

nr 2/2019

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Verteilungsgerechtigkeit

recht & gesellschaft

Öffentlicher Raum und Zutritt
Menschen mit Behinderung und Sozialleistungen
Einreise-/Ausreisensystem der EU und Grundrechte

debatte equality bodies

Integration von Vertretungskörpern

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

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

Piep!

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902016101>

Philipp Hense-Lintschnig / Nikolaus Wieser

Anlässlich des Internationalen Tages der Pressefreiheit – der vergeht, während diese Zeilen geschrieben werden – mehrten sich hierzulande Ereignisse, die es notwendig machen, an die Garantien der Meinungs- bzw der Medienfreiheit zu erinnern. Sie wird gleich mehrfach – in Art 11 GRC, Art 10 EMRK und in Art 13 StGG – garantiert und ist deshalb so wesentlich, weil sie die Grundlage einer klassischen bürgerlich-demokratischen Gesellschaft darstellt, die auf Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit bezüglich der Freiheit der Meinungsäußerung beruht.¹ Eine Häufung von Angriffen auf die Freiheit der Meinungsäußerung kann daher auch als Angriff auf die Grundverfasstheit unserer jetzigen Gesellschaftsform verstanden werden.

Liste von zusammenhanglosen, rezenten Einzel-Fällen

- 13.4.2019 Der ORF übt Selbstzensur bei einem Beitrag von *Maschek* in der Satiresendung *Willkommen Österreich*, indem die Ausgangsposition des Vizekanzlers, eine „typisch österreichische Karriere“ vom „Neonazi zum Sportminister“, mit einem „Piep“ übertönt wird.²
- 23.4.2019 Der FPÖ-Spitzenkandidat zur Europawahl *Harald Vilimsky* erklärt *Armin Wolf* in der Zeit im Bild 2, dass der Vergleich einer Karikatur des RFJ mit einem Bild aus dem nationalsozialistischen *Stürmer* „nicht ohne Folgen bleiben [könne]“ – für den ORF.³
- 28.4.2019 Der Vorsitzende des ORF-Stiftungsrates *Norbert Steger* (FPÖ) äußert sich, er sieht *Wolf* in einer beruflichen Sackgasse angelangt und legt ihm nahe ein Sabbatical zu nehmen, um sich neu zu erfinden.⁴
- 2.5.2019 Bundespräsident *Alexander Van der Bellen* warnt vor politischer Zensur: „Wenn versucht wird, Journalistinnen und Journalisten einzuschüchtern oder gar das Recht auf Kritik grundsätzlich einzuschränken, dann werden Grenzen überschritten.“⁵
- 8.5.2019 Die Moderatorin der Sendung „Kulturmontag“ *Clarissa Stadler* distanzniert sich von Aussagen des Satirikers *Jan Böhmermann* in einem zuvor aufgezeichneten Interview, das in der gleichen Sendung ausgestrahlt wird. Als Grund wird eine medien-

1 Vgl etwa VwGH 18.10.2016, Ra 2016/03/0066 Rz 18 mwN.

2 *futurezone*, ORF löscht Satire-Video über Strache, futurezone.at/digital-life/orf-loescht-satire-video-ueber-strache-maschek-laedt-video-neu-hoch/400465720 (11.5.2019).

3 *Wolf*, „Etwas, das nicht ohne Folgen bleiben kann“, arminwolf.at/2019/04/28 (11.5.2019).

4 *red*, Steger zu *Wolf*: „Nicht jeden kleinen Blödsinn mit NSDAP vergleichen“, derstandard.at/2000102819390 (11.5.2019); *NN*, Steger legt *Wolf* „Sabbatical“ nahe, oe24.at/oesterreich/politik/377873894 (11.5.2019).

5 *Van der Bellen*, Die Meinungs- und Pressefreiheit ist ein Fundament unserer Demokratie, bundespraesident.at/aktuelles/detail/news/tag-der-pressefreiheit-2019 (11.5.2019).

rechtliche Vorgabe aus der Rsp genannt, wonach der ORF zur Distanzierung von unsachlichen Äußerungen Dritter in seinen Sendungen verpflichtet sei.⁶

Fakt ist, dass Ö im Ranking der Weltrangliste zur Lage der Medien von *Reporter ohne Grenzen* im Vergleich zum letzten Jahr um fünf Plätze nach hinten gerutscht ist.⁷ Klar ist auch, dass der ORF zweimal und beide Male vorausseilend, weil noch ohne anhängiger juristischer Verfahren, den Weg der Selbstbeschränkung gewählt hat.⁸ Dies zeigt jedenfalls, dass die handelnden Personen im ORF davon überzeugt sind, dass ihre Sendungsgestaltung eine stärkere Absicherung braucht, und zeugt vom eigenen Miss- und mangelndem Selbstvertrauen in die freie Handhabbarkeit des Sagbaren im Rundfunk.

Das ist ein Warnsignal, dem wir nicht mit einem leisen „Piep“ begegnen, sondern lautstark und plakativ die Bestimmungen der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Pressefreiheit entgegenhalten wollen:

Art 13 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger⁹

(1) *Jedermann hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung seine Meinung innerhalb der gesetzlichen Schranken frei zu äußern.*

(2) *Die Presse darf weder unter Censur gestellt, noch durch das Concessions-System beschränkt werden. Administrative Postverbote finden auf inländische Druckschriften keine Anwendung.*

Art 10 Europäische Menschenrechtskonvention¹⁰

(1) *Jedermann hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, daß die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.*

Art 11 Grundrechtecharta¹¹

(1) *Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.*

(2) *Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.*

Das ist auch schon alles, was wir zu diesem Thema zu sagen haben.

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig und Mag. Nikolaus Wieser sind Mitherausgeber des Juridikum und machen nicht „Piep!“; philipp@hense-lintschnig.at, nikolaus.wieser@univie.ac.at

6 Unter Hinweis auf das Objektivitätsgebot des ORF gem § 4 Abs 5 OFG-G. Vgl NN, Böhmermann-Interview – ORF-Kulturchef Traxl erklärt die Distanzierung, kleinezeitung.at/kultur/medien/5624330 (11.5.2019).

7 *Fidler*, Pressefreiheit in Österreich „alarmierend“ verschlechtert, derstandard.at/2000101623473 (11.5.2019).

8 So ist in Anbetracht der medial zitierten Rsp VwGH 15.09.2006, 2004/04/0074, nicht offenkundig, dass der ORF sich von einem Interview mit *Böhmermann*, über seine satirisch angelegte Ausstellung über die Verhältnisse in Österreich, wegen einer Verletzung des Objektivitätsgebotes gem § 4 Abs 5 ORF-G, distanzieren hätte müssen.

9 RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684. S auch den in Verfassungsrang stehenden Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918. StGBI 1918/3, zur Herstellung der vollen Pressefreiheit.

10 BGBl 1958/210 idF BGBl III 2018/139.

11 ABl C 2012/326, 391-407.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 161 Piep!
Philipp Hense-Lintschnig / Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 165 Inter, divers oder keine Geschlechtsangabe
Zum Beschluss des VwGH zum nicht-binären Geschlecht im Personenstandsrecht
Marija Petričević
- 171 Die Blockchain-Technologie als „Weltverbesserin“?
Wie diese Innovation Frauen in bestimmten Krisensituationen helfen kann
Sofe Schock
- 175 Mutagenese im Lichte der GVO-RL
Durch Mutagenese gewonnene Organismen sind laut EuGH genetisch verändert und unterliegen den Verpflichtungen der GVO-RL
Franziska Tillian

recht & gesellschaft

- 179 (K)ein Platz für alle im öffentlichen Raum?
Barbara Cargnelli-Weichselbaum
- 188 Die Eine ist immer arm, der Andere nur vorübergehend
Ilse Zapletal
- 199 Collecting Data at EU Smart Borders: Data Protection Challenges of the New Entry/Exit System
Antoni Napieralski

debatte

- 210 Bridging the Divide?
Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union
Neil Crowther / Colm O’Cinneide

thema

- 222 Vorwort der Gastherausgeber_innen: Verteilungsgerechtigkeit
Ines Rössl / Nina Eckstein
- 226 Anerkennen und verteilen
Votum für ein ökumenisch-distributives Gerechtigkeitsparadigma
Christian Hiebaum
- 236 Sozio-ökonomische Ungleichheit und konventionsrechtliche Diskriminierungsverbote
Tilman Altwicker
- 247 Rechtstechniken zur Verteilung knapper Güter
Irina Đurović
- 257 Antidiskriminierungsfragen als Strukturfragen?
Die Behandlung „gläserner Decken“ nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
Sophie Arndt
- 268 Vereinbarkeit als Verteilungsfrage
Rechtliche Möglichkeiten zur Umverteilung von Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen
Maria Sagmeister
- 276 Europäische Säule sozialer Rechte –
Ein Beitrag zur Durchsetzung sozialer Rechte für die Menschen in Europa?
Alice Wagner

- 285 Soziale Existenzbedingungen und föderale Wohlfahrtsstaatlichkeit
Historische Entwicklungsmuster am Beispiel Österreich
 Gerhard Melinz

nach.satz

- 295 Gleichbehandlungsstellen: think global, act local
debatte „equality bodies“ – Conclusio und Ausschau
 Sandra Konstatzky / Valerie Purth

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) herausge-
 geben von: Isabell Doll, 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: Marcus Dalfen
 Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
 m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).
 Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
 j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

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

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane
 Baxewanos, Miriam Broucek, Isabell Doll, Lorenz
 Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Ronald
 Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-
 Lintschnig, Kevin Frey Hinterberger, 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-Zarloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver
 Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander
 Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Stei-
 nert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/
 Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager
 (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg
 Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Tilmann Altwicker, Sophie Arndt, Barbara Cargnel-
 li-Weichselbaum, Neil Crowther, Irina Đurović, Nina
 Eckstein, Philipp Hense-Lintschnig, Christian Hiebaum,
 Sandra Konstatzky, Gerhard Melinz, Antoni Napieralski,
 Colm O'Cinneide, Marija Petričević, Valerie Purth,
 Ines Rössl, Maria Sagmeister, Sofie Schock, Franziska
 Tillian, Alice Wagner, Nikolaus Wieser, Ilse Zapletal

Gastherausgabe des themas:

Nina Eckstein / Ines Rössl

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,
 1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes
 Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft
 der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH
 Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart
 (Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle
 Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %],
 Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %])
 und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridi-
 kum. 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:

Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
 Philipp Hense-Lintschnig: philipp@hense-lintschnig.at
 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“.

Inter, divers oder keine Geschlechtsangabe

Zum Beschluss des VwGH zum nicht-binären Geschlecht im
Personenstandsrecht

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902016501>

Marija Petričević

1. Einleitung

Die rechtliche Anerkennung des Geschlechts als Personenstandsdatum unterliegt aktuell einem Wandel. Seit Ende des Jahres 2018 müssen die Standesämter zur Kennzeichnung des Geschlechts einer Person neben den traditionellen Begriffen „weiblich/männlich“ auch alternative Bezeichnungen wie zB „inter“ oder „divers“ anerkennen.¹ Ausschlaggebend für diese Änderung bei der Erfassung des Geschlechts war eine intergeschlechtliche Person namens *Alex Jürgen*. Bereits 2016 stellte *Alex* beim zuständigen Standesamt einen Antrag auf Berichtigung der ursprünglich auf männlich lautenden Geschlechterfassung hin zu „inter/anders“ und *in eventu* auf ersatzlose Streichung der Geschlechtereintragung. Aufgrund negativer E der nachfolgenden Instanzen gelangte *Alex*‘ Antrag zum VfGH und nachfolgend zum VwGH. Schließlich hielt der VwGH² am 14.12.2018 mit Bezugnahme auf das vorausgegangene E des VfGH³ vom 27.6.2018 fest, dass intergeschlechtlichen Personen zur Kennzeichnung ihres Geschlechts die Bezeichnung „inter“ rechtlich zusteht. Trotz der höchstgerichtlichen E zur Frage der Anerkennung alternativer Geschlechtsidentitäten bleiben wichtige praxisrelevante Fragen unbeantwortet.

2. Antrag zum Geschlechtseintrag lautend auf „inter“

Bei intergeschlechtlichen Menschen entwickeln sich nicht alle geschlechtsbestimmenden Merkmale, wie zB Chromosomen, Gonaden, Hormone und/oder die inneren und äußeren Geschlechtsorgane, in eine als weiblich oder männlich definierte Richtung.⁴

1 VwGH 14.12.2018, Ro 2008/01/0015-6; Erlass des BMI v 20.12.2018 zu VfGH 15.6.2018, G 77/2017 (BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018).

2 VwGH 14.12.2018, Ro 2008/01/0015-6.

3 VfGH 27.6.2018, E 2918/16-35.

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

Dennoch wurden bis dato alle in Ö geborenen Kinder ausschließlich als „weiblich“ oder „männlich“ erfasst.⁵ Die rechtliche Erfassung des Geschlechts folgt den Bestimmungen des Personenstandsgesetzes (PStG 2013)⁶, welches vorsieht, das Geschlecht eines Kindes innerhalb einer Woche nach der Geburt im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) einzutragen.⁷ Welche Bezeichnungen zur Geschlechterfassung zulässig sind, wird im PStG nicht erörtert. Stellt sich nachfolgend die Unrichtigkeit der Eintragung zum Zeitpunkt der Geburt heraus, kann diese berichtigt werden.⁸ Wurde die Erfassung des Geschlechts hingegen erst nach der Eintragungsvornahme unrichtig, kann eine Änderung des Geburtsgeschlechts beantragt werden.⁹ Darüber hinaus besteht für den Fall der Unmöglichkeit einer vollständigen Eintragung innerhalb vorgesehener Frist die Option, diese unvollständig durchzuführen.¹⁰ Zwar ist jedes fehlende Personenstandsdatum zu ergänzen, sobald es ermittelt werden konnte,¹¹ jedoch bestehen für die Ergänzung weder gesetzliche Fristen, noch Sanktionen bei Nichtbeachtung.¹²

Bei *Alex*' Geburt entschieden Ärzt_innen, trotz der erkennbaren geschlechtlichen Ambivalenz, das Neugeborene dem männlichen Geschlecht zuzuweisen. Da *Alex* eine intergeschlechtliche Identität entwickelte und offen als Inter-Person lebt, beantragte *Alex* eine adäquate Anpassung der Geschlechtereintragung im ZPR. Das Standesamt¹³ wies den Antrag ebenso wie die nachfolgende gerichtliche Instanz¹⁴ im Wesentlichen mit Hinweis auf die Geschlechterbinarität des Rechts ab, weshalb *Alex* die Gerichtsentscheidung mittels Beschwerde beim VfGH¹⁵ bekämpfte.

2.1. VfGH zum Personenstand intergeschlechtlicher Menschen

Der Gerichtshof stellte fest, dass der in Verfassungsrang stehende Art 8 EMRK das Recht auf individuelle Geschlechtsidentität gewährleiste¹⁶ und insb Menschen mit alternativer Geschlechtsidentität vor einer fremdbestimmten Geschlechtszuweisung schütze.¹⁷ Deshalb müsse die rechtliche Erfassung des Geschlechts für intergeschlechtliche Menschen dazu geeignet sein, die individuelle Geschlechtsidentität zu reflektie-

5 LVwG OÖ 5.10.2016, 750369/5/MZ/MR.

6 Bundesgesetz über die Regelung des Personenstandswesens, BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2018/104.

7 § 9 Abs 1 iVm § 11 Abs 1 PStG idF BGBl I 2018/104.

8 § 42 Abs 3 PStG.

9 § 41 Abs 1 PStG.

10 § 40 Abs 1 PStG.

11 § 41 Abs 2 PStG.

12 Vgl Petričević, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017) 176–178.

13 S Magistrat der Stadt Steyr, GZ Pst-140/GB 1648/1976/Pum.

14 LVwG OÖ 5.10.2016, 750369/5/MZ/MR.

15 Gem Art 144 B-VG idF BGBl I 2019/14.

16 VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9, Rn 3.

17 Ebd, Rn 18.

ren.¹⁸ Da Eintragungen bereits nach aktueller Rechtslage berichtigt, geändert und ergänzt werden könnten, ließen sich die personenstandsrechtlichen Verfahrensvorschriften durchaus iSd Art 8 EMRK verfassungskonform dahingehend interpretieren, dass es intergeschlechtlichen Personen möglich sei, kein Geschlecht anzugeben, eine einmal erfolgte Geschlechtsangabe zu korrigieren und diese ebenso ersatzlos zu löschen.¹⁹ Als alternative eintragungsfähige Begriffe nannte der VfGH zB „divers“, „inter“ oder „of-fen“.²⁰ Daher revidierte das LVwG OÖ seine E dahingehend, dass *Alex*‘ Berichtigungsantrag lautend auf „inter“ stattgegeben wurde.²¹

2.2. VwGH zur Revision des Bundesministeriums für Inneres

Gegen diese E erhob jedoch das für Personenstandsangelegenheiten zuständige Bundesministerium für Inneres (BMI) Amtsrevision beim VwGH. Im Wesentlichen kritisierte das BMI in der Revisionschrift, dass einerseits keine Rsp des VwGH dazu bestehe, wie Behörden bei der Geschlechts- und Begriffsbestimmung bei Intergeschlechtlichkeit vorzugehen hätten sowie ob ein konventioneller Geschlechtseintrag berichtigt oder geändert werden müsse.²² Zu diesen Fragen stellte der VwGH fest, dass vor dem Hintergrund der im Verfassungsgerichtshofgesetz²³ statuierten Bindungswirkung²⁴ für die Ersatzentscheidung des LVwG und iSd Effektivitätsgebotes auch für die Überprüfung dieser durch den VwGH die Rechtsanschauung des VfGH im aufhebenden E normative Grundlage ist.²⁵ Aus diesem Erkenntnis leitete der VwGH zwei Voraussetzungen zur rechtlichen Anerkennung einer alternativen Geschlechtsidentität ab: Erstens müsse es sich um eine Person mit einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“ (Intergeschlechtlichkeit) handeln, womit der Gerichtshof deutlich auf körperliche geschlechtsbestimmende Merkmale abstellt. Zweitens müsse sich die antragstellende Person einem Geschlecht zugehörig fühlen, das nicht weiblich oder männlich ist. Da der VfGH bereits festgestellt hatte, dass *Alex*‘ Geschlechtsmerkmale bereits zum Zeitpunkt der Geburt „uneindeutig“ waren und *Alex* bereits lange öffentlich als intergeschlechtliche Person lebt, habe das LVwG OÖ die erforderlichen Voraussetzungen zur Personenstandsanpassung zu Recht als gegeben erachtet.²⁶ Durch die laut VfGH bereits bei der Geburt festgestellte Intergeschlechtlichkeit, sei der ursprüngliche Eintrag, wie auch vom LVwG entschieden, zu berichtigen und nicht

18 Ebd, Rn 23.

19 Ebd, Rn 43.

20 Ebd, Rn 37; vgl ebenso *Greif*, Tertium datur – causa finita? Zum „Dritten Geschlecht“ in Österreich, juridikum 2018/4, 558ff.

21 LVwG 3.7.2018, 750369/46/MZ.

22 VwGH 14.12.2018, Ro 2018/01/0015-6, Rn 8.

23 Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, BGBl 85/1953 idF BGBl I 2018/22.

24 § 87 Abs 2 VfGG idF BGBl I 2013/33.

25 VwGH 14.12.2018, Ro 2018/01/0015-6, Rn 18.

26 Ebd, Rn 20–22.

zu ändern.²⁷ Gleichmaßen habe der VfGH bereits festgestellt, dass zur personenstandsrechtlichen Kennzeichnung des Geschlechts einer Inter-Person ua der Begriff „inter“ geeignet sei, weshalb vom LVwG antragsgemäß zu entscheiden war.²⁸ Daher wies der VwGH die Revision zurück.

3. Erlass zur „Umsetzung zu Varianten der Geschlechtsentwicklung“

In der Folge veröffentlichte das BMI²⁹ bereits am 20.12.2018 einen Erlass zur Umsetzung der E des VfGH durch die Standesämter.³⁰ Demnach ist die Eintragung des Geschlechts eines intergeschlechtlichen Kindes direkt nach der Geburt zunächst vorübergehend unvollständig durchzuführen, was im ZPR durch den Begriff „offen“ darzustellen ist. Sobald die Zuordnung zu einem Geschlecht möglich sei, habe die Eintragung vervollständigt zu werden, wofür die Optionen „weiblich“, „männlich“ oder „divers“ zur Verfügung stehen.³¹ Diese Ergänzung³² bedarf eines Sachverständigengutachtens, das von einem mit medizinischen Fachexpert_innen zu Intergeschlechtlichkeit besetzten VdG-Board (VdG = Variante der Geschlechtsentwicklung) erstellt wird. Eine auf „divers“ lautende Eintragung ist nur bei einer atypischen Entwicklung des chromosomalen, anatomischen und/oder hormonellen Geschlechts möglich.³³ Möchten entscheidungsfähige intergeschlechtliche Menschen ihren ursprünglichen Geschlechtseintrag korrigieren lassen, steht ihnen dazu der Begriff „divers“ zur Verfügung. Dazu ist beim Standesamt ein Antrag auf Änderung³⁴ des Personenstandes Geschlecht zu stellen, der nur dann positiv beschieden wird, wenn die Intergeschlechtlichkeit durch ein Gutachten des VdG-Boards bestätigt wird.³⁵ Darüber hinaus wird klargestellt, dass die Eintragung des Personenstandesgeschlechts lautend auf „offen“ nicht möglich ist.³⁶

4. Fazit

Bei *Alex'* Berichtigungsantrag hatten sich sowohl der VfGH als auch der VwGH mit dem Recht einer intergeschlechtlichen Person zu beschäftigen, bei der die geschlechtliche Diversität durch Mediziner_innen bereits bei der Geburt erkannt wurde. So war

27 Ebd, Rn 28.

28 Ebd, Rn 30–31.

29 Diese Vorgehensweise legte das BMI in Abstimmung mit dem BMASGK und dem BMVRDJ fest (BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018, 2).

30 Erlass des BMI v 20.12.2018 (BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018).

31 Ebd, 2-3.

32 Gem § 41 Abs 2 PStG.

33 Erlass des BMI v 20.12.2018, 2.

34 Gem § 41 Abs 1 PStG.

35 Erlass des BMI v 20.12.2018, 2.

36 Ebd, 2-3.

es dem VfGH möglich, eingeschränkte Voraussetzungen zur rechtlichen Anerkennung einer alternativen Geschlechtsidentität festzulegen. Einzelne Ausführungen des VfGH machen jedoch deutlich, dass dieses Recht weiteren nicht-binären Personen zustehen könnte. Der VfGH hat unmissverständlich klargestellt, dass der Schutzbereich des Art 8 EMRK die geschlechtliche Identität und Selbstbestimmung umfasst und Menschen, „(nur) jene Geschlechtszuschreibungen [...] akzeptieren müssen, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen“³⁷. Dies muss iSd Gleichheitsgrundsatzes³⁸ für alle Menschen gelten, fern ihrer körperlichen Konstitution.³⁹

Bedauerlicherweise zeigt die Umsetzung der höchstgerichtlichen E durch den Erlass eine gänzlich konträre Intention. So wird bspw die vom VfGH für intergeschlechtliche Personen geforderte Möglichkeit, kein Geschlecht anzugeben bzw eine bestehende Eintragung ersatzlos zu löschen⁴⁰ nicht gewährleistet, zumal erstere nur bei Neugeborenen Anwendung findet⁴¹ und dies auch noch verpflichtend.⁴² Lediglich die Möglichkeit zur Eintragung eines alternativen Geschlechterbegriffes wird Inter-Personen ermöglicht. Dieser soll jedoch im Unterschied zu den höchstgerichtlichen E „divers“ lauten. Die dahingehende Deutungsmacht obliegt durch die Einrichtung des besagten VdG-Boards Mediziner_innen und nicht den Betroffenen selbst. Zudem bleibt ungeklärt, inwiefern eine „Änderung“, statt der rechtlich korrekten „Berichtigung“, für Inter-Personen hin zum konventionell „anderen“ Geschlecht möglich ist, ohne das Verfahren für Trans-Personen durchlaufen zu müssen.⁴³ Fern der mE vorliegenden inhaltlichen Verfassungswidrigkeit des Erlasses, bleibt zu erwähnen, dass auch dessen formale Bindungswirkung zu hinterfragen ist. Verbindliche Gesetzesauslegungen an unterstellte Behörden, die einen unbestimmten Adressat_innenkreis betreffen, sind rechtlich als VO⁴⁴ zu qualifizieren⁴⁵ und als solche im BGBl öffentlich kundzumachen, andernfalls sie aufgrund

37 VfGH 15.6.2018, G 77/2018, Rn 18.

38 Gem Art 7 Abs 1 B-VG.

39 Ausführlicher dazu *Petričević*, Grundrechtlicher Schutz der Selbstbestimmung intergeschlechtlicher Personen, in *Greif* (Hg), No Lessons from the Intersexed? Anerkennung und Schutz intergeschlechtlicher Menschen durch Recht (2019) 85-92.

40 Vgl VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9, Rn 42.

41 Vgl Erlass des BMI v 20.12.2018, 2-3.

42 Die zwingende personenstandsrechtliche Erfassung intergeschlechtlicher Neugeborener durch den Begriff „offen“ ist nicht iSd Betroffenen, da diese einem „Zwangsoouting“ gleichkommt.

43 Dazu bedarf es einer fachärztlichen Stellungnahme, die bestätigt, dass neben einer dauerhaft vorliegenden Divergenz zwischen dem Geburts- und dem Identifikationsgeschlecht bei einer Person, diese ihr äußeres Erscheinungsbild der gewünschten Geschlechtsrolle deutlich angenähert hat (Vgl *Bundesministerium für Gesundheit und Frauen*, Empfehlungen für den Behandlungsprozess bei Geschlechtsdysphorie bzw. Transsexualismus nach der Klassifikation in der derzeit gültigen DSM bzw. ICD-Fassung, Stand: 20.06.2017 (2017)).

44 Zudem besteht bereits eine Verordnung des BMI über die Durchführung des Personenstandsgesetzes 2013. Diese wurde zuletzt mit 1.3.2019 novelliert und beinhaltet dennoch keine Durchführungsvorschriften zur Erfassung eines nicht-binären Geschlechts im Personenstandsrecht (Personenstandsgesetz-Durchführungsverordnung, BGBl II 2013/324 idF BGBl II 2019/59).

45 Vgl dazu *Holzleitner*, Geschlecht als Anerkennungsverhältnis, in *Baer et al* (Hg), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 67 (in Druck); ebenso *Sußner*, Selbstbestimmung oder Pathologisierung? Österreichs Konflik-

von Gesetzeswidrigkeit aufgehoben werden können.⁴⁶ Wie die Standesämter nun vorgehen, wenn eine Inter- oder nicht-binäre Person die „Berichtigung“ ihres Geschlechtseintrages lautend auf „inter“, „offen“ oder auch auf „ersatzlose Streichung“ beantragt, ohne sich einer medizinischen Begutachtung unterziehen (und eventuell retraumatisieren) lassen zu wollen, bleibt daher weiterhin unklar und wird wohl wiederholt durch Gerichte entschieden werden müssen.

Dr.ⁱⁿ Marija Petričević ist Juristin, arbeitet bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft in Wien und verfasste eine mehrfach ausgezeichnete Dissertation zum Thema „Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit“; petricevic.m@gmx.at

te um die dritte Option, VerBlog v 14.2.2019 verfassungsblog.de/selbstbestimmung-oder-pathologisierung-oesterreichs-konflikte-um-die-dritte-option (5.3.2019).

⁴⁶ Gem Art 139 Abs 3 Z 3 B-VG.

Die Blockchain-Technologie als „Weltverbesserin“?

Wie diese Innovation Frauen in bestimmten Krisensituationen helfen kann

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902017101>

Sofie Schock

1. Was ist eine Blockchain?

Eine Blockchain (BC) ist eine Datenbank, in der Daten nicht zentral sondern verteilt auf den Rechnern der Teilnehmer_innen am BC-System gespeichert werden.¹ Jede_r (er) hält dabei eine vollständige Kopie der Daten.² Zusätzlich garantieren versch kryptografische Verfahren, dass einmal abgelegte Daten grds nicht mehr (unbemerkt) verändert oder gelöscht werden können. Damit herrscht Datensicherheit und Vertrauen und Intermediäre, welche dies herkömmlicherweise gewährleisten, sind überflüssig.³

BCs können unterschiedlich ausgestaltet sein. Insb unterscheidet man zwischen „permissionless“ und „permissioned“ BCs.⁴ In permissionless BCs kann jede_r teilnehmen, dh die BC schreiben und Daten einsehen.⁵ Es gibt keine Administrations- oder Beschränkungsmöglichkeiten. Durch die (potentielle) Teilnahme vieler voneinander unabhängiger Pers und der damit einhergehenden gegenseitigen Kontrolle ist in permissionless BCs ein hohes Maß an (Daten)Sicherheit garantiert. Demgegenüber bestimmt bzw bestimmen bei permissioned BCs ein bzw mehrere Administrator_innen, wer an der BC teilnehmen (also Daten einsehen und speichern) darf. Da der Kreis der Teilnehmer_innen somit beschränkt ist, ist die gegenseitige Kontrolle und damit auch die Datenintegrität nicht in gleichem Umfang gewährleistet, wie bei permissionless BCs.⁶

Technisch bestehen keine Beschränkungen für den Inhalt einer BC; es können beliebige digital darstellbare Daten darin gespeichert werden: neben Transaktionsdaten virtueller Währungen etwa auch Identitätsdokumente, Zeugnisse oder biometrische Daten.

1 Vgl *Pesch/Böhme*, Datenschutz trotz öffentlicher Blockchain? DuD 2017/2, 93.

2 *Schock*, Ausgewählte rechtliche Aspekte der Blockchain-Technologie, in *Raffling/Schock* (Hrsg), Digitale Wirtschaft und Industrie 4.0 (2018) 165 f.

3 S dazu *Martini/Weinzierl*, Die Blockchain-Technologie und das Recht auf Vergessenwerden, NVwZ 2017, 1251 (1252).

4 *Judmayer/Stifter/Krombholz/Weippl*, Blocks and Chains. Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies, and Their Consensus Mechanisms, Synthesis Lectures on Information Security, Privacy, & Trust #20 (2017) 4.

5 Vgl *Narayanan/Bonneau/Felten/Miller/Goldfeder*, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction (2016) 16.

6 *Pesch/Böhme*, Technische Grundlagen und datenschutzrechtliche Fragen der Blockchain-Technologie, DuD 2017/8, 477.

2. Wie kann diese Technologie Frauen in Krisensituationen helfen?

Rund 2.5 Mrd Menschen verfügen über kein eigenes Bankkonto oder sonstigen Zugang zu finanziellen Dienstleistungen. In erster Linie sind davon Frauen betroffen, die meist nur in Abhängigkeit von Männern finanzielle Transaktionen durchführen können.⁷

Die Hälfte der weltweit 68.5 Mio geflüchteten Menschen sind Frauen,⁸ die von Ausbeutung und Rechtsverstößen wesentlich öfter tangiert sind als Männer.⁹ So laufen sie zB Gefahr, in Geflüchtetenlagern sexuell ausgebeutet zu werden, um ihre Nahrungsmittelrationen zu erlangen.¹⁰

Zudem haben eine Mrd Menschen keinen offiziellen Nachweis ihrer Identität. In einkommensschwachen Ländern führt dies dazu, dass jede zweite Frau in ihren Teilnahmemöglichkeiten am politischen und wirtschaftlichen Leben beschränkt ist.¹¹ Junge Mädchen, die ihr Alter nicht nachweisen können, müssen überdies befürchten, in Kinderehen zwangsverheiratet zu werden.¹²

Die BC-Technologie könnte hier Abhilfe schaffen: Werden biometrische Daten (wie Retina-Scans oder Fingerabdrücke) mit Identitätsdokumenten verknüpft und in eine BC gespeichert, sind diese Daten sicher und unverfälschlich verfügbar und es ist eine eindeutige Identifikation möglich. Sind an derselben BC darüber hinaus diverse Hilfsinstitutionen beteiligt, kann – durch nahezu gleichzeitigen Datenabgleich und Ausschaltung kostenintensiver Intermediäre – Hilfe schneller, effizienter und günstiger angeboten werden. Einige (Hilfs)Institutionen haben dieses Potenzial erkannt.¹³ Darunter auch das World Food Programme und UN Women, die gemeinsam ein Projekt ins Leben gerufen haben, bei dem sich geflüchtete Frauen (die an einem „cash for work programme“ teilnehmen) bei Vertrags-Supermärkten mit einem Augenscan ausweisen können, wodurch eine automatische Verlinkung zu und eine Abrechnung mit ihrem Konto, das auf einer BC gespeichert ist, erfolgt. Laut den Angaben der Hilfsorganisationen sind die Transaktionen dadurch schneller und sicherer sowie besser nachvollziehbar und kostengünstiger als traditionelle Banküberweisungen.¹⁴

7 id2020.org/digital-identity-1 (28.3.2019).

8 UNHCR (Hrsg), Global Trends. Forced Displacement in 2017, 2 und 58, unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html (28.3.2019).

9 Amnesty International (Hrsg), Frauen in Aktion – Frauen in Gefahr, Weltweite Kampagne gegen Menschenrechtsverletzungen an Frauen (1995) 38.

10 S zB Ferris, Abuse of Power: Sexual Exploitation of Refugee Women and Girls, Signs vol 32 no 3 (2007) 586, jstor.org/stable/10.1086/510338 (28.3.2019).

11 id4d.worldbank.org/global-dataset (28.3.2019).

12 passblue.com/2018/02/27/un-agencies-moving-into-blockchain-to-help-people-in-crisis-settings (28.3.2019).

13 Bzw wurden deshalb gegründet, so etwa das Public-private-partnership-Projekt ID2020, an dem ua accenture und Microsoft beteiligt sind; s id2020.org (28.3.2019).

14 unwomen.org/en/news/stories/2018/9/press-release-un-women-and-wfp-harness-innovation-for-economic-empowerment-in-crisis (28.3.2019).

3. Welche rechtlichen Implikationen bestehen?

BCs werfen aufgrund ihrer distribuierten Ausgestaltung grundlegende rechtliche Fragestellungen auf. Im hier interessierenden Kontext – Personenidentifikation durch in einer BC gespeicherte biometrische Daten – ist der Datenschutz von vorrangiger Bedeutung. Datenschutzrechtliche Anforderungen sind durch permissioned BCs leichter zu erfüllen, weil bei diesen (vertraglich) bestimmt werden kann, welche Jurisdiktion anzuwenden ist, wer am System teilnimmt, wer welche Daten einsehen kann und wer welche Rolle innehat bzw welche (rechtliche) Verantwortung trägt.¹⁵ Große Herausforderungen ergeben sich aber iZm mit permissionless BCs. Diese sind am weitesten von der Konzeption traditioneller Datenbanken entfernt;¹⁶ denn bei diesen werden Daten an unzählige pseudonyme Personen auf der ganzen Welt verteilt und die Daten sind idR für alle einsehbar, was Fragen nach der anzuwendenden Rechtsordnung und der Verantwortlichkeit für die gespeicherten Daten aufwirft.¹⁷

Aus europäischer Sicht ist idZ die Anwendbarkeit der DSGVO¹⁸ zu prüfen, wobei im Rahmen des sachl Anwendungsbereichs gem Art 2 DSGVO zunächst geklärt werden muss, ob personenbez Daten iSv Art 4 Z 1 DSGVO vorliegen. Biometrische Daten sind nach Art 4 Z 14 DSGVO personenbez Daten. Werden sie allerdings, etwa mittels Hash-Funktion verschlüsselt bevor sie in eine BC gespeichert werden (was bei den meisten BC-Applikationen der Fall ist), liegt der Personenbezug nicht mehr so klar auf der Hand. Die Art-29-Datenschutzgruppe¹⁹ vertrat hierzu bislang die Ansicht, dass personenbez Daten, auch wenn sie mittels Hash-Funktion verschlüsselt wurden, personenbez Daten bleiben.²⁰ Gesicherte rechtliche Erkenntnisse bringen aber wohl erst entspr EuGH-Judikate oder neue Rechtsakte.

In Bezug auf den räuml Anwendungsbereich der DSGVO gem Art 3 ist zu klären, ob die Verarbeitung der personenbez Daten „im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet“. Bei permissioned BCs sollte (wie bereits erwähnt) entweder im Vorhinein vertraglich oder im Nachhinein behördlich festgelegt werden können, wer Verantwortlicher bzw Auftragsverarbeiter ist und somit auch,

15 S dazu auch den thematischen Report „Blockchain and the GDPR“ des European Union Blockchain Observatory and Forum, eublockchainforum.eu/reports (28.3.2019), 4 und 16 f.

16 *Finck*, Blockchains and Data Protection in the European Union, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No 18-01, 6, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3080322 (28.3.2019).

17 Vgl *Erbguth/Fasching*, Wer ist Verantwortlicher einer Bitcoin-Transaktion? ZD 2017, 560 (561).

18 VO (EU) 2016/679 des EP und des Rates v 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

19 Diese war ein aufgrund von Art 29 der RL 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 1995/281, 31 eingerichtetes unabhängiges Beratungsgremium, das Meinungen, Arbeitsdokumente etc zu datenschutzrechtl Themen veröffentlichte. Mittlerweile wurde sie vom Europ Datenschutzausschuss ersetzt.

20 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, 0829/14/EN 20 ff.

ob der räumliche Anwendungsbereich erfüllt ist. In permissionless BCs ist eine solche Zuordnung zurzeit nicht möglich, weil grds alle, die am BC-System teilnehmen, potentiell Verantwortliche_r bzw Auftragsverarbeiter_in iSd der DSGVO sind. Aus diesem Grund kann auch diese rechtliche Frage vorerst nicht endgültig beantwortet werden.

Bejaht man die Anwendbarkeit der DSGVO ist Art 9 zu beachten, nach dem biometrische Daten als bes Kategorie personenbez Daten eingestuft werden und deren Verarbeitung untersagt ist, sofern keine der in Art 9 Abs 2 genannten Ausnahmen vorliegt. Weiters müssen diverse Betroffenenrechte, wie das Recht auf Vergessenwerden oder das Recht auf Berichtigung der Daten eingehalten werden,²¹ was sowohl im Hinblick auf die Unveränderlichkeit bzw Unlösbarkeit von in BCs gestellten Daten als auch die Schwierigkeit Verantwortlichkeiten in permissionless BCs festzulegen, gravierende Probleme aufwirft.

Verneint man die Anwendbarkeit der DSGVO, könnten uU andere Mechanismen zum Schutz personenbezogener Daten greifen, wie das in Art 8 EMRK verbürgte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzkonvention),²² dem bereits Nicht-MS des Europarates beigetreten sind.²³

4. Fazit

Die Nutzung von BCs um Pers durch biometrische Daten zu identifizieren, diverse Hilfsleistungen daran zu knüpfen und damit Frauen in bestimmten Krisensituationen zu helfen, ist zu begrüßen. Angesichts des komplexen Spannungsfeldes zwischen (insb permissionless) BCs und dem Datenschutz sowie der grundlegenden faktischen Probleme, ist aber (juristische) Vorsicht geboten.

Mag.^a Sofie Schock ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht; sofie.schock@univie.ac.at

21 Vgl *Bechtolff/Vogt*, Datenschutz in der Blockchain – Eine Frage der Technik, ZD 2018, 66 (69).

22 SEV Nr 108, in Ö umgesetzt als BGBl III 2008/91, welche aber mittlerweile modernisiert wurde; edoc.coe.int/en/international-law/7729-convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regard-to-the-processing-of-personal-data.html (28.3.2019).

23 coe.int/en/web/data-protection/convention108/parties (28.3.2019).

Mutagenese im Lichte der GVO-RL

Durch Mutagenese gewonnene Organismen sind laut EuGH genetisch verändert und unterliegen den Verpflichtungen der GVO-RL

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902017501>

Franziska Tillian

1. Ausgangslage

Begriffe wie *Gentechnik* oder *Genschere* sorgen immer wieder für heftige Debatten. Letztere umschreibt eine biochemische Methode, die das gezielte Verändern von DNA zum Inhalt hat und es dadurch bspw ermöglicht, Pflanzen ertragreicher oder resistenter zu machen. Wann aber gilt ein Organismus aus rechtlicher Sicht als *genetisch verändert*? Mit dieser Frage befasste sich der EuGH in der Rs *Confédération paysanne ua*,¹ in welcher er den Anwendungsbereich der GVO-RL² klarzustellen hatte, die die absichtliche Freisetzung *genetisch veränderter Organismen* (GVO) in die Umwelt zum Inhalt hat. Fraglich war, ob durch *Mutagenese* gewonnene Organismen denselben Voraussetzungen wie aus *Transgenese* resultierenden Organismen unterliegen. Beide Verfahren führen Mutationen im Erbgut von Lebewesen herbei, um gewünschte Eigenschaften – etwa Resistenzen gegen Herbizide oder Krankheiten – zu erzielen. Während Organismen im Fall der *Mutagenese* ua erbgutverändernden Bedingungen ausgesetzt werden, wodurch einzelne Nukleinbasen ihrer Gene ausgetauscht oder ganze Gene entfernt werden, findet bei der *Transgenese* eine Übertragung fremder Gene statt, um die gewünschten Mutationen zu erreichen.³

2. Rechtsgrundlagen

Die GVO-RL ist Teil jenes EU-Rechtsrahmens, der die sichere Entwicklung moderner Biotechnologie gewährleisten soll.⁴ Art 2 lit 2 GVO-RL definiert GMO als Organismen „[...] mit Ausnahme des Menschen, [deren] genetisches Material so verändert worden

1 EuGH 25.7.2018, C-528/16, *Confédération paysanne ua*, ECLI:EU:C:2018:583.

2 RL 2001/18/EG des EP und des Rates v 12.3.2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG des Rates, ABl L 2001/106, 1.

3 S Definitionen *Mutagenese* und *Transgen* in *Spektrum*, Kompaktlexikon der Biologie (Stand: 2019), spektrum.de/lexikon/biologie-kompakt (1.3.2019).

4 Für einen Überblick darüber s: ec.europa.eu/food/plant/gmo/legislation_en (1.3.2019).

ist, wie es auf natürliche Weise [...] nicht möglich ist“. Ausgenommen sind genetische Veränderungen, die durch ein im Anhang der RL aufgelistetes Verfahren, etwa die *Mutagenese*, herbeigeführt werden.⁵

Der RL liegt das Vorsorgeprinzip gem Art 191 Abs 2 AEUV zugrunde, wonach Umweltgefahren oder -schäden präventiv zu verhindern sind.⁶ Dies soll durch die nach der RL notwendige Verträglichkeitsprüfung gewährleistet werden.⁷

3. Rs C-528/16

Ausgangspunkt im Verfahren war eine – dem Wortlaut der GVO-RL⁸ grds entsprechende – nat Bestimmung, mit der durch *Mutagenese* gewonnene Organismen von den Verpflichtungen der RL ausgenommen wurden. Ein französischer Landwirtschaftsverband vertrat gemeinsam mit acht Umweltschutzverbänden (Kläger_innen) die Ansicht, dass sich *Mutagenese*-Verfahren seit dem Erlass der RL derart weiterentwickelt hätten, dass nicht mehr nur konventionelle Methoden *in vivo* auf ganze Pflanzen angewendet werden könnten, sondern auch neue Verfahren, die *in vitro* gezielte Mutationen erreichen. Letzere bürten ähnliche Gefahren wie die (der GVO-RL unterliegende) *Transgenese* in sich. Abgezielt wurde von den Kläger_innen auf ein Verbot des Anbaus von mittels *in vitro Mutagenese* gewonnenen herbizidtoleranten Rapsorten, da deren Freisetzung zur Entstehung herbizidresistenten Unkrauts führen könne. Dies würde wiederum den vermehrten Einsatz von Herbiziden nach sich ziehen. Eine genaue Risikofeststellung konnte idZ allerdings nicht erbracht werden.

Der zuständige *Conseil d'État* ersuchte den EuGH im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens ua um Klärung der Frage, ob durch *Mutagenese* gewonnene Organismen als GVO zu qualifizieren sind. Dies wurde vom EuGH ua aus dem Grund bejaht, dass die im Ausgangsrechtsstreit relevanten Verfahren Veränderungen von Organismen bewirken würden, die auf natürliche Weise nicht möglich sind.⁹

Als nächstes prüfte der EuGH, ob sämtliche durch *Mutagenese* gewonnene Organismen vom Anwendungsbereich der GVO-RL ausgeschlossen sind oder aber nur solche, die auf Methoden zurückgehen, welche bereits vor Erlass der RL konventionell eingesetzt wurden. Nach Ansicht des EuGH müsse eine Auslegung der Ausnahmebestimmung neben dem Wortlaut auch die Ziele der RL berücksichtigen.¹⁰ Allein der Gesetzestext erlaube nämlich keine Rückschlüsse darauf, welche Methoden ausgenommen seien.

Vielmehr zog der EuGH, wie bei der Interpretation von Sekundärrecht üblich, die Erwägungsgründe desselben heran. Mit Blick auf ErwGr 17, wonach die RL nicht für sol-

⁵ Art 3 Abs 1 iVm Anhang IB Z 1 GVO-RL.

⁶ Vgl *Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union^{65.EL} (2018) Art 191 AEUV Rn 87ff.

⁷ Art 4 Abs 2 GVO-RL.

⁸ Art 3 Abs 1 iVm Anhang IB Z 1 GVO-RL.

⁹ C-528/16, Rz 27ff.

¹⁰ C-528/16, Rz 41f mwN.

che Organismen gelten solle, die durch herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandten und seit langem als sicher geltenden Techniken gewonnen wurden, begründete der EuGH eine Differenzierung innerhalb der *Mutagenese*: Unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips sowie der uU unumkehrbaren Auswirkungen, welche eine Freisetzung über Landesgrenzen hinaus haben könnte, erachtete der Gerichtshof eine Ausnahme sämtlicher *Mutagenese*-Verfahren für unvertretbar.¹¹ Folglich seien nur jene Organismen ausgenommen, die aus Methoden resultieren, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen verwendet wurden und seit langem als sicher gelten. Kurzum sind damit jene Verfahren gemeint, die dem Gesetzgeber bereits im Jahr 2001 ausreichend bekannt waren.¹²

4. Anmerkung

Der Mensch zieht seit jeher Nutzen aus Lebewesen und wirkt auf Gene von Organismen ein, um vorteilhafte Merkmale zu generieren. Durch den rasanten technischen Fortschritt ermöglichen es Verfahren wie die *Genshere* (auch *CRISPR/Cas9*) mittlerweile, gezielt auf Gensequenzen einzuwirken, um gewünschte Eigenschaften zu erzielen, ohne fremde DNA zu verwenden. Der Unterschied zur klassischen *Gentechnik* besteht darin, dass durch die *Genshere* optimierte Organismen nicht von herkömmlichen Züchtungen unterschieden werden können und deren Verwendung nicht nachweisbar ist.¹³ Potentielle Einsatzmöglichkeiten bestehen neben der Pflanzenzüchtung auch im Medizinbereich, etwa der Behandlung genetisch bedingter oder vererbbarer Krankheiten.

Welche Risiken der Einsatz der *Genshere* in sich birgt, ist bis *dato* ungeklärt. Kritiker_innen bringen vor, dass mit ähnlichen Gefahren wie jenen der *Transgenese* zu rechnen sei. Der Anbau herbizidresistenter Pflanzen könne etwa zur Entwicklung herbizidresistenten Unkrauts führen, wodurch verstärkt Unkrautvernichtungsmittel eingesetzt werden müssten und die Umwelt entsprechend belastet würde. Neben Umweltschutzaspekten bestehen durch die theoretische Möglichkeit der gezielten Optimierung von Menschen, die mit derartigen Verfahren erreicht werden kann, auch ethische Bedenken.

Durch das Urteil C-528/16 unterliegen derart neue Verfahren nunmehr der GVO-RL. Während Umweltschutzorganisationen und *Gentechnik*-Gegner_innen das Urteil begrüßen, wurde dem EuGH von Befürworter_innen solcher Methoden ua attestiert, *innovationsfeindlich* zu sein und den technischen Fortschritt nicht adäquat zu berücksichtigen.¹⁴ Tatsächlich bewerkstelligte er mE eine Interpretation eines 2001 erlassenen

11 Im Gegensatz zu GA *Bobek*, vgl SA v 18.1.2018, C-528/16, *Confédération paysanne ua*, ECLI:EU:C:2018:20, Rz 98ff.

12 C-528/16, Rz 49ff.

13 Vgl *Zeit Online* v 22.6.2016, zeit.de/video/2016-06/4948764858001/crispr-so-funktioniert-das-neue-universalwerkzeug-der-gentechnik (1.3.2019).

14 Krit etwa *Faltus*, *Mutagenese* des Gentechnikrechts. Das *Mutagenese*-Urteil des EuGH schwächt die rechtssichere Anwendung der Gentechnik, ZUR 2018, 524 passim.

Regelwerks anhand dessen Wortlauts, Systematik und *telos*, besinnte sich insofern auf seine Aufgabe gem Art 19 EUV und maßte sich insbesondere nicht die Rolle des Gesetzgebers an.¹⁵

Nichtsdestotrotz spiegelt das Urteil jene Problematik wider, mit der das Recht va im *Life Science*-Bereich konfrontiert ist: Während die technologische Entwicklung rasant fortschreitet, hinkt die Gesetzgebung hinterher und ist oftmals nicht in der Lage, zeitgerecht und adäquat anzusetzen.¹⁶ Neue Technologien wie *CRISPR/Cas9* bergen enormes Potential in sich und sollten nicht im Keim erstickt werden, wenngleich die Forschung hierzu noch in den Kinderschuhen steckt und Gefahren sich nicht mit Sicherheit bestimmen lassen. Der europäische Gesetzgeber wird daher nicht umhinkommen, sich mit derartigen Methoden und ihren Risiken auseinanderzusetzen und Regelungen auszuarbeiten, die sowohl dem Vorsorgegrundsatz als auch der biotechnologischen Innovation Genüge leisten.

Mag.^a Franziska Tillian ist Universitätsassistentin an der Abteilung für Europarecht der Universität Wien; franziska.tillian@univie.ac.at

15 So auch *Spranger*, Neue Techniken und Europäisches Gentechnikrecht, NJW 2018, 2929 (2929).

16 Vgl. *Seitz*, Modifiziert oder nicht? – Regulatorische Rechtsfragen zur Genoptimierung durch neue biotechnologische Verfahren, EuZW 2018, 757 (764).

(K)ein Platz für alle im öffentlichen Raum?

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902017901>

Barbara Cargnelli-Weichselbaum

1. Einleitung

Art 7 Abs 1 S 2 B-VG verbürgt für alle Staatsbürger_innen, dass „Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses [...] ausgeschlossen [sind].“ Nach Art 14 EMRK ist „[d]er Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten [...] ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ Art I Abs 1 S 2 BVG Rassendiskriminierung normiert, dass „Gesetzgebung und Vollziehung [...] jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen [haben].“ Verfassungsrechtlich wird somit mehrfach deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Privilegien bzw umgekehrt Benachteiligungen für bestimmte Gruppen verpönt sind. Dass ua auf „Stand“, „Klasse“ und „Herkunft“, insb auch die „soziale Herkunft“ Bezug genommen wird, bedeutet, dass Regelungen nicht so gestaltet und vollzogen werden dürfen, dass sie Menschen auf Grund dieser Merkmale – sei es unmittelbar oder mittelbar – diskriminieren.¹

Vor diesem Hintergrund soll es im Folgenden um Nutzungsbeschränkungen für den öffentlichen Raum gehen, die durch sog „Randgruppen“² bzw „Problemgruppen“³ aufgelöste Phänomene bekämpfen sollen. Schon die Verwendung des Begriffs „Randgruppe“ indiziert dabei eine Ungleichbehandlung: „Mit dem unklaren und kaum definierbaren Begriff der Randgruppen werden sehr unterschiedliche soziale Erscheinungen bezeichnet [...]. Unter den Begriff der Randgruppe fallen zB Obdachlose, Strafgefangene, Drogenabhängige, Psychatriepatienten, Alte, Behinderte, aber auch Subkulturen, gegen-

1 Zum Erfordernis, dass „besondere Gründe vorliegen [müssen], wenn eine gesetzliche Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden soll, die an diskriminierungsverdächtigen Merkmalen anknüpft, wie sie in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG oder in Art 14 EMRK ausdrücklich genannt sind“, VfSlg 19.942/2014; dazu *Holoubek*, Art 7/1 S 1, 2 B-VG, in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Kommentar (14. Lfg 2018) Rz 29, mwN aus der Lit und der Rsp des VfGH.

2 Vgl zB *Neubauer*, Randgruppen, auf Pollern sitzend, Augustin 386 – 03/2015, augustin.or.at/zeitung/tun-und-lassen/randgruppen-auf-pollern-sitzend.html (31.1.2019).

