtsstreitigkeiten bei Einzelpersonen und Arbeitsaufwand bei den Behörden selbst. Auch

58 www.wwf.at/de/view/files/download/forceDownload/?tool=12&feld=download&sprach_connect=2264 (17.12.2017). Zu den Querbauwerken zählen Wehre von Wasserkraftwerken, aber auch Querbauwerke für andere Verbauungszwecke.

59 Vormalis BMLFUW, das neue Ministerium heißt Ministerium für Nachhaltigkeit und Tourismus.

60 Vgl dazu auch *Rockenschaub*, Neues zum Verschlechterungsverbot der Wasserrahmenrichtlinie, RdU-UT 2015, 116ff.

dient es dem Geist der Aarhus Konvention, Daten möglichst transparent publik zu machen. Das fördert zudem auch das Vertrauen in die Verwaltung, da transparent gearbeitet wird. Da außerdem die Definition der Parteistellung und der damit einhergehenden Akteneinsicht sehr eng gehandhabt wird, erlaubt ein freier Zugang zu Umweltinformationen die gesamtgesellschaftliche Beteiligung und Kontrolle des Umgangs mit dem Gemeingut Wasser.

Die Beteiligung von anerkannten Umweltorganisationen als Parteien ist in Österreich aufgrund des EuGH-Urteils vom 20.12.2017 in Wasserrechtsverfahren nun geboten. Eine gesetzliche Umsetzung des Urteils gibt es bis dato jedoch noch nicht. Das lässt va praktische Fragen zu Verständigung der neuen Parteien, Fristenläufen und dgl unbeantwortet. Eine gesetzliche Umsetzung wäre daher jedenfalls vorteilhaft. Vorstöße dazu gab es bereits des Öfteren, auf legislativer Seite durch das Land Wien für sein Jagd-, Fischerei- und Naturschutzrecht sowie dem Nationalparkgesetz⁶¹ (der Vorschlag wurde jedoch nie in den Landtag eingebracht), und auf Seite der Umweltorganisationen durch Vorschläge von ÖKOBÜRO⁶² und dem Umweltdachverband⁶³. Obgleich der damalige BMLFUW im Umweltausschuss 2014⁶⁴ eine Umsetzung der Aarhus Konvention und damit möglicherweise eine Beteiligung von anerkannten Umweltorganisationen ankündigte, wurden keine entsprechenden legislatischen Vorschläge eingebracht. Die Aarhus Konvention findet sich jedoch 2017 erstmals in einem Regierungsprogramm wieder und könnte von der neuen BMNT aufgegriffen werden.⁶⁵

Mag. Gregor Schamschula arbeitet als Umweltjurist bei der österreichischen Umweltorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung; gregor.schamschula@oekobuero.at

61 www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016009.pdf, www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016008.pdf, www.wien.gv.at/recht/landesrecht-wien/begutachtung/pdf/2016007.pdf (17.12.2017).

62 ÖKOBÜRO, Rechtsschutz im Umweltrecht, www.oekobuero.at/images/doku/oekobuero_positionspapier_aahus9-3_update_okt.2015.pdf (17.12.2017).

63 *Umweltdachverband*, Positionspapier des Umweltdachverbandes: „Umsetzung von Artikel 9 Absatz 3 Aarhus-Konvention in Österreich“ www.umweltdachverband.at/assets/Umweltdachverband/Publikationen/Positionspapiere/UWD-Positionspapier-Aarhus.pdf (17.12.2017).

64 Parlamentskorrespondenz 627 v 26.6.2014, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0627/ (17.12.2017).

65 *BReg*, Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017-2022, 173, www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017%e2%80%932022.pdf/b2fe3f65-5a04-47b6-913d-2fe512ff4ce6 (17.12.2017).

An Introduction to the Connotations of Comparative Law

A Perspective from a Chinese Scholar

Jianhong Fan

1. What Does Comparative Law Actually Define?

If regarded as a type of method, comparative law can be said to have originated in the 15th century, although at this stage the comparisons focused on legislation, rather than the methodological considerations pertaining to academic theory. However, the history of comparative law is considerably shorter if we do not regard the subject as the comparison of legislation, but as an independent academic legal discipline (in which case it cannot be artificially separated from comparative methods in general). Different scholars (*John H. Wigmore, Alan Watson, Bernhard Grossfeld, Gambaro Sacco, Harold Cooke Gutteridge, René David, Konrad Zweigert and Hein Kötz*) offer different views on comparative law. In my opinion, the meaning of comparative law can be clarified in two specific senses. First, comparative law refers to both a general science of comparative law and to the issue of comparative methodology. Second, comparative law is not like civil law or criminal law. It cannot be considered to be a legal discipline within legal science. The Japanese scholar of comparative law, *Ōki Masao*, made a relatively comprehensive summary of the research of *Zweigert*, on the basis of which he states that: “*comparative law is such a legal department or method: in the most general sense, it reveals morphological characters of various legal orders and their mutual affinities in type, in terms of the connections between the spirit and style of different legal orders. In a particular sense, in order to accomplish the objective of understanding and improving the legal system, comparative law mainly studies comparable legal systems and solutions to problems in various legal orders.*”¹

However, the connotations of comparative law must be defined as more than the views and summary mentioned above. The historical insight is far more valuable to gaining understanding than the mere information that one acquires either by reading only the definitions themselves or a scholar’s summaries of those definitions.

1 Masao, *Comparative Law* (translated by Fan Yu, Bi Jiao Fa, Law Press 1999) 67.

2. A Conception of the History of Comparative Law

Comparative law cannot be described as a discipline that is confined to the boundaries of one nation. Therefore, we need to scrutinize the transnational character of the discipline to gain a broader and deeper understanding of its historical development and the controversies surrounding it in order to better understand its meaning.

In the beginning, there is almost no border to the research on comparative law before the 18th century. In fact, before the formation of national codes, the acquisition of national languages in Europe did not have a substantial effect on the development of important scientific standards for legal science. The differences, even when any existed, were extremely tenuous, as Roman law served as the common basis for European law and religious principles were considered applicable standards for family and inheritance law.

Secondly, after the 18th century, the rise of the independent nation state began to impede the transnational character of comparative law in Europe. At the beginning of the 19th century, the sovereignty of the state and regional powers, including the idea of strengthening the independence of their laws, gained wider acceptance. The newly independent nations incorporated the existing international customary laws into their own national legislation. Thus, once legal science lost its inherent scientific universality, to learn about European continental law and understand each specific country's positive law, a legal scholar or practitioner had to be proficient in languages. In this environment, however, the different languages became barriers to learning.

The third stage can be described as one in which comparative law reverted to its original transnational character. Nonetheless, scholars from different countries still have opposing views on this period.

One problem is whether different national cultures produce an "anti-body effect"² to reception. Through the comparing research on the reception, Japan, Taiwan, China, and South Korea share the fact that they adopted almost all of their civil³ and penal⁴ law from German sources. This could be „autonomous reception,“ which occurs when the received laws accord with historical experience and the political and economic conditions of the time. This category displays its self-conscious and bidirectional nature very well. Macau, China also entirely adopted Portuguese law. Surprisingly, no major conflicts have resulted from the different legal cultural backgrounds, which is why the idea that different legal cultural districts are actually that different does not make sense.⁵ Civil

2 The "anti-body effect" describes the idea of how laws of different countries cannot be integrated because of different national cultures.

3 Baum, 'Herausforderung Japan – Blick auf eine aussereuropäische Rechtsordnung' (1995/3) Max-Planck-Gesellschaft-Spiegel 20; Phong-Jie, *Die Klausel der veränderten Umstände im chinesischen Recht – Zur Rezeption deutschen Privatrechts in China* (Diss Muenchen 1981) 1ff; Scholler (Ed), *Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur* (1. Ed, Baden-Baden 1993).

4 Fan/Tian, *Chinesisches Straf- und Strafverfahrensrecht* (Marburg 1997) 96 [Kapitel 4].

5 Jianhong Fan, 'Die Rezeption der deutschen Strafrechtslehre und Strafvorschrift' (1997) Vol 28 International Asienforum No 4, 364–366.

law system includes French law system and German law system. The Austrian, Swiss and Netherlandish legal systems belong to German law system. The German Law system showed high-quality legislative techniques. This may be why they have adopted the German law codes. Legal reception in form certainly must be considered with practical applications. Moreover, the prerequisites of law and society and the foundations of philosophical and legal culture vary in different countries. As a result, many countries have sought appropriate ways and pathways that start with reception. When the political and economic development of a receiving country entails legal reform, the localization and reform of transplanted laws is required. As development is the mission in every country, the importance of reception and the necessity for comparative legal research cannot be denied.

Another criticism of comparative law was partially influenced by *Friedrich Karl von Savigny* (1770-1831), who argued that the independence of the law should be upheld as the law reflects the national character and fortunes of a nation. Thus, foreign laws contradict a nation's character and the national law should not be placed under the influence of other laws by virtue of comparative law.⁶

As *Zweigert and Kötz* claim in *An Introduction to Comparative Law*, *Savigny's* historical school of jurisprudence "had a particularly repressive effect on the development of comparative law".⁷ This statement is not easy to understand, as comparative law may have produced some support for their view that all law is a product of the *Volksgeist*.⁸ However, *Savigny* and his followers rejected the study of any but Roman and German law.⁹ *Savigny* himself believed that "It is the history of our own laws — the Germanic laws, Roman law and canon law — which is and will remain the most important."¹⁰ By this token, it seems that *Savigny* intended to prohibit the influence of other laws at that time, which he recognized to be inferior. From the perspective of comparative law,¹¹ the problems all jurists are facing are borderless and analogical. Leaving aside the view of the *École exégétique*, we cannot solve the problem of comparative law domestically when it boils down to the analysis of the significance and legitimacy of practical issues. There are different solutions to all practical problems and these solutions are based on various values. These differently based solutions to the need for legal change are well recorded in the legal answer databases (eg Codes and cases etc) maintained by a range of states. If jurisprudence ignores the lessons and experiences of other countries, then it

6 The interesting arguments and observations have also been raised during my university lectures in mainland China.

7 *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl Tübingen 1996) § 4 I 49.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 *Friedrich Karl von Savigny, 'Stimmen für und wider neue Gesetzbücher'* [1816] 3 SavZ 5f.

11 *Rheinstein, Einfuehrung in die Rechtsvergleichung* (2. Aufl Muenchen 1987) 10ff; *Blaurock, 'Aufgabe und Ziele der Rechtsvergleichung'*, in *Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Institutes für Wirtschaftsrecht der Universitaet Goettingen und Nanjing* (Bd 2 1991) 1; For further research, see: *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl Tübingen 1996).

either consciously or unconsciously gives up a valuable cognitive tool. The famous German jurist Rudolf von Jhering said of this tendency that, “[legal] science has been degraded to the one within the territory of a country, and the boundary of science and politics has been blurred, which is really unscientific and shameful.”¹² One of the remarkable characteristics of the evolution of modern commercial law is its increasing internationality and comparability. The activities of the United Nations and a large number of international specialized organizations are intensifying and multiplying day by day. Many large multinational enterprises have spread around the world to form economic empires. In order to adapt to this new situation, the universal and international concept of international commercial law has been restored in the legal field. The aim of what it is commonly referred to as the New Merchant Law (new *Lex Mercatoria*) is to rid the existing legislation of nationalisms and to develop a strong commercial legislation that is characterized by the principles of autonomy, universality and internationalism.

Of course, the new *Lex Mercatoria* is still limited and domestic executive measures are still decided according to domestic law. European scholars generally favour the idea of an international *Lex Mercatoria* that excludes executive measures, while the “universal principles” referred to in transnational law and the search for a law that spans national law and public international law are not convincing, but this is not part of our discussion.¹³ Therefore, it is apparently unacceptable to restrain the law within the boundary of a nation according to modern jurisprudence. In this context, *Marc Ancel* (1902-1990) has stated that “standing still in one nation’s own law is like trying to persuade a biologist to focus his research merely on one species.”¹⁴

In sum, comparative law has been completely liberated from national restrictions and, in a sense, has become a kind of *Universaljurisprudenz*.¹⁵ This is now the basis of the transnational philosophy of comparative law. This is just the connotation of the international Consensus in comparative law.

3. Role of comparative law – keeping a Critical Distance

3.1. What is the utility of comparative law nowadays?

As the renowned German jurist and poet (or *Juristendichter* – jurist poet) *Johann Wolfgang Goethe* (1749-1832) once said, “One knows nothing about his own language if he doesn’t know anything about other languages” (*Wer fremde Sprachen nicht kennt, weiß nichts von seiner eigenen*).¹⁶ Later, many well-known Japanese scholars made use of

12 Rudolf von Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, (4. Aufl, Bd 1, 1878) 15.

13 Blaurock, ‘Quellen des internationalen Handelsrechts’, in *Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Institutes für Wirtschaftsrecht der Universitaet Goettingen und Nanjing* (Bd 2 1991) 91.

14 Cf Ancel, 9, cited in Masao, *Comparative Law* (translated by Fan Yu, Bi Jiao Fa, Law Press 1999) 16.

15 Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (2. Aufl München 1987) 6ff.

16 The German jurist Emil Seckel also believes that those who do not know the laws of other countries also know nothing about their own law.

Goethe's saying during the period of Japan's reception of German law, and concluded that he who does not understand German law knows nothing about Japanese law. Consequently, all law faculties in Japan started to introduce courses on German law. However, this irritated those jurists whose studies were especially related only to current Japanese law practices and even contradicted with those irritated jurists on their views on the localization, sovereignty, and independent national culture during the reception of foreign laws. In my view, these many well-known Japanese scholars emphasized foreign law, which corresponds to the idea of comparative law, because they could possibly obtain better and more comprehensive legal answers if they could simultaneously examine foreign laws during their research on national law. Moreover, they were able to keep a critical distance from the methods applied to solve national legal problems.¹⁷ This critical distance is often helpful for broadening the spiritual vision of solving problems and to acknowledge the relativity of national law.¹⁸ In this sense, the study of foreign laws and comparative law can deepen our understanding for and provide a more comprehensive picture of national laws.

Scholars have expressed their willingness to emphasize the role of foreign laws, but this does not necessarily mean that they agree that the national law should be completely replaced by foreign laws. For instance, German jurisprudence had a strong influence on mainland China, Taiwan, and Macau. In an article entitled "*The Development of Law Philosophy in Post-war Germany*," Professor *Shu Guo-ying* wrote that "the evolution of the modern Western ideological trend of the science of jurisprudence, more or less, has an inescapable connection with the last century's development of legal philosophy in Germany. At least until 1939 before the outbreak of World War II, Germany remarkably maintained its position as the world center for studying and spreading law philosophy."¹⁹ The extraordinary thoughts of German jurists²⁰ also opened the eyes of those in Chinese academic legal circles. *Zweigert* and *Kötz* have stated that comparative law

17 David, *Traité élémentaire de droit civil compare* (1950) Avant-propos III.

18 Blaurock, 'Quellen des internationalen Handelsrechts', in *Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen Institutes für Wirtschaftsrecht der Universität Göttingen und Nanjing* (Bd 2 1991) 4.

19 Guoying, *The Development of the German Post-war Legal Philosophy*, 1, www.cn/ShowArticle.asp?ArticleID=2652 (visited 06.01.2018).

20 For instance, Samuel von Pufendorf, Friedrich Karl von Savigny, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Rudolf von Jhering, Rudolf Stammler, Josef Kohler, Georg Jelinek, Lassa Francis Lawrence Oppenheim, Gustav Radbruch, Hermann Kantorowicz, Philipp Heck, Franz von Liszt, Ernst Rabel, Hans-Carl Nipperdey, Franz Böhm, Konrad Zweigert, Karl Engisch, Josef Esser, Karl Larenz, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Josef Esser, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Hans-Jürgen Papier, Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Albin Eser, Hans-Jörg Albrecht, Ulrich Sieber, Gerhard Schricker, Joseph Straus, Josef Drexler, Reto M. Hilty, Kai A. Konrad, Wolfgang Schön, Holger Fleischer, Jürgen Basedow, Reinhard Zimmermann, Ulrich Drobnig, Klaus J. Hopt, Hein D. Kötz, Ernst-Joachim Mestmäcker, Manfred Löwisch, Franz Jürgen Säcker, Hans Hattenhauer, Jost Delbrück, Robert Alexy, Ulfrid Neumann, Uwe Blaurock, Harry Westermann, Hans Brox, Claus Roxin, Manfred Wolf, Friedrich Wieacker, Günther Jakobs, Dieter Medicus, Karsten Schmidt, Fritz Bauer, Jürgen F. Bauer, Rolf Stürner, R. Knieper, Hans H. Maurer, Johannes Wessels, Hans-Joachim Rudolph, Christian von Bar, Eckhard Horn, Erich Samson, Peter Schlechtriem, Klaus J. Hopt, Adolf Baumbach, Konrad Duden, Alfred Hück, Volker Emmerich, Eugen Klunzinger, Rolf Knütel, Claus-Wilhelm Canaris, Ulrich Becker, Jos Berghman, Moris Lehner, Franz Ruland, Udo Steiner, Hans-Jürgen Papier, Michael Stolleis, Dieter Simon, etc.

as a scientific method of jurisprudence can help optimize the legal order by broadening the vision of lawyers.²¹ Therefore, the first function of comparative law is to help scholars and lawyers keep a critical distance and extend their horizons to increase their understanding of the relativity of their national laws.

3.2. Reform of Local Law from a Comparative Viewpoint

Comparative law has long been applied in the process of drafting and amending laws. By referring to the legal rules from the same or from different legal systems in a functionally comparative way and to perform the empirical research following their implementation and enforcement, lawmakers can learn valuable lessons and gain important experience in drafting and amending their own rules. The manuscript of *Corpus Juris Civilis* was accidentally discovered in the 12th century, toward the end of the Middle Ages. After this, Roman law recovered its status and Europe stepped out of the days of the Middle Ages and entered a new era of civilization and advancement. In the process, the historical inheritance from Roman law came to play an invaluable role. Germany created its logically consistent and highly original private law system on the foundations of Roman law. Although the system emphasizes and is centred on the civil code, it still manages to remain flexible. In particular, Germany's limited liability company law, which was introduced in 1892 and still serves the German market economy today, has been imitated by almost all civil law countries.²² In addition to written law, judicial precedents contribute to the advancement of laws. Accordingly, despite constant political change, the development of German private law has never been interrupted in the 600 years since Roman law was first adopted. Generations of jurist doctrine and centuries of judicial case law have been accumulated in German private law. On the public law side, as a result of the great efforts of jurists, German penal law code, which is based on Roman law and modern common penal law in Europe, has not only been established as a complete theoretical system, but has also been accepted by all other civil law countries. In East Asia, the criminal law of mainland China, Taiwan, Japan, Macau, and Korea all directly and indirectly succeed and accept German criminal law. The criminal theoretical system, which was mainly established by German jurists, has also been received by these countries and has therefore gained worldwide influence.²³

The establishment of the Federal Constitutional Court has greatly promoted the development of Germany's national laws. Compared to other jurisdictions, the articles of Germanys constitution are more abstract, and its concrete application, to a large extent,

21 Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (translated by Pan HanDian, first edition, January 2003, Law Press) 21 (40). See also ZongLing, *The Study of Comparative Law* (1st edition, September 1998, Beijing University Press) 50-59.

22 Fan/Li, 'New Reform of German limited Liability Company (GmbH) in 2008', *Journal of Juridical Science* (2009) Volume 10.

23 Fan/Li, *Study on German Law* (2013, China Legal Publishing House, Beijing) 31-34.

has to rely on judicial precedents and legal doctrines. These precedents and doctrines provide a perfect theoretical basis for all constitutional systems, especially for the content and limitations of fundamental rights based on the specific application of the principle of proportionality.²⁴ The concept of an “administrative act” (*Verwaltungsakt*)²⁵, finally defined by the German jurist *Otto Mayer*, is the core concept of administrative law in all civil law countries. Moreover, almost all of these theoretical systems of administrative law have been set up and developed with this concept at the centre. Meanwhile, the concepts of “principle of proportionality” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) and “third party effect” (*Drittwirkung*) have also been accepted by many civil law countries. *Huang Hui* even went so far as to state that in terms of “the foundation of the constitutional state, China is closer to Germany than to the U.S. in that it has introduced the idea and system of constitutional politics into a mature political system, which distinguishes it from the American style of ‘Constitution makes the States.’”²⁶ In procedural law, the revolution of German criminal procedure law centres on the balance between the purposes of effective crime fighting (especially to add new investigation methods) and substantial human-rights protection. Therefore, to evaluate the relevant facts and make fair judgements, there are many details that deserve to be learned and borrowed from other countries, including China. In addition, American scholars have also dedicated publications to the advantages of German civil procedural law.²⁷ German law could also serve as a reference for China as a member of the civil law system and attempted to accomplish the codification of its administrative law on its own, within the federal scope, and its administrative code has already been studied and received by many European and Asian countries. For instance, the Administrative Procedure Law of Macau is essentially a copy of the German law.

German law has a historical connection with China. In 1906, the Japanese jurist *Yoshiyuki Noda* was invited by the then Qing Government to take charge of drafting the civil law in China, with a high salary of 800 silver dollars per month. In 1910, the Draft Civil Law of *Great Qing* was released, which exactly followed the structure of German

24 Fan, ‘*The Proportion Principle of EU Law and German Law*’, *Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)* (2000) Volume 30, fifth period.

25 „authoritative pronouncement of the administration which in an individual case determines the rights of a subject.” Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (Vol i 1895) 95.

26 German Version: „Dies mag daran liegen, dass in China der Ausgangspunkt für den Aufbau eines Rechtsstaats ein recht ähnlicher ist wie seinerzeit in Deutschland. In einem bereits bestehenden funktionierenden politischen System kommen verfassungsrechtliche Ideen und Prinzipien auf, aus denen dann eine Staatsverfassung entwickelt wird. Hier besteht ein ganz wesentlicher Unterschied zur amerikanischen Entwicklung, wo aus einer Verfassung ein Staat entstanden ist.“ Hui, *Die Bedeutung des deutschen Rechts für das chinesische Verfassungsrecht*, (Alumni-Info, June 2011) 7. <http://www.daad.org.cn/wp-content/uploads/2011/10/Alumni-Info-201106.pdf>

27 Reitz, ‘*Why we probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*’, 75 *Iowa Law Review*, (1990/4) 987; Langbe, ‘*Trashing The German Advantage*’, *Northwestern University Law Review* (1988) vol 82 763; Allen, ‘*Legal Institutions: Idealization and Caricature in Comparative Scholarship*’, *Northwestern University Law Review* (1988) vol 82 785; Quote from the *Digest of Literatures on German Civil Procedure Law* (translated by Zhao Xiujun, China University of Political Science and Law Press, 2005).

civil law: 5 titles, 35 chapters and 1569 articles. In fact, the modern law in most nations, including the Six Codes of the PRC, all stem from ancient Roman law. In other words, from a perspective of cultural heritage or tradition, the Six Codes of the PRC and the legal systems of mainland China, Taiwan, and Macau are basically the same as the Roman law of “Byzantium.” The great US jurist *Ezra Pound* said that common law was defeated in Japan. Although Japan has made great achievements in the study of common law and it is common for Japanese students to travel to the UK for study, Japan eventually adopted German law after an attempted adoption of French law. Japanese codes are founded on the basis of German law. This is not to say that common law has quality problems. Nonetheless, Germany’s systematically efficient law is irreplaceable. It is also more intrinsically scientific than common law and is easier to introduce and teach in foreign states. Furthermore, in my view, the codes enclosed within Germany’s legal doctrines and German Case law could provide the legal foundations for some of civil law countries, and each article has changed with the development of doctrines and precedents. Even if an expert were to read the articles, she or he would not know the real living law. Accordingly, the different kinds of courts in Germany play an irreplaceable role in establishing new legal systems, explaining uncertain legal concepts and principles, and filling the legal *lacunae*. In this process, “the meaning of precedents lies in that they develop the law gradually and safely, reasonably and persuasively.”²⁸ Therefore, reviews of foreign legal codes, especially foreign precedents and theories, can also improve the judgement and reasoning of judges, lawyers, and legal counselors. To some extent, in the field of law, comparative law has played a role as scientific laboratory in law. In this case, the second function of comparative law is that it can broaden the vision for solving problems and increase the ability of lawmakers, judges, and lawyers to apply more equitable and rational results.

3.3. “He Er Bu Tong” (Seeking common ground while reserving)

The principle of seeking common ground while reserving can also be found in the thoughts of Aristotle²⁹ and the Confucian principle of *Zhong Yong* (Golden Mean).³⁰ In this sense, comparative law is beneficial for the unification³¹ of laws in some regions, coordinating different nations’ laws, and the signing of international treaties. For instance, when devising unified international economic and business treaties, the relevant

28 Hongliang, ‘*The Codified System of German Precedent*’, Legal Daily, March 10 2005.

29 Aristotle, *The Nicomachean Ethics* (translation Liao Shenbai, 2003); Yu, *The Structure of Being in Aristotle’s Metaphysics* (Dordrecht, Kluwer 2003).

30 The principle of “He Er Bu Tong” is from “the analects of Confucius-Zi lu No. 13.” The book was written and revised by Confucius’s students in 770 and 221 BC. See also the application of this principle in labor law, Fan, *Das Zhong-Yong-Prinzip (Golden Mean) im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i.e.S. in der chinesischen relativen Kündigungsbekämpfung*, in Rieble (Ed), *Festschrift für Manfred Löwisch* (2007) 99ff.

31 For instance, the signing of the CEPA, see Fan/Kan/Tian (Edited and Authored), *Commentary on the Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA)* Macau, 2005 (Chinese).

laws of the different contracting parties need to be compared to clarify their differences and similarities, and the ways to coordinate them. This should enable the differences and misunderstandings relating to some legal concepts to be eliminated (for example, the concept of property law in the continental European law system is different from that in the Anglo-American law system), so that common acceptable terms or jargon can be adopted. When questions and doubts concerning the understanding and application of international treaties are raised, or when these treaties have become part of the contract party's legal system³² and the doubts cannot be avoided, then we need to turn to comparative law for help.³³ Nonetheless, although comparative law has a lot to offer in this area, we must pay attention not to unconsciously treat comparative law as a unified universal discipline or provide intentional political excuses. Because the law is essentially a cultural phenomenon that incorporates constantly changing historical, political, economic, and religious factors, it is impossible to eliminate these dynamic and historical differences. If this were possible, comparative law would not give rise to the animated debates that scholars continuously engage in. Therefore, the third function of comparative law is to advance the coordination of international law. However, it should not be considered a universal discipline that serves to unify the laws of nations.

4. Outlook

The concept of comparative law needs to be illustrated in greater detail to address the way that comparative law can be used to study the similarities and differences among different law systems, and to understand how different nations improve their own legal systems. However, this involves discussing the method of comparison and its application. In this regard, a relatively modern and universally used method is the functional comparative approach. To compare how laws of different countries adjust their social conflicts or how the legal solutions of different countries work can help scholars find a way to optimize laws of their own country. Nonetheless, this approach also has its limitations.³⁴ For instance, we cannot distinguish between two clauses for damage compensation by simply comparing their compensation figures. However, if we look at the problem from the perspective of functional comparison, we find that the clause that states a larger figure of compensation has a punitive function in that it makes the infringer pay more than the damages caused to prevent such acts from recurring. The other clause

32 Macau has adopted many international conventions. Many legal conventions have also been announced in the Macau Official Gazette. Macau Civil Code Article 1 Item 3 provides that international conventions applicable to Macao are superior to ordinary law. The Article has two implications. First, it confirms that the international conventions that Macau has signed are part of Macau law. Second, it clearly expresses that international conventions are superior to the general law. See, Fan/Jin (Edited and Authored), *Macau's International Commercial Law* Vol 1-2 (Guangzhou: Guangdong People's Publishing House, 2005 (Chinese)).

33 Sturm, *Neue Juristische Zeitschrift* 1975, Nr 231 and Nr 235.

34 Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl Tübingen 1996) 31-47.

only functions to balance and compensate the creditor for the loss. These two clauses reflect different kinds of jurisprudence, and their legal, political, and economic bases may also be different. In fact, comparison is valuable in many fields of law. For example, in understanding the challenges that the continental legal system confronts and the merits of case law in the Anglo-American legal system; for comparative research on the independent director system, the company structures in Germany, the US, and Japan, and on Germany and the EU's *Betriebsverfassungsgesetz*; for comparing the legal case of piercing the corporate veil in America and the theory and cases of *Durchgriff* in Germany;³⁵ for comparing the merger regulations and their abuse in the US and European countries; for comparing the international and Chinese interregional commercial arbitration systems;³⁶ for research on cases of the employers' dismissal system; for comparing Germany's *Verbandsklage* and the US class action system; for research on one-man limited companies;³⁷ and for comparing the investment laws³⁸ and the legal education systems and methods in different countries, to mention but a few. When it comes to specific comparisons, we can compare legal regulations, regulations and their legal precedents, and doctrinal principles and regulations or their legal precedents. We can also compile different countries' law reviews into book form to serve as a reference for scholars and judges. Using the appropriate comparative methods to solve specific problems or deepening the research on a specific problem are topics that are to be discussed in another essay. Nonetheless, this essay has shown that the role of comparative law needs to be better harmonized with research and practice if it is to move forward.

Jianhong FAN is full professor at the faculty of law at the University of Macau; jhfan@umac.mo

35 Fan/Li/Li, *A Study on the doctrine and cases of Disregarding the Corporate Personality (Durchgriffshaftung) of company in USA, China and Germany*. (University of Macau, 2012 (Chinese)).

36 Fan/Ying/Chen (Authored), *International and Regional Comparative Study on the Civil and Commercial Arbitration Law in Macau* (Macau: Association of Macau Scholars, 2008 (Chinese)).

37 Fan, *Comparative Analysis of the One-Man Company in Macau's Legislation and Jurisdiction*, *Journal of Overseas Legal Studies* (11/2003) 30-43 (Chinese).

38 Fan/Tian, *International Investment Law of Transnational Corporations* (Faculty of Law of Macau University, 2003 (Chinese)).

Wahlrecht für Migrantinnen!¹

100 Jahre Frauenwahlrecht – Für wen immer noch nicht?

Ines Rössl²

1. Ein Jubiläum

Mit dem Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich³ wurde festgelegt, dass die für die Konstituierende Nationalversammlung zu beschließende Wahlordnung „auf der Verhältniswahl und auf dem allgemeinen, gleichen, direkten und geheimen Stimmrecht aller Staatsbürger ohne Unterschied des Geschlechts“ (Art 9) beruhen solle. Am 16. Februar 1919 fanden schließlich die ersten Wahlen statt, bei denen auch Frauen ihr Stimmrecht ausüben durften.⁴ Eine völlige Gleichstellung mit dem Wahlrecht der Männer erfolgte jedoch genau genommen erst 1923. Denn bis dahin waren „Frauenspersonen, welche unter sittenpolizeilicher Überwachung stehen“,⁵ also Sexarbeiterinnen, vom Wahlrecht ausgeschlossen.⁶

Es ist das Jahr 2018 und wir feiern 100 Jahre Frauenwahlrecht. 100 Jahre politische Mitbestimmung für Frauen. Anlässlich dieses Jubiläums kann man die Frage stellen, ob im Bereich des Wahlrechts wirklich alle Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts ausgeräumt sind. Im Folgenden werde ich mich auf Fragen des aktiven Wahlrechts iZm den ökonomischen Voraussetzungen für den Zugang zur Staatsbürgerschaft beschränken.