3 So die Diktion der Stadt Wien, Alkoholverbot am Praterstern, wien.gv.at/menschen/sicherheit/alkoholverbot-praterstern.html (31.1.2019).

kulturelle und antigesellschaftliche Lebensformen. Die Tatsache, daß gesellschaftliche und politische Eliten, die ebenfalls Minderheiten bilden, nicht als Randgruppen angesehen werden, macht deutlich, daß die materielle Ausstattung der benachteiligten Gruppen entscheidend den Randgruppenstatus bestimmt.“⁴

In Juridikum 3/2018 wurden Beschränkungen der Nutzung des öffentlichen Raumes für Bettler_innen und Obdachlose, die im Freien schlafen, insb aus gleichheitsrechtlicher Sicht beleuchtet.⁵ Im Folgenden wird die Frage behandelt, wie Alkoholverbotzonen, sicherheitspolizeiliche Schutzzonen, Betretungsverbote und Wegweisungsmöglichkeiten aus grundrechtlicher und dabei insb der Sicht jener, die sich mangels finanzieller Ressourcen zumindest größtenteils im öffentlichen Raum aufhalten, zu bewerten sind. Die Prämisse dabei ist, dass sich aus dem Grundsatz der gleichen Freiheit aller ergibt, dass der öffentliche Raum ein „Raum der Zumutung“ ist, der von seinen Nutzer_innen wechselseitige Toleranz verlangt.⁶

2. Regelung des Alkoholkonsums im öffentlichen Raum

2.1. Allgemeines zu Alkoholverboten in Österreich

Der öffentliche Raum ist ein Raum der Kommunikation und des Miteinanders. Es ist gesellschaftlich üblich und wird im Allgemeinen toleriert, dass Alkohol auch im öffentlichen Raum – für andere sichtbar – konsumiert wird. Dies kann etwa in Gastgärten oder bei öffentlichen Veranstaltungen erfolgen. Armutsbetroffene, insb Obdachlose, können sich den Besuch von Gaststätten oder von bei solchen Veranstaltungen errichteten Ständen freilich oft nicht leisten und greifen dann für den Alkoholkonsum im öffentlichen Raum auf selbst Mitgebrachtes zurück. Diese Form des Alkoholkonsums ist in einigen Städten Österreichs an gewissen Orten nicht gestattet, wobei die Verbote entweder in ortspolizeilichen V gemäß Art 118 Abs 6 B-VG oder V auf Basis einer landesgesetzlichen Ermächtigung geregelt sind.⁷ 2015 bejahte der VfGH die Zulässigkeit eines im Wesentlichen absoluten Alkoholverbots an bestimmten Orten in Innsbruck⁸ mit in der Tat folgendem Effekt: „Wie Pilze aus dem Boden schießen gegenwärtig Alkoholverbote V in ganz Österreich. Immer mehr dehnen sie auch ihre Geltungsbereiche aus – zeitlich, va aber in räumlicher Sicht.“⁹ Eines der jüngsten Bsp ist das Alkoholverbot am Praterstern in Wien.¹⁰

4 Feltes, Randgruppen, Kriminologie-Lexikon ONLINE, krimlex.de/artikel.php?KL_ID=151 (30.1.2019).

5 Cargnelli-Weichselbaum, Gleiche und Gleichere im öffentlichen Raum? Juridikum 2018, 386 (386ff).

6 Instruktiv Siehr, Das Recht am öffentlichen Raum (2016) 241ff (insb 258ff) mwN.

7 Eine ortspolizeiliche V ist die V des Magistrates der Stadt Wien betreffend das Verbot des Konsumierens von alkoholischen Getränken am Praterstern, ABl 2018/17; eine auf Basis des S.LSG ergangene V hingegen etwa die V der Stadt Salzburg betreffend das Alkoholverbot am Rudolfskai, ABl 2009/14; sie werden im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei erlassen – s noch unter 3.2.

8 VfSlg 20.031/2015.

9 Leisner-Egensperger, Verwaltungsrechtliche Alkoholverbote im Spiegel der Rechtsprechung, RFG 2/2018, 67 (68), aaO, 68f mwN zu Alkoholverbote V in diversen Städten, insb zur immer größeren räumlichen Ausdehnung der Verbote in Innsbruck und Salzburg. Für eine ausführliche Analyse letzterer Verbote dieselbe, aaO, 69ff.

10 S in FN 7 und dazu Pentz, Kein Spritzwein mehr am Praterstern, Juridikum 2018, 289 (289ff).

2.2. Die Entscheidung des VfGH zum Alkoholverbot in Innsbruck und die Frage nach Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung

Der VfGH hielt in seiner E zum Innsbrucker Alkoholverbot fest, dass im Prinzip absolute Alkoholverbote an bestimmten Orten verfassungsrechtlich legitim seien, wenn im Rahmen einer Grundlagenforschung nachgewiesen wird, dass dort bereits ein Missstand aufgrund von Alkoholkonsum entstanden ist oder unmittelbar bevorsteht.¹¹ In auffällig knapper und nicht näher begründeter Weise erachtete er das Innsbrucker Alkoholverbot für zulässig,¹² ein Verbot, das zwar vordergründig einen unspezifischen Adressat_innenkreis hat, im Ergebnis jedoch auf Armutsbetroffene, insb Obdachlose, fokussiert.¹³ Weder erfolgte eine nähere Auseinandersetzung mit der Beschwerdeargumentation, dass zur Abwehr von Missständen durch Alkoholkonsum mit Sanktionsnormen betreffend die Verletzung des öffentlichen Anstandes das Auslangen gefunden werden könnte, mit denen also auch „negative Begleiterscheinungen“ des Alkoholkonsums,¹⁴ wie Verunreinigung öffentlicher Orte oder Anpöbeln von Passant_innen hintangehalten werden könnten, noch mit der Frage, warum im Prinzip jeglicher Alkoholkonsum und nicht – in Anlehnung an die „ungebührliche“ Lärmerregung – nur der „übermäßige“ Alkoholkonsum verboten sein sollte.¹⁵

Somit liegt auch ein wesentlicher Unterschied zu Aussagen des VfGH zu Bettelverboten vor, nämlich dass „[e]ine Störung der öffentlichen Ordnung [...] – sieht man etwa von einer Situation ab, in der die Anzahl der Bettler die Benützung des öffentlichen Orts derart erschwert, dass ein Missstand vorliegt – von der bloßen Anwesenheit einzelner Menschen an öffentlichen Orten [...] ohne qualifizierte, etwa aufdringliche oder aggressive Verhaltensweisen an den Tag zu legen, nicht ausgehen [kann]“,¹⁶ dass „[ö]ffentlichen Orten [...] die Begegnung mit anderen Menschen immanent [ist]“¹⁷ und dass „jedenfalls eine gewisse Schwelle der Störung überschritten sein [muss], die über ein bloß un-

11 VfSlg 20.031/2015.

12 Kritisch zur knappen Begründung insb schon *Kakzadeh-Leiler*, Alkoholverbot in Innsbruck – Überlegungen zu VfGH 09.12.2015, E 50/2015, JRP 3/2016, 238 (239, 242 f).

13 IdS der Titel des Beitrags von *Somek*, Die verachtete Subkultur. Eine Besprechung von E 50/2015-10 und E 59/2015-10, JRP 3/2016, 245ff; vgl auch *Kakzadeh-Leiler* (FN 12) 240: „großteils [...] Menschen, deren Alkoholkrankheit mit Obdachlosigkeit gepaart ist“.

14 Es ist also nicht von einer „Gefahr“, die vom Alkoholkonsum ausgeht, die Rede – s dazu rechtsvergleichend die akribische Analyse von *Thurn*, Zur Rechtswidrigkeit kommunaler „Randgruppenvertreibung“ durch Alkoholverbote im öffentlichen Raum, *juridikum* 2011, 92 (98), entsprechend *Leisner-Egensperger* (FN 9) 70, FN 33, die beide auf die Unzulässigkeit vergleichbarer Alkoholverbote in Deutschland hinweisen, zumal die Rsp dort das Vorliegen einer „abstrakten Gefahr“ verlangt. So rezent auch VG Düsseldorf 23.05.2018, 18 K 8955/17, wonach das „subjektive Sicherheitsgefühl der Anwohner [...] nicht Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [ist].“

15 Dieser Befund ist ua auf das (ebenfalls im Prinzip absolute) Alkoholverbot am Praterstern in Wien sowie die in der Stadt Salzburg geltenden Alkoholverbote übertragbar: § 27 Abs 8 1. Satz S.LSG legt fest, dass durch V der Konsum von Alkohol und das Mitführen von Alkohol zum Konsum an öffentlichen Orten untersagt werden kann, wenn dies zur Hintanhaltung von Anstandsverletzungen geboten erscheint.

16 VfSlg 19.662/2012.

17 VfSlg 19.662/2012.

erwünschtes oder unangenehm empfundenes Verhalten hinausgeht“. ¹⁸ Diese Aussagen entsprechen der unter 1. dargelegten Prämisse des öffentlichen Raumes als „Raumes der Zumutung“. Warum die bloße Anwesenheit von (still) Alkoholkonsumierenden anders zu bewerten sei als jene von Bettler_innen, wie überhaupt anderen den öffentlichen Raum in vergleichbarer Weise nutzenden – zB etwas Alkoholfreies trinkenden – Menschen, wird nicht dargelegt. Eine Parallele ist zumindest bei der Beschränkung auf „bestimmte Orte“ und im Erfordernis einer konkreten Grundlagenforschung zu sehen: Der VfGH würde daher wohl keine Alkoholverbote für gesamte Innenstadtbereiche als verfassungskonform erachten. ¹⁹

Mag die Bestätigung des Innsbrucker Alkoholverbotes auch mit einem „favor municipii“ iS einer idR Bejahung der Zulässigkeit und weitestmöglichen Effektivität einer ortspolizeilichen Maßnahme ²⁰ erklärbar sein, stellt sich doch die Frage, ob ein intensiverer Grundrechtseingriff tatsächlich mit Vollzugsproblemen auf Gemeindeebene gerechtfertigt werden kann. ²¹ Es fand – und das ist im Hinblick auf den Betroffenenkreis und die Problematik der Ungleichbehandlung das Bemerkenswerteste – keinerlei Verhältnismäßigkeitsprüfung statt ²² und damit insb keine, die die besondere Angewiesenheit auf den öffentlichen Raum als Lebensraum zumindest eines Gutteils der Betroffenen ²³ berücksichtigt. Auch die aufgeworfenen Grundrechtsfragen blieben unbeantwortet. ²⁴ Dass sich aus der E ableiten lässt, dass die Folgen des Alkoholkonsums von selbst Mitgebrachtem

¹⁸ VfSlg 20.095/2016.

¹⁹ Zumindest grenzwertig ist daher das Alkoholverbot in Graz, das seit 2012 große Bereiche der Innenstadt erfasst – zu diesem sowie zu den EB zu dieser V des Grazer Stadtsenates unter graz.at/cms/beitrag/10194052/7765198/Alkoholverbot_in_der_Innenstadt.html (31.1.2019). Freilich hat der VfGH jüngst die Feldkircher BettelverbotsV – entgegen seinen ursprünglichen Bedenken – nicht als gesetzwidrig aufgehoben und die Aussage getätigt, dass „bettelverbotsfreie Flächen selbst in der Innenstadt verbleiben“ (VfGH 11.12.2018, V 19/2018 ua). Dies könnte so (miss-)verstanden werden, dass es der VfGH nunmehr toleriert, wenn die Zulässigkeit des stillen Bettelns (auch) in Innenstädten vom Prinzip zur Ausnahme wird. Zur Vorjudikatur zuletzt *Cargnelli-Weichselbaum* (FN 5) 387f mwN.

²⁰ Dazu *Ranacher*, Das ortspolizeiliche Ordnungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, RFG 2004/44, 161 (166).

²¹ In diese Richtung offenbar *Leisner-Egensperger* (FN 9) 73ff. Man könnte umgekehrt nämlich die Eignung zur Vollziehung im eWB der Gemeinde in Frage stellen – vgl hinsichtlich Bettelverbotes *Weichselbaum*, Die Bettelverbote in der Judikatur des VfGH, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2013 (2013) 37 (53ff). Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Bestrafung von Übertretungen von Alkoholverboten ohnehin genauso wenig wie jene der ungebührlichen Lärmerregung im eWB erfolgt bzw erfolgen darf – vgl etwa VfSlg 19.665/2012 mwN. Zur Praxis „gemischter“ Streifen von Gemeinde- bzw Magistratsbediensteten und Polizeiorganen, um Vollzugsproblemen bei der Kontrolle ortspolizeilicher V entgegenzuwirken, *Stolzlechner/Horwath*, Sicherheitsverwaltung und Privatwirtschaft (Teil I), SIAK-Journal 4/2009, 67 (78).

²² Pointiert kritisch *Bezemek*, Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung. Anmerkungen vor dem Hintergrund von VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015 ua, ALJ 2/2016, 109 (110 f), der aaO, 121, die Brücke zum Gleichheitssatz unter Bezugnahme auf *Ranacher* (FN 20) schlägt, welcher aaO, 164, trefflich festhält, dass „sich die Verhältnismäßigkeitskontrolle ortspol V auch als Ausdruck der in stRsp anerkannten Bindung des Verordnungsgebers an das aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG abgeleitete allg Sachlichkeitsgebot erfassen“ lässt.

²³ Dazu *Reitlinger*, Der öffentliche Raum: (k)ein Problem?! Sozialräumliche Gedanken zu 5 Jahren FAIR-PLAY-TEAM Wien, soziales_kapital. wissenschaftliches journal österreichischer fachhochschul-studiengänge soziale arbeit. Nr. 14 (2015) / Rubrik „Werkstatt“ / Standort Wien. 340 (345), soziales-kapital.at/index.php/sozialeskapital/article/viewFile/404/707.pdf (1.2.2019).

²⁴ Zu diesen aber *Leisner-Egensperger* (FN 9) 73ff, aaO, 75, explizit kritisch zur mangelhaften Begründung und insb den fehlenden grundrechtlichen Ausführungen des VfGH als dem Rechtsstaatsprinzip widersprechend.

anders einzustufen seien als – und das ist eine der Ausnahmen vom Prinzip – jene des Alkoholkonsums bei öffentlichen Veranstaltungen, könnte dafür sprechen, dass zumindest die Mehrheit der an der E beteiligten Verfassungsrichter_innen noch nie die „negativen Begleiterscheinungen“ von Alkoholkonsum (auch) bei öffentlichen Veranstaltungen wahrgenommen hat. Sachgerecht erscheint diese – überdies ausschließlich auf den ebenfalls erlaubten Alkoholkonsum in Gastgärten abstellende und gerade nicht den Alkoholkonsum bei öffentlichen Veranstaltungen ansprechende – Differenzierung des VfGH freilich nicht. Sie läuft darauf hinaus, dass diejenigen, die bei bzw in Gastronomiebetrieben konsumieren bzw sich dies leisten können, hinsichtlich einer Konsumation im öffentlichen Raum besser gestellt werden als jene, deren Finanzen dafür nicht ausreichen.²⁵

3. Schutzzonen, Betretungsverbote und Wegweisungen im öffentlichen Raum

Neben den AlkoholverbotsV existieren weitere Regelungen, die sich gegen „Randgruppen“ richten (können) und damit zumindest auf Vollziehungsebene gleichheitsrechtliche Probleme generieren können. Diese wurden einerseits vom Bund im Rahmen der allgemeinen Sicherheitspolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) erlassen, andererseits aber auch auf Basis der Länder- und Gemeindezuständigkeit zur Gesetzgebung und Vollziehung der örtlichen Sicherheitspolizei (Art 15 Abs 2 und 118 Abs 2 iVm Abs 3 Z 3 B-VG).

3.1. Schutzzonen, Betretungsverbote und Wegweisungen nach dem SPG

Mit der SPG-Nov 2005 (BGBl I 2004/151) wurde mit § 36a SPG die Möglichkeit geschaffen, per V Schutzzonen insb im Umkreis von Schulen, Kindergärten und Kindertagesheimen festzulegen. Ist eine Schutzzone festgelegt, besteht die Möglichkeit, über Personen ein Betretungsverbot für bis zu 30 Tage zu verhängen und diese „gegebenenfalls aus derselben wegzuweisen“. Voraussetzung für die Erlassung einer (örtlich und zeitlich begrenzten) V ist nach § 36a Abs 1 SPG, dass sie für einen bestimmten Ort erlassen wird, „an dem überwiegend minderjährige Menschen in besonderem Ausmaß von auch nicht unmittelbar gegen sie gerichteten strafbaren Handlungen nach dem Strafgesetzbuch, dem Verbotsgesetz oder gerichtlich strafbaren Handlungen nach dem Suchtmittelgesetz bedroht sind“. Voraussetzung für den Ausspruch eines Betretungsverbotes ist nach § 36a Abs 3 SPG, dass von einem Menschen „auf Grund bestimmter Tatsachen, insbesondere wegen vorangegangener gefährlicher Angriffe, anzunehmen ist, dass er im Anwendungsbereich der Verordnung [...] strafbare Handlungen nach dem Strafgesetzbuch, dem Verbotsgesetz oder gerichtlich strafbare Handlungen nach dem Suchtmittelgesetz begehen werde“.

²⁵ Entsprechend zu kommunalen Alkoholverboten in Deutschland schon *Thurn* (FN 14) 101f. Zur „sozial exkludierende Funktion“ derartiger Verbotsnormen auch *Leisner-Egensperger* (FN 9) 74, FN 84.

Augenfällig sind die Prämissen des behördlichen Tätigwerdens: Das zentrale sicherheitspolizeiliche Kriterium des „gefährlichen Angriffs“ wird übersprungen, vielmehr geht es um eine „Bedrohung“ durch Straftaten.²⁶ Darüber kann nicht hinwegtäuschen, dass die EB zu BGBl I 2016/61, womit § 36a Abs 3 SPG insb dahin gehend novelliert wurde, dass das Aussprechen eines Betretungsverbot bereits außerhalb der Schutzzone möglich ist, davon sprechen, dass anzunehmen sein müsste, „der Betroffene werde in diesen Bereichen einen gefährlichen Angriff iSd §§ 36a Abs. 3 [...] begehen“.²⁷ Denn auch in § 36a Abs 3 SPG ist nur von der Annahme der Begehung einer Straftat die Rede, und das kann va auch der strafbare Eigenkonsum von Drogen sein. Dass auch dieser erfasst werden sollte, ist insofern nahe liegend, als der Eigenkonsum gemäß § 16 Abs 2 Z 4 SPG zwar keinen „gefährlichen Angriff“ darstellt, aber von diesem Beeinträchtigungen ausgehen können – wie etwa durch weggeworfene Spritzen. Gerade diese richten sich eben „nicht unmittelbar“ gegen Dritte, sodass aufgrund der Textierung des § 36a SPG und der EB davon auszugehen ist, dass Hauptintention der Erlassung des § 36a SPG wohl die Bekämpfung negativer Begleiterscheinungen von Drogenszenen war.²⁸

Mit § 36a SPG sollte offenbar ein für die Exekutive einfach zu handhabendes Instrument für den Ausspruch „selektiver Betretungsverbote“²⁹ geschaffen werden. Es stellt sich aber die Frage, ob dieses Instrument tatsächlich ein für die Vollziehung leicht und va diskriminierungsfrei zu handhabendes ist. Was sollen die Kriterien dafür sein, jemanden in einer Schutzzone nicht wegen des Verdachts zumindest des Versuchs der Verwirklichung einer strafbaren Handlung festnehmen zu müssen, aber über ihn ein Betretungsverbot zu verhängen bzw umgekehrt überhaupt nichts gegen ihn zu unternehmen, insb weil das von ihm gesetzte Verhalten maximal eine Anstandsverletzung darstellt, die schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht Grund für ein Betretungsverbot sein darf?³⁰ Diese Frage mag Grund dafür sein, dass es in Wien – anders als etwa in Wr. Neustadt, St. Pölten oder Linz – schon seit längerem keine Schutzzone mehr gibt.³¹ Die vagen Vorgaben des § 36a SPG können Vorschub dafür leisten, dass Menschen von der Anwesenheit an gewissen Orten, die ihnen als Orte der Kommunikation und des Miteinanders dienen, aus Gründen ausgeschlossen werden, die nicht einmal für die Verhängung von Verwaltungsstrafen im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei ausreichen würden.³² Dies wäre

26 Ausführlich kritisch *Eberhard/Weichselbaum*, Verfassungsrechtliche Probleme der Schutzonenregelung gemäß § 36a Sicherheitspolizeigesetz, ZfV 2005, 674 (679f).

27 RV 1151 BlgNR 25. GP 3, AB 1229 BlgNR 25. GP 3.

28 Näher *Eberhard/Weichselbaum* (FN 26) 677; s insb RV 643 BlgNR 22. GP 10.

29 VfSlg 19.978/2015 in Abgrenzung zum Platzverbot nach § 36 SPG.

30 Detailliert *Eberhard/Weichselbaum* (FN 26) 680ff, insb 685 und 688 f. Zu den zahlreichen Überschneidungsbereichen auch *Hauser/Puntigam/Sperl*, Verwaltungs(traf)rechtliche Handhabe von Drogenhandel, *ecolex* 2017, 511 (511ff), aaO, 513, insb unter Hinweis auf das gerichtlich strafbare Handeln nach § 27 Abs 2a SMG.

31 Für Wien zuletzt die Presse v 12.05.2016, Polizei: Schutzonen am Wiener Gürtel nicht umsetzbar, *diepresse.com/home/panorama/wien/4987084/Polizei_Schutzonen-am-Wiener-Guertel-nicht-umsetzbar* (1.2.2019).

32 S noe.orf.at v 20.10.2017, Schutzonen in Wiener Neustadt erweitert, noe.orf.at/news/stories/2873450/ (31.1.2019), wo es zum Verhalten, das Auslöser für die Verhängung von Betretungsverboten war, nur pauschal heißt: „Vor allem wegen des dort herrschenden Drogenproblems, aber auch wegen der Gruppierung von Jugendlichen, die vor allem

aus mehrfachen Gründen grundrechtswidrig, im Hinblick auf all jene, die zu vergleichbaren Zwecken anwesend sein dürfen, aber vor allem gleichheitswidrig. Es steht auch die Gefahr von Willkür im Raum.³³

Hinzuweisen ist auch auf die Wegweisungsbestimmung in § 38 Abs 1 SPG, die gleichzeitig mit der Verschärfung der Formulierung des § 81 Abs 1 SPG mit BGBl I 2016/61 und darauf Bezug nehmend geschaffen wurde. Diese soll die Möglichkeit einer Wegweisung aus Gründen der Störung der öffentlichen Ordnung, die seit dieser Nov gemäß § 81 Abs 1 nF SPG bereits durch ein „Verhalten, das geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen“, verwirklicht wird,³⁴ jedenfalls sicherstellen.³⁵ Wurden Bettler_innen und Obdachlose in der Vergangenheit wegen Verletzung der öffentlichen Ordnung bestraft und ist die einschlägige Rsp aus gleichheitsrechtlicher Sicht kritisch zu sehen,³⁶ gilt Entsprechendes für eine Wegweisung nach § 38 Abs 1 SPG als Konsequenz einer gleichheitsrechtlich problematischen Subsumtion eines Verhaltens unter § 81 Abs 1 SPG. Bis dato sind dem RIS zwar keine solchen E zu § 38 Abs 1 SPG zu entnehmen. Bedenkt man aber, dass als Grund für die Novellierung des § 81 Abs 1 SPG „[a]ktuelle Geschehnisse – wie etwa das Auftreten von Gruppen, die durch ihr Verhalten einen bedrohlichen bzw. störenden Eindruck auf Anwesende vermitteln“,³⁷ genannt werden, wird zu beobachten bleiben, ob die neue Rechtslage nicht überschießend – dh unverhältnismäßig und gleichheitswidrig – auf [alle] „Randgruppen“ Anwendung finden wird.³⁸

Frauen und Jugendliche belästigen, wurde die Polizeipräsenz verstärkt.“ Es gelte „[a]uch der Bahnhof in St. Pölten [...] als Versammlungsplatz für Jugendgruppen und ist deswegen als Schutzzone definiert.“ Vgl auch die NÖN v 24.09.2018, Esperantopark – Wiener Neustadt erhält weitere Schutzzone, noen.at/wr-neustadt/esperantopark-wiener-neustadt-erhaelt-weitere-schutzzone-drogen-niederosterreich-schutzzone-esperantopark-115992585

(31.1.2019), wonach seit der Einrichtung der Schutzzonen am Wiener Neustädter Bahnhof und im Stadtpark per 01.05.2017 etwa 1.000 Betretungsverbote verhängt worden waren. Diese Ausführungen sprechen dafür, dass hier die Schwelle für die Festlegung von Schutzzonen und Verhängung von Betretungsverboten eine niedrige sein dürfte. Anders wird die Verhängung von Betretungsverboten offenbar in Linz gehandhabt – s OÖ Nachrichten v 04.06.2018, Schutzzonen gegen Drogenhändler bewähren sich, nachrichten.at/oberoesterreich/linz/Schutzzonen-gegen-Drogenhaendler-bewaehren-sich;art66,2913679B (31.1.2019), wo von sechs Betroffenen, „alle wegen Drogenhandels vorbestraft“, die Rede ist. Bemerkenswerterweise betrifft der einzige im RIS abrufbare Fall zu § 36a SPG ein Betretungsverbot wegen einer Schlägerei zweier Teilnehmer eines Ausbildungskurses – s LVwG NÖ 26.06.2018, LVwG-M-6/001-2018.

33 Zur grundrechtlichen Dimension der durch § 36a SPG aufgeworfenen Probleme – wobei neben dem Gleichheitssatz insb an das Recht auf Freizügigkeit der Person (Art 4 StGG, Art 2 4. ZP EMRK) zu denken ist – weiterführend *Eberhard/Weichselbaum* (FN 26) 689ff; vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1383. Zu vergleichbaren Vollziehungsproblemen bei Bettelverboten *Cargnelli-Weichselbaum* (FN 5) 389f mwN.

34 Zuvor ging es um ein „besonders rücksichtsloses Verhalten“, das „die öffentliche Ordnung ungerechtfertigt stört“. Dazu *Cargnelli-Weichselbaum* (FN 5) 392f mwN.

35 Näher AB 1229 BlgNR 25. GP 4.

36 *Cargnelli-Weichselbaum* (FN 5) 392f und 396 mwN.

37 AB 1229 BlgNR 25. GP 4.

38 Nur hingewiesen sei darauf, dass das VwG Wien der Vorgangsweise, eine Wegweisungen nach § 38 Abs 1 SPG oder § 3 WLSG (dazu unter 3.2.) vorzunehmen ohne Auseinandersetzung damit, ob ein Verhalten entgegen § 81 SPG oder § 3 Abs 1 WLSG vorliegt, entschieden entgegengetreten ist – s VGW 09.03.2018, VGW-102/076/10530/2017.

3.2. Maßnahmen im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei

Im Kontext der Schutzzonenregelung des § 36a SPG wurde darauf hingewiesen, dass auf Gemeindeebene ebenfalls Schutzzonenregelungen insb durch ortspolizeiliche V möglich seien.³⁹ Insofern gilt Analoges wie zum zu § 36a SPG Ausgeführten, im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch die Festlegung von Alkoholverbotzonen eine Maßnahme im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei darstellt.⁴⁰ Ein weiteres Instrument, das Gefahr läuft, in unverhältnismäßiger Weise gegen „Randgruppen“ eingesetzt zu werden, ist die Wegweisung zur „Abwehr von Belästigungen und Sicherung des Gemeingebrauchs“, wie sie in § 3 WLSG vorgesehen und mit einem Rückkehrverbot von immerhin 12 Stunden verbunden ist. Die Überschrift des § 3 WLSG stammt aus der Nov LGBL 2005/35, die insb vor dem Hintergrund der Belästigung von Frauen durch Abtreibungsgegner_innen zu sehen war.⁴¹ Die Definitionsbestimmung des § 3 Abs 2 WLSG unterscheidet sich seit LGBL 2010/25 insofern von jener der StF LGBL 1993/51 als neben der unzumutbaren Belästigung auch auf eine unzumutbare Beeinträchtigung beim widmungsgemäßen Gebrauch von öffentlichen Einrichtungen eingegangen wird: „[e]ine unzumutbare Belästigung [...] bzw. eine unzumutbare Beeinträchtigung [...] ist auch dann gegeben, wenn das Verhalten geeignet ist, bei anderen Personen durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigten Anstoß zu erregen, und wenn es entweder nicht bloß kurze Zeit aufrechterhalten oder in einem vom Verursacher offenbar nicht mehr kontrollierbaren Rauschzustand gesetzt wird.“ Auffallend an der Nov LGBL 2010/25 ist Folgendes: Es ist in (nunmehr) § 3 Abs 1 Z 3 WLSG hinsichtlich des widmungsgemäßen Gebrauchs öffentlicher Einrichtungen nicht mehr von „nachhaltig hindern“ (StF) bzw „nachdrücklich hindern“ (LGBL 2005/35) die Rede, sondern eben von „unzumutbar beeinträchtigen“. Außerdem wurde in § 3 Abs 1 WLSG eine (neue) Z 2 eingefügt, die von „beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen behindern“ spricht, ohne auf eine gewisse Art oder bestimmte Gravität der Behinderung abzustellen; es kommt insb weder auf eine „Nachhaltigkeit“ noch eine „Nachdrücklichkeit“ an.⁴²

Für die Novellierung der Wegweisungsbestimmung des § 3 WLSG mit LGBL 2010/25 gab es ursprünglich eine Begründung im IA, die später gestrichen wurde – ohne dass gleichzeitig der Text des IA geändert wurde. Aus dem Wortprotokoll des Wr LT lässt sich

39 Hauer, Die Einrichtung von polizeilichen Schutzzonen in Gemeinden, RFG 2/2006, 78ff. Freilich sind insb die Vorgaben des Art 118 Abs 6 B-VG und die Abgrenzung zwischen allgemeiner und örtlicher Sicherheitspolizei zu beachten – vgl auch Eberhard/Weichselbaum (FN 26) 680ff.

40 VfSlg 20.031/2015.

41 S die EB, Blg Nr 15/2005, LG – 00598-2005/0001, 4f; in der StF LGBL 1993/51 lautete die Überschrift des § 3 WLSG „Unfugabwehr“.

42 S zu § 3 WLSG in seiner StF die EB, Blg Nr 9 PrZ 2229/93; in deren Vorblatt wird überdies auf die Zusammenarbeit mit „Einrichtungen im sozialen Bereich“ hingewiesen und betont: „Humane Lösungskompetenz soll [...] im Vordergrund aller Zielsetzungen stehen.“ Was den Austausch des Wortes „nachhaltig“ durch den Begriff „nachdrücklich“ betrifft, so dürfte dieser im Hinblick auf eine Harmonisierung mit der Einfügung der Wendung „durch nachdrückliches Ansprechen“ als Beispiel für eine unzumutbare Belästigung – in concreto durch Abtreibungsgegner_innen – erfolgt sein – s die EB (FN 41) 4f.

dafür kein Grund erkennen, der Wortlaut dieser Begründung wurde von einem Abgeordneten jedoch wie folgt wiedergegeben: „Diese Belästigungen werden von Personen hervorgerufen, die sich vorwiegend in Gruppen aufhalten, zum Beispiel Suchtmittelabhängige, Obdachlose, Mitglieder organisierter Bettelbanden, und bestehen darin, dass diese Personen allein durch ihr verwehrlostes Auftreten eine erhebliche Verunsicherung auslösen und die Bürgerinnen und Bürger von der widmungsgemäßen Nutzung der öffentlichen Einrichtung abhalten.“⁴³ Wäre diese Begründung so zu verstehen, dass „allein [...] verwehrlostes Auftreten“ für eine Wegweisung ausreicht⁴⁴ und sollte § 3 WLSG so vollzogen werden, läge auf der Hand, dass es um die „Unsichtbarmachung“ von Verwehrlosung und damit größter Armut geht. Bloß das äußere Erscheinungsbild zum Kriterium für die Nutzung des öffentlichen Raumes zu machen, wäre definitiv gleichheitswidrig. Bis dato dürfte diese Bestimmung in der Vollzugspraxis zumindest keine große Rolle gespielt haben, im RIS scheint dazu keine Rsp auf.

4. Ergebnis

Dass der öffentliche Raum ein „Raum der Zumutung“ sein kann bzw muss, ist ein – und ganz wesentlicher – Aspekt des Umstandes, dass Grund- und Menschenrechte nicht nur privilegierten, sondern allen Menschen zustehen. Es ist stete Aufgabe des VfGH, klar die grundrechtlichen Grenzen für Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten des öffentlichen Raumes aufzuzeigen. Feiert die österr Bundesverfassung bald ihr 100-jähriges Bestehen, so sollte umso weniger in Vergessenheit geraten, dass eine ihrer Kernvorgaben, der Ausschluss von „Vorrechten“, nichts an Bedeutung verloren hat und Leitstern jeglicher Maßnahme in Gesetzgebung und Vollziehung sein muss. Dass die Nutzung des öffentlichen Raumes keinen unverhältnismäßigen und va auch keinen willkürlichen Beschränkungen unterworfen ist, ist daher nicht nur für „Normalbürger_innen“ sicherzustellen, sondern gerade auch für jene, die noch viel mehr als Erstere auf diesen als Lebensraum angewiesen sind.

Ass.-Prof.ⁱⁿ Mag.^a Dr.ⁱⁿ Barbara Cargnelli-Weichselbaum ist am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien tätig; barbara.cargnelli-weichselbaum@univie.ac.at

43 Abg *Margulies*, LT, 30. Sitzung v 26.03.2010, Wörtliches Protokoll – S 49 v 82.

44 Vgl die Kritik von *Margulies* (FN 43) 49: „Ziel, alles und jedes, was verwehrlost aussieht, wegzuweisen“.

Die Eine ist immer arm, der Andere nur vorübergehend¹

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902018801>

Ilse Zapletal

Wenn ein Kind mit Behinderung erwachsen, aber nicht „selbsterhaltungsfähig“ wird, schulden ihm seine Eltern weiterhin Unterhalt.² Das bedeutet, ein „selbsterhaltungsunfähiger“ Erwachsener bleibt im „Kindstatus“ von seinen Eltern jedenfalls finanziell abhängig. Die Eltern wiederum sind lebenslang mit der Unterhaltungspflicht belastet.³

Auch heute noch fühlen sich Mütter, deren Kind sich kognitiv beeinträchtigt entwickelt, zumindest im ersten Moment des Erkennens als Versagerinnen, als Schuldige.⁴ *Niedecken* beschreibt die Angst vor Menschen mit Behinderungen damit, dass dieser Personengruppe etwas fehlt, und zwar etwas für uns Essenzielles, da wir damit unser Überleben in der Gesellschaft bestreiten: die körperliche und kognitive Unversehrtheit und volle Leistungsfähigkeit. Das mache sie abhängig – eine für sie bedrohliche, ja, wie unsere historische Vergangenheit zeige, eine lebensbedrohliche Lage. „Der Umwelt (unserer Welt) ohnmächtig ausgeliefert sein: Damit wollen wir nichts zu tun haben. Zu sehr rührt es an unsere unterschwellige Angst zu versagen, unseren ‚Mann‘ nicht stehen zu können, selbst abhängig zu werden, ohnmächtig angewiesen auf die Gnade unserer wenig gnadenvollen Welt; ausgeliefert einem Betrieb, der Menschen einklassifiziert nach ihrer Verwertbarkeit in der Produktionsmaschinerie. Die Abwehr in der Betonung des Anders-Seins gründet also in der Angst, durch das Siebmaß der Normalität durchzufallen; [...] ausgesondert zu werden, nicht dazuzuzählen.“⁵

Die Einteilung nach der „Verwertbarkeit in der Produktionsmaschinerie“ erfolgt auch in unserem Recht. Während dem Bund die Kompetenz für die Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in den allgemeinen Arbeitsmarkt in Gesetzgebung und Voll-

1 *Schwaiger*, Fallen lassen (2006) 63.

2 Selbsterhaltungsfähigkeit liegt nach der Judikatur altersunabhängig dann vor, wenn das Kind die erforderlichen Mittel zur Deckung seines Unterhalts selbst erwirbt oder dazu auf Grund einer zumutbaren Beschäftigung in der Lage ist; vgl. *Limberg* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010) § 231 Rz 62.

3 Der Unterhaltsanspruch beginnt mit der Geburt und endet – wenn keine Selbsterhaltungsfähigkeit vorliegt – mit dem Tod; vgl. *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 231 Rz 4.

4 Vgl. *Niedecken*, Namenlos: Geistig Behinderte verstehen (2003) 19.

5 *Niedecken*, Namenlos 21.

ziehung zukommt, sind die Länder für Menschen mit Behinderungen zuständig, die (noch) nicht oder nicht mehr am offenen Arbeitsmarkt tätig sein können.⁶ Dadurch wird eine Trennlinie zwischen arbeits- und beschäftigungsfähigen Menschen und solchen, die als arbeitsunfähig gelten und für die eine vollständige berufliche sowie gesellschaftliche Integration außer Reichweite bleibt, gezogen. Tageseinrichtungen (in den Landesgesetzen auch als „Werkstätte“, „Beschäftigungstherapie“, „Tagesstruktur“ oder „fähigkeitsorientierte Aktivität“ bezeichnet) stehen Menschen, die nach der Schulpflicht aufgrund ihrer Behinderung aktuell oder dauerhaft nicht in den Arbeitsmarkt integriert werden können, zur Verfügung.

1. Die staatlich produzierte Notlage

In allen Bundesländern ist ein Rechtsanspruch auf die Maßnahme „Tageseinrichtung“ vorgesehen. Allerdings ist damit auch die Vorschreibung eines Kostenbeitrags oder einer Eigenleistung verbunden, in Wien bspw iHv 30 % des Pflegegeldes⁷, in der Steiermark muss der Beitrag⁸ erst entrichtet werden, wenn das monatliche Gesamteinkommen über 800 Euro liegt. Menschen mit Behinderungen müssen also dafür bezahlen, wenn sie in einer Werkstätte tätig sind.

In Wien wird das in der Tagesstruktur konsumierte Mittagessen in Rechnung gestellt und bei Überschreiten einer gewissen Anzahl von Fehltagen eine sogenannte „Platzhaltegebühr“⁹ vorgeschrieben, andernfalls erfolgt die Kündigung. Das „Fehltagkontingent“ beträgt 50 Werktage (davon maximal 30 Urlaubstage) pro Kalenderjahr.¹⁰

1.1. Keine Entlohnung

Die rund 24.000¹¹ in den Tageseinrichtungen tätigen Menschen mit Behinderungen erhalten kein Entgelt, sondern lediglich einen Anerkennungsbeitrag („Taschengeld“). In manchen Ländern ist ein Rechtsanspruch auf dieses Taschengeld¹² normiert (etwa in § 8 Abs 3 Stmk Behindertengesetz). Sie werden von der österr Rechtsordnung nicht als

6 Angelegenheiten von Menschen mit Behinderungen sind als sogenannte „Annexmaterie“ beim jeweiligen Sachgebiet mit zu regeln. Die Zuständigkeit ist daher auf die Länder und den Bund aufgeteilt.

7 § 21 Chancengleichheitsgesetz Wien, LGBl 2010/45 idF LGBl 2018/49.

8 Je Leistungstag sind 1,25 %, höchstens jedoch 25 %, vom Einkommensteil der über einem monatlichen Gesamteinkommen von 800 Euro liegt, als Beitrag zu leisten; vgl § 4 Abs 5 Beitragsverordnung-StBHG, LGBl 2016/53.

9 ZB verlangt eine vom Fonds Soziales Wien anerkannte Betreuungseinrichtung im Jahr 2019 ab dem 51. Tag der Abwesenheit 46 Euro pro Tag.

10 *Fonds Soziales Wien*, Ergänzende spezifische Richtlinie für die Leistung Tagesstruktur (2018), abrufbar unter: fsw.at/downloads/foerderwesen_erkennung/foerderrichtlinien/ergaenzende/spezifisch-ergaenzend/Erg_spez_RL_Tagesstruktur.pdf (13.1.2019).

11 *Hofer*, „1 Jahr Behindertenanwalt Hansjörg Hofer – Eine erste Bilanz“ Presseggespräch vom 2.5.2018 (2018) 1, abrufbar unter: behindertenanwalt.gv.at/fileadmin/user_upload/Presseunterlage_Presseggespraech_2.5.2018.pdf (5.3.2019).

12 Höhe 2019: 97,05 Euro bzw 129,40 Euro.

Arbeitnehmer_innen im arbeitsrechtlichen Sinne angesehen.¹³ Sie verfügen über keine eigenständige sozialversicherungsrechtliche Absicherung aus dieser Tätigkeit (von der gesetzlichen Unfallversicherung abgesehen), sondern werden in Richtung „abgeleitete Leistungen“ (Mitversicherung und Waisenpension) gedrängt. *Reissner* erachtet diese Rechtslage als „sozialpolitisch bedenklich“¹⁴. Auch der Menschenrechtsbeirat der Volksanwaltschaft geht davon aus, „dass die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen in Werkstätten in ihrer derzeitigen rechtlichen und faktischen Gestaltung nicht den Bestimmungen der UN-BRK¹⁵ – insbesondere Artikel 27 ‚Arbeit und Beschäftigung‘ – entspricht“¹⁶. So verwundert es nicht, dass Österreich anlässlich der bevorstehenden Staatenprüfung vom Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen um Informationen über Maßnahmen, die zur Verbesserung von Programmen für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen auf dem offenen Arbeitsmarkt ergriffen wurden, und zur sozialversicherungsrechtlichen Absicherung gebeten wurde.¹⁷

Mit dem geringen Anerkennungsbeitrag können Menschen mit Behinderungen, die in Tageseinrichtungen tätig sind, ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten. Sie geraten in eine Notlage, der sie aus eigener Kraft nicht entkommen können und bleiben ihr Leben lang auf die bedarfsorientierte Mindestsicherung angewiesen¹⁸. Dafür wird von ihnen verlangt, ihre Eltern auf Unterhalt in Anspruch zu nehmen und sich rechtlich als „Kinder“ behandeln¹⁹ zu lassen.

1.2. Kein eigener Krankenversicherungsanspruch

Bezieht ein Mensch mit Behinderung die bedarfsorientierte Mindestsicherung, hat er nur dann einen eigenen Anspruch auf eine Krankenversicherung, wenn er kein_e (zB nach § 123 Abs 4 Z 2 lit a ASVG) anspruchsberechtigte_r Angehörige_r einer nach einer anderen Bestimmung pflichtversicherten Person ist.²⁰

Haben die Eltern und das mitversicherte erwachsene Kind keinen Kontakt, kommt es in der Praxis der Erwachsenenschutzvereine immer wieder vor, dass erst anlässlich einer

13 RIS-Justiz RS0125599.

14 *Reissner*, Die Integration von Menschen mit Behinderungen ins Arbeitsleben – arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen, in *Reissner/Mair* (Hrsg), Menschen mit Behinderungen im Arbeits- und Sozialrecht (2017) 1 (37).

15 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK), BGBl III 2008/155 idF 2018/188.

16 *Menschenrechtsbeirat der Volksanwaltschaft*, Stellungnahme des MRB zu Beschäftigungstherapiewerkstätten – Reformbedarf (2014) 2.

17 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, List of issues prior to submission of the combined second and third periodic reports of Austria, CRPD/C/AUT/QPR/2-3, 12.10.2018.

18 Es sei denn, die Eltern sind verstorben und es besteht ein Anspruch auf eine Waisenpension.

19 *Hofer*, Bilanz 1.

20 § 1 Z 20 Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 28. November 1969 über die Durchführung der Krankenversicherung für die gemäß § 9 ASVG in die Krankenversicherung einbezogenen Personen, BGBl II 1969/420 idF BGBl II 2018/301.

Krankenbehandlung bekannt wird, dass der Versicherungsschutz nicht mehr besteht, beispielsweise weil der vormalig versicherte Elternteil selbst eine Mitversicherung in Anspruch nimmt. Die zB in § 122 Abs 3a ASVG vorgesehene sechswöchige Schutzfrist kann im Fall eines Informationsmangels ihren Zweck, Lücken im Krankenversicherungsschutz zu schließen, die aus einem verzögerten Informationsfluss resultieren, nicht erfüllen. Auch die Vorschreibung von Rezeptgebühren, Spitalskostenbeiträgen, Zuzahlungen für Rehabilitations- und Kuraufhalten, Selbstbehalten bei Heilbehelfen und Hilfsmittel sowie das Serviceentgelt für die e-card für das „Kind“ belasten die ohnehin oft schon beeinträchtigte Eltern-Kind-Beziehung. Während für Mindestsicherungsbezieher_innen, die in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen werden, die gleichen Begünstigungen wie für Ausgleichszulagenbezieher_innen (zB Befreiung von der Rezeptgebühr) gelten, stehen diese mitversicherten „Kindern“ nicht zu. Häufig hätte der versicherte Elternteil Anspruch auf die Rezeptgebührenbefreiung, hat aber den entsprechenden Antrag nicht gestellt. So verbleiben die Kosten trotz der bestehenden Mitversicherung beim Menschen mit Behinderung. Denn ein zivilrechtliches Vorgehen gegen den pflichtversicherten Elternteil scheidet wegen dessen schlechter wirtschaftlicher Situation und der voraussichtlichen Uneinbringlichkeit der Forderung in der Regel aus.

2. Das ungeeignete System

Das System der bedarfsorientierten Mindestsicherung nimmt auf erwerbsunfähige Menschen mit Behinderungen wenig Bedacht. Es ist aus folgenden Gründen auch nicht geeignet, einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz zu gewährleisten: Die Mindestsicherungsgesetze der einzelnen Bundesländer weisen für Menschen mit Behinderungen nicht nur unterschiedliche Regelungen auf, viele Bestimmungen sind darüber hinaus intransparent, komplex und in komplizierter Sprache verfasst. Die OÖ Mindestsicherungsverordnung²¹ kennt derzeit elf verschieden hohe Mindeststandards. Bei zwei dieser Mindeststands (§ 1 Abs 1 Z 2 und Z 4 lit a leg cit) soll gem § 1 Abs 6 leg cit ein zusätzlicher Betrag ausbezahlt werden können. Bei der Formulierung dieses Absatzes, der sich an selbsterhaltungsfähige Menschen mit Behinderungen richtet, wurde auf die Verwendung der sog „leichten Sprache“ verzichtet. Die Berechnung der Höhe der Ausgleichszahlung setzt Sachkenntnis und eine „gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“²² voraus. Im Gegensatz dazu erstellt OÖ im Bereich der Behindertenhilfe seit Anfang 2015 Bescheide in „leichter Sprache“²³. Die Verwendung einer verständlichen Sprache ermöglicht nicht nur eine Teilhabe iSd Art 9, 12 und 13 UN-BRK und

21 LGBl 2011/75 idF LGBl 2019/2.

22 VfSlg 3130/1956, 12420/1990.

23 § 24 Abs 5 Oö Chancengleichheitsgesetz, LGBl 2008/41 idF LGBl 2019/19: „Bescheide sind jedenfalls in einer leicht verständlichen Form bzw. auf Wunsch des Menschen mit Beeinträchtigungen oder dessen Vertretung oder bei entsprechendem Bedarf in einer darüber hinaus besonders leicht lesbaren Form zu verfassen. Die dabei zu verwendenden Standards sind auf der Homepage des Landes Oberösterreich sowie bei jeder Bezirksverwaltungsbehörde zur Einsicht bereitzuhalten.“ Diese Standards sind unter land-oberoesterreich.gv.at/538.htm (4.4.2019) abrufbar.

trägt damit dem Inklusionsgedanken Rechnung. Durch diese Unterstützung kann allenfalls sogar eine Erwachsenenvertretung verhindert werden (vgl § 239 ABGB).

Der Mindeststandard wird zwölfmal, in Wien an Personen, die auf Dauer arbeitsunfähig sind, vierzehnmals ausbezahlt.²⁴

Das durch die Tätigkeit in der Tagesstruktur erworbene Taschengeld und der Grundbetrag der Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag²⁵ (in OÖ und Kärnten) können auf die bedarfsorientierte Mindestsicherung angerechnet werden.²⁶ In NÖ wird das in der Tageseinrichtung konsumierte Mittagessen als Einkommen bzw als Sachbezug mit einem Betrag von 58,86 Euro monatlich²⁷ bewertet und der Mindeststandard entsprechend gekürzt.²⁸

Anspruch auf die bedarfsorientierte Mindestsicherung besteht nur dann, wenn die Ersparnisse nicht höher als (2019) 4.315,20 Euro sind, dh vorhandene Ersparnisse (Erbe, Nachzahlung der erhöhten Familienbeihilfe) müssen verbraucht werden, bevor die Mindestsicherung gewährt wird. In Wien aber auch in anderen Bundesländern wird auch eine Bestattungskostenvorsorgeversicherung als Vermögen gewertet.²⁹ Übersteigt der Rückkaufswert der Versicherung und das Kontoguthaben den Vermögensfreibetrag, wird die Mindestsicherung so lange nicht gewährt bis die Bestattungskostenvorsorgeversicherung (regelmäßig mit Verlust) verwertet wurde. Möchte ein Mensch mit Behinderung im Familiengrab beerdigt werden, kann er dafür nicht selbst Vorsorge treffen, weil er den geringen Vermögensfreibetrag als Rücklage dringend benötigt.

Erwachsene Menschen mit Behinderungen, die selbstständig leben, haben höhere Kosten zur Deckung ihres Lebensunterhalts zu tragen.³⁰ Da dieser erhöhte Bedarf weder bei der Festlegung der Mindeststandards noch bei der Bedarfsermittlung berücksichtigt wird, ist deren finanzielle Lage prekär.³¹

Menschen mit Behinderungen müssen die niedrigeren Richtsätze der Bedarfsgemeinschaft³² gegen sich gelten lassen, wenn sie auf Initiative der betreuenden Einrichtung aus

24 § 8 Abs 4 Wiener Mindestsicherungsgesetz, LGBl 2010/38 idF LGBl 2018/49.

25 Grundbetrag 165,10 Euro, Kinderabsetzbetrag 58,40 Euro; nur der Erhöhungsbetrag von 155,90 Euro verbleibt dem Menschen mit Behinderungen (Werte 2019).

26 Vgl VfGH 26.11.2014, B 1003/2013, B 1528/2013; VwGH 20.5.2015, 2013/10/0181.

27 Das sind drei Zehntel des sog „wertes der vollen freien Station“ iHv 196,20 Euro gem § 1 Abs 1 Sachbezugswerteverordnung BGBl II 2001/416 idgF.

28 VwGH 21.01.2015, Ro 2014/10/0115; VwGH 20.5.2015, 2013/10/0181.

29 VfGH 20.6.2013, B 691/2013.

30 „Der Lebensunterhalt umfasst den regelmäßig wiederkehrenden Aufwand für Nahrung, Bekleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und Strom sowie andere persönliche Bedürfnisse wie die angemessene soziale und kulturelle Teilhabe.“ Eine entsprechende Legaldefinition aus Art 3 der Art 15a-Vereinbarung über die bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 2010/96, außer Kraft seit 31.12.2016, findet sich weiterhin in allen Mindestsicherungsgesetzen. In Tirol ist der Aufwand für Heizung, in der Steiermark der für Heizung und Strom dem Wohnbedarf zugeordnet.

31 Mittermair, Krankheit und Selbstermächtigung schließen einander nicht aus, in *Verband Wiener Wohnungslosen-hilfe* (Hrsg), Situationsbericht (2018) 25.

32 Eine Bedarfsgemeinschaft wird als „gemeinsamer Haushalt“ bzw „Haushaltsgemeinschaft“ (B, K, OÖ, Sbg, Stmk), oder als „Haushalts- oder Wirtschaftsgemeinschaft“ (NÖ) definiert. In den beiden westlichsten Bundesländern (T und V) wird zwar das kumulative Vorliegen einer Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft verlangt und zusätzlich auf eine Beziehung abgestellt, „bei der eine wechselseitige Unterstützung in einem dem familiären Zusammenhalt

einem Wohnheim in eine gemeinsame Wohnung ziehen und in bloßer Wohngemeinschaft zusammen leben. Der geringere Mindeststandard (75 % des Ausgangswertes) wird mit der deutlichen Kostenersparnis gegenüber getrennten Haushalten begründet. In der Jud wird eine solche Ersparnis bereits angenommen, wenn zusätzlich zum – zur ausschließlichen Verwendung angemieteten – Wohnraum (samt Badezimmer und WC) eine Küche und deren „Infrastruktur“ gemeinsam mit den im selben Stockwerk lebenden Personen benützt werden.³³ Nur in Wien bilden auf Dauer arbeitsunfähige Personen eine eigene Bedarfsgemeinschaft.

Ist das selbstbestimmte Wohnen in der eigenen Wohnung mit solchen finanziellen Einbußen verbunden, entsteht ein Widerspruch zur UN-BRK, wonach Menschen mit Behinderungen nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben.³⁴ Die innerstaatliche Durchsetzungsmöglichkeit scheitert daran, dass in allen Bundesländern der Anspruch nur dem Grund nach besteht. Ein Anspruch auf eine ganz bestimmte Leistungsform wird nicht eingeräumt.

3. Das Sozialhilfe-Grundsatzgesetz

Die Regierungsvorlage³⁵ zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz³⁶ (in der Folge: RV SH-GG) stützt sich auf den Kompetenztatbestand „Armenwesen“ nach Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG. Die Zielbestimmung von § 1 RV SH-GG lässt Menschen mit Behinderungen völlig außer Acht: „Anders als bisher in der Mindestsicherung und sogar in Abkehr vom früheren Landes-Sozialhilferecht soll es offenkundig nicht mehr um die Deckung elementarer Bedarfe vor dem Hintergrund der Menschenwürde gehen, sondern soll nur mehr zur Unterstützung der Bezugsberechtigten beigetragen werden.“³⁷ Eine umfassende Berücksichtigung eigener Mittel und von Leistungen Dritter belasten Menschen mit Behinderungen und deren unterhaltspflichtige Angehörige und Lebensgefährten_innen schwer (vgl § 2 Abs 3 und § 7 RV SH-GG). Strenge Regeln zum Einsatz der Arbeitskraft berücksichtigen die Situation von Menschen mit Behinderungen unzureichend. Es sind nicht mehr Mindeststandards, sondern Höchstgrenzen vorgesehen, wobei die Höchstbeträge für den Lebensunterhalt auch noch herabgesetzt werden. Leistungen für den Wohnbedarf müssen in Form von Sachleistungen gewährt werden, sofern dies nicht unwirtschaftlich oder unzumutbar ist. *Wurz* vergleicht den damit einhergehenden Autonomieverlust mit einer Entmündigung.³⁸ Die Leistung wird grundsätzlich nur mehr zwölfmal im Jahr aus-

vergleichbaren Ausmaß angenommen werden kann“. In beiden Ländern gibt es aber einen eigenen Mindeststandard für Personen, die in Wohngemeinschaft wohnen.

33 VwGH 11.8.2017, Ra 2016/10/0092.

34 Art 19 UN-BRK: Selbstbestimmtes Leben und Inklusion in der Gemeinschaft, BGBl III 2008/155 idF 2018/188.

35 Zum Zeitpunkt der Drucklegung im NR mit Abänderung, AA-80 26. GP, beschlossen.

36 Bundesgesetz betreffend Grundsätze für die Sozialhilfe (Sozialhilfe-Grundsatzgesetz), RV 514 BlgNR 26. GP.

37 *Pfeil*, „Sozialhilfe neu“ – viele Verschärfungen, aber wenig Vereinheitlichung, ÖZPR 2019/18, 26.

38 *Wurz*, Mindestsicherung: Wenn das allerletzte soziale Netz mutwillig zerrissen wird, reflektive.at/mindestsicherung-wenn-das-allerletzte-soziale-netz-mutwillig-zerrissen-wird (8.4.2019).

bezahlt. Ein Rechtsanspruch auf eine monatliche zusätzliche Leistung iHv 18 % des Ausgangswerts (2019: 155 Euro) anerkennt den erhöhten Bedarf von Menschen mit Behinderungen. Der Kreis der Anspruchsberechtigten wird allerdings nach § 40 Abs 1 und 2 Bundesbehindertengesetz definiert und erfasst nur Personen mit einem Grad der Behinderung oder einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50 %.

Eine „Deckelung“ der an eine Haushaltsgemeinschaft ausbezahlten Beträge iHv maximal 175 % des Netto-Ausgleichszulagenrichtsatzes (2019: 1.550 Euro) wird eingeführt, wobei die Untergrenze mit bis zu 20 % des Netto-Ausgleichszulagenrichtsatzes pro Person festgelegt wird. Die Geldleistung von Menschen mit Behinderungen kann von dieser anteiligen Kürzung ausgenommen werden, muss aber in die Bemessungsgrundlage für die Deckelung einfließen. Gem § 5 Abs 2 RV SH-GG bilden mehrere in einer Wohneinheit oder Wohngemeinschaft lebende Personen eine Haushaltsgemeinschaft, soweit eine gänzliche oder tw gemeinsame Wirtschaftsführung nicht aufgrund besonderer Umstände ausgeschlossen werden kann. Nach den Erläuterungen³⁹ soll diese Definition die Zulässigkeit besonderer Regelungen für Personen in stationären Einrichtungen oder Menschen mit Behinderungen, die in therapeutischen Wohngemeinschaften leben, ermöglichen.

§ 2 Abs 4 der RV SH-GG sieht vor, dass besondere landesgesetzliche Vorschriften, die aufgrund eines Pflegebedarfs oder einer Behinderung gewährt werden, unberührt bleiben. In den Erläuterungen wird hierzu auf das OÖ Chancengleichheitsgesetz und das Stmk Behindertengesetz und auf einzelne Bestimmungen des Wiener Mindestsicherungsgesetzes verwiesen. Es bleibt nur mehr zu hoffen, dass die Bundesländer in ihren Ausführungsgesetzen Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen und deren Angehörige herstellen.

4. Anrechnung des Pflegegeldes

Pflegegeld steht zusätzlich zur Mindestsicherung zu. Dies gilt allerdings nur für die pflegebedürftige Person. Ist die_der pflegende Angehörige auf die Mindestsicherung angewiesen, weil sie_er keiner oder nur einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen kann, wird das Pflegegeld als Entschädigung für erbrachte Betreuungsleistungen und damit als Einkommen behandelt.

Der Mindestsicherungsanspruch der_des pflegenden Angehörigen wird zB in OÖ um das Pflegegeld gekürzt. Leben die beiden im selben Haushalt, trifft die Kürzung auch die pflegebedürftige Person. In § 9 Abs 1 Z 3 OÖ Mindestsicherungsgesetz ist zwar festgelegt, dass das eigene Pflegegeld nicht zum Einkommen gezählt werden darf, in den Materialien wird aber klargestellt, dass pflegebezogene Geldleistungen bei einer_m pflegenden Angehörigen sehr wohl einzusetzende eigene Mittel darstellen.⁴⁰

³⁹ ErläutRV 514 BlgNR 26. GP 5.

⁴⁰ OÖ Mindestsicherungsgesetz, LGBl 2011/74; vgl dazu insb AB 434 BlgLT 27. GP 38.

Die gepflegte Person kann die notwendige Mehrbetreuung oder deren Kosten – soweit sie durch die pflegebezogene Geldleistung abgegolten sind – von der pflegenden Person nicht mehr unter dem Titel der Unterhaltspflicht fordern.⁴¹

In NÖ führte die mediale Berichterstattung zu einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen: „NÖ: Pflegegeld der behinderten Tochter ist ‚Einkommen‘ – Mutter wurde Mindestsicherung gekürzt. ‚Das ist menschenverachtend.‘“ titelte der Kurier am 22.7.2017.⁴² Pflegegeld eines nahen Angehörigen darf nun nicht mehr bei der Bemessung der Mindestsicherung angerechnet werden, wenn Pflegeleistungen durch die Hilfe suchende Person für diesen Angehörigen in einer Haushalts- oder Wohngemeinschaft erbracht werden.⁴³

Eine ähnliche Regelung, die aber einem größeren Personenkreis zugute kommt und keine Haushalts- oder Wohngemeinschaft erfordert, wurde im Zuge der Novelle des Wiener Mindestsicherungsgesetzes, LGBl 2018/2 eingeführt: Das Pflegegeld gilt gem § 10 Abs 6 Z 3 leg cit bei Pflegenden nicht mehr als Einkommen, sofern die Pflegetätigkeit nicht zu Erwerbszwecken erfolgt. Zuletzt hat Tirol Zuwendungen, welche die_ der Hilfesuchende für die Pflege einer_s nahen Angehörigen zu Hause von dieser_m aus deren_ dessen Pflegegeld erhält, bei der Berechnung des Einkommens ausgenommen (§ 15 Abs 2 lit g Tiroler Mindestsicherungsgesetz, LGBl 2018/18).

Auch wenn diese Entwicklung erfreulich ist, wurde sie (noch) nicht von allen Bundesländern vollzogen und wird auch nicht vom Sozialhilfe-Grundsatzgesetz aufgegriffen. Es bleibt daher der Landesgesetzgebung überlassen, ob sie pflegende Angehörige österreichweit entlastet.

5. Anrechnung des Unterhalts (als Einkommen oder im Wege des Kostenersatzes)

Anlässlich der Einführung der bedarfsorientierten Mindestsicherung wurde für Eltern eine Ausnahme von der Ersatzpflicht gegenüber dem Träger der Mindestsicherung geschaffen, wenn ihr Kind nach Erreichung der Volljährigkeit Leistungen bezogen hat.⁴⁴ Diese Ausnahme blieb aber wirkungslos, weil der Unterhalt als „eigene Mittel“⁴⁵ berücksichtigt werden musste. So verschob sich – wie es die *Armutskonferenz* formulierte – nur der Zeitpunkt „WANN vorrangige Unterhaltspflichten vom Sozialamt eingemahnt werden: Lag der Zeitpunkt unter der Sozialhilfe in der Praxis NACH dem Leistungserhalt (Stichwort: Regress, also Ersatz für bereits erhaltene Leistungen), erfolgte die Aufforde-

41 VwGH 30.9.2015, Ra 2015/10/0090.

42 Kurier.at/chronik/niederoesterreich/das-ist-menschenverachtend/276.501.211; kurier.at/chronik/niederoesterreich/mutter-pflegt-tochter-mindestsicherung-pflegegeld-bleibt-fuer-mutter-gehalt/276.890.248 (beide: 13.1.2019).

43 § 2 Abs 1 Z 14 Verordnung über die Berücksichtigung von Eigenmitteln, LGBl 2017/75.

44 Art 15 Abs 3 Z 2 Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 2010/96, außer Kraft seit 31.12.2016.

45 Art 13 Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung, BGBl I 2010/96, außer Kraft seit 31.12.2016.

rung zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen – notfalls durch Unterhaltsklage – nun VOR der Leistungsgewährung (Stichwort: Einforderung vorrangiger Leistungen Dritter).⁴⁶

Die Frage, inwieweit überhaupt ein zivilrechtlicher Unterhaltsanspruch besteht, wenn der Unterhalt der berechtigten Person bereits auf Grund gesetzlicher Ansprüche, zB auf Mindestsicherung, gesichert ist, wird in der Jud unter dem Aspekt der Vermeidung einer „Doppelversorgung“ beantwortet: „Nur wenn das jeweilige Sozialhilfegesetz keine den Sozialhilfeempfänger betreffende Rückzahlungsverpflichtung oder keine (aufgeschobene) Legalzession des Unterhaltsanspruchs vorsieht, also die einmal gewährte Sozialhilfe nicht (mehr) zurückgefordert werden kann, ist sie als anrechenbares Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten anzusehen. [...] In den übrigen Fällen bleibt der volle Unterhaltsanspruch bestehen (1 Ob 29/16w).“⁴⁷ Es gilt, dass die Ersatzpflicht in keinem Fall höher sein darf als die zivilrechtliche Unterhaltspflicht.⁴⁸

5.1. Rechtsverfolgungspflicht

In der Rsp wird vom Bestehen einer Pflicht des Hilfesuchenden ausgegangen, einen (Unterhalts-)Anspruch – notfalls zwangsweise – durchzusetzen, wenn dies nicht aussichtslos oder unzumutbar wäre (VwGH 26.4.1988, 88/11/0001). Dies ist bspw dann der Fall, wenn der Unterhaltsschuldner nicht zahlungsfähig oder nicht greifbar ist oder wenn die Rechtsverfolgung die Gefahr häuslicher Gewalt bedeuten würde oder gar bereits ein Betretungsverbot nach § 38a SPG verhängt worden ist.⁴⁹

Da die Anrechnung eines Unterhaltsanspruches auf die auszahlende Mindestsicherungsleistung voraussetzt, dass die Unterhaltsforderung liquide oder doch rasch liquidiert ist, muss die Mindestsicherungsleistung bis zur tatsächlichen Durchsetzung des Anspruches als Vorausleistung gewährt werden. Entscheidend ist, ob der Hilfesuchende die erforderliche Leistung auf Grund seines Anspruches so rechtzeitig erhalten kann, dass er in seinem Bedarf nicht gefährdet wird.⁵⁰

6. Berücksichtigung des Einkommens Dritter

Bei der Leistungsbemessung wird auch jener Teil des Einkommens der im gemeinsamen Haushalt lebenden unterhaltspflichtigen Angehörigen bzw Lebensgefährt_innen berücksichtigt, der den für sie vorgesehenen Mindeststandard (Einkommensfreibetrag) über-

46 *Armutskonferenz*, 2. BMS-Zitrone an das Burgenland, Niederösterreich, Oberösterreich und Tirol (2014) 4, abrufbar unter: armutskonferenz.at/files/2014-08_bms-zitrone02_unterhaltsklagen.pdf (13.1.2019).

47 OGH 21.2.2017, 4 Ob 7/17h.

48 VfGH 26.9.2013, G93/2012 ua, V60/2012 ua; VfGH 14.3.2013 G105/12, V73/12 ua.

49 Vgl ErläutRV 677 BlgNR 24. GP 22.

50 Vgl VwGH 28.6.2016, Ro 214/10/0037 zu § 17 Abs 2 Tiroler Mindestsicherungsgesetz 2010.

steigt. Nur fünf Bundesländer (B, OÖ, T, V und W) haben Ausnahmen für unterhaltspflichtige Eltern geschaffen.

In NÖ ist eine Wohnbeihilfe oder ein Wohnzuschuss auf den Mindeststandard zur Deckung des Wohnbedarfs – unabhängig vom konkreten Wohnungsaufwand – anzurechnen.⁵¹ Beträgt die Miete zB 680 Euro und wird ein Wohnzuschuss von 340 Euro gewährt, besteht kein Anspruch auf eine Geldleistung zur Deckung des Wohnbedarfs, weil der Wohnzuschuss den Mindeststandard zur Deckung des Wohnbedarfes⁵² übersteigt. Diese Bestimmung ist auch bei der Berechnung des Einkommensfreibetrags der unterhaltspflichtigen Person bzw Lebensgefährt_in iSd § 8 Abs 2 NÖ Mindestsicherungsgesetz anzuwenden. Vom konkreten Einkommen zu leistende Zahlungen sind unbeachtlich. Die Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Wohnkosten kommt nur bei Vorliegen der in § 8 Abs 3 NÖ Mindestsicherungsgesetz normierten Voraussetzungen in Betracht; also im Falle der Glaubhaftmachung, dass die Hilfe suchende Person zustehende Leistungen nicht oder nur in geringerem Ausmaß erhält, und bei Ausscheiden einer Rechtsverfolgungspflicht gem § 8 Abs 5 NÖ Mindestsicherungsgesetz.⁵³

Zusammenfassend muss ein erwachsener Mensch mit Behinderung, der mit seinen Eltern im gemeinsamen Haushalt lebt und als „selbsterhaltungsunfähig“ gilt, einerseits den niedrigeren Mindeststandard gegen sich gelten lassen. Andererseits wird sein Anspruch auf bedarfsorientierte Mindestsicherung um den (Natural-)Unterhalt gekürzt. Damit ist aber noch nicht genug: Außerdem wird jener Teil der Einkünfte der Eltern angerechnet, der die für diese vorgesehenen Mindeststandards übersteigt. Schlimmstenfalls wird das Pflegegeld als Entgelt für die Pflēgetätigkeit gewertet und erhöht den anrechenbaren Einkommensteil. Das Sozialhilfe-Grundsatzgesetz behält dieses Regelwerk bei, ermöglicht der Landesgesetzgebung nur günstigere Ausführungsbestimmungen. Ob die Bundesländer davon Gebrauch machen, wird sich weisen.

7. If tomorrow never comes

Die Forderung nach Inklusion, also nach Rahmenbedingungen, die allen Menschen eine gleichberechtigte Teilhabe ermöglichen, kann nur in einer solidarischen Gesellschaft erfüllt werden. Dazu gehören

51 § 11 Abs 3 zweiter Satz NÖ Mindestsicherungsgesetz, LGBl 2016/24; Den Materialien ist zu entnehmen, dass die Gesetzesänderung in Reaktion auf die Entscheidung des VwGH 11.08.2015, Ra 2015/10/0030, erfolgte, die zu Ungleichheiten zwischen BMS-Bezieher_innen mit und ohne Wohnzuschuss führen würden. Es solle klar gestellt werden, dass der Wohnzuschuss unabhängig vom konkreten Wohnungsaufwand abgezogen werde.

52 Gem § 1 Abs 2 Z 1 und 2 NÖ Mindeststandardverordnung, LGBl 2019/3, betragen 2019 die Mindeststandards zur Deckung des Wohnbedarfes für Alleinstehende oder Alleinerziehende 221,31 Euro, für volljährige Personen, die mit anderen volljährigen Personen im gemeinsamen Haushalt leben, 166,02 Euro. Für Personen, die eine Eigentumswohnung oder ein Eigenheim bewohnen, verringern sich gem § 1 Abs 3 NÖ leg cit die jeweiligen Mindeststandards an monatlichen Geldleistungen zur Deckung des Wohnbedarfes nach Abs 2 um 50 %.

53 VwGH 4.7.2018, Ra 2017/10/0215, 0216.

- die Sicherung eines angemessenen Lebensstandards sowie des Assistenz- und Wohnbedarfs von Menschen mit Behinderungen außerhalb der jetzigen Sozialhilfe-/Mindestsicherungslogik, ebenso wie
- die Normierung eines eigenen Krankenversicherungsanspruchs (bzw die Streichung der entsprechenden Wortfolge in § 1 Z 20 Verordnung über Krankenversicherung für Personen gemäß § 9 ASVG),
- die kollektivvertragliche Entlohnung der Tätigkeit in Tageseinrichtungen,
- und eine damit verbundene kranken- und pensionsversicherungsrechtliche Absicherung.⁵⁴

Außerdem stellt sich die Frage, warum nicht auch Eltern von volljährigen Kindern mit Behinderungen aus der Unterhaltspflicht entlassen werden sollten. Solidarität könnte so zumindest im Ansatz hergestellt und den Eltern eine überproportionale finanzielle Belastung⁵⁵ abgenommen werden.

Mag sein, wir können uns in der Zukunft der Angst, die Menschen mit Behinderungen bei uns auslösen, stellen.

Mag sein, wir können dann das „vergessene Menschliche“⁵⁶ in uns erinnern.

Mag sein, wir können in der Zukunft damit aufhören, das Anders-Sein zu betonen.

Freilich, das geplante Sozialhilfe-Grundsatzgesetz führt uns – nicht nur dem Namen nach – zurück in die Vergangenheit.

Mag.^a Ilse Zapletal arbeitet als Juristin bei VertretungsNetz Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung und lebt in Wien; ilse.zapletal@vertretungsnetz.at

⁵⁴ Vgl. *Menschenrechtsbeirat der Volksanwaltschaft*, Reformbedarf 2.

⁵⁵ OGH 27.9.2016, 8 Ob 6/16i.

⁵⁶ *Niedecken*, Namenlos 22.

Collecting Data at EU Smart Borders: Data Protection Challenges of the New Entry/Exit System

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902019901>

Antoni Napieralski¹

1. Introduction

The Entry/Exit System (EES) Regulation² was adopted in November 2017. The system is not yet functioning, but operation will start upon the Commission's decision, once the technical and legal requirements, as outlined in Art 66 EES Regulation, will be met. The EES will serve as a database for storing personal data of third-country nationals (TCN) crossing EU's external borders.

The purpose of this article is to introduce the EES to a broader audience, and subsequently provide an analysis of its impact on fundamental rights. This article will give particular attention to the right to respect for a private and family life, home and communications and the right to protection of personal data.³ Provisions of the EES Regulation will be analysed in light of the Charter of Fundamental Rights of the EU (Charter) and respective case law of the Court of Justice of the EU (CJEU, Court). One must consider that as according to the wording of the Charter, the right to respect for private life and the right to protection of personal data are not exclusive to EU citizens, but rather they apply to anyone within the scope of EU law. This includes TCNs subject to the power of the EU by virtue of the EES Regulation.

The article is divided into 6 sections. Section 2 provides with a brief overview of the whole Smart Borders landscape. Section 3 describes in detail the Entry/Exit System itself. Section 4 demonstrates the data protection framework of the Entry/Exit System. In Section 5 an analysis of relevant CJEU's jurisprudence follows. Section 6 ties together arguments developed throughout the article and formulates conclusions.

1 I am grateful to *Prof. Nikolaus Forgó* and *Emily Johnson, LL.M.* for their insightful comments. All errors are my responsibility.

2 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20.

3 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C326/391, arts 7-8.

2. Smart Borders landscape

The EES is an element of the so-called ‘Smart Borders’ concept in the EU. European Smart Borders consist of a number of large-scale IT databases in the Area of Freedom, Security and Justice: SIS II, VIS, Eurodac, ECRIS-TCN, ETIAS and EES itself. The first of the three databases is already operational, whereas the latter three are currently at various stages of development. All of them are planned to become interoperable in the near future,⁴ which means that it will be possible (for border and law enforcement authorities) to cross-check personal data retained in all of these databases in real-time. Operations of these systems are (or will be) managed by the European Agency for the Operational Management of large-scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-LISA). On the top of that, one should not forget about the databases of INTERPOL and EUROPOL which will also be connected to the EU Smart Borders environment. Hence, it is crucial to consider the EES not as a single system, but rather as part of a large-scale interconnected system.

Additionally, it is necessary to understand how many people’s data will be affected while crossing the EU Smart Borders. According to the Commission: ‘[t]he total number of regular border crossings in 2025 is forecast to rise to 887 million, of which around one-third are expected to be done by third country nationals traveling to Schengen countries for a short-term visit’.⁵ About 295 million people will therefore be directly affected by the EES Regulation in 2025.

3. Description of the EES

To begin with, it is crucial to mention that EES is not an authorisation system. It does not grant either entry or refusal of entry decisions. The main objectives of the EES are listed in Art 6 EES Regulation. They are divided into two groups: objectives to be achieved by (i) storing data in the EES and (ii) granting access to these data to national law enforcement agencies (LEAs). The first objectives are focused around improving border management – enhancing and speeding up border checks, calculating the duration of authorised stay in the EU or discovering the so-called *over-stayers*. One of the central elements of the EES is the Automated Calculator⁶ which will replace passport stamps which currently carry the date of entry/exit at the EU external borders. This technical improvement intends to speed up border checks as there will be no need for a border guard to handle and examine each passport. However, the EES will be only

4 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (police and judicial cooperation, asylum and migration) COM/2017/0794 final – 2017/0352 (currently awaiting Parliament 1st reading).

5 Explanatory Memorandum of the Proposal for the EES Regulation COM/2016/0194 final – 2016/0106 (COD).

6 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 1(1)(b) and art 11.

able to provide an alert on over-staying person's files, but not locate them. Without help from the local LEAs the first chance to locate an over-stayer would be at the border itself when the individual decides to leave the EU – which would be discovered also without the EES – just with the help of traditional passport stamps.

But in terms of EES' objectives, there are further points to consider than just an automated calculator. EES will also be a data retention infrastructure which will store personal data of all TCNs coming to and leaving Europe each year. Furthermore, EES will provide statistical data for authorisation systems such as ETIAS⁷, which will then profile travellers in order to deny entry to those who will be classified as high risk travellers.

The EES will cover almost⁸ every TCN crossing the EU external border. Both visa-holders and visa-exempt travellers will have their personal data retained in the EES database. The scope of required data is very similar in both these groups: family name, given names, date of birth, nationality or nationalities, sex, type and number of the travel document(s) and a three-letter code of the issuing country, date of expiry of the validity of the travel document(s) and facial image.⁹ The only practical difference is that only visa-exempt TCN will have their fingerprints collected at the border. The reason for this distinction is that fingerprints of visa-holders will be accessible via the VIS database, which interoperability with EES is secured according to Art 8 EES Regulation.

Additionally, in every individual file created, data regarding date, time and location of border crossing will be stored.

4. Data protection framework

The most vital secondary legislation of the EU concerning data protection, especially in relation to the Smart Borders environment consists of three elements: The General Data Protection Regulation¹⁰, the Law Enforcement Directive¹¹ and the 2018/1725 Regulation.¹²

7 Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226 [2018] OJ 2 236/1.

8 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 2(3).

9 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, arts 16-17.

10 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation – GDPR) [2016] OJ L119/1.

11 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA (Law Enforcement Directive) [2016] OJ L119/89.

12 Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC [2018] OJ L295/39.

According to Art 49 EES Regulation when read in conjunction with its Recitals 36, 37 and 38, the GDPR or the Law Enforcement Directive (LED) or the 2018/1725 Regulation are applicable to the processing of personal data unless more specific rules are laid down in the EES Regulation. To clarify the relationship between these four legal acts, respective provisions of GDPR, LED and 2018/1725 Regulation need to be scrutinised as well.

The GDPR does not apply to activities of the EU institutions or activities of the MS for the purpose of fight against crime.¹³ The LED applies to activities carried out by national authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security.¹⁴ Whereas the 2018/1725 Regulation applies to EU institutions when processing EES data.

According to Recital 36 EES Regulation, in case of a contradiction, the GDPR does not exceed the contradictory provisions of the EES Regulation. The GDPR shall thus only be applicable as far as it is compliant with the EES Regulation. This conclusion suggests a relationship in which EES Regulation is *lex specialis* in regards to the GDPR. It raises an additional question which, due to the space constraints of this text cannot be further developed, namely whether or not is it lawful to circumvent requirements for limitation of data subject's rights (Art 23 GDPR), by enacting a *lex specialis* that completely disregards some data subject's rights.

Second of all, the EES Regulation is *lex specialis* to the LED insofar as the processing is carried out by the MS for the purpose of fight against crime, for the EES Regulation regulates a narrow scope of activities carried out by the law enforcement community for the purpose of fight against crime.¹⁵ Third of all, the EES Regulation is *lex specialis* in relation to the 2018/1725 Regulation insofar as the data processing is carried out by EU institutions.¹⁶

5. EES in light of CJEU's case law

Although at a first glance there seems to be a resemblance between the matters regulated in the EES Regulation and the judgments of CJEU on data retention in electronic

13 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119/1, art 2(2)(d).

14 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA (Law Enforcement Directive) [2016] OJ L119/89, art 2(1) and art 1(1).

15 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 49(3) and recital 37.

16 Ibid; regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 49(1) and recital.

communications (*Digital Rights Ireland* and *Tele2*)¹⁷, one must note that it is not clear whether standards developed by the Court in these cases are directly applicable to the EES. One of the major differences that would prevent direct application is that the EES is not applicable to the storage of electronic communications data but it is instead aimed at registering TCN who cross EU external borders. The EES does not aim at providing public authorities with access to everyone's (in the EU) every-day electronic communications, which directly reflects people's behaviour on a daily basis, but instead collects and stores personal data of travellers willing to enter the EU. Thus, the difference is the following: the EES will store personal data in regards to a much narrower part of people's lives than it was the case with the E-Privacy Directive and the Data Retention Directive.¹⁸ The intrusiveness of measures introduced by the EES Regulation is of a more limited nature than of measures assessed by CJEU in *Digital Rights Ireland* and *Tele2*. Yet, on the other hand it is arguable that there is one major resemblance between the EES and the data retention schemes in electronic communications – not in terms of their scope, but rather in terms of a mechanism they both share: providing the law enforcement community with access to personal data collected originally for a different purpose. As interpreted from the wording of Art 1 EES Regulation, in the EES personal data will be collected for the purpose of facilitating border management, whereas law enforcement authorities will get *ex post* access to it. The EES Regulation does not mention that the personal data will be *collected* for the law enforcement purposes at any point. Hence, it is clear that in regards to the mere mechanism of *ex post* access to personal data by the law enforcement authorities, the EES is much alike the data retention schemes assessed by the CJEU in *Digital Rights Ireland* and *Tele2*. In consequence, it is justified to apply minimum standards already developed by the Court, to the procedures of law enforcement's access to data, as introduced by the EES Regulation.

Regarding the first and major purpose of the EES Regulation, ie border management, one needs to consider which other data infrastructure carries a closer resemblance to the EES than the data retention schemes in the field of electronic communications. Court's *Opinion 1/15* on the PNR (Passenger Name Record) Agreement between EU and Canada¹⁹ provides with a number of interpretations which are directly applicable to the EES for the following reason. *Opinion 1/15* is focused on an element of border management policies, ie establishing an infrastructure for exchange of PNR data between EU and

17 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175; Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016].

18 Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [2002] OJ L201/37; Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC [2006] OJ L105/54.

19 Opinion 1/15 of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592.

Canada. The PNR system was planned to function in the same way as the EES, ie recording personal data of everyone willing to cross the border and giving access to these data to the law enforcement community.

Interestingly, the Commission is of the opinion that standards developed in the *Digital Rights Ireland* judgement are directly applicable in the context of the EES. As outlined in the Explanatory Memorandum to the Proposal for the EES Regulation: '[t]he Court judgment on the Data Retention Directive provided legal clarity on the conditions and safeguards that need to be respected for the storage and use of EES data'.²⁰ A similar opinion was expressed by the European Data Protection Supervisor.²¹ Nevertheless, it needs to be mentioned that at the time both Commission and EDPS expressed their views (2016), the *Opinion 1/15* has not yet been delivered (2017).

The CJEU seems to see *Digital Rights Ireland*, *Tele2* and *Opinion 1/15* as a continuous line of its own case law that forms a set of principles regarding data retention in the EU; in the *Opinion 1/15* the CJEU extensively and directly referred to *Digital Rights Ireland*, *Tele2* throughout the whole document for the purpose of applying inter alia the *per analogiam* reasoning.²²

With regard to all of the above, as to the minimum standards applicable to the EES Regulation, the following conclusions can be drawn: Firstly, the case law triad consisting of *Digital Rights Ireland*, *Tele2* and *Opinion 1/15* is to be seen as a central set of requirements regarding retaining personal data in the EU. However, considering that the nature of the EES is much closer to the nature of PNR schemes rather than to schemes aimed at retaining electronic communications data, in case of inconsistencies within the triad, priority has to be given to the *Opinion 1/15*.

5.1. Interference with Arts 7-8 of the Charter

As stated by the Court, '[t]he retention of data for the purpose of possible access to them by the competent national authorities' falls under both Art 7 and Art 8 of the Charter.²³ The mere act of retaining personal data and providing law enforcement agencies with access to it constitutes an infringement of Arts 7-8 of the Charter.²⁴ The retained data does not have to be sensitive, nor does the person concerned have to be inconvenienced in any way, for an infringement with the Charter to take place.²⁵ It is clear however, that

20 Explanatory Memorandum of the Proposal for the EES Regulation COM/2016/0194 final – 2016/0106 (COD).

21 European Data Protection Supervisor, *EDPS Opinion on the Second EU Smart Borders Package* (Opinion 06/2016), 9, 10.

22 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, paras 123, 124, 126, 140, 141, 149, 191, 192, 201, 202, 205, 207, 210, 220.

23 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 29.

24 *Ibid*; *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, paras 123-124.

25 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 124; Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 33; Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Österreichischer Rundfunk and Others* [2003], para 75.

the EU is allowed to lawfully limit rights granted in the Charter in accordance with Art 52(1). Yet, for a limitation to be lawful a number of requirements have to be met. These requirements were defined and clarified by the CJEU, as interpreted from Art 52(1) of the Charter.

5.2. Objectives of general interest

One must first consider whether or not the EES Regulation fulfils the requirement of meeting objectives of general interest recognised by the EU. The objectives of the EES are defined in Art 6 and Recital 15 of the EES Regulation. They are divided into two groups: (i) improving the management of external borders, including preventing irregular immigration and facilitating management flows, and (ii) contributing to the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences.²⁶ It is therefore clear, that in case of EES one can consider the notion of a double purpose – in the first step data will be collected in order to improve quality and efficiency of border management, and then shared with the public authorities for the purpose of fight against terrorism or serious crime.

The CJEU's opinion on admissibility of the objective of fight against terrorism or serious crime as an objective of general interest of the EU is clear – it is indeed an objective of general interest of the EU and therefore justifies 'even serious interferences with the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter'.²⁷ The Court's interpretation is based *inter alia* on the right to liberty and security as enshrined in Art 6 of the Charter.²⁸

Regarding the objective of border management, the Court has not yet had an opportunity to assess whether it constitutes an objective of general interest recognised by the EU. Yet, considering the growing social pressure in the context of immigration, followed by political pressure in this area, it is unlikely that the CJEU would not recognise this objective as an objective of general interest of the EU.²⁹

Furthermore, the issue of proportionality between the objective pursued and the restrictive measures introduced needs to be considered. It is analysed in the next section.

26 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 6 and recital 15.

27 Opinion 1/15 of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 149; Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 42, and the case-law cited; Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 115.

28 Opinion 1/15 of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 149; for a different interpretation of art 6 Charter (as mere *habeas corpus*) see: Bernsdorff, 'Artikel 6' in Meyer (ed), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2014), Side note 12; Jarass, 'Artikel 6' in Jarass (ed), *Charta der Grundrechte der EU* (2016), Side note 2; Augsberg 'Artikel 6' in von der Groeben/Schwarze/Hatje (eds) *Europäisches Unionsrecht* (2015), Side notes 1, 6.

29 See European Data Protection Supervisor, *EDPS Opinion on the Second EU Smart Borders Package* (Opinion 06/2016), 9.

5.3. Proportionality and discrimination

In *Digital Rights Ireland*, the CJEU acknowledged the importance of the principle of proportionality in the EU law-making process, and reiterated that legislative measures cannot be more intrusive than is appropriate and necessary in order to achieve a specific lawful purpose.³⁰

It remains unclear as to the standing of the CJEU towards merging two objectives of general interest within one data retention scheme. The Court expressed a clear opinion, that proportionality of each interference with rights enshrined in the Charter is to be measured against the objective pursued.³¹ Since the EES does not introduce different procedures for processing personal data for each objective, only if border management and fight against serious crime would be recognised as objectives of equal importance, would the requirement of proportionality be met. Should they be recognised as objectives of unequal importance, then applying measures of equal intrusiveness to both objectives would mean that in regards to one of them the EES Regulation would not be proportional. Concerns regarding the dual purpose of the EES were also expressed by the European Data Protection Supervisor.³²

The CJEU stated that in the case of the fight against serious crime, data retention is appropriate.³³ However, the Court made it clear that not every data retention scheme is lawful – additional requirements have to be observed to secure scheme's lawfulness. The scope of application of a legislative measure that introduces data retention, and therefore limits fundamental rights, has to be defined by clear and precise rules; additionally minimum safeguards have to be imposed, so that the personal data retained would be protected against the risk of abuse and against any unlawful access and usage.³⁴ Drawing from these considerations the Court decided that massive, indiscriminate retention of data is unlawful.³⁵

In *Digital Rights Ireland* the Court criticised the Data Retention Directive for targeting everyone rather than those persons who had at least an indirect or remote link with a specific threat to public security.³⁶ The same argument was made in *Tele2*.³⁷ It brings us to the conclusion that in these judgements the Court prohibited massive data retention that affects everyone. Data retention should be limited to specific groups of people whose relationship with a threat could be at least remotely proven. The Court also introduced

30 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 46.

31 Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 115.

32 European Data Protection Supervisor, *EDPS Opinion on the Second EU Smart Borders Package* (Opinion 06/2016), 9, 19.

33 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 49.

34 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 54; Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 109.

35 Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], Ruling nb 1.

36 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 58.

37 Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 111.

additional criteria that, next to the requirement of an objective link, could justify retention of data of particular groups of people:

‘[...] in particular, [...] retention in relation (i) to data pertaining to a particular time period and/or a particular *geographical zone* and/or to a circle of particular persons likely to be involved, in one way or another, in a serious crime, or (ii) to persons who could, for other reasons, contribute, by the retention of their data, to the prevention, detection or prosecution of serious offences’.³⁸

In *Tele2* the Court was more direct:

‘Such limits may be set by using a *geographical criterion* where the competent national authorities consider, on the basis of objective evidence, that there exists, in one or more geographical areas, a high risk of preparation for or commission of such offences.’³⁹

Supposedly it would allow the retention of data of people whose only common denominator would be their residence in a given geographical zone. Although not stated directly in the judgement, this opens the possibility of discriminatory approach in data retention. For the sake of the right to data protection, the Court allowed the selection of a high-risk group of people based on, eg their geographical location. Even though the CJEU requires objective evidence pointing to a specific threat, it is a depersonalised requirement – the link does not necessarily need to exist between a specific individual and a given threat. It is enough to provide with objective evidence for a link between people living in a specific area and a high risk of threat, in order to fulfil this requirement.

On the other hand, as expressed by the Advocate General⁴⁰ and later confirmed by the Court in its *Opinion 1/15*,⁴¹ it was acceptable (in the context of the EU-Canada PNR Agreement) to retain data of all passengers, regardless of their link to a specific threat, for the length of their stay in Canada. Drawing from *Cole/Quintel*, this approach prevents unlawful discrimination based on eg geographic areas of origin.⁴² The Court’s argument in this regard was as follows:

‘[T]he exclusion of certain categories of persons, or of certain areas of origin, would be liable to prevent the achievement of the objective [...], namely identifying, through verification of that data, persons liable to present a risk to public security from amongst all air passengers, and make it possible for that verification to be circumvented’.⁴³

38 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 59 (emphasis added).

39 Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 111 (emphasis added).

40 Opinion of Advocate General Mengozzi, *Opinion 1/15* on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2016:656, para 245.

41 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 197.

42 *Cole/Quintel*, ‘Data Retention under the Proposal for an EU Entry/Exit System (EES)’ (2017), 23.

43 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 187.

However, once the passengers would have departed from Canada, continued storage of personal data concerning all of them, regardless of their links to specific threats, would have been unlawful.⁴⁴ The Court here made a substantial distinction with profound implications on the scope of protection of rights enshrined in Arts 7-8 of the Charter. Even though the CJEU accepted for public security reasons data retention of all travellers, as long as they remain in their country of destination, once they depart the Court's requirement of a link between a person and a threat becomes fully applicable.

Regarding the EES this distinction suggests that even though there are arguments supporting the lawfulness of massive indiscriminate retention of data of all TCN prior to their arrival and during their stay, one cannot justify a three year long period of indiscriminate data retention which begins from the date of departure from the EU border.⁴⁵ According to Court's arguments in *Opinion 1/15*, personal data of TCN without any link to a specific threat should be deleted after their departure from the EU.

Therefore, drawing from Court's arguments in *Digital Rights Ireland* and *Tele2* on one side, and in *Opinion 1/15* on the other, it is obvious that the CJEU has taken two approaches when balancing the right to data protection and the principle of equality before the law. In the first two cases the Court suggested that in order to prevent indiscriminate data retention and therefore unnecessary infringements of the right to data protection, particular groups of people associated with specific threats should be targeted. In the *Opinion 1/15* however, the Court stated that in order to prevent discrimination, data retention should cover all travellers between EU and Canada.⁴⁶ It remains unclear as to which direction the Court will follow in the future. As for now and the assessment of the EES one should apply standards developed in the *Opinion 1/15*, rather than the ones from *Digital Rights Ireland* and *Tele2*.

5.4. Oversight of access

Regarding the procedural safeguard the Court has clearly stated that access of competent national authorities to the retained data has to be made dependent on a prior review carried out by a court or by an independent administrative body.⁴⁷ Only in this way is it possible to assess whether each and every request for access is strictly necessary.

According to Art 29(3) and Art 31(1) EES Regulation, lawfulness of requests for access are to be verified by the 'central access point'; however it shall be independent, it can

44 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 205.

45 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 34.

46 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 232.

47 *Opinion 1/15* of the Court on the Draft Agreement between Canada and the European Union (Passenger Name Records) [2017] ECLI:EU:C:2017:592, para 208; Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 62; Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 120.

also be placed within the structures of the ‘designated authority’ – a law enforcement agency.⁴⁸ Hence, it is questionable to what extent it would truly be independent. It is therefore justifiable to assess the lack of independent oversight in regards to access to retained data as an unlawful limitation of rights enshrined in Arts 7-8 of the Charter.⁴⁹

6. Conclusions

The EES will be one of the biggest databases containing personal data in the EU. It therefore deserves special attention as to whether it protects stored data appropriately and in accordance with the law. As for now, a number of flaws of the EES in the realm of data protection can be identified. Firstly, the dual purpose (border management and fight against crime) of the EES followed by a unified logical and technical structure of the system raises doubts. According to the principle of proportionality, only if both purposes would be acknowledged as equally important would it be justified in light of CJEU’s case law. Secondly, as follows from Court’s case law, access to retained data for law enforcement purposes must be overseen by either a court or an independent authority. In case of the EES, this requirement is not fulfilled. Lastly, introduction of the EES provokes an interesting and potentially fruitful debate, as to how the principles of data protection and equality before the law should be balanced. In particular, it becomes clear that data protection, although an instrument to protect fundamental rights, can become a threat to the fundamental principles of non-discrimination and equality in the very moment in which one argues that principles of data protection (such as data minimisation) require ex-ante distinctions in the processing of personal data caused by abstract and/or general criteria such as ethnic background, nationality, religious beliefs etc. The more these distinctions are made by use of automated means the more issues of non-discrimination by algorithms become important. Current jurisprudence of the CJEU suggests that in terms of data retention within the EU, priority would be given to data protection, whereas in regards to travellers crossing EU external borders, the principle of equality would prevail.

Antoni Napieralski works at the Department of Innovation and Digitalisation in Law, University of Vienna; antoni.napieralski@univie.ac.at

48 Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30 November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) (EES Regulation) [2017] OJ L327/20, art 3(26).

49 Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* [2014] OJ C 175, para 62; Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Watson* [2016], para 120.

Bridging the Divide?

Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902021001>

Neil Crowther and Colm O’Cinneide

1. Introduction

National equality bodies (NEBs) and national human rights institutions (NHRIs) play important roles in promoting respect for human dignity and fundamental rights in many European states. Both types of body engage in similar activities, perform similar functions, have similar legal powers and seek to achieve similar objectives. However, in the majority of member states of the EU, NEBs and NHRIs are separate institutions which perform different functions. As of 2019, of the EU’s 41 national equality bodies and 27 accredited national human rights institutions, only 14 institutions fell into both categories, ie could be classified as being both a NEB and a NHRI: furthermore, of those 14 institutions, only 7 could be regarded as ‘full’ NHRIs.¹

This reflects the existence of a broader conceptual divide between ‘equality’ and ‘human rights’ in legal, political and regulatory discourses across Europe.² Even though equality is a fundamental human right, it is common for non-discrimination and equal treatment issues to be separated out from the broader human rights agenda and treated as a dis-

1 These are the Croatian and Latvian Ombudsman institutions, the Danish Institute for Human Rights, the British Equality and Human Rights Commission, the Irish Human Rights and Equality Commission, the Netherlands Institute for Human Rights, and the Polish Commissioner for Human Rights: all qualify as fully accredited ‘A’ status NHRIs according to the classification system used by the International Co-ordinating Committee of National Human Rights Institutions (ICC). The other seven, the Austrian Ombudsman Board, the Cypriot Commissioner for Administration and Human Rights, the Belgian Interfederal Centre for Equal Opportunity and the Fight against Racism and Discrimination, the Bulgarian Commission for Protection Against Discrimination, the Slovak National Centre for Human Rights, and the Swedish Equality Ombudsman, qualify as having ‘B’ status. For this classification system, see EU Fundamental Rights Agency, *National Human Rights Institutions in the EU Member States – Strengthening the fundamental rights architecture in the EU* (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010).

2 The term ‘equality’ is used to denote the principle that individuals and groups should not be subject to discrimination on irrational or unjustified grounds (more commonly known as the ‘principle of equal treatment’, a term that is used in particular by the Court of Justice of the EU in such cases as Case C-144/04, *Mangold v Helm* [2005] ECR I-9981), and the framework of national and EU anti-discrimination legislation that has been drawn up to give effect to this principle. In contrast, the term ‘human rights’ will be used to refer to the framework of legal standards set out in regional and international human rights law treaty instruments, such as the UN Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights.

tinct and self-contained area of concern. This practice of distinguishing between ‘equality’ and ‘human rights’ issues can be detected in law and policy: it is also reflected in the attitudes and activities of national governments, European institutions and civil society bodies across the EU.

However, a number of EU member states have recently established single combined bodies which are designed to perform the functions of both NEBs and NHRIs. Such an integration process has either been recently completed or is currently underway in a number of EU member states, including Belgium, France, Ireland, the Netherlands and the UK (specifically in Britain).

The emergence of this new hybrid model of institution – an integrated equality/human rights body – is a relatively new development in the EU. However, it has received little attention in the academic literature or in official reports. This gap is unfortunate, as the establishment of these new integrated institutions represents an ambitious and interesting attempt to ‘bridge the divide’ between equality and human rights. The challenges they face in giving effect to their integrated equality/human rights mandates tells us something about the extent of this divide.

2. National Equality Bodies and Human Rights Institutions in the European Union

There is no single standard model of a NEB, or of a NHRI: considerable variations exist between the power, functions, mandates and operational practices of the NEBs within the EU, and the same is true for European NHRIs.³ However, it is possible to compare and contrast the key characteristics of both types of bodies.

2.1. National Equality Bodies (NEBs)

All EU member states are legally obliged to establish NEBs by virtue of the provisions of Article 13 of Directive 2000/43/EC (the ‘Race Equality Directive’) and Article 20 of Directive 2006/54/EC (the ‘Recast Gender Equality Directive’), whereby EU member states are obliged to designate public bodies to promote equal treatment on grounds of race and gender, provide ‘independent assistance’ to victims of discrimination, and to publish independent surveys and reports on related issues. There are now forty-one NEBs in the EU, with several states having more than one such body.⁴

The functions of most NEBs extend beyond race and gender equality, even though EU law does not require this: it is now common for EU member states to give NEBs established in line with the requirements of Directives 2000/43/EC and 2006/54/EC wider

3 See in general N. Crowther and C. O’Cinneide, *Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union* (London: UCL, 2013), available online at ucl.ac.uk/laws/bridging-the-divide.

4 See the full list of NEBs on the website of the European Network of Equality Bodies (Equinet) – equineteurope.org.

responsibilities to combat discrimination across the main non-discrimination grounds covered by EU law, ie age, disability, race, religion or belief, sex, and sexual orientation.⁵ Some NEBs have powers and functions that go beyond this. However, their activity tends to be primarily focused on securing compliance with the requirements of national and EU anti-discrimination law.⁶ Some also engage with the provisions of UN and Council of Europe human rights instruments, in particular with the provisions of international human rights treaties that focus on discrimination issues such as the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). However, national and EU anti-discrimination law remains the primary frame of reference for much of their activities.⁷

NEBs tend to play an especially active role in combating discrimination in the sphere of employment and occupation, reflecting the extensive development of national and EU law in that context. This means they engage closely with employers, trade unions and other private and non-state actors in addition to public bodies: their work straddles the public/private divide. Their promotional activities often focus on forms of unequal treatment that particularly affect specific disadvantaged groups, such as women, persons with disabilities and ethnic minorities.⁸

There are two principal types of equality bodies: (i) predominantly tribunal-type equality bodies, who spend the bulk of their time and resources hearing, investigating and determining individual cases of discrimination, and (ii) predominantly promotion-type equality bodies who focus on promotional, advocacy and campaigning work and the provision of legal assistance to victims of discrimination. There is no formal requirement that either type of NEB be an independent body, functioning free of government control, even though both the European Commission and the European Commission against Racism and Intolerance have produced guidelines emphasising the importance of independence in performing certain key functions of NEBs (The situation is different with NHRIs as a result of the impact of the UN Paris Principles, as discussed below).⁹ However, both types of NEBs generally operate with a high degree of functional independence from national government control.¹⁰ They also benefit from the requirement set out in Directives 2000/43/EC and 2006/54/EC that they be able to provide 'independent assistance' to victims of discrimination.

5 See in general T. Kádár, 'Equality bodies: A European Phenomenon' (2018) 18(2-3) *International Journal of Discrimination and the Law* 144-62.

6 M. Ammer et al, *Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC* (Brussels: European Commission, 2010).

7 Ibid.

8 See Crowther and O'Connell, n 3 above.

9 European Commission, *Recommendation on Standards for Equality Bodies*, C(2018) 3850 final, available at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2_en_act_part1_v4.pdf; European Commission against Racism and Intolerance, *General Policy Recommendation N°2 Revised on Equality Bodies to Combat Racism and Intolerance at National Level*, adopted on 13 June 1997 and revised on 7 December 2017, available at <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.2>.

10 K. Yesilkagit, *Between Impartiality and Responsiveness: Equality Bodies and Practices of Independence* (Brussels: Equinet, 2008).

2.2. National Human Rights Institutions (NHRIs)

At present, there are 27 NHRIs in the EU: there is no legal obligation in EU or international law for European states to establish a NHRI, but many have done so to demonstrate their commitment to international human rights standards. NHRIs are expected to play a role in bridging the ‘implementation gap’ between international human rights law and national law, policy and practice, by monitoring how rights are respected, publishing research, highlighting problem areas and recommending appropriate reforms.¹¹ As with NEBs, they are diverse in size, shape and function.¹²

The impetus for the establishment of NHRIs in Europe, as elsewhere in the world, came principally from developments in the international sphere, rather than from EU law or other European regional initiatives – unlike NEBs, whose establishment in many cases was as a result of the requirements of Directives 2000/43/EC and 2006/54/EC as discussed above.¹³ The status, powers and functions of NHRIs have been particularly influenced by the UN Paris Principles, which set out certain standards relating to independence, mandate, scope of functions and powers, and the operational effectiveness of national human rights bodies.¹⁴

Most NHRIs are engaged primarily in promotional and advocacy work. In particular, they often focus on providing expert advice and recommendations to public bodies on how best to comply with their international and European human rights commitments. With the exception of the ombudsman-style NHRIs in states such as Poland, Cyprus, Latvia, Portugal and Spain, NHRIs tend to concentrate less on helping individual victims of discrimination than do most NEBs. In addition, their promotional/enforcement activities also tend to be predominantly focused on the public sector rather than on the private or voluntary sectors.¹⁵

2.3. Natural Bedfellows? Comparing the Role and Functions of NEBs and NHRIs

On an initial comparison, NEBs and NHRIs might seem to have much in common.¹⁶ They share a similar purpose: both types of body are expected to promote respect for fundamental rights, with NEBs focusing on the right to equality and non-discrimination and NHRIs on a broader human rights remit. In addition, the powers and functions of

11 For an excellent analysis of the ‘unique’ role performed by NHRIs in promoting respect for human rights, see A. Smith, ‘The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing?’ (2006) 28(4) *Human Rights Quarterly* 904-946.

12 FRA, *National Human Rights Institutions in the EU Member States*, n 1 above, at p 19.

13 T. Pegram, ‘Diffusion Across Political Systems: The global spread of national human rights institutions’ (2010) 32(3) *Human Rights Quarterly* 729-760; G. De Bevoise, ‘Networks of European National Human Rights Institutions’ (2007) 7(2) *Human Rights Law Review* 331-70.

14 See in general FRA, *Handbook on the Establishment and Accreditation of National Human Rights Institutions in the European Union* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012).

15 Crowther and O’Cinneide, n 3 above.

16 Much of the following discussion is sourced from Crowther and O’Cinneide, *ibid.*

NEBs and NHRIs often overlap: in particular, they are expected to carry out similar reporting and promotional functions, and to identify state behaviour which falls short of international standards.

NEBs and NHRIs also often engage with common issues, such as the treatment of minorities by police or the rights of disabled persons to enjoy a dignified existence. On the more negative side of things, NEBs and NHRIs can also face similar threats to their independence and effective functioning, namely government interference with their functioning, inadequate resources and a lack of political support.

However, it is clear that the 'equality functions' generally associated with and performed by NEBs differ in certain respects from the 'human rights functions' generally associated with and performed by NHRIs. The mandate of NHRIs usually extends across the full range of international human rights standards, and their activities are often 'aligned' towards the UN and the Council of Europe and focused on international human rights law. In contrast, the mandate of NEBs is generally limited to promoting respect for the principle of equal treatment, and they remain focused on securing compliance with national and EU anti-discrimination laws.¹⁷

NHRIs also usually focus on providing expert advice and recommendations to public bodies, and as noted above it is not common for them to support individual human rights claims. They also tend to have limited direct involvement with private and non-state actors, reflecting the predominantly 'vertical' nature of human rights obligations in international human rights law. In contrast, NEBs are often closely involved with individual complaints of discrimination.¹⁸ They also regularly engage with both public and private sector bodies, both through their promotional and enforcement work.

Furthermore, NEBs and NHRIs often engage with what *Rikki Holtmaat* has referred to as different 'communities of interest'.¹⁹ The civil society organisations, lawyers, academics, civil service units and other interested parties that are closely involved with equality and non-discrimination issues often differ from those who are involved in other areas of human rights.

In addition, NEBs and NHRIs can also face different obstacles in giving effect to their functions. For example, national anti-discrimination legal standards may be better developed and more elaborated than that country's human rights laws (or vice-versa), while the 'equality agenda' associated with NEBs may face greater political and media hostility than the 'human rights agenda' associated with NHRIs (or again vice-versa). As already mentioned, NHRIs also tend to enjoy greater formal guarantees of independence than do NEBs, although in practice both sets of bodies exhibit a considerable degree of independence in their dealings with other public bodies.

17 See *Kádár*, n 5 above.

18 See *Ammer et al*, n 6 above, especially at p 9.

19 *Crowther and O'Cinneide*, at p 17.

Furthermore, the ‘group’ focus of much of the work of NEBs is not always duplicated in the activities of NHRIs, who are charged with monitoring compliance with international human rights standards which are often framed and interpreted in individualist terms. Also, the principles of collective solidarity that underpin some of the elements of anti-discrimination law (in particular the norms governing positive action and indirect discrimination) do not always find an echo in human rights law.²⁰ This can mean that the group orientation of much of the work of NEBs is not always reflected in the functioning of NHRIs, who tend to be less likely to be viewed as ‘champions’ of particular groups.²¹

3. The Equality/Human Rights Divide

These distinctions between the roles of NEBs and NHRIs are interesting in their own right. However, they also serve to highlight the existence of a wider divide between equality and human rights concerns within the EU.

Equality and human rights issues in the EU are usually regulated by two separate if interconnected legal regimes, namely EU anti-discrimination law on the one hand and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the other. These distinct legal regimes have largely developed along distinct and specific trajectories of their own. In recent years, aspects of these two regimes have begun to converge: for example, *de Búrca* notes how the concepts and provisions of EU anti-discrimination law have begun to shape the growing body of ECtHR case law on discrimination,²² while as previously noted the Court of Justice of the EU has begun to interpret anti-discrimination legislation by reference to fundamental rights principles, including those set out in the EU Charter of Fundamental Rights.²³ However, despite this gradual convergence, anti-discrimination legislation and human rights law remain largely distinct and self-contained areas of legal regulation.²⁴

This helps to explain why national legislation, public bodies and civil society tend to treat equality and human rights as largely separate and distinct spheres of concern. This helps to give rise to the distinct and separate ‘communities of interest’ mentioned above.

20 European human rights law is showing signs of developing a more group disadvantage-focused approach: see *L. Peroni and A. Timmer*, ‘Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law’ (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law* 1056. But, as Gerards has argued, the ECtHR Rights remains reluctant to embrace a group-centred interpretation of Article 14 of the ECHR, and to embrace indirect discrimination analysis: see *J. Gerards*, ‘The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights’ (2013) 13(1) *Human Rights Law Review* 99-124.

21 *C. O’Cinneide*, *A Single Equality Body: Lessons from Aboard* (Manchester: Equal Opportunities Commission, 2002).

22 *C. de Búrca*, ‘The Trajectories of European and American Anti-Discrimination Law’ (2012) 60(1) *American Journal of Comparative Law* 1-22. See also *R. O’Connell*, ‘Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR’ (2009) 29(2) *Legal Studies* 211-229.

23 See eg Case C-555/07, *Kücükdeveci v Swedex GmbH & Co KG*, ECLI:EU:C:2010:21.

24 *Crowther and O’Cinneide*, n 3 above.

In addition, it also has generated a fragmented and ‘compartmentalised’ regulatory landscape, with different government departments taking responsibility for equality and human rights.²⁵

In general, equality and human rights tend to be viewed as separate spheres of concern. This is amplified by how equality issues are regulated by EU law, while ECHR case-law looms large for human rights issues – meaning that experts in these fields often have different forms of legal expertise. These differences between the functions of NEBs and NHRIs, and the way the former are protected by EU law while the latter come under the umbrella of UN human rights standards, explain why most EU states have separate NEBs and NHRIs.