2. Wahlrecht und Staatsbürgerschaft

Das österreichische Wahlrecht ist im Laufe des 20. Jahrhunderts immer „allgemeiner“ geworden: Das Wahlalter wurde kontinuierlich herabgesetzt,⁷ seit 1987 führt eine Be-

1 Der Begriff der „Migrantin“ kann idZ als ungenau gelten, denn es geht im Folgenden nicht nur um Frauen mit eigener Migrationsgeschichte, sondern auch um Frauen, die in Österreich geboren sind, aber nicht über die österreichische Staatsbürgerschaft verfügen. „Migrantin“ kann aber auch als politischer Begriff der (Selbst-)Verortung verstanden werden, der alle umfasst, deren gesellschaftliche Position durch Immigration (allenfalls auch der Eltern) gekennzeichnet ist, vgl www.migrazine.at 2009/2, Glossar der politischen Selbstbezeichnungen (Teil 2): M ... wie Migrantin, www.migrazine.at/artikel/glossar-der-politischen-selbstbezeichnungen-teil-2#Migrantin (27.12.2017).

2 Ich danke *Joachim Stern* und *Philipp Hense-Lintschnig* für hilfreiche Anmerkungen zu früheren Fassungen des Beitrags.

3 StGBI 1918/5.

4 Spuren eines Frauenwahlrechts für begüterte Frauen hatte es bereits im 19. Jahrhundert gegeben. Mit der Aufhebung des Kurienwahlrechts und der Einführung des allgemeinen und gleichen Männerwahlrechts 1907 fielen diese weg. Vgl *Floßmann*, *Frauenrechtsgeschichte*² (2006) 158-160.

5 § 13 lit g des Gesetzes vom 18. Dezember über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung StGBI 1918/115.

6 Vgl *Stern*, *Wahl und Zelle. Das EGMR Urteil Frodl – Rückblick und Ausblick*, *juridikum* 2010, 174 (182).

7 Zuletzt 2007 auf 16 Jahre durch die B-VG Novelle BGBl I 2007/27 und das Wahlrechtsänderungsgesetz 2007 BGBl I 2007/28.

sachwaltung nicht mehr zum Entzug des Wahlrechts,⁸ seit 1989 dürfen auch Auslandsösterreicher_innen wählen⁹ und die Wahlrechtsbeschränkungen für Strafgefangene wurden gelockert.¹⁰ Unverändert ist jedoch die Grundbedingung für das Wahlrecht: die österreichische Staatsbürgerschaft (Unionsbürger_innen dürfen nur auf kommunaler Ebene und bei den Wahlen zum Europäischen Parlament wählen).¹¹ Der einfache Gesetzgeber hat in dieser Frage infolge eines VfGH-Erk aus 2004¹² keinen Gestaltungsspielraum. Es ist ihm verwehrt, das Wahlrecht für Nicht-Staatsbürger_innen zu öffnen, selbst wenn es sich um langfristig aufenthaltsberechtigte Personen handelt. Dies folgert der VfGH leichthin aus dem verfassungsrechtlichen Volksbegriff (Art 1 B-VG: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“), welcher, so der VfGH, ausschließlich Staatsbürger_innen meine.¹³ Dies führt im Ergebnis dazu, dass derzeit 15 % der österreichischen Wohnbevölkerung im Wahlalter vom Wahlrecht ausgeschlossen sind – das sind rund eine Million Menschen.¹⁴ Dabei ist zu bedenken, dass 39 % aller ausländischen Staatsangehörigen bereits seit mindestens zehn Jahren in Österreich leben und weitere 17 % seit mindestens fünf Jahren.¹⁵

Will man also über den Zugang zum Wahlrecht sprechen, dann muss man über den Zugang zur Staatsbürgerschaft sprechen. Und hier bestehen ua geschlechtsspezifische Schief-lagen, obwohl das Staatsbürgerschaftsrecht mittlerweile¹⁶ formell geschlechtsneutral ausgestaltet ist.

3. Der Zugang zur Staatsbürgerschaft

Die österreichische Staatsbürgerschaft wird durch Abstammung, Verleihung oder Erstreckung (= abgeleiteter Staatsbürgerschaftserwerb, zB wenn dem/der Ehepartner_in die

8 VfGH 7.10.1987, G109/87.

9 VfGH 16.3.1989, G218/88.

10 Wahlrechtsänderungsgesetz 2011, BGBl I 2011/43 als Folge von EGMR 8.4.2010, 20201/04, *Frodl/Österreich*.

11 Art 23a; 117 B-VG.

12 VfGH 30.6.2004, G218/03.

13 Für eine fundierte Kritik vgl *Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in *Akyürek ua* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive. FS Schäffer (2006) 633 (651-662).

14 Vgl *Medien-Serviceestelle Neue ÖsterreicherInnen*, Mehr als 1,1 Mio. Menschen in Österreich nicht wahlberechtigt, 13.9.2017, http://medienserviceestelle.at/migration_bewegt/2017/09/13/mehr-als-1-1-mio-menschen-in-oesterreich-nicht-wahlberechtigt (27.12.2017). Vor diesem Hintergrund spricht *Valchars* von „defizitärer Demokratie“, vgl *Valchars*, Defizitäre Demokratie. Staatsbürgerschaft und Wahlrecht im Einwanderungsland Österreich (2006).

15 *Statistik Austria*, Migration & Integration. Zahlen, Daten, Indikatoren 2017 (2017) 22f (Stichtag 1.1.2017).

16 Bis zum Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 (BGBl 1965/250) verlor eine österreichische Frau automatisch ihre Staatsbürgerschaft, wenn sie einen ausländischen Staatsbürger heiratete (sofern sie dadurch nicht staatenlos wurde). Bis zur Staatsbürgerschaftsnovelle 1983 (BGBl 1983/170) galt weiterhin, dass nur Frauen die österreichische Staatsbürgerschaft durch Heirat mit einem Österreicher erwerben konnten; und bis 2013 (BGBl I 2013/136) bestand eine Ungleichbehandlung zwischen unehelichen und ehelichen Kindern, da uneheliche Kinder die österreichische Staatsbürgerschaft ausschließlich über die Mutter erwerben konnten. Die Novellierung war Folge des Erk VfGH 29.11.2012, G 66/12 ua, das sich wiederum auf EGMR 11.10.2011, 53124/09, *Genovese/Malta* stützen konnte. Vgl zu den Rechtsentwicklungen im Detail *Newirth*, Umsetzung von Art. 9 in Österreich, in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach* (Hrsg), CEDAW-Kommentar (2015); für die historischen Wurzeln der abgeleiteten Staatsbürgerschaft verheirateter Frauen vgl *Reiter-Zatoukal*, Ehe, Staatsangehörigkeit und Migration – Österreich 1918-1938, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2012, 118.

Staatsbürgerschaft verliehen wird) erworben.¹⁷ Österreich verfügt im Vergleich zu anderen europäischen Staaten über ein sehr restriktives Staatsbürgerschaftsrecht.¹⁸ Als gesetzlicher Regelfall gilt, dass einer Person, die 10 Jahre ununterbrochen und rechtmäßig in Österreich aufhältig (und davon mindestens fünf Jahre niedergelassen) ist,¹⁹ unter bestimmten Voraussetzungen die Staatsbürgerschaft verliehen werden kann. Diese Voraussetzungen umfassen ua (und stark vereinfacht) die hinreichende Sicherung des Lebensunterhalts, Deutschkenntnisse auf bestimmtem Niveau, Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung und der Geschichte Österreichs, eine bejahende Einstellung zur Republik Österreich, keine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wegen einer Vorsatztat oder eines Finanzvergehens und keine Verwaltungsstrafe(n) eines gewissen Schweregrades²⁰ (vgl im Detail §§ 10, 10a StbG). Ich werde mich im Folgenden ausschließlich den ökonomischen Voraussetzungen zuwenden.

4. Die ökonomischen Voraussetzungen

Eine hinreichende Sicherung des Lebensunterhalts liegt dann vor, wenn die betreffende Person in 36 Monaten innerhalb der letzten 6 Jahre über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt hat, wobei die letzten geltend gemachten 6 Monate unmittelbar vor Antragstellung liegen müssen. Im geltend gemachten Zeitraum müssen die Einkünfte durchschnittlich die Höhe der jährlich angepassten Richtsätze für die Ausgleichszulage (§ 293 ASVG) erreichen und es dürfen keine Sozialhilfeleistungen (wie zB Mindestsicherung) bezogen worden sein. Für das Kalenderjahr 2017 bedeutete das: Eine alleinstehende Person muss Nettoeinkünfte in Höhe von monatlich 889,43 EUR nachweisen und ein Ehepaar bzw eingetragene Partner_innen müssen 1.334,17 EUR nachweisen. Pro Kind kommen 137,30 EUR hinzu. Weiters erhöhen sich die nachzuweisenden Einkünfte, wenn die betreffende Person regelmäßige Aufwendungen tätigen muss (insb Mietzahlungen, aber auch sonstige Fixkosten) um einen Betrag in Höhe der Aufwendungen abzüglich 284,32 EUR („freie Station“ iSd § 292 Abs 3 ASVG).²¹

Erst mit BGBl I 2013/136 wurde immerhin statuiert, dass insb Personen, die aufgrund einer Behinderung oder einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit daran gehindert

17 § 6 Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) BGBl 1985/311 idF BGBl I 2017/68.

18 Vgl bspw das Ranking des *Migrant Integration Policy Index 2015*, www.mipex.eu/access-nationality (23.12.2017). Vgl auch *Stadlmeier*, Ökonomische Einbürgerungsvoraussetzungen im Vergleich: Irland, Dänemark und Österreich, in *Schnebel* (Hrsg), Europäische Minderheiten (2014) 165.

19 Eine verkürzte Aufenthaltsdauer von 6 Jahren gilt ua für Ehepartner_innen/eingetragene Partner_innen von Österreicher_innen, für Asylberechtigte, für EWR-Bürger_innen und für Personen, die in Österreich geboren sind (§ 11b StbG). Auch in diesen Fällen müssen die allgemeinen Einbürgerungsvoraussetzungen (zB die Einkommensvoraussetzungen) vorliegen.

20 Zu den Details der staatsbürgerschaftsrechtlich geforderten Unbescholtenheit vgl *Stern*, Ius Immaculationis oder die Rückkehr des Banalen. Versagung der Staatsbürgerschaft wegen strafrechtlicher Vergangenheit, Gefährdungsprognosen und Verdachtsmomenten, in *Pilgram ua* (Hrsg), Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen? Strafrecht und Kriminologie in Zeiten transkultureller Gesellschaften und transnationalen Rechts (2012) 331.

21 Zu den Details des gesicherten Lebensunterhalts vgl *Ecker/Kind/Kwasina/Peyrl*, StbG-Kommentar (2017) § 10 Rz 95-147.

sind, einen gesicherten Lebensunterhalt nachzuweisen, von dieser Voraussetzung befreit sind (§ 10 Abs 1b StbG).²² Alle anderen Personen, die nicht unter die Härteklausele fallen²³ und zB Mindestsicherung beziehen oder die geforderten Einkommenssätze nicht erreichen, sind vom Zugang zur Staatsbürgerschaft – und damit vom Wahlrecht – ausgeschlossen.²⁴

Zu den ökonomischen Einbürgerungsvoraussetzungen kommen Verwaltungsgebühren hinzu, die nicht zu unterschätzen sind: Die Bundesgebühren für die Einbürgerung gem § 10 StbG betragen 976,80 EUR für eine Einzelperson, 1.736 EUR für ein Ehepaar/eingetragene Partner_innen und 217,10 EUR pro Kind. Hinzu kommen Landesgebühren, die eine hohe Schwankungsbreite aufweisen (für eine Einzelperson können sich die Gebühren abhängig vom jeweiligen Bundesland zwischen ca 100 EUR und ca 1.360 EUR belaufen).²⁵

5. Geschlechtsspezifische Schieflagen

Die ökonomischen Voraussetzungen für die Staatsbürgerschaft bedeuten für viele Personen eine unüberwindbare Hürde, und zwar selbst dann, wenn sie einer geregelten Arbeit nachgehen.²⁶ Diese Hürde ist für Frauen besonders hoch.

Betrachtet man den Median des Netto-Jahreseinkommens von unselbständig Erwerbstätigen, so wird eine Art Lohnhierarchie deutlich (Zahlen aus 2014): Staatsbürger verdienen 28.100 EUR, Nicht-Staatsbürger 21.100 EUR, Staatsbürgerinnen 19.600 EUR,

22 Die Novellierung war eine Folge von VfGH 1.3.2013, G106/12 ua. Bis zur Staatsbürgerschaftsrechts-Novelle 2005 BGBl I 2006/37 galt eine Härteklausele, falls die finanzielle Notlage nicht selbst verschuldet war. Mit 2006 wurde diese gestrichen, sodass sämtliche Personen, die Sozialhilfe bezogen, vom Erwerb der Staatsbürgerschaft ausgeschlossen waren, auch wenn es sich um kranke Menschen oder Menschen mit Behinderung handelte. Vgl *Stern*, Ius Pecuniae – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde, in *Dahlvk/Fassmann/Sievers* (Hrsg), Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich. Jahrbuch 1/2011, 55 (57f).

23 Zur Frage der Anwendbarkeit der demonstrativ gefassten Härteklausele auf andere Fälle als die explizit im Gesetz genannten, vgl unten Kap 6.

24 Die restriktiven ökonomischen Einbürgerungsbedingungen laufen, so *Valchars*, letztlich auf ein „Zensuswahlrecht“ hinaus, vgl *Wodicka*, Das Kreuz mit dem Wahlrecht, Wiener Zeitung, 14.9.2017, www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/916676_Das-Kreuz-mit-dem-Wahlrecht.html (27.12.2017). Angesichts dessen, dass der Bezug von Sozialleistungen längst nicht mehr an die Voraussetzung der Staatsbürgerschaft geknüpft ist (vgl insb die DaueraufenthaltsRL 2003/109/EG), lassen sie sich zudem nicht damit rechtfertigen, finanzielle Belastungen der Gebietskörperschaften zu verhindern, vgl *Stern* in *Dahlvk/Fassmann/Sievers* 66f; vgl auch VfGH 1.3.2013, G106/12 ua. Viele staatsbürgerschaftsrechtliche Regelungen lassen sich wohl am ehesten darüber erklären, dass das Staatsbürgerschaftsrecht seitens des Gesetzgebers als Instrument betrachtet wird, das Steuerungseffekte auf Migrationsbewegungen haben soll, vgl dazu *Valchars*, „...was wir uns von einem Zuwanderer erwarten“ – Die österreichische Staatsbürgerschaftspolitik als Migrationsmanagement, Journal für Entwicklungspolitik 1/2017, 47.

25 Vgl für eine detaillierte Aufstellung aller anfallenden Gebühren je Bundesland und Einbürgerungsart vgl *Stern/Valchars*, Naturalisation Procedures for Immigrants. Austria (2013) 8, http://homepage.univie.ac.at/gerd.valchars/eudo_naturalisation_procedures_austria.pdf (25.12.2017).

26 Vgl die Aufstellung bei *Stern* in *Dahlvk/Fassmann/Sievers* 60, aus der hervorgeht, dass 10-20 % der männlichen Angestellten, 25-30 % der weiblichen Angestellten, 25-30 % der männlichen Arbeiter und 50-60 % der weiblichen Arbeiterinnen (unabhängig von der Staatsbürgerschaft) die Einkommensvoraussetzungen für die Einbürgerung nicht erfüllen, wobei bei Hinzurechnung des durchschnittlichen Mehraufwands die Prozentsätze noch höher liegen (die Berechnungen beziehen sich auf das Jahr 2009).

Nicht-Staatsbürgerinnen²⁷ 16.000 EUR. Ein Blick auf die Herkunftsländer offenbart gravierende Unterschiede: Frauen aus EU14/EWR/Schweiz verfügen über ein Netto-Jahreseinkommen von 19.500 EUR. Sie liegen damit fast gleichauf mit österreichischen Staatsbürgerinnen. Demgegenüber beträgt das Jahreseinkommen von Türkinnen nur 13.400 EUR und jenes von Frauen aus sonstigen Drittstaaten²⁸ 15.507 EUR. Sie verdienen nicht nur signifikant weniger als Österreicherinnen (69 % bzw 79 %), sondern verfügen auch über ein geringeres Einkommen als Männer aus denselben Herkunftsländern (Türk_innen gesamt²⁹: 18.913 EUR; sonstige Drittstaaten gesamt: 17.927 EUR).³⁰ Die Gründe für die Einkommenslage³¹ von migrantischen Frauen sind vielfältig, da Geschlecht und Herkunft bzw ethnische Zuschreibungen gleichermaßen eine Rolle spielen und auf spezifische Weise zusammenwirken.³² Abhängig vom jeweiligen Herkunftsland sind drittstaatsangehörige Frauen überproportional in bestimmten Branchen und in bestimmten beruflichen Positionen tätig,³³ hinzu kommen Gender Pay Gap³⁴ sowie rassistische Diskriminierung am Arbeitsmarkt,³⁵ die sich uU geschlechtsspezifisch auswirken kann.³⁶

Aufgrund des restriktiven Zugangs zur Staatsbürgerschaft wird das Wahlrecht „zu einem Vorrecht der Klasse und des Standes“. ³⁷ Dabei kommt die Vergeschlechtlichung des Zugangs zu ökonomischen Mitteln zum Tragen. Statistisch betrachtet fällt es Frauen schwerer, die ökonomischen Einbürgerungsvoraussetzungen zu erfüllen.³⁸ Gerade vor dem

27 Nachdem die Daten auf die Staatsbürgerschaft abstellen, sind davon auch jene Personen umfasst, die in Österreich geboren sind, jedoch eine ausländische Staatsbürgerschaft besitzen.

28 Exklusive Türkei und Drittstaaten des ehemaligen Jugoslawien.

29 = ohne Ausdifferenzierung nach Geschlecht.

30 Vgl *Österreichischer Integrationsfonds* (Hrsg), Frauen. Statistiken zu Migration & Integration 2016 (2017) 36; *Statistik Austria*, Migration & Integration. Zahlen, Daten, Indikatoren 2016 (2016) 67.

31 Erwerbslosigkeit und ihre Ursachen sind hier nicht mitberücksichtigt.

32 Die Einstellungsdiskriminierung kopftuchtragender Frauen ist zB ein klassisches Beispiel für ein spezifisches („intersektionales“) Zusammenwirken auf Ebene individueller Diskriminierung (in dem Fall von Geschlecht und Religion): Sie trifft weder muslimische Männer noch nicht-muslimische Frauen. Für vielfältige Spielarten mehrdimensionaler Diskriminierung vgl *Philipp ua* (Hrsg), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014).

33 Vgl *BKA – Bundesministerium für Frauen, Medien und Öffentlicher Dienst* (Hrsg), Migrantinnen-Bericht 2007, 28-30.

34 13,6 % des Gender Pay Gap lassen sich nicht durch die vergeschlechtlichte Struktur des Arbeitsmarkts (Branche, berufliche Stellung, Teilzeit/Vollzeit uä) erklären (Zahlen aus 2014), vgl *Geisberger/Glaser*, Gender Pay Gap. Analysen zum Einfluss unterschiedlicher Faktoren auf den geschlechtsspezifischen Lohnunterschied, *Statistische Nachrichten* 6/2017, 460.

35 Eine Studie des *IHS* testete mittels eines Experiments (Correspondence Testing) Diskriminierung beim Erfolg von Bewerbungsunterlagen, wobei alle – fiktiven – Bewerber_innen die österreichische Staatsbürgerschaft hatten. Deutlich wurde – wenn auch je nach Berufsfeld, ethnischer Zuschreibung und Region unterschiedlich – eine Diskriminierung bei migrantischer Herkunft. Weiters untersuchte die Studie auch Lohndiskriminierung bei migrantischer Herkunft. Vgl *Hofer ua*, Diskriminierung von MigrantInnen am österreichischen Arbeitsmarkt. Endbericht (2013).

36 Beispielsweise ergab die oben genannte *IHS*-Studie, dass im weiblich dominierten Berufsfeld der Sekretärin die Einstellungsdiskriminierung (bei der Berücksichtigung von Bewerbungsunterlagen) aufgrund von migrantischer Herkunft besonders ausgeprägt ist, vgl *Hofer ua*, Diskriminierung 33.

37 *Pöschl in Akyürek ua* 667.

38 Mit Blick auf die Einbürgerungsstatistiken muss man jedoch gleichzeitig feststellen, dass die Zahl der pro Jahr eingebürgerten Frauen über jener der Männer liegt. Vgl *Statistik Austria*, Eingebürgerte Personen seit 2006 nach ausgewählten Merkmalen (26.2.2017), www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/

Hintergrund, dass die vergleichsweise schlechteren Einkommensverhältnisse von Frauen Produkt diskriminierender Strukturen sind und ihnen daher selbst aus einer leistungsbezogenen Logik nicht angelastet werden können, lässt sich eine solche mittelbare Benachteiligung von Frauen wohl kaum rechtfertigen.³⁹ Die Einkommensvoraussetzungen in § 10 StbG, die – abgesehen von der eng gefassten Härtefallklausel in Abs 1b – keine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erlauben, sind folglich auch aus einer Geschlechterperspektive und im Lichte eines materiellen Gleichheitsverständnisses⁴⁰ äußerst problematisch.

6. Die Härtefallklausel in § 10 Abs 1b StbG

Es stellt sich die Frage, ob § 10 Abs 1b StbG im Einzelfall eine Berücksichtigung der strukturellen Diskriminierung von Migrantinnen am Arbeitsmarkt ermöglicht. § 10 Abs 1b StbG statuiert, dass der nicht gesicherte Lebensunterhalt insb dann nicht von der betreffenden Person zu vertreten ist, wenn er auf Behinderung oder dauerhafter schwerwiegender Krankheit beruht. Es handelt sich um eine demonstrative Aufzählung (arg „insbesondere“), jedoch betonen die Materialien den Ausnahmecharakter der Regelung.⁴¹ Auch die Rsp scheint zu einer restriktiven Auslegung zu tendieren.

Im Fall einer alleinerziehenden Frau mit mehreren Kindern, die aufgrund ihrer Familiensituation die Einkommensvoraussetzungen nicht erfüllen konnte, wurde davon ausgegangen, dass das notwendige Element der Dauerhaftigkeit bzw Unabänderlichkeit der Situation fehle; es könne sich die Einkommenssituation ja künftig verbessern. Daher sei keine Vergleichbarkeit mit den explizit in § 10 Abs 1b StbG genannten Fällen gegeben.⁴² Auch im Fall einer Trans*-Person, die auf diskriminierende Erfahrungen bei Bewerbungsgesprächen sowie auf die allgemeine Benachteiligung von Trans*-Personen am Arbeitsmarkt verwiesen hatte, verneinte das LVwG Wien eine Anwendbarkeit der Härtefallklausel.

einbuengerungen/index.html (26.12.2017). *Stern* vermutet, dass sich die geschlechtsbezogene Benachteiligung bei den Einkommensvoraussetzungen ua deswegen statistisch nicht niederschlägt, weil die Einbürgerung von Männern womöglich überdurchschnittlich häufig am Unbescholtenheitskriterium scheitert, vgl *Stern* in *Dahlvik/Fassmann/Sievers* 69. In Bezug auf manche Herkunftsländer überwiegt wiederum der Männeranteil bei den Einbürgerungen, bei Erstreckungen überwiegt generell der Frauenanteil, vgl *Reichel*, Staatsbürgerschaft und Integration. Die Bedeutung der Einbürgerung für MigrantInnen (2011) 70, 73.

39 IdS auch *Stern* in *Dahlvik/Fassmann/Sievers* 69. *Neuwirth* in *Schläppi/Ulrich/Wytenbach* Rz 17 spricht von „de facto Frauen strukturell benachteiligende[n] Effekte[n]“ beim Staatsbürgerschaftserwerb.

40 Ein solches wird mittlerweile auch immer wieder seitens des VfGH zur Anwendung gebracht, vgl VfGH 1.10.1993, G134/92; 10.12.2013, G 74-75/2013-13; 27.9.2014, V 5/2014-17.

41 Es gehe in jedem Fall darum, dass die betreffenden Personen „tatsächlich nicht oder nur eingeschränkt am Erwerbsleben teilnehmen können“ und dass bei anderen als den im Gesetz explizit genannten Gründen „sowohl der Grund als auch die Nachweisbarkeit des Grundes den angeführten Tatbeständen in ihrer Bedeutung vergleichbar sein müssen“, 2303 BlgNR 24. GP 7f.

42 VwGH 15.11.2016, Ra 2016/01/0034. Anders beurteilte das LVwG Wien eine Situation, in der eine alleinerziehende Mutter neben zwei anderen Kindern auch für ein schwer behindertes Kind zu sorgen hatte. Aufgrund des lebenslangen zeitaufwendigen Betreuungsbedarfs des Kindes sei das Kriterium der Dauerhaftigkeit erfüllt, LVwG Wien 28.3.2017, VGW-151/065/9650/2016 ua.

Es anerkannte zwar die spezifischen „Schwierigkeiten am Arbeitsmarkt“, jedoch seien diese „weder in ihrem Ausmaß noch in ihrer Dauerhaftigkeit mit jenen Schwierigkeiten vergleichbar, denen Menschen mit einer Behinderung oder einer dauerhaften schwerwiegenden Krankheit gegenüberstehen“.⁴³ Auch ein eingeschränkter Zugang zum Arbeitsmarkt aufgrund von Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes fällt nicht unter § 10 Abs 1b StbG.⁴⁴

Soweit ersichtlich, eröffnet also die Härteklausele des § 10 Abs 1b StbG in der Rechtspraxis bisher keinen Spielraum für die Berücksichtigung der strukturellen Diskriminierungen von Migrantinnen am Arbeitsmarkt.⁴⁵ Sie schlagen daher voll durch auf den Zugang zum Wahlrecht.

7. Demokratisierungsforderungen damals und heute

Dass wir heuer 100 Jahre Frauenwahlrecht feiern, bedeutet also noch lange nicht, dass wirklich schon alle Frauen einen diskriminierungsfreien Zugang zum Wahlrecht hätten. Insb drittstaatsangehörige Frauen sind in besonderem Maße von politischer Mitbestimmung ausgeschlossen – weil sie Frauen sind und weil sie die „falsche“ Herkunft haben. Es bleibt also in Sachen Demokratisierung auch aus feministischer Perspektive noch einiges zu tun. Das sollte in diesem Jubiläumsjahr nicht untergehen. Es wäre auch eine notwendige Verschiebung eines Diskurses, der Migrantinnen in erster Linie als Marker kultureller Differenz thematisiert. Die damit oft einhergehende Berufung auf „Frauenrechte“ entlarvt sich als schale Rhetorik, wenn Migrantinnen nicht als politische Subjekte mit einem Recht auf demokratische Teilhabe⁴⁶ wahrgenommen werden.

Eine der bekanntesten Fotografien aus der österreichischen Frauenrechtsgeschichte zeigt die Frauendemonstration am ersten Frauentag (19. März 1911), die ganz im Zeichen der Wahlrechtsforderung stand, mit einem Plakat „Heraus Frauenwahlrecht“.⁴⁷ Vielleicht finden sich ja ähnliche Plakate auf den Demonstrationen am heurigen Frauentag, dem 8. März 2018.

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

43 LVwG Wien 20.7.2017, VGW-152/022/9523/2017. Wie das LVwG zu dieser Annahme gelangt, wird nicht ausgeführt.

44 VwGH 11.10.2016, Ra 2016/01/0169.

45 Die Textierung des § 10 Abs 1b StbG bzw die restriktive, durch die Materialien nahegelegte Auslegung stoßen jedoch durchaus auf Kritik im Lichte der verfassungsgerichtlichen Judikatur, die es nahelegen würde, „unverschuldete Notlagen“ allgemein zu berücksichtigen (VfGH 1.3.2013, G106/12 ua). Vgl *Schmitt*, Staatsbürgerschaftsrechts-Novelle 2013, *migralex* 2013, 38 (41f).

46 Der im aktuellen Regierungsprogramm iZm Migrantinnen zur Anwendung kommende Partizipationsbegriff bezieht sich ganz offensichtlich nicht auf die Sphäre politischer Mitbestimmung, vgl *Regierungsprogramm 2017-2022 der Neuen Volkspartei und Freiheitlichen Partei Österreichs* (2017) 38f, 107.

47 Bildarchiv der Österreichischen Nationalbibliothek, Inventarnummer 461.565-B.

Thema: Autoritäre Tendenzen im Recht

Vorwort der Gastherausgeber_innen

Angelika Adensamer/Kevin Fredy Hinterberger/Nora Pentz

Dieser Schwerpunkt beschäftigt sich mit den autoritären Tendenzen der letzten Jahre im österreichischen Recht. Als autoritäre Merkmale werden hier insb vermehrte soziale Kontrolle, Strafen und die nationale Abgrenzung nach außen verstanden. Als Gastherausgeber_innen begannen wir bereits vor mehreren Monaten mit der Planung des Schwerpunktes. Im Laufe unseres Arbeitsprozesses überschlugen sich innenpolitische Ereignisse, die die Aktualität unseres Schwerpunktthemas unterstrichen. Das Klima in der österreichischen Gesellschaft ist seit Beginn unserer Arbeit noch einmal bedeutend abgekühlt. Seien es die Pläne bezüglich der Abschaffung der Notstandshilfe oder die geplante Einführung einer berittenen Polizeieinheit in Wien – es scheint, als könnten wir angesichts der derzeitigen politischen Entwicklungen in Zukunft noch viele Schwerpunkte zum Thema der Autoritarisierung füllen. Zugleich zeigt der Zeitpunkt des Schwerpunktes auch, dass uns autoritäre Entwicklungen schon vor der FPÖ-Regierungsbeteiligung beschäftigt haben, und somit nicht allein ein Problem der traditionellen rechten und rechts-konservativen Parteien sind. Zahlreiche Gesetzesänderungen unter der letzten rot-schwarzen Regierung – bspw das StRÄG 2017¹, die Novelle des Versammlungsg² oder auch das Anti-GesichtsverhüllungsG³ – trugen bereits eindeutig autoritäre Züge. Zudem sind derartige politische Entwicklungen nicht allein auf Österreich beschränkt – auch in vielen anderen Staaten kam es in den letzten Jahren zu reaktionären Veränderungen des politischen Systems.⁴

Einleitend setzt sich *Oliver Rathkolb* umfassend mit der Verbreitung autoritärer Einstellungen in der österreichischen Gesellschaft und insb auch unter Studierenden der Rechtswissenschaften auseinander. Ein strikter Normenkonventionalismus, die Ablehnung des

1 *Adensamer*, Überschießende Kriminalisierung als Gefahr für die Demokratie – Kritik an § 247a StGB „Staatsfeindliche Bewegungen“, *juridikum* 2/2017, 149.

2 *Rössl/Hense-Lintschnig*, When they exit, we all exit – Zur Novellierung des Versammlungsgesetzes, *juridikum* 2/2017, 165.

3 *Alvarado-Dupuy*, Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz: Zwang zur Entschleierung, *juridikum* 2/2017, 152.

4 Siehe hierzu die Beiträge im thema des *juridikum* 3/2017, bspw *Bouteau/Felsner*, Der état d'urgence in Frankreich, *juridikum* 3/2017, 381 und *Uysal*, Constitutional Amendment in Turkey: The Problem of Legitimacy and the Constitutional Dictatorship, *juridikum* 3/2017, 393.

vermeintlich Schwachen auf der einen sowie der Wunsch nach Stärke auf der anderen Seite sind Einstellungen, die in der Autoritarismusforschung als Merkmale des autoritären Charakters qualifiziert werden. Während in den letzten zehn Jahren zwar das Geschichtsbewusstsein zugenommen hat, gab es zugleich einen insgesamt Anstieg an autoritären Einstellungen und Demokratiemüdigkeit.

In den folgenden Beiträgen werden ausgewählte Rechtsgebiete daraufhin untersucht, inwiefern die genannten Einstellungen Niederschlag in der Gesetzgebung gefunden haben. Die Auswahl ist keinesfalls abschließend zu verstehen, sondern steht beispielhaft dafür, dass sich die Autorisierung der Gesellschaft in den verschiedensten Bereichen durchsetzen kann, wenn auch im Konkreten in unterschiedlichen Ausprägungen und Geschwindigkeiten.