4. The Move Towards Integration

However, in recent years, some EU member states have merged their NEBs and NHRIs into a single, integrated body – or have established new institutions, which combine the functions associated with both NEBs and NHRIs. These include the Danish Institute for Human Rights (DIHR), the Croatian and Latvian Ombudsman institutions, the Polish Commissioner for Human Rights, the British Equality and Human Rights Commission (EHRC), the Netherlands Institute for Human Rights (NIHR), and the Irish Human Rights and Equality Commission (IHREC). In France, the Equal Opportunities and Anti-Discrimination Commission – *Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Égalité* (HALDE) – was integrated in 2011 into the framework of a new ombudsman institution, the Defender of Rights (*Défenseur des Droits*).²⁶ Furthermore, discussions have taken place in Belgium, Slovenia and a number of other EU states about the possibility of bringing national human rights and equality bodies together under one roof, or at least achieving greater ‘functional co-ordination’ between their various activities.²⁷

Hybrid equality/human rights institutions have thus become part of the European regulatory landscape, and their number may grow further over the next few years. However, establishing such hybrid bodies has not always been an easy process. Considerable uncertainty appears to exist as to how equality and human rights functions should be linked together.

25 For discussion of this in the specific context of the UK, see R. Niven, ‘The EHRC: Transformational, Progressively Incremental or a Disappointment?’ (2008) 79(1) *The Political Quarterly* 17–26.

26 The *Défenseur des Droits* is not the official French NHRI. However, as it performs promotional and enforcement functions in respect of human rights that are similar to those performed by ‘official’ NHRIs in other European states, this merger can be seen as representing the establishment of yet another hybrid equality and human rights institution.

27 R. Carver, ‘One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience’ (2011) 3 *Journal of Human Rights Practice* 1–24.

5. The Potential and Challenges of Integration

It is possible to identify certain advantages that integrated equality and human rights bodies may have, that separate such bodies would lack. There is potential for developing greater synergy between equality and human rights: the distinction that currently exists between them is artificially wide. Integrated bodies may be able to take advantage of these synergies – and in so doing help to ‘bridge the divide’ between equality and human rights. However, there also exist considerable challenges to be overcome before such integrated bodies can function well.

5.1. The Potential of Integrated Bodies

The right to equality and non-discrimination is an integral element of the wider framework of international and European human rights law, as reflected for example in the provisions of Article 14 of the European Convention on Human Rights and Articles 20, 21 and 23 of the EU Charter of Fundamental Rights. Furthermore, national and EU anti-discrimination legislation has been expressly framed and interpreted with a view to giving effect to this fundamental right to equality and non-discrimination.²⁸ Also, both the equality functions associated with NEBs and the more general human rights functions associated with NHRIs share a common conceptual foundation in the form of the principle of human dignity.²⁹

Furthermore, many forms of discriminatory treatment arise out of or are linked to infringements of other human rights, while infringements of other rights such as freedom of expression or the right to a fair trial also often have a discriminatory component. This means that any comprehensive attempt to address issues of discrimination and inequality must also engage with the other human rights issues that play a role in creating the injustices in question, while attempts to promote respect for human rights in general must also take account of equality and non-discrimination concerns.³⁰ In Britain, the Parliamentary Joint Committee on Human Rights commented back in 2003 that there was a ‘considerable degree of congruence between the work required for the promotion of equality and that required for the promotion and protection of human rights’.³¹

Integrated bodies are also potentially better able to develop a linked approach to equality and human rights function by bringing staff together within a shared roof, streamlining administrative functions, avoiding duplication of effort and resources, enabling

28 See eg Case C-555/07, *Kücükdeveci v Swedex GmbH & Co KG*.

29 S. Spencer, ‘Partner Rediscovered: Human rights and equality in the UK’, in C. Harvey (ed) *Human Rights in the Community* (Oxford: Hart Publishing, 2005), 29–41. S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

30 See C. Harvey and S. Spencer, ‘Advancing Human Rights and Equality: Assessing the Role of Commissions in the UK and Ireland’ (2012) 35 *Fordham International Law Journal* 1615–1689.

31 UK Joint Committee on Human Rights, *The Case for a Human Rights Commission*, 6th Report of the 2002–03 Session, HL 67/HC 489.

the development of shared expertise and providing a single focus point for the general public.³² An integrated body may also be well-placed to bring together public authorities and civil society organisations operating in different areas coming within its broad remit, and to help encourage the development of a comprehensive and co-ordinated approach to the promotion of equality and human rights.

Integrated bodies combining the functions usually performed by NEBs and NHRIs may therefore be able to play an active promotional and enforcement role across the full spectrum of human rights, in a way that is not confined by the existence of artificial distinctions between equality principles and other human rights. Furthermore, the ‘bridge’ created by the bringing together of equality and human rights functions under one institutional roof has the potential to give rise to new synergies between both sides of this divide.³³

The EU Fundamental Rights Agency (FRA) has drawn attention to the potential strengths of integrated bodies in this regard: ‘[t]here is a clear need to adopt a more comprehensive approach to human rights at the national level, with efforts and resources focused on key institutions, such as a visible and effective overarching NHRI in each Member State [...] that can ensure that all issues are addressed by some entity, that gaps are covered and that human and fundamental rights are given due attention in their entirety’.³⁴

5.2. The Challenges of Integration

However, integration also brings risk. It has the potential to generate many challenges, which arise out of the gap that currently exists between equality and human rights functions. If these challenges are not addressed, they may stunt the functioning of an integrated body.

To start with, integrated bodies may face particular difficulties in defining their role, purpose and priorities. Their remit will inevitably be very wide, extending across the full range of human rights recognised in international human rights law as well as across the different equality grounds set out in national and EU anti-discrimination law. This means that integrated bodies must often pick and choose which areas to focus on in depth. Making such choices will inevitably require integrated bodies to make difficult decisions about what elements of their mandate to prioritise and which to de-emphasise.³⁵

Furthermore, integrated bodies must be seen to be engaged with both elements of their remit if they wish to maintain a constructive relationship with the different equality and

32 See the views of integrated bodies as to how their effectiveness had benefited from having an integrated mandate as surveyed by Equinet in 2011: Equinet, *Equality Bodies and National Human Rights Institutions: Making the Link to Maximise Impact* (Brussels: Equinet, 2011).

33 Ibid.

34 FRA, *National Human Rights Institutions*, at n 2 above, p 14.

35 Ibid.

human rights ‘communities of interest’.³⁶ There is a danger that integrated bodies could lose sight of the perspectives and needs of particular disadvantaged groups, or disappoint expectations that they should function in a particular manner.³⁷ They might also find it hard to combine the group focus of much of the work of NEBs with the more individualistic orientation of human rights law.

This lack of ‘external integration’ can also be a problem for the internal functioning of integrated bodies. It can complicate the merging of equality and human rights functions within the work of a single body, as staff members recruited from the equality communities of interest may often have little expertise in wider areas of human rights and vice versa.³⁸ It also means that integrated bodies will often have to interact in different ways with the various equality and human rights communities of interest, which may make it more difficult for such bodies to build synergies between different aspects of their work programme. Furthermore, it may complicate relations with public authorities: as Equinet note, ‘[g]overnment can end up dealing with the body as two bodies under the one roof’³⁹. Issues of resource allocation also loom large in this respect. If integrated bodies are established but not given sufficient resources to develop a work programme in respect of both the equality and human rights elements of their mandate, then this will prevent them from giving full effect to their remit. For example, in Poland, the Polish Ombudsman was not granted extra resources when his functions were extended to cover equality and non-discrimination, which was the subject of strong criticism.⁴⁰

6. Facing up to the Challenges of Integration

Bringing together the functions of NEBs and NHRIs within the framework of an integrated body can therefore be a challenging process. Evidence from every country in which an integrated body has been established indicates that these concerns are real.⁴¹ Bridging the divide between equality and human rights can be a difficult process. However, experience also suggests that it is possible to identify certain steps that may help to address these challenges of integration.

To start with, any attempt to address the challenges of integration needs to take into account the fears, concerns and uncertainties that may be generated by merging equality

36 See Equinet, *Making the Link to Maximise Impact*, at n 35 above. C. O’Cinneide, ‘The Commission For Equality And Human Rights: A New Institution For New And Uncertain Times’ (2007) 36(2) *Industrial Law Journal* 141-162.

37 Harvey and Spencer highlight the risks posed by such ‘established expectations’: see ‘Advancing Human Rights and Equality’, at n 33 above.

38 Ibid, at pp 1654-5.

39 Equinet, *Making the Link to Maximise Impact*, at n 35 above, p 12.

40 See eg the report of the *rapporteur* for the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Mr Jorge Xuclà, ‘Strengthening the Institution of Ombudsman in Europe’, Doc 12639, 24 June 2011, available at <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=19786&lang=en> (last accessed 20 April 2019).

41 See the detailed country studies cited in Crouther and O’Cinneide, n 3 above.

and human rights functions within a single institutional framework. *Harvey and Spencer* have argued these fears and suspicions cannot be ignored. They quote one interviewee who commented with reference to the Irish process of integration that '[w]ithin civil society there are fears and on-going perceptions of a hierarchy of priority, fear of agendas being diverted, fear that equality might be one minor value in wider human rights.'⁴² There is therefore a need to adopt a transparent, co-ordinated and comprehensive approach to the problems of integration, which is the subject of open debate, consultation and discussion. In this regard, it may be helpful for integrated bodies to set out a clear statement of their goals. An example of such a statement of values would be the general duty to help secure a more just, equal and rights-friendly society imposed by section 3 of the Equality Act 2006 on the new formed Equality and Human Rights Commission in Britain.

Furthermore, in identifying their work priorities and drawing up their work programmes, integrated bodies should consider integrating equal treatment principles into every aspect of their activities, thereby maximising the potential for synergy to develop between their human rights and equality mandates. Similarly, factoring in human rights considerations into their anti-discrimination work may also enhance their capacity to deal with persisting forms of inequality. A Danish interviewee has commented that '[i]n a fully integrated institution, equal treatment should be incorporated into all human rights projects and vice versa [...]. Human rights, non-discrimination and equality cut across all areas.'⁴³

Integrated bodies also need to address the challenges posed by the manner in which equality and human rights are treated as largely separate and distinct spheres of concern by many governments, European institutions and civil society at large. They will need to find ways of engaging with their diverse communities of interest, and to bridge the gaps between the different equality and human rights communities. Integrated bodies may also wish to encourage public authorities, private sector bodies and civil society groups to bring together equality and human rights perspectives in their own work, and to escape the 'silos' of compartmentalised thinking that exist across Europe in this regard.

The issue of resources is also key. National governments need to provide integrated bodies with the resources they need to do their job, and to recognise that an effective integrated work agenda cannot be developed on the cheap. Linking together equality and human rights is a complex process that involves more than a simple doubling-up of functions.

Finally, it is also clear that an integrated body cannot adopt a 'one size fits all' work programme that disregards the specific issues generated by specific elements of its remit. An

⁴² *Harvey and Spencer*, 'Advancing Human Rights and Equality', at n 33 above, 1663-4.

⁴³ *Crowther and O'Conneide*, n 3 above, at p 65.

integrated body will have to develop distinct strategies in respect of certain areas of its work, such as disability rights and children's rights, even if its approach to these specific elements of its mandate is informed by a transversal commitment to linking equality and human rights. Good leadership, the existence of good channels of communication with a diverse range of communities of interest, and a genuine commitment on the part of the staff and board members of an integrated body to embracing the different aspects of its remit will all be necessary in this regard.

7. Conclusion

Once again, it is worth emphasising that NEBs and NHRIs have much in common. However, the equality functions generally performed by NEBs differ in some important respects from the human rights functions generally performed by NHRIs. These differences reflect the reality that a divide exists between the spheres of equality and human rights in legal, political and regulatory discourses across Europe. Equality and human rights share common conceptual foundations: however, the differences that exist between their respective historical development, legal frameworks, and communities of interest and value orientations need to be acknowledged. Equality and human rights may be different dialects of a common language, but mutual comprehension should not always be assumed.

This poses inevitable challenges for any attempt to establish integrated bodies which combine the functions of NEBs and NHRIs. Such bodies have the potential to develop new synergies between the different elements of their mandate. However, this potential may remain unfulfilled if the challenges of integration are not adequately addressed.⁴⁴ Careful consideration must be given to finding ways to 'bridging the divide' between equality and human rights approaches.⁴⁵

Neil Crowther is an independent Consultant and the former Director of the Human Rights Policy, Equality and Human Rights Commission; neil@global-dialogue.eu

Colm O'Conneide is a Professor of Law at University College London; c.o'cinneide@ucl.ac.uk

44 See *Opinion of the Commissioner for Human Rights on National Structures for Promoting Equality*, 21 March 2011, CommDH (2011)2, available at wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1761031 (last accessed 20 April 2019).

45 See in general *Harvey and Spencer*, 'Advancing Human Rights and Equality', at n 33 above.

Thema: Verteilungsgerechtigkeit

Vorwort der Gastherausgeber_innen

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902022201>

Ines Rössl und Nina Eckstein

Gegenwärtig wird von manchen ein „Paradigmenwechsel von der sozialen Gerechtigkeit zur Gerechtigkeit als Inklusion“ konstatiert; „an die Stelle der Verteilungsgerechtigkeit [trete] die Beseitigung unfairer Ausgrenzungen“¹. Dieser Befund wird zumeist in kritischer Absicht geäußert. In Bezug auf das politische Feld wird denn auch diskutiert, ob „linke“ Parteien „die soziale Frage vergessen“ hätten.² Dies geschieht ua vor dem Hintergrund, dass sowohl auf globaler als auch nationalstaatlicher Ebene zunehmend eine „Umverteilung nach oben“ stattfindet und sozialstaatliche Errungenschaften erodieren.³ Damit ist nur grob skizziert, was tatsächlich eine vielschichtigere Debatte ist. Diese lässt sich auch auf das Recht beziehen. Gerade wenn man davon ausgeht, dass dem Recht notwendig ein Gerechtigkeitsanspruch innewohnt,⁴ kann also die Frage aufgeworfen werden, ob sich die Gerechtigkeitsfragen der Gegenwart alleine über die Inklusionsperspektive lösen lassen oder ob die Verteilungsfrage auch im Recht stärker in den Fokus rücken bzw Gegenstand rechtlicher Analyse sein muss.⁵

Man kann mitunter den Eindruck bekommen, dass sich die (gerade auch kritische) Rechtswissenschaft dem Recht vor allem aus einer Exklusions- und Inklusionsperspektive nähert. Diese Perspektive bietet sich auch deshalb unmittelbar an, weil gleichheitsrechtliche Normen (im Menschenrechtsdiskurs und im Antidiskriminierungsrecht) hier-

1 *Somek*, Rechtsphilosophie zur Einführung (2018) 140f.

2 *Charim*, Ich und die Anderen. Wie die neue Pluralisierung uns alle verändert (2018) 148, die sich mit diesem Vorwurf kritisch auseinandersetzt.

3 Vgl *Alvaredo/Chancel/Piketty/Saez/Zucman*, Bericht zur weltweiten Ungleichheit 2018. Kurzfassung, wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-german.pdf (24.4.2019); vgl auch zB die Kritik am neuen Sozialhilfe-Grundsatzgesetz, armutskonferenz.at/aktivitaeten/mindestsicherungs-monitoring/stellungnahmen-sozialhilfe-grundsatzgesetz.html (24.4.2019).

4 Vgl zB *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, *Der Staat* 2011, 389.

5 Für eine juristische Auseinandersetzung mit dem Thema vgl den Sammelband *Baumgartner/Heinrich/Rebbahn/Sutter* (Hrsg), Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017).

für konkrete Anknüpfungspunkte bieten. Mit ihnen kann auf diskriminierende Effekte von Normen und auf (auch armutsbezogene) Ausschlüsse⁶ hingewiesen werden. Es scheint, als wäre die juristische Logik gut geeignet, um Anerkennung und Inklusion zu befördern (vgl zB die Entdiskriminierungsdynamiken in Bezug auf sexuelle Orientierung⁷). Ökonomische Verteilungsfragen scheinen hingegen nur schwer bzw nur indirekt mithilfe des Rechts adressierbar zu sein.

Ob dem tatsächlich so ist und ob eine schematische Gegenüberstellung von Inklusions- und Verteilungsperspektive, wie sie auch in dieser Einleitung zum Zwecke des Themenaufrisses suggeriert wird, einem genaueren Blick Stand hält, ist eine offene Frage: Wie lässt sich das Verhältnis zwischen dem Inklusionsparadigma auf der einen Seite und einer Perspektive auf Verteilungsgerechtigkeit auf der anderen Seite aus rechtlicher Perspektive bestimmen? Ist das Recht in seiner gegenwärtigen Verfasstheit geeignet, um Fragen der Verteilungsgerechtigkeit zu bearbeiten? Und welche Anknüpfungspunkte finden sich dafür? Inwiefern tragen das Recht und die juristische Logik selbst zur Aufrechterhaltung sozialer Ungleichheit bei?

Diese Überlegungen waren der Ausgangspunkt für den vorliegenden juridikum-Schwerpunkt und bildeten den gemeinsamen Rahmen für die Autor_innen, die sich dem Thema aus verschiedenen Disziplinen und anhand jeweils spezifischer Fragestellungen annäheren. Das Ergebnis ist ein Schwerpunkt, der ua dazu einlädt, sich dessen bewusst zu werden, dass unterschiedliche Ebenen, Perspektiven und Kontexte eine jeweils andere Art des Nachdenkens über Verteilung nach sich ziehen, also jeweils auch andere Probleme und Fragen aufwerfen.

So verdeutlicht *Christian Hiebaum* gleich zu Beginn aus einer rechtsphilosophisch-rechtstheoretischen Perspektive, dass der mitunter entstehende Eindruck, in der Debatte Verteilung vs Inklusion würden „hoffnungslos inkommensurable Denkweisen aufeinanderprallen“, zumindest zT einer verkürzten Konzeption von Verteilungsgerechtigkeit geschuldet ist. So gehe es bei Verteilungsgerechtigkeit etwa keineswegs nur um materielle Güter. Auch zeigt *Hiebaum* Verbindungen zwischen Verteilungs- und Inklusionsproblemen auf. Dennoch betont er, dass „die Sprache der Inklusion“ nicht immer zu nützlichen Problembeschreibungen führt, und zeichnet die „Limitationen des Anerkennungs- und Inklusionsdiskurses“ nach. Von *Hiebaum* lernen wir also ua, dass die Verteilungs- oder die Inklusionssprache je nach Ebene mehr oder weniger sinnvoll sein kann, dass es somit selbstkritisch zu überprüfen gilt, was man mithilfe welcher Art von Problembeschreibung in den Blick bekommt und was nicht.

Tilmann Altwicker blickt auf eine Norm, die typischerweise dem Inklusionsparadigma zugeordnet wird: Er widmet sich der Frage, inwiefern sich sozio-ökonomische Ungleich-

6 ZB Bettelverbote, vgl *Cagnelli-Weichselbaum*, Gleiche und Gleichere im öffentlichen Raum, juridikum 2018, 386 sowie den Beitrag von *Cagnelli-Weichselbaum* in dieser Ausgabe.

7 Vgl *Doll/Rössl/Sagmeister*, 30 Jahre Genderwahnsinn. Kontinuitäten und Brüche in den Legal Gender Studies, juridikum 2019, 7 (8).

heit mithilfe des in Art 14 EMRK verankerten Diskriminierungsverbots adressieren lässt. *Altwicker* erläutert die Gründe, warum die Diskriminierungsmerkmale der „sozialen Herkunft“ und des „Vermögens“ in der EGMR-Rsp bisher weitgehend bedeutungslos geblieben sind, weist aber auch auf das Entwicklungspotential hin, das den konventionsrechtlichen Diskriminierungsverboten in Bezug auf sozio-ökonomische Ungleichheit innewohnt. Anhand von *Altwickers* Beitrag lässt sich ua zeigen, dass die Übersetzung von Verteilungsfragen ins Recht komplex und materienabhängig ist und darüber hinaus eines geschärften Blicks in der Rechtsanwendung bedarf.

Dass es um Verteilungsfragen geht, kann mitunter sehr klar zutage treten. Es gibt durchaus Rechtsbereiche, in denen es dem Recht selbst bewusst ist, dass es antritt, um knappe Güter zu verteilen. *Irina Đurović* widmet sich den hierbei zur Anwendung kommenden Verteilungstechniken, systematisiert und vergleicht diese. Sie bringt zahlreiche Bsp von Gütern, die unterschiedlichen Verteilungskriterien unterliegen, etwa Standplätze auf Lebensmittelmärkten, Studienplätze, Mobil- und Rundfunkfrequenzen, Emissionszertifikate, Glücksspiel- oder Apothekenkonzessionen etc.

Sophie Arndt arbeitet heraus, dass es auch im Antidiskriminierungsrecht letztlich um Verteilung geht, wenn auch dargestellt anhand konkreter Einzelfragen. Der Anspruch des Antidiskriminierungsrechtes, strukturelle Ungleichheiten zu überwinden, trifft allerdings auf einen individualisierenden, haftungsrechtlichen Zugang. Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung sowie die Verwendung von Statistiken scheinen Möglichkeiten bereit zu halten, um dieses Spannungsverhältnis aufzulösen. *Arndt* zeigt jedoch anhand einschlägiger Rsp, dass Vorsicht geboten ist. Wir lernen von ihr, dass die abstrakte Forderung, das Antidiskriminierungsrecht möge strukturelle Ungleichheiten adressieren, nicht weit führt, sondern dass es vielmehr konkreter Analysen bedarf, welche Art der Handhabung des Rechts welche Folgen in konkreten Rechtskonflikten zeitigt.

Maria Sagmeister zeigt wiederum auf, wie sich der Fokus verschiebt, wenn man die Frage nach der Vereinbarkeit von Sorge- und Erwerbsarbeit explizit als Verteilungsfrage fasst. Es geht dann nicht um die Inklusion von Frauen in den Arbeitsmarkt, sondern um die Verteilung unbezahlter Arbeit zwischen Männern und Frauen. Ausgehend davon untersucht sie, welche rechtlichen Instrumente zu einer gerechteren Verteilung beitragen können. Dabei stellt sich heraus, dass freiwillige Möglichkeiten zur Beteiligung von Vätern an der Sorgearbeit nicht ausreichen, weil dadurch die Verteilungsentscheidungen an private, von Geschlechternormen durchzogene Aushandlungsprozesse ausgelagert werden.

„Das Soziale ins Zentrum der europäischen Politik zu rücken und somit tatsächlich die soziale Dimension der EU zu stärken“ ist der Ausgangspunkt in *Alice Wagners* Beitrag. 2017 wurde die Europäische Säule sozialer Rechte (ESSR) der EU proklamiert. *Wagner* zieht eine erste kritische Bilanz und beleuchtet die Frage, inwieweit die Grundsätze der ESSR, die keinen rechtlich durchsetzbaren Charakter aufweisen, seitdem dazu beitragen konnten, soziale Rechte auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene durchzusetzen und weiterzuentwickeln.

Der letzte Beitrag des Schwerpunkts, von *Gerhard Melinz*, schlägt den Bogen wieder zurück zu jenem Problem, das als das Verteilungsproblem schlechthin gilt: Nämlich die eklatant ungleiche Verteilung von Armut und Reichtum und die damit verbundenen gesellschaftlichen Ausschlussmechanismen, die arbeits- und sozialpolitische Maßnahmen in Bezug auf „armutsbetroffene“ Gruppen nach sich ziehen. *Melinz* zeichnet aus einer historischen Perspektive die Entwicklungsmuster der Wirtschafts- und Sozialgeschichte nach, beginnend mit dem Ende des 19. Jahrhunderts bis heute. Sozialpolitik, so sein Befund, habe nie der Armutsbekämpfung gedient, sondern lediglich der „Verwaltung der Armut“.

Die Aufgabe, sozio-ökonomische Ungleichheit zu bekämpfen, kann nicht ausschließlich der Sozialpolitik zugeschoben werden. Dass die Verteilungsfrage im und durch das Recht auf vielfältige Weise gestellt werden kann, verdeutlicht der vorliegende Schwerpunkt. Die Frage nach Verteilungsgerechtigkeit nimmt zwar je nach Kontext und Rechtsgebiet unterschiedliche Formen an, sie lässt sich aber jedenfalls – das zeigen die Beiträge des vorliegenden Schwerpunkts allesamt – produktiv an das Recht herantragen.

Mag.^a Nina Eckstein, MA ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies an der JKU Linz und Lehrende an der FH Campus Wien und St Pölten sowie Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at

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

Anerkennen und verteilen

Votum für ein ökumenisch-distributives Gerechtigkeitsparadigma

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902022601>

Christian Hiebaum

1. Einleitung¹

In der öffentlichen Debatte unterscheidet man üblicherweise zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik auf der einen und „Gesellschaftspolitik“ auf der anderen Seite. Ökonomische Gerechtigkeit wiederum wird, soweit nicht in libertär-neoliberaler Manier reduziert auf eine ihrerseits minimalistische Tauschgerechtigkeit, primär mit „harten“ Verteilungsfragen assoziiert, im Gegensatz zu den „weichen“ Problemen der Anerkennung, Gleichstellung und Toleranz. Dementsprechend stoßen wir regelmäßig auf die ex- oder implizite Kontrastierung von „interessenbasierter“ Verteilungspolitik mit „identitätsfokussierter“ Inklusionspolitik.

Bisweilen nehmen diese Unterscheidungen dichotomische Züge an und befeuern wenig produktive Polemiken, in einigen Nischen links der sog Mitte auch regelrecht destruktive „ideological purity contests“ rund um diverse Gretchenfragen: Wie hältst du es mit materialistischen gesellschaftstheoretischen Grundannahmen, dem Privateigentum, dem Markt und den wirtschaftlichen Interessen der 99 Prozent? Wie hältst du es mit der Gleichstellung von Frauen und Minderheiten, Intersektionalität und dem Kampf gegen Bigotterie? Manche Linke stehen nicht nur dem Fokus „progressiver Neoliberaler“² auf Identitätsfragen skeptisch gegenüber, sondern auch dem spätestens seit der Finanzkrise von 2008 und *Pikettys* akademischem Bestseller „Capital in the Twenty-First Century“ (2014) erstarktem Verteilungsungleichheitsdiskurs, da er die grundlegenden Probleme der kapitalistischen Produktionsweise ignoriere.³

Ähnliche Debatten werden, naturgemäß weniger polemisch, im Mainstream der politischen Philosophie geführt. Es geht dabei um Gleichheit als distributives oder relationa-

1 Bemerkung zur geschlechtergerechten Schreibweise: Der vorliegende Beitrag changiert – wie zB im englischen Sprachraum üblich – bei personenbezogenen Bezeichnungen zwischen Maskulinum und Femininum.

2 *Fraser*, The End of Progressive Neoliberalism, *Dissent* v 2.1.2017, dissentmagazine.org/online_articles/progressive-neoliberalism-reactionary-populism-nancy-fraser (13.11.2018).

3 Vgl *Zamora*, Should We Care About Inequality? *Jacobin* v 11.1.2018, jacobinmag.com/2018/11/inequality-capitalism-markets-marx-political-economy (13.11.2018)

les Ideal⁴, um Vorverteilung („predistribution“) versus Umverteilung („redistribution“) und eben um das Verhältnis von Verteilung und Anerkennung.⁶

Im Folgenden möchte ich grob skizzieren, wie sich zumindest ein kleiner Teil der angesprochenen Differenzen, nämlich jener, der hauptsächlich aus fragwürdigen Konzeptualisierungen resultiert, leicht auflösen ließe, und zwar durchaus im Rahmen eines distributiven Gerechtigkeitsparadigmas. Es gilt, den mitunter entstehenden Eindruck zu zerstören, im gegenwärtigen Gerechtigkeitsdiskurs der Egalitären würden hoffnungslos inkommensurable Denkweisen aufeinanderprallen.

2. Begriff und Status der Verteilungsgerechtigkeit

2.1. Ein populäres, aber unangemessenes Verständnis von Verteilungsgerechtigkeit

Die „fragwürdigen Konzeptualisierungen“ betreffen vor allem die Verteilungsgerechtigkeit als Kern der sozialen Gerechtigkeit, mithin der Gerechtigkeit umfassender gesellschaftlicher Ordnungen. Allzu oft wird die Verteilungsgerechtigkeit nahezu restlos gleichgesetzt mit der gerechten Verteilung materieller Güter, insb von Einkommen und Vermögen. Wer sie so versteht, tut sich schwer, ihr einen prinzipiellen Sonderstatus im Rahmen der sozialen Gerechtigkeit zuzuerkennen, einen Vorrang vor anderen Formen der Gerechtigkeit. Denn augenscheinlich hat soziale Gerechtigkeit zuallererst eher etwas mit Beziehungen der Anerkennung, fundamentalen Rechten, Teilhabe, Allokation politischer Macht und Autorität, Befriedigung basaler Bedürfnisse und in weiterer Folge auch mit Lebenschancen zu tun, die nicht allein von Einkommen und Vermögen abhängen.⁷

Wenn man zudem voraussetzt, dass gerechte Verteilungen notwendig eine zentrale Verteilungsinstanz erfordern, muss man sich gegen den Vorwurf von Seiten marktfundamentalistischer Liberaler⁸ verteidigen, einen geradezu totalitären Staat zu propagieren. Ein gängiger Versuch, diesem Vorwurf der Freiheitsfeindlichkeit zu entgehen, ohne die Verteilungsgerechtigkeit als eine politische Leitidee gänzlich aufzugeben, besteht im Hinweis darauf, dass Werte eben auch miteinander konkurrieren können. So bestehe zwischen Freiheit und Verteilungsgerechtigkeit durchaus ein letztlich unauflösbares Spannungsverhältnis. Aber alles, was daraus folge, sei die Notwendigkeit von Kompromissen. Doch auch Freiheit ist ein verteilungsfähiges Gut – und das Freiheitsargument ohne eine distributive Komponente unvollständig. (Dass Konflikte zwischen einzelnen Freiheits-

4 Vgl *Hiebaum*, Egalitarianism, in *Wright* (Hrsg), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (2015) 308; *Hiebaum*, Distributions, Relations, and Justifications. Mixing Flavors of Egalitarianism, in *Karnell/Klatt* (Hrsg), *Constitutionalism Justified* (2019, in Vorbereitung).

5 Vgl *O'Neill/Williamson* (Hrsg), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond* (2014).

6 Vgl *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse (2003).

7 Tatsächlich sagt uns der Gini-Koeffizient zwar Wichtiges, aber auch Egalitären bei weitem nicht alles, was für ein Gerechtigkeitsurteil über eine Gesellschaft relevant wäre.

8 Vgl *Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft* (1945) und *Hayek*, *The Mirage of Social Justice*, in *ders*, *Law, Legislation and Liberty* (2013) 167.

rechten und Gleichheitsansprüchen bestehen können und auch bestehen, liegt freilich auf der Hand.) Nicht zuletzt für den argumentativen Austausch über Verteilungsfragen und deren Gewichtung wäre es besser, auf beides zu verzichten: die Fixierung auf materielle Güter und die Annahme der Notwendigkeit einer zentralen Verteilungsinstanz.

2.2. Ein angemesseneres Verständnis von Verteilungsgerechtigkeit

Tatsächlich umfasst Verteilungsgerechtigkeit all jene und nur jene Normen, die die Verteilung von sozialen Gütern und Lasten regeln sollen, in Bezug auf welche ein *Gemeinschaftsverhältnis* besteht.⁹ Das kann eine Besitz-, eine Kooperations- oder eine Solidar-gemeinschaft sein.¹⁰ In der Regel haben wir es mit Mischformen zu tun. Viele Verteilungsdiskussionen handeln deshalb nicht nur von Verteilungsnormen bzw jenen Prinzipien, denen rechtliche Verteilungsnormen entsprechen sollen, sondern auch davon, ob überhaupt Gemeinschaftlichkeit gegeben ist, dh in Bezug auf welche Güter zwischen wem genau ein Gemeinschaftsverhältnis besteht, sodass ihre Ungleichverteilung einer guten Begründung bedarf. Insbesondere, aber eben nicht ausschließlich, handeln Verteilungsdiskussionen davon, ob wir in Bezug auf materiellen Wohlstand eine Gemeinschaft bilden, mithin ob dieser im Wege gesamtgesellschaftlicher Kooperation erzeugt wird oder lediglich ein errechnetes Aggregat individueller Nutzen aus Tauschgeschäften auf dem Markt ist, ein statistisches Artefakt, aber kein Verteilungsgegenstand. Ebenso geht es darum, wer Teil des Kooperationszusammenhangs ist und also prinzipiell verteilungsgerechtigkeitsbegründete Ansprüche hat oder inwiefern der Wohlstand nicht bloß einer Gesamtheit von Kooperierenden zuzurechnen ist, sondern einer Gemeinschaft, zu der auch (manche) „Unproduktive“ gehören.

Oftmals werden Verteilungsnormen nicht als solche erkannt, weil Verteilungsnormen selten *nichts anderes* sind. Der Verteilungsnormcharakter von Regeln, die Steuerlasten sowie Transfer- und Sozialleistungen zuweisen, ist offenkundig, jener von Regeln, die definieren, was unter welchen Bedingungen zwischen wem getauscht werden kann, von Regeln, die wie das Antidiskriminierungs-, Konsumentenschutz- und Arbeitsrecht die Vertragsfreiheit beschränken, hingegen weniger.¹¹ Verteilungsgerechtigkeit, ja überhaupt Gerechtigkeit, zu gewährleisten ist nicht der einzige und oft auch nicht der vorrangige Normzweck – selbst wenn wir annehmen, dass die Gerechtigkeit bei der Verfolgung anderer öffentlicher Interessen immer zumindest als Nebenbedingung normativ relevant bleibt. Gerade die vermögenswerten Güter, die wir besitzen, besitzen wir nicht direkt

9 Vgl Koller, Zur Semantik der Gerechtigkeit, in Koller (Hrsg), Gerechtigkeit im politischen Diskurs der Gegenwart (2001) 19 (29ff).

10 Vgl Koller, Gesellschaftsauffassung und soziale Gerechtigkeit, in Frankenberg (Hrsg), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft (1994) 129 (132ff).

11 Vgl dazu Arnold, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht (2014); Kordana/Tabachnick, Rawls and Contract Law, George Washington Law Review (2005) 598; Davidov, Distributive Justice and Labour Law, in Collins/Lester/Mantouvalou (Hrsg), Philosophical Foundations of Labour Law (2018) 141.

aufgrund einzelner Verteilungsakte einer zentralen Instanz. Sie resultieren vielmehr aus Tauschgeschäften, Schenkungen und Erbschaften oder auch aus Verletzungen unserer Rechte durch Andere, aus denen uns Ansprüche entstehen (man denke an Schadenersatz). Dennoch lässt sich zu jedem Zeitpunkt von einer „Verteilung“ dieser Güter sprechen.

2.3. Der fundamentale Charakter der Verteilungsgerechtigkeit

Verteilungsgerechtigkeit ist nur eine Form der Gerechtigkeit. Gleichwohl ist sie insofern fundamental, als alle anderen Formen der Gerechtigkeit, nämlich Tausch-, politische und korrektive Gerechtigkeit¹², bereits eine Verteilung von Gütern und Lasten voraussetzen. Ungerechtigkeiten dieser Anfangs- oder Hintergrundverteilung können die anderen Formen der Gerechtigkeit unmöglich machen. Das heißt, zwischen distributiver und den anderen Formen der Gerechtigkeit besteht eine Asymmetrie. So ist Verteilungsgerechtigkeit ohne gerechte Herrschaft, ja überhaupt ohne Herrschaft iSv kollektiv verbindlichem Entscheiden denkbar (wenn auch nicht wahrscheinlich). Politische Gerechtigkeit dagegen können wir uns ohne gerechte Verteilung bestimmter Ressourcen, etwa von Freiheits- und Partizipationsrechten, gar nicht vorstellen. Ähnlich verhält es sich mit Verteilungs- und Tauschgerechtigkeit. Wir können uns ein Bild von Verteilungsgerechtigkeit ohne Tauschgerechtigkeit machen. Aber soweit Tauschgerechtigkeit die Gerechtigkeit der Bedingungen des Zustandekommens von Tauschgeschäften ist, hängt sie auch von der Verteilung der Ressourcen zwischen den Tauschparteien vor der Transaktion ab. Die Anwendung von Regeln der korrektiven (restitutiven wie retributiven) Gerechtigkeit wiederum setzt ein Unrecht voraus, dessen Definition seinerseits Annahmen über die Gerechtigkeit von vorgängigen Güterverteilungen impliziert. Umgekehrt können wir aber ohne weiteres eine Konzeption der Verteilungsgerechtigkeit entwickeln, die gänzlich ohne Rekurs auf korrektive Gerechtigkeit auskommt.

2.4. Die Gegenstände der Verteilung: Rechte und Pflichten

Der Sonderstatus der Verteilungsgerechtigkeit wird noch leichter verständlich, wenn man sich vor Augen führt, was *eigentlich* verteilt wird, gerade mittels Rechtsnormen, nämlich Rechte und Pflichten.¹³ Schon ganz basale Rechte (Grundrechte, Menschenrechte) und die ihnen korrespondierenden Pflichten können gleich oder ungleich verteilt sein.¹⁴ Da wir wie selbstverständlich von der Gleichheit basaler Rechte ausgehen bzw diese aufgrund der Gleichheit fundamentaler Interessen als irgendwie „natürlich“ betrachten,

12 Vgl Koller in Koller 31ff.

13 Vgl Hinsch, Distributive Gerechtigkeit, in Goppell/Mietb/Neuhäuser (Hrsg), Handbuch Gerechtigkeit (2016) 77 (77f).

14 „Ungleichverteilung“ kann hier mindestens dreierlei bedeuten: (i) dass sie nicht wirklich jeder Person zugestanden werden; (ii) dass sie sich nicht bei jeder Person aus dem jeweils selben Bündel konkreterer Rechte zusammensetzen; und (iii) dass die Rechte der Einzelnen nicht jeweils dasselbe Gewicht haben.

fällt uns oft nicht auf, dass wir es mit einer Verteilung von Gütern und Lasten zu tun haben – solange diese Gleichheit nicht effektiv infrage gestellt wird.

Nun mögen gleiche Freiheits- und Abwehrrechte und gewisse Solidaritätsansprüche nicht primär oder gar allein mit Verteilungsgerechtigkeitserwägungen begründet werden. Die Frage, wer was und wie viel zur Realisierung dieser Rechte beizutragen hat, lässt sich hingegen nur als Frage der gerechten Verteilung verstehen. Soweit etwa die Realisierung der Rechte auf Leben, Gesundheit und Bildung als Staatsaufgabe die Gewährleistung von Subsistenz und medizinischer Versorgung sowie eine bestimmte Organisation des Schulsystems erfordert, stellt sich ua die Frage, wer sich in welchem Umfang an der Finanzierung der dazu nötigen Leistungen beteiligen soll.

Als ein System der *Verteilung von Rechten und Pflichten* augenfälliger ist das Gemeinschaftsverhältnis, in welchem wir uns nach nicht-neoliberaler Auffassung befinden, wenn wir Güter produzieren, an denen privates Eigentum bestehen kann. Produktionsverhältnisse sind, wenigstens in der modernen Gesellschaft, Rechtsverhältnisse. Sie ergeben sich aus einer Verteilung von Nutzungs- und Verfügungsrechten sowie allgemeinen Kompetenzrechten wie der mehr oder weniger stark beschränkten Vertragsfreiheit („predistribution“). Diese Verteilung kann schon als *direkt vom Gesetzgeber vorgenommene* sehr ungleich sein (man denke etwa an den früheren expliziten Ausschluss von Frauen von einzelnen Berufen oder an signifikante Einschränkungen ihres Rechts, überhaupt einer Erwerbsarbeit nachzugehen), und erst recht *als eine durch Gesetze bloß ermöglichte*. Letzteres ist besonders leicht erkennbar dann der Fall, wenn sich das Eigentum an Produktionsmitteln bei einer recht kleinen Gruppe konzentriert. Hinsichtlich dessen, was im Wege der Kooperation erwirtschaftet wird, kann man ebenfalls ein Gemeinschaftsverhältnis annehmen. Insoweit ein solches existiert¹⁵, ist der Ertrag zu verteilen. Und auch das geschieht in Form der Zuweisung von Rechten (Eigentumsrechten im engen, privatrechtlichen Sinne, Mindestlohnansprüchen, Ansprüchen auf Transfer- und Sozialleistungen etc). Wir verteilen mittels Rechtsregeln also nicht direkt Produktionsmittel, Erträge, Einkommen, Vermögen, Arbeitsplätze, Arbeits- und Freizeit sowie Chancen und Risiken, sondern *Rechte* zu, auf und an etwas mitsamt den korrespondierenden Pflichten.

Mitunter sind auch nur Pflichten zu verteilen, Pflichten, die nicht aus subjektiven Rechten folgen. Dazu zählen Abgabepflichten, die zur Finanzierung öffentlicher Güter auferlegt werden, oder Pflichten zur Reduktion von klimaschädlichen Emissionen. Letztere konstituieren ein „public bad“. Sie gehören zu den sozialen Kosten des Gebrauchs einer Vielzahl von individuellen Rechten, begründen mithin ein Gemeinschaftsverhältnis, tatsächlich sogar ein globales, und werfen sowohl theoretisch als auch politisch-praktisch knifflige Verteilungsfragen auf. Der Bezug solcher Pflichten zu Rechten besteht darin, dass sie letztere beschränken und damit näher definieren.

15 Auch in einem halbwegs realistischen *Idealbild* stellt sich die Wirtschaft nicht *ausschließlich* als eine gemeinschaftliche Unternehmung dar. Sie besteht außerdem noch aus Tausch-, Herrschafts- und Unrechtsbeziehungen. Vgl Koller, Ökonomische Verteilungsgerechtigkeit, in *Langbehn* (Hrsg), Recht, Gerechtigkeit und Freiheit (2006) 79.

3. Beziehungen und Verteilungen

3.1. Der Einwand der Beziehungshaftigkeit von Rechten

All dem und damit dem eben skizzierten weiten Verteilungsverständnis könnte entgegengehalten werden, dass Rechte gar keine verteilungsfähigen Güter seien, sondern Beziehungen. So etwa *Iris Young*: „What does distributing a right mean? One may talk about having a right to a distributive share of material things, resources, or income. But in such cases it is the good that is distributed, not the right. [...] Rights are not fruitfully conceived as possessions.“¹⁶ Doch wenn Rechte übertragen werden können, warum soll es dann nicht möglich sein, sie zu verteilen? Die Antwort könnte lauten: „Weil sie *vor* der Verteilung gar nicht existieren; weil es, genau genommen, die Verteilung anderer Güter ist, die die Rechte erst *erzeugt*.“ Aber was verteilen wir dann, wenn sich ein gemeinsames Gut (wie etwa ein PC oder ein Kfz) nicht ohne völligen Wertverlust aufteilen lässt? Wir verteilen Rechte (etwa Nutzungsrechte) und Pflichten (etwa Wartungspflichten) in Bezug auf dieses Gut.

Natürlich sprechen wir in Verteilungsdiskursen nicht *nur* über Rechte, sondern auch und sogar überwiegend von den Interessen, auf die sich Rechte beziehen bzw deren Schutz oder Beförderung sie dienen: Wohlfahrtsinteressen und Freiheitsinteressen. Diese Interessen begründen erst den Wert der Rechte für die Einzelnen. Deshalb können Verteilungsgerechtigkeitsdebatten nicht gänzlich losgelöst von Debatten darüber geführt werden, was wertvoll ist, was ein Leben zu einem guten Leben macht. Zudem sprechen wir, wie oben gesagt, darüber, ob, inwieweit und zwischen wem in Bezug auf bestimmte Güter ein Gemeinschaftsverhältnis vorliegt, welches eine Verteilung von Rechten und Pflichten nach Normen der Verteilungsgerechtigkeit erfordert. Insofern ist der Anerkennungs- und damit auch Inklusionstopos Teil des Verteilungsgerechtigkeitsdiskurses.

Kritikerinnen wie *Young* haben allerdings einen Punkt: Rechte sind tatsächlich Beziehungen, nämlich zwischen einem Rechtssubjekt und mind einer Rechtsadressatin, mag es sich dabei um Einzelmenschen oder Kollektive handeln. Letztere ist ersterem zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet. Und wie Rechte Beziehungen sind, so ist auch soziale Gleichheit, auf die es diejenigen, die hauptsächlich von „Distributionen“ sprechen, genauso abgesehen haben wie diejenigen, denen es um Strukturen der „Anerkennung“ bzw die „Inklusivität“ der Gesellschaft geht, essenziell eine Beziehung (und eben nicht bloß ein bestimmtes Verteilungsmuster).¹⁷ Doch das können gerade solche Distributionistinnen, die für „Güter“ „Rechte“ einsetzen, ohne weiteres akzeptieren. Sie fügen lediglich hinzu, dass sich Rechte, wie viele andere Dinge auch, auf verschiedene Weisen beschreiben lassen, eben als Beziehungen *und* als verteilungsfähige Güter, und dass nicht beide Beschreibungen jederzeit gleich nützlich sind.

¹⁶ *Young*, Justice and the Politics of Difference (1990) 25.

¹⁷ Vgl *Fourier/Schuppert/Wallimann-Helmer* (Hrsg), Social Equality. On What It Means to Be Equal (2015).

3.2. Die Unzulänglichkeit der Beziehungssprache

So ist die distributive Beschreibung¹⁸ mind dann vorzugswürdig, wenn wir uns auf eine Ebene jenseits sozialer Mikrokontexte beziehen. Beziehungen auf gesamtgesellschaftlicher Ebene sind nämlich naturgemäß über Güter- und Lastenverteilungen vermittelt. Die relationistische Sprache, die Sprache der (wechselseitigen) Anerkennung, der Inklusion in ein Beziehungsgefüge, mit ihrem Vokabular des Respekts, der Toleranz, der Diversität und der Integration, verfügt, so meine ich, über keine hinreichenden begrifflichen Ressourcen, um zu erklären, worin solche abstrakten Verhältnisse bestehen. Womöglich ist es nicht zuletzt diese Sprache, die den Blick mancher Egalitärer weglenkt von Fragen der politischen Ökonomie und einengt auf konkrete Diskriminierungs- und Ausgrenzungsphänomene. Nicht dass man mit Bezug auf die gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse nicht von Unterdrückung, Ausbeutung, Marginalisierung und Ausschließung sprechen könne. Aber wie genau diese Phänomene der Gesamtgesellschaft¹⁹ zuzuschreiben sind und was man dagegen ohne naive wie potenziell verderbliche Feinsteuerungsambitionen unternehmen kann, lässt sich am besten in einer distributiven Sprache erhellen.²⁰

Was den Inklusionstopos im Speziellen betrifft: Die meisten sozialen Probleme sind nicht derart einfach strukturiert, dass man sie mit der Unterscheidung Inklusion/Exklusion erfassen könnte. Auch der Befund einer Marginalisierung diesseits der Exklusion bleibt, wenn er nicht schon in Begriffen der Verteilung von (Macht-)Ressourcen ausgeführt ist, lediglich eine Problembezeichnung, im Gegensatz zu einer nützlichen Beschreibung. Insbesondere aber verführt die Sprache der Inklusion leicht zu einem allzu starken Fokus auf gut identifizierbare, notorisch diskriminierungsgefährdete Gruppen und damit zu einer gewissen Oberflächlichkeit in der Analyse und Kritik sozialer Zustände, nämlich zu einer Charakterisierung systemisch-struktureller Ungerechtigkeiten als bloße Repräsentationsdefizite. Gerade Letzteres wird progressiven Neoliberalen von weniger anpassungsbereiten Egalitären vorgeworfen, etwa von *Adolph Reed* in seiner polemisch zugespitzten Beschreibung ihrer Vorstellung einer akzeptablen sozialen Ordnung: „[W]ithin that moral economy a society in which 1% of the population controlled 90% of the resources could be just, provided that roughly 12% of the 1% were black, 12% were La-

18 *Somek* (From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination, *European Law Journal* 2012, 711) spricht von unterschiedlichen „social democratic imaginations“ und bevorzugt wie ich grundsätzlich das distributive Bild, meint aber anders als ich, dass dieses Bild gleichsam notwendig komunitär bzw nichtkosmopolitisch gerahmt ist.

19 Im Gegensatz zu einzelnen, wenn auch massenhaften Interaktionen, mit denen sich die Gerichte und diverse Hashtag-Initiativen befassen.

20 Freilich wäre umgekehrt auch die Vorstellung naiv, mit einer elaborierten Konzeption von Verteilungsgerechtigkeit über die Grundstruktur der Gesellschaft als Ganze disponieren zu können. Ohnehin sind Konzeptionen der Verteilungsgerechtigkeit typischerweise nicht direkt übersetzbar in bestimmte Politiken. Aber sie können Teil einer „public philosophy“ sein, die als Analyse- und Begründungsrahmen dient, Politiken in verschiedenen Bereichen eine über Verfassungskonformität hinausgehende Kohärenz verleiht und uns hilft zu bestimmen, wo welche Kompromisse (noch) akzeptabel sind. Zum Begriff der „public philosophy“ s *Ceaser*, *What Is the Public Philosophy? Perspectives on Political Science* (2001) 9.

tino, 50% were women, and whatever the appropriate proportions were LGBT people. It would be tough to imagine a normative ideal that expresses more unambiguously the social position of people who consider themselves candidates for inclusion in, or at least significant staff positions in service to, the ruling class.²¹ Diesen Vorwurf der Blindheit gegenüber „tiefergehenden“ Ungerechtigkeiten mag man für ein wenig übertrieben halten. Doch insofern Anerkennung und Inklusion, neben ausgewogener Repräsentation, hauptsächlich Schutz durch gleiche Menschenrechte und Gewährleistung von Subsistenz (die Möglichkeit, ein anständiges, würdevolles Leben zu führen) bedeuten, könnte man in diesem Diskurs durchaus eine gewisse Deflationierung des egalitären Gerechtigkeitsprogramms sehen.²²

Hinzu kommt, dass strukturell und institutionell benachteiligte Gruppen sehr verschieden sind und mit sehr unterschiedlichen Problemen zu kämpfen haben. Manche sind überdies gar keine plausiblen Kandidaten für „Inklusion“ (etwa Rechtsradikale), oder kommen für bestimmte Inklusionsmaßnahmen wie zB Affirmative-Action-Programme kaum infrage (etwa US-Konservative mit akademischen Ambitionen in bestimmten Disziplinen²³). Kurz, der Inklusionsdiskurs selbst ist, um nennenswert weit vom Fleck weg zu kommen und insofern mit Inklusion von wem immer auch Kosten für andere einhergehen, auf die „überkommene“ Begrifflichkeit der Verteilungsgerechtigkeit angewiesen. Die Limitationen des Anerkennungs- und Inklusionsdiskurses machen sich besonders bei der Analyse *wirtschaftlicher* Entwicklungen bemerkbar. Hier liegt das Problem nicht bloß in der Ungenauigkeit der Sprache, sondern in ihrer Tendenz, zu verzerrten Darstellungen realer Verhältnisse und zur Verkennung von Interessenlagen beizutragen. Allzu leicht reproduziert man mit ihr fragwürdige Kulturalisierungen sozialer Konflikte und spielt jenen in die Hände, welche gerne „Einheimische“ gegen „Fremde“ ausspielen, um nicht wirklich etwas gegen die immer größer werdende ökonomische Ungleichheit unternehmen zu müssen. Nicht dass sie dadurch gerechtfertigt würden, aber Ressentiments können auch Nebenprodukt eines moralisierenden Anerkennungs- und Inklusionsdiskurses sein, dh von ständigen Aufforderungen zur Toleranz, Verurteilungen von Rassismus etc.²⁴

21 Reed, From Jenner to Dolezal: One Trans Good, the Other Not So Much, Common Dreams v 15.6.2015, commondreams.org/views/2015/06/15/jenner-dolezal-one-trans-good-other-not-so-much (13.11.2018). Vgl auch *Somek*, European Law Journal 2012, 718.

22 Vgl *Moyms*, Not Enough. Human Rights in an Unequal World (2018).

23 Vgl etwa *Haidt*, The Bright Future of Post-Partisan Social Psychology, Edge v 2.11.2011, edge.org/conversation/the-bright-future-of-post-partisan-social-psychology (14.01.2019)

24 Allerdings ist hier eine gewisse Relativierung angebracht: Was an Solidarität, Gemeinsinn und sonstigen Tugenden in der Bevölkerung verbreitet ist, ist auch aus distributionistischer Perspektive nicht gänzlich irrelevant für die Gestaltung rechtlicher Institutionen. Vgl *Bowles*, The Moral Economy. Why Good Incentives Are No Substitute for Good Citizens (2016). Da dieses Ethos durch öffentliche Diskurse verstärkt, geschwächt und verändert werden kann, sollten Tugenddebatten auch dann nicht als glatte Themenverfälschungen abgetan werden, wenn es um Makropolitik geht. Zur Frage, welche individuellen moralischen Pflichten wir als Teil der sozialen Gerechtigkeit, gerade der wirtschaftlichen Verteilungsgerechtigkeit, annehmen müssen, siehe *Cohen*, If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich? (2000) Kap 8 u 9; *Pogge*, On the Site of Distributive Justice: Reflections on Cohen and Murphy, Philosophy and Public Affairs (2000) 137.

Die Anerkennungs- und Inklusionsterminologie hat zweifellos ihren Platz im Diskurs darüber, in welcher Hinsicht wir eine Gemeinschaft bilden und wen wir als zu dieser Gemeinschaft gehörig, mithin als Subjekt anzuerkennen haben, das Ansprüche aus dem Titel der Verteilungsgerechtigkeit besitzt – und ebenso dort, wo wir es gar nicht oder nicht *in erster Linie* mit Verteilungsproblemen zu tun haben.²⁵ Dementsprechend wird sie auch von ansonsten distributionistisch Denkenden und Sprechenden verwendet. Probleme entstehen, wenn diese Terminologie für eine *Alternative* zum Verteilungsvokabular gehalten wird – was den Kritikern des progressiven Neoliberalismus zufolge in den letzten Jahrzehnten allzu oft der Fall war.