Die Forderung nach einer Wiedereinführung der Ziffernnoten in den Volksschulen, die Einführung einer „Bildungspflicht“⁵ und die durchgehende „Leistungsdokumentation“ ab dem Kindergarten⁶ gehörten zu den ersten Themen, hinsichtlich derer bei den schwarz/türkis-blauen⁷ Koalitionsverhandlungen eine Einigung erzielt wurde. *Nadine Hauptfeld* untersucht in ihrem Beitrag die unterschiedlich verlaufenden Entwicklungen im Schulrecht, insb im Bereich der Unterrichts- sowie der Ausbildungspflicht.

Auch der Ruf nach schärferen Gesetzen und strengeren Strafen im Bereich des Strafrechts ist ein Anzeichen autoritärer Bestrebungen. Im Strafrecht – konzipiert als *ultima ratio* der Rechtsordnung – zeichnen sich derartige Entwicklungen bereits seit längerer Zeit ab, wie *Alexia Stuefer* in ihrem Beitrag feststellt. Diskutiert wird die Machtverschiebung zugunsten des Staates dabei anhand des Beispiels der rechtspolitischen Forderung nach der Abschaffung der Geschworenengerichtsbarkeit.

Wie aufgrund der Themensetzung im Wahlkampf zu erwarten war, enthält das Regierungsprogramm Pläne für weitreichende Verschärfungen in asyl- und fremdenpolizeirechtlichen Angelegenheiten.⁸ *Johannes Peyrl* legt den Fokus auf ein im Vergleich zu diesen Thematiken im öffentlichen Diskurs zwar weniger präsent, doch um nichts weniger relevantes Rechtsgebiet: Sein Beitrag beschäftigt sich mit Entwicklungen im Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht.

Obwohl alle vier Beiträge autoritäre Tendenzen in den letzten Jahren feststellen, erwähnt jeder der Beiträge auch positive Veränderungen. Sei dies thematisch (zB im Beitrag von *Rathkolb* die Gegenüberstellung von Einstellungen zu Geschlechterverhältnissen gegen-

5 *Pechar*, An den Volksschulen gibt es wieder Noten, Wiener Zeitung v 27.11.2017, www.wienerzeitung.at/nachrichten/oesterreich/politik/931621_An-den-Volksschulen-gibt-es-wieder-Noten.html (26.1.2018).

6 *Jungwirth*, ÖVP und FPÖ machen Tempo: Noten stehen in der Volksschule vor dem Comeback, Kleine Zeitung v 28.11.2017, www.kleinezeitung.at/politik/innenpolitik/5328514/OeVPFOe-machen-Tempo_Noten-stehen-in-Volksschulen-vor-Comeback (26.1.2018).

7 Vgl Schwarz oder Türkis: Wikipedia-Streit über korrekte ÖVP-Farbe, derStandard.at v 29.10.2017, <https://derstandard.at/2000066839274/Schwarz-oder-Tuerkis-Wikipedia-Streit-ueber-korrekte-OeVP-Farbe> (29.1.2018).

8 Vgl *BReg*, Zusammen. Für unser Österreich. https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017%E2%80%932022.pdf (2.2.2018).

über jenen zur Demokratie), sei es nach Materie (zB bei *Hauptfeld* die Regelung der Unterrichtspflicht gegenüber der Ausbildungspflicht), seien es, wie bei *Peyrl*, die von der Gesetzgebung initiierten Reformen in Folge höchstgerichtlicher Entscheidungen. Es bleibt also wichtig, die Rechtsgebiete nicht nur oberflächlich zu erforschen und in der Analyse differenziert vorzugehen.

Dort, wo autoritäre Tendenzen (auch) in der Gesetzgebung überhandnehmen, laufen Gesetze Gefahr, demokratischen Grundsätzen von Freiheit und Gleichheit zu widersprechen und die Wahrung der Menschenrechte zu gefährden. In den kommenden Jahren ist es deshalb die Aufgabe der kritischen Rechtswissenschaften, weiterhin aktiv zu bleiben, die Entwicklungen zu beobachten und sich auf allen politischen Ebenen für eine emanzipierte Gesellschaft einzusetzen.

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc ist Juristin und Kriminologin, arbeitet bei epicenter.works im Bereich Datenschutz und Überwachung und ist Redaktionsmitglied des juridikum; a.adensamer@gmail.com

Mag. Kevin Fredy Hinterberger ist Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und ist Redaktionsmitglied des juridikum; kevin.fredy.hinterberger@univie.ac.at

Mag.^a Nora Pentz arbeitet als Juristin bei ÖKOBÜRO und ist Redaktionsmitglied des juridikum; npentz@ymail.com

Autoritäres Potenzial und demokratische Werte in Österreich 1978 – 2004 – 2017

Oliver Rathkolb

1. Einleitung

Schon zur Zeit des Aufstiegs des Nationalsozialismus in der Weimarer Republik begannen SozialwissenschaftlerInnen, sich mit den Ausdrucksformen und der Wirkungsmacht antidemokratischer und autoritärer Trends in der deutschen Gesellschaft auseinanderzusetzen. Diese ersten Ansätze zur Autoritarismusforschung wurden nach der Flucht vor dem NS-Regime in den USA mit US-ExpertInnen vertieft und erweitert. Die Aktualität dieser Forschungen ist gerade in der Gegenwart aufgrund der innenpolitischen Entwicklungen in den USA und in Europa gegeben, die wieder einen deutlichen Anstieg von autoritären Einstellungen dokumentieren. Auch in Österreich ist in den letzten 10 Jahren der Wunsch nach einem „starken Mann“ deutlicher geworden: Aktuell lehnen 45 % einen „starken Führer“, der sich nicht um Parlament und Wahlen kümmern muss, völlig ab. Im Jahr 2007 taten dies aber noch 61 %. 23 % sind 2017 für einen „starken Führer“ inklusive Systemwechsel, 2007 hatten dies nur 14 % befürwortet.¹

Im Folgenden werden zuerst die frühen Studien zum Autoritarismus nach 1945 vorgestellt, gefolgt von einer Studie, die ein Team um *Günther Ogris* und den Autor 2007 in Polen, Österreich, Tschechien und Ungarn durchgeführt hat. Am Ende wird das autoritäre Potenzial unter Studierenden in den letzten Jahren analysiert und mit dem rezenten antisemitischen und rassistischen Vorfall am Juridicum² in Beziehung gesetzt.³

In den ersten Jahren nach 1945 entwickelte diese Gruppe von aus Deutschland vertriebenen und US-amerikanischen SozialwissenschaftlerInnen – *Max Horkheimer*, die österreichische Exilantin *Else Frenkel-Brunswick*,⁴ *Daniel Levinson* und *Nevitt Sanford* – unter der Leitung von *Theodor W. Adorno* an der University of California in Berkeley zur Erfassung der autoritären Einstellungen ein Analyse- und Fragebogenmodell.⁵ Zentral dabei ist der Zusammenhang von Antisemitismus (A-Skala), Ethnozentrismus (E-Skala), poli-

1 *Klatzer*, Immer mehr Österreicher sehnen sich nach „starkem Mann“, <https://kurier.at/politik/inland/studie-ns-geschichtsbewusstsein-und-autoritaere-einstellungen-in-oesterreich/258.162.152> (3.1.2018).

2 Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien.

3 Siehe auch *Matti/Wagner*, Von Leaks und Lücken: Mandatsverlust in der ÖH? *juridikum* 2017, 465.

4 Siehe dazu *Frenkel-Brunswick*, in *Paier* (Hrsg), Studien zur autoritären Persönlichkeit: ausgewählte Schriften (1996).

5 Vgl die deutschsprachige Ausgabe von *Adorno*, The authoritarian personality² (1966), *Adorno*, Studien zum autoritären Charakter (2001). Die Erstausgabe, die keineswegs alle Forschungsergebnisse bearbeitete, erschien erst 1950: *Adorno/Frenkel-Brunswick/Levinson/Sanford*, The authoritarian personality (1950).

tisch-ökonomischem Konservatismus (PEC-Skala) und antidemokratisch-autoritären Persönlichkeitsstrukturen (F-Skala).

Die Berkeley-Gruppe versuchte anhand von differenzierten Meinungsbefragungen einer weißen, urbanen Population in den USA latenten Autoritarismus zu messen, der ihrer Ansicht nach die Basis für die Massenmobilisierung durch den Nationalsozialismus, aber auch durch andere faschistische Strömungen und in letzter Konsequenz Grundlage für den Holocaust war.⁶ Antisemitismus war ein konkreter Untersuchungsgegenstand, doch ging dieser sozialpsychologische Ansatz wesentlich weiter und versuchte, eine umfassende politische Persönlichkeitserfassung zu entwickeln, dh unterschiedliche autoritäre Einstellungsmuster zu erfassen. Es ist sicherlich richtig, dass die qualitative Arbeit des *Adorno*-Projektteams erst Ansätze zur Erschließung der Hintergründe für autoritäre Einstellungen liefern konnte und dass bspw weiße SüdafrikanerInnen in den 1950er Jahren dieselben Werte auf der F-Skala aufwiesen wie BewohnerInnen der US-Ostküste⁷, dh dass neben der autoritären Persönlichkeit und den familiären und sozialen Wurzeln auch die politischen und sozioökonomischen Rahmenbedingungen berücksichtigt werden müssen.

Unter autoritärer Persönlichkeit⁸ verstehe ich in Anlehnung an diese Untersuchungen einen Typus, der sich anhand mehrerer Einstellungsmuster folgendermaßen beschreiben lässt:

1.1. Normenkonventionell

Gehorsam und absoluter Respekt gegenüber Autoritäten stehen hier im Vordergrund, wobei der Ruf nach strenger Bestrafung bei Normverletzungen ebenfalls Teil dieses Faktors ist. Dazu gehört ein stark formalistisches Rechtsstaatlichkeitsdenken. Bedeutsam sind auch eine repressive Sexualmoral und der Glaube an die Bedeutung von materiellem Reichtum. Immer wieder entzündet sich dieser Normenkonventionalismus an der Auseinandersetzung über moderne Kunst. Übertriebener Nationalismus ist ebenfalls stark ausgeprägt.

1.2. Wunsch nach Macht und Stärke und Ablehnung/Verachtung des Schwachen

Zu dieser Kategorie gehören der Ruf nach einem „starken Mann“, die Suche nach Sündenböcken und Feindbildern (Juden und Jüdinnen, Fremde, Ausländerinnen und Ausländer, etc), Antisemitismus und Verklärung des II. Weltkriegs. Kennzeichnend ist ein

6 *Wurst/Adorno et al*, The authoritarian personality, in *Salzborn* (Hrsg), *Klassiker der Sozialwissenschaften*, 100 Schlüsselwerke im Portrait (2014) 166.

7 *Pettigrew*, Personality and sociocultural factors in intergroup comparison, *Journal of Conflict Resolution* 1958, 29-42.

8 Vgl zu der auch kritischen Auseinandersetzung mit diesem sozialpsychologischen Ansatz zuletzt *Rippl* (Hrsg), *Autoritarismus: Kontroversen und Ansätze der aktuellen Autoritarismusforschung* (2000) sowie *Oesterreich*, *Flucht in die Sicherheit: zur Theorie des Autoritarismus und der autoritären Reaktion* (1996) sowie *Perzy*, *Dimensionen des autoritären Charakters: eine empirische Studie zur Faschismus-Skala von Adorno*, *Frenkel-Brunswik, Levinson und Sanford* (1993).

starker Irrationalismus, symbolisiert durch den Glauben an Astrologie oder unsichtbare Mächte. Sozialdarwinismus („der Tüchtige setzt sich durch“) gedeiht in einer derartigen Umwelt ebenso wie ausgeprägter Militarismus, die beide auch den Alltag und die sozialen Beziehungen prägen. Im Wissenschaftsbereich wird primär die angewandte Forschung als nützlich angesehen, Sozial- und Geisteswissenschaften hingegen gelten als „unnützlich“ – außer sie dienen, wie häufig in der Vergangenheit die Geschichtswissenschaft, zur Legitimation des herrschenden Systems.

Grundsätzlich sei festgehalten, dass latenter Autoritarismus an sich keineswegs automatisch autoritäre Regierungsformen bedingt und dass in formal gut funktionierenden Demokratien durchaus starke autoritäre Einstellungen vorhanden sein können. Die USA der 1950er Jahre, auf deren Vorurteilsstrukturen diese Meinungsbefragung basiert, sind ein gutes Bsp für eine derartige Situation. Dies reflektieren bspw die heftigen Auseinandersetzungen um die Aufhebung der Rassensegregation in den 1960er Jahren, die beinahe zu einem neuen Bürgerkrieg im Süden der USA geführt hätten. Gleichzeitig waren aber die US-Demokratie und va eine engagierte BürgerInnenrechtsbewegung in der Lage, diese autoritäre Entwicklung allmählich zu ändern und ihr politisch entgegenzusteuern.

2. Erste Ausgangsfallstudien in Österreich 1978/2004

Eine Ende 2004 vom Autor in Auftrag gegebene Wiederholung der Umfrage über autoritäre Einstellungen in Österreich, wie sie bereits 1978 durchgeführt worden war, zeigte sehr deutlich eine grundsätzliche demokratiepolitische Weiterentwicklung.

1420 Personen ab fünfzehn Jahren, ausgewählt nach einem „Stratified Multistage Clustered Random Sampling“, wurden im August und September 2004 vom Institut für empirische Sozialforschung (IFES) im Auftrag des Projektleiters befragt. Bemerkenswert ist, dass zwar bei der Eingangsfrage, „Gehorsam und Respekt gegenüber Autoritäten sind wichtige Tugenden, die Kinder lernen sollten“, eine relative Kontinuität gegeben ist (2004: 68 % Zustimmung zu 74 % 1978), dass aber autoritäre Codes wie Wiedereinführung der Todesstrafe, Verantwortungsscheu oder die Betonung der Teilung der Gesellschaft in Starke und Schwache deutlich im Rückgang begriffen sind.

Bei Fragen nach der NS-Vergangenheit findet der Satz: „Es wäre nicht das Schlechteste, es käme wieder ein kleiner Hitler“ deutlich weniger Zuspruch (84 % Ablehnung zu 62 % im Jahre 1978; damals stimmten hier noch 19 % zu, heute 4 %). Dies trifft auch auf die „Verklärung der NS-Vergangenheit“ zu, wie die Verharmlosung des Umfangs des Holocaust durch Relativierungen auf folgende Frage zeigt: Auf die Formulierung „Sicherlich hat es Entgleisungen im Dritten Reich gegeben, aber sechs Mio Juden wurden nicht umgebracht“ gab es 61 % Ablehnung bei nur 5 % Zustimmung (gegenüber 35 % Ablehnung und 21 % Zustimmung im Jahr 1978).

Dass gerade in diesem Bereich aber noch immer eine Bandbreite für Revisionismus gegeben ist, zeigt das Ergebnis auf die Fragestellung: „Durch ihr Verhalten sind die Juden

an ihren Verfolgungen nicht ganz unschuldig“: 2004 gab es hier 52 % volle Ablehnung und 12 % volle Zustimmung, 1978 nur 29 % volle Ablehnung und 25 % Zustimmung. Der Wiedereinführung der Todesstrafe, „um Terrorismus Einhalt zu gebieten“, stimmten 1978 auf dem Höhepunkt der Justiz-Reformen 60 % voll und ganz zu, 2004 hingegen (trotz den Anschlägen vom 11. September) nur mehr 12 %; 66 % lehnten dies voll und ganz ab, 1978 waren es nur 19 %.

Dass bei Migrationsbezügen nach wie vor Vorurteile vorhanden sind, zeigen die relativ ähnlichen Zustimmungsraten auf die Frage, ob verwehrlosten ausländischen Jugendlichen die Einreise zu verweigern sei: 2004 stimmten 45 % eindeutig zu, nur 21 % lehnten dies voll und ganz ab. 1978 war die entsprechende Relation 68 % zu 16 %. Auch Unzucht mit Jugendlichen sollte nach wie vor streng bestraft werden. 2004 fand diese Aussage 42 % Zustimmung, 1978 67 %, wobei die absolute Ablehnungsrate fast gleich geblieben ist: 13 % gegenüber 12 %. Beide Themen – Migration und Kriminalität sowie Unzucht mit Minderjährigen – wurden im Erhebungszeitraum intensiv medial und politisch diskutiert.

Ein deutlicher Durchbruch ist hingegen bei der Stellung der Frau gelungen: 1978 plädierten noch 51 % für die „natürliche Rolle der Frau als Hausfrau und Mutter, in der sie Erfüllung finden kann“, 2004 nur mehr 13 %; die Ablehnungsrate ist somit von 16 % auf 65 % gestiegen.

Die Ergebnisse der Autoritarismusforschung, die inzwischen mehrfach in Deutschland und Österreich auf Rechtsextremismuseinstellungen und Ausländerfeindlichkeit angewandt wurden⁹, sind nicht unumstritten. Va müssen zusätzliche qualitative Analysetools – wie stichprobenartige direkte ausführliche Befragungen – angewandt werden, um Verzerrungsprobleme zu lösen.

2.1. Der lange Schatten des Autoritarismus

Hier sollte aber berücksichtigt werden, dass 1978 noch eine Reihe von autoritären Erfahrungen im politischen und sozio-ökonomischen Rekonstruktionsprozess nach 1945 zu bewältigen waren – so auch jene aus der Zeit der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. Die Erste Republik war ebenfalls trotz der raschen Etablierung demokratischer Strukturen noch stark von autoritären Bildungs- und Informationssystemen geprägt mit

⁹ Siehe für Ö zuletzt *Ratbner*, Autoritarismus als Bedingung von Fremdenfeindlichkeit in Österreich: Endbericht des Forschungsprojektes; Forschungsschwerpunkt Fremdenfeindlichkeit: Erforschung, Erklärung und Gegenstrategien (2001). Vgl dazu *Oesterreich*, Autoritäre Persönlichkeit und Gesellschaftsordnung: der Stellenwert psychischer Faktoren für politische Einstellungen – eine empirische Untersuchung von Jugendlichen in Ost und West (1993); zuletzt *Hummer*, Ethnozentrismus und Autoritarismus bei Jugendlichen: Einstellungen im Wandel der Zeit sowie alternative Erklärungsansätze eines Einstellungssyndroms; eine empirische Studie, Dipl. Arbeit Universität Wien 2003. Zum Verhältnis Antisemitismus und Autoritarismus siehe: *Kindervater*, Antisemitismus und Autoritarismus: die Beschreibung von zwei sozio-politischen Einstellungen von 15-18jährigen Schülern; ein Beispiel von Österreich, Universität Hamburg, Hausarbeit 1995. Grundsätzlich zum Thema: *Lederer*, Jugend und Autorität: über den Einstellungswandel zum Autoritarismus in der Bundesrepublik Deutschland und den USA (1983).

einem immer stärker werdenden Hang zur Militarisierung und Gewaltanwendung bei politischen Demonstrationen. Weitere autoritäre Einschnitte sind jene des *Dollfuß-Schuschnigg*-Regimes – *Andreas Khol* spricht 2004 als Nationalratspräsident zu Recht in diesem Zusammenhang mit der Auflösung des Nationalrats 1933 von einem „eklatanten Verfassungsbruch“¹⁰ – die Erfahrung einer zerrissenen Opfer-Täter-Zuschauer- und Mittäter-Gesellschaft 1938-1945, um dann nach 1945 mit Hilfe der Aliierten rasch auf einen formal korrekten demokratischen Weg zu gelangen, ohne dass dies automatisch Einstellungsänderungen (zB beim Antisemitismus) bedeutete. Gleichzeitig wich die Auseinandersetzung mit dem Anteil von ÖsterreicherInnen am II. Weltkrieg und am Holocaust sehr rasch nach 1945 einer pauschalen „Opferdoktrin“ bezüglich politischer und individueller (Mit-)Verantwortung, die erst in den 1980er und 1990er Jahren langsam und unter phasenweise heftigen Debatten erodierte. Im Jahre 2000 setzten die gesetzlichen Entschädigungsmaßnahmen für ehemalige ZwangsarbeiterInnen und ungarische Juden und Jüdinnen (Versöhnungsfonds) sowie der Allgemeine Entschädigungsfonds klare neue politische Signale in Richtung Auflösung der totalen Opferdoktrin.

3. Neue Studien 2007-2017

3.1. Neuer Politischer Autoritarismus in Zentraleuropa am Bsp Österreichs, Polens, Tschechiens und Ungarns

Im Rahmen eines vergleichenden Forschungsprojektes wurden zwischen dem 8. November und 16. Dezember 2007 in Österreich, Polen, Tschechien und Ungarn je 1.000 Personen ab dem 18. Lebensjahr hinsichtlich ihrer individuellen autoritären Einstellungen befragt¹¹. „Autoritarismus“ wird in diesem Zusammenhang als eine Disposition des Individuums definiert, die über verschiedene Ausprägungen wie „Autoritäre Aggression“ und „Autoritäre Unterwürfigkeit“ nachweisbar ist. Diese Differenzierung ist *va* auf diese neueren Forschungen zum Autoritarismus zurückzuführen.

Bisher basierten Autoritarismus-Studien primär auf soziologischen, psychologischen bzw psychoanalytischen Fragestellungen, bei der vom Autor und *Günther Ogris* herausgegebenen Studie sind erstmals Geschichtsbilder (als Teil von Geschichtspolitik) als zusätzliche Indikatoren für autoritäres bzw demokratisches Potenzial relevant. Überdies halten wir historisches Kontextwissen über historische Rahmenbedingungen für andere Indikatoren des autoritären Potenzials ebenso für wesentlich, wenn es um Interpretationen von Veränderungen bzw Beharrungstendenzen von Einstellungen zu Fremdenfeindlichkeit, Rassismus, Antisemitismus, Sexismus und Homophobie sowie Demokratiefeindlichkeit geht.

10 Parlamentskorrespondenz Nr. 81 vom 12.02.2004, http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,645216&_dad=portal&_schema=PORTAL (8.11.2017).

11 *Rathkolb/Ogris* (Hrsg.), *Authoritarianism, History and Democratic Dispositions in Austria, Poland, Hungary and the Czech Republic* (2010).

Ich bin mir bewusst, dass die *Adorno*-Autoritarismus-Theorie in den letzten Jahren seit *Altemeyer*¹² und *Oesterreich*¹³ immer wieder in Frage gestellt worden ist, für den Ansatz hingegen ist sie durchaus valid, auch wenn die Studie aus 2007 den Fokus deutlich in Richtung Anomie und Neuen Politischen Autoritarismus verschoben hat.

In der Studie aus 2007 wurde erstmals ein spezifischer Aspekt autoritärer Einstellungen besonders hervorgehoben, der in den traditionellen Autoritarismusstudien ebenfalls nur eine marginale Rolle spielt. Während frühere Studien vor allem die aggressiven oder unterwerfenden Dimensionen autoritärer Einstellungen analysiert haben, wurde in der Untersuchung aufgrund der Entwicklungen in Zentraleuropa besonderes Schwergewicht auf „Anomie“ gelegt, dh es wurden vor allem die Subdimensionen „Orientierungslosigkeit“ und Gefühle „politischer Machtlosigkeit“ gemessen.

Es ist bemerkenswert, wenngleich nicht von der Literatur reflektiert, dass bereits im Zusammenhang mit der „Ersten Globalisierung“ (ab 1850 bis zum I. Weltkrieg) der französische Soziologe *Émile Durkheim*¹⁴ den Begriff „Anomie“ Ende des 19. Jahrhunderts entwickelt und diskutiert hat. Ähnlich wie in der aktuellen Globalisierung wirbelte auch vor 1900 für *Durkheim* ein rasanter gesellschaftlicher Wandel die Gesellschaften Europas und der USA durcheinander – mit globalen Folgewirkungen. Traditionelle soziale, politische und kulturelle sowie religiöse Ordnungen zeigten starke Desintegration aufgrund der raschen Abfolge von sozio-ökonomischen und kulturellen radikalen Veränderungen, die auch aufgrund ihrer Geschwindigkeit nicht verarbeitet werden können.¹⁵ In weiterer Folge können sich die Individuen nicht mehr an den überlieferten Normen orientieren und werden zunehmend von Angst und Selbstzweifeln geprägt, die im Extremfall sogar zum Selbstmord führen können. Wirtschaftliche Krisen und die Zweifel am Funktionieren des kapitalistischen Systems und steigender sozialer Desintegration verstärken nach *Durkheim* diesen Trend in Richtung Suizid.¹⁶ Noch früher als *Durkheim* thematisierte der spätere tschechoslowakische Staatspräsident *T.G. Masaryk* 1879 in seiner Habilitation der philosophischen Fakultät der Universität Wien, „Der Selbstmord als sociale Massenerscheinung der Gegenwart“¹⁷, diese extremen Folgewirkungen von Formen der Anomie.

Schon in einer früheren Studie 1998 haben die Wiener Soziologin *Hilde Weiss* und ihr Kollege *Christoph Reinprecht* Anomie als Analysemuster für Autoritarismus und Identitäts-

12 *Altemeyer*, *The Authoritarian Specter* (1996).

13 *Oesterreich*, *Autoritäre Persönlichkeit; Oesterreich*, *Flight into Security: A New Approach and Measure of the Authoritarian Personality*, *Political Psychology* 2005, 275–297.

14 *Durkheim*, *Der Selbstmord* (1995). Titel der Originalausgabe: *Durkheim*, *Le suicide* (1897).

15 *Herrmann*, *Ethnozentrismus in Deutschland zwischen Gesellschaft und Individuum* (2001) 85. Vgl auch *Ortmann*, *Abweichendes Verhalten und Anomie: Entwicklung und Veränderung abweichenden Verhaltens im Kontext der Anomietheorie von Durkheim und Merton* (2000).

16 *Herrmann*, *Ethnozentrismus* 86.

17 *Masaryk*, *Der Selbstmord als sociale Massenerscheinung der Gegenwart* (1881).

muster in Ost-Mitteleuropa verwendet. *Weiss* und *Reinprecht*¹⁸ reflektieren einen breiten Ansatz von Anomie als Form von Bindungs- und Orientierungslosigkeit mangels akzeptierter Normensysteme: „Die Ergebnisse empirischer Forschungen lassen den Schluss zu, dass durch Anomie – die sich im subjektiven Erleben des Fehlens beständiger sozialer Beziehungen und fester Werte, klarer Regeln der Lebensführung und fixierter Lebensziele äußert – all jene Phänomene erklärbar sind, die eine Abwehr von Modernität darstellen. Solche negative Reaktionen äußern sich in mangelndem Vertrauen in Demokratie ebenso wie in der Suche nach simplifizierenden Ideologien (wie sie zB Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit repräsentieren) und Überidentifikation mit Gruppenstilen bzw Orientierungsangeboten, die ein Gemeinschaftserleben herbeizuführen vermögen“.¹⁹

Weiss und *Reinprecht* zeigen in ihrer Analyse zu demokratischem Patriotismus und ethnischen Nationalismus in Ost-Mitteleuropa einen signifikanten Effekt von subjektiver Orientierungslosigkeit auf nationalistische Einstellungen (positiver Zusammenhang) und Demokratieunterstützung (negativer Zusammenhang) für zwei der vier untersuchten Länder auf, insb für die Slowakei und Ungarn. Mit zunehmender subjektiver Desorientierung und Unzufriedenheit korreliert überdies ein unkritisches Geschichtsbewusstsein, in Form einer Art Mythisierung der Vergangenheit. Das Autorenteam kommt zum Schluss, dass ethnische Intoleranz selten nur eine Folge der „Transformationsanomie“ ist, sondern „eine historisch tief verwurzelte Tradition, die daher wohl leicht aktivierbar und politisch instrumentalisierbar und nur durch intensive Bildungs- und Aufklärungsanstrengungen revidierbar ist.“²⁰

Bereits zum Zeitpunkt der *Weiss-Reinprecht*-Erhebung, dh zwischen November 1994 und Februar 1996, zeigte sich ein deutlicher Trend in Richtung Pessimismus und negativer Zukunftsperspektiven in der ungarischen und slowakischen Gesellschaft, wohingegen in Tschechien und in weiterer Folge in Polen die Menschen deutlich optimistischer eingestellt waren.²¹

Im Folgenden kann nicht weiter auf die Ergebnisse für Polen, Tschechien und Ungarn in der Umfrage 2007 eingegangen werden. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich autoritäre Einstellungen nicht nur als aggressive oder unterwerfende Dimensionen nachweisen lassen, sondern auch in Form von „Anomie“, dh Orientierungslosigkeit und Gefühle politischer Machtlosigkeit. In allen vier Ländern zeigte sich²², dass der Indikator „autoritäre Unterwürfigkeit“ die Orientierungslosigkeit der Befragten verstärkt. Überdies tendieren diese Personen auch dazu, spezifische Formen des neuen politischen Autoritarismus (zB Streikverbote) zu akzeptieren. Gleichzeitig suchen jene, die sich orientierungs- und machtlos fühlen, „Sündenböcke“ für ihre Situation und finden

18 *Weiss/Reinprecht*, Demokratischer Patriotismus oder ethnischer Nationalismus in Ost-Mitteleuropa? Empirische Analysen zur nationalen Identität in Ungarn, Tschechien, Slowakei und Polen (1998) 109-114.

19 *Weiss/Reinprecht*, Demokratischer Patriotismus 110.

20 *Weiss/Reinprecht*, Demokratischer Patriotismus 127.

21 *Weiss/Reinprecht*, Demokratischer Patriotismus 114.

22 *Rathkolb/Ogris* (Hrsg), Authoritarianism 27.

diese bspw bei Minderheiten, deren Rechte ihrer Meinung nach durchaus auch eingeschränkt werden sollten.

Im Vergleich mit den anderen drei Ländern sind diese Dispositionen in Österreich seltener anzutreffen. Generell zeigen die Umfrageanalysen²³, dass das Alter inzwischen eine wichtige Interpretationskategorie für autoritäre Einstellungen geworden ist: Je jünger die Befragten, desto weniger Tendenzen für autoritäre Einstellungen sind messbar. Va spielt der Bildungsgrad innerhalb der einzelnen Generationen eine essenzielle Rolle, dh je höher der Bildungsabschluss, desto geringer die Tendenz zu autoritären Einstellungen innerhalb einer Altersgruppe. Sowohl Alter als auch Bildung sind in Österreich und Polen wichtigere Erklärungsfaktoren für autoritäre Tendenzen als in Tschechien und Ungarn. In allen vier Ländern zeigen jene, die hohe Zustimmung bei den Fragen zu autoritärer Unterwürfigkeit signalisieren auch starke Tendenzen in Richtung Orientierungslosigkeit im aktuellen sozialen Transformationsprozess.

Politische Machtlosigkeit geht häufig – wie bereits erwähnt – mit Tendenzen einher, Minderheitenrechte abzulehnen und diese Gruppen als „Sündenböcke“ zu stigmatisieren – so ist bspw in Tschechien va die Volksgruppe der Roma betroffen. Dieser Effekt ist aber auch in Österreich und Polen vorhanden. In Ungarn ist die Frage nicht aufgegangen, weil unter dem Begriff Minderheit automatisch die ungarischen Minderheiten außerhalb des heutigen Ungarns subsumiert wurden; hier hätte – als selbstkritische Anmerkung – die Frage präzisiert werden müssen.

3.2. Vergleich von Umfragen 2007 und 2017: Deutlicher Anstieg der Demokratie-müdigkeit und autoritärer Einstellungen

Zuletzt haben das Umfrageinstitut SORA und der Verein zur wissenschaftlichen Aufarbeitung von Zeitgeschichte eine Telefonbefragung unter 1.000 Personen ab 15 Jahren durchgeführt. Die Erhebung fand im Februar und März 2017 statt, die Ergebnisse sind repräsentativ für die österreichische Bevölkerung. Die max Schwankungsbreite beträgt +/- 3,1 %. Die Telefonbefragung aus dem Jahr 2007 fand ebenfalls unter 1.000 Personen ab 15 Jahren statt. Sie wurde im November und Dezember 2007 durchgeführt, die Ergebnisse waren repräsentativ für die österreichische Bevölkerung. Die max Schwankungsbreite betrug ebenfalls +/- 3,1 %. Ein Vergleich führte zu den im Folgenden erörterten Ergebnissen.