4. Fazit und etwas Spekulation

Soziale Gerechtigkeit ist nicht der einzige politisch maßgebliche Wert. Die Frage der fairen Verteilung von Gütern und Lasten wiederum ist zwar die zentrale, aber keineswegs einzige Frage der sozialen Gerechtigkeit. Gegenstand der Verteilung sind nicht bloß Einkommen und Vermögen, sondern auch Freiheiten, Arbeitsplätze, Chancen, Risiken und sonstige Güter, zuallererst oder letzten Endes aber Rechte und Pflichten. Deren Verteilung ergibt sich überwiegend nicht direkt aus einzelnen Verteilungsakten eines Gesetzgebers, sondern aus einer Praxis, die durch (Rechts-)Regeln geleitet ist, die neben einer Verteilungsfunktion noch zahlreiche andere Funktionen aufweisen können.

Rechte sind zwar nicht bloß Güter, sondern auch, und wenn man so will: in ihrem *innersten Wesen*, Beziehungen. Wenn es jedoch um die Gerechtigkeit umfassender gesellschaftlicher Ordnungen geht, ist die Rede von Verteilungen der Rede von Beziehungen prinzipiell vorzuziehen. Letztere führt eher und allzu weit auf tugendethisches Terrain. Damit erweist sie sich in vielen Debatten über soziale Gerechtigkeit als ungeeignet zur hinreichend genauen Beschreibung ungerechter Ungleichheiten und ihrer strukturellen Bedingungen sowie zur Begründung institutioneller Reformen.

Zum Schluss noch eine Vermutung: Ganz allgemein scheint mir, dass gerade Egalitäre in den Rechtswissenschaften nicht nur besonders häufig (und das keineswegs völlig zu Unrecht) auf zivilisatorischen Fortschritt durch höchstgerichtliche Entscheidungen setzen, sondern sich in politischen Debatten außerdem vorzugsweise einer Sprache der Anerkennung und Inklusion bedienen. Das könnte zwei Gründe haben: (i) Sie sind in der distributiven Sprache weniger geübt. Zumal juristisches Denken tendenziell *nach* der Distribution einsetzt bzw. distributive Erwägungen nur in homöopathischen Dosen (vor allem im Rahmen von unvermeidlichen Interessenabwägungen und teleologischen Argumentationen) zulässt. (ii) Der juristische Blick ist ein Blick auf einzelne Fälle und Fallkonstellationen, welche ihrerseits Mikrokontexte konstituieren. Und auf dieser Ebene erweist

²⁵ Also etwa in Debatten über den angemessenen (familien-)rechtlichen Status verschiedener Formen des Zusammenlebens, über die Grenzen religiöser Toleranz, über effizienten Gewaltschutz oder über Bildungsinhalte.

sich die Sprache der Anerkennung und Inklusion, wenn schon nicht unbedingt als alternativlos, so doch als naheliegend. Umfassende Systeme der Verteilung von Rechten und Pflichten hingegen, mithin auch makrosystemische Bedingungen für Diskriminierungen, und erst recht soziale Ungleichheiten, die sich schwerlich als Diskriminierungen begreifen lassen, entziehen sich in aller Regel dem juristischen Blick.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum lehrt und forscht am Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen der Universität Graz; christian.hiebaum@uni-graz.at

Sozio-ökonomische Ungleichheit und konventionsrechtliche Diskriminierungsverbote

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902023601>

Tilman Altwicker

1. Einleitung

Die wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Lit lässt kaum einen Zweifel daran zu, dass sozio-ökonomische Ungleichheit, oft vereinfachend als „Schere zwischen Arm und Reich“ bezeichnet, in best Staaten seit den 1970er-Jahren zunimmt.¹ Für Deutschland wurde beispielsweise konstatiert, dass Aufstiege aus der Armut selten geworden seien.² Innerstaatlich ist sozio-ökonomische Ungleichheit längst ein politisches Dauerthema.³ Auf der internationalen Ebene war dies bislang nicht der Fall: Während der Kampf gegen extreme Armut bereits seit den 1990er-Jahren einen Schwerpunkt internationaler Politik (insb der UN) einnimmt, beginnen Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit erst kürzlich verstärkt internationale Aufmerksamkeit zu erlangen.⁴ Wegweisend wirkt hierbei insb die Agenda 2030 für Nachhaltige Entwicklung der UN, die erstmals international das Ziel der Verringerung von Ungleichheit in und zwischen Staaten formuliert hat.⁵ Dieser Prozess wird inspiriert von der wachsenden Kritik an einer unzureichend gesteuerten wirtschaftlichen Globalisierung,⁶ der Kritik am Neoliberalismus⁷ sowie von Ansätzen zu einer alternativen, transnationalen Rechtspolitik.⁸ Von der Völkerrechtswissenschaft wird diese Entwicklung etwa im Rahmen einer sozialen Deutung des globalen Konstitutionalismus untersucht.⁹

-
- 1 Vgl *Piketty*, Das Kapital im 21. Jahrhundert (2013) 31; vgl auch die Nachweise bei *Alston*, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, A/HRC/29/31 2015, Abs 8.
 - 2 Vgl *Chassé*, Diskriminierung von Armen und sozial Ausgegrenzten, in *Scherr/El-Malfaiani/Yüksel* (Hrsg), Handbuch Diskriminierung (2017) 479 (481).
 - 3 Vgl etwa in der Schweiz die erfolgreiche eidgenössische Volksinitiative „gegen die Abzockerei“, die den als überhöht empfundenen Vergütungen des obersten Managements von börsenkotierten Aktiengesellschaften Einhalt bieten soll, AS 2013 1303, 15.5.2013.
 - 4 Zur Entwicklung vgl *Doz Costa*, Poverty and Human Rights: From Rhetoric to Legal Obligations – A Critical Account of Conceptual Frameworks, SUR – International Journal on Human Rights 2008, 81.
 - 5 UNGA Res A/RES/70/1, 21.10.2015, Ziel 10. Vgl vorher schon UNGA Res A/RES/66/288, 11.09.2012, Annex Abs 4.
 - 6 Vgl *Milanovic*, Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization (2018).
 - 7 Vgl *Ostry/Loungani/Furceri*, Neoliberalism: Oversold? Finance & Development 2016, 38; *Brown*, Sacrificial Citizenship: Neoliberalism, Human Capital and Austerity Politics, Constellations 2016, 3.
 - 8 Vgl *Fischer-Lescano/Möller*, Der Kampf um globale soziale Rechte (2012) 39, 51.
 - 9 Vgl *Peters*, Global Constitutionalism: The Social Dimension, in *Peters/Suami/Vanoverbeke/Kumm* (Hrsg), Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives (2018) 277.

Dass sozio-ökonomische Ungleichheit faktisch den Genuss best Menschenrechte beeinträchtigen kann, ist bekannt. So zeigt der UN-Berichterstatter für extreme Armut und Menschenrechte, *Philip Alston*, ua anhand empirischer Studien auf, dass starke Korrelationen zwischen sozio-ökonomischer Ungleichheit und Gewaltkriminalität in wohlhabenden Staaten und solchen mit mittleren Einkommen beständen, aber auch Zusammenhänge von Ungleichheit mit politischer Instabilität und dem Genuss sozio-ökonomischer und kultureller Rechte (wie Zugang zu Gesundheitsversorgung, Bildung).¹⁰ Zu ergänzen ist, dass sozio-ökonomische Ungleichheit Auswirkungen auf die Rechtsdurchsetzung hat, da mittellose Personen weniger oft den Rechtsweg beschreiten.¹¹

Welchen Beitrag können menschenrechtliche Diskriminierungsverbote zur Lösung der Probleme, die mit steigender sozio-ökonomischer Ungleichheit verbunden sind, leisten? Dieser Frage soll hier am Bsp der Diskriminierungsverbote nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nachgegangen werden.¹² Diesbezüglich wird nachfolgend die These begründet, dass einerseits einer konventionsrechtlichen Korrektur der innerstaatlichen Verteilung sozio-ökonomischer Güter best Grenzen gezogen sind, dass aber andererseits das Potential der Diskriminierungsverbote nach der EMRK idZ auch noch nicht voll ausgeschöpft ist. Diese These wird in folgenden Schritten begründet: Zunächst werden Verbindungen zwischen einflussreichen, philosophischen Theorien der Verteilungsgerechtigkeit gezogen sowie begründet, unter welchen Bedingungen sozio-ökonomische Ungleichheit zwischen Individuen überhaupt zu einem Anti-Diskriminierungsproblem werden kann. Sodann wird beleuchtet, wie Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit unter den Diskriminierungsverboten der EMRK zu behandeln sind. Abschließend geht es um das Entwicklungspotential, das die konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbote aufweisen hinsichtlich der Behandlung der mit sozio-ökonomischer Ungleichheit verbundenen Probleme.

2. Soziale und ökonomische Ungleichheit – Von der Verteilungsgerechtigkeit zum Anti-Diskriminierungsrecht

Begrifflich geht es bei Fragen sozio-ökonomischer Ungleichheit um die Verteilung best Güter in einer Gesellschaft, wobei in der rechtlichen Betrachtung zunächst offen bleiben kann, um welche es sich genau handelt.¹³ Entscheidend ist die Ungleichheit in der Verteilung zweier Klassen von Gütern: „Soziale Ungleichheit“ bezieht sich auf die Verteilung

10 Vgl *Alston*, A/HRC/29/31 2015, Abs 26ff.

11 Vgl *Gilles*, *Class Warfare: The Disappearance of Low-Income Litigants from the Civil Docket*, *Emory Law Journal* 2016, 1531.

12 Europäische Menschenrechtskonvention, 4.11.1950, ETS Nr 5, 213 UNTS 222.

13 Der Grund ist, dass es sich bei den Gleichheitsrechten um inhaltsoffene, modale Rechte handelt, die eine Art und Weise des hoheitlichen Handelns betreffen, vgl dazu *Altwickler*, *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz* (2011) 44f. Anders in der ethischen Diskussion, vgl *Koller*, *Recht und soziale Verteilungsgerechtigkeit in soziologischer und ethischer Perspektive*, in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter* (Hrsg), *Verteilungsgerechtigkeit im Recht* (2017) 25 (45).

politischer Macht (zB Zugang zu politischen Ämtern) sowie auf die Verteilung gesellschaftlich produzierter Güter (zB Zugang zu Gesundheitsversorgung, Bildung, Obdach).¹⁴ „Ökonomische Ungleichheit“ betrifft die Verteilung wirtschaftlicher (dh marktfähiger) Ressourcen (zB Einkommen, Eigentum, weitere Vermögenswerte).¹⁵ Anders als bei Armut, bei der es um das Problem fehlender materieller Grundsicherung des Einzelnen (unabhängig von anderen) geht, bezieht sich sozio-ökonomische Ungleichheit auf die relative Position des Einzelnen (oder Gruppen) zu anderen in der Gesellschaft. Fragen der Entstehung und des richtigen staatlichen Umgangs mit sozio-ökonomischer Ungleichheit sind klassische Probleme philosophischer Theorien der Verteilungsgerechtigkeit.¹⁶ Für die menschenrechtliche Diskussion haben dabei *John Rawls*‘ zweiter Gerechtigkeitsgrundsatz sowie *Amartya Sen* und *Martha Nussbaums* Fähigkeitenansatz („capability approach“) wesentliche Impulse geliefert.¹⁷ *Rawls*‘ zweiter Gerechtigkeitsgrundsatz benennt die Bedingungen, unter denen soziale und ökonomische Ungleichheiten in einer Gesellschaft gerechtfertigt sind, und erblickt diese im Prinzip der fairen Chancengleichheit (betreffend Ämter und Positionen) und, diesem nachgeordnet, dem Differenzprinzip (betreffend Einkommen und Vermögen).¹⁸ Von Bedeutung ist, dass *Rawls* eine faire und nicht bloß eine formale Chancengleichheit verlangt; dies erfordert eine folgenbezogene Betrachtung, die auch subtilere Formen der Diskriminierung berücksichtigt.¹⁹ Weiterhin stellt das Differenzprinzip eine grundsätzliche Gleichverteilungsvermutung auf.²⁰ Daraus folgt, dass jede Ungleichverteilung ökonomischer Güter einer Rechtfertigung bedarf, wobei der einzig mögliche Rechtfertigungsgrund in der Aufwertung der sozialen Mindestposition erblickt wird.²¹ Das Differenzprinzip legt ferner einen asymmetrischen Ansatz nahe, der bei ökonomischen Verteilungsfragen die bei Berücksichtigung der Auswirkungen auf die sozial Schlechtestgestellten verlangt.²² Ähnlich bedeutsam ist der Fähigkeitenansatz von *Sen* und *Nussbaum*. Entscheidender Unterschied zu *Rawls* ist der Fokus auf Fähigkeiten anstelle von Gütern. Mit dem Fähigkeitenansatz ist insb die Idee verbunden, Lebensqualität an den menschlichen Fähigkeiten zu messen, also daran, „was die Menschen tatsächlich zu tun und zu sein in der Lage sind.“²³ Für das Anti-Diskriminierungsrecht ist bedeutsam, dass der Fähigkeitenansatz zunächst dazu dient, relevante Ungleichheiten zu identifizieren.²⁴ Zudem erlaubt der Fähigkeitenansatz

14 Vgl *Alston*, A/HRC/29/31 2015, Abs 6.

15 Vgl *Alston*, A/HRC/29/31 2015, Abs 5.

16 Für einen Überblick vgl *Kersting*, Philosophische Theorien der Verteilungsgerechtigkeit: Eine Skizze, in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter* (Hrsg), Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017) 1.

17 *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairneß: Ein Neuentwurf (2006) 78ff; *Sen*, The Idea of Justice (2010) 231ff; *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit (2010) 103ff.

18 Vgl *Rawls*, Gerechtigkeit 78.

19 Vgl *Altwicker*, Gleichheitsschutz 410.

20 Vgl *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1998) 96.

21 Vgl *Altwicker*, Gleichheitsschutz 410; vgl auch *Koller* in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter* 45.

22 Vgl *Altwicker*, Gleichheitsschutz 410f.

23 *Nussbaum*, Grenzen 104.

24 Vgl *Sen*, Inequality Reexamined (1992) 12ff.

eine empirische Messbarkeit, mit der sich anhand von Indikatoren feststellen lässt, wie erfolgreich ein Staat etwa bei der Beseitigung von Formen der Diskriminierung ist.²⁵

Allerdings führt kein gerader Weg von philosophischen Theorien der Verteilungsgerechtigkeit zum positiven Recht. Zu bedenken ist zunächst ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Rechtsproblemen und dem Gerechtigkeitsproblem: So beziehen sich Rechtsprobleme (schon wegen der Zuschreibung von Verantwortlichkeiten) primär auf die (Un-)Gleichheit von Behandlungen, während das primäre Bezugsobjekt der philosophischen Gerechtigkeitsdiskussion in Zuständen der Gleichheit/Ungleichheit besteht.²⁶ Angesichts der politischen Realitäten in westlichen Verfassungsstaaten ist es nicht verwunderlich, dass die weitreichenden Konsequenzen aus *Rawls*' Differenzprinzip für die staatliche Gesetzgebung in der Praxis noch kaum gezogen wurden.²⁷ Ein wenig besser sieht es für *Sens* und *Nussbaums* Fähigkeitenansatz aus: So hat dieser Ansatz immerhin zu einem gewandelten Fokus innerhalb des UN Development Program geführt.²⁸

3. Sozio-ökonomische Ungleichheit und konventionsrechtliche Diskriminierungsverbote

Die philosophische und politische Bedeutsamkeit der Probleme sozio-ökonomischer Verteilungsgerechtigkeit steht in einem gewissen Kontrast zu deren rechtlicher Erfassbarkeit, wie nachfolgend am Bsp der konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbote gezeigt werden soll. Rechtlich betrachtet ist nicht die Ungleichheit zwischen Personen das Problem, sondern die qualifiziert benachteiligende Behandlung im Vergleich zu Personen in ähnlicher Lage, die nicht gerechtfertigt werden kann.²⁹ Die Erfassung sozio-ökonomischer Ungleichheit unter den konventionsrechtlichen Diskriminierungsverboten (Art 14 und Art 1 ZP 12 EMRK) wirft insb drei komplexe dogmatische Fragen auf: das Problem der strukturellen Priorität der Freiheitsrechte im Kontext von Art 14 EMRK, das Problem der schwachen, „klassenbezogenen“ Differenzierungsgründe und das Problem eines folgenbezogenen Anti-Diskriminierungsrechts.

3.1. Akzessorität: Strukturelle Priorität der Freiheitsrechte im Kontext von Art 14 EMRK

Der konventionsrechtlichen Handhabbarkeit der Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit steht eine gewisse strukturelle Priorität der Freiheitsrechte insb vor dem Dis-

25 Vgl *Fukuda-Parr*, The Metrics of Human Rights: Complementarities of the Human Development and Capabilities Approach, *Journal of Human Development and Capabilities* 2011, 73.

26 Vgl näher *Altwicker*, Gleichheitsschutz 402ff.

27 Andere Ansätze sind deutlich offener für eine Rechtfertigung ökonomischer Ungleichheit: Vgl zB *Gosepath*, Zu Begründungen sozialer Menschenrechte, in *Gosepath/Lohmann* (Hrsg), *Philosophie der Menschenrechte* (1998) 146 (177).

28 Vgl *Robeyns*, The Capability Approach in Practice, *The Journal of Political Philosophy* 2006, 351.

29 Vgl *Altwicker*, Gleichheitsschutz 113.

kriminierungsverbot aus Art 14 EMRK entgegen. Dies schlägt sich in der unselbständigen Natur des Diskriminierungsverbots aus Art 14 EMRK nieder, dessen sog Akzessorietät: Für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots ist nämlich erforderlich, dass der Regelungsbereich („ambit“) eines der übrigen Konventionsrechte berührt ist.³⁰ Obwohl der EGMR in Fragen der Regelungsbereichsberührung verhältnismäßig großzügig ist und etwa schon die bloß „thematische Einschlägigkeit“ eines Freiheitsrechts genügen lässt, handelt es sich im vorliegenden Kontext doch um eine bedeutsame Hürde.³¹ Der Grund ist folgender: Die EMRK gewährleistet explizit nur bürgerliche und politische Rechte, nicht aber wirtschaftliche und soziale Rechte.³² Die zwei Ausnahmen – das Eigentumsrecht und das Recht auf Bildung – sind nicht im Kerntext, sondern im optionalen ersten ZP geregelt.³³ Nicht immer werden Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit zugleich den Regelungsbereich von Freiheitsrechten betreffen. Erforderlich ist, dass ein Vertragsstaat negative Rechtsfolgen an die „Bedürftigkeit“ (Einkommenssituation, Obdachlosigkeit) oder die soziale Stellung einer Person knüpft³⁴ und dass zugleich der Regelungsbereich eines konventionsrechtlichen Freiheitsrechts betroffen ist. Folgende, hypothetische Szenarien kommen hier beispielhaft in Frage: Art 14 EMRK dürfte einschlägig sein, wenn die Gewährleistung überragend wichtiger Konventionsrechte wie das Recht auf Leben (Art 2 EMRK) oder Schutz vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK) aufgrund von Bedürftigkeit nicht möglich ist.³⁵ Dies wäre etwa der Fall, wenn der Staat Bedürftigen jede Subventionierung lebenswichtiger Medikamente oder in Not geratenen Personen eine lebenswichtige Operation versagt.³⁶ Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots wäre wohl ebenfalls eröffnet, wenn Eingriffe in das Recht auf Familienleben aus Art 8 EMRK (etwa der Entzug des elterlichen Sorgerechts) allein mit der Bedürftigkeit der Eltern begründet würden.³⁷ Allerdings handelt es sich um hypothetische Fälle, da der EGMR solche Konstellationen bislang allein unter einer freiheitsrechtlichen Perspektive entschieden hat. Zu Recht hat der Richter *Pinto de Albuquerque* in einer abweichenden Meinung im Fall *Garib v Niederlande* dieses Vorgehen des EGMR kritisiert.³⁸ Der Fall betraf Wohnbeschränkungen in einem

30 Der genaue Umfang der erforderlichen Betroffenheit ist umstritten, vgl *Altwicker*, Gleichheitsschutz 146ff.

31 Vgl *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), Konkordanzkommentar EMRK/GG² (2013) 1301, Rn 35.

32 Zu den Hintergründen vgl *Schmabl/Winkler*, Schutz vor Armut in der EMRK? *Archiv des Völkerrechts* 2010, 405 (407).

33 *Leitjen*, Core Socio-Economic Rights and the European Convention on Human Rights (2018) 29 und passim.

34 Die Frage, inwiefern die Bedürftigkeit bzw die soziale Stellung überhaupt anerkannte Diskriminierungsgründe darstellen, wird unten behandelt.

35 Vorausgesetzt ist, dass einer oder mehrere anerkannte Diskriminierungsgründe (zB der der „sozialen Herkunft“ oder des „Vermögens“) einschlägig sind, dazu s unten 3.2.

36 EGMR 9.4.2013, 13423/09, *Mehmet Şenturk und Bekir Şenturk/Türkei*. Für weitere Beispiele vgl *Lavrysen*, Poverty and Human Rights: A European Perspective, in *Brems/van der Beken/Yimer* (Hrsg), Human rights and Development (2015) 301 (307ff).

37 Vgl die abw Meinung des Richters *Silvis* im Fall EGMR 6.10.2015, 58455/13, *N.P./Republik Moldau*.

38 Vgl die abw Meinung des Richters *Pinto de Albuquerque* im Fall EGMR 6.11.2017, 43494/09, *Garib/Niederlande*.

Stadtbezirk Rotterdams: Die Beschwerdeführerin erhielt für den Wohnbezirk ihrer Wahl keine Wohngenehmigung, ua weil sie keiner bezahlten Arbeit nachging. Die Anwendung des Diskriminierungsverbots aus Art 14 EMRK wäre hier grundsätzlich möglich gewesen, da der Regelungsbereich des Rechts auf Freizügigkeit (Art 2 ZP 4 EMRK) betroffen war.³⁹ Dennoch entschied eine Richtermehrheit den Fall allein freiheitsrechtlich (mit dem Ergebnis, dass keine Verletzung festgestellt wurde). Die strukturelle Priorität der Freiheitsrechte zeigt sich eben auch gerade in dem problematischen Vorgehen des EGMR, auf eine separate Prüfung des Diskriminierungsverbots mit dem Hinweis zu verzichten, dass die vorzunehmenden Wertungen bereits im Rahmen der Freiheitsrechtsprüfung berücksichtigt würden.⁴⁰

3.2. „Soziale Herkunft“ und „Vermögen“: „Klassenbezogene“ Diskriminierungsgründe?

Das Potential des konventionsrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts wird auch durch das oben erwähnte Erfordernis einer qualifizierten Benachteiligung begrenzt. Die Benachteiligung (im Vergleich zu Personen in ähnlicher Lage) ist dann „qualifiziert“, wenn sie an einen personenbezogenen Diskriminierungsgrund (wie zB den des Alters oder des Geschlechts) anknüpft.⁴¹ Insofern ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass das Anti-Diskriminierungsrecht nicht (ungerechte) Verteilungen sozio-ökonomischer Güter an sich zum Gegenstand hat, sondern – wenn überhaupt – das benachteiligende „Verteilen“ dieser Güter auf der Basis personenbezogener Merkmale.

Nun legt bereits der Wortlaut des Art 14 und des Art 1 ZP 12 EMRK eine Anwendung der Diskriminierungsverbote auf Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit nahe, indem die Diskriminierungsgründe der „sozialen Herkunft“ und des „Vermögens“ explizit als relevante, personenbezogene Merkmale aufgelistet werden. Eine an die soziale Stellung oder den Besitz einer Person anknüpfende, unterschiedliche Behandlung bei der Güterverteilung scheint, *prima facie*, ein wichtiges Einfallstor zu sein, um Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit rechtlich zu lösen. In der Tat handelt es sich der Sache nach um „klassenbezogene“ Unterscheidungsmerkmale, die grundsätzlich geeignet wären, bestimmte Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit in den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote zu bringen. Allerdings sind bislang weder der Begriff der „sozialen Herkunft“ noch der des „Vermögens“ vom EGMR selbst näher bestimmt worden. Beide Diskriminierungsgründe nehmen bislang nur eine untergeordnete Rolle in der Entscheidungspraxis des EGMR ein.

Der Grund für die relative Bedeutungslosigkeit des Diskriminierungsgrunds der „sozialen Herkunft“ könnte darin zu erblicken sein, dass der Begriff selbst zu vage für eine

39 EGMR 6.11.2017, 43494/09, *Garib/Niederlande*, para 104ff.

40 *Altwickler*, Gleichheitsschutz 143 mwN.

41 Dazu *Altwickler*, Gleichheitsschutz 178ff.

Anwendung ist.⁴² Zudem scheint die Rsp einem Begriffsverständnis zuzuneigen, nach welchem unter „sozialer Herkunft“ der „ererbte soziale Status einer Person“⁴³ oder die „Abstammung und Verwurzelung von Menschen [...], vor allem die soziale Stellung der Vorfahren“⁴⁴ zu verstehen ist. Es sind indes kaum Fälle denkbar, in denen der Staat nachteilige Rechtsfolgen an die soziale Herkunft in diesem eng verstandenen Sinne knüpfen würde. Andernorts wird allerdings eine etwas weitere Begriffsbestimmung vertreten: Soziale Herkunft beziehe sich auf die Position, die der/die Einzelne durch die Geburt in einer bestimmten sozialen Klasse oder Gemeinschaft (zB aufgrund von Ethnizität, Religion oder Ideologie) erworben habe oder auf die soziale Situation, wie Armut und Obdachlosigkeit.⁴⁵ Soweit ersichtlich, hat der Diskriminierungsgrund der „sozialen Herkunft“ aber bislang nur in wenigen Fällen des EGMR überhaupt eine Rolle gespielt: Dabei wird zunächst deutlich, dass der EGMR den Diskriminierungsgrund der „sozialen Herkunft“ eng und im Zusammenhang mit dem ebenfalls explizit genannten Diskriminierungsgrund der „Geburt“ interpretiert. So ging es im Fall *Stjerna* darum, dass eine Behörde dem Beschwerdeführer verweigert hatte, den Namen eines vor über 200 Jahren verstorbenen Vorfahren anzunehmen.⁴⁶ Der Beschwerdeführer sah sich hier in seiner sozialen Herkunft betroffen, weil einer seiner Vorfahren aus einer unehelichen Beziehung stammte. Da dies für die Verweigerung der Namensänderung durch die Behörden aber keine Rolle gespielt hatte, ging der EGMR hierauf nicht näher ein. Eine gewisse sozio-ökonomische Komponente weist der Fall *Dempsey* auf.⁴⁷ Hier rügte die Beschwerdeführerin die ungleiche Behandlung in Bezug auf unentgeltlichen Rechtsbeistand in einem Adoptionsrechtsstreit. Die Beschwerdeführerin und leibliche Mutter des Kindes sah das Diskriminierungsverbot dadurch als verletzt an, dass die im Vergleich wohlhabenderen, prospektiven Adoptiveltern zügiger als sie Zugang zu unentgeltlichem Rechtsbeistand hatten.⁴⁸ Mangels Substantiierung trat der EGMR aber auf diese Rüge nicht ein und erklärte die Beschwerde für unzulässig. Auch sonst hatte die Rüge einer Diskriminierung auf der Basis der „sozialen Herkunft“ vor dem EGMR, soweit ersichtlich, keinen Erfolg.⁴⁹

Der Begriff des „Vermögens“ lässt sich als die von den Vertragsstaaten anerkannten, subjektiven Rechte an Gütern verstehen, wobei man zwischen Sach- und Geldvermögen

42 Vgl Explanatory Report to the European Convention on Nationality 6.11.1997, ETS No 166, para 43.

43 So, für den UNO-Pakt I, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 20 2.7.2009, E/C.12/GC/20, para 24.

44 So, für die EUGRCh, *Hölscheidt in Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2014) Art 21 Rn 44.

45 Vgl *European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe*, Handbook on European non-discrimination law (2018) 218.

46 EGMR 25.11.1994, 18131/91, *Stjerna/Finland*.

47 EGMR 6.4.2000, 41382/98, *Dempsey/Irland*.

48 EGMR 6.4.2000, 41382/98, *Dempsey/Irland*, para 2.

49 Vgl auch EGMR 31.8.2010, 20121/04, *Truta/Rumänien*, para 45f.

und immateriellen Vermögen unterscheiden kann.⁵⁰ Nun muss man allerdings grundsätzlich fragen, ob dieser Diskriminierungsgrund, der sowohl in Art 14 als auch in Art 1 ZP 12 EMRK genannt wird, wirklich den weiteren Begriff des „Vermögens“ oder nicht vielmehr den engeren des „Eigentums“ meint. Während die französische Fassung („la fortune“) den weiten Begriff des Vermögens nahelegt, spricht die gleichermaßen verbindliche englische Fassung von „property“. Aus den Travaux Préparatoires geht hervor, dass die ursprüngliche englische Fassung, die von „fortune“ sprach, im März 1950 aufgrund eines englischen Vorschlags in „property“ geändert wurde.⁵¹ Soweit ersichtlich ist dieser Unterschied in den Sprachfassungen vom EGMR bislang nicht thematisiert worden. Differenzierungen aufgrund des Vermögens einer Person (etwa ein progressives Steuersystem) dürften in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle gerechtfertigt sein.⁵² So hat der EGMR Beschwerden, die sich auf den Diskriminierungsgrund des Vermögens beriefen, bisweilen als nicht hinreichend substantiiert zurückgewiesen.⁵³ In anderen Fällen hat der EGMR die Diskriminierung geprüft und verneint, oft ohne näher auf den Diskriminierungsgrund einzugehen.⁵⁴ So wurde im Fall *Gillow ua* die unterschiedliche Behandlung von Immobilien anhand von Einheitsgrenzwerten gerügt.⁵⁵ Die Immobilie des Beschwerdeführers war nicht – wie ein kleiner Prozentsatz teurer, eher von wohlhabenden Personen nachgefragten Häuser auf der Insel Guernsey – vom behördlichen System des „controlled housing“ ausgenommen.⁵⁶ In diesem Fall gelangte der EGMR dazu, das System des „controlled housing“ für gerechtfertigt zu halten, da so sichergestellt würde, dass auch ärmere Bevölkerungsschichten Zugang zu einem Teil des Wohnungsmarktes hätten. Sodann hatte die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) den Fall *H.S. und D.M.* zu beurteilen, in welchem es um die Frage ging, ob das Fehlen von unentgeltlicher Rechtspflege und einer Deckelung von Schadensersatzforderungen eine Verletzung des Diskriminierungsverbots auf der Basis des Vermögens sei.⁵⁷ In diesem Fall anerkannte die EKMR, dass wohlhabende Personen zwar unter den meisten Umständen besser in der Lage seien, ihre Rechte zu verteidigen.⁵⁸ Andererseits gestand die EKMR den Vertragsstaaten einen Spielraum bei der Ausgestaltung der unentgeltlichen Rechtspflege zu, der es auch gestatte, einzelne Prozessgegenstände (wie vorliegend eine Klage betreffend üble Nachrede) von deren Anwendungsbereich auszuneh-

50 So in Bezug auf die EUGRCh *Hölscheidt in Meyer*, GRChEU Art 21 Rn 49. Weiter *European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe*, Handbook 218.

51 Council of Europe, Preparatory work on Article 14 of the European Convention on Human Rights, CDH (67) 3, 95.1967, 15 u 17.

52 So in Bezug auf die EUGRCh *Hölscheidt in Meyer*, GRChEU Art 21 Rn 14.

53 EGMR 14.2.2006, 53434/99, *Paulow/Finnland*.

54 EGMR 3.6.2013, 26367/10, *Fürst von Thurn und Taxis/Deutschland*.

55 EGMR 24.11.1996, 9063/80, *Gillow/Vereinigtes Königreich*, para 63ff.

56 EGMR 24.11.1996, 9063/80, *Gillow/Vereinigtes Königreich*, para 63ff.

57 EKMR 5.5.1993, 21325/93, *H.S. und D.M./Vereinigtes Königreich*, para 3; vgl auch den Fall EGMR 9.10.1979, 6289/73, *Airey/Irland*, para 29f (kein Eintreten des EGMR auf den Beschwerdegrund der Diskriminierung aufgrund des Vermögens).

58 EKMR 5.5.1993, 21325/93, *H.S. und D.M./Vereinigtes Königreich*, para 3.

men. Die Deckelung von Schadensersatzforderungen sei schon deswegen nicht erforderlich, weil die Einkommenssituation der BeschwerdeführerInnen und Beklagten durch das streitentscheidende Gericht berücksichtigt würde. Schließlich rügten die Beschwerdeführer im Fall *Mamatas ua* die nicht hinreichende Differenzierung zwischen KleinanlegerInnen und GroßanlegerInnen und beriefen sich damit implizit auf den Diskriminierungsgrund des Vermögens (allerdings letztlich ohne Erfolg).⁵⁹ In Einzelfällen hat der EGMR eine Verletzung des Diskriminierungsverbots festgestellt: Im Fall *Chassagnou ua* erblickte der EGMR eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Vermögens darin, dass EigentümerInnen kleinerer Ländereien zur Mitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft verpflichtet waren, während diese Pflicht EigentümerInnen großer Parzellen nicht traf.⁶⁰

Insgesamt zeigt sich, dass die – jedenfalls potentiell – „klassenbezogenen“ Diskriminierungsgründe der „sozialen Herkunft“ und des „Vermögens“ bislang keine große Rolle in der Rsp des EGMR spielen. Eine Definition der Diskriminierungsgründe sucht man in der Rsp des EGMR bislang vergeblich, der Gerichtshof scheint sie aber beide eng auszulegen. Insb wird die Gruppe der „Armen“ oder der „sozial benachteiligten Personen“ von diesen Diskriminierungsgründen bislang nicht als solche erfasst.

3.3. Strukturelle Diskriminierung: Ungleiche Auswirkungen und fortwirkende Benachteiligung aufgrund früherer Ungleichbehandlung

Während philosophische Theorien der Verteilungsgerechtigkeit die (Un-)Gerechtigkeit der Zustände der Verteilung von Gütern zum Gegenstand haben, knüpft das menschenrechtliche Anti-Diskriminierungsrecht an ein dem Vertragsstaat zurechenbares Verhalten an.⁶¹ Um in den Anwendungsbereich des menschenrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts zu gelangen, müssen sich ungerechte Zustände in der Verteilung sozio-ökonomischer Güter also als Folge qualifiziert benachteiligender Behandlung darstellen. Dies bereitet keine Probleme in Fällen sog direkter Diskriminierung, wenn also ausdrücklich bei der Verteilung sozio-ökonomischer Güter an ein personenbezogenes Differenzierungskriterium angeknüpft wird.⁶² Allerdings sind die Fälle selten, in denen eine Person zB explizit wegen ihres Geschlechts weniger Sozialeistungen erhält: Im Fall *Konstantin Markin* erblickte der EGMR eine Verletzung des Diskriminierungsverbots in der unterschiedlichen Behandlung von männlichem und weiblichem Militärpersonal in Bezug auf den Elternurlaub.⁶³

59 EGMR 21.7.2016, 63066/14 ua, *Mamatas ua/Griechenland* (betreffend eine Umschuldung der Staatsschulden mit Nennwertrückgang der Anleihen ohne Zustimmung privater Investoren).

60 EGMR 29.4.1999, 25088/94, *Chassagnou ua/Frankreich*, para 118ff.

61 Vgl Altwicker, Gleichheitsschutz 402f.

62 Vgl Peters/Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention (2012) 246f.

63 EGMR 22.3.2012, 30078/06, *Konstantin Markin/Russland*, para 152.

Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit sind in der Praxis hingegen oft mit struktureller Diskriminierung verbunden, unter der hier die ungleiche Auswirkung an sich neutraler Behandlungen Einzelner sowie die fortwirkende Benachteiligung aufgrund vergangener Ungleichbehandlung verstanden werden sollen. Nur ein komplexes Anti-Diskriminierungsrecht kann diese beiden Phänomene erfassen. Unter der EMRK ist dies zumindest teilweise möglich. So ist seit einiger Zeit die Figur der indirekten Diskriminierung anerkannt, bei der die Ungleichbehandlung auf einem dem Anschein nach neutralen Differenzierungsgrund beruht, die aber eine geschützte Personengruppe unverhältnismäßig belastet und die nicht gerechtfertigt ist.⁶⁴ Zu beachten ist aber auch hier: Die unverhältnismäßige Belastung der Gruppe der „Armen“ durch eine an sich neutrale gesetzliche Regelung oder Verwaltungspraxis wäre gegenwärtig kein Problem des menschenrechtlichen Anti-Diskriminierungsrechts, da – wie dargelegt – diese derzeit keine geschützte Personengruppe bildet. Erfasst sind derzeit nur Fälle, in denen die unverhältnismäßig belastende Wirkung einer staatlichen Maßnahme bei bedürftigen Personen einer aus einem anderen Grund geschützten Personengruppe (zB der Gruppe der Roma, der alleinerziehenden Frauen) eintritt.

Unter der EMRK derzeit noch kaum entwickelt ist die fördernde Sonderbehandlung (engl. „affirmative action“) von Angehörigen bestimmter sozialer Gruppen, die auf den Ausgleich faktischer, fortwirkender Benachteiligung abzielt.⁶⁵ Grundsätzlich hat der EGMR aber anerkannt, dass der Staat uU verpflichtet sein kann, derartige Fördermaßnahmen vorzusehen.⁶⁶

4. Entwicklungspotential

Das Entwicklungspotential der konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbote in Bezug auf Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit ist noch nicht ausgeschöpft. Erstens kommt Art 1 ZP 12 EMRK für das Problem sozio-ökonomischer Ungleichheit eine potentiell große Relevanz zu. Durch Art 1 ZP 12 EMRK wurde ein allgemeines (dh nicht akzessorisches) Diskriminierungsverbot eingeführt, wodurch die oben diskutierte strukturelle Priorität der Freiheitsrechte abgemildert wird. Gerade Fälle der Ungleichbehandlung in sozio-ökonomischen Rechten, in denen sich bisher kein Zusammenhang mit den Freiheitsrechten herstellen ließ (womit infolgedessen Art 14 EMRK unanwendbar war), geraten mit Art 1 ZP 12 EMRK in den Fokus.⁶⁷ Allerdings ist die Durchschlagskraft des allgemeinen Diskriminierungsverbots dadurch beschränkt, dass es bis heute (Stand: 19.2.2019) nur von 20 Vertragsstaaten ratifiziert wurde und in den übrigen Staaten nach wie vor große Bedenken gegen eine Ausweitung des konventionsrechtlichen Anti-Dis-

64 Vgl. *Altwickler*, Gleichheitsschutz 266ff.

65 Vgl. *Peters/Altwickler*, Menschenrechtskonvention 250.

66 EGMR 24.4.2012, 25446/06, *Yordanova ua/Russland*, para 129.

67 Vgl. *Altwickler*, Gleichheitsschutz 157-160.

kriminierungsrechts bestehen. So wurde das 12. Zusatzprotokoll etwa von Deutschland und Ö zwar unterzeichnet, aber bislang nicht ratifiziert, im Fall der Schweiz fehlt es bereits an der Unterzeichnung.

Zweitens sollte die Rsp den Kreis der personenbezogenen Differenzierungsgründe in Art 14 und Art 1 ZP 12 EMRK um die Gründe „Armut“ bzw „sozio-ökonomischen Status“ erweitern. Wie beschrieben, bildet die soziale Gruppe der „Armen“ oder „Bedürftigen“ derzeit keine eigenständige, vom Diskriminierungsverbot geschützte Personengruppe. Eine Erweiterung ist möglich, da die Auflistung der Diskriminierungsgründe in Art 14 EMRK nicht abschließend ist.⁶⁸ So wäre durchaus denkbar, entweder den Diskriminierungsgrund der „sozialen Herkunft“ weiter auszulegen oder, besser noch, den sozio-ökonomischen Status, die Armut oder die Bedürftigkeit einer Person als „sonstigen Status“ iSv Art 14 und Art 1 ZP 12 EMRK anzuerkennen. Nur so wäre sichergestellt, dass wesentliche Probleme sozio-ökonomischer Ungleichheit in den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote gelangen können. Eine solche Erweiterung stände im Einklang mit Vorstößen, Fragen sozio-ökonomischer Ungleichheit justiziable zu machen. So hat der Europäische Ausschuss für soziale Rechte (ECSR) kürzlich in einer Beschwerde betreffend den sozialen Wohnungsbau in Irland angedeutet, dass ua auch der sozio-ökonomische Status bzw die Bedürftigkeit als Diskriminierungsgründe anzuerkennen seien.⁶⁹ In diesem Sinne hat Richter *Pinto de Albuquerque* auch zu Recht kritisiert, dass der EGMR im Fall *Garib v Niederlande* eine Gelegenheit hat verstreichen lassen, „Armut“ als weiteren Diskriminierungsgrund anzuerkennen.⁷⁰ Den Vertragsstaaten würde aber wohl in jedem Fall ein weiter Beurteilungsspielraum in sozio-ökonomischen Verteilungsfragen eingeräumt werden müssen.⁷¹ Eine zeitgemäße Auslegung des Diskriminierungsverbots verlangt jedoch, eklatante Ungerechtigkeiten in der Verteilung sozio-ökonomischer Güter durch den Staat auch auf völkerrechtlicher Ebene justiziable zu machen.

Tilmann Altwicker hat eine SNF-Förderungsprofessur für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsphilosophie und Empirische Rechtsforschung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich inne; tilmann.altwicker@rwi.uzh.ch

68 Vgl *Peters/Altwicker*, Menschenrechtskonvention 245.

69 ECSR 12.5.2017, 110/2014, *International Federation for Human Rights (FIDH)/Irland*, para 124.

70 Vgl die abw Meinung des Richters *Pinto de Albuquerque* im Fall EGMR 6.11.2017, 43494/09, *Garib/Niederlande*, para 25ff.

71 Zuletzt EGMR 7.2.2019, 37115/11, *Yeshitla/Niederlande*, para 39 (betreffend den Entzug von Wohngeld).

Rechtstechniken zur Verteilung knapper Güter¹

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902024701>

Irina Đurović

1. Güterknappheit und Verteilungskonflikte

Güterknappheit und Verteilungskonflikte entstehen immer dann, wenn die Nachfrage nach einem Gut höher ist als das verfügbare Güterangebot. Verteilungskonflikten begegnet man auch im Recht: Im Medizinrecht stellt sich etwa regelmäßig die Frage nach einer gerechten Verteilung knapper Spenderorgane.² Für Fremde kann die Möglichkeit, in Österreich eine Niederlassung zu begründen oder einer Beschäftigung nachzugehen, Gegenstand eines Verteilungskonflikts werden: Einige Niederlassungstitel und Beschäftigungsbewilligungen unterliegen nämlich einer „Quotenpflicht“ und werden in einem Kontingent zusammengefasst.³ Immer häufiger werden auch Studienplätze zu knappen Gütern⁴ – ab dem Wintersemester 2019/2020 dürfen auch die rechtswissenschaftlichen Fakultäten den Studienzugang beschränken.⁵ Ressourcenknappheit ist selbstredend ein zentrales Problem im Umweltrecht: So können Umweltgüter wie etwa Wasser⁶, Luft⁷ oder Bodenschätze⁸ natürlich knapp werden.⁹ Auch verschiedene Güter des Wirtschaftslebens werden regelmäßig Gegenstand von Verteilungskonflikten: öffentliche Aufträge

1 Der vorliegende Beitrag basiert auf der Dissertation der Autorin, siehe Đurović, Die Verteilung knapper Güter (in Begutachtung).

2 Vgl dazu etwa Kalb, Verteilungsgerechtigkeit in Zeiten zunehmender Ressourcenenge im Gesundheitssystem. Gerechte Verteilung von Gesundheitsgütern (Rationalisierung, Priorisierung, Rationierung), RdM 2017, 232.

3 Vgl §§ 12, 13 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) BGBl I 2005/100 idgF sowie § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) BGBl 1975/218 idgF. Siehe zur Quotenpflicht im Niederlassungsrecht etwa Kunesch, Verfassungsrechtliche Aspekte der Quotenregel – eine historische Aufarbeitung, migraLex 2015, 2.

4 Vgl dazu insb §§ 71a ff Universitätsgesetz (UG) 2002 BGBl I 2002/120 idgF.

5 § 71b Abs 1 iVm § 143 Abs 50 UG.

6 § 17 Wasserrechtsgesetz (WRG) 1959 BGBl 1959/215 idgF regelt etwa den Umgang mit konkurrierenden Bewerbungen um eine Wasserbenutzung.

7 Das Emissionszertifikatgesetz (EZG) 2011 BGBl I 2011/118 idgF begrenzt die Möglichkeit, Schadstoffe in die Luft zu emittieren. Dies soll eine „rasche und signifikante Verminderung der Emissionen von Treibhausgasen“ (ErläutRV 1393 BlgNR 24. GP 3) sicherstellen.

8 Einige Bundesländer haben auf Grundlage ihrer Naturschutzgesetze Verordnungen erlassen, die verbieten, pro Tag und Person mehr als 2 kg Pilze zu sammeln, siehe etwa § 2 Abs 1 Z 1a Verordnung der Salzburger Landesregierung vom 15. März 1994 zum Schutz wildwachsender Pilze LGBl 1994/47 idgF.

9 Vgl dazu insb Schulev-Steindl, Umweltrecht – eine Disziplin im Zeichen globaler Ressourcenhaftung in Schulev-Steindl (Hrsg), Ressourcenknappheit. Umwelthaftung und Naturgefahren (2013) 1.

nach dem Bundesvergabegesetz 2018¹⁰, Frequenznutzungsrechte,¹¹ Konzessionen zur Durchführung von Lotterien¹² oder zur Ausübung sicherheitsrelevanter Aufgaben als Rauchfangkehrer/in¹³, das Recht, einen Marktstandplatz zu beziehen¹⁴ usw.

Der Staat bewältigt Verteilungskonflikte wie die oben beschriebenen, indem er das knappe Gut in einem Verteilungsverfahren an eine/n oder mehrere Bewerber/innen zuteilt; dabei bedient er sich verschiedener Rechtstechniken (Verteilungstechniken). Wer das knappe Gut letztlich erhält, hängt maßgebend von den herangezogenen Verteilungskriterien ab.

Der folgende Beitrag widmet sich zunächst den unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verteilung knapper Güter. Vor diesem Hintergrund folgt sodann eine Analyse der gängigen Verteilungstechniken, die abschließend insb unter den Gesichtspunkten der Verteilungsgerechtigkeit und Verwaltungsökonomie miteinander verglichen werden.

2. Unions- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Verteilung knapper Güter

Eine Analyse repräsentativer Rechtsbereiche, denen Verteilungskonflikte zugrunde liegen, zeigt: Die Verteilung knapper Güter muss typischerweise nach Kriterien erfolgen, die *sachlich*,¹⁵ *nicht-diskriminierend*,¹⁶ ausreichend *bestimmt*,¹⁷ *transparent* sowie *im Voraus bekannt* sind.¹⁸

Die Sachlichkeit eines Verteilungskriteriums hängt zunächst maßgebend von der Art des zu vergebenden Guts ab: An die Verteilung lebenswichtiger Spenderorgane werden etwa strengere Anforderungen zu stellen sein als an die Verteilung knapper Standplätze auf einem Lebensmittelmarkt. Aber auch die (zulässigen) Ziele, die der Staat mit der Verwaltung des knappen Guts verfolgt, wirken sich auf die Sachlichkeitsprüfung aus: Verfolgt etwa die künstliche Verknappung von Studienplätzen das Ziel, „die Anzahl der prüfungsaktiv betriebenen Studien und die Anzahl der abgeschlossenen Studien an den

10 Bundesvergabegesetz (BVergG) 2018 BGBl I 2018/65.

11 Vgl § 55 Telekommunikationsgesetz (TKG) 2003 BGBl I 2003/70 idGF.

12 Vgl § 14 Glücksspielgesetz (GSpG) BGBl 1989/620 idGF.

13 Vgl § 121 Abs 1a iVm § 120 Abs 1 zweiter Satz Gewerbeordnung (GewO) 1994 BGBl 1994/194 (WV) idGF; vgl dazu etwa *Scholz*, *Verwaltungsverfahrensgemeinschaft und Prioritätsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, ÖZW 2017, 48.

14 §§ 286 ff GewO 1994.

15 Art 7 B-VG; Art 20 ff GRC. Auch aus Art 14 GRC, Art 9 Abs 1 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl 2002/108, 33 oder Art 7 Abs 3 RL 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl 2002/108, 21 ergibt sich die Notwendigkeit sachlicher, angemessener oder verhältnismäßiger Verteilungskriterien.

16 Art 7 B-VG; Art 20 ff GRC; Art 18 AEUV. Vgl auch etwa Art 10 Abs 1 lit a bzw lit e RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 (Dienstleistungsrichtlinie), ABl 2012/376, 36; Art 9 Abs 1 Rahmenrichtlinie; Art 5 Abs 2 Genehmigungsrichtlinie.

17 Art 18 B-VG. Vgl auch etwa Art 10 Abs 2 lit d Dienstleistungsrichtlinie.

18 Vgl etwa Art 18 AEUV; Art 10 Abs 2 lit f und g Dienstleistungsrichtlinie; Art 9 Abs 1 Rahmenrichtlinie; Art 5 Abs 2 Genehmigungsrichtlinie.

Universitäten¹⁹ zu steigern, erscheint es sachlich, die Studierfähigkeit der Studienwerbenden als Verteilungskriterium heranzuziehen. Dabei ist allerdings besondere Sorgfalt geboten, da der Staat nach wie vor quasi Monopolstellung im Hochschulwesen hat:²⁰ Unsachlich wären daher übermäßig strenge Verteilungskriterien, die nur sehr wenige Studienwerbende erfüllen können.²¹ Da die staatliche Regulierung der Frequenzzuordnung eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung sicherstellen soll,²² erscheint die Vergabe an Bewerber/innen, die diese Ziele erreichen können, auch sachlich.

Sachlich gerechtfertigt können nach der Rsp des VfGH zu Art 7 Abs 2 B-VG jedoch Ungleichbehandlungen der Bewerber/innen sein, um bspw der strukturellen Benachteiligung von Frauen entgegenzuwirken. Dies entschied der VfGH in Bezug auf die „genderspezifische“ Auswertung des Aufnahmetests an der Medizinischen Universität Wien.²³ 2011 waren 56 % der Teilnehmer/innen des Aufnahmetests weiblich; sie erhielten jedoch nur 43 % der Studienplätze.²⁴ Dies lag ua daran, dass der Test bestehende Geschlechterunterschiede aus der Schule fortschrieb: Sein Schwergewicht lag auf der Prüfung von Inhalten, die in mathematisch-naturwissenschaftlichen Schulfächern vermittelt werden; in diesen Schulfächern bestehen aber nach wie vor faktische Geschlechterunterschiede.²⁵ Daher wertete die MedUni im Studienjahr 2012/2013 – da zu diesem Zeitpunkt noch kein verbessertes Testdesign vorlag – ihre Aufnahmetests „genderspezifisch“ aus.²⁶ Die Berechnungsmethode führte dazu, dass Testteilnehmerinnen eine geringere Gesamtpunktezahl benötigten, um einen bestimmten Testwert zu erreichen. Diese Auswertungsmethode sorgte zwar für heftige Kritik,²⁷ der VfGH qualifizierte sie dennoch als gleichheitskonform, weil sie die nachgewiesene bestehende Ungleichheit von Männern und Frauen beim Medizinaufnahmetest ausgleichen sollte. Der VfGH erachtete die genderspezifische Auswertung des Medizinaufnahmetests sowohl als geeignet, die Ungleichheit zwischen Männern und Frauen iSv Art 7 Abs 2 B-VG auszugleichen, als auch für erforderlich: Gelinde Maßnahmen wie Informationsmaßnahmen und Optimierungen der tatsächlichen Testdurchführung hätten nicht zu einer nachhaltigen Verringerung der Geschlechter-

19 § 71a UG.

20 Vgl *Brünner/Hauser*, Reflexionen zur Neuordnung des „Hochschulzugangs“, ÖHZ spezial 2005/4a, 3 (20). An Privatuniversitäten studierten im Studienjahr 2016/17 insgesamt 10.104 Studierende, an öffentlichen Universitäten waren es fast 30 Mal mehr (280.783), vgl *Statistik Austria*, Bildung in Zahlen 2016/17. Tabellenband (2018) 337.

21 Vgl *Schulev-Steindl*, Hochschulzugang in Österreich. Die Rechtslage nach dem Urteil des EuGH in der Sache C-147/03, JBl 2006, 2 (11f).

22 Vgl dazu auch *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung (2010) 419f.

23 VfSlg 19.899/2014.

24 Vgl *Hausbichler*, Ein erniedrigender Lösungsansatz, DerStandard.at, 15.3.2012, derstandard.at/1331779733863 (15.2.2019).

25 Vgl VfSlg 19.899/2014 mwN.

26 § 10 Abs 1 Änderung der Verordnung über die Zulassungsbeschränkungen zu den Diplomstudien Human- und Zahnmedizin, Mitteilungsblatt der Medizinischen Universität Wien, Studienjahr 2011/2012, 2. Stück, Nr 2.