3.2.1. Geschichtsbewusstsein hat in zentralen Aspekten zugenommen

72 Jahre nach Ende des II. Weltkrieges denkt rund die Hälfte der Bevölkerung, dass der Nationalsozialismus Österreich nur oder größtenteils Schlechtes gebracht hat. Rund ein

23 Rathkolb/Ogris (Hrsg), Authoritarianism 25.

Drittel sieht sowohl Gutes als auch Schlechtes im Nationalsozialismus. Nach wie vor ist die Bewertung des Nationalsozialismus von der formalen Bildung abhängig: Je höher der Bildungsabschluss der Menschen, desto stärker verbinden sie mit dem Nationalsozialismus nur Schlechtes.

Ein zentraler Aspekt von NS-Geschichtsbewusstsein ist die „Opferthese“. Dass dieser aktuell weniger Menschen zustimmen als noch vor 10 Jahren zeugt von zunehmendem Geschichtsbewusstsein in diesem Bereich: So sieht 2017 jeder Vierte bzw jede Vierte Österreich als erstes Opfer des Nationalsozialismus, 2007 galt dies noch für jeden Dritten bzw jede Dritte.

3.2.2. Demokratie ist die mit Abstand beliebteste Regierungsform, die Zustimmung zu autoritären Systemen steigt jedoch an

Für 78 % ist die Demokratie – trotz der Probleme, die sie mit sich bringen mag – die beste Regierungsform. Obwohl die Demokratie damit eine überwältigende Mehrheit hinter sich hat, hat sie in den vergangenen zehn Jahren an Zustimmung verloren (2007 lag der Wert noch bei 86 %). Umgekehrt verhält es sich mit der Unterstützung für autoritäre Systeme: Aktuell lehnen, wie eingangs erwähnt, 45 % einen „starken Führer“, der sich nicht um Parlament und Wahlen kümmern muss, völlig ab. Im Jahr 2007 taten dies noch 61 %.

3.2.3. Gleichzeitig hat der Eindruck zugenommen, dass Demokratie nicht richtig funktioniert und dass die Menschen wenig Mitsprache haben

Waren 2007 noch 44 % der Menschen mit dem Funktionieren der Demokratie in Österreich im Großen und Ganzen zufrieden, gilt dies aktuell nur noch für 32 %. Ein Grund hierfür besteht nach Ansicht des Projektteams darin, dass auch immer mehr Menschen denken, keinen Einfluss darauf zu haben, was die Regierung macht (aktuell 52 % im Vergleich zu 42 % im Jahr 2007). Bei Menschen mit geringerer formaler Bildung und bei jüngeren Menschen ist dies besonders häufig anzutreffen.

Die sinkende Zufriedenheit mit dem Funktionieren der Demokratie hängt auch mit dem seit 2007 angestiegenen Gefühl von Unsicherheit zusammen: Der Satz „alles ist heute so in Unordnung geraten, dass niemand mehr weiß, wo man eigentlich steht“ erhielt 2007 32 % Zustimmung, 2017 41 %. Dieses Gefühl von Ohnmacht äußern Menschen mit geringerer formaler Bildung und ältere Menschen besonders häufig. Die Politik müsse sich – so die Erkenntnis der Studienautorinnen und der Studienautoren – aber von jenen kümmern, die politisch apathisch sind.

3.2.4. Aktuell erachten 43 % einen starken Mann an Spitze Österreichs für wünschenswert

Hier zeigen sich bei rund 10 % der Menschen durchgängig autoritäre Einstellungsmuster: Diese reichen von einer ambivalenten bzw positiven Bewertung des Nationalsozia-

lismus bis zum Wunsch nach einem „starken Mann“ an der Spitze Österreichs. Der Großteil jener Menschen, die sich einen „starken Mann“ an der Spitze Österreichs vorstellen können, sind Menschen mit hoher Unsicherheit und Menschen, die mit dem aktuellen Funktionieren der Demokratie in Österreich nicht zufrieden sind. Unter diesen beiden Gruppen befinden sich besonders viele PflichtschulabsolventInnen, ArbeiterInnen und Menschen mit mittleren Einkommen.

3.2.5. Studentinnen und Studenten – Weniger autoritär eingestellt, aber mit Unterschieden

Am 6. Dezember 2011 wurde erstmals eine Online-Umfrage zum Thema „Autoritarismus, Demokratiebewusstsein und nationales Selbstverständnis unter österreichischen Studierenden“ im Rahmen einer Pressekonferenz von *Angelika Gruber* vom damaligen Vorsitzteam der Österreichischen HochschülerInnenschaft (ÖH), vom damaligen Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, *Heinz Mayer*, gemeinsam mit dem Projektteam *Oliver Rathkolb* (Gesamtleitung), *Petra Ziegler* (Projektleitung) sowie den AutorInnen *Yvonne Schürmann-Zebetner* und *Alexander Salzmann* präsentiert. Damals konnten von insgesamt ca. 212.000 Studierenden rund 175.000 angeschrieben werden. Der Stichprobenumfang betrug bei der Onlineumfrage 14.549 Personen, als Stichprobendesign wurde eine Zufallsauswahl verwendet. Die Befragung wurde zwischen dem 1. März und dem 10. April 2011 durchgeführt, wobei nur die Universität Klagenfurt und die Medizinische Universität Wien nicht erreicht werden konnten.

Während seit 2004 autoritäre Einstellungen in der österreichischen Gesellschaft wieder im Steigen begriffen sind, dokumentierte diese Umfrage, dass bei jungen Studierenden deutlich geringere Dispositionen zu aggressivem Autoritarismus oder autoritärer Unterwürfigkeit vorhanden sind. Dennoch zeigen sich nach Studienrichtung differenziert tw deutliche Unterschiede bei den Einschätzungen, wobei Studierende aus den Bereichen der Sozial- sowie Geistes- und Kulturwissenschaften deutlich geringere Zustimmungswerte zu Autoritarismus aufweisen als Studierende aus den MINT-Fächern (bei einigen Frageitems) sowie aus den Bereichen Wirtschaft und Recht.

Der Aussage „Um Recht und Ordnung zu wahren, sollte man härter gegen AußenseiterInnen und UnruhestifterInnen vorgehen“ stimmen insgesamt 11 % der Studierenden zu – 68 % lehnen diese Aussage ab. Bei den Studierenden aus den Bereichen Wirtschaft und Recht finden sich mit 16 % mehr Personen, die dieser Aussage zustimmen.

Auch bei der Anomie und Fragen nach politischer Apathie zeigten sich Unterschiede zwischen den Studienrichtungen: 15 % der Studierenden stimmen zu, dass es sinnlos ist, sich politisch zu engagieren, 69 % stimmen dem nicht zu: Nach Studienrichtung lehnen va Studierende der Sozialwissenschaften diese Aussage ab (81 %). Studierende der naturwissenschaftlichen und technischen Fächer lehnen dies im Vergleich dazu nur zu 63 % ab.

Der Aussage, dass die Diskussion über den II. Weltkrieg und den Holocaust beendet werden sollte, stimmen 15 % der Studierenden zu, 71 % stimmen dem nicht zu. Nach Ge-

schlecht zeigt sich, dass Männer dieser Aussage eher zustimmen (18 %) als Frauen (12 %). Nach Studienrichtung stimmen dieser Aussage va Studierende aus Wirtschaft und Recht (21 %) und den MINT-Fächern (20 %) zu, wohingegen Studierende der Sozialwissenschaften nur zu 7 % zustimmen.

Erst als im Mai 2017 eine WhatsApp-Gruppe der ÖVP-nahen Aktionsgemeinschaft (AG) Jus aufgefliegen ist und die Wochenzeitung „Der Falter“ Screenshots mit rassistischen, antisemitischen und frauenfeindlichen Nachrichten und Fotos publizierte, die eine geschlossene Facebookgruppe mit dem Namen „FVJUS Männerkollektiv“ sich gegenseitig zuspielte, wurde unser Forschungsbefund erstmals ernst genommen.

Sowohl Dekan *Paul Oberhammer* als auch Rektor *Heinz Engl* forderten konkrete Maßnahmen, um derartigen Exzessen vorzubeugen. Die Staatsanwaltschaft ermittelte wegen Verhetzung und Verstoß gegen das Verbotsgesetz. Die involvierten StudentInnen wurden von der AG Jus ausgeschlossen. Dass derartige menschenverachtende Grenzüberschreitungen nicht nur an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien vorkommen, zeigte ein fast zeitgleicher Vorfall an der „Harvard Law School“ in einem privaten Facebookchat: „The memes included jokes about pedophilia, child abuse, sexual assault, and the Holocaust. One message referred to a Mexican youth being hanged as “piñata time”.²⁴ Zumindest 10 StudentInnen mussten die Universität verlassen. An der Universität Wien soll laut Meinung des Rektorats hingegen stärker in der Ausbildung derartig extremen Beispielen menschenbezogener Gruppenfeindlichkeit, die Bestandteil autoritärer Persönlichkeiten darstellt, vorgebeugt werden.

Trotz zahlloser Bildungsinitiativen in den letzten Jahrzehnten können gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit, Rassismus und Antisemitismus sogar im universitären Zusammenhang in Diskussionen in sozialen Medien dominant sein. Da inzwischen anhand der in diesem Beitrag vorgestellten empirischen Studien nachgewiesen wurde, dass diese negativen Einstellungsmuster Bestandteil antidemokratischer Entwicklungen sind, ist die kritische Auseinandersetzung mit der „autoritären Persönlichkeit“ ein wichtiger Faktor einer modernen politischen Bildung zur Stärkung des demokratischen Bewusstseins. Dass hier bei Studierenden aus dem Fachbereich Rechtswissenschaften besonderer Bedarf besteht, zeigte eine Online-Umfrage aus 2011 und die oben genannte Eskalation 2017. Rektor *Heinz Engl* hat daher 2017 erstmals gemeinsam mit Dekan *Paul Oberhammer* während eines Gedenkmarsches der Israelitischen Kultusgemeinde zur Erinnerung an das Novemberpogrom 1938 gesprochen und unmissverständlich mit Bedauern festgehalten, dass die „menschenverachtenden Postings von Menschen am Juridicum“ stattgefunden haben. Diese hätten gezeigt, „dass es gerade heute wieder wichtig ist, sich antisemitischen, rassistischen und frauenfeindlichen Exzessen vehement entgegen zu stellen“. Die Universität habe „hoffentlich aus diesem Fall gelernt und wird gegen alle Formen

²⁴ *Beckett*, Harvard rescinds admissions offers over offensive memes on Facebook – report, www.theguardian.com/education/2017/jun/05/harvard-rescinds-admissions-offers-offensive-memes (09.11.2017).

von Antisemitismus und Rassismus auftreten und sich verstärkt in Lehre und Forschung mit diesem Thema auseinandersetzen“.

Seit 1978 werden in Österreich Meinungsumfragen und sozialwissenschaftliche/historische Studien zum autoritären Potenzial, zur Demokratiefeindlichkeit, zum Antisemitismus sowie zu verharmlosenden Erinnerungen an den Nationalsozialismus durchgeführt. Während bis 2007 ein ständiges Absinken des autoritären Potenzials zu konstatieren war, zeigte sich 2017, dass sowohl die Ablehnung der Demokratie als auch die Sehnsucht nach einer starken Führungspersonlichkeit signifikant gestiegen ist. In einer umfangreichen Online-Umfrage unter Studierenden im Jahr 2011 haben wir – im Vergleich zur Durchschnittsgesellschaft – eine überdurchschnittlich hohe demokratische Einstellung nachgewiesen und auch ein kritischeres Geschichtsbild feststellen können, gleichzeitig aber auch signifikante Unterschiede unter den Studienrichtungen. So haben Studierende der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaften eine höhere Tendenz zu autoritären Einstellungen und zu verharmlosenden Geschichtsbildern über Antisemitismus und den Nationalsozialismus aufgewiesen als Studierende anderer Studienrichtungen.

Oliver Rathkolb, Dr. iur., Dr. phil., ist Univ.-Prof. am Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien und Institutsvorstand; oliver.rathkolb@univie.ac.at

Neue Pflichtenbildung

Zur Ausgestaltung und Durchsetzung von Bildungspflichten

Nadine Hauptfeld

1. Einleitung

Es ist ein nachvollziehbares demokratisches Interesse, dass alle Menschen Fertigkeiten wie Lesen und Schreiben erlernen, damit sie ihre Rechte wahrnehmen und die Gesellschaft effektiv und solidarisch mitgestalten können. Wie diese Fertigkeiten allerdings erlernt werden sollen, darüber scheiden sich die Geister. Grob gesagt steht auf der einen Seite ein staatlich beaufsichtigtes, womöglich kontrolliertes Pflichtschulwesen, das für manche die immanente Gefahr der Gleichschaltung birgt, auf der anderen Seite verschiedenste politische, religiöse, pädagogische und staatskritische Haltungen, die im besten Fall auf Lernen ohne staatliche Kontrolle, im schlimmsten Fall aber auf den Entzug der Kinder von der staatlichen Handhabe im Fall von Missständen, abzielen.

Dem deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist es wichtig, in seinen Entscheidungen deutlich zu machen, dass der gesellschaftliche, demokratische und soziale Nutzen der Schulpflicht ein grundlegendes Interesse der Allgemeinheit darstellt und daher persönliche Einschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Durchsetzung stehen müssen.¹ Im Vergleich zur Schulpflicht in Deutschland², deren Verletzung tw sogar mit strafrechtlichen Sanktionen verfolgt werden kann und die praktisch keine Möglichkeit für häuslichen Unterricht zulässt, handelt es sich bei der Schulpflicht iSd Art 14 Abs 6 B-VG eher um eine Unterrichtspflicht. Trotzdem sind die gesellschaftlichen Ziele, wie sie vom BVerfG beschrieben werden die gleichen, nur hat dies der österreichische VfGH noch nie so deutlich formuliert. Vermutlich ua deshalb, weil in Österreich die Schulpflicht liberaler ausgestaltet ist und es daher nicht zu den entsprechenden Anlassfällen kommt. Im Bereich der Schulpflicht gilt Österreich, gemeinsam mit Ländern wie Frankreich oder auch der Schweiz, als verhältnismäßig liberales Pflaster.

Dennoch beinhalten die autoritären Mittel, die im Bereich der Bildung vom Staat Österreich gewählt werden etwa das verpflichtende letzte Kindergartenjahr³ oder seit Neu-

1 BVerfG, 31. 5 2006, 2 BvR 1693/04, mwN.

2 Vgl *Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag*, Kurzdarstellung zum Zusammenhang von Schulpflicht und Homeschooling in Deutschland, 14.7.2016, <https://www.bundestag.de/blob/439052/ae8a7017b058abe1c92853fc9f0e7e33/wd-8-052-16-pdf-data.pdf> (5.12.2017).

3 Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Einführung der halbtägig kostenlosen und verpflichtenden frühen Förderung in institutionellen Kinderbetreuungseinrichtungen BGBI I 2009/99.

estem die Durchsetzung der Ausbildungspflicht, zumindest als ultima ratio die Verhängung einer Verwaltungsstrafe, die sowohl aus einer Geld- als auch aus einer Ersatzfreiheitsstrafe besteht.

2. Unterrichtspflicht in Österreich

2.1 Verfassungsgesetzliche Grundlagen

Die Grundlagen der Schule, des Unterrichts, der Lehre und der Schulpflicht finden sich in den österreichischen Verfassungsgesetzen. Als Grundrecht normiert Art 17 StGG 1867⁴ die Freiheit der Wissenschaft und der Lehre, die Möglichkeit der freien Gründung von Erziehungsanstalten und der Erteilung des häuslichen Unterrichts ohne Notwendigkeit eines Befähigungsnachweises. Der Staat hat die oberste Leitung und Aufsicht über das gesamte Unterrichts- und Erziehungswesen, innerhalb dieser besteht aber die Freiheit, Schulen zu gründen oder im häuslichen Unterricht zu unterrichten. Diese Freiheit wird vom VfGH va dahingehend ausgelegt, dass weder Bund noch Länder Gesetze erlassen dürfen, die für den häuslichen Unterricht Beschränkungen irgendwelcher Art festlegen.⁵ Die Aufgabe der österreichischen Schule ist in Art 14 B-VG ausgeführt und wird in § 2 Abs 1 SchOrgG⁶ zusammengefasst. Die dort angeführte Zielformulierung zeigt deutlich die weltanschauliche Stoßrichtung, der die Verfassung hier Ausdruck verleiht. Insb die deutliche Erwähnung der „sittlichen und religiösen Werte“ „arbeitstüchtigen und pflichttreuen“ Bürger_innen lassen tief in das Wertesystem blicken, auf dem die österreichische Schule aufgebaut ist. Art 14 Abs 7a B-VG stellt die verfassungsgesetzliche Grundlage sowohl der neunjährigen Schulpflicht als auch der Berufsschulpflicht dar.

2.2 Das Schulpflichtgesetz

Das Schulpflichtgesetz stellt durch die Normierung der allgemeinen Schulpflicht sicher, dass alle Kinder, die sich in Österreich dauernd aufhalten, eine grundlegende Schulbildung erhalten.⁷ Die allgemeine Schulpflicht beginnt mit dem auf die Vollendung des sechsten Lebensjahres folgenden 1. September und dauert neun Jahre. Das Schulpflichtgesetz erläutert abschließend die Möglichkeiten der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht in Österreich.⁸ Im Regelfall wird die allgemeine Schulpflicht in öffentlichen Schulen und Schulen mit Öffentlichkeitsrecht erfüllt. Das Öffentlichkeitsrecht, das vom Bil-

4 Staatsgrundgesetz RGBl 1867/142.

5 VfGH Slg Nr 2670, in *Jonak-Kövesi*, Das Österreichische Schulrecht¹⁴, 2015, Art 17, FN1.

6 Schulorganisationsgesetz BGBl I 1962/242.

7 „§ 1 SchulpfG unterscheidet nicht zwischen Staatsbürgerschaften.“, *Jonak – Kövesi*; Schulrecht¹⁴, § 1, FN1.

8 Daneben gibt es auch eine Berufsschulpflicht, die in den §§ 20 ff SchulpfG geregelt wird und im Unterschied zur allgemeinen Schulpflicht nur Lehrlinge (Vgl Abs 1 Z 1-3 und Abs 2 Z 1-2 leg cit) betrifft.

dungsministerium verliehen wird, ist in §§ 13-16 Privatschulgesetz⁹ geregelt und ermöglicht es, auch an einer Privatschule¹⁰ die Schulpflicht zu absolvieren.

Unbenommen bleibt jedoch die Möglichkeit, gem §§ 11-13 SchulPflG die allgemeine Schulpflicht durch Teilnahme an einem sonstigen gleichwertigen Unterricht zu erfüllen. Neben der Möglichkeit, die Schulpflicht an einer Privatschule ohne Öffentlichkeitsrecht zu erfüllen, finden sich in §§ 11 Abs 2 ff SchulPflG die Regelungen zum häuslichen Unterricht. Gem § 24 SchulPflG liegt die Verantwortung für die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht bei den Erziehungsberechtigten, gegebenenfalls auch dem_der Lehrberechtigten und ab dem 14. Lebensjahr auch bei dem_der Schüler_in selbst. Sie beinhaltet die Anmeldung des_der Schulpflichtigen in der zuständigen Schule und die Obsorge für den regelmäßigen Schulbesuch. Wenn für ein Kind kein häuslicher Unterricht angezeigt wurde, dieses Kind seine Schulpflicht aber auch nicht in einer entsprechenden Schule erfüllt, stellt das eine Verwaltungsübertretung dar und wird gem Abs 4 leg cit mit einer Geldstrafe bis zu € 440 bzw bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen geahndet.

Die zur Verfolgung von Schulpflichtverletzungen notwendige Informationserhebung der Feststellung der Schulpflichtigen ist ebenfalls im SchulPflG geregelt. Die Führung der Schulpflichtmatrik (§ 16 leg cit), ein Verzeichnis aller Schulpflichtigen, obliegt daher den Ortsgemeinden, durch die, unter Aufsicht des Landesschulrates, ein Verzeichnis aller in ihrem Gebiet wohnhaften schulpflichtigen Kinder zu führen ist. Die Schulleitungen sind verpflichtet den Ein- und Austritt von schulpflichtigen Kindern anzuzeigen (Abs 2). Die näheren Vorschriften über die Führung der Schulpflichtmatrik unterscheiden sich in den einzelnen Bundesländern.

Wenn schulpflichtige Kinder keine entsprechende Schule besuchen und auch nicht zum häuslichen Unterricht abgemeldet wurden, dann wird von dem_der Schulleiter_in/von der Schulbehörde eine Anzeige an die Bezirksverwaltungsbehörde bzw den zuständigen Magistrat erstattet. Dieser führt das Verwaltungsstrafverfahren gem §§ 40-46 VStG und verhängt gegebenenfalls eine Strafe wegen Schulpflichtverletzung. Dementsprechend sind auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse bei der Bemessung einer Geldstrafe zu berücksichtigen (§ 19 Abs 2 VStG).

Es fehlen allgemeine und bundesweite statistische Auswertungen zur Menge der Anzeigen solcher Verwaltungsübertretungen sowie zur Häufigkeit und zu den Auswirkungen dieser Strafen, obwohl im Bildungsbereich insgesamt viele Daten erhoben werden (vgl BildungsdokumentationsG). 2011 zumindest endeten knapp ein Drittel der angezeigten Verletzungen in einer Ermahnung und ein weiteres Drittel wurde eingestellt.¹¹

9 Gem § 14 PrivatschulG kann sowohl Schulen mit gesetzlich geregelter Schulartbezeichnung (§ 5 SchulPflG), als auch anderen Privatschulen („Statutschulen“) das Öffentlichkeitsrecht entweder auf Dauer oder jeweils nur für ein Schuljahr (§ 15 leg cit) verliehen werden. Dadurch kann auch in diesen Schulen die Schulpflicht ohne Ablegung einer Externist_innenprüfung über den zureichenden Erfolg des Unterrichts erfüllt werden.

10 Eine Privatschule ist ganz generell eine Schule, die eine_n andere_n als den_ gesetzlich vorgesehene_n Träger_in hat.

11 „Allein in Wien gab es im laufenden Jahr 1161 Anzeigen. 1138 davon mündeten in einem tatsächlichen Strafverfahren. Doch nur 371 führten zu einem Strafbescheid, 444 wurden eingestellt. In vielen Fällen werden demnach lediglich Ermahnungen ausgesprochen. Die gestiegene Zahl der Anzeigen führt der Wiener Stadtschulrat vor allem auf ver-

2.3 Häuslicher Unterricht

Zum Erhebungszeitpunkt für den Bericht „Bildung in Zahlen 2015/16“ besuchten fast alle Schulpflichtigen in Österreich eine Schule, der Anteil der Schüler_innen im häuslichen Unterricht war, laut Statistik Austria, „beinahe vernachlässigbar“.¹² Zahlen werden für Gesamtösterreich nicht ausgewiesen, in Wien sind im Schuljahr 2017/18 circa 440 Schulpflichtige zum häuslichen Unterricht abgemeldet.¹³

Häuslicher Unterricht (bzw die Teilnahme am Unterricht in einer Privatschule ohne Öffentlichkeitsrecht) stellt eine eigene Form der Bildungsvermittlung dar, die den Regelungen über die schulische Ausbildung nicht unterworfen ist.¹⁴ In diese Bildungsvermittlung greifen die Bestimmungen des Schulpflichtgesetzes nicht ein. Das Schulpflichtgesetz regelt folglich nur, ob das Kind durch Teilnahme am häuslichen Unterricht seine Schulpflicht erfüllt oder ob dazu der Besuch einer allgemeinen Pflichtschule nötig ist.¹⁵

Der häusliche Unterricht darf nur dann binnen eines Monats ab Anzeige von der Landesschulbehörde untersagt werden, wenn die Gleichwertigkeit des Unterrichts mit großer Wahrscheinlichkeit nicht gegeben ist.¹⁶ Dies ist der Fall, wenn in einem an entsprechende Verdachtsmomente anknüpfenden Verwaltungsverfahren gewichtige Gründe aufgetaucht sind, die zu dieser Annahme führen. Wenn das betreffende Kind die Externist_innenprüfung am Ende des vorangegangenen Schuljahres nicht mit „zureichendem Erfolg“ bestanden hat, hat der Landesschulrat gem § 11 Abs 4 SchulPfG anzuordnen¹⁷, dass das Kind seine Schulpflicht in einer Schule gem § 5 SchulPfG zu erfüllen hat.

Es stellt sich der Schulbehörde mitunter die heikle Aufgabe der Prognose. Va die Prüfung der Gleichwertigkeit des häuslichen Unterrichts bei erstmaliger Antragstellung stellt eine sehr schwierige Entscheidung dar.¹⁸ Wenig Rechtsprechung zum Grundrecht auf häuslichen Unterricht, die grundsätzlich angesagte Zurückhaltung sowie die Verschiedenheit der Sachverhalte der angezeigten Fälle von häuslichem Unterricht machen es schwierig, festzustellen, wo die Grenze gezogen und dieser untersagt werden darf.

stärkte Kontrollen zurück.“; *Die Presse*, 23.9.2011, 1500 Euro Strafe für Verletzung der Schulpflicht <http://diepresse.com/home/bildung/schule/pflichtschulen/695322/1500-Euro-Strafe-fuer-Verletzung-der-Schulpflicht> (5.12.2017). Da seither das Strafmaß erhöht und der 5-Stufen-Plan eingeführt wurde, ist es gut möglich, dass sich auch die Zahl der Anzeigen und Strafen stärker verändert hat.

12 *Statistik Austria*, Bildung in Zahlen 2015/16, 2017, 24, http://www.statistik.at/web_de/services/publikationen/5/index.html?includePage=detailedView§ionName=Bildung%2C+Kultur&publId=461 (5.12.2017).

13 Lt Information des zuständigen Referates des Stadtschulrates für Wien.

14 Vgl VfGH 29.1.2009, 2008/10/332, mit Verweis auf den Beschluss des VfGH vom 15.12.2008, B 1954/08.

15 Vgl BVwG, 17.11.2014, W128 2012934-mwN.

16 VfGH 25.4.1974, 16/17/74.

17 Vgl VfGH E 1993/2014 wonach in der Untersagung an der Teilnahme am häuslichen Unterricht mangels Ablegung einer Externist_innenprüfung keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte zu sehen ist.

18 Vgl *Gaisch / Günzl-Stuwebschrott*, Häuslicher Unterricht – ein antiquiertes Auslaufmodell, S&R 2/2008, 16.

In der jüngsten Entscheidung des BVwG¹⁹ stellte sich die Sachlage folgendermaßen dar: Die erziehungsberechtigten Eltern von zwei schulpflichtigen Kindern hatten laut behördlichen Erhebungen bereits erzieherische Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Schulbesuch beim älteren Kind, das schließlich keinen Pflichtschulabschluss erreichen konnte, gehabt. Schon früher kam es zu Auffälligkeiten, als die Erziehungsberechtigte begann, verschiedenen Behörden Rechnungen über Silberunzen zuzuschicken, was sich schließlich durch die Nähe der Erziehungsberechtigten zum OPPT (One People's Public Trust²⁰) erklärte. Im Zuge der krisenbedingten Abnahme der Kinder, um deren Schulbesuch sich das gegenständliche Verfahren dreht, durch den Kinder- und Jugendhilfeträger, kam es schließlich zur Einschulung der beiden Schulpflichtigen in einer öffentlichen Volksschule. Dort stellte sich heraus, dass die beiden trotz grundsätzlicher Befähigung, auf Grund bis dahin offensichtlich unterlassener Förderung, Schwierigkeiten hatten, dem altersgemäßen Unterricht zu folgen. Da sich die Erziehungsberechtigten vom OPPT distanzieren und mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger kooperierten, konnte ihnen die Obsorge wieder übertragen werden. Was allerdings in schulischer Hinsicht dazu führte, dass es gehäuft zu unregelmäßigem Schulbesuch kam und die angebotenen und notwendigen schulischen Fördermaßnahmen nicht genutzt wurden. Für das Schuljahr 2017/18 zeigte die Erziehungsberechtigte für die beiden Schulpflichtigen den häuslichen Unterricht bei der Schulbehörde an. Sowohl der Kinder- und Jugendhilfeträger als auch die besuchte Schule sprachen sich dagegen aus. In Anbetracht der von ihr festgestellten fehlenden Gleichwertigkeit untersagte die Schulbehörde den häuslichen Unterricht. Während des Beschwerdeverfahrens, dem keine aufschiebende Wirkung zukommt, wurden die Kinder nach wie vor nicht in die Schule geschickt und daher die Schulpflicht verletzt. Das BVwG stellte außerdem fest, dass die Beschwerdeführer_innen über kein konkretes Konzept verfügten, wie der häusliche Unterricht erfolgreich ablaufen sollte, insb auch was die bereits bestehenden großen Bildungsrückstände und die Legasthenie-Ansätze eines der beiden Kinder betraf.²¹ In seiner rechtlichen Beurteilung kam das BVwG zur Konklusion, dass aufgrund der gegebenen Sachlage mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden könne, dass die Gleichwertigkeit des häuslichen Unterrichtes mit dem Unterricht an einer allgemeinbildenden Pflichtschule nicht gegeben sein werde. Als maßgebliche Gründe führte das Gericht an, dass es den Beschwerdeführer_innen bislang nicht gelungen sei, mit den Kindern die lehrplanmäßigen Bildungsziele zu erarbeiten bzw ihnen die notwendige Förderung zum Aufholen der bereits entstandenen Bildungsrückstände zukommen zu lassen.

19 Der Verfasserin liegt die schriftliche Ausfertigung des am 15.09.2017 mündlich verkündeten Erkenntnisses mit den GZ W227 2169063-1/8E und W227 2168529-1/8E vor.

20 Es handelt sich um eine Bewegung, deren Anhänger_innen aufgrund von Verschwörungstheorien die Legitimation von Nationalstaaten in Frage stellen, [https://de.wikipedia.org/wiki/One_People%20%99s_Public_Trust](https://de.wikipedia.org/wiki/One_People%E2%80%99s_Public_Trust) (5.12.2017).

21 Vgl BVwG 15.9.2017 GZ W227 2169063-1/8E und W227 2168529-1/8E, 5.

2.4 § 25 SchulPflG – Maßnahmen zur Erfüllung der Schulpflicht (5-Stufen-Plan)

Für den Fall, dass die Schule zwar hin und wieder, aber nicht regelmäßig besucht wird, wurde 2013²² der so genannte 5-Stufen-Plan eingeführt, dessen Absolvierung im Falle von unregelmäßigem Schulbesuch und daraus resultierender Schulpflichtverletzung der Verhängung einer Verwaltungsstrafe gem § 24 SchulPflG vorangehen muss. Bevor es zur Durchführung des 5-Stufen-Plans kommt, ist am Beginn des Schuljahres eine Vereinbarung zwischen Klassenlehrer_in und Schüler_innen über Kommunikation und Verhaltensweise zu erarbeiten (Abs 2 leg cit). Darin sind grundlegende Regeln des Miteinanders iSd Vereinbarungskultur an Schulen zu definieren. Dies ist sozusagen als präventive Maßnahme zur Verhinderung von Schulpflichtverletzungen gedacht. Sollte es trotzdem zu wiederholten Verletzungen kommen, ist der gesetzlich geregelte Plan einzuhalten.

Dieser beinhaltet die Stufen I-V, Abs 3–7 leg cit, die in ihrer Formulierung und Herangehensweise ebenfalls eine Vereinbarungskultur und Kommunikationsstruktur normieren, wie sie in „normalen“ Verwaltungsstrafverfahren vermutlich undenkbar wären. Stufe I, die nach unentschuldigtem Fernbleiben an drei aufeinanderfolgenden Tagen bzw insgesamt fünf Tagen oder 30 Stunden im Semester eingeleitet wird, schreibt ein unverzüglich und verpflichtend durchzuführendes Gespräch zwischen Schüler_in, Erziehungsberechtigtem_r und Klassenlehrer_in vor. Es sind die Erziehungsberechtigten sowie der_die Schüler_in über ihre Verantwortung zur Erfüllung der Schulpflicht aufzuklären. Außerdem sollen in diesem Gespräch die Gründe für das Fernbleiben erörtert und gemeinsam nächste Schritte zur Vermeidung weiterer Schulpflichtverletzungen schriftlich vereinbart werden. Die Stufen II – V bauen diese Kommunikation mit schrittweiser Einbeziehung der Schulbehörde und erforderlichenfalls des Kinder- und Jugendhilfeträgers weiter aus und bilden eine Auswahl von Maßnahmen ab, die angewendet werden können, um weitere Schulpflichtverletzungen zu unterbinden. In der Praxis ist sicherlich auch die Flexibilität bzgl der Fristen, wie sie in § 25 Abs 1 letzter Satz SchulPflG ermöglicht wird, eine gute Möglichkeit, auf den Einzelfall besser eingehen zu können.²³

Wie das LVwG Wien²⁴ aussprach, kann der 5-Stufen-Plan aber nur umgesetzt werden, wenn das betreffende schulpflichtige Kind in einer Schule angemeldet ist. Das Erkenntnis betont, dass § 25 SchulPflG sich im Wesentlichen an Schulschwänzer_innen richtet, die ihre Schulpflicht durch unregelmäßigen Schulbesuch verletzen und nicht an Schüler_innen, die nicht einmal einen einzigen Tag in der Schule erschienen sind. Wenn das Kind, wie im vorliegenden Erkenntnis, von den Eltern nicht zum Schulbesuch angemeldet wurde und der häusliche Unterricht von der Schulbehörde untersagt wurde, da der

22 BGBl I 2013/77 vorerst als § 24a SchulPflG in Kraft ab 1. September 2013.

23 Vgl RV Erl 2198 der Blg XXIV. GP, aus denen hervorgeht, dass die vorgesehene Einleitung des 5-Stufen-Plans und alle im Gesetz enthaltenen Fristen insofern flexibel anzuwenden sind, als dass der_die zuständig_e Lehrer_in sie an den jeweiligen Fall anpassen und präventiv und frühzeitig, aber auch über einen kürzeren oder längeren Zeitraum hinweg handeln kann.

24 LVwG Wien 4.7.2016, VGW -001/076/9792/2015.

Nachweis über den zureichenden Erfolg des vorangegangenen Schuljahres bei der Externist_innenprüfung nicht gelang, ergeht umgehend ein Strafbescheid aufgrund der Schulpflichtverletzung.²⁵

Es können auch im Falle eines Entzugs des_der Schulpflichtigen von der Schule Gespräche, die Ähnlichkeiten mit dem 5-Stufen-Plan aufweisen, gesucht werden. Sowohl mit Pädagog_innen als auch mit den Zuständigen der Schulaufsicht hatte die betreffende Familie im konkreten Fall umfassenden Kontakt. Nachdem dies aber nichts an der vorläufigen Verletzung der geltenden Verwaltungsvorschriften änderte, wurde schließlich das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet und das Straferkenntnis des zuständigen Magistrates durch das LVwG bestätigt. Es handelte sich um eine Verwaltungsstrafe iHv € 160 oder neun Stunden Ersatzfreiheitsstrafe.

Die Gesetzgebung zielt darauf ab, ein Miteinander aller Beteiligten an der Schule zu fördern, indem zuerst die Probleme, die den unregelmäßigen Schulbesuch verursachen, eruiert werden und dann einerseits durch getroffene Vereinbarungen, Erinnerung und Gespräch über Verpflichtungen der Erziehungsberechtigten und Schüler_innen, andererseits durch gezielte Hilfestellungen von Dritten²⁶ versucht werden soll, gemeinsam gegen Schulpflichtverletzungen vorzugehen, bevor ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wird.²⁷

Die Erl zu § 25 SchulpfG führen aus, dass nur, wenn die von der Schule gesetzten Unterstützungsmaßnahmen und Interventionen zu keinem Erfolg geführt haben, die Anzeige bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu erfolgen hat. Im Gesetz nicht direkt übernommen, aber offensichtlich mitgemeint, findet sich in den Erläuterungen als letzter Satz: *„Auch bei Verhängung einer Geldstrafe steht das Wohl des Schülers weiterhin im Vordergrund und der Schüler ist von Schule und Jugendwohlfahrt entsprechend weiter zu begleiten und zu unterstützen.“*²⁸ Mit Erlassung des Gesetzes ist bei Schulpflichtverletzungen ein Schritt in Richtung pädagogischer und einzelfallbezogener Lösungen innerhalb der Schule gesetzt worden. Dem Verwaltungsstrafverfahren ein an den konkreten Fall anpassbares 5-Stufen-Programm voranzustellen erscheint, gerade in den häufig intimen und vielfältigen Situationen (bspw Pflege durch Schulpflichtige, Schulverweigerung, Schulangst, Vernachlässigung, Drogenmissbrauch, körperliche und psychische Beschwerden, Probleme in der Schule/Klasse, Mobbing, etc), aus denen derartige Schulpflichtverletzungen resultieren können, angebracht und ist eine begrüßenswerte Entwicklung.

25 LVwG 04.07.2016 VGW-001/076/9792: *„Aufgrund der Nichtanwendbarkeit des § 25 SchPflG ist lediglich die Nachricht der Abteilung der Schülermatrik erfolgt, dass für einen Schulbesuch zu sorgen sei und der Schülermatrik eine entsprechende Mitteilung zugesandt werden soll, ansonsten erfolge eine Anzeige wegen Schulpflichtverletzung.“*

26 Vgl RV 2198 der Blg XXIV. GP, die (vermutlich nicht abschließende) Aufzählung, wobei ausdrücklich bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung auch eine Meldung durch den Beamten des Qualitätsmanagements (Schulaufsicht) an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger zu ergehen hat.

27 Vgl ebd.

28 Vgl ebd.

3. Die Ausbildungspflicht bis 18

Zugleich mit den positiven Entwicklungen im Zusammenhang mit Schulpflichtverletzungen, wird der Ton um die Nicht-mehr-Schulpflichtigen rauer. Schul- und Ausbildungsabbrüche stellen ein komplexes Phänomen dar, wie eine aufschlussreiche Studie vom Institut für Höhere Studien (IHS) aus dem Jahr 2015 zeigt. Das Mittel der Wahl²⁹ der österreichischen Bundesregierung war 2016, das Ausbildungspflichtgesetz zu beschließen, um die Jugendlichen unter 18 Jahren, die keine Ausbildung absolvieren, zu erreichen und zu unterstützen. Laut der oben genannten Studie sind ca 16.000 Personen in ganz Österreich Teil dieser Zielgruppe.

In einer Broschüre des BMB über die neu geregelte Ausbildungspflicht bis 18³⁰, die sich va an Schulen richtet, werden eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, im späteren Leben mit Arbeitslosigkeit konfrontiert zu sein bzw mit einem geringen Einkommen auskommen zu müssen als konkrete Risiken von frühen Abbrüchen der Bildungslaufbahn identifiziert. Außerdem wird eine Verbindung dieser beiden Faktoren mit der Entstehung von sozialen, gesundheitlichen und demokratiepolitischen Problemen sowie delinquentem Verhalten aufgezeigt.

Die Ausbildungspflicht betrifft alle in Österreich nicht nur vorübergehend wohnhaften Jugendlichen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres oder dem früheren Ausbildungsende, die mit Ende des Schuljahres 2016/17 oder später ihre allgemeine Schulpflicht erfüllt haben. §§ 4f AusbildungspflG regeln, wie die Ausbildungspflicht erfüllt werden kann. Im Wesentlichen ist es nun für alle Jugendlichen in Österreich verpflichtend, eine weiterführende Schule, Lehre oder Ausbildung iSd Gesetzes zu absolvieren oder auf der Suche danach zu sein. Einfache Berufstätigkeit ohne Ausbildung kann nicht zur Absolvierung der Ausbildungspflicht herangezogen werden, dies soll dem jugendlichen Hilfsarbeiter_innentum Abhilfe leisten.³¹ Im Begutachtungsverfahren wurde dazu krit angemerkt, dass es im Einzelfall auch eine Herausforderung darstellen kann, eine ungelernete Tätigkeit durchzuhalten und regelmäßig zu absolvieren.³² Bedacht werden sollte auch die ökonomische Implikation, die häufig mit einer solchen Arbeitswahl einhergeht und nicht einfach durch die Verpflichtung eine Ausbildung zu absolvieren verschwindet.

Zur Vollziehung der Ausbildungspflicht wurden zehn neue Koordinationsstellen (KOST) eingerichtet, die personen- und ausbildungsbezogene Daten über die Ausbildungspflichtigen, die vom Bundesamt für Statistik verschlüsselt werden, erheben und zusammenführen sollen. Hier sollen sich auch die Erziehungsberechtigten melden, wenn nicht binnen

29 Ein Blick auf die Seite des BMB zeigt allerdings, dass viele Strategien gleichzeitig angewendet werden um die Problematik der early school leavers/Schulabbrecher_innen, aber auch des Schwänzens und Verweigerns von verschiedenen Seiten zu betrachten vgl <https://www.bmb.gv.at/schulen/unterricht/ba/schulabbruch.html> (5.12.2017).

30 *Linde / Linde-Leimer / Hofmann*, Ausbildung bis 18 für alle! Wie Schulen einen wesentlichen Beitrag dazu leisten können, 2017, 27f.

31 Vgl *Steiner / Pessl / Karaszek*, Grundlagenanalyse, 32, http://www.equi.at/dateien/Ausbildung_bis_18.pdf (5.12.2017).

32 Konkret zB die Kinder- und Jugendanwaltschaft, 36/SN-182/ME XXV. GP.

vier Monaten nach Ende oder Abbruch einer Ausbildung/Schule eine Weiterbildung begonnen wurde. Die verschiedenen Träger_innen (Schulen, AMS, Betriebe, etc) haben an vier jährlichen Stichtagen an die KOST zu melden, welche Jugendlichen sich bei ihnen in (Aus-/Schul-) Bildung befinden (§ 13 leg cit). Das Sozialministeriumservice (SMS) bzw das Arbeitsmarktservice sind dazu berufen, die Jugendlichen je nach dargestellter Sachlage zu betreuen und zu vermitteln.

Die Verwaltungsstrafnorm § 17 leg cit, die nur in äußerst seltenen Fällen angewendet werden soll, richtet sich an die Erziehungsberechtigten und stellt die Nichterfüllung der Ausbildungspflicht ab 1.7.2018 unter eine Geldstrafe von € 100 bis 500, im Wiederholungsfall von € 200 bis 1.000. Nach erfolgloser Kontaktaufnahme durch die zuständige KOST und Jugendcoaches mit den Erziehungsberechtigten, meldet die KOST die Nichterfüllung an das SMS und dieses erstattet Anzeige bei der Bezirksverwaltungsbehörde. Von verschiedenen Seiten gibt es Kritik an der Ausbildungspflicht. Diskutiert wird dabei auch die Herangehensweise, eine Verpflichtung für Jugendliche zu schaffen, die insofern nicht erfüllbar sei, als es nicht genügend Ausbildungsplätze gäbe, sowie dass das Schulsystem Jugendliche ohne grundlegende Fertigkeiten aus der Schulpflicht entlasse und nun versucht werde, dies über die Ausbildungspflicht auszugleichen.³³ Einer der größten Kritikpunkte an der Ausbildungspflicht besteht darin, dass Schulabbrüche häufig sozial schwache Familien treffen. Diese werden zusätzlich mit Strafen unter Druck gesetzt, sich in dem System, in dem es zunehmend schwieriger wird einen Ausbildungsplatz zu finden und in dem die berufsbildenden Schulen darauf ausgelegt sind jährlich weniger Plätze anzubieten und damit Abbrecher_innen zu produzieren, zu behaupten.³⁴

Im Begutachtungsverfahren fand die Einführung einer Pflicht der Ausbildung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs grundsätzlich breite Zustimmung. An der Ausgestaltung stoßen sich aber dennoch Einige, insb an der zwangsweisen Durchsetzung durch Verhängung von Verwaltungsstrafen. Zusammenfassend bringen die Kritiker_innen³⁵ ua vor, dass die Betroffenen selbst zu wenig eingebunden werden. Im Gegenteil, die Regelung suggeriert, dass Jugendliche einen zu geringen Willen hätten, eine weitere Ausbildung anzustreben und löst diese Unterstellung nicht emanzipatorisch durch Einbindung in die Gestaltung des eigenen Perspektivenplanes, sondern paternalistisch durch Bestrafung der Erziehungsberechtigten.

33 Vgl APA, *Ausbildungspflicht: Kritik von Behindertenverbänden, WKÖ und Finanzministerium* vom 8.3.2016 <http://derstandard.at/2000032518327/Ausbildungspflicht-Kritik-von-Behindertenverbaenden-WKOe-und-Finanzministerium> (4.12.2017) und *Gewerkschaft hat Bedenken bei Ausbildungspflicht* vom 9.3.2016 APA, <http://derstandard.at/2000032596863/Gewerkschaft-hat-Bedenken-bei-Ausbildungspflicht> (5.12.2017).

34 *Meisel*, *Ausbildungspflicht bis 18, schön und gut – aber muss Strafe sein?* In *Blog Arbeit und Wirtschaft* vom 9.12.2014, <https://blog.arbeit-wirtschaft.at/ausbildungspflicht-bis-18-schoen-und-gut-aber-muss-strafe-sein/> (5.12.2017).

35 Vgl die *Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf*, insb von SOS Kinderdorf, bjv, Kinder- und Jugendanwaltschaft, bundesweites Netzwerk offene Jugendarbeit ua, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00182/index.shtml#tab-Stellungnahmen (5.12.2017).

Weitere Kritikpunkte fokussieren sich auf den Zugang zum Arbeitsmarkt von Asylwerber_innen³⁶ und subsidiär Schutzberechtigten, Mitspracherechte der Betroffenen, insb bei der Erstellung des vorgesehenen Perspektivenplans und die Notwendigkeit, entsprechende Schul- und Ausbildungsplätze zur Verfügung zu stellen.

Ein Gesetz, das eine Verpflichtung für jene normiert, die drohen, aus dem System herauszufallen und diese versucht mit Strafen durchzusetzen, wird vielleicht an der äußeren Verfasstheit etwas ändern können. Es bleibt aber zu bedenken, dass an den häufigsten Ursachen für diese Situation, nämlich psychischen Problemen, dem psychosozialen Umfeld oder erlebten Enttäuschungen im schulischen Bereich, nichts geändert wird und diese zum Teil durch den erzeugten Druck sogar noch verstärkt werden könnten.

4. Conclusio

Das Bildungssystem sollte von vornherein inklusiv ausgestaltet sein, nicht zwischen sozialer Herkunft oder Geschlecht differenzieren und alle aufgrund ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten fordern und fördern. Dann wäre das Ausbildungspflichtgesetz, als Kompensation für während der Schulpflicht Versäumtes, wahrscheinlich obsolet. Es sieht in der momentanen politischen Bildungsdebatte eher nach verstärkten autoritären Tendenzen aus³⁷ und es entsteht das Gefühl, dass ein sozialer Kampf in das Bildungssystem getragen werden soll, der allen Beteiligten und damit im Endeffekt der Gesellschaft nur schaden kann.

Eingangs wurden die Argumente für eine allgemeine Schulpflicht dargelegt. Dagegen wird mit Befürchtungen der staatlichen Indoktrination und liberalen oder religiösen Ansätzen argumentiert. Hier wird die Schule als Herrschaftsinstrument beleuchtet und die strukturelle Gewalt, die durch die verrechtlichte Verwaltung auf Schüler_innen, Erziehungsberechtigte und Lehrer_innen ausgeübt werde, kritisiert.

Es ist nicht abzustreiten, dass sich aus dem Spannungsfeld von Herrschaft und Freiheit in der Schule besondere Fragen ergeben. In Österreich gab es innerhalb der Regelung der Schulpflicht bisher den Weg der liberalen Möglichkeiten, wie das Recht auf häuslichen Unterricht und pädagogischer Ansätze, wie dem 5-Stufen-Plan zur Vermeidung von Schulpflichtverletzungen. Die neue Ausbildungspflicht erscheint idZ hingegen als Schritt hin zu strengeren staatlichen Maßnahmen und einer Ordnung, die va auch über Bestrafung erreicht werden soll. Es stellt sich wieder einmal die Frage, wie weit staatliche Kontrolle und Sanktionen für das Wohl der Allgemeinheit zugelassen werden müssen und welche alternativen Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Durch die Zusammenarbeit vieler Institutionen, Behörden und Berufsgruppen, wie Schulsozialarbeiter_innen, Ju-

36 *Der Standard*, Ausbildungspflicht für doch nicht alle Jugendlichen, 06.07.2016, <http://derstandard.at/2000040484419/Ausbildungspflicht-fuer-doch-nicht-alle-Jugendlichen> (5.12.2017).

37 *Bayrhammer / Prior*, Koalitionsverhandlungen: Harte Strafen für nachlässige Eltern, 28.11.2017, https://diepresse.com/home/bildung/schule/5329261/Koalitionsverhandlungen_Harte-Strafen-fuer-nachlaessige-Eltern (5.12.2017).

gendcoaches etc sowie der Schaffung der KOST soll versucht werden, dem Problem auf mehreren Ebenen entgegenzutreten. Anscheinend weiß sich der Staat nicht mehr anders zu helfen, als alle, die mit Erziehungsberechtigten und Jugendlichen zusammenarbeiten, mit dem drohenden Zeigefinger der Verwaltungsstrafe auszustatten. Der Subtext klingt nach „Mach es, weil es gut für dich ist, aber eigentlich brauchst du davon nicht überzeugt zu sein, weil du musst sowieso.“ Ein emanzipatorischer Ansatz sieht wohl anders aus. Spannend werden jedenfalls die Ergebnisse der begleitenden Datenerhebungen und Studien mit längerer Laufzeit, die auch im Zusammenhang mit Entwicklungen des Arbeitsmarktes zeigen könnten, ob sich diese Zwangsbeglückung durch den Staat für die Betroffenen zumindest im gesetzlichen Sinne³⁸ des vermeintlich erstrebenswerten Lebens als pflichtbewusste_r und arbeitsame_r Bürger_in auszahlt.

Wie das System, aus dem man fallen kann, aussehen soll, welche Formen Staat, Welt und Gesellschaft annehmen sollen, ist eine persönliche Frage nach der politischen Einstellung und der Weltanschauung. Diese lässt sich aber insgesamt leichter reflektieren, wenn man_frau lesen kann. Insofern bleibt nur zu hoffen, dass die verpflichtende Bildung starke, demokratische und solidarische Bestrebungen auslöst und sich die autoritäre Katze in den Schwanz beißt.

Mag.^a Nadine Hauptfeld, BA studierte Fennistik und Rechtswissenschaften auf der Uni Wien und der Uni Zagreb. Sie war 2010-13 im bildungspolitischen Referat der ÖH Bundesvertretung und ist momentan Schulrechtsjuristin im Stadtschulrat für Wien; nadine.hauptfeld@gmail.com

38 Vgl oben § 2 SchOG bzw auch § 2 Abs 1 AusbildungspflG, wo es heißt: „Zweck dieses Bundesgesetzes ist, den Jugendlichen durch eine Bildung oder Ausbildung eine Qualifikation zu ermöglichen, welche die Chancen auf eine nachhaltige und umfassende Teilhabe am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben erhöht und den zunehmenden Qualifizierungsanforderungen der Wirtschaft entspricht.“

Autoritäre Tendenzen im Aufenthaltsrecht seit 2006

Johannes Peyrl

1. Einleitung

Es ist wohl keine große Herausforderung, im weiten Feld des „Fremdenrechts“ autoritäre Tendenzen auszumachen und – zumindest cursorisch – zu beschreiben. Allerdings gehen die Meinungen darüber, was als autoritär gelten soll, naturgemäß weit auseinander:¹ Während für die einen möglicherweise jede staatliche Steuerung von Migration oder deren Versuch als (jedenfalls in philosophischer Hinsicht) verpönter bzw unerwünschter Eingriff in ein Selbstbestimmungs-„recht“ der Wahl des eigenen Wohnsitzes zu sehen ist, werden andere die Schwelle weit höher ansetzen.

In diesem Beitrag werden mögliche autoritäre Tendenzen im Aufenthaltsrecht beleuchtet, andere Gebiete des Migrationsrechts (insb Asylrecht, Fremdenpolizeirecht bzw StaatsbürgerInnenschaftsrecht) aber ausgeklammert. Es liegt auf der Hand, dass es gerade im Asylrecht Entwicklungen gibt, die (auch dies liegt natürlich im Auge der BetrachterInnen) als autoritär eingestuft werden können.² Ohne Anspruch auf Vollständigkeit können hier überschriftsmäßig folgende Änderungen bzw Verschärfungen angeführt werden: die befristete Aufenthaltsberechtigung von Asylberechtigten für drei Jahre („Asyl auf Zeit“) gem § 3 Abs 4 AsylG;³ die Aberkennung des faktischen Abschiebeschutzes bei Folgeanträgen gem § 12a AsylG; die (mittlerweile wieder abgeschaffte) Aufenthaltspflicht in der Erstaufnahmestelle zu Beginn des Asylverfahrens (§ 15 Abs 3a AsylG bis Juli 2015⁴); die Gebietsbeschränkungen gem § 52a FPG⁵, § 57 FPG, sowie §§ 15b und 15c AsylG; die Einleitung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen vor Abschluss des Asyl-

1 Bedeutungen laut Duden: totalitär, diktatorisch, unbedingten Gehorsam fordernd; www.duden.de/rechtschreibung/autoritaer (5.12.2017).

2 Siehe hierzu auch die anderen Schwerpunktbeiträge in dieser Ausgabe des *juridikum*, die sich allesamt mit autoritären Tendenzen auseinandersetzen: *Rathkolb*, Autoritäres Potenzial und demokratische Werte in Österreich 1978 – 2004 – 2017, *juridikum* 2018, 80; *Stuefer*, Gegenwärtige Tendenzen im Strafrecht, *juridikum* 2018, 115 und *Hauptfeld*, Neue Pflichtenbildung: Zur Ausgestaltung und Durchsetzung von Bildungspflichten, *juridikum* 2018, 92.

3 Siehe dazu *Hinterberger*, Das österreichische Asylgesetzänderungsgesetz 2016, in *Bungenberg/Giegerich/Stein* (Hrsg), ZEuS-Sonderband: Asyl und Migration in Europa – rechtliche Herausforderungen und Perspektiven (2016) 185.

4 Aufgehoben durch BGBl I 2015/70.

5 Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG) BGBl I 2005/100 idgF.

verfahrens (§ 27 AsylG); die Verschärfungen beim Familiennachzug⁶ und va die Möglichkeit, mittels Notverordnung das Asylrecht de facto gänzlich außer Kraft zu setzen (§ 36ff AsylG).⁷ Das Asylrecht ist in der öffentlichen und medialen Diskussion über „MigrantInnen“ bzw Migrationsrecht omnipräsent und extrem dominant. Sieht man aber von den beiden Jahren 2015 und 2016 ab, kamen glücklicherweise mehr Menschen aus anderen Gründen als der Flucht vor Verfolgung (insb Familie, Arbeit, Ausbildung) nach Österreich.⁸ Verschärfungen im Aufenthalts-, Beschäftigungs- bzw tw Staatsbürgerschaftsrecht, die zumindest tw mit dem Prädikat „autoritär“ bedacht werden können, bleiben damit oft von der Öffentlichkeit fast unbeachtet.

Da es weitgehend eine Frage der eigenen Weltanschauung ist, was als „autoritäre Tendenz“ anzusehen ist, entzieht sich diese Frage einer objektiven Betrachtung. Um diese Unwägbarkeit zu umschiffen, werden in diesem Artikel ausgehend vom Rechtsbestand des Jahres 2006 (durch den Geltungsbeginn des Niederlassungs- und AufenthaltsG, FPG und des AsylG stellte dieses Jahr eine Zäsur im österreichischen Migrationsrecht dar) einige Entwicklungen dargestellt, die gegenüber dem Rechtsbestand dieses Jahres als autoritäre Tendenzen wahrgenommen werden können. Mit der Festlegung auf Neuerungen ab dem Jahr 2006 wird bewusst in Kauf genommen, dass die Verschärfungen, die eben durch diese neuen Gesetze eingeführt wurden,⁹ in diesem Beitrag deshalb nicht als „autoritäre Tendenzen“ wahrgenommen werden, da sie erst den Vergleichsmaßstab zu den späteren Veränderungen bilden. Fast naturgemäß kann die Darstellung nicht abschließend sein. Verzichtet wird darauf, „Zwischenschritte“ zu beleuchten, es wird also nur die Rechtslage des Jahres 2006 der 2017 gegenübergestellt.

Es sollen aber auch gegenteilige Tendenzen – insb durch Rsp des EuGH – aufgezeigt werden, dh Änderungen im Aufenthaltsrecht, durch die Rechte Einzelner gestärkt wurden. Auf ein Werturteil soll – soweit dies möglich ist – verzichtet werden, sodass die LeserInnen sich ihre eigene Meinung bilden können.

Wenige Rechtsgebiete sind so großen Veränderungen unterworfen wie das Aufenthaltsrecht: Seit der Stammfassung¹⁰ wurde das NAG¹¹ 25 Mal – inklusive der Aufhebungen durch den VfGH – verändert. Natürlich waren nicht alle Novellen mit Verschlechterun-

6 Hinterberger, Asylgesetzänderungsgesetz 2016 und Czech, Die Exklusivität des asylrechtlichen Familienverfahrens: Warum § 35 Abs 5 AsylG verfassungswidrig ist, FABL 2/2016 1.

7 Zu den zutreffenden völker- und europarechtlichen Bedenken Hilpold, Quotenregelungen zur Bewältigung des Flüchtlingsproblems – ein rechtlich gangbarer Weg? MigraLex 2016, 58.

8 2012: 29.896 Erstaufenthaltstitel (inkl Aufenthaltskarte), 17.412 Asylanträge; 2013: 28.258 Aufenthaltstitel, 17.503 Asylanträge, 2014: 28.935 Aufenthaltstitel, 28.064 Asylanträge; Quelle: Asyl- bzw Fremdenstatistiken des BMI, abrufbar unter www.bmi.gv.at.

9 ZB die Einschränkung des Nachzugskreises und die Schaffung von vielen neuen Voraussetzungen für Familienangehörige von ÖsterreicherInnen durch Schaffung einer Differenzierung nach ÖsterreicherInnen, die von ihrem unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht Gebrauch gemacht haben und daher eine privilegierte Rechtsstellung haben und solche, auf die das nicht zutrifft (§§ 51ff NAG).

10 BGBl I 2005/100.

11 Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBl I 2005/100 idgF.

gen für Betroffene verbunden und folglich sind auch nicht alle Änderungen als „autoritär“ einzustufen. Generell stellt sich aber die Frage, ob es wirklich notwendig ist, ein einziges Gesetz (das ja bei weitem nicht das einzige migrationsrechtlich relevante ist!) im Durchschnitt mehr als zweimal pro Jahr zu verändern.

Für die Zwecke dieses Beitrags werden Verschärfungen bei Voraussetzungen zur Erteilung bzw Verlängerung eines Aufenthaltsrechts als mögliche autoritäre Entwicklungen eingestuft, da diese – teils ausgesprochen, teils nur hintergründig – den Zweck haben, selektiv zu wirken und bestimmte Personengruppen von der Erteilung eines Aufenthaltstitels und damit von der Zuwanderung nach Österreich auszuschließen.¹²

2. Sprachanforderungen und „Wertetests“ im Aufenthaltsrecht

Seit mittlerweile deutlich mehr als einem Jahrzehnt gibt es im österreichischen Aufenthaltsrecht die Verknüpfung von Deutschkenntnissen mit der Erteilung bzw Beibehaltung von Aufenthaltstiteln, die schrittweise ausgebaut wurde. In verschiedenen Phasen des Aufenthalts bzw der Niederlassung müssen (auch zT abhängig vom jeweiligen Aufenthaltzweck) verschiedene Anforderungen bezüglich der Kenntnisse der deutschen Sprache erfüllt werden: 1) Nachweis von Sprachkenntnissen vor Erstantragstellung, 2) Erfüllung von Modul 1 der Integrationsvereinbarung (IV) nach zwei Jahren Niederlassung und 3) Erfüllung von Modul 2 der IV für die Erlangung eines unbefristeten Aufenthaltsrechts (siehe gleich unten). Im Jahr 2011 wurde das Kriterium eingeführt, dass Personen, die sich in Österreich niederlassen wollen,¹³ bereits bei Erstantragstellung einfache Sprachkenntnisse in deutscher Sprache vorweisen müssen. Von dieser Regel gibt es aber gewichtige Ausnahmen, iW trifft die Anforderung des Nachweises von Sprachkenntnissen bei Erstantragstellung Personen, die im Rahmen des Familiennachzuges nach Österreich zuwandern wollen.¹⁴ So betrachtet wird klar, dass die Unterscheidung zwischen „erwünschter“ und „unerwünschter“ Migration im Aufenthaltsrecht immer bedeutender wird, wobei Familienmigration offenbar generell als problematisch im Hinblick auf Integration eingestuft wird.¹⁵ Konkret müssen Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel zur Niederlassung (ausgenommen „Rot-Weiß-Rot – Karte“ und „Blaue Karte EU“) anstreben,¹⁶ gem

12 Siehe verwandt zu diesem Thema *Valchavs*, „...was wir von Zuwanderern erwarten“ – Die österreichische Staatsbürgerschaftspolitik als Migrationsmanagement, *Journal für Entwicklungspolitik* 2017, 47.

13 Vgl § 21a NAG; Personen, die eine Aufenthaltsbewilligung beantragen, müssen (mangels „Niederlassung“) diese Voraussetzung nicht erfüllen.

14 Insb müssen qualifizierte Erwerbstätige („Rot-Weiß-Rot – Karte“) diese Voraussetzung nicht erfüllen, vgl *Kreuzhuber/Hudsky*, *Arbeitsmigration* (2011) 193.

15 *König/Kraler*, *Familienzusammenführung, Hindernis oder Förderung der Integration? Der österreichische Länderbericht* (2013) 5.

16 Vgl § 21a Abs 1 iVm § 8 Abs 1 NAG; Im Einzelnen sind das: „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, „Niederlassungsbewilligung“, „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“, „Niederlassungsbewilligung – Künstler“, „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ und „Aufenthaltstitel Familienangehöriger“.

§ 21a NAG bereits bei Antragstellung Kenntnisse der deutschen Sprache „zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau“ (sog A1-Niveau des europäischen Referenzrahmens für Sprachen¹⁷) nachweisen. Ausnahmen davon (zB für nicht alphabetisierte Personen oder MigrantInnen mit geringer Mobilität) gibt es nicht.¹⁸ Der EuGH hat zwar keinen Verstoß gegen die FamilienzusammenführungsRL¹⁹ bei einer Leistungsüberprüfung von „Integrationsanforderungen“ erkannt,²⁰ dennoch bleiben gravierende Zweifel an der Europarechtskonformität des § 21a NAG, da es de facto nicht möglich ist, von dieser Voraussetzung abzusehen und damit die Familienzusammenführung in unverhältnismäßiger Weise verhindert wird.