27 Dem Test folgten zahlreiche Beschwerden männlicher Testteilnehmer bei der ÖH, vgl *wien.orf.at*, MedUni: Klagen gegen Gender-Auswertung, 7.8.2012, wien.orf.at/news/stories/2544648/ (15.2.2019).

unterschiede bei den Testergebnissen geführt. Die Bewertungsmethode sei auch verhältnismäßig i.e.S., da sie nur punktuell für das Studienjahr 2012/2013 eingeführt worden war. Auf Basis dieser Rsp kann auch eine Bevorzugung anderer Personengruppen gerechtfertigt sein, die beim Studienzugang systematisch benachteiligt werden, wie etwa behinderte oder sozial benachteiligte Studienwerbende.²⁸

Art 18 B-VG sowie diverse unionsrechtliche Bestimmungen verlangen, dass Verteilungskriterien ausreichend bestimmt und im Voraus bekannt sind. Ein Gesetz, das die Auswahl des Bewerbers/der Bewerberin um ein knappes Gut in das schrankenlose Ermessen der Behörde legt, wäre mit Art 18 B-VG unvereinbar.²⁹ Durch die vorherige Bekanntmachung der relevanten Verteilungskriterien soll verhindert werden, dass die vergebende Stelle willkürliche Verteilungsentscheidungen trifft.³⁰ Den nicht zum Zuge gekommenen Bewerber/innen müssen darüber hinaus die verfahrensrechtlichen Mittel zugebilligt werden, die Einhaltung der gesetzlichen Verteilungskriterien einer Überprüfung zuzuführen.³¹

3. Verteilungstechniken

Im Rahmen des unions- und verfassungsrechtlichen Rahmens legt der Gesetzgeber bzw die Verwaltung die Kriterien fest, mit denen ein knappes Gut verteilt werden soll. Eine Analyse des einschlägigen Rechtsmaterials zeigt, dass die gängigen Verteilungskriterien grob in zwei Kategorien eingeteilt werden können – in materielle und in formelle Kriterien.³²

Während materielle Verteilungskriterien auf eine inhaltliche Bewertung der Bewerber/innen abzielen, abstrahieren formelle Verteilungskriterien weitgehend von den persönlichen Eigenschaften der Bewerber/innen. Die Trennlinie zwischen materiellen und formellen Kriterien ist freilich nicht messerscharf: Auch formelle Kriterien können ein wertendes Moment enthalten, ebenso wie materielle Kriterien teilweise von Bewerber/innen abstrahieren.³³

3.1. Inhaltliche Bewertung der Bewerber/innen

Materielle Verteilungskriterien bewerten die Bewerber/innen nach bestimmten persönlichen Eigenschaften.³⁴ Die Bewerber/innen, die diese Eigenschaften (am besten) erfüllen, erhalten das knappe Gut.

²⁸ Vgl *Schulev-Steindl*, JBl 2006, 13.

²⁹ VwSlg 14.103 A/1994; vgl auch etwa *Stolzlechner*, Formen und Instrumente des Konkurrenzschutzes im öffentlichen Wirtschaftsrecht, ÖZW 1982, 97 (109) und *Schneider*, Rechtsfragen der Ausschreibung hoheitlich zu erteilender Berechtigungen, ZfV 2014, 647 (658).

³⁰ Vgl EuGH 9.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506.

³¹ VwSlg 14.103 A/1994.

³² Vgl *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 554ff; *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels (2008) 94ff.

³³ Vgl dazu mwN *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 554.

³⁴ Siehe zB *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 554 oder *Berg*, Die Verwaltung des Mangels. Verfassungsrechtliche Determinanten für Zuteilungskriterien bei knappen Ressourcen, Der Staat 1976, 1 (17).

Die erwünschten Eigenschaften können zwar sehr unterschiedlich sein; es fällt jedoch auf, dass materielle Kriterien typischerweise auf eine besondere wirtschaftliche, intellektuelle, kreative, soziale oa *Leistungsfähigkeit* der Bewerber/innen abstellen: Knappe Güter werden dem/der Bewerber/in zugeteilt, der/die sie am effizientesten oder am besten nutzen kann,³⁵ im Rahmen einer Versteigerung den höchsten Erlös für ein knappes Gut bezahlt,³⁶ das knappe Gut bereits in der Vergangenheit zufriedenstellend genutzt hat – also bekannt und bewährt ist³⁷ –, gute kognitive Fähigkeiten besitzt,³⁸ ein besonders attraktives Programmangebot bietet,³⁹ soziale Kompetenzen besitzt,⁴⁰ vertrauenswürdig ist⁴¹ usw.

Ermöglicht ein knappes Gut die Ausübung einer Erwerbstätigkeit (zB eine Konzession), wird besonders oft die *berufliche Eignung* der Bewerber/innen zum entscheidenden Verteilungskriterium. Über die berufliche Eignung der Bewerber/innen können unterschiedliche Faktoren Aufschluss geben – uU auch finanzielle Stärke. So werden knappe Mobilfunkfrequenzen dem/der Bewerber/in zugeteilt, welche/r die effizienteste Frequenznutzung gewährleistet; das TKG vermutet unwiderleglich, dass dies jene/r Bewerber/in tut, der/die das höchste Frequenznutzungsentgelt zahlen kann.⁴² Auch Emissionszertifikate, die zur Emission von Schadstoffen⁴³ berechtigen, werden idR versteigert.⁴⁴

Aber auch andere Eigenschaften können die berufliche Eignung der Bewerber/innen implizieren: Knappe Glücksspielkonzessionen werden etwa derjenigen Person zugeteilt, von der die „beste Ausübung der Konzession“⁴⁵ zu erwarten ist. In diese Beurteilung fließen ua Erfahrungen, Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, Kriminalitätsvorbeugung sowie Betriebssicherheit der Bewerber/innen ein.⁴⁶ Eine knappe Rundfunkfrequenz für den privaten Hörfunk wird dem/der Antragsteller/in zugewiesen, welche/r „die Zielsetzungen [des Privatradiogesetzes] am besten gewährleistet“⁴⁷. Relevante Bezugsgrößen dabei sind das Programmangebot, die Gewährleistung der Meinungsvielfalt sowie der Dauerhaftigkeit der Veranstaltung.⁴⁸

35 Vgl zB § 55 Abs 1 TKG; § 21 Abs 6 iVm Abs 2 Z 7 GSpG.

36 Vgl zB § 55 Abs 1 TKG; § 21 EZG.

37 Vgl etwa § 13 Abs 3 lit b Marktordnung für die Landeshauptstadt Salzburg (Marktordnung 1994), ABl 1994/22 idGF.

38 Vgl etwa Festlegung der Fristen und Materialien für das Aufnahmeverfahren für das Studienjahr 2018/19 für das Bachelorstudium Biologie, Mitteilungsblatt der Universität Wien, Studienjahr 2017/2018, 11. Stück, Nr 50.

39 § 6 Abs 1 Privatradiogesetz (PrR-G) BGBl I 2001/20 idGF.

40 Vgl etwa §§ 1 und 2 Verordnung über die Testinhalte und -auswertung der Aufnahmetests Humanmedizin und Zahnmedizin aufgrund der Verordnung über die Zulassungsbeschränkung zu den Diplomstudien Human- und Zahnmedizin, Mitteilungsblatt der Medizinischen Universität Wien, Studienjahr 2018/2019, 4. Stück, Nr 4.

41 Vgl etwa § 10 Abs 2 Verordnung des Gemeinderates und des Stadtsenates der Landeshauptstadt Graz vom 3. Juli 2013, mit der die Grazer Marktordnung 2013 erlassen wird, ABl 2013/9 idGF.

42 § 55 Abs 1 TKG.

43 Emissionszertifikate berechtigen zur Emission von Kohlenstoffdioxidäquivalent, siehe § 3 Z 1 EZG.

44 § 21 EZG.

45 § 21 Abs 6 iVm Abs 2 Z 7 GSpG.

46 § 21 Abs 6 iVm Abs 2 Z 7 GSpG.

47 § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G.

48 § 6 PrR-G.

Bisweilen wird auch die Bekanntheit eines Bewerbers/einer Bewerberin zum Indikator seiner/ihrer beruflichen Eignung („bekannt und bewährt“): Der- oder diejenige Bewerber/in erhält das knappe Gut, der/die es bereits in der Vergangenheit zufriedenstellend genutzt hat. Diesen Verteilungsmechanismus ziehen einige Gemeinden heran, wenn sie Marktstandplätze vergeben.⁴⁹ Auch bei der Vergabe von Zeitnischen (engl: „slot“) auf Flughäfen werden bekannte und bewährte Bewerber/innen bevorzugt;⁵⁰ unter einer Zeitnische versteht man die Erlaubnis, die Flughafeninfrastruktur eines koordinierten Flughafens zum Starten oder Landen zu nutzen.⁵¹

Aus grundrechtlicher Sicht sprechen an sich keine Bedenken dagegen, bei der Verteilung knapper Wirtschaftsgüter auf die berufliche Eignung der Bewerber/innen abzustellen. Allerdings dürfen die Verteilungskriterien nicht außer Verhältnis zum Ziel stehen, das mit der Verwaltung des knappen Guts verfolgt wird; sie sind nämlich ausschlaggebend dafür, wer Zugang zum knappen Gut erhält und insofern von seinem/ihrer verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Erwerbsfreiheit Gebrauch machen kann. Problematisch erscheint jedoch die Bevorzugung bekannter und bewährter Bewerber/innen in Verteilungsverfahren. Diese Verteilungstechnik ist zwar besonders verwaltungsökonomisch, begründet jedoch im Ergebnis einen Vorrang der Altbewerber/innen vor den Neubewerber/innen⁵² – Neubewerber/innen erhalten faktisch kaum eine Chance, den erforderlichen Grad an Bekanntheit und Bewährung zu erreichen.⁵³ Aus diesem Grund verpönt die Dienstleistungsrichtlinie die Bevorzugung bekannter und bewährter Bewerber/innen bei der Vergabe von zahlenmäßig beschränkten Genehmigungen.⁵⁴ Auch der VfGH erachtete in der Vergabe von Marktstandplätzen an bekannte und bewährte Bewerber/innen eine Verletzung des Grundsatzes des freien Marktzugangs⁵⁵, wenn dadurch ein „geschlossene[r] Kreis von Marktteilnehmern“ geschaffen wird.⁵⁶

Bei der Vergabe knapper Studienplätze spielt regelmäßig die kognitive Leistungsfähigkeit der Studienwerbenden eine ausschlaggebende Rolle: Die Universitäten prüfen im Rahmen von Aufnahmeverfahren diverse Fähigkeiten der Studienwerbenden, deren Vorliegen sie als notwendige Voraussetzung für ein bestimmtes Studium erachten (*Studierfähigkeit*). Dazu gehören etwa die Lernfähigkeit, allgemeine kognitive Fähigkeiten wie die Fähigkeit zum räumlich-abstrakten Denken oder die Motivationsfähigkeit;⁵⁷ seltener

49 Vgl etwa § 13 Abs 3 lit b Salzburger Marktordnung.

50 Art 8 Abs 2 VO (EWG) 95/93 des Rates vom 18.1.1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft, ABl 1993/14, 1 (Slot-VO).

51 Vgl Art 2 lit a Slot-VO.

52 Vgl etwa *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 554.

53 *Voßkuhle*, „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!“ Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung, *Die Verwaltung* 1999, 21 (28).

54 Art 12 Abs 2 Dienstleistungsrichtlinie.

55 § 286 Abs 1 GewO 1994.

56 VfSlg 17.579/2005. Dies gelte auch „vor dem Hintergrund der verfassungsgesetzlich garantierten Erwerbsfreiheit.“

57 Vgl etwa § 12 Abs 2 Verordnung des Rektorats über das Aufnahmeverfahren für das Bachelorstudium Lebensmittel- und Biotechnologie, *Mitteilungsblatt der Universität für Bodenkultur Wien*, Studienjahr 2015/16, 6. Stück, Nr 141 idGF.

sind soziale Kompetenzen der Studienwerbenden gefragt.⁵⁸ Das Prüfen solcher Fähigkeiten ist grundrechtlich nicht zu beanstanden, solange die Leistungsbeurteilung einen Bezug zum jeweiligen Studium aufweist, Studienwerbende dabei nicht diskriminiert werden und die Verteilungskriterien nicht übermäßig streng sind.⁵⁹

Materielle Kriterien stellen freilich nicht immer auf eine besondere Leistungsfähigkeit ab. Bisweilen werden knappe Güter auch nach dem Kriterium der *Bedürftigkeit* der Bewerber/innen verteilt: Bei der Vergabe von Tabaktrafiken werden etwa Personen bevorzugt, die besonders schützenswert sind. Dazu gehören Inhaber/innen eines Opferausweises, Empfänger/innen einer Witwen- oder Witwerrente nach dem Kriegspflerversorgungsgesetz 1957 oder begünstigte Behinderte.⁶⁰ Auch bei der Verteilung von Spenderorganen spielt die Dringlichkeit einer Transplantation eine Rolle.⁶¹

3.2. Abstraktion von den Bewerber/inne/n

Formelle Verteilungskriterien abstrahieren von der Person des Bewerbers/der Bewerberin:⁶² Wenn ein Marktstandplatz verlost wird,⁶³ entscheidet allein der Zufall, wer das knappe Gut erhält. Formelle Kriterien werden selten als einziges Verteilungskriterium herangezogen; viel häufiger gelangen sie ergänzend oder hilfsweise zur Anwendung.⁶⁴ Das am häufigsten herangezogene formelle Kriterium ist das zeitliche Zuvorkommen – auch *Prioritäts-* oder *Windhundprinzip* genannt.⁶⁵ Wird ein Gut nach zeitlichem Zuvorkommen verteilt, entscheidet iSd römisch-rechtlichen Prinzips „prior tempore, potior iure“⁶⁶ regelmäßig das Einbringen von Anträgen darüber, wer das Gut erhält: So werden Anträge auf Erteilung von quotierten Aufenthaltstiteln „nach dem Datum und der Uhrzeit der Antragstellung gereiht“⁶⁷ und je nach Reihung und Vorhandensein eines freien Quotenplatzes erledigt. Der Rsp des VwGH zufolge soll auch eine Apothekenkonzession nach dem Zeitpunkt des Einlangens der Anträge vergeben werden;⁶⁸ dasselbe gilt in Bezug auf sicherheitsrelevante Tätigkeiten des Rauchfangkehrergewerbes.⁶⁹

58 Dies sorgt regelmäßig für Kritik, vgl etwa *DerStandard.at*, Traumberuf Arzt, Pflichtfach Soziale Kompetenz, 7.10.2014, derstandard.at/2000006521007 (15.2.2019).

59 *Schulev-Steindl*, JBl 2006, 11f.

60 § 29 Abs 3 Tabakmonopolgesetz (TabMG) 1996 BGBl 1995/830 idGF.

61 Vgl § 10 Z 4 Organtransplantationsgesetz (OTPG) BGBl I 2012/108 idGF. Vgl auch die Homepage der Stiftung Eurotransplant International zu den Verteilungskriterien für die jeweiligen Spenderorgane: eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_manual (15.2.2019).

62 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 554; *Martini*, Verteilungslenkung 95.

63 § 12 Abs 2 Verordnung des Magistrats der Stadt Wien, mit der eine Marktordnung erlassen wird (Marktordnung 2018), AB1 2018/38.

64 Vgl mwN *Schulev-Steindl*, JBl 2006, 13.

65 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 560; vgl auch *Martini*, Verteilungslenkung 101ff.

66 Vgl mwN *Martini*, Verteilungslenkung 101.

67 § 12 Abs 2 NAG.

68 VwSlg 14.103 A/1994.

69 VwGH 11.5.2017, Ro 2016/04/0008.

Der Verteilung nach zeitlichem Zuvorkommen sind bisweilen absolute Grenzen gesetzt: So hat der VfGH eine Verordnung der Medizinischen Universität Wien für gesetzeswidrig erkannt, weil im Zulassungsverfahren allein auf das Zuvorkommen bei der Postaufgabe der mangelfreien Bewerbung abgestellt wurde.⁷⁰ Der VfGH stellte fest, dass es „eindeutig nicht dem Willen des Gesetzgebers“⁷¹ entspreche, wenn andere Beurteilungskriterien völlig außer Acht gelassen werden. Eine Verteilung von Studienplätzen rein nach Priorität wirft jedoch auch mit Blick auf Art 7 B-VG Bedenken auf.⁷² Umgekehrt erscheint eine Prioritätsvergabe sachlich und verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Bewerber/innen als persönlich qualifiziert und grundsätzlich gleichwertig anzusehen sind:⁷³ So hielt der VwGH fest, dass die Vergabe knapper Apothekenkonzessionen nach dem Prioritätsprinzip sachlich sei, wenn mehrere Konzessionswerber/innen die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für die Konzessionserteilung erfüllen, deren Ansuchen einander jedoch im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen.⁷⁴

Mit dem Prioritätsprinzip verwandt ist das *Anciennitätsprinzip*,⁷⁵ das auf das Alter der Bewerber/innen abstellt. Das Anciennitätsprinzip ist ein bewährter Verteilungsmechanismus für öffentliche Funktionen: Kann etwa der/die Vizekanzler/in den/die Bundeskanzler/in wegen gleichzeitiger Verhinderung nicht vertreten, ist dazu das dienstälteste Mitglied der Bundesregierung berufen;⁷⁶ der/die Präsident/in des Rechnungshofes wird im Falle seiner/ihrer Verhinderung von dem/der rangältesten Beamten/Beamtin des Rechnungshofes vertreten.⁷⁷

Bisweilen wird sogar der *Zufall* zum Verteilungskriterium: So sieht etwa das Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz vor, dass Personalsenate bei Gerichtshöfen grundsätzlich aus drei gewählten Wahlmitgliedern sowie neun Ersatzmitgliedern bestehen; kommen infolge der gleichen Zahl an Wahlpunkten mehr als drei Richter/innen als Wahlmitglieder infrage, entscheidet das Los, wer Wahlmitglied und wer Ersatzmitglied sein soll.⁷⁸ Auch Studienplätze werden zT nach dem Zufallsprinzip verteilt, wenn sich kein geeignetes materielles Kriterium findet.⁷⁹ Der VfGH steht Losentscheidungen tendenziell kritisch gegenüber und bezeichnet sie als „letzte Möglichkeit“⁸⁰.

70 VfSlg 18.253/2007.

71 VfSlg 18.253/2007.

72 Vgl etwa *Schulev-Steindl*, JBl 2006, 13.

73 So etwa *Scholz*, ÖZW 2018, 56f. So im Ergebnis auch VwGH 1.5.2017, Ro 2016/04/0008.

74 VwSlg 14.103 A/1994.

75 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 562.

76 Art 69 Abs 2 B-VG. Bei gleichem Dienstalter mehrerer Mitglieder vertritt das an Lebensjahren älteste Mitglied den/die Bundeskanzler/in.

77 Art 124 Abs 1 B-VG.

78 § 36 Abs 2 iVm Abs 5, § 44 Abs 1 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (RStDG) BGBl 1961/305 idgF.

79 § 8 Abs 3 Verordnung über das Aufnahmeverfahren vor der Zulassung für das Bachelorstudium Informatik an der Universität Innsbruck, Mitteilungsblatt der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, Studienjahr 2016/2017, 16. Stück, Nr 287 idgF.

80 Vgl VfSlg 17.579/2005.

4. Vergleichende Betrachtung der Verteilungstechniken

Aus Bewerber/innensicht entspricht eine Verteilung nach materiellen Kriterien dem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden oft besser, weil die Einflussmöglichkeiten auf den Ausgang des Verteilungsverfahrens meist größer sind: Möchte etwa eine Person Medizin studieren, kann sie – freilich im Rahmen ihrer kognitiven, finanziellen uä Fähigkeiten – durch intensive Vorbereitung auf den Aufnahmetest indirekten Einfluss auf die Verteilungsentscheidung nehmen. Dies ist jedoch nicht immer möglich: Wird ein Gut nach dem Grad der Bedürftigkeit einer Person verteilt, kann ein/e Bewerber/in den Ausgang der Verteilungsentscheidung grundsätzlich nicht beeinflussen.

Aus staatlicher Sicht kann sich die Verteilung nach materiellen Kriterien vor allem längerfristig lohnen: Vergibt der Staat etwa einen Auftrag an den/die Bestbieter/in, setzt er öffentliche Mittel effektiv ein. Vergibt er Rundfunklizenzen an den/die Bewerber/in, welche/r die größte Meinungsvielfalt gewährleistet, schafft er eine wesentliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Meinungsfreiheit.

Zugleich erfordern Verteilungsentscheidungen nach materiellen Kriterien regelmäßig einen höheren Verwaltungsaufwand: Werden Studienplätze an jene Studienwerbenden vergeben, die aufgrund ihrer geistigen Leistungsfähigkeit als studierfähig gelten, erfordert dies einen weitaus höheren Verwaltungsaufwand als eine Vergabe nach Zufall: In einem Aufnahmeverfahren müssen nämlich Prüfungen erstellt, Räumlichkeiten gebucht, Personal zur Verfügung gestellt und Prüfungen korrigiert werden; so werden etwa regelmäßig ca 800.000 Euro für die Abwicklung des österreichweit einheitlich stattfindenden Medizinaufnahmetests aufgewendet.⁸¹

Materielle Kriterien lassen der verteilenden Behörde typischerweise einen größeren Ermessensspielraum bei der Verteilungsentscheidung als formelle Kriterien – so etwa bei der Vergabe knapper Rundfunkfrequenz, die dem/der Bewerber/in zugeteilt werden, welche/r die Zielsetzungen des PrR-G am besten gewährleistet.⁸² In der Literatur wird eine solche leistungsbezogene Bestenauslese bisweilen kritisch als „Beauty Contest“⁸³ bezeichnet: Sie sei anfälliger für unsachliche Beeinflussungen,⁸⁴ weil Verteilungskriterien wie technische Erfahrung, wirtschaftliche Voraussetzungen, Qualität und Preis der angebotenen Dienste nicht immer eindeutig objektivierbar seien.⁸⁵ Diesen Bedenken kann der Gesetzgeber begegnen, indem er genaue Determinanten festlegt, anhand derer die Behörde das Vorliegen persönlicher Eigenschaften der Bewerber/innen feststellen soll. We-

81 Vgl *DiePresse.com*, Medizintest: 2,5 Tonnen Papier, 7500 Müsliriegel, 8.7.2016, diepresse.com/home/bildung/universitaet/5046246 (15.2.2018).

82 § 6 Abs 1 Z 1 PrR-G.

83 Vgl etwa *Damjanovic ua*, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2005) 86.

84 Vgl *C Fuchs*, Strukturen und Merkmale neuer Verwaltungsverfahren. Auswahl-, Qualitätssicherungs- und Verwaltungskontrollverfahren als Beispiele neuerer Entwicklungen im Verwaltungsverfahrenrecht (Dissertation Universität Wien 2006) FN 82.

85 Vgl etwa *Holoubek/Trainer/Kassai*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien⁵ (2014) 100; *Damjanovic ua*, Handbuch 86.

niger Ermessensspielraum verbleibt der Behörde umgekehrt dann, wenn die Vergabe eines knappen Guts an den/die finanziell stärkste/n Bewerber/in erfolgen soll; es lässt sich nämlich idR zweifelsfrei feststellen, wer bereit ist, den höchsten Erlös für knappes Gut zu zahlen.⁸⁶ Verteilungskriterien, die der Behörde einen kleinen Ermessensspielraum eröffnen, mögen zwar weniger anfällig für sachwidrige Einflüsse sein, produzieren aber zugleich typischerweise mehr Härtefälle als Verteilungskriterien, die der Behörde einen größeren Ermessensspielraum einräumen.

Der Vorteil einer Vergabe knapper Güter nach formellen Kriterien liegt insb im niedrigen Verwaltungsaufwand: Formelle Kriterien sind einfacher und transparenter zu handhaben; aufwändige vergleichende Auswahlverfahren werden dadurch vermieden. Dies liegt nicht nur im Interesse der Verwaltung, sondern bringt auch Bewerber/inne/n den Vorteil einer Verteilungsentscheidung, die weitgehend frei von sachwidrigen Einflüssen ist.⁸⁷ Der Preis dafür sind Härtefälle: Formelle Verteilungskriterien laufen eher Gefahr, Unterschiede zwischen Bewerber/inne/n einzuebnen und damit gleichheitswidrig zu sein.⁸⁸

Wird ein Gut nach formellen Kriterien verteilt, sind die Einflussmöglichkeiten des/der Einzelnen auf den Ausgang des Verteilungsverfahrens regelmäßig geringer. Am geringsten sind die Einflussmöglichkeiten freilich bei der Losentscheidung; *Bernhard Raschauer* betrachtet sie gar als „Verzweiflungslösung“⁸⁹.

Man sieht also, dass beide Verteilungstechniken ihre Vor- und Nachteile haben. Eine generelle Aussage darüber, welche Rechtstechnik „gerechter“ erscheint, ist daher nicht möglich. Hierfür bedarf es vielmehr einer Auseinandersetzung für den konkreten Verteilungskonflikt.

Mag.^a Irina Durović hat ihre Dissertation zur Verteilung knapper Güter verfasst und arbeitet derzeit als freie Dienstnehmerin im Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst der Parlamentsdirektion; irina.durovic@parlament.gv.at

86 So auch ErläutRV 591 BlgNR 20. GP 3.

87 Vgl *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 558.

88 Vgl *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren 558; vgl zur sachlichen Rechtfertigung des Prioritätsprinzips insb *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 581f.

89 *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) Rn 662.

Antidiskriminierungsfragen als Strukturfragen?

Die Behandlung „gläserner Decken“ nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz¹

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902025701>

Sophie Arndt

1. Einleitung

Das europäische Antidiskriminierungsrecht² verweist mit seinem Bezug auf den Arbeitsmarkt auf eine der in kapitalistischen Gesellschaften zentralen Arenen der Reproduktion sozialer Ungleichheit. Einerseits statuiert Antidiskriminierungsrecht keine Gruppenrechte³ und ist, was die Diskriminierungsgründe angeht, regelmäßig symmetrisch formuliert.⁴ Andererseits wurde bei seiner Einführung doch an ganz bestimmte Gruppen, deren soziale Positionen und ungleiche Behandlung gedacht, was etwa in der Gesetzesbegründung⁵ zum dt Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)⁶ deutlich wird. Und auch die mittelbare Diskriminierung lässt sich nur auf der Grundlage eines asymmetrischen Gleichheitsverständnisses nachvollziehen.⁷

Das europäische wie das deutsche Antidiskriminierungsrecht machen insb diejenigen Ungleichheitskategorien zum Gegenstand ihrer Regulierung, die in der Ungleichheitsforschung (und in sozialen Bewegungen) im Rahmen intersektionaler Perspektiven⁸ und

1 Der Text basiert auf einem Vortrag, den die Autorin beim vierten Kongress der deutschsprachigen rechtssoziologischen Vereinigungen, „Abschaffung des Rechts?“ (Basel, 13.-15.9.2018), gehalten hat.

2 Zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, das für den Untersuchungsgegenstand dieses Beitrags relevant ist, gehört insb das auf der Grundlage der Art 18 und 19 AEUV erlassene Richtlinienrecht.

3 Auch wenn es insb im Fall mittelbarer Diskriminierung die Zuordnung zu einer bestimmten sozialen Gruppe zur Voraussetzung hat – dies wird üblicherweise als die „Gruppenbezogenheit“ mittelbarer Diskriminierung beschrieben.

4 Erfasst sind Diskriminierungen etwa wegen des Alters – dies betrifft jedes Lebensalter – oder wegen des Geschlechts – dies kann Personen jeden Geschlechts betreffen. Eine Ausnahme bildet der asymmetrisch formulierte Diskriminierungsgrund „[wegen] einer Behinderung“, vgl Art 1 der RL 2000/78/EG.

5 BT-Drucks 16/1780: 20f. Zum Antidiskriminierungsrecht in der BRD vgl *Mangold*, Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in *Duvel/Ruppert* (Hrsg), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik (2018) 461.

6 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006 (BGBl I S 1897), zuletzt geändert durch Art 8 des Gesetzes v 3.4.2013 (BGBl I S 610).

7 Dazu *Sacksofsky*, Was heißt Ungleichbehandlung „wegen“? in *Kempny/Reimer* (Hrsg), Gleichheitssatzdogmatik heute (2017) 63 (85f).

8 Bezogen auf das Recht vgl *Philipp et al* (Hrsg), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014).

durch neue „Achsen“⁹ der Ungleichheit in den letzten Jahrzehnten neben sozio-ökonomischen Ungleichheiten (Klassenverhältnissen) Bedeutung erlangt haben. Die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien sowie das AGG erfassen die Diskriminierungsgründe Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung (AGG: Identität), „Rasse“, ethnische Herkunft und Geschlecht.

Es gibt jedoch zahlreiche Kritiken, die diesem Antidiskriminierungsrecht vorwerfen, Verteilungsfragen nicht oder nur unzureichend zu adressieren. Diese bemängeln zum einen das Fehlen des Diskriminierungsgrundes „Klasse“ oder „soziale Herkunft“ im Antidiskriminierungsrecht der EU sowie auch im dt AGG.¹⁰ Zum anderen beschreiben sie das Antidiskriminierungsrecht als von vornherein marktliberal gedacht, weswegen es nicht in der Lage sei, Verteilungsgerechtigkeit zu befördern.¹¹ Gegenüber der letztgenannten Kritik teile ich den Einwand *Dagmar Schieks*, dass Antidiskriminierungsrecht nicht als „Sozialpolitik“ vereinnahmt werden sollte.¹²

Dies heißt jedoch nicht, dass sich Antidiskriminierungsrecht gegenüber Zwecken von Umverteilung gleichgültig verhalten sollte oder müsste: In der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Antidiskriminierungsrecht wird vielmehr die Frage nach der (Um-)Verteilung nicht nur als prinzipielle gestellt, sondern auch weniger grundsätzlich, jedoch orientiert am geltenden Recht. Sie findet ihren Ausdruck dann in einem Bemühen um eine *Materialisierung* von Antidiskriminierungsrecht, eine Adressierung „struktureller“ Ungleichheit. Diese soll im Rechtskonflikt artikulierbar gemacht werden etwa über die Fortentwicklung von Rechtsdogmatik, konkret der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung,¹³ die Nutzung von Statistiken als Beweismittel in antidiskriminierungsrechtlichen Streitigkeiten oder das rechtspolitische Bemühen um die Stärkung kollektiver Rechtsdurchsetzung sowie strategischer Prozessführung.¹⁴ In einer kleinen Fallstudie zu „gläsernen Decken“ für Frauen auf dem Arbeitsmarkt werde ich den Möglichkeiten und

9 *Knapp/Wetterer* (Hrsg), Achsen der Differenz. Gesellschaftstheorie und feministische Kritik II (2003); *Klinger/Knapp/Sauer* (Hrsg), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität (2007).

10 Für die Diskriminierung wegen der Klassenzugehörigkeit wurde im Deutschen in Anlehnung an das englische Wort „classism“ der Begriff „Klassismus“ geprägt.

11 Prominent für diese (rechtsphilosophisch fundierte und hier nicht vertiefte) Kritik stehen die Arbeiten *Alexander Somek*. Vgl *Somek*, Neoliberale Gerechtigkeit. Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, DZPh 2003, 45; *Somek*, Engineering equality: An essay on European anti-discrimination law (2011).

12 *Schiek*, Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht, KJ 2014, 396.

13 Dazu *Sacksofsky* in *Kempny/Reimer*.

14 Dazu *Büro für Recht und Wissenschaft*, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, hrsg v d Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2016) 89ff, 100ff. Das dt Pendant zur österr Gleichbehandlungsanwaltschaft, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, die neben der Beratung einen zweiten Schwerpunkt auf Öffentlichkeitsarbeit und Bereitstellung wissenschaftlicher Expertisen hat, kann nach § 27 AGG zwar Betroffene (erst-)beraten und in Diskriminierungsfällen vermitteln, ein formalisiertes Verfahren wie vor der Gleichbehandlungskommission gibt es jedoch nicht. Antidiskriminierungsverbände haben nach § 23 AGG lediglich das Recht einer Beistandschaft in einem Prozess. Es gibt neben der „kleinen Verbandsklage“ für Betriebsräte und Gewerkschaften unter den Voraussetzungen des § 17 Abs 2 AGG im AGG keine weiteren kollektiven Rechtsbehelfe.

Fallstricken der Artikulation einer solchen (strittigen) *konkreten Verteilungsfrage* (in diesem Fall: der Verteilung beruflicher Aufstiegschancen) nachgehen.

2. Diskriminierung: „Strukturelle Ungleichheit“ vs individuelle Verantwortung

Wenn gefordert wird, Antidiskriminierungsrecht müsse eine Antwort auf gesellschaftlich verankerte soziale Ungleichheiten und Diskriminierungslagen darstellen, die als „strukturell“ wahrgenommen werden,¹⁵ so ist damit üblicherweise gemeint, dass die Ungleichheiten sich verfestigt haben, ggf lange Zeit Teil gesellschaftlicher Normalität waren und mit bestimmten Ordnungsmustern, wie etwa solchen der Arbeitsteilung, korrespondieren. Auch wenn Diskriminierungen als Ausdruck von *Strukturen* sozialer Ungleichheit wahrgenommen werden, ist der Schwerpunkt des dt AGG, das insofern stark *reaktiv* operiert, ein haftungsrechtlicher.¹⁶ Der Adressierung gerade des strukturellen Charakters von Diskriminierungen soll die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung dienen. Dies kann als Ausdruck eines materialen Rechtsverständnisses gelten.

2.1. Ein materiales Rechtsverständnis

Unter Materialisierung wird die gesellschaftliche Kontextualisierung rechtlicher Normen verstanden – ihre Auswirkungen sollen nicht formal-isoliert, sondern gerade im sozialen Kontext gesehen werden, was wiederum auf die Normauslegung zurückwirken soll. Dies sei, so *Michael Wrase*, der Einsicht geschuldet, dass (rechtliche) Freiheiten nur *abhängig* von ihren gesellschaftlichen Voraussetzungen verwirklicht werden können.¹⁷ „Materialisierung“ verweist also einerseits auf eine Soziologisierung des Rechtsdenkens, andererseits auf einen reaktualisierten Steuerungsanspruch des Rechts. Dabei wird Recht bewusst in einer bestimmten Gesellschaftsordnung situiert und soll gezielt in diese hineinwirken, über den konkreten Einzelfall hinaus.¹⁸ *Dagmar Schiek* sieht den eigenständigen materialen Gehalt der mittelbaren Diskriminierung darin, dass sie „eng mit der Überwindung von Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit“ zusammenhänge.¹⁹

15 Vgl *Sacksosky* in *Kempny/Reimer* 68; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Bedingung von Freien und Gleichen (2016) 153f; *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz von Gleichbehandlung im Zivilrecht (2013) 657ff.

16 Im dt Recht gibt es, anders als im österr GIBG, keine Strafbestimmungen für Verstöße gegen Diskriminierungsverbote, „sanktioniert“ wird also im Wesentlichen über privatrechtliche Haftung oder ggf Ordnungsgelder in Folge von Verstößen gegen Unterlassungsansprüche. Eine Ergänzung bilden Ordnungswidrigkeitentatbestände im Gaststättenrecht der Länder.

17 *Wrase*, Zwischen Norm und Sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte (2016) 311.

18 Eine konkrete und detaillierte Auseinandersetzung mit methodischen Implikationen einer so verstandenen Materialisierung im Kontext der Grundrechtsdogmatik findet sich bei *Wrase*, Zwischen Norm und Sozialer Wirklichkeit.

19 *Schiek* in *Schiek AGG*¹ (2007) § 3 Rn 21.

Auch Kritiker*innen eines Antidiskriminierungsrechts mit starkem Steuerungsanspruch diagnostizieren anhand der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung eine Materialisierung des Antidiskriminierungsrechts.²⁰

2.2. „Strukturelle Diskriminierungslagen“

Aus soziologischer Sicht scheint es selbstverständlich, Diskriminierungslagen, sofern diese als Ausdruck sozialer Ungleichheit angesehen werden, als strukturell zu begreifen. Denn wenn soziale Ungleichheit „eine systematische ungleiche Verteilung von Lebenschancen beziehungsweise von Möglichkeiten der Inklusion in Gesellschaft und der Verfügung über gesellschaftlich relevante Ressourcen“²¹ ist, dann ist sie immer in sozialen Strukturen verankert, beziehungsweise stellt selbst ein entscheidendes Merkmal dieser Strukturen dar.

Die Betonung des strukturellen Charakters von Diskriminierung wird jedoch verständlich vor dem Hintergrund der Diskussionen über das AGG. Denn das Privatrecht, in dessen Bereich das AGG hauptsächlich fällt, soll nur ausnahmsweise ein „Recht der Ungleichgewichtslagen“²² sein. Dies hat sich auch im AGG niedergeschlagen, das eine zweifache Individualisierung vornimmt: Eine diskriminierte Person hat Entschädigungsansprüche gegen eine diskriminierende Person. Die mittelbare Diskriminierung soll in diesem Kontext einen gegenläufigen Akzent setzen.

3. Gläserne Decken

Im Folgenden untersuche ich zwei Beweisstrategien in Rechtsstreitigkeiten über sog. „gläserne Decken“, nämlich zum einen die Nutzung von Statistiken, zum anderen die bislang wenig beachtete Figur der „betrieblichen Benachteiligungskultur“. Mit dem Begriff der „gläsernen Decke“ werden institutionalisierte Aufstiegshindernisse für Frauen in einem Betrieb (bzw einer Dienststelle oder Behörde) bezeichnet. Sie sind „gläsern“, weil sie gewissermaßen unsichtbar sind, subtil daherkommen und in einem Maße institutionalisiert sind, welches es erschwert, sie an einzelnen konkreten Benachteiligungshandlungen festzumachen. In Deutschland hat es in den vergangenen Jahren mehrere Rechtsstreitigkeiten gegeben, die gläserne Decken zum Gegenstand hatten, zwei davon betrafen das Unternehmen *Sony* und die *GEMA*²³. Diese Rechtsstreitigkeiten über „gläserne Decken“ wurden über mehrere Jahre und mehrere Instanzen hinweg geführt. Der *Sony*-Fall ereignete

20 Vgl *Adomeit/Mohr*, Die mittelbare Diskriminierung als Instrument überindividueller Verhaltenssteuerung. Zugleich Besprechung von BAG v. 22.4.2010, 6 AZR 966/08, RdA 2011, 102 (106).

21 *Burzan*, Ungleichheit, in *Farzin/Jordan* (Hrsg.), Lexikon Soziologie und Sozialtheorie. Hundert Grundbegriffe (2008) 306 (306).

22 Vgl exemplarisch zum Begriff: *Limbach*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen: Eine Rezensionabhandlung, KritV 1986, 165.

23 Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte.

sich noch vor Einführung des AGG, wurde aber auf Grundlage der alten Rechtslage (maßgebend war § 611a BGB aF²⁴) überwiegend in einer Zeit verhandelt, in der das AGG bereits galt. Im *GEMA*-Fall kam dann das AGG zur Anwendung. Beide Fälle gelangten bis vor das Bundesarbeitsgericht (BAG). Von besonderem Interesse ist, wie dort mit den Fragen des Diskriminierungsbeweises und der Diskriminierungsform umgegangen wurde (dazu 4. und 5.).

3.1. Unmittelbar und mittelbar diskriminierende „gläserne Decken“

Diskriminierungen auf Grund „gläserner Decken“ können sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer Natur sein. Dies hängt von der Fallgestaltung ab. Wenn einer Frau auf stereotypisierende Weise zugeschrieben wird, von ihr könne als Mutter kein voller Arbeitsinsatz erwartet werden, so ist dies eine unmittelbare Diskriminierung, da eine solche Zuschreibung gegenüber einem Mann nicht erfolgt wäre.²⁵ Wenn jedoch für eine Führungsposition das Kriterium regelmäßiger Mehrarbeit in den Abendstunden aufgestellt wird, so trifft dies die Gruppe von Menschen, die aktiv Erziehungsverantwortung übernehmen und Sorgearbeit leisten, besonders hart, die wiederum mehrheitlich aus Frauen besteht. In einem solchen Fall handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung.

3.2. Folgen für den Nachweis einer „gläsernen Decke“

Unabhängig von der Diskriminierungsform scheint der Rückgriff auf statistisches Material bei Fällen „gläserner Decken“ besonders naheliegend zu sein. Stellt doch ein nach oben drastisch abnehmender Frauenanteil diese plastisch dar und die hiermit oft in Verbindung gebrachte „Vereinbarkeitsproblematik“ von Sorgearbeit und Berufstätigkeit schlägt sich ebenfalls in eindeutigen Zahlen zur unterschiedlichen qualitativen und quantitativen Partizipation an beiden nieder.

Die Anforderungen an Statistiken als Beweismittel können (und müssen) sich jedoch je nach Diskriminierungsform unterscheiden,²⁶ da es in einem Fall um eine institutionalisierte Praxis im Unternehmen geht, im anderen Auswahlkriterien mit gesamtgesellschaftlichen Verhältnissen korrespondieren. Wie schwierig es ist, das Verhältnis zwischen beiden in einem antidiskriminierungsrechtlichen Konflikt auszubuchstabieren, zeigt das *GEMA*-Verfahren (4.). Anhand des *Sony*-Verfahrens wird darüber hinaus deutlich, dass

24 Die Norm verbot Diskriminierungen wegen des Geschlechts im Bereich des Individualarbeitsrechts, ua auch beim beruflichen Aufstieg. Sie enthielt eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ähnlich der heute in § 22 AGG geregelten. Für den Fall eines Verstoßes sah die Norm eine Entschädigung in Geld vor. Zur kontroversen Gesetzgebungsgeschichte und den Vorfassungen des § 611a BGB aF vgl *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht: Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 2006, 352 (389ff).

25 Dies war etwa im unten näher besprochenen *Sony*-Verfahren der Fall, und so auch das BAG in BAG, 18.9.2014, 8 AZR 753/13.

26 Zur sich dann anschließenden Frage der Vergleichsgruppenbildung im Fall mittelbarer Diskriminierung vgl *Hoffmann*, Die Feststellung mittelbarer Diskriminierungen, AcP 2014, 822.

eine ausschließlich quantifizierte Darstellung der „diskriminierenden Strukturen“ im zweiten Schritt nach (qualitativer) Ursachenforschung verlangt (5.).

4. Das GEMA-Verfahren: Hohe Anforderungen an Statistikbeweis

Im GEMA-Verfahren war die spätere Klägerin, die bereits über einen längeren Zeitraum hinweg auf steigenden Hierarchiestufen Stellen bei der GEMA bekleidet hatte, bei der Bewerbung um eine Führungsposition nicht berücksichtigt worden. Sie klagte und legte Daten vor, aus denen der Frauenanteil in den unterschiedlichen führenden (außertariflichen) Hierarchieebenen der Beklagten hervorging.²⁷ Hieraus ergab sich, dass der Frauenanteil auf den Hierarchieebenen oberhalb derjenigen der Klägerin gering war oder sogar bei null lag. Nach einer zweitinstanzlichen für die Klägerin günstigen Entscheidung²⁸ formulierte das BAG in der Revision recht strenge Anforderungen an den Nachweis „gläserner Decken“ mittels Statistik: Statistiken müssten auf die*den konkrete*n Arbeitgeber*in bezogen sein; zum Nachweis einer gläsernen Decke müsse zunächst festgestellt werden, wie viele Frauen überhaupt „unterhalb“ dieser angekommen seien; hierfür genüge schließlich auch nicht die Feststellung von deren Anzahl, sondern es müsse im Einzelfall geprüft werden, welche Positionen für welchen Aufstieg geeignet seien.²⁹

4.1. Diskriminierungsform und Folgen für den Beweismaßstab

Im GEMA-Urteil stellte das BAG zur Diskriminierungsform lediglich fest, dass es sich um eine *verdeckte* Benachteiligung gehandelt habe, ließ dabei aber ausdrücklich offen, ob diese unmittelbarer oder mittelbarer Natur gewesen war.³⁰

Diese Verunklarung des rechtlichen Maßstabs ist deswegen problematisch, da, wie dargestellt (3.2.), Statistiken als Beweismittel bei unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung jeweils unterschiedliche Funktionen haben können. Bei unmittelbarer Diskriminierung gilt es, die Diskriminierung in einem Einzelfall nachzuweisen, bei mittelbarer Diskriminierung geht es um einen benachteiligenden *Effekt*, der sich aus den faktischen Auswirkungen eigentlich neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ergibt, von dem (potentiell) eine ganze Personengruppe besonders getroffen wird (vgl § 3 Abs 2 AGG). Über den GEMA-Fall hinaus lässt sich in der gerichtlichen Praxis ein starker Konnex zwischen dem Statistikbeweis und der mittelbaren Diskriminierung beobachten: So ist es in Deutschland schon vorkommen, dass Gerichte eine Diskriminierung als mittelbare qualifizieren, gerade *weil* statistisches Material verwendet wird.³¹ Wenn eine Benachtei-

27 Zu diesen hatte sie allerdings wohl nur auf Grund ihres konkreten Einsatzortes im Betrieb überhaupt Zugang gehabt.

28 LAG Berlin-Brandenburg, 26.11.2008, 15 Sa 517/08. Dazu: *Wenckebach*, „Bis unter den Vorstand überhaupt kein Thema“. Der Nachweis einer gläsernen Decke im Antidiskriminierungsprozess, KJ 2011, 370.

29 BAG, 22.07.2010, 8 AZR 1012/0.

30 BAG, 22.7.2010, 8 AZR 1012/0: Rn 50f.

31 So das LAG Hamm, 6.6.2013, 11 Sa 335/13, aufgehoben durch BAG, 18.9.2014, 8 AZR 753/13.

ligung als unmittelbare erkannt wird, kann es umgekehrt sein, dass die Verwendung statistischen Materials als Beweismittel gerade deshalb ausgeschlossen wird – es sei nur für den Nachweis mittelbarer Benachteiligungen tauglich.³²

4.2. Entlastung durch gesellschaftliche Verhältnisse

Im *GEMA*-Verfahren scheiterte der Versuch, eine Verbindung zwischen gesellschaftlichen Strukturen, die Frauen benachteiligen, und deren Chancen beim beruflichen Aufstieg zu ziehen. Vielmehr schien die allgemeine gesellschaftliche Problematik die Verantwortung der Arbeitgeberin zu schmälern:

„[E]in Arbeitgeber [ist] gar nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet [...], gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. [...] Es entspricht [...] allgemeiner Lebenserfahrung, dass ein beruflicher Aufstieg häufig eine nicht unerhebliche Flexibilität voraussetzt [...], welche sich mit der häufig von Frauen ausschließlich oder überwiegend wahrgenommenen Kindererziehung nicht oder nur schlecht vereinbaren lässt [...] Auch wirken sich längere Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit [...] negativ auf die Chancen zum beruflichen Aufstieg aus, obwohl der Arbeitsplatz als solcher während dieser Zeiten der Arbeitnehmerin grundsätzlich garantiert ist. Dabei müssen solche Aufstiegsvoraussetzungen bzw. ‚-hindernisse‘ durchaus nicht ihrerseits immer verbotene Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen darstellen.“³³

Die gesellschaftlichen Verhältnisse entlasten hier also die betreffende Arbeitgeberin von zu weitgehenden Antidiskriminierungspflichten, proaktives Gegensteuern kann von ihr aus Sicht des BAG nicht verlangt werden. Auch die vom BAG angeführten Kriterien, Flexibilität und nichtunterbrochene Berufsbiografie, werden auf ihren diskriminierenden Charakter nicht hinterfragt.

Dank der häufig als besonders evident empfundenen Repräsentativität statistischer Darstellungen³⁴ ermöglichen diese zwar in einem ersten Schritt eine sehr wirksame Skandalisierung ungleicher Verhältnisse, provozieren sodann aber, wie hier, Abwehrreaktionen, die sich auf die individuell abzugrenzende Verantwortung des*der Arbeitgeber*in berufen. Die gesellschaftlichen Strukturen, die doch gerade in den Rechtsstreit einbezogen werden sollten, wirken so im Extremfall *entlastend*.

32 Hiervon war das LAG Berlin-Brandenburg in seiner zweiten Entscheidung im *Sony*-Verfahren ausgegangen, LAG Berlin-Brandenburg, 12.2.2009, 2 Sa 2070/08. Das BAG positionierte sich im *GEMA*-Verfahren anders, BAG, 22.7.2010, 8 AZR 1012/0: Rn 68.

33 BAG, 22.7.2010, Az. 8 AZR 1012/0: Rn 74.

34 Vgl *Barlösius*, Die Macht der Repräsentation. Common Sense über soziale Ungleichheiten (2005).

4.3. Grenzen des Statistik-Beweises

Die Konflikte um „gläserne Decken“ verweisen auf die Repräsentationsmacht von Statistik.³⁵ Diese Repräsentationsmacht bleibt dabei allerdings nicht unbestritten. Die Widerstände kreisen vornehmlich um das Verhältnis der abstrakten Repräsentation und des konkreten rechtlichen Einzelfalls. Die Statistik ist zwar ein taugliches Instrument, ungleiche Verhältnisse prägnant auszudrücken, auch ist sie probates Mittel zur Skandalisierung von Ungleichheit³⁶, sie eignet sich jedoch weniger zur Zuweisung individueller Verantwortung für eben diese ungleichen Verhältnisse, welche das AGG aber voraussetzt.

5. Das *Sony*-Verfahren: Benachteiligungskultur

Im *Sony*-Verfahren standen andere als statistische Indizien im Vordergrund: Ihm lag der Fall einer Arbeitnehmerin aus dem Jahr 2005 zugrunde, die bei dem Unternehmen als Abteilungsleiterin angestellt war und sich auf eine Stelle als Vizechefin ihrer Organisationseinheit beworben hatte. Zu diesem Zeitpunkt war die spätere Klägerin schwanger, dies war im Betrieb auch bekannt. Die vakante Stelle erhielt ein Mann. Die Arbeitnehmerin klagte daraufhin auf Geldentschädigung nach § 611a Abs 2 BGB. Ihr Vorgesetzter hatte der Klägerin gesagt, sie solle sich doch auf ihr Kind freuen. Dies sowie weitere Umstände brachte die Klägerin als Indizien für eine Benachteiligung wegen ihrer Schwangerschaft, also wegen ihres Geschlechts, vor. Das BAG stellte klar, dass verschiedene Indizien, wie etwa die Äußerung des Vorgesetzten, in einer Gesamtschau zu würdigen seien und ggf zusammengenommen für eine „Benachteiligungskultur“ im Unternehmen sprechen könnten.³⁷

Die Figur der „Benachteiligungskultur“, die bislang in der Rsp nicht noch einmal aufgegriffen worden ist, verkörpert mE eine Möglichkeit, eine Verbindung zwischen „gesellschaftlichen Strukturen“ und – im AGG unhintergebar – individueller Verantwortlichkeit zu knüpfen. Und das unabhängig von der Einordnung als unmittelbare und mittelbare Diskriminierung. Dies liegt daran, wie sogleich zu zeigen sein wird, dass die „Benachteiligungskultur“ über die Darstellung eines ungleichen Effektes hinausgeht. Diesen Zusammenhang erhellt das Konzept der institutionellen Diskriminierung.

5.1. Institutionelle Diskriminierung ...

Die Widerstände und Schwierigkeiten, auf die der Versuch der Darstellung diskriminierender Strukturen trifft, könnten neben der Verunklarung von Diskriminierungsform und Beweismaßstab auch darin wurzeln, dass die Zuordnungen „unmittelbare Diskri-

³⁵ Vgl *Barlösius*, Repräsentation 125, 168f.

³⁶ Vgl *Barlösius*, Repräsentation 15.

³⁷ BAG, 27.1.2011, 8 AZR 483/09.

minierung – Einzelfall“ und „mittelbare Diskriminierung – Strukturen“ in der Praxis weniger trennscharf sind als in der Theorie. Das Konzept der institutionellen Diskriminierung³⁸ könnte hier zu einem anderen Verständnis verhelfen.

Mechtild Gomolla und *Frank-Olaf Radtke* begreifen institutionelle Diskriminierungen als Unterscheidungspraxen, die in Organisationen „als formale Rechte, etablierte Strukturen, eingeschlossene Gewohnheiten, etablierte Wertvorstellungen und bewährte Handlungsmaximen“³⁹ verankert sind. Institutionelle Diskriminierungen sind dabei Folgen eines normalen Funktionierens von Organisationen.⁴⁰ Sie können entweder formalisiert sein oder aber nur auf Grund ungleicher Effekte, die sich statistisch beschreiben lassen, sichtbar werden.⁴¹

Besonders instruktiv für das Antidiskriminierungsrecht ist mE der Unterschied zwischen den *Effekten* einerseits und den *Mechanismen* (oder *Ursachen*) institutioneller Diskriminierung andererseits, auf den *Gomolla* hinweist. Diese könnten, da sie nicht direkt beobachtbar seien, immer nur zweistufig untersucht werden: In einem ersten Schritt wird dabei mittels statistischer Verfahren aufgezeigt, dass „bestimmte soziale Gruppen systematisch weniger Belohnungen oder Leistungen erhalten als klar identifizierbare Vergleichsgruppen.“ In einem zweiten Schritt sind sodann „qualitative Untersuchungen anzuschließen, die der Frage nachgehen, wie die Unterschiede im alltäglichen Handeln in den betreffenden Einrichtungen zustande kommen und welche Bedingungen in den Organisationen und ihrem institutionellen Umfeld es möglich machen, dass Diskriminierung im organisationalen Handeln geschehen und aufrecht erhalten werden kann.“⁴²

5.2. ... ein Konzept auch für das Recht?

Bei dem in Rechtsstreitigkeiten häufig zu beobachtenden Versuch, „gläserne Decken“ mittels Statistik „abzubilden“, wird nur der erste Schritt vollzogen, werden also nur die *Effekte* von Diskriminierungen aufgezeigt; ob diese als plausibel genug erscheinen, um eine Diskriminierung im Rechtssinne festzustellen, unterscheidet sich von Fall zu Fall. Das Ausmaß an Ursachenforschung in einem arbeitsrechtlichen Prozess hängt neben der Fähigkeit der Statistiken, als selbstevident zu erscheinen, von juristischen Überprüfungsmaßstäben und Beweislastverteilungen ab.

Der Nachweis von Indizien im Sinne des § 22 AGG ist in Konflikten um „gläserne Decken“ mE auch deswegen so schwer zu führen, da die „gläsernen Decken“ häufig insti-

38 Dazu: *Gomolla/Radtke*, Institutionelle Diskriminierung. Die Herstellung ethnischer Differenz in der Schule³ (2009); *Gomolla*, Institutionelle Diskriminierung. Neue Zugänge zu einem alten Problem, in *Hormel/Scherr*, Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse (2010) 61; *Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in *Scherr/El-Mafaalani/Yüksel* (Hrsg), Handbuch Diskriminierung (2017) 133.