Die sog „Integrationsvereinbarung“ (IV) trat in ihrer ersten Fassung am 1.1.2003 in Kraft²¹ und sah die Verpflichtung für Drittstaatsangehörige vor, binnen vier Jahren bestimmte Deutschkenntnisse nachzuweisen; § 50b FremdenG 1997 kannte aber noch viele Ausnahmen von der Erfüllungspflicht.²² Im Jahr 2006 wurden die Bestimmungen bei der Übertragung in das NAG neu gefasst und es wurden ua zahlreiche Ausnahmestimmungen gestrichen.²³ Inhalt des Moduls 1 der IV ist im Wesentlichen die Absolvierung eines sogenannten „Deutsch-Integrationskurses“ im Ausmaß von 300 Unterrichtseinheiten. Am Ende des Kurses ist eine Abschlussprüfung zu absolvieren, mit der Deutschkenntnisse auf dem Niveau A 2 (vertiefte elementare Sprachverwendung) des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen nachgewiesen werden.²⁴ Mit der Überführung der Normen über die IV in das IntegrationsG²⁵ wurde auch ein „Werteteil“ eingefügt: Erfüllt ist Modul 1 der IV seither, wenn ein „gleichwertiger Nachweis“ des ÖIF über die Absolvierung von Modul 1 (Integrationsprüfung) vorgelegt wird. Die Kosten für den Kurs müssen die MigrantInnen selbst zahlen, der Bund ersetzt aber bis zu 50% der Kosten für Familienangehörige, die den Kurs innerhalb von 18 Monaten absolvieren.²⁶

Bereits seit 2011 ist Modul 1 der IV binnen zwei Jahren zu erfüllen (davor innerhalb von fünf Jahren). Grundsätzlich war diese Verkürzung der Frist mE sehr geeignet, eine unmittelbare Bedrohung des Aufenthaltsrechts für viele Menschen nach zwei Jahren Niederlassung in Österreich darzustellen: Denn anders als idR nach fünf Jahren Niederlassung ist der Aufenthalt nach zwei Jahren noch nicht so verfestigt, dass eine Maßnahme

17 *Europarat*, Gemeinsamer europäischer Referenzrahmen für Sprachen: Lernen, lehren, beurteilen (2001).

18 Von dieser Voraussetzung kann nur aus Gründen des Art 8 EMRK abgesehen werden.

19 FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG ABl L 2003/251, 12.

20 EuGH 09.07.2015, C-153/14, K., A.

21 §§ 50a ff FremdenG 1997 idF BGBl I 2002/126.

22 So ua für Angehörige von ÖsterreicherInnen und Personen, die unter Bedachtnahme auf ihre Lebensumstände entsprechende Kenntnisse der deutschen Sprache nachweisen konnten, siehe *Muzak*, in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, Fremden- und Asylrecht (6. Lfg, 2003) zu § 50b FremdenG 1997, 195.

23 Siehe dazu näher *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht² (2006) 147.

24 §§ 6 und 7 IntegrationsvereinbarungsVO 2017 – IV-V 2017, BGBl II 2017/242.

25 Bundesgesetz zur Integration rechtmäßig in Österreich aufhältiger Personen ohne österreichische Staatsbürgerschaft (Integrationsgesetz – IntG) BGBl I 2017/68 idgF.

26 § 14 IntG verweist auf §§ 46 Abs 1, 3 und 4 sowie 47 Abs 2 NAG, siehe weiters § 10 IV-V.

zur Aufenthaltsbeendigung²⁷ allein aufgrund einer nicht bestandenen Prüfung unzulässig wäre.²⁸ Diese Befürchtungen haben sich in der Praxis nicht bestätigt.

Ebenfalls seit 2011 müssen Drittstaatsangehörige, die einen unbefristeten Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ anstreben, Deutschkenntnisse auf dem Niveau B1 des Europäischen Referenzrahmens für Sprachen vorweisen. Seit Oktober 2017 sind auch „Wertehalte“ Teil von Modul 2 der IV. Vor Juli 2011 mussten diese Personen bei Erteilung des Titels „Daueraufenthalt – EU“ lediglich die IV erfüllt haben (dh Sprachkenntnisse auf Niveau A2) nachweisen.²⁹

Die Auswirkungen einer möglichen Nichterteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ gehen weit über das unmittelbare Aufenthaltsrecht hinaus: Kein Daueraufenthaltsrecht zu haben, bedeutet auch, in wesentlichen sozialen Bereichen nicht mit ÖsterreicherInnen bzw UnionsbürgerInnen gleichgestellt zu sein, insb haben MigrantInnen, die (noch) keinen Titel „Daueraufenthalt – EU“ erworben haben idR keinen Zugang zu kommunalem Wohnbau (Gemeindewohnungen) und zu bedarfsorientierter Mindestsicherung.³⁰

3. Nötige Unterhaltsmittel zur Erteilung von Aufenthaltstiteln

Aufenthaltstitel können idR nur dann erteilt bzw verlängert werden, wenn der Aufenthalt der Fremden zu keiner Belastung einer Gebietskörperschaft³¹ führen könnte (§ 11 Abs 2 Z 4 NAG).³² Diese Belastung ist (nur) dann nicht gegeben, wenn feste und regelmäßige eigene Einkünfte vorliegen, die eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und mindestens die Höhe der Ausgleichszulagenrichtsätze gem § 293 ASVG erreichen,³³ wobei „regelmäßige Aufwendungen“ (dh insb Wohnkosten) noch hinzugerechnet werden.³⁴ Bei Erstanträgen werden keine sozialen Leistungen berücksichtigt, auf die ein Anspruch erst durch Erteilung des Aufenthaltstitels entstehen würde.

Die Kernbestimmung (Unterhaltsmittel in Höhe der Ausgleichszulage) findet sich bereits seit 1.1.2006 im Aufenthaltsrecht. Später eingefügt wurden die Bestimmungen über das Hinzurechnen von regelmäßigen Aufwendungen und Nichtberücksichtigung von sozia-

27 Insb Rückkehrentscheidung gem § 52 FPG.

28 In Zusammenhang mit jeder Aufenthaltsbeendigung ist zu prüfen, ob eine solche gegen Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) verstoßen würde.

29 Vgl § 45 NAG idF vor BGBl I 2011/38.

30 Vgl Art 11 DaueraufenthaltsRL 2003/109/EG Abl L 2004/16, 44.

31 Schon das Wording (negativ formuliert als „Belastung“ anstelle etwa „Unterhaltsmittel müssen in Höhe von [...] vorliegen“) indiziert ein Verständnis, das iS dieses Artikels als „autoritär“ aufgefasst werden kann.

32 Ausnahme: Die Erteilung eines Aufenthaltstitels ist aufgrund Art 8 EMRK geboten (vgl § 11 Abs 3 NAG bzw § 9 Abs 1 und 2 BFA-VG) oder eine Rückkehrentscheidung darf aufgrund mehr als fünfjähriger Niederlassung gem § 9 Abs 5 BFA-VG nicht mangels Unterhaltsmittel verhängt werden.

33 Zur Ausgleichszulage: Pfeil in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm (38. Lfg 2013) § 292 Rz 1.

34 Abzüglich der „freien Station“ gem § 292 Abs 3 zweiter Satz ASVG.

len Leistungen bei Erstanträgen: Regelmäßige Aufwendungen (das Gesetz nennt demonstrativ³⁵ Mietbelastungen, Kreditbelastungen, Pfändungen und Unterhaltszahlungen) müssen zu den entsprechenden Ausgleichszulagenrichtsätzen hinzugezählt werden, wobei einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe³⁶ unberücksichtigt bleibt. Somit erhöhen die regelmäßigen Aufwendungen, die diesen Wert übersteigen, das für die Erteilung eines Aufenthaltstitels notwendige Einkommen der AntragstellerInnen. Bis 31.12.2009 war in § 11 Abs 5 NAG ein Hinzurechnen dieser regelmäßigen Aufwendungen nicht vorgesehen, wurde aber von den Behörden trotzdem in diesem Sinn vollzogen. Nachdem der VwGH diese Praxis als rechtswidrig erkannt hatte,³⁷ erhielt § 11 Abs 5 NAG die aktuelle Formulierung.³⁸ Damit hat der Gesetzgeber auf ein „der Entscheidungspraxis der Verwaltungsbehörden widersprechendes Erkenntnis“ reagiert.³⁹ Anders ausgedrückt haben die Behörden vor Novellierung des § 11 Abs 5 durch BGBl I 2009/122 schlicht rechtswidrig entschieden, nach dem zitierten VwGH Judikat wurde dies in reiner Anlassgesetzgebung korrigiert.

Das Hinzurechnen dieser regelmäßigen Aufwendungen ist nach der nunmehrigen Rechtslage nach der Judikatur des VwGH rechtskonform.⁴⁰ Allerdings ist nach der Rspr des EuGH die Genehmigung der Familienzusammenführung die Regel, Ausnahmen müssen daher eng ausgelegt werden.⁴¹ Der Spielraum, der nach Art 7 Abs 1 lit c FamilienzusammenführungsRL den Mitgliedstaaten zusteht, darf nicht in einer Weise verwendet werden, die geeignet ist, die Wirksamkeit der RL (dh Genehmigung der Familienzusammenführung als Regel) zu gefährden,⁴² sodass mE im Anwendungsbereich der FamilienzusammenführungsRL die Hinzurechnung dieser regelmäßigen Aufwendungen unionsrechtswidrig ist. Seit 2011⁴³ dürfen gem § 11 Abs 5 NAG bei Erstanträgen soziale Leistungen nicht berücksichtigt werden, auf die ein Anspruch erst durch Erteilung des Aufenthaltstitels entstehen würde; demonstrativ wird auf die Ausgleichszulage bzw Sozialhilfeleistungen verwiesen. Nach der Judikatur des VwGH darf insb eine zu erwartende Familienbeihilfe bei Berechnung der erforderlichen Unterhaltsmittel gem § 11 Abs 5

35 *Kutscher/Völker/Witt*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 46.

36 Wert der „vollen freien Station“ € 282,06 (2016); vgl § 2 Z 50 Kundmachung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und der Bundesministerin für Gesundheit über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz und dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz für das Kalenderjahr 2016, BGBl II 2015/417.

37 VwGH 03.04.2009, 2008/22/0711.

38 BGBl I 2009/122, in Kraft getreten am 01.01.2010.

39 *Eberwein/Jessner*, Das Kriterium des ausreichenden Unterhalts gem § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG, *FABL* 2/2010-I, 63.

40 VwGH 26.01.2012, 2010/21/0346, VwGH 24.6.2010, 2010/21/0164.

41 EuGH *Chakroun*, Rz 43; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, KOM(2014) 210 endg 3.

42 *Europäische Kommission*, Leitlinien Familienzusammenführung, 14, unter Hinweis auf EuGH *Chakroun*, Rz 43 und EuGH 05.12.2012, C-356 und 357/11, O. S, Rz 74.

43 BGBl I 2010/111.

letzter Satz nicht als einkommenserhöhend berücksichtigt werden,⁴⁴ gleiches gilt nach Meinung des BMI für das Kinderbetreuungsgeld.⁴⁵

Die Hinzurechnung von regelmäßigen Aufwendungen und die Nichtberücksichtigung von einzelnen Leistungen bei Erstanträgen sind zum einen Hürden, die Menschen, die sich oft ohnehin in einer nicht einfachen sozioökonomischen Situation befinden, vor weitere Schwierigkeiten stellen, zum anderen kann mit Blick auf das einschlägige Europarecht auch deren Zulässigkeit zumindest hinterfragt werden.⁴⁶ Jedenfalls wurden die Regelungen schrittweise verschärft und es kann mE nicht mehr davon gesprochen werden, dass lediglich dann eine Zuwanderung ausgeschlossen werden soll, wenn die betreffenden Personen sonst zu wenig Mittel für ihren Unterhalt zur Verfügung hätten, da die Anforderungen zT deutlich darüber hinaus gehen.

4. Auslandsaufenthalt kann unbefristete Niederlassung vernichten

Gem § 2 Abs 7 NAG unterbrechen Inlands- und Auslandsaufenthalte, insb zu Besuchszwecken, nicht die anspruchsbegründende oder anspruchsbefördernde Dauer eines Aufenthalts oder einer Niederlassung.⁴⁷ Eingefügt wurde diese Bestimmung durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009.⁴⁸ Was wie eine sehr unscheinbare Bestimmung aussieht, ist geeignet, eine uU jahrelange Niederlassung von Drittstaatsangehörigen in Österreich zu gefährden: Denn ein unbefristeter Titel „Daueraufenthalt – EU“ erlischt gem § 20 Abs 4 NAG, wenn sich die betreffenden Personen länger als 2 Monate durchgehend außerhalb des EWR aufhalten.

Diese Bestimmung ist für sich genommen bereits sehr einschneidend: Denn zB kann ein Studium an einer amerikanischen Universität (selbst ein Studienjahr kann dafür ausreichend sein!) die Niederlassung von Personen, die uU in Österreich geboren sind, aber nie (etwa aus Kostengründen) die österreichische Staatsbürgerschaft annehmen konnten, vernichten. Bis zur Einfügung des § 2 Abs 7 NAG war es aber ausreichend, kurzfristig (zB zu einer Familienfeier) zurück nach Österreich zu kommen, um den Titel „Daueraufenthalt – EU“ nicht zu verlieren. Dies ist nun nicht mehr der Fall: Der VwGH judiziert zu dieser Bestimmung, dass Ferienaufenthalte von ihrem Zweck her keine Verschiebung des Mittelpunktes der Lebensinteressen zur Folge haben.⁴⁹ Der Inlandsaufenthalt muss daher eine

44 VwGH 07.05.2014, 2013/22/0352.

45 Bundesministerium für Inneres, Leitfaden zur Unterhaltsberechnung, 14.

46 Siehe dazu insb die grundsätzliche Kritik von Stern, *Ius Pecuniae* – Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde, in Dahlvik/Fassmann/Sievers (Hrsg), *Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich – Jahrbuch 1/2011* (2011), 60. Zwar befasst sich dieser Beitrag mit Staatsbürgerschaftsrecht, die Unterhaltsanforderungen sind aber ähnlich, sodass die Kritik mE übertragbar ist.

47 Niederlassung ist eine qualifizierte Form des Aufenthalts; insb berechtigt im Wesentlichen nur eine Niederlassung zu einem späteren unbefristeten Titel „Daueraufenthalt – EU“ (§ Abs 2 und 3 NAG), siehe auch Kutscher/Völker/Witt, *Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht*² (2010) 8ff.

48 BGBl I 2009/122.

49 VwGH 16.12.2014, Ra 2014/22/0071.

gewisse Nachhaltigkeit haben und darf auch nicht zu bloßen Ferienzwecken erfolgen. Eine drittstaatsangehörige Studentin wie im Bsp oben verliert daher auch dann ihren unbefristeten Aufenthaltstitel, wenn sie zu Weihnachten ihre Eltern in Österreich besucht.

5. Zu spät gestellte Verlängerungsanträge gelten als Erstanträge

Gem § 24 Abs 1 NAG müssen Verlängerungsanträge vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels eingebracht werden. Wird der Antrag zu spät (und sei es einen Tag) eingebracht, gelten Anträge als Erstanträge. Das bedeutet, dass vielfach ein Inlandsantrag nicht möglich ist,⁵⁰ in einigen Fällen aber auch der für jeden Erstantrag nötige Aufenthaltzweck nicht mehr vorliegen wird (etwa wenn Kinder in der Zwischenzeit volljährig geworden sind). Die Stammfassung sah noch vor, dass Verlängerungsanträge, die nach Ablauf des Aufenthaltstitels gestellt wurden, nur dann als Verlängerungsanträge galten, wenn der Antrag spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wurde. Erst danach galten Anträge als Erstanträge. Nur nach (rechtzeitiger) Stellung eines Verlängerungsantrages sind die AntragstellerInnen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig, sodass vielfach auch eine (wenn auch verspätete) Antragstellung den Aufenthalt nicht mehr rechtmäßig werden lässt.

6. Aufenthaltskarte statt unmittelbar „Daueraufenthaltskarte“

Angehörige von EWR-BürgerInnen und Angehörige von ÖsterreicherInnen, die ihr unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben, erhielten bis Ende 2009 unmittelbar eine „Daueraufenthaltskarte“ für die Dauer von 10 Jahren. Zwar war – aufgrund zwingenden Europarechts – auch diese Daueraufenthaltskarte lediglich eine Dokumentation und das Recht entstand (und erlosch gegebenenfalls) unmittelbar aufgrund EU-Rechts.⁵¹ Nun erhalten diese Personen zunächst lediglich eine „Aufenthaltskarte“. Dies ist zwar europarechtlich zulässig, stellt aber insofern eine Verschärfung dar, da mehr Behördenkontakte nötig sind und die Behörden vor einer (möglichen) Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte zur Dokumentation eines unionsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts noch genauer prüfen können, ob dieses tatsächlich entstanden ist.

7. Sperre von 18 Monaten nach „unfreiwilliger Ausreise“

Aufenthaltstitel dürfen nicht erteilt werden, wenn gegen „Fremde“ eine durchsetzbare Rückkehrentscheidung erlassen wurde und seit der Ausreise nicht mehr als 18 Monate vergangen sind. Nach einer freiwilligen Ausreise besteht die 18-monatige Sperrfrist nicht,

⁵⁰ Außer: Art 8 EMRK.

⁵¹ Art 7 und 16 RL 2004/38/EG.

wenn gem § 21 Abs 1 NAG ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Ausland eingebracht wird.

Nach der Stammfassung des NAG durfte ein Aufenthaltstitel nicht erteilt werden, wenn gegen „Fremde“ in den letzten zwölf Monaten eine Ausweisung rechtskräftig erlassen wurde. Diese „Sperrfrist“ wurde zunächst auf 18 Monate erhöht, die Ausweisung musste auch nicht mehr rechtskräftig, sondern nur mehr „durchsetzbar“ sein. Mit 1.1.2014 wurde die Frist abgeschafft,⁵² aber durch BGBl I 2015/70 wieder eingeführt.

De facto führt damit jede Rückkehrtscheidung zu einer 18-monatigen Sperrfrist, wenn nicht die Betroffenen (uU vor Rechtskraft!) freiwillig Österreich verlassen haben.

8. Kein weiterer Antrag während eines Verfahrens vor VwGH und VfGH

Bereits seit der Stammfassung des NAG sind gem § 19 Abs 2 NAG Anträge nicht zulässig, aus denen sich verschiedene Aufenthaltszwecke ergeben. Weiters ist das gleichzeitige Stellen mehrerer Anträge und das Stellen weiterer Anträge während eines anhängigen Verfahrens nach dem NAG verboten. Eine unscheinbare, aber wesentliche Änderung wurde durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 – FrÄG 2011⁵³ eingefügt: Seit 1.7.2011 dürfen auch dann keine weiteren Anträge auf Erteilung bzw Verlängerung eines Aufenthaltstitels eingebracht werden, wenn ein Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts anhängig ist. Damit ist auch dann ein anderer Antrag nicht zulässig, wenn gegen ein abschlägiges Erkenntnis des zuständigen Verwaltungsgerichts (VwG) etwa Revision erhoben wurde, wobei egal ist, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche Revision handelt. Gleiches gilt auch für das Anrufen des VfGH.

Ist also etwa strittig, ob AntragstellerInnen den Aufenthaltszweck eines bestimmten Aufenthaltstitels erfüllen, aber etwa durchaus einen anderen Titel erhalten könnten, ist dies solange nicht möglich, bis nicht der zB VwGH entschieden hat bzw das Verfahren in weiterer Folge wieder vor dem VwG fortgesetzt wird. Ein praktisches Bsp ist das Zusammenspiel von „Rot-Weiß-Rot – Karte“ und „Aufenthaltsbewilligung – Studierender“.⁵⁴

9. Rückstufung eines unbefristeten auf ein befristetes Aufenthaltsrecht auch bei Vorliegen von Aufenthaltsverfestigung

Liegen (in bestimmten Fällen) die Voraussetzungen für eine Rückkehrtscheidung vor,⁵⁵ kann diesen Personen der unbefristete Titel „Daueraufenthalt – EU“ entzogen werden;

52 Allerdings ging (unvereinbar mit der RückführungsRL [RL 2008/115/EG]) mit jeder Rückkehrtscheidung ein Einreiseverbot einher.

53 BGBl I 2011/38.

54 StudienabsolventInnen können unter bestimmten Voraussetzungen eine „Rot-Weiß-Rot-Karte“ gem § 41 NAG iVm § 12b Z 2 AuslBG erhalten; näher *Peyrl*, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in Österreich (2018) 57ff.

55 § 28 Abs 1 NAG idgF verweist auf § 52 Abs 5 FPG, der wiederum auf § 53 Abs 3 FPG verweist: Im Wesentlichen geht es um Sachverhalte, die ein zehnjähriges bzw unbefristetes Einreiseverbot rechtfertigen.

in diesen Fällen ist ein befristeter Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zu erteilen (vgl § 28 Abs 1 iVm § 41a Abs 5 NAG). Bis zum Geltungsbeginn des BFA-Verfahrensgesetzes (BFA-VG) am 1.1.2014 war dies aber nur möglich, wenn die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ausschließlich aufgrund von Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) nicht verhängt werden konnten.

Während § 28 NAG (idF BGBl I 2011/38) vor 1.1.2014 auf § 61 FPG⁵⁶ verwiesen hat (der lediglich auf Gründe des Art 8 EMRK Bezug nahm), verweist § 28 Abs 1 NAG seit 1.1.2014 aber generell auf § 9 BFA-VG; in dieser Bestimmung ist die gesamte Aufenthaltsverfestigung⁵⁷ geregelt. Nach dem aktuellen Wortlaut kann eine Rückstufung daher auch dann erfolgen, wenn eine Rückkehrenscheidung (inklusive Einreiseverbot) „bloß“ aus Gründen der Aufenthaltsverfestigung nicht verhängt werden kann.⁵⁸ Da nach den EB lediglich eine „terminologische Anpassung“ vorgenommen werden sollte, liegt mE ein Redaktionsversehen vor und eine Rückstufung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann möglich sein, wenn der Rückkehrenscheidung auch keine Aufenthaltsverfestigung entgegensteht, aber ausschließlich aus Gründen des Art 8 EMRK eine solche nicht erlassen werden darf. Der VwGH hat aber gegenteilig entschieden: Liegen die Voraussetzungen zur Erlassung einer Rückkehrenscheidung vor, darf diese aber gem § 9 BFA-VG – gleichgültig aus welchem Grund – nicht erlassen werden, ist eine Rückstufung zulässig.⁵⁹

10. Gegenläufige Tendenzen

Neben diesen Verschärfungen der Rechtslage gab es im hier interessierenden Zeitraum auch Neuerungen im Aufenthaltsrecht, die nicht nur als neutral, sondern als das Gegenteil von autoritär eingestuft werden müssen, da sie die Rechte von Drittstaatsangehörigen gegenüber dem Staat stärken. So wurde die Rechtsstellung von türkischen StaatsbürgerInnen stark verbessert, ein Antragsrecht für ein Aufenthaltsrecht aus berücksichtigungswürdigen Gründen („Bleiberecht“) eingeführt und jüngst diverse temporäre Aufenthaltsbewilligungen in auf Dauer angelegte Niederlassungsbewilligungen übergeführt. In genereller Hinsicht wurde durch Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 2014 auch im Aufenthaltsrecht ein Meilenstein gesetzt und im Rechtsmittelverfahren die Entscheidungen von weisungsgebundenen Verwaltungsbehörden durch solche von Gerichten ersetzt (siehe zu diesen Punkten gleich unten). Auffallend ist, dass – bis auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die ja nicht nur das Aufenthaltsrecht betraf – alle diese Verbesserungen durch Gerichtsentscheidungen erzwungen wurden. Kurz (und etwas verein-

⁵⁶ IdF vor 1.1.2014.

⁵⁷ Gem § 9 Abs 4 bis 6 BFA-VG erhöht sich mit zunehmender Dauer der Niederlassung der Schutz vor einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme.

⁵⁸ Aufenthaltsverfestigung bei niedergelassenen Drittstaatsangehörigen bedeutet, dass eine Rückkehrenscheidung mit fortschreitender Dauer der Niederlassung nur bei immer schwereren Verfehlungen möglich ist, vgl § 9 BFA-VG.

⁵⁹ VwGH 27.4.2017, Ra 2016/22/0094.

facht) gesagt gehen die autoritären Verschärfungen auf das Konto des Gesetzgebers, Verbesserungen für Betroffene auf das Konto der Gerichte.

Bereits 1963 wurde zwischen der EWG und der Türkei ein Abkommen über die Gründung einer Assoziation geschlossen.⁶⁰ Aufgrund dieses Abkommens (inklusive des Zusatzprotokolls und der dazugehörigen Beschlüsse des Assoziationsrates, insb Nr 1/80⁶¹) haben türkische StaatsbürgerInnen sowie deren Angehörige, die zumindest die Absicht haben, in Österreich erwerbstätig sein zu wollen, zT eine deutlich bessere Rechtsposition als andere Drittstaatsangehörige.⁶² Obwohl den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht das Recht genommen wird, die Stellung türkischer StaatsbürgerInnen bei deren erstmaliger Einreise innerstaatlich zu regeln,⁶³ bewirken die im Abkommen enthaltenen Stand-Still Klauseln,⁶⁴ dass die Rechtsstellung von türkischen StaatsbürgerInnen (inklusive der Regeln über Zuwanderung⁶⁵) keinem strengeren Regime unterworfen werden darf, als es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls von 1970 bzw des ARB 1/80 im jeweiligen Mitgliedstaat gegolten hat.⁶⁶ Für Österreich bedeutet das, dass türkische StaatsbürgerInnen nach den ab 1.1.1995 (Beitritt Österreichs zur EU) für sie günstigsten fremdenrechtlichen Normen zu behandeln sind.⁶⁷ Nach der zutreffenden Rspr des VwGH ist daher weitgehend die Rechtslage nach dem FremdenG 1997⁶⁸ anzuwenden, soweit entgegenstehend sind daher die Bestimmungen des NAG bzw FPG nicht anzuwenden. Für Angehörige von ÖsterreicherInnen bedeutet dies etwa, dass nahezu alle allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen (zB Auslandsantragstellung, Unterhaltsmittel) unangewendet bleiben. Sprachanforderungen (Deutsch vor Erstantragstellung bzw IV) sind mangels Vorhandensein am 1.1.1995 für assoziationsberechtigte türkische StaatsbürgerInnen gänzlich unanwendbar.

Gem § 45 NAG können Personen mit einer (zeitlich befristeten, aber verlängerbaren) Aufenthaltsbewilligung⁶⁹ niemals direkt einen Titel „Daueraufenthalt – EU“ erhalten, da Personen mit einer solchen Aufenthaltsbewilligung nicht „niedergelassen“ iSd NAG sind. Der EuGH (und in der Folge auch der VwGH) haben aber ausgesprochen, dass auch Personen mit einem gem nationalem Recht „förmlich begrenzten“ Aufenthaltstitel

60 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl 1964/217.

61 Beschluss Nr 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19. September 1980.

62 Der EuGH hat das Assoziationsabkommen als zT für unmittelbar anwendbar erklärt, vgl EuGH 20.09.1990, C-192/78, *Sevince*, Rz 26.

63 EuGH 17.04.1997, C-391/95, *Kadiman*, Rz 31f.

64 Art 41 Abs 1 Zusatzprotokoll von 1970 bzw Art 13 ARB 1/80.

65 VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0016, VwGH 15.12.2011, 2007/18/0430, siehe auch EuGH 21.10.2003, C-317/01, *Abatay*, Rz 83, EuGH 09.12.2010, C-300/09 und C-301/09, *Toprak und Oguz*, Rz 45, EuGH 20.09.2007, C-16/05, *Tum und Dari*, Rz 63.

66 EuGH 15.11.2011, C-256/11, *Dereci*, Rz 88.

67 VwGH 15.12.2011, 2007/18/0430.

68 FremdenG 1997 – FrG BGBl I 1997/75, außer Kraft getreten am 31.12.2005 (BGBl I 2005/100).

69 Vgl § 8 Abs 12 NAG.

langfristig niedergelassen iSd RL 2003/109/EG sein können.⁷⁰ Aus diesem Grund werden nun Aufenthaltstitel für bestimmte Zwecke, für die bisher eine bloße Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde, als Niederlassungsbewilligung vergeben;⁷¹ die betreffenden Personen sind niedergelassen iSd § 2 Abs 2 NAG und können daher nach fünf Jahren einen unbefristeten „Aufenthaltstitel Daueraufenthalt – EU“ gem § 45 NAG erhalten. Vor April 2009 konnte ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen von den betroffenen Personen nicht beantragt, sondern nur von Amts wegen zuerkannt werden. Diese mangelnde Möglichkeit zur Antragstellung wurde vom VfGH „aus rechtsstaatlichen Erwägungen“ als verfassungswidrig eingestuft.⁷² In Umsetzung dieses Erkenntnisses wurden daher im NAG entsprechende Aufenthaltstitel samt Antragsrecht geschaffen.⁷³ Seit 1.1.2014 finden sich die „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ in §§ 54ff AsylG.

Ebenfalls seit 1.1.2014 entscheiden über Beschwerden gegen Bescheide Verwaltungsgerichte. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit betraf natürlich nicht nur das Aufenthaltsrecht, es stellt aber einen Quantensprung in der Rechtsstaatlichkeit dar, dass seitdem in zweiter Instanz nicht mehr weisungsgebundene Verwaltungsbehörden, sondern unabhängige Gerichte entscheiden.

11. Schlussbemerkung

Es ist klar, dass die Liste der aufgezählten Änderungen der Rechtslage, die als „tendenziell autoritär“ eingestuft werden können, sehr subjektiv sein muss. Wie eingangs ausgeführt, konnte dieser Artikel nur einen Abschnitt des Migrationsrechts beleuchten – zudem wird im aktuellen Regierungsübereinkommen eine Neukodifikation des Migrationsrechts angekündigt,⁷⁴ wobei dieses oft vage bleibt und daher der materielle Neuwert einer solchen Neukodifikation noch nicht klar ist. Es wird sich daher erst weisen, ob in den kommenden Jahren weitere „autoritäre Tendenzen“ im Aufenthaltsrecht sichtbar werden.

Dr. Johannes Peyrl ist in der AK Wien beschäftigt und arbeitet zu migrationsrechtlichen Fragestellungen; johannes.peyrl@akwien.at

70 EuGH 18.10.2012, C-502/10, Mangat Singh, VwGH 19.4.2916, Ro 2015/22/0010.

71 „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ (§ 43a NAG), „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ insb für DiplomatinInnen, SeelsorgerInnen, besondere Führungskräfte, JournalistInnen und WissenschaftlerInnen (§ 43b NAG iVm § 1 Abs 2 AuslBG bzw § 1 AuslBVO) und „Niederlassungsbewilligung – Forscher“ (§ 43c NAG).

72 VfGH G 246/07 vom 27.6.2008.

73 Vgl insb §§ 43f und 69a NAG idF BGBl I 2009/29.

74 Vgl das Regierungsprogramm *BReg*, Zusammen. Für unser Österreich. 32, https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/569203/Regierungsprogramm_2017%E2%80%932022.pdf (2.2.2018).

Gegenwärtige Tendenzen im Strafrecht¹

Alexia Stuefer

1. Einleitung

Das Strafrecht der Gegenwart und jüngsten Vergangenheit dominiert eine historisch einzigartig hohe Gesetzgebungsfrequenz. Laufend – oft anlassbezogen – neu geschaffene Straftatbestände, verschärfte Strafdrohungen sowie die Ausweitung von Ermittlungsbefugnissen lassen auf eine institutionenübergreifende Erschütterung des gesellschaftlichen Grundkonsenses schließen, die angesichts der sinkende Kriminalitätsrate rational schwer zugänglich ist. Die Analyse der jüngsten Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht führt zur These, dass das Strafrecht, dessen regulative Kraft auch der Rechtskontinuität zugeschrieben wird, einem Funktionswechsel unterliegt und mehr und mehr zu einem bloßen staatlichen Herrschaftsinstrument wird. Die Aufarbeitung der Argumente für den in jüngster Zeit wieder lauter gewordenen Ruf nach Abschaffung der Geschworenengerichtbarkeit bestätigt diese Annahme. Sie brächte nicht – wie behauptet – eine rechtsstaatliche Aufwertung der Gerichtbarkeit, sondern in erster Linie eine Machtverschiebung zugunsten des Staates.