39 *Gomolla/Radtke*, Diskriminierung 18.

40 *Gomolla/Radtke*, Diskriminierung 19.

41 *Gomolla/Radtke*, Diskriminierung 19.

42 *Gomolla* in *Hormel/Scherr* 79.

tutionalisiert sind und daher nicht ohne Weiteres an einer einzelnen Ursache (etwa einem formalisierten Kriterium für den Aufstieg oder einer ablehnenden Haltung der entscheidungsbefugten Personen) festgemacht werden können.

Das sozialwissenschaftliche Konzept der institutionellen Diskriminierung ist allerdings nicht einfach ins Recht „übersetzbar“. Möchte man institutionelle Gegebenheiten im Rechtskonflikt um „gläserne Decken“ berücksichtigen, so gilt es insb, das unhintergehbare Zurechnungserfordernis im Auge zu behalten, welches das AGG als (vor-)vertragliches Haftungsrecht beinhaltet. Der von *Gomolla* beschriebene zweite Schritt, nämlich die Ursachenforschung, ist dann jedoch im Rechtskonflikt erst recht umzusetzen – die (vermeintliche) Schlagkräftigkeit statistischen Materials, das jedoch auf der ersten Ebene der „Abbildung“ verharret, verstellt darauf, so scheint es, bisweilen den Blick.

5.3. Die Figur der „Benachteiligungskultur“

Die vom BAG im *Sony*-Verfahren entwickelte Figur der „Benachteiligungskultur“ weist mE in Richtung der Aufklärung der *Ursachen* einer Diskriminierung. Das Landesarbeitsgericht (LAG) hatte in der Vorinstanz eine Diskriminierung verneint, da es den von der Klägerin geschilderten Umständen an einem „inneren Zusammenhang“ gefehlt habe; die Worte des Vorgesetzten, sie solle sich doch auf ihr Kind freuen, wurden als „tröstend“ bewertet.⁴³ Das BAG hielt dem entgegen: „Der innere Zusammenhang der vorgebrachten Tatsachen ist *nicht* Voraussetzung der Vermutung einer gesetzwidrigen Benachteiligung. Vielmehr kann sich gerade erst aus diesen Tatsachen eine ‚Benachteiligungskultur‘ im Unternehmen ergeben.“⁴⁴

Einer Benachteiligungskultur liegt kein absichtsvolles System zu Grunde, sondern ein (ggf loses) Zusammenspiel von Arrangements und Handlungen in verschiedenen Teilbereichen und unter Beteiligung unterschiedlicher Personen, die erst als Mosaik ein Ganzes ergeben. Diese können zu im Rechtssinne unmittelbaren wie mittelbaren Diskriminierungen führen.

Das BAG entwickelte die seither nicht mehr aufgegriffene Figur der Benachteiligungskultur im Rahmen des Beweismaßstabes des § 22 AGG, es ging dabei darum, wann Indizien dessen Wirkung auszulösen vermögen. Fragen von Zurechnung und Verschulden wurden vom BAG hierbei nicht thematisiert. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Anweisung zu einer Benachteiligung eine solche darstellt (§ 3 Abs 5 AGG), § 7 AGG Diskriminierungen von Arbeitnehmer*innen grundsätzlich gegenüber allen Personen verbietet und § 12 AGG den*die Arbeitgeber*in zu (auch vorbeugenden) Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierungen verpflichtet.

43 LAG Berlin-Brandenburg, 12.2.2009, 2 Sa 2070/08 und LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.10.2006, 2 Sa 1776/06.

44 BAG, 27.1.2011, 8 AZR 483/09: Rn 39 (Hervorh d Verf).

6. Plädoyer für eine kreative Handhabung von Antidiskriminierungsrecht

Nach dieser kleinen und an vielen Stellen kursorischen Fallstudie, der mit dem Phänomen der „gläsernen Decke“ eine *konkrete* Verteilungsfrage zu Grunde lag, lautet das Plädoyer im Hinblick auf die eingangs aufgeworfene Frage, ob und wie mit dem AGG „Strukturfragen“ adressiert werden können: Ob „Strukturfragen“ in einem Rechtskonflikt artikuliert werden können, hängt weniger von einer abstrakten normativen Forderung, die an das Recht gerichtet wird, als von dessen konkreter Handhabung ab. Kreative Strategien können hier – auch in Fällen unmittelbarer Diskriminierung – die Möglichkeit bieten, etablierte Privilegien und institutionalisierte Diskriminierungen rechtlich greifbar zu machen.

Auf diese Weise könnte auch die Frage nach den „Strukturen“ im konkreten Fall neu gestellt werden: Während Statistik als Ausdruck „struktureller Diskriminierungslagen“ ein Verständnis von Diskriminierung als Nicht-Gleichverteilung impliziert⁴⁵ und mit dem AGG die für die Erreichung von Gleichverteilung individuellen Verantwortlichen in Haftung genommen werden (was, wie gezeigt wurde, häufig nicht gelingt), könnte eine an der Idee der institutionellen Diskriminierung orientierte Rechtsstrategie, die sich etwa der Rechtsfigur der „Benachteiligungskultur“ bedient (was die Verwendung von Statistiken durchaus einschließen kann), tatsächlich stärker organisationale Arrangements, (unhinterfragte) Abläufe und Anforderungen, Umwelteinflüsse und individuelle Verantwortung verschränken.

Sophie Arndt, M.A., ist gegenwärtig Rechtsreferendarin am Landgericht Frankfurt am Main und promoviert mit einer rechtssoziologischen Arbeit zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main; s.arndt@jur.uni-frankfurt.de

45 Vgl. *Barlösius*, Kämpfe um soziale Ungleichheit. Machttheoretische Perspektiven (2004) 27ff sowie *Gomolla/Radtke*, Diskriminierung 19.

Vereinbarkeit als Verteilungsfrage

Rechtliche Möglichkeiten zur Umverteilung von Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902026801>

Maria Sagmeister

1. Einleitung

Für die meisten Menschen ist es derzeit notwendig, durch Arbeit ein Einkommen zu erzielen, um sich selbst und gegebenenfalls auch andere erhalten zu können. Wer nicht von Vermögen lebt, muss sein oder ihr Leben mit den Anforderungen von Lohnarbeit vereinbar machen. Die ungleiche Verteilung von Reproduktionsarbeit und Kinderbetreuungsaufgaben macht das für Frauen oft noch schwieriger als für Männer.

Es sind va Mütter, die nach der Geburt eines Kindes ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen, später nur in Teilzeit auf den Arbeitsmarkt zurückkehren und die finanziellen Konsequenzen tragen.¹ Im Gegensatz dazu wird das berufliche Fortkommen von Männern durch die Geburt eines Kindes meist kaum beeinflusst.² Auch wenn Väterkarenz in den letzten Jahren ein präsenter werdendes Thema ist, gehen Männer noch immer viel seltener, und wenn, dann in geringerem Umfang als Frauen in Karenz.³ Die damit einhergehende ungleiche Aufteilung unbezahlter Arbeit benachteiligt Frauen, sie hat Auswirkungen auf die Verteilung ökonomischer Ressourcen und individuell verfügbarer Gestaltungsmöglichkeiten. Zugleich hängt es wiederum mit der Verteilung von Ressourcen zusammen, wie stark diese Auswirkungen individuelle Frauen betreffen, so spielt es etwa eine Rolle, ob Arbeit privat (meist an andere Frauen) ausgelagert werden kann.

1 *Kleven ua*, Child Penalties Across Countries: Evidence and Explanations (2019), henrikkleven.com/uploads/3/7/3/1/37310663/klevenetal_aea-pp_2019.pdf (12.4.2018). Zu Verteilung und Gründen von Teilzeitarbeit in Ö: statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/gender-statistik/erwerbstaetigkeit/index.html (12.3.2019).

2 *Sozialministerium* (Hrsg), Väter in Elternkarenz. Die Folgen des Bezugs von Kinderbetreuungsgeld für den Erwerbsverlauf von Männern (2014), broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=268, 9 (3.4.2019).

3 Der Männeranteil bei den Zugängen zum Kinderbetreuungsgeldbezug stieg laut Sozialministerium von 2009-2012 von 15,6 % auf 16,7 %, wobei ihre Bezugszeiten kürzer sind als jene von Frauen, wird dies berücksichtigt beträgt ihr Anteil im genannten Zeitraum ca 8 %, siehe *Sozialministerium* (Hrsg), Väter in Elternkarenz 2014, 10; laut *Statistik Austria* war der Männeranteil der Beziehenden zwischen 2008-2017 noch etwas geringer und blieb unter 7%; siehe *Statistik Austria*, Kinderbetreuungsgeldbezieherinnen und -bezieher nach Geschlecht 2008 bis 2017 (2018), statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/familienleistungen/index.html (2.5.2019).

Das Recht rahmt die gesellschaftliche Organisation und Verteilung von Arbeit, ua kommt dabei Regelungen über Elternzeiten eine wesentliche Rolle zu. Sie stellen Handlungsoptionen bereit, welche die Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit mit Arbeiten im Privaten betreffen. Ihre Gestaltung ist somit (Teil)Voraussetzung für die Verteilung von Sorgearbeit innerhalb der Familie; wer darf wann seine oder ihre Erwerbsarbeit anlässlich einer Geburt/Kindesannahme und zur Kinderbetreuung unterbrechen? Das Recht *kann* insofern Einfluss auf paarinterne Ausverhandlungen über Kinderbetreuung haben. Der Grad dieses Einflusses hängt wiederum von der konkreten juristischen Ausgestaltung – als Anspruch oder als Obligation – ab.

In diesem Beitrag möchte ich zunächst kurz auf die mit der ungleichen Verteilung von unbezahlter Arbeit einhergehenden Nachteile für Frauen eingehen und dabei hervorheben, dass diese sich je nach sozioökonomischer Position unterschiedlich bemerkbar machen. Trotz ihrer unterschiedlichen Effekte und Formen bleibt die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung Kern der Kritik; vor dessen Hintergrund erscheint eine gerechtere Verteilung unbezahlter Arbeiten zwischen Männern und Frauen geboten. Ich werde daher in einem nächsten Schritt die derzeitige Rechtslage in Hinblick auf ihre Eignung zu einer solchen Umverteilung problematisieren und erörtern, welche Maßnahmen diese vorantreiben können. Vereinbarkeitsmaßnahmen, die vernachlässigen, Männer in die Pflicht zu nehmen, drohen die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung zu reproduzieren; anstatt zwischen Männern und Frauen kommt es dadurch viel eher zu einer Umverteilung zwischen Frauen, entlang von Klasse und ethnischer Zugehörigkeit.

2. Frauen arbeiten zu viel und sie arbeiten zu wenig

Die mit Mutterschaft verbundenen ökonomischen Nachteile zu minimieren war und ist ein wesentliches Ziel feministischer Kritiken und des Gleichstellungsrechts.⁴ Vereinbarkeit von Erwerb und Familie soll durch Regelungen wie Mutterschutz, Elternkarenz und den Ausbau von Kinderbetreuungsplätzen erleichtert werden. Wird dabei allerdings die Förderung der Beteiligung von Männern an der unbezahlten Arbeit vernachlässigt, führt dies zu einer heute allzu alltäglichen Doppelbelastung für Frauen, während Männer weiterhin die Sphäre des Erwerbs dominieren.⁵ Maßnahmen zur Erhöhung der Frauenerwerbstätigkeit haben mitunter den Nebeneffekt, Frauen innerhalb der Erwerbsarbeits-sphäre auf einem bestimmten Niveau, unter dem der Männer, zu halten.⁶ Dass Frauen häufiger zugunsten der Kinder pausieren oder nur Teilzeit arbeiten, wirkt sich nicht nur auf das aktuelle Einkommen aus, sie erwerben durchschnittlich weniger Rentenansprü-

4 Vgl bspw *Correll/Benard/Paik*, Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty? *American Journal of Sociology* 2007, 1297.

5 Vgl *Dowd*, Fatherhood and equality: reconfiguring Masculinities, *Suffolk University Law Review* 2012, 1047.

6 *Mandel*, Rethinking the paradox: tradeoffs in work-family policy and patterns of gender inequality, *Community, Work & Family* 2011, (159) 170.

che als Männer und sind stärker von Altersarmut betroffen.⁷ Auch ungleiche Aufstiegsmöglichkeiten werden mit stereotypen Vorstellungen von Mutterschaft in Verbindung gebracht.⁸ *Williams* spricht idZ von „maternal stereotyping“⁹, das schon weit unter der „gläsernen Decke“ das berufliche Fortkommen von Frauen nach der Geburt eines Kindes hindert, indem ihnen zugeschrieben wird, ihre Prioritäten im Privaten zu setzen und als Arbeitskraft weniger engagiert zu sein. Während folglich manche Frauen wegen stereotypen Vorstellungen von Weiblichkeit an die gläserne Decke stoßen, ringen andere damit, neben ihren Betreuungspflichten überhaupt irgendeiner Erwerbsarbeit nachgehen zu können, um über die Runden zu kommen. Es macht durchaus einen Unterschied, ob frau selbst die „zweite Schicht“¹⁰ schiebt, oder eine andere dafür bezahlt. Derzeit findet die Umverteilung von Sorgearbeit eher „zwischen Frauen entlang von Klasse und staatsbürgerlicher Zugehörigkeit“¹¹, anstatt zwischen Männern und Frauen statt. Wohlhabende Frauen delegieren Haushalts- und Fürsorgearbeit an andere Frauen. So wird der Großteil der (schlecht) bezahlten Pflegearbeit von migrantischen Frauen verrichtet, deren Arbeitsorte und -zeiten oft kaum mit eigenen familiären Pflichten vereinbar sind.¹² Am Bsp Pflege zeigt sich auch, dass nicht nur private, sondern auch bezahlte Sorgearbeit feminisiert und abgewertet wird. Bezahlte häusliche Arbeit wird darüberhinaus ethnisiert und illegalisiert.¹³ Frauen verfügen über unterschiedliche Ressourcen, um mit der Mehrbelastung durch die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung und die Zuschreibung von Sorgearbeit umzugehen; Kritik an einem Feminismus, der sich vorrangig an den Bedürfnissen privilegierter Frauen orientiert, ist berechtigt. Frauen sind in unterschiedliche Zusammenhänge und Kämpfe verstrickt und haben teilweise gegenläufige Interessen.¹⁴ Doch darf die vergeschlechtlichte Arbeitsteilung, wiewohl sie ganz unterschiedliche Probleme mit sich bringt, nicht als Gegenstand der Kritik aus dem Blick geraten.¹⁵ Ungleichheit besteht immer in einem Verhältnis, in Bezug auf das Geschlechterverhältnis lässt sich die

7 *Eurostat*, Quote der von Armut bedrohten Personen nach Armutsgefährdungsgrenze, Alter und Geschlecht – EU-SILC Erhebung, <https://bit.ly/2rVYrrM> (14.3.2019).

8 *Mandel*, Community, Work & Family 2011, 160.

9 *Williams*, The Maternal Wall, Harvard Business Review, 2004, hbr.org/2004/10/the-maternal-wall (20.3.2019).

10 Vgl *Hochschild*, Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home (1989).

11 *Speck*, Bilder und Bürden. Funktionen und Transformationen von Mutterschaft, in *Dolderer/Holmel/Jerzak/Tiegte* (Hrsg), O mother, where art thou? (Queer-)Feministische Perspektiven auf Mutterschaft und Mütterlichkeit (2016) 26 (38).

12 Vgl *Lutz*, „Die 24-Stunden-Polin [Vierundzwanzig-Stunden-Polin]“ – eine intersektionelle Analyse transnationaler Dienstleistungen, in *Klinger/Knapp/Sauer* (Hrsg), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität (2007) 210-234.

13 Vgl *Kretschmann*, Mit Recht regieren? Zur Verrechtlichung transmigrantischer 24-Stunden-Carearbeit in österreichischen Privathaushalten, in *Scheiwe/Krawietz* (Hrsg), Transnationale Sorgearbeit. Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis (2010) (199) 209.

14 *Goodman*, On International Women's Day, Women Declare: Emancipation Comes Through the Rejection of Capitalism, Interview mit *Tithi Bhattacharya*, alternet.org v 8.3.2018, alternet.org/2018/03/international-womens-day-women-declare-emancipation-comes-through-rejection-capitalism (14.3.2019).

15 Vgl *MacKinnon*, From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway? *Yale Journal of Law and Feminism* 1991, 13.

überproportionale Belastung von Frauen mit unbezahlter Arbeit auch als Entlastung von Männern von diesen Aufgaben betrachten, die ihnen zum Vorteil gereicht.¹⁶

3. Umverteilen statt vereinbaren

Ich möchte die Vereinbarkeitsfrage dezidiert nicht nur als Frage der Inklusion von Frauen in den Arbeitsmarkt, sondern als Frage der Verteilung von Arbeit verstehen. Arbeit geschlechtergerecht zu organisieren, bedeutet auch die Umverteilung unbezahlter Arbeit von Frauen an Männer. Sollen Frauen gleiche Teilhabe, nicht nur an Erwerbsarbeit, sondern auch an Freizeit, Politik usw. haben, muss die unbezahlte Arbeit, die im Moment von ihnen verrichtet wird, neu verteilt werden. *Fraser* spricht idZ von einem wohlfahrtsstaatlichen „Modell der universellen Betreuungsarbeit“, das die „Lebensmuster von Frauen zum Standard und zur Norm für alle“¹⁷ machen soll. Sorgearbeit soll als unumgänglicher Teil des Lebens anerkannt werden, dem sich jeder Mensch unter würdigen Umständen widmen können muss. Einen ähnlichen Ansatz vertritt auch *Frigga Haug*, die mit der *Vier-in-Einem-Perspektive* eine gerechtere Aufteilung von Arbeit und Zeit unter allen Menschen einfordert.¹⁸ Sie schlägt vor, dass jeder Mensch je vier Stunden täglich mit Freizeit, Erwerbs-, Sorge- sowie politischer Arbeit verbringen können sollte. Dieser Ansatz widersetzt sich einem Verständnis von Gleichheit als Orientierung an „männlichen“ Normen,¹⁹ und fordert eine Umorganisation des Arbeitsmarkts anstatt nur die (bessere) Inklusion von Frauen in denselben. Insofern mag die Unterbrechbarkeit von Erwerbsarbeit zur Kinderbetreuung eine Anpassung an gegenwärtig weibliche Lebensrealitäten sein, sie kann zugleich aber auch ein neues Verständnis von Erwerbstätigkeit bedeuten. So ist etwa auch eine der zentralen Forderungen des 2018 durchgeführten Frauenvolksbegehrens die „schrittweise Arbeitszeitverkürzung auf 30 Stunden pro Woche bei variablem Lohn- und Personalausgleich“²⁰.

4. Elternrechte als Instrument der Umverteilung

Wie kann nun im Bereich der Elternschutzrechte eine solche Umverteilung von Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen forciert werden? Ein wesentlicher Faktor ist die Gestaltung von Elternrechten; als Obligation, als bloßes Antragsrecht oder als Anspruch.

16 Vgl zB zur patriarchalen Dividende, *Connell*, *Masculinities* (2005, Erstauflage 1995) 79.

17 *Fraser*, Die Gleichheit der Geschlechter und das Wohlfahrtsystem, in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* (Hrsg), *Politische Theorie, Differenz und Lebensqualität* (1996) 469 (492).

18 Vgl *Haug*, Die Vier-in-einem-Perspektive als Leitfaden für Politik, *Das Argument* 2011, 241.

19 Für einen Überblick über die feministische Gleichheitsdebatte vgl *Holzleitner*, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in *Arioli/Cottier/Farahmand/Küng* (Hrsg), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?* (2008) 3.

20 frauenvolksbegehren.at/forderung-arbeit-verteilen/ (13.3.2019).

Je schwächer ein Recht, umso mehr verschieben sich Entscheidungen ins Private – sowohl iSv in die Privatwirtschaft, als auch iSv in die Familie.²¹ Während es sich beim Mutterschutz in Ö um zwingende Normen handelt,²² sind die Frühkarenzregelungen für zweite Elternteile „freiwillig“. Der Mutterschutz ermöglicht es Frauen, in seiner Gestalt als obligatorisches Beschäftigungsverbot unter Ersatz des Einkommens und mit besonderem Kündigungsschutz, weitestgehend, die Geburt eines Kindes mit ihrer Erwerbsarbeit zu vereinbaren. Zugleich ist die Entscheidung über die Betreuung des Kindes in den ersten Wochen damit auch teilweise vorgegeben.

Das Familienzeitbonusgesetz (FamZeitbG) bietet hingegen, soweit nicht kollektivvertraglich anders geregelt, für Väter und zweite Elternteile nur eine Grundlage zur Verhandlung.²³ Dies bedeutet zweierlei. Zum einen muss der Familienzeit arbeitgeber_innenseitig zugestimmt werden, zum anderen ist für den zweiten Elternteil die Unterbrechung der Erwerbsarbeit nicht obligatorisch, er kann sich dafür oder dagegen entscheiden. Die Ausgestaltung als unbezahlte Freistellung unter Gewährung eines geringen pauschalen Entgelts rückt die Familienzeit somit eher in Richtung einer besonderen Annehmlichkeit.

Der als Anspruch ausgestaltete²⁴ „Baby-Monat“²⁵ im öffentlichen Dienst ist in dieser Hinsicht für den oder die Arbeitnehmer_in ideal: Die Entscheidung obliegt dem_der Arbeitnehmer_in, gegebenenfalls ist die Freistellung zu gewähren. Doch führt auch ein gleicher Anspruch nicht automatisch zu gleicher Beteiligung an familiärer Sorgearbeit, wie sich auch am Bsp der Elternkarenz zeigt.

5. Mütter als Ausgangspunkt und Väter in die Pflicht nehmen

Im Gegensatz zu den Regelungen unmittelbar um die Geburt sind Väter und Mütter bei der Elternkarenz gleichgestellt.²⁶ Im Anschluss an das Beschäftigungsverbot des § 5 Abs 5 MSchG ist Arbeitnehmer_innen gem §§ 15 MSchG bzw § 2 VKG bis zum Ablauf des 2. Lebensjahres ihres Kindes Karenz zu gewähren. Es handelt sich um einen einseitigen Rechtsgestaltungsanspruch, die Zustimmung des oder der Arbeitgeber_in ist nicht erforderlich.²⁷ Dennoch wird auch sie vornehmlich von Frauen in Anspruch genommen.

21 Zur Ambiguität des Privatheitsbegriffs in doppelter Abgrenzung zum Staatlichen siehe *Moller Okin*, *Gender the Public and the Private*, in *Held* (Hrsg), *Political Theory Today* (1991) 67 (68f).

22 Mutterschutzgesetz (MSchG), BGBl 221/1979.

23 § 2 Abs 4 FamzeitbG.

24 § 75d Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG) 1979, § 29o Vertragsbedienstetengesetz (VBG), § 75f Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz (RStDG), § 58e Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1984 (LDG) sowie § 65e Land- und forstwirtschaftliches Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz 1985 (LLDG).

25 Weitläufig noch immer als Papa-Monat bekannt, ist die Familienzeit auch für gleichgeschlechtliche Eltern, und damit auch für Mamas offen.

26 § 2 Abs 2 Väter-Karenzgesetz (VKG), eingeführt mit dem Eltern-Karenzurlaubsgesetz – EKUG, BGBl 651/1989.

27 Vgl *Windisch-Graetz*, *Arbeitsrecht II*¹⁰ (2015) 145.

Soweit – wie im Fall von Karenz – die konkrete Ausgestaltung den Paaren überlassen bleibt, finden dort die relevanten Aushandlungen für konkrete Elternzeitarangements statt; auch dort können Handlungsoptionen er- und verschlossen werden.²⁸ Eltern folgen in ihren Ausverhandlungsprozessen oft heteronormativen Vorgaben, welche die Inanspruchnahme mancher rechtlicher Möglichkeiten wahrscheinlicher machen als andere, geschlechtsspezifische Deutungen von Kindererziehung und Hausarbeit spielen dabei eine große Rolle.²⁹

Dass eine scheinbar geschlechtsneutrale Regelung faktisch zu einer höheren Inanspruchnahme von Frauen führt, zeigt, wie formale Gleichheit außerrechtlichen Normen, wie etwa heteronormativen Geschlechternormen, das Feld überlässt. Neutrale Maßnahmen haben mitunter keinen neutralen Effekt, da sie nicht auf unberührten Boden fallen, sondern soziale Verhältnisse unterschiedliche Ausgangslagen für unterschiedliche Gruppen schaffen.³⁰ Entsprechend eines materiellen Verständnisses von Gleichheit darf nicht nur auf die abstrakt verfügbaren Möglichkeiten geblickt werden, sondern auf die Möglichkeit, Entscheidungen tatsächlich treffen und danach handeln zu können. In eben diesem ermöglichenden Zusammenhang zur Handlungsfähigkeit liegt der Wert materieller Gleichheit.³¹ Vor diesen Hintergrund erscheinen Elternschutzrechte geboten, die Eltern nicht nur gleichermaßen berechtigen, sondern auch verpflichten.

Zwar wird im österr Recht versucht, Anreize für partnerschaftliche Aufteilung zu schaffen, allerdings lässt die derzeitige Gestaltung Väterbeteiligung weiterhin als freiwillige Mehrleistung erscheinen, während mütterliche Pflege selbstverständlich überwiegt. Als Grundvariante stehen 365 Tage zu, diese Bezugsdauer verlängert sich bei Beanspruchung durch beide Eltern auf maximal 456 Tage, diesfalls sind jedem Elternteil 91 Tage unübertragbar vorbehalten.³² Es erscheint als großzügige Geste des Vaters, die Bezugsdauer zu verlängern, indem er „seine“ beiden Monate nimmt, und der Rest implizit zu „ihrem“ Teil wird. Anders etwa in Island, wo jeder Elternteil individuell Anspruch auf drei Monate hat, zusätzliche drei Monate können frei aufgeteilt werden. Auch andere Staaten, etwa Norwegen, sehen solche Väterquoten vor, einen Zeitraum innerhalb der Elternzeit, die für den Vater reserviert ist und verfällt, wenn dieser ihn nicht in Anspruch nimmt.³³ Sie schränken damit den Verfügungsraum der Elternpaare ein und geben ihnen

28 Vgl *Peukert*, Aushandlungen von Paaren zur Elternzeit (2015) 273.

29 Vgl *Rüling*, Das Stillen: Traditionalisierung der Arbeitsteilung durch naturalisierende Deutungen von Geschlecht? in *Rehberg* (Hrsg), Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006 (2008) (4774) 4779.

30 Vgl *Minow*, Justice Engendered. The Supreme Court Term 1986, Harvard Law Review 1987, 10 (22).

31 Vgl *Maihofer*, Freiheit – Selbstbestimmung, in *Baer/Sacksofsky* (Hrsg), Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen (2018) 31 (44).

32 § 3 Abs 1, 2 KBGG; § 5b KBGG sieht zudem einen Partnerschaftsbonus von 500 € pro Elternteil bei einer Aufteilung ab 40:60 vor.

33 Vgl *Schein*, Väter und bezahlte Elternzeit – Ausgestaltungsmerkmale und Inanspruchnahme im europäischen Vergleich, in *Gerlach* (Hrsg), Elternschaft. Zwischen Autonomie und Unterstützung, Familie und Familienwissenschaft (2017) 263 (266).

die Entscheidung über die Aufteilung ein Stück weit vor. Sie erweisen sich als effektives Mittel zur Beteiligung von Vätern – zumindest mit Blick auf die ihnen zugeordnete Zeit. Der frei-aufzuteilende Teil wird wiederum überragend von Müttern genommen, was wieder zum oben Gesagten zurückführt.³⁴

6. Fazit

Gleiche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Freistellungen zu schaffen, wäre nicht nur im Sinne der Väter, sondern auch für die Frauenförderung sinnvoll. Denn wie eingangs dargestellt, benachteiligt die alleinige Zuschreibung von Sorgearbeit Frauen. Wiewohl die besondere Behandlung von Frauen aufgrund von Schwangerschaft und Geburt rechtlich gedeckt ist,³⁵ wäre eine Regelung, die, von Müttern ausgehend, für alle Eltern gilt, wünschenswert. Diese Forderung fußt in der Überzeugung, dass das Recht besondere Schutzbedürfnisse, wie die körperlichen Umstände rund um eine Geburt, einbeziehend berücksichtigen sollte, anstatt Sonderregelungen zu schaffen, die Differenzen verstärken. Durch das Abstellen auf die (potentiell) am Stärksten betroffene Position vermag eine Maßnahme, einen möglichst großen Kreis Betroffener abzudecken, ohne eine Gruppe herauszugreifen und dadurch Differenzen zu reproduzieren.³⁶ Derjenige Zeitraum, der für die Geburtmutter³⁷ durch ihre besondere körperliche Situation notwendig ist, sollte allen Eltern zustehen und auch hinsichtlich der Dispositivität gleich gestaltet sein.

Da die Schaffung bloßer Möglichkeiten zur Väterbeteiligung nicht ausreicht, um die tatsächliche Arbeitsteilung aufzubrechen, sind obligatorische Regelungen für Väter notwendig. Wie sich am Bsp des Mutterschutzes – ebenso wie bei den Väterquoten – zeigt, ist ein Recht, das auf den ersten Blick Entscheidungsräume schließt, mitunter geeignet, gerade solche Räume zu eröffnen: Zwar ist der Mutterschutz nicht disponierbar, die absoluten Beschäftigungsverbote gelten unabhängig vom Willen der Mutter, können aber auch nicht von dem oder der Arbeitgeber_in verweigert werden. Dieser starke Schutzcharakter mag auf den ersten Blick eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten von Arbeitnehmerinnen mit sich bringen, auf den zweiten Blick erweitert er diese jedoch. Ein entscheidendes Element von *Fraser's* Modell der universellen Betreuungsarbeit sind insofern auch „Maßnahmen, die Menschen davon abhalten, sich vor bestimmten Aufgaben zu drücken.“³⁸ IdS wäre auch in Ö eine Quote für die Karenzzeiten wünschens-

34 *Schein* in *Gerlach*, 281.

35 Vgl zB Art 28 der RL 2006/54/EG (GleichbehandlungsRL) ABl L 204/23.

36 Vgl *Crenshaw*, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 (167): „When they enter, we all enter“.

37 Das ist die Frau, die das Kind gebiert – gem § 143 ABGB ist diese Frau schlicht Mutter, da jedoch auch soziale Mütter (sowohl Pflege- und Adoptivmütter, wie auch Elternteile iSd § 144 Abs 2 ABGB) Elternrechte bedürfen und weitgehend bereits dieselben Rechte genießen wie Väter, ist dieser Begriff eigentlich zu ungenau.

38 *Fraser* in *Nagl-Docekal/Pauer-Studer* 493.

wert ebenso wie ein mit dem Mutterschutz vergleichbares obligatorisches Beschäftigungsverbot unter vollem Lohnersatz für Väter. Väter entfielen ebenso wie Mütter dem Erwerbsarbeitsmarkt für eine bestimmte Zeit, ihre Zuständigkeit für die Kindererziehung würde normalisiert und damit ihre Bereitschaft, auch spätere freiwillige Elternzeiten zu nehmen, erhöht.³⁹ Der Weg zu einer gerechteren Aufteilung von Sorgearbeit führt auch über die Stärkung der Position von Vätern hinsichtlich ihrer Elternrechte, was auch deren obligatorischen Charakter umfasst. Eine gleichere Verteilung von Sorgearbeit ist unverzichtbarer Teil einer geschlechtergerechteren Verteilung von Arbeit und damit von Lebensgestaltungsmöglichkeiten – wenngleich nur innerhalb der Grenzen, die die Abhängigkeit von Erwerbsarbeit setzt – eine limitierte, aber lohnende Vision.

MMag.^a Maria Sagmeister ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie und Mitherausgeberin der Zeitschrift *juridikum*; maria.sagmeister@univie.ac.at

39 So auch die Europäische Kommission mit Blick auf einen freiwilligen Vaterschaftsurlaub; Richtlinienvorschlag zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, KOM(2017) 253 final 2.

Europäische Säule sozialer Rechte –

Ein Beitrag zur Durchsetzung sozialer Rechte für die Menschen in Europa?

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902027601>

Alice Wagner

1. Einleitung

Am 17.11.2017 wurde die Europäische Säule sozialer Rechte (ESSR)¹ am Sozialgipfel in Göteborg proklamiert. Eineinhalb Jahre nach dieser Proklamation lässt sich nun eine erste Bilanz ziehen. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit die 20 Grundsätze der ESSR, die keinen rechtlich durchsetzbaren Charakter haben, dazu beitragen konnten, soziale Rechte auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene durchzusetzen und weiterzuentwickeln. Immerhin ist die ESSR vom Anspruch getragen, „Grundsätze und Rechte“ zu enthalten, „die im Europa des 21. Jahrhunderts für faire und gut funktionierende Arbeitsmärkte und Sozialsysteme unerlässlich sind“ und stellt auch fest, neben Rechten, die bereits im bestehenden Rechtsbestand vorhanden sind, auch neue Grundsätze zu verankern.²

2. Stellenwert der sozialen Dimension Europas

Aus historischer Perspektive hat die EU immer wieder Anläufe in Richtung Stärkung der sozialen Dimension Europas unternommen.³ Wichtige Schritte waren hier 1973/74 das erste soziale Aktionsprogramm, die Kompetenzerweiterungen durch die Einheitliche Europäische Akte 1986, 1989 die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und ein weiteres soziales Aktionsprogramm sowie 1992 das dem Vertrag von Maastricht beigefügte Protokoll über die Sozialpolitik, welches 1997 durch dem Vertrag von Amsterdam in Kraft trat. Schließlich enthält die Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ aus 2000, in ihrem Kapitel IV „Solidarität“ weitreichende soziale

1 Empfehlung der Kommission zur europäischen Säule sozialer Rechte, C(2017) 2600; Vorschlag für eine interinstitutionelle Proklamation zur europäischen Säule sozialer Rechte, COM(2017) 251.

2 ErwG 14 der Präambel.

3 Vgl *Rasnača*, Bridging the gaps of falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking (2017) 5ff; *Demokratiezentrum Wien*, Timeline, Europäische Beschäftigungs- und Sozialpolitik, demokratiezentrum.org/wissen/timelines/europaeische-beschaefigungs-und-sozialpolitik.html (10.4.2019).

4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2016/202, 389.

Rechte. 2007 wurde durch den Vertrag von Lissabon die „horizontale Sozialklausel“ (Art 9 AEUV) ergänzt.

Den Stellenwert der sozialen Dimension der EU, im Lichte der Gestaltung europäischer Politik seit den 1980er Jahren, beschreibt *Bieling* als lediglich „sozialpolitische Flankierung der Markt- und Währungspolitik“⁵. Das Soziale ist gegenüber der Marktintegration dabei oftmals „inhaltlich und zeitlich nachgelagert“ und durch weiche und indirekte Regulierung gekennzeichnet.⁶ Demzufolge fordert *Bieling* den Übergang von einer „kompensatorischen Flankierung“ zu einer „sozialen und ökologischen Konditionierung“ der EU.⁷ Vor dem Hintergrund einer ersten Bilanz zur ESSR stellt sich nun die Frage, ob es mit diesem neuen Ansatz gelingen kann, hier einen Bruch oder Richtungswandel einzuleiten, der es schafft, das Soziale ins Zentrum der europäischen Politik zu rücken und somit tatsächlich die soziale Dimension der EU zu stärken.

3. Die Europäische Säule sozialer Rechte

In seiner ersten Rede zur Lage der Union im September 2015 skizzierte Kommissionspräsident *Juncker* seine Vision einer ESSR. In der Folge startete die Kommission im März 2016 eine öffentliche Konsultation, welche mit mehr als 16.500 Antworten große Beachtung fand. Viele Rückmeldungen im Konsultationsverfahren kamen von Seiten der Gewerkschaften, mit dem zentralen Kritikpunkt, dass anstatt verbindlicher sozialer Rechte allgemeine Prinzipien proklamiert würden.⁸ Im April 2017 schließlich folgte die Mitteilung⁹ der Kommission zur ESSR, welche inhaltsgleich im November 2017 als inter-institutionelle Proklamation¹⁰ der drei Institutionen (Europäisches Parlament, Rat und Kommission) verabschiedet wurde.

Die 20 Grundsätze der ESSR unterteilen sich in drei Kapitel: Chancengleichheit und Arbeitsmarktzugang, faire Arbeitsbedingungen sowie Sozialschutz und soziale Inklusion. Im legislativen Bereich soll die ESSR „als Richtschnur dazu beitragen, dass soziale Rechte besser in konkrete Rechtsvorschriften umgesetzt und angewandt werden“ (ErwG 12 der Präambel). Dabei soll die Umsetzung der ESSR sowohl auf Unionsebene als auch auf Ebene der MS erfolgen.¹¹

5 *Bieling*, Die Europäische Union: neoliberale Handlungsarena und Kampffeld für eine progressive Politik, in *Faschingeder/Fischer/Jäger/Strickner* (Hrsg), *Bewegung Macht Geschichte – Globale Perspektiven der Gesellschaftsveränderung* (2003) 66ff.

6 *Bieling* in *Faschingeder/Fischer/Jäger/Strickner* 73.

7 *Bieling* in *Faschingeder/Fischer/Jäger/Strickner* 76.

8 Vgl *Völkerer/Hilpold*, Soziale Säule mit konkreten Inhalten füllen: Für ein besseres Europa für ArbeitnehmerInnen, A&W-Blog, 14.11.2017, awblog.at/soziale-saeule-mit-konkreten-inhalten-fuellen-fuer-ein-besseres-europa-fuer-arbeitnehmerinnen/ (10.4.2019); ausführlich dazu *Lörcher/Schömann*, *The European pillar of social rights: critical legal analysis and proposals* (2016).

9 Empfehlung der Kommission zur europäischen Säule sozialer Rechte, C(2017) 2600.

10 Vorschlag für eine interinstitutionelle Proklamation zur Europäischen Säule sozialer Rechte, COM(2017) 251.

11 ErwG 17 der Präambel.

4. Durchsetzung sozialer Rechte durch neue europäische Legislativvorschläge im Rahmen der ESSR

Seit der Proklamation der ESSR (bzw bereits einhergehend mit den Vorarbeiten zur ESSR) hat die Europäische Kommission mehrere Vorschläge für neue Rechtsakte¹² im Bereich des EU-Sozial- und Arbeitsrechtes vorgelegt, welche mit Grundsätzen der ESSR korrespondieren und auch in der öffentlichen Kommunikation immer wieder mit der ESSR in Verbindung gebracht werden.

Zunächst wurde gemeinsam mit der Mitteilung zur ESSR am 26.4.2017 der Vorschlag zur RL zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben¹³ vorgelegt. In den Trilogverhandlungen¹⁴ einigten sich die Institutionen auf einen Anspruch auf Vaterschaftsurlaub von mind zehn Tagen, auf Karenz von mind vier Monaten (davon maximal zwei auf den/die PartnerIn übertragbar), auf Pflegeurlaub für pflegende Angehörige von fünf Tagen sowie flexible Arbeitszeitregelungen mind bis zum 8. Lj des Kindes.

In der Folge präsentierte die Kommission am 21.12.2017 ihren Richtlinienvorschlag zu transparenten und verlässlichen Arbeitsbedingungen¹⁵. Dieser stellt eine Reform der bisherigen Nachweisrichtlinie¹⁶ dar, geht aber inhaltlich darüber hinaus und zielt darauf ab, verstärkt auch atypische und prekäre Beschäftigte sowie auch CrowdworkerInnen miteinzubeziehen. Die RL¹⁷ soll einen – im Vergleich zur bisherigen Nachweisrichtlinie – erweiterten Katalog von Informationspflichten der ArbeitgeberInnen über die wesentlichen Aspekte des Beschäftigungsverhältnisses sowie fünf Artikel mit neuen Mindestrechten enthalten. Diese betreffen die Höchstdauer der Probezeit; ein Verbot für ArbeitgeberInnen, Nebenbeschäftigungsverbote vorzusehen; Regelungen zur Mindestplanbarkeit der Arbeit; das Recht auf eine schriftliche Antwort beim Ersuchen seitens des/der Arbeitnehmers/in um eine verlässlichere Beschäftigungsform sowie das Recht der ArbeitnehmerInnen auf kostenlose Fortbildung, wenn ArbeitgeberInnen zum Angebot dieser Fortbildung verpflichtet sind.¹⁸ Der Richtlinienvorschlag der Kommission zu transparenten und verlässlichen Arbeitsbedingungen enthielt zudem erstmals eine europarechtliche Legaldefi-

12 Zu den einzelnen vorgelegten Rechtsakten vgl auch *Clauwaert*, A new legislative agenda for the EU: putting meat on the bones after all? in *Vanbercke/Ghailani/Sabato* (Hrsg), *Social Policy in the European Union: state of play 2018* (2018) 73-96.

13 Vorschlag für eine Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige v 26.4.2017, COM(2017) 253.

14 Zum Zeitpunkt der Drucklegung war das Verhandlungsergebnis der Trilogverhandlungen bereits durch das Europäische Parlament, jedoch noch nicht durch den Rat bestätigt.

15 Vorschlag für eine Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union v 21.12.2017, COM(2017) 797.

16 Richtlinie über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, 91/533/EWG.

17 Zum Zeitpunkt der Drucklegung war das Verhandlungsergebnis der Trilogverhandlungen bereits durch das Europäische Parlament, jedoch noch nicht durch den Rat bestätigt.

18 Vgl *Soukup/Wagner*, Atypische und prekäre Arbeitsbedingungen auf der EU-Agenda: Aussicht auf sozialen Fortschritt? A&W-Blog, 17.4.2018, awblog.at/arbeitsbedingungen-eu-agenda/ (10.04.2019).

nition des ArbeitnehmerInnen-Begriffs¹⁹. Seitens des Europäischen Parlaments wurde versucht, die vorgeschlagene Definition des ArbeitnehmerInnen-Begriffs zu weiten und auch Kriterien der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu berücksichtigen.²⁰ Mit seinem Vorschlag konnte sich das Europäische Parlament in den inter-institutionellen Verhandlungen jedoch nicht durchsetzen.

Schließlich wurde am 13.3.2018 das „Paket über soziale Gerechtigkeit“ der Kommission vorgelegt. In diesem enthalten war der Vorschlag über eine VO über die Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde²¹ sowie ein Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zu Sozialschutz²². Die Empfehlung des Rates, die im Dezember 2018 am SozialministerInnen-Rat angenommen wurde, soll dazu beitragen, den Zugang zu Sozialschutzsystemen und einen angemessenen sozialen Schutz auch für Beschäftigte in atypischen Arbeitsverhältnissen und Selbstständige zu gewährleisten.²³

Auch die Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde kann einen wesentlichen Beitrag zur europaweiten Durchsetzung sozialer Rechte leisten. Die thematische Zuständigkeit der Behörde soll im Bereich der grenzüberschreitenden Arbeit liegen. Im Rahmen der Behörde soll der Austausch relevanter Informationen zwischen nationalen Behörden verbessert, gemeinsame grenzüberschreitende Kontrollen durchgeführt sowie die Behörden bei der Beilegung grenzüberschreitender Streitigkeiten unterstützt werden, auch durch ein Mediationsverfahren. Dadurch kann die Arbeitsbehörde dazu beitragen, Lohn- und Sozialdumping, dh Unterentlohnung sowie Betrug bei der Abführung von Sozialbeiträgen zu bekämpfen. Inwieweit der Behörde das in der Praxis auch gelingen wird und ob die von den europäischen Gesetzgebern zur Verfügung gestellten Mechanismen dafür ausreichen, wird sich nach Aufnahme der Tätigkeit der Arbeitsbehörde erweisen. Ergänzend wurde 2018 auch eine Reform der Entsende-RL²⁴ vorgenommen und in diesem Rahmen bestehende Schutzlücken geschlossen. Festgestellt wurde etwa, dass die Kostenübernahme für Reise, Kost und Unterkunft für entsandte ArbeitnehmerInnen durch den/die ArbeitgeberIn (jedoch mit Verweis auf das nationale Recht des Herkunftslandes) zu erfolgen hat.

Schließlich hat im Bereich des ArbeitnehmerInnenschutzes die EU zuletzt verstärkte Aktivitäten zum Schutz vor arbeitsbedingten Krebserkrankungen gesetzt. Die Europäische

19 Vgl *Risak/Dullinger*, Der ArbeitnehmerInnen-Begriff im EU-Arbeitsrecht – Status quo und Veränderungspotenzial, *DrdA* 2018/3, 206-214.

20 Vgl Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union v 26.10.2018, A8-0355/2018.

21 Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde v 13.3.2018, COM(2018) 131.

22 Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbstständige v 13.3.2018, COM(2018) 132.

23 Vgl *Spasova/Wilkens*, The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection, in *Vanhercke/Ghailani/Sabato* (Hrsg), *Social Policy in the European Union: state of play 2018* (2018) 73-96.

24 Richtlinie (EU) 2018/957 v 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA) schätzt, dass jeder zweite (52 %) arbeitsbedingte Todesfall in der EU durch arbeitsbedingte Krebserkrankungen verursacht wird.²⁵ Gemäß Hochrechnungen des Europäischen Gewerkschaftsinstituts (EGI) sind dies mehr als 100.000 Todesfälle pro Jahr.²⁶ In bislang drei Tranchen wurden nun durch Revisionen²⁷ der RL für den Schutz der ArbeitnehmerInnen vor Karzinogenen und Mutagenen für 24 krebserzeugende Arbeitsstoffe verbindliche Grenzwerte festgelegt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass seit Mitteilung und Proklamation der ESSR in relativer kurzer Zeit durch mehrere Rechtsakte zur Um- und zukünftigen Durchsetzung sozialer Rechte auf europäischer Ebene beigetragen wurde. Die genannten Rechtsakte lassen sich jeweils mit Grundsätzen der ESSR in Verbindung bringen; so die RL zur Work-Life-Balance mit den Grundsätzen 3 (Chancengleichheit), 9 (Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben) und 11 (Betreuung und Unterstützung von Kindern). Die RL zu transparenten und verlässlichen Arbeitsbedingungen kann insbes als Umsetzung der Grundsätze 5 (Sichere und anpassungsfähige Beschäftigung) und 7 (Informationen über Beschäftigungsbedingungen) der ESSR interpretiert werden. Für die Ratsempfehlung zum Zugang zu Sozialschutz ist der Anknüpfungspunkt in der ESSR insbes der Grundsatz 12 (Sozialschutz) maßgeblich. Die Arbeitsbehörde kann ebenfalls dem Grundsatz 5 der ESSR (Sichere und anpassungsfähige Beschäftigung) zu verbesserter Durchsetzung verhelfen und die Revisionen der Karzinogene-RL können in Grundsatz 10 der ESSR zu einem gesunden, sicheren und geeigneten Arbeitsumfeld ihre Grundlage finden.

Letztendlich kann freilich nicht gesagt werden, zu welchem Anteil die ESSR tatsächlich Triebfeder für die neuen Rechtsakte war bzw ob diese nicht auch ohne die dahinter stehende ESSR verabschiedet worden wären. Festzuhalten ist auch, dass – abgesehen von der VO über die Arbeitsbehörde – durch die neuen RL lediglich Mindeststandards geschaffen werden. In einigen Bereichen existieren im nationalen Recht, etwa auch in Ö, bereits jetzt schon weitaus höhere soziale Standards. Selbst bei bereits bestehenden höheren nationalen Bestimmungen können die neuen Rechtsakte aber zumindest einen Beitrag zu einer Konvergenz nach oben liefern und somit zu einem verbesserten sozialen Zusammenhalt in der EU beitragen.

25 Graphiken EU-OSHA (2017), [visualisation.osha.europa.eu/osh-costs#!/\(10.4.2019\)](https://visualisation.osha.europa.eu/osh-costs#!/(10.4.2019)).

26 Vgl *Takala*, Eliminating occupational cancer in Europe and globally (2015), etui.org/Publications2/Working-Papers/Eliminating-occupational-cancer-in-Europe-and-globally (10.4.2019).

27 Richtlinie (EU) 2017/2398 v 12. Dezember 2017 zur Änderung der Richtlinie 2004/37/EG über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch Karzinogene oder Mutagene bei der Arbeit (1. Tranche); Richtlinie (EU) 2019/130 v 16. Januar 2019 zur Änderung der Richtlinie 2004/37/EG (2. Tranche); Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2004/37/EG v 5.4.2018, COM(2018) 171 (3. Tranche, zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht formell in Kraft).

5. Durchsetzung sozialer Rechte durch europäische Umsetzung der ESSR im nicht-legislativen Bereich und nationale Umsetzung der ESSR

In Ergänzung zum legislativen Bereich verweist die Kommission darauf, die Grundsätze der ESSR auch auf nicht-legislativer Ebene zu berücksichtigen, so insbes im Prozess des Europäischen Semesters.²⁸ Hier wurde in Umsetzung der ESSR mit dem „Social Scoreboard“²⁹ ein neues Instrument eingeführt. Im Hinblick auf die Auswirkungen der ESSR auf das Europäische Semester wies *Sabato* darauf hin, dass bereits seit 2014 der – zuvor vielerseits kritisierte – Prozess des Europäischen Semesters sozialer ausgestaltet wurde, die Entwicklung zwischen den Jahren 2017 und 2018 jedoch klare Auswirkungen der ESSR erkennen lassen („pillar effect“).³⁰ Belegbar ist ein Anstieg „sozialer länderspezifischer Empfehlungen (LSE)“ an die einzelnen MS. Differenziert man die „sozialen/sozialpolitischen LSEs“ nach ihrer politischen Orientierung, ist ein erheblicher Anstieg jener LSEs zu verzeichnen, die auf einen verbesserten sozialen Schutz abzielen, während „soziale/sozialpolitische LSEs“ mit neoliberaler Politikausrichtung ganz klar abnehmen.³¹ Nicht von allen wird diese Entwicklung jedoch so positiv bewertet, so etwa sieht auch *Clauwaert* bei den LSE „a step in the right direction“³² in Richtung einer sozialeren Ausgestaltung, jedoch lässt sich wie *Soukup* resümiert daraus „keine grundlegende Neuausrichtung des Europäischen Semesters“³³ ableiten.

Weiters verweist die Kommission darauf, dass die ESSR auch im Rahmen des Mehrjährigen Finanzrahmens, durch die Entwicklung des Europäischen Sozialfonds+ (ESF+), Eingang gefunden hat.³⁴ Ob die Neuerungen im Rahmen des ESF+ ausreichen, um die Grundsätze der ESSR ausreichend zu berücksichtigen, wird teilweise kritisch³⁵ gesehen. Wie eingangs dargestellt, ist die ESSR auf eine Umsetzung auf unions- sowie auf mitgliedstaatlicher Ebene ausgerichtet. In einer vergleichenden Länderstudie (Griechenland, Irland, Lettland) des EGI wurde untersucht, inwieweit die Prinzipien der ESSR auf nationaler Ebene umgesetzt wurden.³⁶ Die Studie verdeutlicht noch weiten Umsetzungsbe-

28 Vgl *Kommission*, Factsheet: The European Pillar of Social Rights, ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/european_pillar_of_social_rights.pdf (10.4.2019).

29 Vgl *Kommission*, Social Scoreboard, composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/social-scoreboard/ (10.4.2019).

30 Vgl Präsentation *Sabato*, The European Pillar of Social Rights – Evaluation of the initial implementation and recommendations for the future v 28.3.2019, eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/european-pillar-social-rights-evaluation-initial-implementation-and-recommendations-future (10.4.2019).

31 Vgl *Sabato*, The European Pillar.

32 *Clauwaert*, The country-specific recommendations (CSRs) in the social field. An overview and comparison. Update including the CSRs 2018-2019 (2018) 18.

33 *Soukup*, Hindernisse und Perspektiven für eine soziale Neuausrichtung der EU, in *Soukup* (Hrsg), Neoliberale Union oder soziales Europa? (2019) 22.

34 Vgl *Kommission*, Factsheet European Pillar.

35 Vgl Positionspapier der Arbeiterkammer zum ESF+ v Oktober 2018, akeuropa.eu/de/der-europaeische-sozialfonds-plus-esf (10.4.2019).

36 Vgl Präsentation *Rasnača*, Implementing the EPSR: How far are we exactly? v 28.3.2019, eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/european-pillar-social-rights-evaluation-initial-implementation-and-recommendations-future (10.4.2019).

darf der ESSR auf nationaler Ebene. Teilweise bestanden in den untersuchten MS bereits Rechtsakte, die den Grundsätzen der ESSR entsprechen. In vielen Fällen sind die Prinzipien der ESSR jedoch bislang auch national nur tw oder gar nicht umgesetzt. Die Umsetzung ist auf bestimmte Prinzipien konzentriert, andere hingegen sind unterbeleuchtet. Auf nationaler Ebene – so die Schlussfolgerung von *Rasnača* – mangelt es im Ergebnis bislang oftmals an einem direkten Konnex zur ESSR, hingegen bestünde auf Ebene der EU die Tendenz, jegliche Rechtsetzung als Ausfluss der ESSR zu interpretieren.³⁷

6. Umsetzung der ESSR am Beispiel Wohnen (Grundsatz 19)

Auch wenn die Kommission bereits auf Umsetzungsschritte³⁸ zu sämtlichen der 20 Grundsätze der ESSR verweist, scheint – wie unter 4. dargestellt – der bisherige Schwerpunkt der Umsetzung der ESSR im legislativen Bereich vorrangig im Bereich der Stärkung der Rechte der ArbeitnehmerInnen bzw der Ausweitung des AdressatInnenkreises dieser Rechte zu liegen. Die Grundsätze des Kapitels III der ESSR zu Sozialschutz und sozialer Inklusion knüpfen jedoch oftmals nicht am Status des/r Arbeitnehmers/in an. Grundsatz 19 etwa enthält Rechte im Hinblick auf Wohnraum und Hilfe für wohnungslose Menschen. Genannt sind etwa der „Zugang zu hochwertigen Sozialwohnungen“ sowie das „Recht auf angemessene Hilfe und Schutz gegen Zwangsräumungen“. Zur Umsetzung dieser Rechte sind auch hier zum einen die MS aufgefordert, jedoch besteht zum anderen auch auf EU-Ebene Umsetzungsbedarf. Darauf weist auch eine neue Europäische BürgerInneninitiative (EBI) hin, die unter dem Titel „Housing for all“³⁹ ab 27.3. 2019 nun ein Jahr lang für Unterschriften wirbt mit dem Ziel, mind eine Mio Unterschriften zu erreichen. In fünf Bereichen⁴⁰ fordert die Initiative auf europäischer Ebene legislative und nicht-legislative Maßnahmen ein, um das Recht auf leistbares und adäquates Wohnen zu gewährleisten. Eine Umsetzung dieser Forderungen wäre auch ein konsequentes Tätigwerden iRd Grundsatzes 19 der ESSR.

7. Umbau des EU-Primärrechts zur Stärkung der sozialen Dimension – Forderung nach einem sozialen Fortschrittsprotokoll

Vor dem Hintergrund einer Reihe von arbeitnehmerInnenfeindlichen EuGH-Urteilen⁴¹ sowie in Folge der Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2008 und der Forcierung einer Austeritätspolitik als europäische Antwort auf die Krise, schlugen VertreterInnen der Ge-

37 Vgl *Rasnača*, Implementing.

38 *Kommission*, Fact Sheet: One Year European Pillar of Social Rights, ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/european_pillar_one_year_on.pdf (10.4.2019).

39 Kampagnenseite der EBI „Housing for All“, housingforall.eu/de/wohnen-muss-bezahlbar-sein-fuer-alle/ (10.4.2019).

40 Kampagnenseite der EBI „Housing for All“.

41 EuGH *Viking* C-438/05, *Laval* C-341/05, *Rüffert* C-346/06, *Kommission/Luxemburg* C-319/06; vgl *Bücker/Warnecke*, *Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives* (2010).

werkschaften als rechtlichen Lösungsansatz, um die soziale Dimension Europas zu stärken, die Verankerung eines sozialen Fortschrittprotokolls⁴² im Primärrecht vor. Mit diesem Protokoll sollte insbes festgeschrieben werden, dass den Marktfreiheiten (genannt wird später auch das Wettbewerbsrecht)⁴³ kein Vorrang vor sozialen Grundrechten und dem sozialen Fortschritt zukommt bzw im Zweifel soziale Grundrechte Vorrang vor Marktfreiheiten haben. Weiters sollte auch die Interpretation der Marktfreiheiten nicht zu einer Einschränkung sozialer Rechte führen.⁴⁴

Dieser Ansatz eines Umbaus des europäischen Primärrechts mit dem Ziel, die Arbeits- und Lebensbedingungen der Menschen in der EU zu verbessern, wurde zwar von Gewerkschaften, Wissenschaft und Parteien weiterverfolgt⁴⁵, bislang von den EU-Institutionen aber nicht aufgegriffen. Wie vorab dargestellt verfolgt die ESSR einen gänzlich anderen Ansatz und ihr Text unterstreicht auch, dass durch die ESSR „keine Ausweitung der in den Verträgen festgelegten Befugnisse und Aufgaben“ (ErwG 18 der Präambel) vorgenommen wird. Dem entgegenzuhalten ist, dass einer vollen Umsetzung der ESSR oftmals europäisches Primär- und Sekundärrecht selbst im Wege steht.

8. Zukunft der ESSR und Durchsetzung sozialer Rechte in der EU

Durch die ESSR als Impulsgeberin konnten in den vergangenen eineinhalb Jahren soziale Rechte auf europäischer Ebene weiterentwickelt und Schritte in Richtung einer sozialeren Ausgestaltung Europas gesetzt werden. Sowohl im legislativen als auch im nicht-legislativen Bereich zeigen sich erste Auswirkungen der ESSR. Zwar ist die ESSR ein politikfeldübergreifender Ansatz. Dieser hat bislang jedoch nicht zu einem grundlegenden Wandel der politischen Prioritäten der EU oder einem Umbau des europäischen Primärrechts geführt, wie es etwa die Verankerung eines sozialen Fortschrittsprotokolls ermöglichen würde. Auf nationaler Ebene scheint die ESSR als Richtschnur für politische Maßnahmen bislang überhaupt noch kaum eine Rolle zu spielen.

Ob die Umsetzung der sozialen Säule auf EU-Ebene weiterhin, wie in den durchaus erfolgreichen ersten eineinhalb Jahren, voranschreitet, wird sich nach den EU-Wahlen im Mai 2019 und durch die neu zusammengesetzte Europäische Kommission auf Basis ihres neuen Arbeitsprogramms zeigen. Offene Projekte zur Durchsetzung sozialer Rechte und Stärkung der sozialen Dimension Europas sind zahlreich. Hier haben etwa *Sabato/Ghailani/Peña-Casas/Spasova/Corti/Vanhercke* einen Umsetzungsplan mit kurz-, mittel-

42 *ETUC*, Proposal for a Social Progress Protocol vom 18/03/2008, etuc.org/en/proposal-social-progress-protocol (10.4.2019).

43 Vgl *Lynch*, Die letzte Chance für die EU? A&W-Blog, 5.12.2016, awblog.at/die-letzte-chance-fuer-die-eu/ (10.4.2019).

44 Vgl *Lynch*, A&W-Blog.

45 Vgl insb die Arbeiten zum Europäischen Pakt für sozialen Fortschritt der sog *Bommersvik Gruppe*, einem Zusammenschluss von Gewerkschaftsbündeln und sozialdemokratischen Parteien aus Österreich, Deutschland und Schweden.

und langfristigen Initiativen vorgelegt.⁴⁶ Diese umfassen ua eine Rahmenrichtlinie über Mindesteinkommensregelungen, eine RL über die effektive Durchsetzung von ArbeitnehmerInnenrechten, ein Soziales Fortschrittsprotokoll, einen „Soziale-Rechte-Test“ für alle neuen Politiken sowie die Einführung der Goldenen Investitionsregel für öffentliche Investitionen mit sozialen Zielsetzungen.⁴⁷

Mag.^a Alice Wagner, LL.M. (Columbia) ist Referentin im Brüssel-Büro der Arbeiterkammer; alice.wagner@akeuropa.eu

46 Vgl *Sabato/Ghailani/Peña-Casas/Spasova/Corti/Vanbercke*, Implementing the European Pillar of Social Rights (2018) 34, eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-01-18-612-en-n.pdf (10.4.2019).

47 Vgl *Sabato/Ghailani/Peña-Casas/Spasova/Corti/Vanbercke*, Implementing.

Soziale Existenzbedingungen und föderale Wohlfahrtsstaatlichkeit

Historische Entwicklungsmuster am Beispiel Österreich

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902028501>

Gerhard Melinz

1. Einleitung

Die aktuellen wirtschafts-, sozial- und finanzpolitischen Transformationsprozesse aus der Perspektive der Wirtschafts- und Sozialgeschichte sowie der Rechtsgeschichte¹ und Wohlfahrtspolitik erzeugen beim Autor als jahrzehntelangen Forscher und langjährigen Beobachter von sozialen Realitäten und wohlfahrtsstaatlichen Politikmustern in keiner Weise Überraschungen. Dies gilt umso mehr, wenn die Kenntnis der einschlägigen Lebenswelten unterprivilegierter Menschen aus eigener biographischer Erfahrung – Kind einer einfachen Arbeiterfamilie aus der roten steirischen Mur-Mürz-Furche – und als juristischer Unterstützer von Sozialamtsfällen in der Jetztzeit, hinzukommt. Die österr Entwicklungen müssen außerdem in engem Zusammenhang mit den weltwirtschaftlichen und geopolitischen Rahmenbedingungen und Realitäten verstanden werden, die die wirtschaftlichen bzw branchenspezifischen und sozialen Wirklichkeiten in letzter Konsequenz in hohem Maße beeinflussen und die Praktiken der politischen Akteur*innen im nationalen Wohlfahrtsstaat zu guter Letzt prägen.² Die ambitionierte Reflexion der Gegenwart und Zukunft in Bezug auf den Umgang mit der „Armenfürsorge“/Sozialhilfe, Armut, sozialen Ungleichheit etc ist ohne empirische Kenntnisse der Vergangenheit, beginnend mit dem Ende des 19. Jhd und einer faktenbasierten Verlaufsgeschichte von so gut wie erstem und zweitem sozialen Netz, keinesfalls möglich. Die gerade benutzten Begriffe dürften bei der absoluten Mehrheit der Leser*innenschaft wohl die Frage aufwerfen, was denn damit gemeint ist. In Sachen eines angemessenen Verständnisses von Wohl-

1 Melinz, Sozialrechtsgeschichte in Österreich. Status quo und quo vadis? Rechtsgeschichte. Legal History 2016, 402-411. Ein aktueller Kommentar des Autors zur „Sozialhilfe Neu“ beinhaltet im Unterschied zu diesem Beitrag mehr rechtshistorische Aspekte, vgl dazu Melinz, „Sozialhilfe Neu“: Ein juristisch-politisches Novum in Österreichs föderaler Wohlfahrtsstaatlichkeit, Kurswechsel 2019, 94-97.

2 Vgl dazu einen downloadbaren Beitrag zu den Entwicklungsmustern von Armutspolitik und Sozialversicherungsstaatlichkeit in Ö von 1860 bis zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Melinz, Armutspolitik und Sozialversicherungsstaat: Entwicklungsmuster in Österreich (1860 bis zur Gegenwart), Österreich in Geschichte und Literatur ÖGL 2003, 136-161, armutskonferenz.at/files/melinz_armutspolitik_und_svstaat-2003.pdf (10.4.2019).

fahrtsstaatlichkeit braucht es wohl die Bereitschaft sich mit den holistischen Analysekonzepten des Autors, der diese seit den späten 1970er Jahren in seinen Forschungsstrategien anwendet, gedanklich zu beschäftigen. Jede Münze hat zwei Seiten und auch die Wohlfahrtsstaatlichkeit in Ö, dh es geht immer um das wechselhafte Zusammenwirken der Sozialversicherungsstaatlichkeit (erstes soziales Netz, obwohl chronologisch erst nach der „Armenfürsorge“ geboren) und der „Armenfürsorge“/Sozialhilfe/Bedarfsorientierte Mindestsicherung (BMS)/Sozialhilfe Neu (zweites soziales Netz) sowie der Bezugnahme auf die Arbeitsmarktrealitäten und ihren Auswirkungen auf die sozialen Existenzbedingungen der Bevölkerung und im besonderen Fall auf die der unterprivilegierten Menschen in der österr Gesellschaft.³ Das nach dem soeben skizzierte zweite wichtige Bsp wäre das – je nach Entwicklungsetappe als Kinder- und Jugendfürsorge/Jugendwohlfahrt/Kinder- und Jugendhilfe – benannte Politikfeldbeispiel. Das zweite Politikfeld im Rahmen des zweiten sozialen Netzes von Bundesländern und Kommunen wäre je nach Entwicklungsetappe als Kinder- und Jugendfürsorge/Jugendwohlfahrt/Kinder- und Jugendhilfe in den Blick zu nehmen und somit wäre eher eine Geschichte der Sozialen Arbeit ins Blickfeld gebracht. Ungeachtet dessen und mit Blick auf die Lebenslagen in einer historischen Perspektive sollte der Hinweis genügen, dass die sozialen Existenzbedingungen aller Familienmitglieder ohnedies immer von den realen Einkommens- und Ressourcensituationen von unterschiedlichen Familien- oder Haushaltskonstellationen geprägt waren und sind und diesbezüglich jeweils die Kombinationsoptionen von Erwerbseinkommen in Kombination mit den optionalen (monetären und sachlichen) Sozialleistungen des ersten und zweiten sozialen Netzes von individuellen Haushaltsverhältnissen.

2. „Soziale Frage“ und Genese der Wohlfahrtsstaatlichkeit im Habsburgerstaat

Nach dem wirtschaftlichen Boom der 1860er Jahre folgte der Finanzcrash 1873 mit seinen Folgen, womit die erste „liberale Ära“ ihr Ende gefunden hat und in weiterer Folge eine neue politische Vielfaltlandschaft entstanden ist. Die Anfänge und die Expansion moderner Massenparteien (zB Sozialdemokratie, Christlich-Soziale) und auch die Etablierung einer Gewerkschaftsbewegung stellen einen neuen Faktor iSd Kampfes um die Verbesserung sozialer Existenzbedingungen dar. Beginnend mit den 1890er Jahren bis

3 Vgl *Melinz*, Industrialisierung, Wohlfahrtsstaatlichkeit und Kommunen, Österreichische Gemeinde-Zeitung ÖGZ 2017/12-2018/1, 31-33, staedtebund.gv.at/fileadmin/USERDATA/oegz/dokumente/OeGZ_12-1_2017.pdf (15.4.2019); vgl zu einer ganzheitlich-transdisziplinären Perspektive *Melinz*, Von der Armenfürsorge zur Sozialhilfe: Zur Interaktionsgeschichte von „erstem“ und „zweitem“ sozialem Netz in Österreich am Beispiel der Erwachsenenfürsorge im 19. und 20. Jahrhundert, Habilitationsschrift Universität Wien (2003) oder eine Niederösterreich-Bundeslandfallstudie mit vielen empirischen Indikatoren, dazu ausführlich *Melinz*, Jenseits des Reichtums. Existenzbedingungen zwischen Lohnarbeit, Arbeitslosigkeit und Armut in Niederösterreich 1918-1955, in *Melichar/Langthaler/Eminger* (Hrsg), Niederösterreich im 20. Jahrhundert (2008) 469-506. Aus Platzgründen wird nicht auf alle empirischen Artikel von *Melinz* hingewiesen. Man könnte den Verbundkatalog Österreich nutzen und den Namen eingeben, dann würde man heutzutage die vielen Optionen für verlaufsgeschichtliche Belege des Autors finden.

hin zum Ersten Weltkrieg wird von einer „zweiten Gründerzeit“ gesprochen, welche einen Industrialisierungsfortschritt in bestimmten Regionen bzw Industriegemeinden im Rahmen der westlichen Reichshälfte der Doppelmonarchie mit sich brachte. In der Ära der „sozialen Frage“ wurden eine Unfall- und Krankenversicherung für Arbeiter*innen⁴ sowie auch ein Gesetz betreffend die Regelung der Verhältnisse der nach dem allgemeinen Bergesetze errichteten oder noch zu errichtenden Bruderladen („Bruderladengesetz“) vulgo Bergarbeitergesetz⁵ beschlossen. Im Dezember 1906 wurde ein Pensionsgesetz für Angestellte⁶ (sog „Privatbeamte“) geschaffen, um bei der ersten Wahl mit dem allgemeinen Männerwahlrecht 1907⁷ der aufstrebenden Sozialdemokratie potenzielle männliche Wählerschichten zu entreißen.⁸ Der Anteil der Nutznießer*innen der beginnenden Sozialversicherungsstaatlichkeit war allerdings unter den Erwerbstätigen bescheiden, da Arbeiter*innen im Agrarsektor und in den nicht-industriellen Betrieben nicht von den ersten Sozialversicherungsversionen profitierten. Dennoch, die Versichertenzahl insgesamt bewegte sich doch stetig nach oben.⁹

Erwerbsarbeitslosigkeit war als Unterstützungsgrund weder in der Sozialversicherung (erstes soziales Netz) noch im Rahmen der (kommunalen) Armenfürsorge (zweites soziales Netz) anerkannt. Zudem konnte sich damals niemand, auch nicht im industriell-gewerblichen Sektor, eines Dauerjobs sicher sein.¹⁰ Die Armenfürsorge mit ihrem Subsidiaritätsprinzip stellte in der Habsburgermonarchie kaum eine wirkliche Hilfe dar, nicht zuletzt, weil durch das Heimatrechtsprinzip vielen arbeitslos Gewordenen an ihren Arbeitsstandorten der Unterstützungsanspruch vorenthalten wurde. Die Unterstützungsleistungen der Armenfürsorge waren von den Heimatgemeinden zu finanzieren, und bei diesen handelte es sich zumeist um Gemeinden im ländlichen Bereich ohne entsprechende Ressourcen. Um einen heutigen Begriff zu verwenden: Im Ö der Habsburgermonarchie haben wir es mit einer Art von Wohlfahrtsmix, getragen vom aufkeimenden Sozialstaat, der minimalistischen Armenfürsorge und den Unterstützungsleistungen privater Akteur*innen der Philanthropie zu tun.

4 RGL 1887/1 und RGL 1888/33.

5 RGL 1889/127.

6 RGL 1907/1.

7 RGL 1907/15.

8 Anm: Das allgemeine und gleiche Wahlrecht – nicht für Frauen – wurde gegen Ende 1906 beschlossen und wurde mit 26.1.1907 eingeführt, vgl dazu ausführlich *Melinz*, Österreich in Geschichte und Literatur ÖGL 2003, 136-161 und *Melinz*, Armenfürsorge 98ff.

9 Versicherte im Verhältnis zur Bevölkerung (B-Öst) und als Anteil an der Erwerbsbevölkerung (E-Öst, E-W Wien): 1890: B-Öst 6,48%, E-Öst 11,77%; 1900: B-Öst 9,60%, E-Öst 18,55%, E-W 56,34%; 1910: B-Öst 12,14%, E-Öst 23,19%, E-W 64,82%; 1923: B-Öst 17,54%, E-Öst 31,81%, E-W 64,09%; 1930: B-Öst 14,94%, E-Öst 31%, vgl bzgl dieser Indikatoren *Zimmermann*, Geschützte und ungeschützte Arbeitsverhältnisse von der Hochindustrialisierung bis zur Weltwirtschaftskrise. Österreich und Ungarn im Vergleich, in *Komlosy et al* (Hrsg), Ungeregt und unbezahlt: der informelle Sektor in der Weltwirtschaft (1997) 87-116.

10 In den 1890er Jahren kam es erstmals zu einer Armuts- und Lebensstandardforschung in Ö, vgl dazu *Melinz*, Armenfürsorge 98ff.

Nicht zu vergessen sind dabei die armenpolizeilichen juristischen Maßnahmen – wie das sog „Schubgesetz“ 1871 bis zur schrittweisen Verschärfung von sog „Vagabundengesetzen“ (1873 und 1885)¹¹, die die starke Mobilität arbeitssuchender Menschen und deren Subsistenzlosigkeit in der westlichen Reichshälfte der Doppelmonarchie als „Landstreicherei“ und „Arbeitsscheue“ verurteilten und mit einer Bestrafung in Form der Internierung in Zwangsarbeitsanstalten abschreckende Botschaften vermittelten. Die Anti-Internierungsfraction bzw die an Präventionskonzepten interessierten Kreise favorisierten demgegenüber die Errichtung von „Naturalverpflegsstationen“, die allerdings nur in einigen Regionen der österr Reichshälfte angeboten wurden.¹²

Der Erste Weltkrieg veränderte die gesamtwirtschaftlichen und (sozial-)politischen Wirklichkeiten, der Staat strebte verstärkt nach Hegemonie im sozialpolitischen Handlungsfeld. Wie dann später im Zweiten Weltkrieg wurden nun angesichts der Nutzung der Männer als Soldaten vor allem Frauen und Jugendliche in vielen Industriesektoren als Arbeitskräfte eingebunden. Für Familienmitglieder mit einem Vater im Kriege gab es die Option von Unterstützungsleistungen, die nichts mit einer Armenfürsorge zu tun hatten, sondern als steuerfinanzierte zentralstaatliche Sozialleistungen angeboten wurden.¹³

3. Die Ära der Zwischenkriegszeit (1918-1938)

Nach dem Ende der Doppelmonarchie sah sich der Nachfolgestaat Republik Deutsch-österreich, die Erste Republik, einer schweren Krise gegenüber und der Staat musste sich mit den internationalen Vorgaben rund um seine Verschuldung herumschlagen. Ö wurde eine strikte Haushalts- und Sparpolitik auferlegt, die zu beträchtlichen negativen Konsequenzen auf allen Ebenen der Gesellschaft und der Politik führte.¹⁴ Am Anfang gelang den zuerst stimmenstärksten Sozialdemokrat*innen im Rahmen einer Regierungskoalition allerdings nur von 1918-1920 mit den Christlich-Sozialen eine sozialpolitisch gute Startetappe, denn dann folgte die Trennung und eine Art von Bürgerblock-Regierung. Die Wirtschaft erlebte in den 1920er Jahren jedoch keine Blütezeit und dort, wo Industriesektoren neuen Typs vorhanden waren, wurden zunehmend mehr Frauen etwa in der Fließbandarbeit eingesetzt. Im Rahmen der Sparpolitik konnte das große Arbeitskräfteangebot nicht in (Voll-)Beschäftigung gebracht werden und somit war die Erwerbsarbeits-

11 RGBI 1871/88, RGBI 1873/108 und RGBI 1885/89 sowie die Zwangsarbeits- und Besserungsanstalten RGBI 1885/90; vgl *Melinz/Zimmermann*, Über die Grenzen der Armenhilfe. Kommunale und staatliche Sozialpolitik in Wien und Budapest in der Doppelmonarchie, Materialien zur Arbeiterbewegung 1991, 112ff.

12 Vgl *Melinz*, Armenfürsorge 67ff sowie *Melinz/Zimmermann*, Materialien zur Arbeiterbewegung 1991, 112ff.

13 Vgl *Melinz*, Österreich in Geschichte und Literatur ÖGL 2003, 142f; *Melinz*, Armenfürsorge 135ff.

14 Zu finanz- und wirtschaftspolitischen Aspekten vgl *Stiefel*, Die große Krise in einem kleinen Land. Österreichische Finanz- und Wirtschaftspolitik 1929-1938, in *Brünnner/Mantl/Welan* (Hrsg), Studien zu Politik und Verwaltung (1988) 132ff und zu Konflikten zwischen Zentralstaat (Bund) und Bundesländern und Kommunen vgl *Melinz/Ungar*, Wohlfahrt und Krise. Das Beispiel Wiens 1929-1938, Beiträge und Forschungen zur Wiener Stadtgeschichte 1996, 17ff.

losigkeit auch hoch.¹⁵ Verschwimmende Grenzen zwischen Armuts- und Arbeiter*innenbevölkerung kennzeichneten weiterhin die sozialpolitische Szenerie und auch die repressive Linie in der Fürsorge (Armutspolitik) blieb aktuell.¹⁶

Am Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise ab 1929 fanden sich sodann die erwerbslosen Industriearbeiter*innen tatsächlich gemeinsam mit der traditionellen Armutspopulation, von der man sich in den Jahrzehnten davor zunehmend abgegrenzt hatte, wieder in der gleichen Situation: Massenarbeitslosigkeit und Armut trafen beide Gruppen in extremer Art und Weise. Dies verdankte sich auch ausgrenzenden sozialpolitischen Reformen. Das Arbeitslosenversicherungsgesetz¹⁷ des Jahres 1920 hatte sich schon vor dem Höhepunkt der Weltwirtschaftskrisenjahre im Verlauf zahlreicher Novellierungen¹⁸ zu Ungunsten der Betroffenen gewandelt, sodass sich die kommunale Armenfürsorge angesichts zunehmender „Aussteuerung“ – so wurde der Zustand nach dem Auslaufen der Arbeitslosenunterstützung genannt – vor gewaltige Herausforderungen gestellt sah. Es gab aber auch Leute, die sich in vielfältiger Art und Weise gegen die unerträglichen Wirklichkeiten mit lokalen Protestaktionen und individuellen Einsprüchen wehrten.¹⁹ All jene, die heute glauben, dass eine Industriestadt einen materiell vergleichbar sicheren Zufluchtsort biete im globalen Kapitalismus, könnten sich an exemplarischen Bsp in Ö die historischen Wahrheiten jener Zeit auf Faktenbasis ansehen. Die Industriestandorte Donawitz (später, seit der NS-Zeit Teil der Stadt Leoben) und Steyr (Oberösterreich) etwa waren mit der Erfüllung der gesetzlichen Mindestanforderungen zur Armutsbekämpfung völlig überfordert. Man sprach anno dazumal von „Notstandsgemeinden“. Sämtliche Städte und Industriegemeinden unter sozialdemokratischer Führung hatten sich in den 1920er Jahren vom Konzept des „roten Wien“ inspiriert gefühlt, doch es mangelte auch hier an finanziellen Ressourcen, weil Wien seit der Trennung von Niederösterreich ab 1922 sowohl Bundesland als auch Stadt war und somit aus dem Finanzausgleich (auf Basis gemeinsamer Bundessteuern) mehr Ertragsanteile erhielt.²⁰ *Max Lederer*, einer der profiliertesten Sozialrechtler der Ersten Republik, brachte 1932 die Realitäten auf den Punkt: „[W]ir [haben] es bei der Notstands-aushilfe [Anm: die heutige Notstandshilfe] (...) mit einer durch hartnäckigen Charakter der gegenwärtigen Wirtschaftskrise erzwungenen Fürsorgemaßnahme zu tun. Die bewegliche Gestaltung ihrer Durchführung setzt die lokalen Faktoren in die Lage, hier individualisierend vorzugehen und Personen, bei denen eine Zurückführung in die Arbeit

15 Vgl *Melinz*, Jenseits des Reichtums in *Melichar/Langthaler/Eminger* (Hrsg), Niederösterreich im 20. Jahrhundert (2008) 469-506.

16 Vgl *Melinz/Ungar*, Beiträge und Forschungen zur Wiener Stadtgeschichte 1996, 22ff (55ff); *Melinz*, ÖGZ 2017/12-2018/1, 30-33; *Melinz*, Erwerbsarbeitslosigkeit und Armut im Spannungsfeld sozial- und armutspolitischer Strategien in Österreich (1920-1938), in *Bruckmüller* (Hrsg), Armut und Reichtum in der Geschichte Österreichs (2010) 141-165. 17 StGBI 1920/153.

18 Das Arbeitslosenversicherungsrecht war „Sieger“ in der Ersten Republik hinsichtlich der Novellierungshäufigkeit mit einer Zahl von 27 Novellen, vgl *Melinz*, Zwischen Opferstatus und „Überlebensmanagement“. Arbeitslose in der Weltwirtschaftskrise (1929-1933), Österreich in Geschichte und Literatur ÖGL 2010, 38-51.

19 Vgl zu empirischen Belegen *Melinz* in *Bruckmüller* (Hrsg) 141-165.

20 Vgl *Melinz*, Armenfürsorge 152ff.

kaum mehr erhofft werden kann, aus dem Kreise der Notstandsaschilfempfänger auszuscheiden und in andere Formen der öffentlichen Versorgung, namentlich in die provisorische Altersfürsorge oder in die Armenpflege überzuleiten.“²¹

Die Demontage der Demokratie hatte schon in den späten 1920er Jahren begonnen. 1933/34 wurde die parlamentarische Demokratie endgültig in Richtung einer Regierungsdiktatur geführt und als „christlicher Ständestaat“ bezeichnet. In der Ära des „Austrofascismus“, so die Bildsprache progressiv gesinnter Gruppen heutzutage, setzte sich der Trend einer krisenhaften Wirtschaft und Industrie fort. Jegliche Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik war sogar nach Selbsteinschätzung der Regierenden (1934-38) ziemlich erfolglos und zunehmend menschenverachtend und sozial ausgrenzend.²²

4. NS-Ära (1938-1945)

Der „Anschluss“ Ö als Teil des „Dritten Reiches“ führte nun zu einem „völkischen“ Wohlfahrtsstaatsmodell. Die Dauerkrise der 1930er Jahre samt der ansteigenden Frustrationen in großen Bevölkerungsteilen brachte in der ersten Phase der Machtübernahme angesichts der Überwindung der Massenarbeitslosigkeit in Deutschland und dann letztlich auch hierzulande in der „Ostmark“ durchaus positive Wahrnehmungen nationalsozialistischer Arbeits- und Sozialpolitik hervor. Zum einen bewirkte zB die Aufrüstungspolitik eine Verringerung der Erwerbslosenzahlen, zum anderen wurden viele Menschen wieder in den Arbeitslosengeldbezug zurückgeführt, von dem sie in den 1930er Jahren sozial ausgegrenzt worden waren. Durch den Kriegsbeginn im Herbst 1939 war „das Phänomen der arbeitslosigkeitsinduzierten Armut für Jahre vom Tisch“.²³ Zudem wurden an Familienangehörige von zur Wehrmacht eingerückten Männern staatliche Unterhaltsleistungen (als staatliche Vorsorgeleistung ohne Fürsorgeelement) ausbezahlt, wobei bewusst höhere Summen ausbezahlt wurden als im Ersten Weltkrieg. Neben der Einführung von eugenischen und rassistischen Gesetzen, die zahlreiche Menschen auch sozialpolitisch massiv ausgrenzten, brachten diverse sozialpolitische Gesetze (des ersten und des zweiten sozialen Netzes), die aus der Weimarer Republik stammten und nun in Ö eingeführt wurden, für nicht wenige Menschen eine Verbesserung.²⁴ Der NS-Fürsorge war es wichtig, die bislang beträchtlichen Fürsorgeaufwendungen für „unheilbare, minderwertige und asoziale“ Personen zu verringern, und gegen „Arbeitsscheue“, Säumige bei Unterhaltszahlungen usw wurde sogar die zwangsweise Unterbringung in einer „Arbeitsanstalt“ als Lösung gewählt. Der Nationalsozialismus und der „völkische“

21 Zit n Melinz, Österreich in Geschichte und Literatur ÖGL 2010, 47.

22 Vgl Melinz/Ungar, Beiträge und Forschungen zur Wiener Stadtgeschichte 1996, 28f; Melinz, Armenfürsorge 212ff; Melinz, Jenseits des Reichtums in Melichar/Langthaler/Eminger (Hrsg), Niederösterreich im 20. Jahrhundert (2008) 469-506.

23 Melinz, Österreich in Geschichte und Literatur ÖLG 2003, 148.

24 Vgl Melinz, Österreich in Geschichte und Literatur ÖLG 2003, 149ff; Bruckmayr, Die nationalsozialistische „Volkspflege“ in der „Ostmark“ von 1938-1945. Dissertation Universität Linz (2010).

Wohlfahrtsstaat setzten letztlich auf eine Sozial- und Gesundheitspolitik, die Leistungs- und Effizienzkriterien im Fokus hatte und somit den „deutschen Volksgenossen“ einen immensen Normierungsdruck auferlegte und das Wohilverhalten mit begrenzter sozialpolitischer Belohnung bestückte. Die unerträgliche Kehrseite basierte auf sozialer und politischer Ausgrenzung und schließlich der Vernichtung von nicht zum „deutschen Volk“ zählenden Personengruppen sowie der als „entartet“ bezeichneten Personengruppen, die zu diesem „Volk“ gehörten, nämlich der sog „Asozialen“, „Arbeitsscheuen“, „Erbkranken“, Homosexuellen, Prostituierten, „Juden“ und „Zigeuner“.²⁵

5. Von 1945 bis in die 1970er Jahre

Die Entwicklung der Zweiten Republik ist im Großen und Ganzen durch einen ökonomischen Aufwärtstrend geprägt, wobei dies zum einen durch die weltwirtschaftlichen Rahmenbedingungen ermöglicht wurde, zum anderen wurde diese gesamtgesellschaftliche Aufwärtsbewegung durch die politische Praxis der „Wirtschafts- und Sozialpartnerschaft“ unterstützt. Das Nachkriegsjahrzehnt hatte mit vielen wirtschaftlichen und sozialen Herausforderungen zu kämpfen, obgleich hier zwischen den russischen Besatzungszonen und den anderen Besatzungszonen zu unterscheiden ist. Vom Aufwärtstrend, der insb durch die Marshall-Plan-Hilfen gestützt wurde, profitierten vor allem die Regionen westlich der russischen Besatzungszonen. Im ersten und zweiten sozialen Netz hatte man nach 1945 die gesetzlichen Kriterien der NS-Ära (ursprünglich ja aus der Weimarer Republik) übernommen, natürlich ohne die NS-Spezifika, die ja als Sondergesetznormen erst im „Dritten Reich“ als Zusatzgesetze und einer entsprechenden Praxis implementiert worden waren. Das berühmteste Bsp der „Austrifizierung“ ist die Etablierung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes²⁶, das seit Jänner 1956 bis zum heutigen Tage mit zahlreichen Novellierungen weiterentwickelt, modifiziert oder geändert wurde. Aus heutiger Sicht ist der Hinweis von Bedeutung, dass gegen Ende der 1950er Jahre bezüglich der Armut und der „Fürsorge“ (zweites soziales Netz) die Überzeugung vorherrschte, dass mit dem umfassenden Ausbau der Sozialversicherungsstaatlichkeit die klassischen sozialen Probleme ohnedies lösbar wären und die traditionelle Armut ein Auslaufmodell darstellen würde. Diese Hoffnungen blieben einerseits nur bis in die zweite Hälfte der 1970er Jahre realitätsnah, andererseits zeigte sich wie schon in der Ersten Republik, dass die neun Bundesländer sich in keiner Weise auf ein bundeseinheitliches Fürsorgegrundsatzgesetz²⁷ einigen konnten. Nur im auch armenpolitisch relevanten ver-

25 Vgl *Melinz*, Armenfürsorge 248ff.

26 BGBl 1955/189.

27 In der Bundesrepublik Deutschland trat im Unterschied zu Ö mit dem 1.6.1962 das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) in Kraft. Die Tatsache, dass das BSHG Bestandteil des „Sozialgesetzbuches“ (SGB) geworden ist und dieses seit 1.1.2005 durch Bestimmungen im „Zwölften Buch des Sozialgesetzbuches“ (SGB XII) abgelöst wurde, verdeutlicht eine Entwicklung im Unterschied zu Ö. Das sog Hartz IV (Arbeitslosengeld II) in D wird als geklontes Modell auch von der aktuellen österr Regierung nicht gelebt werden.

fassungsrechtlichen Kompetenzbereich der „Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge“ wurde bereits im Jahre 1954 ein Bundesgrundsatzgesetz bezüglich der Jugendwohlfahrt²⁸ erlassen, dem dann die neun Landesausführungsgesetze folgten.²⁹

Mit dem Beginn der 1970er Jahre entwickelte sich ein neuer Faktorenmix in der gesamtgesellschaftlichen und wohlfahrts- sowie armutspolitischen Landschaft. Ö war im europäischen Vergleich – neben der Schweiz – jenes Land, das die Nutzung von „Gastarbeiter*innen“ erst zu Beginn der 1970er Jahre intensiv begonnen hatte, und somit in der zweiten Hälfte dieses Jahrzehntes auch wegen der rasch begonnenen Rückführung das Phänomen der Massenarbeitslosigkeit vergleichsweise gut begrenzen konnte. Die Bemühungen um die Schaffung eines Bundesgrundsatzgesetzes für Sozialhilfe waren zu Beginn der 1970er Jahre endgültig vom Tisch, obgleich seit 1973 auf Basis des Bundesministerriengesetzes 1973³⁰ der bundesverfassungsrechtliche Kompetenztatbestand „Armenwesen“ vom Innenministerium in den Zuständigkeitsbereich des Sozialministeriums verlagert wurde. In der politischen Realität blieb das Politikfeld „Sozialhilfe“ (so der neue Terminus) weiterhin von den einzelnen Bundesländern bestimmt. Die in der ersten Hälfte der 1970er Jahre – also in der Ära vor dem Wiederanstieg der Arbeitslosigkeit – neu geschaffenen Landes-Sozialhilfegesetze basierten weiterhin auf den Prinzipien der Subsidiarität, der Individualisierung und der „Hilfe zur Selbsthilfe“, womit Lohnarbeit und Familie nach wie vor zentral für die individuelle Reproduktion der einzelnen Arbeitskraft blieben. Hilfe erfolgte in drei Formen: nämlich als „Hilfe zur Sicherung des Lebensbedarfs“, und zwar erstmalig in der Geschichte Österreichs mit Rechtsanspruch; „Hilfe in besonderen Lebenslagen“ als Kann-Bestimmung mit Ermessensspielraum; und die gesetzliche Neuigkeit „sozialer Dienste“ (zum Bsp Essen auf Rädern, Heim- und Haushaltshilfen, Hauskrankenpflege), deren Nutzung nicht an Armut geknüpft, sondern für alle zugänglich war und ist; hier wurde letztlich die Kostenbeteiligung vom persönlichen bzw vom Haushaltseinkommen abhängig gemacht.³¹

6. Von den 1980er Jahren bis heute

Mit der Verabschiedung der neun nicht einheitlichen Landes-Sozialhilfegesetze (jedes Bundesland hatte ein eigenes Gesetz und auch unterschiedliche Zeitpunkte des Inkraft-

28 BGBl 1973/389.

29 Die aktuelle Situation der angestrebten Rückführung von einem Bundesgrundsatzgesetz zu reinen autonomen Landesgesetzen würde zu einem Paradigmenwechsel führen und uns an die Zeit des autoritären „christlichen Ständestaates“ (vulgo „Austrofascismus“) erinnern. Allerdings hat man seitens der aktuellen sozialdemokratischen Landesregierungen dies noch nicht bekämpft. Es gibt einen föderalen Wohlfahrtsstaat, der allerdings einige europarechtliche und österr Verfassungsrechtsnormen zu befolgen hätte, aber es zählte noch nie die papierene Gesetzesnormenwelt sondern immer nur die Jud oder die einer „diktatorischen Realität“, vgl Melinz, Von der Armenfürsorge zur Sozialhilfe in Österreich, in *Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien* (Hrsg), Sozialhilfe, Strukturen, Mängel, Vorschläge (1989) 9-32 (25ff).

30 BGBl 1973/389.

31 Vgl Melinz in *Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien* (Hrsg) 29f; Melinz, Armenfürsorge 277ff.

tretens) wurden zwar einige Innovationen realisiert, doch spätestens nach dem zweiten Erdölpreisschock 1979/80 und den globalen und lokalen Folgen musste auch in Ö zur Kenntnis genommen werden, dass sich auch hierzulande das sozialstaatlich abgesicherte „Normalarbeitsverhältnis“ (vor allem der Männer) krisenhaften Herausforderungen gegenüber sah. Die massive Frühpensionierungswelle³² im konsensualen Deal zwischen den Akteur*innen der Wirtschafts- und Sozialpartnerschaft war und ist keine Dauerlösung. Hinzu kamen die zunehmende Pluralisierung von Lebens- und Familienformen und die zunehmende Bedeutung prekärer sozialer Existenzformen.

Im Politikfeld der Landes-Sozial(hilfe)politiken kam es in den 1980er Jahren in den einzelnen Bundesländern zu den ersten Novellierungen der gesetzlichen Bestimmungen der 1970er Jahre. Es sollte nicht verdrängt werden, dass die Landesfinanzreferent*innen vor allem (Spar-)Interessen im Blick hatten, wie etwa im Jahr 1989, als bei einem neuerlichen gemeinsamen Papier die budgetären Grenzen der Politik des zweiten sozialen Netzes bestimmt wurden.³³ Seit dem EU-Beitritt 1995 und der Einführung der budgetpolitischen Maastricht-Kriterien für den Mitgliedsstaat Ö und in der Realität für Bund, Bundesländer und Kommunen, sowie aufgrund zurückhaltender sozialer Steuerpolitik, ist der österr Wohlfahrtsstaat starken budgetpolitischen Restriktionen ausgesetzt.

Die globale Finanzkrise und Wirtschaftskrise seit 2008, die Expansion von Niedriglohnbranchen der Dienstleistungsökonomie und ein krisenhafter Industriesektor haben die Rahmenbedingungen der Sozial- und Armutspolitik weiter verschlechtert. Unter Bezugnahme auf Art 15a B-VG³⁴ kam 2010 ein „Deal“ zwischen Bund und Bundesländern bezüglich eines Mindestsicherungssatzes, der als „Bedarfsorientierte Mindestsicherung“ (BMS) bezeichneten Sozialhilfe, zustande. Jedes Bundesland hatte außerdem die Möglichkeit, neben diesem zentral dekretierten Mindestniveau mehr oder weniger ausgestaltete Zusatzoptionen – für Mindestsicherungsbezieher*innen oder Bedarfsgemeinschaften – wie zB ungleich hohe Kinderzuschläge – zu gewähren. Seit 31.12.2016 hatte dieser BMS-Deal sein Ende gefunden und ab Jänner 2017 wurden nun wie gewohnt die einzelnen Bundesländer wieder vermehrt – je nach parteipolitischer Konstellation der Landesregierungen und auch in den 15 Statutarstädten – restriktive Normen und Praxisrealitäten zu Lasten der unterprivilegierten Menschen in die Verwaltungspraxis gebracht und umgesetzt.

7. Resümee

Das angesprochene Transformationsphänomen ist neben den klassenspezifischen Interessen nicht nur der Regierungskoalition geschuldet, sondern auch weltwirtschaftlicher,

32 Der empirische Beleg für den extremen Sozialausgabenanstieg für Pensionen im Gesamtkontext ab 1980 findet sich bei *Bolkovac/Fink/Niedermoser*, Finanzierung des Sozialstaates, Sozialrecht 2013, 10.

33 Vgl *Melinz*, Armenfürsorge 305ff.

34 BGBl 1930/1 idgF.

finanz- und steuerpolitischer Aspekte in einer Zukunftsperspektive, die aus Platzgründen nicht näher erörtert werden kann. In Anbetracht budgetär knapper sozialer Kassen ist klar, wohin die Veränderungsprozesse gelenkt werden. „Sensationelle“ Maßnahmen in der österr-föderal verfassten Wohlfahrtsstaatlichkeit sind dabei das „juristisch-politische Novum“ der „Sozialhilfe Neu“ und die für 2019 geplante Neuregelung des Arbeitslosenversicherungsrechts (Stichwort: Notstandshilfe).³⁵ Diese Reformen werden uns nicht nur verdeutlichen, dass es um eine Kombination aus Zurückfahren sozialpolitischer Leistungen für Alle und nationalistisch motivierter Ausgrenzung bestimmter Gruppen geht. Zukunft ist ein offener Prozess und der Autor verzichtet an dieser Stelle auf seine Botschaften.

Gerhard Melinz, Univ.Do. Dr. habil, Universität Wien, Institut für Wirtschafts- und Sozialgeschichte; hauptberuflich FH Campus Wien-Department Soziales; gerhard.melinz@fh-campuswien.ac.at; gerhard.melinz@univie.ac.at

35 Vgl *Melinz*, Kurswechsel 2019.

Gleichbehandlungsstellen: think global, act local

debatte „equality bodies“ – Conclusio und Ausschau

<https://doi.org/10.33196/juridikum201902029501>

Sandra Konstatzky / Valerie Purth

1. debatte „equality bodies“

Mit dem in diesem Heft erschienenen Beitrag von O’Cinneide endet die *juridikum-debatte* zu „equality bodies“. Vor nunmehr 16 Jahren wurden Gleichbehandlungsstellen von der EU als ein wesentlicher Faktor zur effektiven Durchsetzung der Gleichbehandlungsagenda in den einschlägigen RL genannt und die MS zu ihrer Einrichtung verpflichtet. Nun geht es darum, Standards für ihre Funktionen und damit ihr Potenzial zu entwickeln und ihre Rolle über die nationale und europäische Ebene hinaus zu definieren.

2. Global: Gleichbehandlungsstellen und die 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung

Gleichbehandlungsstellen sind auch *player* im globalen Kontext. Dabei sind Ausgestaltung und Positionierung ihrer Rolle oft nicht ganz klar. Aufgrund ihrer Janusköpfigkeit als staatliche *und* unabhängige Einrichtungen ist etwa die Frage, ob sie bei Staatenprüfungen von internationalen Verträgen (zB der UN-Frauenrechtskonvention/CEDAW) zum Staaten- oder zum Schattenbericht beitragen sollen, nicht leicht zu beantworten.

In Bezug auf die Umsetzung der iRd 2030 Agenda für nachhaltige Entwicklung¹ formulierten UN-Nachhaltigkeitsziele² übernehmen Gleichbehandlungsstellen einen wichtigen Part: Die SDG 5 (*Gender Equality*) und 10 (*Reduced Inequalities*) formulieren klare Gleichstellungsziele, deren Umsetzung schon nach ihrem Wortlaut in das Mandat von Gleichbehandlungsstellen fällt.³ Auch andere SDG sind aus einer Gleichstellungsperspektive interessant, darunter SDG 16 (*Peace and Justice*), in welches die Arbeit von Gleichbehandlungsstellen für Zugang zum Recht fällt.

Gleichbehandlungsstellen sind insb durch ihre Unterstützung bei der Erarbeitung von politischen Richtlinien sowie von guter Gleichstellungspraxis bei Verantwortungsträ-

1 UNGA Res A/RES/70/1, 21.10.2015.

2 Sustainable Development Goals – SDG; UN, Sustainable Development Goals, aufrufbar unter sustainabledevelopment.un.org/sdgs (7.2.2019).

3 Für Ö s § 5 Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-Gesetz), BGBl 1979/108 idF BGBl I 2013/107.

ger_innen, durch ihren Aufbau einer Wissensbasis und ihre Informations- und Bewusstseinsarbeit im Bereich der Gleichstellung an der Umsetzung der SDG beteiligt.⁴ Im September 2019 findet der UN-Nachhaltigkeitsgipfel in New York statt, auf dem ua die Präsentation des ersten *Global Sustainable Development Reports* (GSDR) stattfindet und die Umsetzung der *Agenda 2030* in Ö geprüft wird. Für Gleichbehandlungsstellen ist es wichtig, dort Präsenz zu zeigen.

3. Europa: Empfehlungen der EU-Kommission zu Standards

Auf europäischer Ebene haben sich Gleichbehandlungsstellen zu einem Netzwerk, EQUINET, zusammengeschlossen.⁵ Gemeinsam mit den divers aus- und eingerichteten Stellen⁶ hat EQUINET Forderungen für notwendige Standards entwickelt. Es ist ein Erfolg, dass nunmehr sowohl die beim Europarat angesiedelte *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) als auch die Europäische Kommission (EK) Empfehlungen für die Etablierung von Standards bezüglich der Einrichtung von Gleichbehandlungsstellen erlassen haben. Der Tenor lautet: Gleichbehandlungsstellen sollen in die Lage versetzt werden, Diskriminierung zu verhindern und Gleichstellung zu fördern. Die ECRI-Empfehlung wurde bereits iRd *debatte* von *Ulrich* bearbeitet.⁷ Im Juni 2018 knüpfte die EK mit einer Empfehlung zu Standards für „ihre“ Gleichbehandlungsstellen an.⁸ Ein wesentlicher Fokus der Empfehlung liegt auf der Unabhängigkeit und Wirksamkeit von Gleichbehandlungsstellen. Im Hinblick auf die Unabhängigkeit werden ua Überlegungen zur Organisation, Zuweisung von Haushaltsmitteln und va Verfahren zur Ernennung und Entlassung von Führungspersonal getroffen. Die EK formuliert klar die Notwendigkeit der unabhängigen Unterstützung von Diskriminierungsopfern auch vor den Gerichten.⁹ Die Funktion der Bewusstseins- und Informationsarbeit, wie bspw die Möglichkeit der Untersuchungen, Berichte und Empfehlungen, wird betont. Bezüglich der Wirksamkeit werden die personellen, technischen und finanziellen Ressourcen hervorgehoben, die es Gleichbehandlungsstellen erst ermöglichen, all ihre Funktionen wahrzunehmen. Besonderes Augenmerk gilt dem Rechtszugang und der Notwendigkeit der Einrichtung regionaler Büros. Schlussendlich weist die EK auf die sowohl innerhalb der MS als auch auf europäischer und internationaler Ebene notwendige Ko-

4 *Šimonovič Einwalter*, Vortrag „Equality Bodies and the 2030 Sustainable Development Agenda“ im Rahmen der Veranstaltung der GAW „70 Years of Human Rights – Leave No One Behind. 2030 Agenda for Sustainable Development and the role of equality bodies“ am 11.12.2018 in Wien, bit.ly/2PPxBMH (7.2.2019).

5 equineteurope.org (7.2.2019).

6 *Crowley/Gaspard*, *Minding Equality Bodies*, *juridikum* 2018, 323 (331).

7 *Ulrich*, *ECRI-Standards: A Benchmark for Austrian Equality Bodies*, *juridikum* 2018, 477 (484).

8 Empfehlung (EU) 2018/951 der Kommission vom 22. Juni 2018 zu Standards für Gleichstellungsstellen, *ABl L* 2018/167, 28.

9 Die GAW fordert ebenfalls ein Klagsrecht; vgl. *Anwaltschaft für Gleichbehandlung*, Teil II des Gleichbehandlungsberichts für die Privatwirtschaft 2016 und 2017 (2018), 97, aufrufbar unter bit.ly/2PQ4yY (18.2.2019).

ordinierung bei mehreren existierenden Gleichbehandlungsstellen hin.¹⁰ Hinsichtlich der Diskriminierungsgründe fordert die EK ein möglichst breites, über die Verpflichtungen aus den EU-RL hinausgehendes Mandat.¹¹

Sowohl ECRI¹² als auch die EK werden anhand ihrer jeweiligen Empfehlungen nun auch die nachhaltige Implementierung von unabhängigen und effektiven Gleichbehandlungsstellen überprüfen.

4. Österreich: 40 Jahre GIBG, 40 Jahre *equal pay*

Mit dem Gebot des gleichen Entgelts von Männern und Frauen für gleiche und gleichwertige Arbeit für die Privatwirtschaft¹³ wurde 1979 die erste gleichbehandlungsrelevante Regelung in Ö geschaffen. Dieses Gesetz war der Vorläufer des heutigen Gleichbehandlungsgesetzes (GIBG)¹⁴ und feiert 2019 seinen 40. Geburtstag. Das erste GIBG wurde aufgrund einer völkerrechtlichen Verpflichtung, dem bereits 1954 ratifizierten Übereinkommen Nr 100 über die Gleichheit des Entgelts für gleiche und gleichwertige Arbeit der internationalen Arbeitsorganisation (ILO),¹⁵ geschaffen. Seit dem EU-Beitritt 1995 entwickelte es sich durch die Umsetzung europäischer Rechtsakte¹⁶ zu einem umfassenden Anti-Diskriminierungsgesetz. Laut ECRI-Empfehlung haben Gleichbehandlungsstellen zwei Kernaufgaben: die Förderung von Gleichstellung ua durch Prävention von Diskriminierungen sowie die konkrete Unterstützung von Betroffenen bei der Rechtsdurchsetzung.

Gerade hinsichtlich der ersten Gleichbehandlungsregelung zeigt sich die spezielle Rolle der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW). Durch Bewusstseins- und Öffentlichkeitsarbeit legt die GAW die Ursache von Entgeltdiskriminierung offen: Rollenstereotype, die sich nach wie vor in den Strukturen widerspiegeln. Sie bietet Workshops und Leitlinien, um versteckte Diskriminierungen beim Entgelt vorzubeugen und aufzudecken.¹⁷ In Diskriminierungsfällen kann die GAW neben Beratung und Vergleichsverhandlungen konkrete Fälle von der Gleichbehandlungskommission (GBK) prüfen lassen. Durch ihr spe-

10 S zuletzt den Vortrag von *Šimonović Einwalter* FN 3.

11 Die GAW fordert ebenfalls regelmäßig gleichen Schutz bei Diskriminierungen aufgrund aller Diskriminierungsgründe des GIBG (Levelling-up); vgl *Anwaltschaft für Gleichbehandlung*, Gleichbehandlungsbericht 88.

12 Der 6. Prüfzyklus von ECRI in Ö startet Anfang 2019.

13 108. Bundesgesetz vom 23. Feber 1979 über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei Festsetzung des Entgelts (Gleichbehandlungsgesetz), BGBl 1979/108.

14 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GIBG), BGBl I 2004/66.

15 Vgl zuletzt *Szymanski*, Von den Anfängen des Gleichbehandlungsrechts in *Feigl/Konstatzky* (Hrsg), Auf dem Weg zur Gleichbehandlung, Festschrift für Ingrid Nikolay-Leitner (2018) 12 (21).

16 Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG; Antirassismusrichtlinie RL 2000/43/EG; RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen; Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter auch außerhalb der Arbeitswelt RL 2004/113/EG.

17 S hierzu auch den Beitrag der GAW bei einem Kooperations-Projekt zwischen Bundeskanzleramt Sektion für Frauene Angelegenheiten und Gleichstellung, ÖGB Frauen, Arbeiterkammer und GAW: fairer-lohn.gv.at (18.2.2019).

zielles Auskunfts- und Ermittlungsrecht¹⁸ werden Entgeltfälle „gerichtsfit“ gemacht und Betroffene erlangen so Zugang zum Recht.¹⁹ Leider wurde der GAW bis dato die Gewährung eines Klagsrechts zur weiteren gerichtlichen Verfolgung verwehrt.²⁰ Im Jubiläumsjahr 2019 thematisiert die GAW verstärkt die Frage der gleichwertigen Arbeit und damit den Genderbias in der Arbeitsbewertung.

5. Fazit

Die Notwendigkeit und der Wert von Gleichbehandlungsstellen und somit auch der GAW liegen in ihrem umfassenden Blick auf Diskriminierung, Gleichstellung und Inklusion. Unabhängig und effektiv mit Ressourcen ausgestattet, tragen sie nachhaltig zum sozialen Zusammenhalt bei. Die menschenrechtlichen Versprechen der UN und die Werte der EU finden durch die Arbeit von Gleichbehandlungsstellen ihre Umsetzung an der Basis und bei den Menschen.

Mag.^a Sandra Konstatzky ist Leiterin der Gleichbehandlungsanwaltschaft und Vorstandsmitglied von EQUINET; sandra.konstatzky@bka.gv.at

Mag.^a Valerie Purth, MA arbeitet als Gleichbehandlungsanwältin und ist Mitherausgeberin des Juridikum; valerie.purth@bka.gv.at

18 Zum Auskunftsrecht s § 5 Abs 4 zum Ermittlungsrecht s § 5 Abs 7 GBK/GAW-Gesetz.

19 Ihre umfassenden Praxiserfahrungen haben Gleichbehandlungsstellen iRv EQUINET in einem Handbuch zusammengetragen, s *EQUINET*, EQUINET Handbook: How to build a case on equal pay (2016), aufrufbar unter equinet.europe.org/Equinet-Handbook-How-to-build-a-case-on-equal-pay (18.2.2019).

20 S FN 12.