1. Wesentliche Entwicklungen im Bereich der materiellen und formellen (Straf-)Gesetzgebung der vergangenen Jahre

1.1. Materielles Strafrecht

Wie *Grafl/Schmoller* in ihrer Studie aus 2015 nachwiesen, ist die Zeit nach Einführung des Strafgesetzbuches (StGB) im Jahre 1975 durch eine rasante Vermehrung der Straftatbestände geprägt.² Ein anschauliches Bsp ist die Verdoppelung der mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Tatbestände von zehn auf derzeit 20;³ die Anzahl der Delikts-

1 So zuvor auch *Burgstaller*, *Wohin geht unser Strafprozess?*, JBl 2002, 273; *ders.*, *Entwicklungen des Strafrechts in Österreich seit 1975*, in *GedS Zipf* (1999) 3; *ders.*, *Aktuelle Wandlungen im Grundverständnis des Strafrechts*, JBl 1996, 362.

2 Vgl *Grafl/Schmoller*, *Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?* Gutachten 19. ÖJT III/1 (2015), Untersuchungszeitraum 1975-2013.

3 Siehe *Grafl/Schmoller*, GA 12. Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz (StRÄG) 2015, BGBl I 2015/112 wurden die mit der lebenslangen Freiheitsstrafe bedrohten Delikte von 28 zum Ende des Beobachtungszeitraumes im Jahre 2013 um immerhin acht Tatbestände auf 20 reduziert.

tatbestände stieg im Vergleich zu 1975 um 70 %.⁴ Das StGB wurde seit Inkrafttreten am 1. Jänner 1975 56 Mal novelliert. Allein mit den beiden letzten Novellen, dem Strafrechtsänderungsgesetz – StRÄG 2015⁵ und der Strafgesetznovelle 2017,⁶ wurden im StGB 18 neue Straftatbestände geschaffen.⁷ Auch die Strafdrohungen wurden in den vergangenen 40 Jahren permanent erhöht,⁸ nur durch das StRÄG 2015 bei 12 Delikten – tw um mehrere Jahre.⁹

Gegenläufige Maßnahmen erscheinen demgegenüber als punktuelle Interventionen, sie betreffen vorwiegend den Sanktionenbereich und konterkarieren die eingeschlagene Richtung nicht.¹⁰ Als für die Praxis relevant zu nennen sind bspw folgende Gesetzesänderungen: Durch das StRÄG 2015 wurden die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Diversion auf Straftaten mit bis zu fünfjähriger Strafdrohung (§ 198 Abs 2 StPO), die Anhebung der Wertqualifikationen für in der Praxis häufig vorkommenden Vermögensdelikte des StGB, die Erweiterung des Anwendungsbereichs der teilbedingten Nachsicht von Geldstrafen (§ 43 Abs 1 und 2 StGB) sowie die Streichung der lebenslangen Strafdrohung bei acht Tatbeständen des StGB beschlossen. Das StrÄG 2008¹¹ eröffnete die Möglichkeiten des Vollzugs einer unbedingten Freiheitsstrafe im (Rest-)Ausmaß eines Jahres durch elektronisch überwachten Hausarrest.¹²

1.2. Strafverfahrensrecht

Die Gesetzgebung weitete die Ermittlungsbefugnisse für Strafverfolgungsbehörden seit den 80er-Jahren mit steigender Grundrechtseingriffsintensität aus,¹³ obwohl Anzeigen und gerichtliche Verurteilungen seit Jahrzehnten kontinuierlich sinken.¹⁴ Die zwischen

4 Vgl *Egyed*, Der Standard v 03.05.2017, Weiter Kritik am Staatsverweigerer-Paragrafen, derstandard.at/200056940662/Weiter-Kritik-an-Staatsverweigerer-Paragrafen (31.01.2018).

5 BGBl I 215/112. Dem Gesetz liegt das Ergebnis der Beratungen der von BMJ *Beatrix Karl* im Jahr 2013 eingesetzten Arbeitsgruppe zur Evaluierung und Reform des StGB zugrunde („Strafrechtsreform 2015“). Instruktiv *Birkbauer/Oberlaber/Schmidhuber*, Strafrechtsreform 2015 (2016).

6 BGBl I 2017/117.

7 Die Zahl umfasst auch Tatbestandsenerweiterungen (wie etwa durch Bildung von Qualifikationen – siehe zB den in § 218 Abs 2a StGB eingeführten Tatbestand der „wissentlichen Teilnahme an einer sexuellen Belästigung beabsichtigende Zusammenkunft von Menschen“).

8 Siehe *Grafl/Schmoller GA* 10.

9 Siehe etwa § 233 StGB (Weitergabe und Besitz nachgemachten oder verfälschten Geldes durch Erhöhung der Höchststrafe von drei Jahren auf fünf bzw von fünf auf zehn für die Qualifikation). Für die Strafverschärfung wird in den Materialien kein Grund genannt. Weitere Bsp in *Birkbauer/Oberlaber/Schmidhuber*, Strafrechtsreform 30f.

10 Siehe *Birkbauer/Oberlaber/Schmidhuber*, Strafrechtsreform 80ff; durch BGBl I 2007/109: Einführung der Möglichkeit der Erbringung von gemeinnützigen Leistungen statt Verbüßung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Siehe auch *Grafl/Schmoller GA* 73.

11 BGBl I 2010/64.

12 Zu den Auswirkungen siehe *Grafl/Schmoller GA* 73.

13 Vgl zum Ganzen *Zerbes*, Spitzeln, Spähnen, Spionieren (2010).

14 *Bundeskriminalamt*, Sicherheit 2016 Kriminalitätsentwicklung in Österreich, bundeskriminalamt.at/501/files/BroschuereSicherheit_2016.pdf, 14 (31.01.2018).

1993 und 1997 begangenen Briefbombenattentate¹⁵ führten zur Einführung des automationsunterstützten Datenabgleichs („Rasterfahndung“).¹⁶ Laut dem Bundesministerium für Justiz (BMJ) wurde diese Ermittlungsmaßnahme bis dato acht Mal eingesetzt.¹⁷ Sicherheitspolitisch weite Auswirkungen hatten die Terroranschläge am 11.09.2001, die sich auch in Österreich unter den Schlagworten „Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität“ auf die strafrechtliche, aber auch sicherheitspolizeirechtliche Gesetzgebung auswirkten. Die StPO wurde seit 2002 – also in 15 Jahren – 53 Mal geändert, in den Jahren zuvor, gerechnet ab ihrer Wiederverlautbarung im Jahre 1975¹⁸ – also in 24 Jahren – 35 Mal.¹⁹

Hervorzuheben ist das am 01.01.2008 in Kraft getretene Strafprozessreformgesetz 2004,²⁰ das die Staatsanwaltschaft zur *domina litis* des Ermittlungsverfahrens machte und neben dieser auch die Kriminalpolizei mit eigenen Kompetenzen zur Verfahrenseinkleitung²¹ und weitreichenden Ermittlungsbefugnissen ausstattete.²² Hier zu nennen sind bspw einfache Observation,²³ einfache verdeckte Ermittlung (umfasst den Einsatz von Vertrauenspersonen)²⁴ sowie Scheingeschäfte, die zur Sicherstellung von Suchtgiften und Falschgeld führen.²⁵ Über das Rechtsinstitut „Gefahr im Verzug“²⁶ kann die Kriminal-

15 Der Attentäter tötete aus rassistischen und völkischen Motiven vier Menschen und verletzte 15 zT schwer, vgl [de.wikipedia.org/wiki/Franz_Fuchs_\(Attent%C3%A4ter\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Franz_Fuchs_(Attent%C3%A4ter)) (31.01.2018).

16 §§ 149i ff idF BGBl I 1997/105, nun §§ 141 ff StPO idF BGBl I 2004/19.

17 Anfragebeantwortung des BMJ vom 08.09.2017, 12990/AB, 2. Ob die Ermittlungsmaßnahme die Aufklärung einer Straftat bewirkte oder dazu beitrug, konnte nicht beantwortet werden. Die Rasterfahndung war für die Aufklärung der Briefbombenattentate ohne Einfluss, vgl *Simoner*, Der Standard v 04.10.2007, Zehn Jahre Rasterfahndung: Kein einziges Mal eingesetzt, derstandard.at/3055587/Zehn-Jahre-Rasterfahndung-Kein-einziges-Mal-eingesetzt (31.01.2018).

18 Strafprozessordnung 1975, BGBl I 1975/631 (WV).

19 Stand 15.12.2017, siehe *Doralt*, Kodex des österreichischen Rechts: Strafrecht 2017/18 (2017, Bearbeitung: *Fuchs/Malecky*) 375.

20 Strafprozessreformgesetz 2004, BGBl I 2004/19.

21 §§ 1, 18, 99 StPO.

22 Eine Aufzählung der Befugnisse der Kriminalpolizei findet sich bei *Vogl* in WK StPO § 18 Rz 17 ff; vgl auch *Zerbes*, Spitzeln (passim) sowie *Venier*. Das neue Ermittlungsverfahren: Eine Reform und ihre Mängel, ÖJZ 2009/66, 591.

23 Vgl § 130 Abs 1 StPO. Nur für eine länger als 48 Stunden dauernde, im Ausland oder unter Verwendung technischer Mittel geführte Observation ist eine Anordnung der Staatsanwaltschaft erforderlich (§ 130 Abs 3 StPO).

24 § 131 Abs 1 StPO. Nur für eine über längere Zeit andauernde Ermittlung ist eine staatsanwaltliche Anordnung notwendig (§ 131 Abs 2 StPO).

25 Alle übrigen Maßnahmen sind von der Staatsanwaltschaft anzuordnen (§ 132 Abs 1 StPO iVm § 133 Abs 1 StPO); vgl auch *Zerbes* in WK StPO § 133 Rz 1. Die nahezu alltäglichen Scheingeschäfte mit Drogen im Bereich des – mengenmäßig irrelevanten – Straßenverkaufs erfolgen somit ohne Einbindung von Staatsanwaltschaft oder Gericht.

26 Nach den Erläut. liegt Gefahr im Verzug vor, „wenn die Anordnung wegen einer unabwieslichen Notwendigkeit sofortigen Einschreitens nicht eingeholt werden kann.“ Vgl bspw die allgemeine Kompetenzregel für die Kriminalpolizei in § 99 Abs 1 und Abs 3 StPO für Ermittlungsmaßnahmen, die grundsätzlich einer Anordnung der Staatsanwaltschaft bedürften (Vgl RV 25 BlgNR 22. GP 129 und *Vogl* in WK StPO § 99 Rz 6 ff). In Zeiten digitaler Kommunikation sind nur wenige Fälle denkbar, in denen die Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig zur Erteilung einer Anordnung, die inhaltlich die Genehmigung der beabsichtigten Ermittlungsmaßnahme ist, kontaktiert werden kann, so bspw im Falle einer Festnahme oder des Betretens auf frischer Tat bei Begehung einer strafbaren Handlung (Festnahme und Durchsuchung von Orten). Hingegen ist Gefahr im Verzug bei einer über 48 Stunden andauernden Observation oder einer systematischen verdeckten Ermittlung (bereits begrifflich) ausgeschlossen. In der Praxis werden solche Maßnahmen dennoch ohne Einbindung der Staatsanwaltschaft eingesetzt (Kenntniserlangung der Autorin aus ihrer Tätigkeit als Strafverteidigerin).

polizei all jene Ermittlungsmaßnahmen von sich aus einsetzen, die eigentlich einer Anordnung der Staatsanwaltschaft bedürften; so etwa die qualifizierte Observation²⁷ und die systematische verdeckte Ermittlung.²⁸ Sogar Befugnisse, die eine gerichtliche Bewilligung erfordern, darf sie – wenn gesetzlich jeweils ausdrücklich vorgesehen – aus eigener Macht einsetzen, bspw die Durchsuchung einer Wohnung oder die „Besichtigung“ des nackten Körpers einer Person.²⁹ Die wohl rasanteste Befugnisserweiterung in den vergangenen 20 Jahren betraf den Zugriff auf die Kommunikation von beschuldigten und (regelmäßig auch) unbeteiligten Personen und die Ermittlung der finanziellen Verhältnisse von beschuldigten Personen.³⁰

Seit dem Jahr 2000 wurden die Befugnisse zur Herausgabe von Informationen (dh Daten und Unterlagen) über Bankkonten und Bankgeschäfte laufend ausgeweitet.³¹ Zuletzt wurden die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Auskünfte über Kontodaten aus dem (neu geschaffenen) Kontenregister herabgesetzt; es reicht eine Anordnung der Staatsanwaltschaft, einer gerichtlichen Genehmigung bedarf es nicht mehr.³²

Mit einer Ausnahme³³ ist der Einsatz von Ermittlungsbefugnissen zur Erforschung von Kommunikationsvorgängen und -inhalten nach wie vor an eine vorhergehende gerichtliche Genehmigung³⁴ gebunden. Ausgeweitet wurde im Laufe der Zeit aber ihr Anwendungsbereich: Die Strafverfolgungsbehörden können mittlerweile auf sämtliche Kommunikationsmittel und -arten zugreifen;³⁵ nicht zulässig ist allerdings die (Auskunft aus einer) Vorratsdatenspeicherung,³⁶ die der VfGH im Jahre 2014 für verfassungswidrig erklärte.³⁷

Überdies können sämtliche Kommunikationsvorgänge – mit Ausnahme des nicht mehr sehr gebräuchlichen analogen Briefverkehrs – überwacht werden.³⁸ Somit auch (nicht verschlüsselte) E-Mails und SMS, so sie über ein Kommunikationsnetz oder einen Dienst

27 Mit technischen Mitteln, über 48 Stunden oder im Ausland: § 130 Abs 1 iVm § 133 Abs 1 StPO.

28 § 131 Abs 2 iVm § 133 Abs 1 StPO: „Eine systematisch, über längere Zeit durchgeführte verdeckte Ermittlung“, die der Aufklärung einer mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Straftat oder zur Verhinderung von terroristischer und organisierter Kriminalität dient.

29 § 120 Abs 1 iVm 117 Z 2 lit b und Z 3 lit b StPO.

30 Vgl §§ 76 a, 131, 132, 134-136 StPO, vgl zum Ganzen *Reindl-Krauskopf/Tipold/Zerbes* in WK StPO §§ 134-136.

31 Vgl zur Entwicklung *Flora* in WK StPO § 116 Rz 1ff.

32 §§ 109 Z 3, 116 Abs 1 und Abs 2 StPO: Name, Anschrift, Geburtsdatum, Konto- und Depotnummer ua, vgl Strafprozessänderungsgesetz I 2016 BGBl I 2016/26.

33 § 136 Abs 1 Z 1 StPO: Recht der Kriminalpolizei auf optische und akustische Überwachung im Falle einer Entführung oder sonstigen Bemächtigung.

34 Und – wie alle übrigen Ermittlungsbefugnisse der StPO – an einen Verdacht der Begehung einer strafbaren Handlung, vgl § 1 Abs 1 StPO unterscheidet zwischen Anfangsverdacht und konkretem Tatverdacht. Zu Definition und Abgrenzung siehe *Fabrizy*, StPO¹³ § 1 Rz 7ff.

35 Auskunft über Stamm- und Zugangsdaten (§ 76 a StPO), Beschlagnahme von Briefen und Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung (§ 134 Z 1 und Z 2 StPO), Sicherstellung und Beschlagnahme von Daten (§§ 111-115 StPO).

36 Speicherung von personenbezogenen Daten ohne ermittlungsbedingte Notwendigkeit.

37 Ehemals § 134 Z 2a StPO, BGBl I 2014/44 (VfGH).

38 Überwachung von Nachrichten (§ 134 Z 3 StPO), optische und akustische Personenüberwachung (§ 134 Z 4 StPO), verdeckte Ermittlung (§ 131 StPO); *Reindl-Krauskopf* in WK StPO § 134 Rz 41ff sowie *Zerbes*, Spitzeln 27ff, 33ff.

der Informationsgesellschaft ausgetauscht werden.³⁹ Eine *lückenlose* Überwachung scheidet derzeit noch an den gesetzlichen Schranken für technische Zugriffsmöglichkeiten: Nicht erlaubt sind Online-Durchsuchung, Online-Überwachung⁴⁰ sowie die Überwachung von verschlüsselten Kommunikationsvorgängen, wie etwa WhatsApp udgl.⁴¹ Dies könnte sich in naher Zukunft ändern, wie der Entwurf des Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2017 zeigt,⁴² dessen Umsetzung im Sommer 2017 am Widerstand der Sozialdemokratischen Partei Österreichs (SPÖ) scheiterte.⁴³ Als neue Ermittlungsmaßnahmen waren die „Lokalisierung einer technischen Einrichtung“ durch IMSI-Catcher,⁴⁴ „die Überwachung verschlüsselter Nachrichten“ durch Installation eines Programms in ein Computersystem ohne Kenntnis der innehabenden und sonst verfassungsberechtigten Person⁴⁵ sowie die „akustische Überwachung von Personen in Fahrzeugen vorgesehen.“⁴⁶ Eine derartige Gesetzesänderung würde eine damit lückenlose Überwachung ermöglichen, die zwar an das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts und an eine gerichtliche Genehmigung gebunden wäre, aufgrund der vorgeschlagenen Zuständigkeitsregelungen aber sogar bei Vergehen (Straftaten mit einer Strafdrohung bis zu drei Jahren) in Betracht käme.⁴⁷

1.3. Strafverfahrensrecht und Sicherheitspolizeirecht

Parallel dazu sind weitreichende Änderungen des Sicherheitspolizeirechts bereits erfolgt und weitere geplant. Überhaupt nähern sich die strafrechtlichen und sicherheitspolizeirechtlichen Aufgabenstellungen, Zielrichtungen und Eingriffsbefugnisse immer mehr an.⁴⁸ Auf der materiellstrafrechtlichen Seite wird die Strafbarkeit va unter dem Vorzeichen der Bekämpfung von organisierter Kriminalität und Terrorismus weit in den Be-

39 *Reindl-Krauskopf* in WK StPO § 134 Rz 45.

40 Zu den Begriffen siehe *Zerbes*, Spitzeln 35: Durchsuchung ist das heimliche Lesen und Kopieren eines Rechners, Überwachung das heimliche Überwachen aller Kommunikationsvorgänge.

41 Siehe *Reindl-Krauskopf* in WK StPO § 134 Rz 58/1ff; *Zerbes*, Spitzeln 34ff.

42 ME Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2017, 325/ME 25. GP.

43 *Der Standard* v 23.08.2017, Sicherheitspaket: SPÖ schickt ÖVP-Projekte „zurück an den Start“, derstandard.at/2000063014010/Sicherheitspaket-SPOe-schickt-OeVP-Projekte-zurueck-an-den-Start (31.01.2018).

44 Vgl § 134 Z 2a StPO-E. IMSI-Catcher ermöglichen über die auf der Mobilfunkkarte eines Mobiltelefons gespeicherte IMSI (=International Mobile Subscriber Identity; internationale Mobilfunkteilnehmerkennung) den Standort von Mobiltelefonen innerhalb einer Funkzelle einzugrenzen. Zu Begriff und Funktion vgl *Reindl-Krauskopf*, JBl 2018, 59 (61). Für ihren Einsatz zu sicherheitspolizeilichen Zwecken wurde bereits mit der SPG-Novelle 2008 (BGBl I 2007/114) eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Anzumerken ist, dass IMSI-Catcher Bewegungsprofile erstellen und Mobiltelefone abhören können, was einem „großer Lauschangriff“ (vgl § 136 StPO: optische und akustische Überwachung von Personen) gleichkommt, der weder im SPG noch im PStSG erlaubt ist und in Verfahren nach der StPO einer richterlichen Bewilligung bedarf. Zurecht kritisch die Vereinigung der österreichischen Richter und Richterinnen (RIV) in ihrer Stellungnahme zum Entwurf (8899/SN-325/ME 25. GP 4).

45 In der medialen Berichterstattung „Bundestrojaner“ genannt. Vgl *Der Standard* v 21.08.2017, Sicherheitspaket: Oberster Gerichtshof warnt vor Bundestrojaner, derstandard.at/2000062938605/SicherheitspaketOberste-Gerichtshof-warnt-vor-Bundestrojaner (31.01.2018).

46 In den Erläut findet sich keine Begründung für die Notwendigkeit dieser Eingriffsbefugnis.

47 §§ 135a Z 3, 137 StPO-E, Erläut 325/ME 25. GP, 5ff.

48 *Zerbes*, Spitzeln 241ff (mwN).

reich sozialadäquater und unrechtsneutraler Handlungen vorverlagert: Erfährt bspw die Kriminalpolizei von einer Geldüberweisung, kann sie ein Ermittlungsverfahren wegen des Verbrechens der Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) führen, weil sich der objektive Tatbestand im „Sammeln und Bereitstellen von Vermögenswerten“ erschöpft. Aufgrund der (beispielbezogenen) Strafdrohung von einem bis zu zehn Jahren können *sämtliche* in der StPO vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt werden, obwohl (durch eine Geldüberweisung) weder die eigentlich zu verhindernde Rechtsgutverletzung noch eine Gefährdungshandlung oder Gefahrenlage vorliegen (oder durch das Verhalten verursacht werden). Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren dient in diesem Fall insofern nicht einmal mehr der Gefahrenabwehr, die ihrerseits eigentlich Kernaufgabe des Sicherheitspolizeirechts *ist*.⁴⁹

Auch im Bereich des Sicherheitspolizeirechts findet seit Jahren eine *Aufrüstung* der Sicherheitsbehörden mit Eingriffsbefugnissen verbunden mit der Ausweitung von Aufgaben und Zuständigkeiten statt. Die Befugnisse des Polizeilichen Staatsschutzgesetzes (PStSG⁵⁰) werden ua mit „effektiver und effizienter Abwehr der Spionage und den Folgen von Extremismus und Terrorismus“ sowie der Bedrohung durch „einen transnationalen Terrorismus, die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und Cyber-Angriffen“ begründet.⁵¹ Dem Begriff „Staatsschutz“ wird eine „Renaissance“ attestiert,⁵² als eine im Gesetz selbst nicht definierte polizeiliche Aufgabenstellung, die durch „Staatschutzorgane“ über die Kompetenzzuschreibung der „erweiterten Gefahrenerforschung“ und des „vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen“ auch „durch eine Person“⁵³ umgesetzt werden soll. Die Ermittlungsbefugnisse sind im Gesetz taxativ aufgezählt, hervor stechen heimliche (verdeckte) Ermittlungsmaßnahmen, Observation, verdeckte Ermittlung, Einsatz von Vertrauenspersonen, Bild- und Tonbandaufzeichnungen, Einsatz von Kennzeichenerkennungsdaten (= Anbringen eines Bildaufzeichnungsgerätes auf Straßen zur Erfassung sämtlicher KFZ-Kennzeichen). Die übrigen Befugnisse betreffen die Erhebung, Verwendung und Verarbeitung von Informationen, ua etwa Auskünfte zur Telekommunikation (Erhebung von Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten), aber auch Daten von Beförderungsunternehmen. Auch sensible Daten dürfen erhoben werden, ebenso Informationen zu Kontakt- und Begleitpersonen,⁵⁴ somit das gesamte private und berufliche Umfeld. Die gesammelten Daten können in einem „Informationsverbundsystem“ gespeichert und verarbeitet werden.⁵⁵ Die Lösungsfristen wur-

49 Zerberes, Spitzeln 248ff (mwN).

50 BGBl I 2016/5. Der VfGH hat die Bestimmungen auf ihre Verfassungskonformität überprüft und bestätigt, näher VfGH 29.11.207, G 223/2016-23.

51 ErläutRV 763 BlgNR 25. GP, 1.

52 Reindl-Krauskopf/Salimi, PStSG (2017) 1f.

53 § 6 PStSG.

54 § 11 PStSG.

55 § 12 PStSG.

den wesentlich verlängert.⁵⁶ Alle Maßnahmen bedürfen zwar der Genehmigung durch den vom BMI ernannten Rechtsschutzbeauftragten.⁵⁷ Hervorzuheben ist aber, dass lediglich für die Beobachtung einer Einzelperson ein begründeter Verdacht eines in absehbarer Zeit bevorstehenden Angriffs vorliegen muss, nicht jedoch etwa für die Beobachtung einer „Gruppierung“ oder im Falle des Schutzes vor verfassungsgefährdenden Angriffen.⁵⁸

Auch das 1993 eingeführte Sicherheitspolizeigesetz – SPG⁵⁹ wurde seither 42 Mal (im Jahr 2016 zweimal,⁶⁰ im Jahre 2017 ein weiteres Mal⁶¹) geändert. Der weitere Ausbau der Eingriffsbefugnisse war geplant,⁶² die Umsetzung scheiterte aber am Bruch der Regierungskoalition im Frühsommer 2017. Laut Entwurf⁶³ sollten Sicherheitsbehörden künftig – auch in Echtzeitscreening – auf Video- und Tonmaterial von öffentlichen und privaten Rechtsträgern mit einem öffentlichen Versorgungsauftrag zugreifen dürfen, ua zur „Vorbeugung von wahrscheinlichen Angriffen.“⁶⁴ Diese Befugnis sollte keiner Genehmigung⁶⁵ der rechtsschutzbeauftragten Person bedürfen;⁶⁶ ebenso wenig die bis zu 14-tägige Speicherung solcher Daten ohne konkreten Verdacht.⁶⁷ Flankierend dazu wurden ua die Ausweitung der Videoüberwachung im Straßenverkehr (elektronische Kennzeichenerfassung)⁶⁸ sowie das von der Staatsanwaltschaft für die Höchstdauer von 12 Monaten anzuordnende so genannte „quick freeze“ für Verkehrsdaten als Ersatz der verfassungswidrigen Vorratsdatenspeicherung vorgeschlagen.⁶⁹ Anzumerken ist, dass die Wirksamkeit solcher Maßnahmen empirisch nicht erwiesen ist. Es werden, soweit überblickbar, auch keine diesbezüglichen Versuche unternommen.⁷⁰

56 § 13 PStSG.

57 Die Erfüllung seiner Aufgaben, nämlich der Wahrung des besonderen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit den im PStSG und SPG vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen erfolgt unabhängig und weisungsfrei. Vgl §§ 14ff PStSG, §§ 91a ff SPG; *Zerbes*, Spitzeln 158ff; *Hauer/Keplinger* SPG⁴ (2011) Anm zu §§ 91a ff SPG.

58 § 6 PStSG.

59 BGBl 1991/566 (idF) vgl *Doralt*, Kodex des österreichischen Rechts: Strafrecht 2017/18 (2017, Bearbeitung: *Fuchs/Malecky*) 753.

60 BGBl I 2016/5 und Präventions-Novelle 2016 BGBl I 2016/61.

61 BGBl I 2017/130.

62 Gemeinsam mit dem unter Punkt 1.2. erwähnten Strafprozessreformgesetz medial bekannt gemacht als „Sicherheitspaket“; vgl *Der Standard* v 31.08.2017, Sicherheitspaket neu: Brandstetter beharrt auf Bundestrojaner, derstandard.at/2000063411229/Sicherheitspaket-neu-Brandstetter-beharrt-auf-Bundestrojaner (31.01.2018).

63 326/ME 25. GP.

64 § 54 Ab 5 SPG-E.

65 § 91c Abs 3 SPG-E.

66 § 91a ff SPG.

67 § 93a SPG-E.

68 § 19a Bundesstraßen-Mautgesetz 2002-E.

69 § 99 Abs 1a-1f Telekommunikationsgesetz (TKG) 2003: Die Staatsanwaltschaft kann die im TKG vorgesehene Löschung von Verkehrsdaten für die Höchstdauer von 12 Monaten untersagen und sie damit „einfrieren“ (daher Quick Freeze, deutsch: Schockfrost); der Abruf der Daten bedarf einer gerichtlichen Bewilligung. Kritisch dazu die Stellungnahme zum Entwurf von epicenter.works – Plattform für Grundrechtspolitik (8425/SN-326/ME 25. GP).

70 Zur Ineffektivität der automatisierten Videoüberwachung und deren negativen Auswirkungen vgl die Nachweise in der Stellungnahme zum Entwurf der Änderung des SPG (8425/SN-326/ME 25. GP) von epicenter.works – Plattform für Grundrechtspolitik.

1.4. Einsatz der Ermittlungsbefugnisse in der Praxis

Seit 2008 haben sich die Anordnungen auf Bankauskunft mehr als vervierfacht, von 586 im Jahr 2008 auf 2.486 im Jahr 2016. Die Anordnungen auf DNA-Untersuchung haben sich mehr als verdreifacht, von 1.103 im Jahr 2008 auf 3.392 im Jahr 2016. Die Anordnungen der Auskunft einer Nachrichtenübermittlung stiegen deutlich von 2.734 (2008) auf 5.472 (2014); ebenso jene auf optische und akustische Überwachung von 157 (2008) auf 224 (2016). Die Anordnungen auf Nachrichtenüberwachung haben sich seit 2008 von 913 auf 3.197 im Jahr 2014 mehr als verdreifacht.⁷¹ Die Zahl der Einsätze im Rahmen des SPG hat sich tendenziell ebenso erhöht, im Jahr 2013 wurden in 794 Fällen Standortdaten ermittelt (davon sechs Mal mithilfe von IMSI-Catcher), im Jahre 2016 in 1259 (davon 16 Mal mit IMSI-Catcher).⁷²

1.5. Zwischenfazit

Sinkt nun, wie gezeigt, die Zahl der gerichtlichen Verurteilungen seit Jahrzehnten,⁷³ wird den Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden gegenwärtig mehr staatliche Macht verliehen als notwendig. Gleichzeitig ist eine Inkohärenz der Machtausübung zu beobachten: Es werden vermehrt Freiheitsstrafen (Anstieg um ein Fünftel im Zeitraum 1989-2013) und tendenziell strengere Strafen verhängt, der Anteil an teil- und unbedingten Freiheitsstrafen hat sich verdoppelt,⁷⁴ von Armut betroffene Personen werden öfters, solche nicht-österreichischer Herkunft außerdem zu höheren unbedingten Freiheitsstrafen verurteilt.⁷⁵ Die Zahl der Einweisungen in Anstalten für psychisch abnorme Rechtsbrecherinnen⁷⁶ hat sich seit dem Jahr 2000 nahezu verdoppelt.⁷⁷

2. Der Ruf nach Abschaffung der Geschworenengerichtsbarkeit

Die Forderung nach Abschaffung der Geschworenengerichtsbarkeit⁷⁸ ist – wenn auch erst auf den zweiten Blick – ebenso ein Bsp der Bestrebung der Ausweitung von staatli-

71 Siehe Anfragebeantwortung des BMJ vom 08.09.2017, 12990/AB Anlage; *Adensamer/Steinhauser*, Ermittlungsmaßnahmen nach 2008, in: Nie mehr allein... Überwachungsbericht 2017, 6ff, www.gruene.at/ueberwachungsbericht (31.01.2018).

72 Vgl *Adensamer/Steinhauser*, Ermittlungsmaßnahmen nach 2008, in Nie mehr allein... Überwachungsbericht 2017, 12f, www.gruene.at/ueberwachungsbericht (31.01.2018).

73 Vgl *Adensamer/Steinhauser*, Ermittlungsmaßnahmen nach 2008, in Nie mehr allein... Überwachungsbericht 2017, 6ff, www.gruene.at/ueberwachungsbericht (31.01.2018).

74 *BMJ*, Sicherheitsbericht 2015. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz (2016); *Stuefer/Schöch*, Handbuch Strafvollzug (2017) 29–40.

75 Zum gesamten Absatz *Grafl/Schmoller*, GA 47ff, 73ff; *Stuefer*, Zur Rationalität des Strafans – eine Annäherung aus der Praxis, AnwBl 2017, 240; *Bundesanstalt Statistik Österreich (Statistik) Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2016 (Stand 10.07.2017).

76 Für personenbezogene Bezeichnungen wird abwechselnd die weibliche und die männliche Form verwendet.

77 *BMJ*, Sicherheitsbericht 2015 116 (Untersuchungszeitraum bis 2013).

78 Vgl Art 91 Abs 1 und 2 B-VG.

cher Macht. Sie ist kein Novum, sie wurde seit ihrer Einführung im Jahr 1848 mehrfach erhoben. Zweimal wurde sie umgesetzt, zunächst im Zuge des Neoabsolutismus zwischen 1851 und 1867, sodann 1934 durch das austrofaschistische Regime. Erhalten blieben die sogenannten großen Schöffengerichte (drei Berufsrichter und drei Laienrichter).⁷⁹ 1939 wurde unter der nationalsozialistischen Diktatur das Laienelement ganz beseitigt. Die Ausübung der Gerichtsbarkeit war bis zur Wiedereinführung der Schöffen- und Geschworenengerichtsbarkeit im Jahre 1950 Berufsrichtern und (seit 1947) Berufsrichterinnen⁸⁰ vorbehalten. Die Abschaffung⁸¹ der Geschworenengerichtsbarkeit fand also im Zuge radikaler autoritärer Umbrüche statt, in den 30iger Jahren verbunden mit dem Ende des demokratischen Rechtsstaates. Diese Fakten halten zu rechtspolitisch und dogmatisch akkurater Analyse an. Denn die Pro- und Contra-Argumente haben sich im Grunde nicht verändert. Zentrale, immer wiederkehrende Kritikpunkte sind die vermeintliche „Überforderung“ und das „Unvermögen“ der Geschworenen, ihren Aufgaben gerecht zu werden, sowie die fehlende Verpflichtung zur schriftlichen Begründung des Wahrspruchs (= Entscheidung der Schuldfrage) als Urteilsgrundlage.⁸² Die Lösung wird einerseits in der Reform der Geschworenengerichtsbarkeit,⁸³ andererseits in der Einführung eines „erweiterten Schöffengerichts“⁸⁴ mit Verpflichtung zur berufsrichterlichen schriftlichen Urteilsbegründung gesehen.⁸⁵

2.1. Zur „Überforderung“ und zum „Unvermögen“ der Geschworenen

Wie die von *Lewisch* zitierten empirischen Untersuchungen zeigen, kommen Geschworene und Berufsrichter in der Lösung der Tatfrage zu 98 % zum selben Ergebnis. Kogni-

79 Vgl. *Sadoghi*, Thesen zur Geschworenengerichtsbarkeit – historische Aufarbeitung und Perspektiven (2007) 62, 85; *Lewisch*, Abschaffung der Geschworenengerichte? (2002) 1ff.

80 1947 wurden die beiden ersten Frauen zu Berufsrichterinnen ernannt. Vgl. dazu *Kren*, Die Juristinnen im Österreichischen Rechtsleben – Auswirkungen gebremster Frauenförderung, in *Floßmann* (Hrsg.), Offene Frauenfragen in Wissenschaft – Recht – Politik (1991) 134.

81 Vgl. ausführlich *Sadoghi*, Thesen 71ff.

82 Zum Meinungsstand (Auswahl): *Brandstetter*, Zum Reformbedarf hinsichtlich der Geschworenengerichtsbarkeit, Gutachten für den 15. Österreichischen Juristentag in Innsbruck 2003, Band IV/3 Zur Reform des strafprozessualen Hauptverfahrens (2003) 44; *Burgstaller*, Argumente für die Geschworenengerichtsbarkeit, JBl 2006, 59; *Lewisch*, Geschworenengerichtsbarkeit und faires Verfahren, JBl 2012, 496; *Moos*, Die Begründung der Geschworenengerichtsurteile, JBl 2010, 73; *Reindl-Krauskopf*, Argumente gegen die Geschworenengerichtsbarkeit, AnwBl 2010, 224; *Rueprecht*, Die Jury im inquisitorischen Strafprozess, JSt 2003, 121; *dies*, EGMR stellt Geschworenengericht nicht in Frage, JSt 2010, 200; *Ruhri*, Ausgewählte Fragen der Geschworenengerichtsbarkeit, AnwBl 2011, 98; *Sadoghi*, Die Bekämpfung der Tatfrage im geschworenengerichtlichen Verfahren, JSt 2008, 78; *Soyer*, Vorstellungen zur „Hauptverhandlung neu“, in *Soyer* (Hrsg.), Schriftenreihe der Vereinigung der Vereinigung Österreichischen StrafverteidigerInnen Band 1, Strafverteidigung – Realität und Vision (2003) 80; *Weh*, Die Öffentlichkeit des summing up als Kernstück des fairen Geschworenengerichtsverfahrens, juridikum 2002, 163.

83 Vgl. etwa Beschlüsse des 4. Österreichischen StrafverteidigerInnen-tages, in *Soyer* (Hrsg.), Schriftenreihe der Vereinigung der Vereinigung Österreichischen StrafverteidigerInnen Band 6, Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 155.

84 Ein Schöffengericht nach jetzigem Vorbild mit höherer Anzahl an Laienrichtern; vgl. dazu auch *Burgstaller*, Argumente, JBl 2006, 72.

85 Vgl. *Brandstetter*, Reformbedarf 59.

tive und emotionale Defizite in Auffassungs-, Diskretions- und Abstraktionsvermögen sowie Manipulierbarkeit treten bei beiden Gruppen gleichermaßen auf.⁸⁶ Weder Ausbildung noch richterliche Erfahrung *schützen* vor Fehlern. Der von Vertreterinnen aus Wissenschaft, Justiz und Verteidigung auch medial thematisierte Mangel rechtfertigt die Abschaffung – jedenfalls aus diesem Grunde – nicht.⁸⁷

Für den Schwurgerichtshof ist die geschworenengerichtliche Hauptverhandlung mit Mühe und hohem Zeit- und Ressourcenaufwand verbunden, der von seinen Mitgliedern mitunter als belastend wahrgenommen wird. Dieser Umstand ist eines der unausgesprochenen Hauptargumente der Berufsrichterinnen gegen die Beibehaltung der Geschworenengerichtsbarkeit. In der Praxis führt dies mitunter zu einem für die Geschworenen nachteiligen Verhandlungsklima, das sich im Tonfall und einem rigoros geführten Kommunikationsstil äußert und im Ergebnis den Eindruck der Disziplinierung der Laienrichter erweckt.⁸⁸ Die StPO versteht das Geschworenengerichtungsverfahren aber als ein auf Augenhöhe geführtes Zusammenwirken der beiden Spruchkörper. Das vorsitzende Mitglied des Schwurgerichtshofs hat mit seiner Expertise die Geschworenen durch die einzelnen Verfahrensabschnitte zu „begleiten“ (ua Rechtsbelehrung) und den Prozessstoff so aufzubereiten, damit sie, ohne Aktenkenntnis – also insofern unvoreingenommen – an der Hauptverhandlung teilhabend, die optimale Grundlage zur Entscheidung über der Schuldfrage vorfinden.⁸⁹ Von den Berufsrichterinnen fordert das Gesetz daher nicht nur juristische Fachkenntnis und Präzision, sondern auch Geduld und pädagogische Hingabe.

Die erwähnte Disziplinierung führt in Verbindung mit der medial verbreiteten Vorstellung, die Geschworenen seien intellektuell überfordert und leicht beeinflussbar zu einer Entwertung der Geschworenengerichtsbarkeit und – wenn auch mittelbar – der potentiellen Geschworenen und letztlich auch der von einem Strafverfahren betroffenen Personen.⁹⁰

2.2. Zur mangelnden Begründungspflicht

Die Kritik der mangelnden Begründungspflicht ist dogmatisch wie rechtspolitisch nachvollziehbar. Ein Urteil ohne Begründung – noch dazu bei Delikten, die mit den strengsten Strafen bedroht sind⁹¹ – scheint in der Tat willkürlich. Nach der Jud des EGMR,⁹²

⁸⁶ *Lewis*, Abschaffung 35, 70.

⁸⁷ Siehe *Seeh*, Die Presse v 24.05.2009, Geschworene: Einstimmiger Reformruf, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/481771/Geschworene_Einstimmiger-Reformruf vom (31.01.2018).

⁸⁸ Aus der Erfahrung der Autorin als Strafverteidigerin: Die Geschworenen werden bei Ausübung ihrer Fragerechts in strengem Ton unterbrochen und/oder zurechtgewiesen. Der Vorsitzende des Schwurgerichtshofs hat zwar das Recht unzulässige (etwa nicht zur Sache gehörenden) Fragen zu untersagen (§ 302 Abs 1 StPO iVm § 249 StPO), ist aber verpflichtet, den Geschworenen die „zur Ausübung ihres Amtes erforderlichen Anleitungen“ zu geben.

⁸⁹ Vgl § § 301-338 StPO idgF.

⁹⁰ *Mayer*, Die Presse v 24.05.2009, Geschworene: Einstimmiger Reformruf, diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/481771/Geschworene_Einstimmiger-Reformruf(31.01.2018): „Wer kommt denn noch hin? Nur noch Hausfrauen und Arbeitslose (...)“.

⁹¹ Siehe die Zuständigkeitsregeln in § 31 Abs 2 StGB sowie das Verbotsgesetz BGBl 1945/13.

⁹² Zuletzt EGMR 29.11.2016 (GK), 34238/09, *Lhermitte gegen Belgien*, NLMR 2016, 519.

VfGH⁹³ und OGH⁹⁴ ist ein von Geschworenen – ohne berufsrichterlicher Beteiligung – gefällter Wahrspruch aber sehr wohl menschenrechtskonform. Diese Rsp nimmt stets die Gesamtheit des zur Urteilsfindung führenden Verfahrens in den Blick und untersucht, ob dieses als fair iSd Art 6 EMRK anzusehen ist. Für die StPO wird dies in stRsp bejaht, weil ausreichend Verfahrensvorschriften wirksamen Schutz vor Willkür bieten: Sie verpflichtet den Vorsitzenden des Schwurgerichtshofs⁹⁵ als Verhandlungsleiter zu einer allseits zugänglichen Aufarbeitung des Prozessstoffes, die Beweise möglichst unmittelbar vorzuführen, die Fragen an die Geschworenen präzise und eindeutig zu formulieren und ihnen die Rechtslage in einer für rechtsunkundige Personen verständlichen Weise zu erklären. Entscheidend ist nach der Rsp außerdem, dass die angeklagte Person durch gesetzlich verankerte Mitwirkungsmöglichkeiten effektiv an der Verhandlung teilnehmen kann. Neben dem Frage- und Antragsrecht kann sie ua in der Hauptverhandlung auf die Formulierung der Fragen Einfluss nehmen.⁹⁶ Die Teilnahmerechte im geschworenengerichtlichen Verfahren sind damit sogar ausgeprägter als im schöffengerichtlichen. Ferner bewirkt die Aufgabenteilung in Verhandlungsleitung mit amtswegiger Wahrheitsermittlungspflicht (Schwurgerichtshof) und Entscheidung über die Schuldfrage (Geschworenenbank)⁹⁷ eine Stärkung der Waffengleichheit. Das Verfahren trägt somit adversatorische Züge.⁹⁸ Die Nachvollziehbarkeit, maW die Begründung des Wahrspruchs ergibt sich somit aus der – unter diesen Vorzeichen geführten – Hauptverhandlung selbst.⁹⁹ Auch die mangelnde schriftliche Begründungspflicht verlangt somit weder dogmatisch noch rechtspolitisch die Beseitigung der Geschworenengerichtsbarkeit.

Die schriftliche Urteilsbegründungspflicht nach dem Vorbild des *schöffengerichtlichen* Verfahrens zur Verbesserung der Rechtsmittelmöglichkeiten für die angeklagte Person zu fordern, ist ebenso fragwürdig. Die Anfechtungsmöglichkeiten im Schöffengerichtlichen Verfahren unterscheiden sich nicht grundlegend von jenen im Geschworenengerichtlichen Verfahren. Die Beweiswürdigung ist auch im schöffengerichtlichen Verfahren nicht bekämpfbar.¹⁰⁰ Geltend gemacht werden können (unter diesem Gesichtspunkt) gravierende Überschreitungen der Beweiswürdigungsfreiheit (Tatsachenrüge: erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit

93 VfGH 14.03.2017, G 249/2016; *Hollaender*, Ist die Geschworenengerichtsbarkeit verfassungskonform? AnwBl 2017, 548 (Entscheidungsbesprechung); *Stuefer*, Anmerkung zu G 249/2016, JSt 2017, 475-479.

94 *Lewisch*, Geschworenengerichtsbarkeit, JBl 2012, 496.

95 Das Geschworenengericht besteht aus zwei Spruchkörpern: Geschworenenbank (acht Laiinnen) und Schwurgerichtshof (drei Richter).

96 Vgl § 310 Abs 3 iVm § 319 StPO. Weitere Möglichkeiten sind im Rahmen des Monitorverfahrens vorgesehen, vgl § 332 StPO.

97 *Lewisch*, Geschworenengerichtsbarkeit, JBl 2012, 498.

98 Vgl *Pilnacek*, Statement zu den Vorzügen der Geschworenengerichtsbarkeit, in *Soyer* (Hrsg), Schriftenreihe der Vereinigung der Vereinigung Österreichischen StrafverteidigerInnen Bd 6, Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 41ff.

99 Im Ergebnis auch *Lewisch*, Geschworenengerichtsbarkeit, JBl 2012, 499: „Legitimation durch Verfahren.“

100 Die Möglichkeit, gravierende Bedenken gegen die Richtigkeit von entscheidenden Tatsachen geltend zu machen, steht auch im geschworenengerichtlichen Verfahren offen (§ 345 Abs 1 Z 10a StPO).

der Urteilsfeststellungen)¹⁰¹ und die Verletzung ihrer formellen Grenzen bei Ausfertigung der Urteilsbegründung (Mängelrüge).¹⁰² Die Anfechtbarkeit eines Urteils hängt (insofern) im Wesentlichen von der Qualität der schriftlichen Urteilsausfertigung ab, die die Vorsitzende des jeweiligen Schöffengerichts denknotwendig erst nach Schluss der Verhandlung und nach Urteilsverkündung, also ohne Beteiligung und in Abwesenheit der Laienrichter erstellt. Entscheidend für den Bestand des Urteiles ist somit auch das „handwerkliche“ Können der Berufsrichterinnen bei Formulierung der Urteilsgründe und nicht die Laienbeteiligung.

2.3. Zwischenfazit

Für die Angeklagten brächte die Einführung eines großen Schöffengerichts (dh mit einer Überzahl an Laienrichtern) keine Verbesserung. Die Berufsrichterinnen werden aufgrund ihrer fachlichen Kompetenz, ihrer kommunikativen Fähigkeiten und Berufserfahrung bei der Rechtsfindung entscheidend dominieren, selbst wenn sie den Laienrichterinnen zahlenmäßig unterlegen sind. Eine „echte“ Laienbeteiligung ist somit nur in der in der StPO idgF vorgesehenen Form der Geschworenengerichtbarkeit denkbar und praktikabel, nämlich als ein aus Laienrichtern bestehender Spruchkörper, der zwar durch Berufsrichterinnen auf die Urteilsfällung vorbereitet wird, über die Schuldfrage aber allein entscheidet. Die Laienrichter werden ihre Funktion nur so als wirkliche Mitwirkung an der Rsp erfahren. Ihre Tätigkeit ist daher weniger Ausdruck des demokratischen, als vielmehr des gewaltenteilenden Grundprinzips der Verfassung.¹⁰³

3. Ergebnis: Funktionswandel des Strafrechts und Machtverschiebung zugunsten des Staates

Die zunehmende Tendenz zur Kriminalisierung sowie Strafverschärfung und die Ausweitung und Verschmelzung von strafprozessual- und sicherheitspolizeirechtlichen Aufgaben und Befugnissen¹⁰⁴ – trotz seit Jahrzehnten sinkender Zahl von Anzeigen und Verurteilungen – zeigen einen Wandel der Funktion des Strafrechts an. Die Tätigkeitsfelder von Justiz und Exekutive werden zunehmend in bisher *staatsfreie* Bereiche verlagert, im Strafverfahren durch Pönalisierung von Verhaltensweisen fernab von Rechtsgutverletzungen, im Sicherheitspolizeirecht durch angriffs- und gefahrenverdachtsunabhängige Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen. Gleichzeitig werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Befugnisseinsatz zugunsten der Kriminalpolizei, der Sicherheits- und Staatsschutzorgane fortschreitend herabgesetzt, ihre Möglichkeiten damit erweitert,

101 § 281 Abs 1 Z 5a StPO.

102 § 281 Abs 1 Z 5 StPO.

103 AA die hA, siehe statt aller *Burgstaller*, Argumente, JBl 2006, 70f.

104 Vgl dazu *Zerbes*, Spitzeln 281ff.

was einer Verpolizeilichung beider Rechtsbereiche gleichkommt.¹⁰⁵ Im Ergebnis verleiht die Gesetzgebung den Strafverfolgungs- und sicherheitsbehördlichen Organen zunehmend mehr Befugnisse, als sie zur Aufgabenerfüllung erwiesenermaßen benötigen. In diesem Ausmaß expandiert staatliche Macht ohne wirklichkeitsbezogene Legitimation zulasten der Sphäre der Rechtsunterworfenen. Gleichzeitig zeigt sich eine Inkohärenz in der Machtausübung in der Rsp. Die Forderung nach Abschaffung der Geschworenengerichtsbarkeit fügt sich nahtlos in dieses Bild, sie ist ebenso Zeichen einer angestrebten Machtverschiebung zugunsten des Staates. Die solcherart bewirkte und für die Zukunft weiter geplante *Belastung* der Rechtsunterworfenen ist, wie die Geschichte zeigt, ein zivilisatorischer Rückschritt: Mehr Überwachung und mehr Strafen führten noch nie zu mehr Freiheit, Sicherheit oder Wohlbefinden.

Alexia Stuefer ist promovierte Juristin und als Strafverteidigerin und Lektorin an der Universität Wien tätig; stuefer@anwaltsbuero.at

105 Zum Begriff siehe *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 119 (2016) 486ff.

Verein Frauen-Rechtsschutz

Michaela Kovacic

1. Ziel und Aufgaben des Vereins Frauen-Rechtsschutz

Der Verein Frauen-Rechtsschutz wurde im Jahr 1998 von Mitarbeiterinnen des Vereins Wiener Frauenhäuser und von Juristinnen um den Verein Österreichischer Juristinnen gegründet.¹ Ziel war und ist es, einerseits Defizite für Frauen und Kinder² beim Zugang zur Rechtsdurchsetzung abzubauen, andererseits frauenbenachteiligende Strukturen in gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen zu erkennen und zu sammeln, im Rechtsmittelweg zu beseitigen und dadurch Recht(sprechung)sentwicklungen mit dem Ziel einer de facto Gleichstellung zu forcieren. Der Verein unterstützt zu diesem Zweck seit nunmehr fast 20 Jahren österreichweit frauenspezifische Verfahren vor Gerichten und Verwaltungsbehörden durch Übernahme der anwaltlichen Vertretungs- und etwaiger Verfahrenskosten bzw durch einen Kostenbeitrag, sofern die betroffenen Frauen keinen ausreichenden Rechtsschutz durch andere Institutionen oder Personen erhalten. Sämtliche vom Verein unterstützte Rechtsangelegenheiten werden in einem jährlichen Tätigkeitsbericht dokumentiert und Recht(sprechung)sentwicklungen in Evaluationsstudien (derzeit bis 2013)³ analysiert. Die entscheidungsbefugten Gremien des Vereins, die geeignete Fälle auswählen, sind mit Sozialarbeiterinnen und Juristinnen paritätisch besetzt. Diese fachübergreifende ehrenamtliche Zusammenarbeit erweitert den Blickwinkel über den Normen- bzw Verfahrenszusammenhang hinaus auf die tatsächlichen Lebensverhältnisse der betroffenen Frauen. Dadurch kann die juristische Erfassung dieser Querschnittsmaterie, deren Berücksichtigung in den Verfahren, sowie die sachgerechte Bewertung der mit den gerichtlichen bzw verwaltungsbehördlichen Entscheidungen verbundenen Konsequenzen, gewährleistet werden.

1.1. Rechtszugang für Frauen und Kinder

Aufgrund ökonomischer Gegebenheiten (ungleiche Verteilung von Vermögen aufgrund der Geschlechterverhältnisse – gender pay gap, unbezahlte care-Arbeit, etc) fehlt es Frauen und Kindern öfters an finanziellen Mitteln, um eine adäquate anwaltliche Rechtsvertretung zu bezahlen, bzw an den nötigen Reserven, um die Durchsetzung ihrer Ansprüche finanziell durchzuhalten. Der Anspruch auf Verfahrenshilfe besteht nicht für alle

1 Sporrer, Frauen-Rechtsschutzfonds, juridikum 1998/4, 44.

2 Die Möglichkeit der Einbeziehung von Transgenderpersonen wird derzeit geprüft.

3 Siehe <http://www.frauenrechtsschutz.at/Content.Node/index.php> (1.1.2018).

Verfahren bzw wird manchmal bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht gewährt (zB Obsorgeverfahren mit dem Hinweis auf die richterliche Manuduktionspflicht, zT selbst dann, wenn der Gegner anwaltlich vertreten ist). Bei bewilligter Verfahrenshilfe bleibt überdies das Risiko, die gegnerischen Kosten bei Unterliegen tragen zu müssen. Daher unterstützt der Verein ausgewählte Fälle finanziell.

1.2. Musterverfahren

In diesem Bereich unterstützt der Verein frauenspezifische Verfahren mit dem Ziel, richtungsweisende Entscheidungen der (Höchst)Gerichte zu erwirken, die Rechtsfragen über den Anlassfall hinaus für ähnlich gelagerte Sachverhalte lösen. Der Übergang zwischen den beiden Unterstützungssäulen (Rechtsschutz, Musterverfahren) gestaltet sich in der Praxis fließend.

1.3. Unterstützte Rechtsbereiche

Die unterstützten Verfahren beziehen sich insbesondere auf folgende Rechtsbereiche: Zivilrechtliche Ansprüche bei Gewalt gegen Frauen und deren Kinder, Verfahren im Bereich des Ehe- und Familienrechts mit Mustercharakter, Abwehr von Ansprüchen gegen Frauen in Straf- oder Zivilverfahren va im Zusammenhang mit Retorsionsmaßnahmen (zB Verfahren wegen Verleumdung nach Freispruch des mutmaßlichen Täters), Arbeits-, dienst- und sozialrechtliche Verfahren (ua Ansprüche nach dem Verbrechensofpergesetz), asyl- und fremdenrechtliche Verfahren.

2. Beispielhaft: Mord und Rechtsentwicklung

Nachstehend sind drei vom Verein unterstützte Verfahren skizziert, die die Entwicklungen und noch immer bestehenden Defizite im Gewaltschutzbereich verdeutlichen mögen: In zwei ähnlich gelagerten Fällen waren Frauen jahrelang schwerer Gewalt und Morddrohungen durch ihre Ehemänner ausgesetzt, die bei den Behörden angezeigt wurden. Gegen beide Täter waren bereits Betretungsverbote erlassen worden. In den strafgerichtlichen Verfahren wurden die Täter trotz Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht in Untersuchungshaft genommen. Beide Frauen wurden von ihren Ehemännern ermordet. Daher reichte der Verein Frauen-Rechtsschutz gemeinsam mit der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt im Namen der hinterbliebenen Kinder der beiden Frauen Beschwerden beim Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW-Komitee) ein. Dieses kam 2007 zu dem Schluss, dass der österreichische Staat nicht alles Notwendige unternommen hat, um die Frauen effektiv vor Gewalt zu schützen.⁴

4 CEDAW-Ausschuss, 6.8.2007, Comm Nr 5/2005, *Goekce/Österreich*, CEDAW/C/39/D/5/2005, Rz 12.1.5.; 6.8.2007, Comm Nr 6/2005, *Yildirim/Österreich*, CEDAW/C/39/D/6/2005, Rz 12.1.5.

Rund zwölf Jahre nach dem ersten Gewaltschutzgesetz wurde daher das 2. Gewaltschutzgesetz im zweiten Anlauf nach der Neuwahl 2006 unter der SPÖ-ÖVP-Koalition beschlossen. Es trat am 1. Juni 2009 in Kraft und enthielt eine Reihe von Verbesserungen des Gewaltschutzes (ua Verlängerung der Dauer des Betretungsverbotes und der einstweiligen Verfügungen, Neueinführung einer einstweiligen Verfügung zum allgemeinen Schutz vor Gewalt nach § 382e EO sowie des Straftatbestandes „fortgesetzte Gewaltausübung“ nach §107b StGB). Diese Verbesserungen waren zwar begrüßenswert, allerdings für schwere Gewaltfälle nicht ausreichend:

Am 25.5.2012 schießt *K* seinem achtjährigen Sohn *B K* in der Volksschule vor den Augen dessen siebenjähriger Schwester in den Kopf. *B K* stirbt zwei Tage später an den Verletzungen, der Täter begeht Selbstmord. Er war seit Beginn der Ehe gewalttätig, schlug und bedrohte Ehefrau und Kinder. 2010 wurde der Täter aufgrund eines Angriffs auf seine Frau wegen Körperverletzung sowie wegen gefährlicher Drohung gegen seinen Bruder zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt. Als die Frau dem Täter 2012 ankündigte, sich aufgrund der fortgesetzten Gewalt trennen zu wollen, würgte und vergewaltigte er sie und drohte wiederum, sie und die Kinder umzubringen. Sie brachte die Scheidungsklage ein, erstattete sofort Anzeige wegen Vergewaltigung sowie wegen gefährlicher Drohung und wies erneut darauf hin, seit vielen Jahren von ihrem Ehemann geschlagen und mit ihrer Ermordung sowie mit der Ermordung der gemeinsamen Kinder bedroht zu werden. Die beiden minderjährigen Kinder bestätigten Letzteres bei ihrer polizeilichen Befragung. Der Täter bestritt sämtliche Vorwürfe und zeigte sich vor der Behörde „kooperativ“. Daraufhin wurde ein Betretungsverbot als probates Mittel zum Schutz von Frau und Kindern erachtet, die Staatsanwaltschaft zeigte den Täter auf freiem Fuß an. Am 24.5.2012 räumte er ein, dass er ab und zu „seine Kinder geschlagen habe, aber nur als Erziehungsmaßnahme“. Der Täter blieb trotzdem frei. Am nächsten Tag schoss er seinem Sohn in den Kopf.

Als politische Reaktion auf den Mord wurde das Betretungsverbot auf Schulen und Kindergärten ausgeweitet und verpflichtende Normverdeutlichungsgespräche⁵ eingeführt.⁶ Eine aufgrund des Mordes eingebrachte und vom Verein unterstützte Amtshaftungsklage der Mutter gegen die Republik, gestützt auf die rechtswidrig unterlassene Festnahme bzw Verhängung der Untersuchungshaft blieb durch alle Instanzen erfolglos. Derzeit ist eine Beschwerde beim EGMR mit Unterstützung des Vereins hinsichtlich der Artikel 2,

5 Vgl den durch BGBl I 2016/61 eingefügten § 38b Sicherheitspolizeigesetz dessen Abs 1 S 1 lautet: „Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, einem Menschen, der einen gefährlichen Angriff gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung oder einen gefährlichen Angriff unter Anwendung von Gewalt begangen hat, und von dem aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, er werde künftig gefährliche Angriffe begehen, mit Bescheid aufzuerlegen, zu einem bestimmten Zeitpunkt bei einer Dienststelle persönlich zu erscheinen, um ihn nachweislich über rechtskonformes Verhalten zu belehren.“

6 Zu den weiterbestehenden Defiziten der Maßnahmen siehe: *Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie*, Tätigkeitsbericht 2016 (2017) 16-20.

3 und 8 EMRK anhängig.⁷ Die Republik ist im derzeit noch laufenden Verfahren entschlossen, das Vorgehen der Behörden als rechtskonform darzustellen.

3. Und jetzt?

Wir wundern uns bei der Arbeit im Verein schon lange, was alles möglich ist. Auch bisher hatten die durch den Verein unterstützten Frauen bei der Rechtsdurchsetzung gegen Vorurteile bzw mangelnde Kenntnis von weiblichen Lebenszusammenhängen zu kämpfen. Eine durchgängige Anerkennung des Problems bei den Entscheider*innen und Behörden wird nach wie vor ein frommer Wunsch bleiben, selbst dann, wenn – wie oben dargestellt – Menschenleben auf dem Spiel stehen. Wir ersuchen zur Verbreiterung unserer Dokumentationsbasis und Beschleunigung unserer Arbeit um Unterstützung bei unserer Tätigkeit insb durch Beiträge in Form von/oder Hinweise auf (wünschenswerte) Rechtsverfahren mit Mustercharakter. Spenden pekuniärer Art sind ebenfalls willkommen (ERSTE BANK, IBAN AT32 2011182936143800).

Mag.^a Michaela Kovacic ist Juristin und Vorsitzende des Vereins Frauen-Rechtsschutz, arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin für mehrere Anwaltskanzleien und lebt in Wien; michaelakovacic@me.com bzw office@frauenrechtsschutz.at

⁷ EGMR, 62903/15, *Kurt/Österreich*.

KOMPAKT UND VERSTÄNDLICH – ZUSAMMEN- GESTELLT VON RICHTERINNEN DES BSWG

Das Handbuch zum Asyl- und Fremdenrecht ist der ideale Wegweiser durch das materielle Recht und das Verfahrensrecht für Praktikerinnen und Praktiker. Zahlreiche Tipps und Hinweise der Autorinnen, drei Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts und eine wissenschaftliche Mitarbeiterin des Verwaltungsgerichtshofs, helfen, die zum Teil sehr komplexe Materie besser zu verstehen. Behandelt werden jene Bereiche, die in die Zuständigkeit des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl sowie des Bundesverwaltungsgerichts fallen. Eine Ausnahme bilden die Neuerungen hinsichtlich der sogenannten „Notverordnung“, die zu den wesentlichen Änderungen des Asylrechts im Jahr 2016 zählen und daher trotz Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte behandelt werden.

Neben der Berücksichtigung der Änderungen aus dem Jahr 2016 werden in dem Handbuch auch das FrÄG (Fremdenrechtsänderungsgesetz) 2017 und das neue Integrationsgesetz behandelt. Bei Drucklegung wurde bekannt, dass das FrÄG 2017 aufgrund eines Formalfehlers nochmals beschlossen werden muss. Die im Handbuch angeführten Änderungen durch das FrÄG 2017 beziehen sich auf den Gesetzesbeschluss des Nationalrats vom 28.6.2017 und sollten daher inhaltlich dem Ergebnis des wiederholten Gesetzgebungsverfahrens entsprechen.

MMag. Iris Gachowetz ist Richterin am Bundesverwaltungsgericht und dort für die Bereiche Asyl- und Fremdenrecht zuständig.

Mag. Barbara Simma, LL.M. ist Richterin am Bundesverwaltungsgericht und judiziert Asylangelegenheiten.

Mag. Daniela Urban, LL.M. ist Richterin am Bundesverwaltungsgericht und judiziert ua Asyl- und Fremdenrecht. Sie hat die Koordination dieses Handbuchs übernommen.

Mag. Caroline Schmidt, M.A., MAS ist juristische Mitarbeiterin am Verwaltungsgerichtshof und dort insbesondere im Bereich Fremden- und Asylrecht tätig.



Gachowetz/Schmidt/Simma/Urban

**Asyl- und Fremdenrecht
im Rahmen der
Zuständigkeit des BFA**

Handbuch
409 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-7685-6
Erscheinungsdatum: 15.9.2017
€ 89,-



Besuchen Sie uns im Webshop und bestellen Sie versandkostenfrei innerhalb Österreichs

www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH