

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 2. 2009

thema



Festung Europa

recht & gesellschaft

Korruption

Transsexualität

Briefwahl

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 15,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

Judith Schacherreiter · Alexia Stuefer · Matthias C. Kettemann · Lukas Oberndorfer

Die Zeit vergeht, die Diskriminierung bleibt

Alexia Stuefer

Vor etwa drei Jahren wurde an dieser Stelle die rechtliche Gleichstellung von homo- und heterosexuellen Lebensgemeinschaften eingemahnt (siehe Gleiches für alle, *juridikum* 2006, 113, siehe auch Was ist faul im Staate Österreich?, *juridikum* 2008, 57). Zwischenzeitlich liegen zwei Gesetzgebungsperioden hinter uns, eine dritte hat begonnen. Im Regierungsprogramm der im Jahre 2008 gescheiterten Koalition zwischen SPÖ und ÖVP unter Alfred Gusenbauer wurden die gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften nicht einmal erwähnt. Gleichwohl bemühte sich die damalige Justizministerin, Maria Berger, um ein Gesetz zur Schaffung von „eingetragenen Partnerschaften.“ Bedauerlicherweise waren die Bemühungen vergebens, ein Gesetz wurde nicht erlassen, es wurde aber immerhin ein Ministerialentwurf ausgearbeitet (vgl den Entwurf zum Bundesgesetz über die Lebensgemeinschaft – LPartG).

In der Neuauflage der Rot-schwarzen Koalition konnte man sich immerhin dazu durchringen, „zur Schaffung eines Partnerschaftsgesetzes zur rechtlichen Absicherung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften eine Arbeitsgruppe einsetzen zu wollen, die die weitere Vorgangsweise im Detail festlegt.“ (vgl Regierungsprogramm für die 24. Gesetzgebungsperiode, 118). Auch die nunmehrige Justizministerin, Claudia Bandion-Ortner, hat sogleich nach ihrer Angelobung in einem Interview die Schaffung eines „eigenen Partnerschaftsgesetzes binnen Jahresfrist“ in Aussicht gestellt (vgl Bandion-Ortner will verschärfen: Klick auf Kinder pornos strafbar, *Die Presse.com* vom 16.01.2009). Bedauerlicherweise ist es seither – zumindest in der Öffentlichkeit – wieder einmal sehr still geworden um die rechtliche

Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften. Die im Regierungsprogramm angekündigte (interministerielle) Arbeitsgruppe ist bisher (bis Redaktionsschluss) nicht zusammengetreten. Es bleibt zu hoffen, dass die Justizministerin ihre Zusage einhalten wird (kann). Denn die Zeit vergeht und die Diskriminierung bleibt.

Nachvollziehbar ist die Gangart der Regierung und der Gesetzgebung in dieser Hinsicht schon lange nicht mehr. Es ist schlichtweg unbegreiflich, aus welchem Grund sich die angesprochenen EntscheidungsträgerInnen weiterhin sträuben, einen grundrechtskonformen rechtlichen Rahmen für ein würdiges Zusammenleben von homosexuellen Personen zu schaffen. Sachliche Argumente, die gegen die gesetzliche Anerkennung von homosexuellen Lebensgemeinschaften sprechen, wurden bis dato jedenfalls nicht vorgebracht. Was nicht weiter verwundert, solche Argumente gibt es schlicht und ergreifend nicht! Und so entsteht der Eindruck, dass einfach abgewartet, ab und an die Erlassung eines Gesetzes angekündigt und – wie jetzt – die Einrichtung einer (interministeriellen) Arbeitsgruppe in Aussicht gestellt wird. Gerade letzteres ist aus meiner Sicht ein Zeichen für den eigentlichen Grund der gesetzgeberischen Untätigkeit: es fehlt den Verantwortlichen an politischem Willen und an politischer Durchschlagskraft.

Gleichzeitig zeigt ein Blick über die Grenzen, etwa nach Schweden, wie man es – besser – machen könnte. Am 01.04.2009 hat das schwedische Parlament mit der überwältigenden Mehrheit von 261 zu 22 Stimmen, also auch mit überwiegender Zustimmung der Opposition, die völlige rechtliche Gleichstellung von homo- und heterosexuellen Paaren beschlossen.

Gleichgeschlechtlichen Paaren steht in Zukunft auch das Institut der Ehe offen. Nur am Rande ist zu erwähnen, dass in Schweden die Möglichkeit der amtlichen Registrierung seit 1987 und das Recht auf Adoption seit 2003 besteht (vgl Öffnung der Standesämter, *diestandard.at* vom 01.04.2009). Eine vollkommene rechtliche Gleichstellung von homo- und heterosexuellen Beziehungen ist hierzulande derzeit offenbar erst recht nicht konsensfähig. Die Öffnung des Institutes der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Personen wurde schon von Maria Berger dezidiert ausgeschlossen. Claudia Bandion-Ortner hat im erwähnten Interview gar in Frage gestellt, ob die Partnerschaft vor dem Standesamt und mit Zeremonie geschlossen werden darf.

Dennoch ist die völlige Gleichstellung von homo- und heterosexuellen Paaren auch für Österreich unbedingt zu fordern. Durch die Einführung eines ausschließlich homosexuellen Personen offenstehenden PartnerInnenchaftsgesetzes würde auf unabsehbare Zeit ein Lebensgemeinschaftsmodell zweiter Klasse geschaffen werden. Wenngleich gegen das aus dem Jahre 1938 stammende Ehegesetz gewichtige Einwände in punkto Modernität erhoben werden können (so auch die Erläuterungen zum Entwurf des LPartG) und die Forderung auf Zugang zu diesem Rechtsinstitut daher merkwürdig erscheinen mag, ist doch einem Rechtsinstitut, das allen Menschen unter den gleichen Voraussetzungen offen steht, der Vorzug zu geben. Insofern sollte viel eher an eine Novellierung des gesamten Ehegesetzes unter Einbeziehung von homosexuellen Paaren als an die Schaffung eines „Sonderrechtes für Homosexuelle“ gedacht werden. Wie das Beispiel Schweden zeigt hat es mehr als zwanzig Jahre gedauert bis das Modell der „amtlichen Registrierung“ durch die allen gleichermaßen offen stehende Ehe abgelöst wurde. Demgegenüber hat es in Spanien erst gar kein Modell der eingetragenen Lebensgemeinschaft gegeben. Seit dem 01.06.2005 können homosexuelle Paare die traditionelle Ehe eingehen und auch Kinder adoptieren. Es drängt sich die Frage auf, worin sich Spanien und Österreich in dieser Hinsicht unterscheiden. Eigentlich gar nicht! Es ist daher höchst an der Zeit endlich zu handeln.

Inhalt

recht & gesellschaft

Richard Soyer	Über Korruption, ihre Freunde und Feinde	62
Elisabeth Greif	In Trans/Formation. Geschlechtswechsel zwischen staatlicher Kontrolle und rechtsfreiem Raum	68
Joachim Stern	Demokratie minus 2.0 – Die Distanzwahl ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich.....	72

thema: festung europa

Frühwirth / Kettemann	Vorwort	75
Manuela Bojadžijev	Europäische Migrationsvisionen. „Festung Europa“ oder ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“?	76
Fabian Georgi	Kritik des Migrationsmanagements. Historische Einordnung eines politischen Projekts	81
Funk / Stern	Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres an der Binnengrenze – eine permanente Verfassungsverletzung?	85
Timo Tohidipur	FRONTEX – Wächter der Festung Europas. Kritische Überlegungen zum Grenzmanagement der EU	89
Christoph Pinter	Das Europäische Asylzuständigkeitssystem im Lichte des internationalen Flüchtlingsschutzes	94
Ecker / Einwallner	Europarechtliche Freizügigkeit. Familienzusammenführung zwischen Mobilitätsschranken und Mobilitätswang	99
Konrad Lachmayer	Die Wirkung von „Schengen“ nach innen. Polizeiliche Informationsnetzwerke ohne Grenzen?	104

debatte

Clemens Kaupa	Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise.....	108
Werner Anzenberger	Kurzarbeit – Portrait eines „kleineren Übels“	110

rubriken

vor.satz	Alexia Stuefer Die Zeit vergeht, die Diskriminierung bleibt	57
merk.würdig	Ronald Frühwirth Asylgerichtshof revisited	59
	Armin Puller Kritische Sozialwissenschaft heute	60
	Friederike Boll Kritik des Rechts als Kritik gesellschaftlicher Verhältnisse Aktuelle Kritiken des Rechts aus Anlass des 40-jährigen Jubiläums der gleichnamigen Zeitschrift	61
nach.satz	Nina Eckstein Das Märchen von der Chancengleichheit – Eine kritische Analyse	112
impressum	111

Asylgerichtshof revisited

Ronald Frühwirth

1. Einleitung

Vor einem Jahr wurde an dieser Stelle die Einrichtung des AsylGH und dessen Konzeption kritisch beäugt (*Frühwirth, Der Asylgerichtshof, das Zwitterwesen, Juridikum 2008, 59*). Nun ist es also Zeit, einen Blick auf die Arbeit des AsylGH und die Auswirkungen dessen Einführung auf das österreichische Asylwesen zu werfen.

Der AsylGH ist geschäftsverteilungsmäßig in sechs Kammern mit je eigenem Zuständigkeitsbereich gegliedert. Abgesehen von der für Sonderverfahren (Dublin- und Flughafenverfahren) zuständigen Abteilung „S“ sind die Kammern nach Regionen gegliedert. Innerhalb dieser Kammern werden wiederum die einzelnen Herkunftsstaaten einer Region auf die jeweiligen 2-RichterInnen-Senate aufgeteilt, sodass jeder Senat für die Bearbeitung von Beschwerden von Personen aus ca drei bis fünf Herkunftsstaaten sachlich zuständig ist. Man könnte meinen, dass diese Spezialisierung zu einer Steigerung der Qualität der Entscheidungen führen hätte müssen. Tatsächlich zeichnen sich mE zwei Trends ab:

- Die Anerkennungsrate beim AsylGH befindet sich in rasanter Talfahrt.
- Die vollzogene Ausschaltung der Überprüfungsmöglichkeit des VfGH führt zum Bestreben, Einflüsse von außen möglichst hintanzuhalten.

2. Anerkennungsrate

Der Analyse im vom UNHCR erstellten Asyl-Barometer zufolge nimmt die Chance auf Asyl derzeit in Österreich signifikant ab. Die Anerkennungsrate sank insgesamt von 43,9 % im Jahr 2007 auf 31,2 % im Jahr 2008; beim UBAS/AsylGH im selben Zeitraum von 40,0 % auf 19,8 %. Besonders markant zeigt sich dieser Abwärtstrend bei Asylsuchenden aus Tschetschenien, denen im Jahr 2008 lediglich in 46,9 % der Fälle im Gegensatz zu 82,9 % im Jahr 2007 Asyl gewährt wurde. (<http://www.unhcr.at/aktuell/einzelansicht/article/2/asyl-barometer-asyl-in-zweiter-instanz-2008-halbiert.html>)

Bis vor kurzem bildeten Entscheidungen des UBAS, die mit einer gänz-

lichen Abweisung von Anträgen von Personen tschetschenischer Herkunft endeten (und damit auch eine Ausweisung in die Russische Föderation für zulässig erachteten) die Ausnahme. Nun finden sich vereinzelt Entscheidungen, in denen eine Abschiebung in die Russische Föderation als zumutbar erachtet wird (siehe etwa AsylGH 28.8.2008, A2 309.172-3/2008/12E).

Auffallend erscheint auch eine weitere Entwicklung zu sein, die bisher weniger öffentliches Aufsehen erregte. Während es zuletzt beim UBAS zu einer merkbaren Steigerung der Anerkennungsrate von türkischen Staatsangehörigen (und dabei insbesondere kurdischer Herkunft) kam, scheinen nun bei einer Suchabfrage im RIS betreffend Türkei vier Entscheidungen eines Senates der nunmehr zuständigen Kammer „E“ auf, die mit Asylgewährung endeten. Die Ergründung der dafür maßgeblichen Umstände führt zum zweiten Kritikpunkt hinsichtlich der Qualität der Erledigungen.

3. Qualität

Angesichts des Wegfalls der Überprüfungsmöglichkeit asylrechtlicher Entscheidungen durch den VfGH und im Hinblick auf den äußerst eingeschränkten Prüfungsrahmen des VfGH ist der AsylGH in der Lage, in nahezu jede beliebige Richtung zu entscheiden, solange dies nur ausreichend gut begründet ist. Der Grad zur Willkür im verfassungsrechtlichen Sinne ist dabei schmal. Zur Anschauung dient die Rsp zum Herkunftsstaat Türkei: Während bis zur Einrichtung des AsylGH die Senatsmitglieder des UBAS in der Regel die Expertise landeskundlicher Sachverständiger in Anspruch nahmen und so auf Sachverständigenebene klärten, ob Asylwerbende durch ihre Wehrdienstverweigerung oder ihre regimekritischen Tätigkeiten in der Türkei oder in Österreich der Gefahr asylrelevanter Verfolgung in der Türkei ausgesetzt wären (für viele etwa UBAS 28.11.2007, 201.590-2/6E-II/04/07), ist die nunmehr zuständige Kammer des AsylGH offenbar geschlossen der Ansicht, dass derartige Aktivitäten nicht asylrelevant sind. Nun

kann man selbstverständlich andere Herkunftsländerberichte zur Grundlage von Entscheidungen machen oder die Ansicht vertreten, die ergangenen Gutachten von Sachverständigen wären nicht schlüssig. Eine derart signifikante Änderung der Rsp müsste aber ausreichend nachvollziehbar begründet werden, um nicht als willkürlich betrachtet zu werden. Tatsächlich sieht sich – nach Kenntnis des Autors – bis dato keiner der zuständigen Senate veranlasst, angesichts grundlegender Divergenzen zwischen den Feststellungen in Sachverständigengutachten, die noch bis vor kurzem in Verfahren beim UBAS ergangen sind und den nunmehrigen aus allgemein zugänglichen Herkunftsländerberichten gezogenen Schlüssen, Gutachten von landeskundlichen Sachverständigen in Auftrag zu geben. Vielmehr gipfeln dahingehende Anträge von Asylwerbenden in der Feststellung, es würde sich dabei um unzulässige Erkundungsbeweise (!) handeln (für viele etwa AsylGH 2.9.2008, E12 317.873-1/2008-8E).

Es ist die Art und Weise wie ein Judikaturwandel vollzogen wird, die sauer aufstößt. Der AsylGH verkennt vielfach, dass seine Stellung als Quasi-Höchstgericht in Asylsachen nicht dazu führt, über Begehren „drüberfahren“ zu können. Die (faktische) Möglichkeit der Ablehnung von Beschwerden kommt dem AsylGH nicht zu, er ist verhalten, sich ausführlich mit Beweisanträgen und Vorbringen auseinander zusetzen. Der AsylGH ist offenbar nach Ausschaltung des VfGH bestrebt, sich möglichst keiner Einmischung von außen auszusetzen. Nur so scheint auch erklärbar, warum es keiner der ca 40 Senate bis dato für notwendig erachtete, den Kammersenat mit einer Grundsatzentscheidung zu befassen. Weder durchaus vorhandene Fragen im Zusammenhang mit dem Zulassungsverfahren noch andere Auslegungsfragen (zB Gewährung von Verfahrenshilfe im asylgerichtlichen Verfahren; AsylGH 21.10.2008, A13 402.019-1/2008/2E) haben bisher zu einer Anrufung eines Kammersenates (und damit des VfGH) geführt. Dies alles würde nur Zeit kosten und auch dem VfGH wieder eine (wohl nicht gewollte) Mitsprache ermöglichen. Und damit die BMI nicht auf die Idee kommt, eine Grundsatzentscheidung zu beantragen, sinkt die Anerkennungsrate beim AsylGH gleich massiv.

Kritische Sozialwissenschaft heute

Armin Puller

Rezension zu *Alex Demirović* (Hg. im Auftrag der Assoziation für kritische Gesellschaftsforschung¹): Kritik und Materialität, Münster, Westfälisches Dampfboot 2008; 168 S., € 15,90

Das Buch nimmt sich zweier Fragen an, von denen man auf der Uni in Zeiten ihrer neoliberalen Reorganisation seltener zu hören bekommt: In acht sehr unterschiedlichen Beiträgen geht es um die Neubestimmung kritischer Wissenschaftlichkeit und die Erweiterung materialistischer Gesellschaftstheorie um neue Erkenntnisse in einigen wissenschaftlichen Feldern.

Alex Demirović leitet den Band mit einem Plädoyer für einen neuen Kritikmodus ein. Mit Foucault betont er die Notwendigkeit eines Neuanfangs von Gesellschaftskritik, die ihre Begründung weniger in rein Epistemologischem als vielmehr in einer Verankerung in der Wirklichkeit suchen soll. Indem er die Praxis der Kritik ins Zentrum stellt, öffnet sich ihm ein gesellschaftstheoretisches Spannungsfeld von Leidenschaft und Wahrheit bzw. Entunterwerfung und Erkenntnis. Kritik ist dann nicht mehr einfach Unterscheidung und Beurteilung, sondern die Frage nach den Bedingungen der Reproduktion des Bestehenden und nach der Funktionsweise und den Effekten kritischer Praxis.

Frieder Otto Wolf bemüht sich um ein neues Verständnis von Materialismus, das einen Bruch mit vorkritisch-spekulativen, reduktionistischen und deterministischen Ansätzen vollzieht. Ausgangspunkt eines ‚praktischen Materialismus‘ sind ihm dabei Althusser's epistemologische Überlegungen und ihre Fortführung im von Roy Bhaskar u.a. begründeten ‚Critical Realism‘, die beide Materialismen nicht von Materie an sich, sondern je spezifischer Materialitäten in spezifischen Feldern wissenschaftlicher Praxis sind. Ein „Materialismus des 21. Jahrhunderts“ dürfe nicht mehr versuchen, Materie (an sich) als metaphysische oder naturhafte Kategorie zu behaupten, sondern muss als praktische Haltung konzipiert werden. In der wis-

senschaftlichen Praxis werde so erst eine offene Haltung zum untersuchten Gegenstand möglich und in der politischen Praxis eine Unterscheidung wesentlicher von weniger dringlichen Forderungen.

In einer Rekonstruktion der Konzepte von Dialektik und Materialismus, wie von Wissenschaft und Kritik in der Marx'schen ‚Kritik der politischen Ökonomie‘, versteht Michael Heinrich kritische Gesellschaftswissenschaft als Strategie der Forschung und Darstellung. Ihr Antrieb sei in der Aufdeckung von Herrschaftsverhältnissen in ihrer Verschränktheit zu sehen. Aufklärung über die Funktionsweise(n) von Herrschaft sei dabei Effekt einer Kritik der Kategorien der politischen Ökonomie als Wissenschaft, die zugleich durch die Überwindung von Fetischisierungen ein Vordringen zu Erkenntnis und Veränderung der wirklichen Lebensverhältnisse ermögliche.

Erweiterungen des Materialitätsbegriffs widmen sich Markus Wissen und Bernd Belina in Beiträgen zum ‚spatial turn‘ in den Sozialwissenschaften: Wissen behandelt Konzeptionen über Natur und gebaute Umwelt, die eine tragende Verknüpfung von Natur- und Herrschaftsverhältnissen ermöglichen können. Gegen Technizismen betont er die Nicht-Neutralität von Raumdimensionen und zeigt am Beispiel der Organisation von Wasserversorgung, dass sich soziale Verhältnisse immer schon in technische Systeme und in die Aneignung von Natur einschreiben. In Abwehr konstruktivistischer, aber auch bestimmter marxistischer Vorstellungen, hebt Wissen die Materialität und Eigen-gesetzlichkeit von Natur hervor: Naturverhältnisse können im Umkehrschluss nicht auf soziale Verhältnisse reduziert werden, sozial-ökologische Forschungen dürfen weder die sozialen, noch die natürlichen Verhältnisse vernachlässigen, damit gesellschaftliche Naturverhältnisse und ihre Transformationen in den Blick geraten. Belinas Beitrag kritisiert implizite Voraussetzungen bestimmter Argu-

mentationsweisen in Raumdebatten, die Räume fetischisieren oder idealistisch konzipieren: Dabei werden entweder soziale Phänomene auf räumliche reduziert, oder Räume von der Materialität der Welt abgekoppelt. Belina zeigt, dass diese (ideologischen) Voraussetzungen auf einer zu überwindenden Trennung von Raum- und Gesellschaftstheorie basieren.

Mit einer materialistischen Kritik des Rechts befasst sich Sonja Buckel. Ihr Beitrag verortet eine Dialektik des Rechts aus Subjektivierung und sozialer Kohäsion innerhalb der kapitalistischen ‚Rechtsform‘, die relational autonom zu anderen ‚sozialen Formen‘ mit der kapitalistischen Produktionsweise verbunden sei. Dabei betont sie die Ambivalenz der Rechtsform für soziale Bewegungen, sowie Möglichkeiten und Gefahren eines Einlassens auf Rechtssubjektivität.

Isabell Lorey beanstandet in aktuellen Debatten um Intersektionalität, Interdependenz und Kritische Weißseinsforschung ein einengendes Verständnis politischer Praxis, das gesellschaftskritische Vorhaben notwendig behindere. Ursache dafür sei ein reduktionistischer Kritikbegriff, der auf bloßer (juridischer) Beurteilung und Verneinung basiere, demgegenüber sie ein Verständnis politischer Praxis als Entunterwerfung stark macht, das kategoriale Subjektivierungen verweigert.

Den Abschluss bildet ein Beitrag von Christine Resch und Heinz Steinert über Perspektiven auf die ‚Wissensgesellschaft‘. Hinter den hochgehaltenen Konzepten von Innovation und Exzellenz entdecken sie weniger Freiheiten, als vielmehr Rechtfertigungen sozialer Ungleichheit, steigenden Konkurrenzdrucks und vielfältiger Ausschlusspraxen. ‚Wissensgesellschaft‘ sei heute „eher eine Koalition von Gebildeten mit den Unternehmern und mit einer wirtschaftsfreundlichen Politik gegen die Arbeiter“.

Der Band bietet eine Fülle spannungsreicher Anregungen für aktuelle Debatten, jedoch ist eine allgemeine Stoßrichtung schwer erkennbar; zu unterschiedlich und teilweise unvereinbar sind die epistemologischen Problematiken und ontologischen Voraussetzungen der Beiträge. Ein Austausch zwischen einigen Positionen wäre wünschenswert gewesen und lässt auf einen zweiten Band hoffen.

1) Die AkG (www.akg-online.org) versteht sich als ein offener Zusammenschluss von SozialwissenschaftlerInnen aus dem deutschsprachigen Raum. Schwerpunkt der gemeinsamen Arbeit ist die Diskussion gesellschaftskritischer Theorieansätze, deren Weiterentwicklung in Zeiten ihrer zunehmenden Marginalisierung an den Hochschulen gesichert werden soll.

Kritik des Rechts als Kritik gesellschaftlicher Verhältnisse

Aktuelle Kritiken des Rechts aus Anlass des
40-jährigen Jubiläums der gleichnamigen Zeitschrift

Friederike Boll

Rezension zu *Buckel/Fischer-Lescano/Hanschmann*, Kritische Justiz 3/2008 – Sonderheft zum 40-jährigen Jubiläum, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, 128 Seiten, € 17,00

Die „Kritische Justiz“ (KJ), das publizistische Urgestein progressiver Rechtswissenschaft, feierte 2008 40. Geburtstag. Anstatt in stumpfsinnigen Jubiläumsfeierlichkeiten zu verharren, gab die etwas angegraute KJ-Redaktion kurzzeitig die Feder aus der Hand. Sonja Buckel, Andreas Fischer-Lescano und Felix Hanschmann erstellten ein Sonderheft (3/2008 der KJ), das randvoll mit provokant-anregenden Positionierungen und für den „Rechtsbetrieb“, auch für die KJ, thematisch eher ungewöhnlichen Beiträgen nicht besser hätte geeignet sein können, den politischen Anspruch der „Kritischen Justiz“ zu re-formulieren.

1968 gründete ein Bündnis kritischer Jura-Studierender, marxistischer Intellektueller als auch linksliberaler RechtswissenschaftlerInnen, die sich gegen den wiedereinsetzenden Abbau von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit wandten, die Kritische Justiz als erste und für lange Zeit einzige gesellschaftskritische Fachzeitschrift für Recht und Politik. Mit der Zeitschrift wurde ein Gegengewicht zur Marginalisierung anti-faschistischer und demokratisch-sozialistischer Ansätze in den Rechtswissenschaften der frühen Bundesrepublik gesetzt, die wie kaum ein anderer Fachbereich Konstanten aus dem Nationalsozialismus beibehielt. Anspruch war es, das konsensual „neutrale“ Rechtsverständnis zu politisieren

und Platz für kritische Verschiebungen im Rechtsdiskurs zu schaffen. Aktuelle rechtspolitische Interventionen und die starke Verbindung mit außerparlamentarischen Bewegungen entsprachen dem Selbstverständnis, nicht nur im verknöcherten Rechtsbetrieb gegenhegemoniale juristische Kraft zu sein.

Das Verblässen dieses Anspruchs im Laufe der Zeit und die strategische, personelle und inhaltliche Historie der KJ wird zu Beginn des Sonderheftes materialreich analysiert und gekonnt in Beziehung zu den Entwicklungen an Universitäten und in politischen Bewegungen gesetzt. Dabei wird keinesfalls an Kritik gespart und zB auf die lange Zeit vorherrschende maskulinistische Arbeitsweise und Ausschluss von feministischen Themen, oder die Blindheit für aktuelle Protestkulturen hingewiesen. Dieser Einstieg ermöglicht ein Gespür für die historisch-strategische Verortung der Zeitschrift, aber auch für strukturelle Schwachstellen. Die Heftredaktion nutzt dies, um ein „update des Gründungsmanifests“ (S.242) zu formulieren, das die Kritische Justiz als gegenhegemoniale Praxis versteht. Die KJ wird als dezidiert gesellschaftskritisches Theorieprojekt und als Ort für kritische Rechtsdogmatik für die derzeitigen Kämpfe um (nicht nur) juristische Kräfteverhältnisse neu aufgestellt – Eine politische Ansage, die Potential für Kontroversen und wichtige Anhaltspunkte für eine darauf folgende Neujustierung bietet.

Nach diesem erfrischenden, proklamatorischen Einstieg folgt konsequent die Schwerpunktsetzung auf folgende

fünf Themengebiete: „Kritiken des Rechts“ in dem sich vier weitere kritische Rechtszeitschriften vorstellen, „Rechtskritik der Geschlechterverhältnisse“, „Darker Legacies im Recht“, „Sicherheitsdispositive“ sowie „Kämpfe um gesellschaftliche Grundrechte“.

Dabei kam an Zuschnitten und Themen vielfältiges zusammen: Ob eine queere Analyse der Regulation des Geschlechtswechsels in GB, die auch für die aktuelle Debatte um das deutsche Transsexuellengesetz interessante Aspekte bietet, von Adrian de Silva. Oder ein kluger, sehr anregender Text zur Stärkung postkolonialer Aspekte in Rechtstheorie und Diskriminierungsrechtsdiskurs von Cengiz Barskanmaz. Oder ein knackig-pointierter Artikel von Marei Pelzer und Tilmann Löhr, der die aktuelle Lage der europäischen Migrationspolitik genauso informativ darstellt wie er eine ganze Reihe von politisch-juridischen Handlungsoptionen aufzeigt. – Kurze, zwar sehr dichte, aber gut lesbare Artikel, die einladen, sich über einzelne Sparten hinaus zu informieren und nachzudenken.

Auch ein Blick ins AutorInnenverzeichnis lohnt: Für eine juristische Fachzeitschrift außerordentlich viele junge WissenschaftlerInnen – der Autorinnenanteil hätte hingegen noch größer ausfallen können. In erfreulicher Breite ist es gelungen, die eingeforderten Verbindungen zu sozialen Bewegungen, außeruniversitären RechtspolitikerInnen und den Sozialwissenschaften zu knüpfen. Schade, dass darunter an einigen Stellen die Übersetzung von Problemkonstellationen und Argumenten ins Rechtliche leidet. Stärkerer Rechtsbezug und explizitere juristische Strategieentwicklung hätten in Artikeln wie „Die neuen Söldner“ von Dario Azzellini die Qualität des Hefts noch einmal gesteigert.

Die Heft-Redaktion hat ihren Anspruch, die KJ als ein strategisches Forum zu re-positionieren, in dem Rechtspolitik als Ausdruck kritischer Gesellschaftsanalyse formuliert wird, mit diesem Sonderheft deutlich gesetzt und durchaus pompös eingelöst. Da bleibt der Kritischen Justiz – neben einer Neuauflage des bereits vergriffenen Hefts – nur anzuraten, diesen Beginn einer (selbst)kritischen Neujustierung voranzutreiben. Die Rechtswelt kann „Kritische Justiz“ noch immer bitter gebrauchen.

Über Korruption, ihre Freunde und Feinde

Richard Soyer

Korruption ist seit Jahren ein geflügeltes Wort. In Folge zahlreicher internationaler Vorgaben kam es in den vergangenen Jahren zu einer massiven Verschärfung der diesbezüglichen strafrechtlichen Vorschriften. Der vorliegende Beitrag geht zum einen auf diese neuen Normen ein und beleuchtet zum anderen auch die Konsequenzen dieser Vorschriften für Österreich. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um das Manuskript des vom Autor anlässlich der Österreichischen Sicherheitstage 2008 in Leogang gehaltenen Impulsreferates.

1. Einleitung

Der Autor verbrachte Teile seiner Jugend in Italien. In gewisser Weise war er deshalb quasi schon in den Kinderschuhen mit Korruption konfrontiert gewesen und denkt daher die italienische Kultur des „eine Hand wäscht die andere“ recht gut zu kennen. Die in seiner Jugend gewonnenen Eindrücke und Einschätzungen haben sich seit seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt in Österreich weiter verdichtet und vor allem auch ausdifferenziert.

Seit den 90er Jahren ist der Autor jedenfalls der festen Überzeugung, dass nicht die Organisierte Kriminalität etwa in Form von afrikanischen Straßendealern das größte Bedrohungsszenarium für den österreichischen Rechtsstaat darstellt, sondern erst die Korrumpierung des staatlichen Macht- und Polizeiapparates und die kriminelle Vernetzung staatlicher Strukturen mit profitorientierten Einzelinteressen die Alarmglocken so richtig läuten lassen.

Eine besondere Erfahrung stellt der vom Autor subjektiv wahrgenommene Umstand dar, dass in Österreich eine sehr subtile Art von Korruption gelebt wird. Florian Klenk hat diese „öster-

reichische Methode“ nach Ansicht des Autors nach sehr treffend als „eine Hand hält die andere“ bezeichnet.¹ Der Autor hatte jedenfalls in Österreich immer auch den Eindruck, dass bei Korruption und Machtmissbrauch das für den Österreicher typische „Obrigkeitsdenken“ eine wesentliche Rolle spielte. Anders gesagt: „Mit denen da oben muss man sich gut stellen, die muss man sich warm halten.“ So hat sich nach Ansicht des Autors in den vergangenen Jahrzehnten jenes von Florian Klenk so treffend umschriebene Klima entwickelt, das nunmehr mit einer massiven Verschärfung des Korruptionsstrafrechts seine Probleme hat.

Vor nicht allzu langer Zeit war sogar der Autor selbst in seinem Hauptberuf als Rechtsanwalt mit einem sehr dreisten Bestechungsversuch konfrontiert. Ein honoriges Tandem von juristischen Beratern ließ ihm – freilich indirekt – das Angebot ihrer Mandantschaft zukommen, einen sehr hohen Eurobetrag fließen zu lassen, wenn er sich als Rechtsvertreter bereit fände seinen Mandanten schlecht zu vertreten.

Der gegenständliche Beitrag gliedert sich in drei Bereiche: Die Darlegung einiger Eckpunkte des neuen Korruptionsstrafrechts, eine Skizze zum Problembereich Korruption im Unternehmensbereich und schließlich zwei Anmerkungen zu aktuellen Entwicklungen.

2. Wesentliche Eckpunkte des neuen Materiellen Korruptionsstrafrechts

2.1. Allgemeines

Der österreichische Gesetzgeber hat sich in der Vergangenheit mehrmals mit der Bekämpfung von Korruption auseinandergesetzt. Als bisher letzter Schritt wurde

das Korruptionsstrafrecht per 01.01.2008 mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2008 (StRÄG 2008)² novelliert und teilweise völlig neu gestaltet. Die hierbei vorgenommenen Änderungen sind derart tief greifend, dass man geneigt ist zu sagen, dass mit dieser Novelle eine neue Ära im Kampf gegen die Korruption sowohl im öffentlichen und als auch im privaten Bereich eingeläutet worden ist.

Mit der Einführung von neuen Begriffen und Straftatbeständen, der Ausweitung von bereits bestehenden Delikten und nicht zuletzt mit der beschlossenen Errichtung der Korruptionsstaatsanwaltschaft wurde der in den vergangenen Jahren beschrittene Weg der effizienten Bekämpfung der Korruption jedenfalls konsequent fortgesetzt.

Der Ausgangspunkt für diese tief greifenden Änderungen lag teils in internationalen Vorgaben in Form von zu erfüllenden Rechtsakten begründet. Hierbei sind insbesondere folgende internationale Verträge zu nennen:³

- das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997
- das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27.01.1999 sowie das Zusatzprotokoll zu diesem Übereinkommen
- das UN-Übereinkommen gegen Korruption aus 2003.

Darüber hinaus hat die EU folgende Instrumente zur Bekämpfung der Korruption geschaffen:

- das EU-Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU vom 26.07.1995
- das EU-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EU oder der Mitgliedstaaten beteiligt sind, vom 26.06.1997
- der Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor vom 22.07.2003.

In grundsätzlicher Hinsicht ist zwischen Korruption im öffentlichen Sektor und Korruption im privaten Sektor zu unterscheiden. Die nachfolgend aufgelisteten Delikte sind im *öffentlichen Sektor* insbesondere von Relevanz:

- Missbrauch der Amtsgewalt – § 302 Strafgesetzbuch (StGB)

1) Klenk, Eine Hand hält die andere, in *Kreutner* (Hg), *The Corruption on Monster*, Wien 2006, 191 ff.

2) BGBl I 2007/109.

3) Vgl. Materialien 285 der Beilagen XXIII. GP, 3.

- Geschenkkannahme durch Amtsträger und Schiedsrichter – § 304 StGB
- Abgeordnetenbestechung – § 304a StGB
- Geschenkkannahme durch Sachverständige, Mitarbeiter und sachverständige Berater § 306, 306a StGB
- Bestechung – § 307 StGB
- Verbotene Intervention – § 308 StGB

Im *privaten Sektor*, der durch die Novellierung durch das StRÄG 2008 wesentliche Neuerungen erfahren hat, sind vor allem folgende Straftatbestände zu beachten:

- Untreue § 153 StGB
- Geschenkkannahme durch Machthaber – § 153a
- Wettbewerbsbeschränkende Absprachen in Vergabeverfahren – § 168b StGB
- Geschenkkannahme durch Bedienstete und Beauftragte – § 168c StGB
- Bestechung von Bediensteten und Beauftragten – § 168d StGB

Die Verurteilungsstatistik für das Jahr 2006⁴ wirft, wenn man die Verhältnisse in Österreich kennt, in nachhaltiger Weise die Frage nach Dunkelziffern und einer wohl lasziven Verfolgungskultur auf. Nach Ansicht des Autors spiegeln diese Zahlen die tatsächlichen österreichischen Verhältnisse nicht wieder.

Im Jahr 2006 gab es folgende Verurteilungen:

§ 302 StGB:.....	82 Personen
§ 304 StGB:.....	5 Personen
davon	
§ 304 Abs 1 StGB:..	4 Personen
§ 307 StGB:.....	1 Person
§ 308 StGB:.....	1 Person
§ 310 StGB:.....	3 Personen

Kaum jemand wird ernsthaft glauben, dass es in diesem Land, in dem derart viele Beamte tätig sind und das über einen so großen Verwaltungsapparat verfügt, derart wenige Amtsmissbräuche oder gar Verletzungen des Amtsgeheimnisses begangen wurden. Auch und gerade die Verurteilungen wegen Bestechung und Geschenkkannahme sind wohl eher ein Treppenwitz der österreichischen Strafrechtspflege als eine aussagekräftige Kennzahl. ME hat daher die durchaus bewusst gewählte provokante These, dass es auch deswegen zu so wenigen Verurteilungen gekommen ist, da die

Verfolgungskultur sehr lasziv erscheint, ihre Berechtigung.

Das Bild des österreichischen Beamten ist in breiten Teilen der Öffentlichkeit oft dergestalt, dass es als „normal und korrekt“ gilt, wenn man sich Beamte „warmhält“. In diesem Zusammenhang ist die Überlegung „Wen kennst du denn dort?“ oder „Wer hat dir denn da weitergeholfen?“ immer wieder zu hören. Es stößt eine derartige Erwartungshaltung wohl nicht nur gelegentlich auf eine gewisse Gegenliebe auf Seiten einzelner Beamter. Diese könnte eventuell mit folgendem Ausspruch auf den Punkt gebracht werden: „Wenn Sie es sich mit mir verscherzen, dann können Sie ihr Anliegen gleich wieder vergessen.“ Es könnte so sein, dass solche wechselseitigen Erwartungshaltungen einen Filz darstellen, der im österreichischen Verwaltungsapparat weit verbreitet ist und so eben auch bei den Verfolgungsbehörden Eingang gefunden hat.

Empirische Erhebungen, die Licht ins Dunkel der einschlägigen Verwaltungsübung im österreichischen Bundesgebiet werfen könnten, gibt es nicht. Der offiziell gepflegte Habitus ist bestens bekannt: Korruption – nicht bei uns, wir sind ja nicht in Italien! Es wäre daher aus Sicht des Autors überaus wünschenswert, Korruption zum Gegenstand empirischer bzw. kriminologischer Forschung werden zu lassen.

Die oben gemachten Ausführungen verdichten sich, wenn man etwa den Bericht der Tageszeitung Die PRESSE vom 29./30.10.2005⁵ liest. Das UN-Programm oil for food hatte das gegen den Irak in Kraft gesetzte Handelsembargo dahingehend aufgehoben, dass einzelnen Unternehmen gestattet wurde, bestimmte Waren in den Irak zu liefern und sich hierfür quasi in Öl bezahlen zu lassen. Ein interner UN-Bericht hatte ergeben, dass in diesem Zusammenhang von einer Vielzahl von internationalen, überaus renommierten Unternehmen Schmiergeldzahlungen geleistet worden waren. Unter diesen Unternehmen befanden sich auch 37 österreichische Firmen. Bis dato ist dem Autor nicht bekannt, dass auch nur einer der für diese Unternehmen tätigen Mitarbeiter sich jemals vor einem österreichischen Gericht verantworten musste.

2.2. Korruption – Wesen, neue Le aldefinitionen, Geschenkkannahme und Bestechung

Was sind nun die Wesenselemente bzw. die besonderen Merkmale und Voraussetzungen von Korruption im engeren Sinn? Das zentrale Strukturelement von Korruption an sich ist eine *Vorteilszuwendung*. Dieser Vorteil kann in Geld oder in einer körperlichen Sache bestehen bzw. einen sonstigen Vermögenswert haben.⁶ Hierunter fallen also Barzahlungen wie Überweisungen, Einladungen zu Urlaubsreisen oder Jagdpartien oder aber auch Vorteile immaterieller Natur, wie etwa die Verschaffung einer Auszeichnung, die Unterstützung bei einer Bewerbung (das sog. Vitamin B) uam. Zu unterscheiden ist die aktive Vorteilszuwendung, also die Bestechung (unter Strafe gestellt in § 307 StGB), von der passiven Vorteilszuwendung, der Geschenkkannahme, geregelt in § 304 StGB.

Quasi das Um und Auf für die Korruptions-Tatbestände ist die vom Gesetz verlangte Konnexität – der Zusammenhang – zwischen der Geschenkkannahme und der vom bestochenen Täter gesetzten Handlung/Unterlassung, also der Amtsführung im öffentlichen Bereich einerseits bzw. der pflichtwidrigen Rechtshandlung / Befugnisausübung im privaten Bereich andererseits.

Der Bereich des sog. „Anfütterns“ im öffentlichen Bereich (wohlgemerkt: nicht im privaten Bereich) wurde nunmehr im Abs 2 des § 304 StGB unter Strafe gestellt. Im Unterschied zur „klassischen“ Bestechung iSd §§ 304 Abs 1, 307 Abs 1 StGB ist für eine Strafbarkeit nach Abs 2 eben kein spezifischer Zusammenhang mit einer oder mehreren bestimmten Amtshandlungen notwendig; das Gesetz bedient sich dabei regelungstechnisch der neuen Formulierung „im Hinblick auf die Amtsführung“. Der Gesetzgeber hat aber nicht die Annahme aller Vorteilszuwendungen schlechthin unter Strafe gestellt. *Geringfügige Geschenke* sollen von der Strafbarkeit ausgenommen sein. Auf die diesbezüglichen Grenzen werde ich später noch näher eingehen.

Im Bereich der öffentlichen Korruption beinhaltet die Novellierung insbe-

4) Gerichtliche Kriminalstatistik, 5) Vgl Bastaroli ua, Die Presse vom 6) Bertel, WK2 § 304 Rz 5. hrsg von Statistik Austria, Wien 29./30.10.2005, 1. 2007, 66 f.

sondere die Schaffung neuer Legaldefinitionen und – wie bereits skizziert – eine massive Erweiterung und auch Verschärfung der §§ 304 und 307 StGB (sowie die Einführung des Tatbestandes der Abgeordnetenbestechung). Zweck dieser Novelle war es – kurz gesagt –, eine einfachere Handhabung der Bestimmungen und damit eine effizientere Bekämpfung der Korruptionskriminalität gewährleisten zu können.

2.2.1. Korruption im öffentlichen Sektor

Der Begriff des „Beamten“ nach § 74 Abs 1 Z 4 StGB hat durch das StRÄG 2008 keine Änderung erfahren. Er bleibt in seinem Bedeutungsinhalt unverändert und kommt weiterhin sowohl bei den Amtsdelikten und den übrigen die Beamten betreffenden Delikte des StGB zur Anwendung.

Völlig neu ist hingegen der Begriff des „Amtsträgers“ im § 74 Abs 1 Z 4 lit a StGB, der als eine Art Sammelbegriff für die Bestechungsdelikte eingeführt wurde. Unter einem Amtsträger iSd § 74 Abs 1 Z 4a StGB ist „jeder, der für Österreich, für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation ein Amt in der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz innehat oder sonst mit öffentlichen Aufgaben, einschließlich in öffentlichen Unternehmen betraut ist, mit Ausnahme von Mitgliedern inländischer verfassungsmäßiger Vertretungskörper“ zu verstehen.

Ausgenommen sind die Mitglieder inländischer verfassungsmäßiger Vertretungskörper, da deren Einbeziehung dem Parlament überlassen wurde (s § 304a StGB).

Als öffentliche Unternehmen gilt nach der Legaldefinition des § 306a Abs 3 StGB jedes Unternehmen, das von einer oder mehreren Gebietskörperschaften selbst betrieben wird oder an dem eine oder mehrere Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt sind, jedenfalls aber jedes Unternehmen, dessen Gebarung der Überprüfung durch den Rechnungshof unterliegt. Beispiele sind hier etwa: die ÖIAG; die ASFINAG, die ÖNB; weiters der ORF, die ÖBB, die SozialversicherungsträgerInnen, die AUA, die Post AG.

Nach einer öffentlichen Diskussion wurde durch den einen Erlass des BMJ⁷ klargestellt, dass auch Bedienstete bzw Funktionäre der *Wirtschaftskammerorganisationen* von § 74 Abs 1 Z 4 lit a StGB erfasst sind.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass eine Person, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben betraut ist, Amtsträger ist ohne Rücksicht auf die rechtliche Organisationsform der Einrichtung für die sie tätig ist, also auch dann, wenn die mit der öffentlichen Aufgabe betraute Einrichtung rein privatrechtlich organisiert ist.

Der Begriff „Schiedsrichter“ wurde in Umsetzung des Zusatzprotokolls zum ER-Strafrechtsübereinkommen gegen Korruption in den Definitionenkatalog des § 74 StGB und korrespondierend in den § 304 Abs 1, 307 Abs 1 und 308 Abs 1 StGB aufgenommen. Unter Schiedsrichter sind Personen zu verstehen, die aufgrund einer Schiedsvereinbarung zur rechtlichen bindenden Entscheidung über eine ihnen von den Parteien vorgelegten Streitigkeit berufen sind.

Nach Ansicht des Autors ist auch die Einführung des Begriffes „Schiedsrichter“ zu begrüßen, da die Bedeutung von Schiedsrichtern insbesondere in grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Streitigkeiten in den vergangenen Jahren massiv zugenommen hat.

Der seit 1.1.2008 in Kraft stehende Tatbestand der „Geschenkannahme durch Amtsträger oder Schiedsrichter“ hat eine wesentliche inhaltliche Änderung erfahren: Es wird nicht mehr – wie es nach der alten Rechtslage der Fall war – zwischen Bestechlichkeit in Bezug auf pflichtwidriges und pflichtgemäßes Handeln oder Unterlassen unterschieden. Nunmehr liegt Strafbarkeit immer dann vor, wenn der zugewendete Vorteil und die Handlung/Unterlassung des Täters im Zusammenhang mit seiner Amtsführung steht. Im Zusammenhang mit der Amtsführung“ des Täters iSd § 304 Abs 1 StGB stehen alle Handlungen und Unterlassungen, durch die der Täter spezifische Amts- oder Dienstpflichten erfüllt oder verletzt. Die Handlung kann ein Hoheitsakt, ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, die Vorbereitung des einen oder des anderen oder ein anderes Amtsgeschäft sein.

Die Strafbarkeit nach § 304 Abs 1 StGB wird also bereits dann ausgelöst, wenn ein konkreter Konnex, oder wie es die Gesetzesmaterialien bzw der Erlass des BMJ nennen, *eine intentionale Beziehung zwischen der Bestechungstat und einem konkreten Handeln oder Unterlassen* besteht.

Jede Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes, die – gegen Gewährung eines Vorteiles – aus anderen als rechtlichen oder sachlichen Erwägungen – etwa aus Gründen des Wohlwollens oder der Gunst/Ungunst gegenüber einer Partei – vorgenommen wird, fällt unter § 304 Abs 1 StGB!

Hinsichtlich der Amtsführung iSd Abs 1 sieht das Gesetz keine Ausnahmen wegen Sozialüblichkeit oder geringen Wertes des Vorteiles mehr vor. Vielmehr – so die Materialien⁸ – „*sollte es ... üblich sein, selbst geringfügige Vorteile für ein konkretes Handeln oder Unterlassen nicht nur nicht zu fordern, sondern, soweit angeboten, zurückzuweisen.*“

Demgegenüber erfasst § 304 Abs 2 StGB – wie bereits kurz angesprochen – die Geschenkannahme *im Hinblick auf die Amtsführung*, also das gezielte „Anfüttern“. Angemerkt sei, dass eine Strafbarkeit des „Anfütterns“ im privaten Bereich nicht normiert wurde. Ein unmittelbarer Zusammenhang zu einem konkreten Amtsgeschäft wird beim „Anfüttern“ nicht verlangt, zur Tatbestandsmäßigkeit reicht es aus, wenn Zuwendungen dazu dienen, Amtsträger ganz allgemein bzw „für alle Fälle“ gewogen zu stimmen.

Nach der alten Rechtslage war die vorsorgliche Gewährung von Vorteilen für den Fall, dass der Beamte irgendwann einmal für den Vorteilsgeber tätig werde könnte, nicht strafbar. Eine Anpassung an die Rechtslage in anderen europäischen Ländern, wie etwa Deutschland oder die Schweiz, ist unverkennbar.

Die Gesetzesmaterialien sprechen den Fall an, dass einem Amtsträger ein Vorteil gegeben wird, um ihn „für alle Fälle gewogen zu stimmen.“⁹ Der Vorteil wird dem Täter im Hinblick auf seine Amtsführung gegeben, wenn absehbar ist, dass er in Zukunft (wieder) Angelegenheiten, an denen der Vorteilsgeber interessiert ist, bearbeiten wird.

Die Gewährung des Vorteils kann daneben auch andere Gründe haben. Der

7) Erlass 04.07.2008 zum Straf- Korruptionsstrafrecht BMJ-rechtsänderungsgesetz 2008 – L318.025/0014-II 1/2008.

8) Vgl Materialien 285 der Beilage XXIII, GP, 12.

9) EBRV zum StRÄG 2008, 285 BlgNR 23, GP 13.

Vorteil kann auch ein Ausdruck der Dankbarkeit für die bisherige Amtsführung des Täters sein. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist mannigfaltig. Etwa wenn ein Täter den Vorteilsgeber regelmäßig oder doch häufig bevorzugt, oder aber auch schlicht nicht benachteiligt und nicht schikaniert, seine Funktion also gerecht und fair ausübt. Angesprochen sind eben genau jene Vorteile, die Sympathie bei einem Amtsträger bewirken sollen. Ebenso umfasst sind auch Geschenke, die aus persönlicher Freundschaft gegeben werden. Auch derartige Geschenke werden zumindest tw „im Hinblick auf die Amtsführung“ gegeben.

Als Täter nach § 304 Abs 2 StGB kommen im Unterschied zu Abs 1 leg cit nicht schlechthin alle Amtsträger oder Schiedsrichter, sondern nur österreichische Amtsträger oder Schiedsrichter, Amtsträger oder Schiedsrichter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Gemeinschaftsbeamte in Betracht.

Amtsträger aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten sowie internationale Funktionäre außerhalb des Kreises der Gemeinschaftsbeamten sind von § 304 Abs 2 StGB ebenso nicht umfasst wie Schiedsrichter an Schiedsgerichten mit Sitz außerhalb der EU.

Zur subjektiven Tatseite der verbotenen Geschenkkannahme bleibt zu erwähnen, dass es zum Zeitpunkt der „Annahme“ prinzipiell unerheblich ist, welcher Verwendung der erlangte Vorteil nach dem Willen des Amtsträgers zugeführt werden soll. Dennoch liegt eine „Annahme“ iSd § 304 StGB dann nicht vor, wenn die Gewahrsamsbegründung mit Rückstellungsabsicht an den Geschenkgeber oder Abführungsabsicht an die Behörde erfolgt.

Das „Anfüttern“ ist gemäß § 304 Abs 4 StGB dann *nicht* strafbar, wenn der Täter – außer im Fall der Gewerbsmäßigkeit (iSd § 70 StGB) – bloß einen geringfügigen Vorteil *annimmt* oder *sich versprechen* lässt. Nach hRspr gilt zwar der Zusammenrechnungsgrundsatz des § 29 StGB weder für § 304 StGB noch für § 307 StGB, werden jedoch mehrere Vorteile „aus demselben Anlass“ (von demselben Geschenkgeber) gewährt, so ist für die Ermittlung des vermittelten Vorteils von deren Gesamtwert auszugehen.¹⁰

Was ist nun konkret unter einem „geringfügigen Vorteil zu verstehen“? In länger zurückliegenden Entscheidungen setzte der OGH diese Grenze bei ATS 1.000,- an.¹¹ In der Lehre wird demgegenüber die Ansicht vertreten, dass die Geringfügigkeitsgrenze bei € 300,- liegen würde.¹²

Im Zuge der Reformdiskussion und Einführung der Strafbarkeit für das „Anfüttern“ fand eine heftige öffentliche Diskussion statt. Grundtenor war dabei die massive Verunsicherung insbesondere von Sponsoren und Veranstaltern.

Wohl auch auf Grund dieser öffentlichen Diskussion sah sich das BMJ in einem Erlass vom 14.07.2008 veranlasst, ausdrücklich darzulegen, dass die Obergrenze des geringfügigen Vorteils unter Einbeziehung der aktuellen Judikatur des OGH¹³ bei etwa € 100,- liegt.

§ 307 StGB regelt korrespondierend zu § 304 StGB die *aktive Bestechung*. Der Tatbestand nach § 307 Abs 1 Z 1 StGB wurde auf sämtliche Amtsträger und Schiedsrichter ausgeweitet, die Strafdrohung auf drei Jahre angehoben.

Nach § 307 Abs 2 StGB ist es verboten, österreichischen Amtsträgern oder Schiedsrichtern, Amtsträgern oder Schiedsrichtern der Europäischen Union oder Gemeinschaftsbeamten *im Hinblick auf deren Amtsführung* einen nicht bloß geringfügigen Vorteil anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren. Wesentlich ist hierbei, dass es bei der Bestechung iSd § 307 Abs 1 StGB keine Geringfügigkeitsgrenze gibt.

Durch § 307 Abs 2 StGB wird der aktive Part der Begehungsform des „Anfütterns“ nach § 304 Abs 2 StGB erfasst. Hier ist aber wiederum darauf zu achten, dass die Geringfügigkeitsgrenze gilt. Das so genannte aktive „Anfüttern“ ist mit einer sechsmonatigen Freiheitsstrafe bedroht.

In der Praxis führte diese Verschärfung zu einem hellen Aufschrei. Insbesondere zeigte sich dies bei den beiden Großereignissen im vergangenen Sommer. Die Veranstalter der EURO 2008 und der Salzburger Festspiele machten ihren Unmut über diese neuen Bestimmungen laut kund. Es wurde vorgebracht, dass sich zahlreiche Sponsoren nicht getrauen würden die für sie reservierten Karten

abzuholen, da sie schlicht Angst davor hätten, „in das Kriminalabzurutschen“.

Auf Grund der dargelegten, differenziert zu betrachteten Tatbestandsvoraussetzungen bei Amtsträgern (im Zusammenhang mit der Amtsführung vs im Hinblick auf die Amtsführung) und den teils heftigen Diskussionen, die diese Novellierung in Kultur- und Wirtschaftskreisen zu Folge hatte, sah sich das BMJ veranlasst einen Erlass¹⁴ herauszugeben, in welchem auf zahlreiche Einzelfragen eingegangen wurde:

Essenseinladungen: Diese sollen im Hinblick auf das Pflegen freundschaftlicher Kontakte, die in der Regel auch unter dem Aspekt der Gegenseitigkeit stattfinden, insoweit zulässig sein.

Jedenfalls *unzulässig* werden jedoch jene Essenseinladungen sein, bei denen ein Konnex zu einer konkreten Handlung oder Unterlassung des Amtsträgers hergestellt werden kann bzw. offensichtlich ist, dass der Vorteilsgeber versucht, Einfluss auf eine solche zu nehmen. Beispielhaft werden seitens des BMJ etwa „Prüfbereiche“ der Verwaltung (Betriebsprüfung oder Arbeitsinspektion) angeführt.

Soweit das Annehmen und das Geben von Einladungen zu den Dienstpflichten des Bediensteten gehört, ist die Teilnahme an gesellschaftlichen Veranstaltungen und an Essenseinladungen jedenfalls zulässig.

Falls das Austauschen von Gastgeschenken zu den Repräsentationsaufgaben eines Politikers gehört, ist keine strafrechtliche Relevanz gegeben. Dabei sind im zwischenstaatlichen Verkehr insbesondere die internationalen Gepflogenheiten und Usancen zu berücksichtigen.

Allgemein hält das BMJ fest, dass bei Handlungen des Amtsträgers, die der Repräsentation dienen (zB Teilnahme an diversen Veranstaltungen), danach zu differenzieren sein wird, ob die Handlungen in den Aufgabenbereich des Amtsträgers fallen. Dabei ist immer auf das Verhältnis von Veranstaltungszweck und dienstlicher Funktion abzustellen. So wird beispielsweise die Einladung eines hochrangigen Beamten der Sportsektion zu einer Sportveranstaltung zu dessen Aufgabenbereich gehören, der Tatbestand der Geschenkkannahme wäre dadurch nicht erfüllt.

10) Vgl 14 Os 87/90 = EvBl 11) EvBl 1991/33. 1991/33; 12 Os 45/04.

12) Bertel, WK² § 304 Rz 29. 13) 11 Os 140/04.

14) S FN 7.

2.2.2. Korruption im privaten Sektor
Nach der alten Rechtslage war die Bestechung im privaten Sektor lediglich nach § 10 UWG, einem Privatanklagedelikt, strafbar. Diese Bestimmung hatte in der Praxis aber annähernd keine Bedeutung, es gab bisher nicht eine einzige strafgerichtliche Verurteilung nach § 10 UWG. Im Bereich der privaten Bestechung wurde mit dem StRÄG 2008 die erwähnte Verschärfung in den §§ 168 c und d StGB umgesetzt.

§ 168c StGB stellt die *passive Bestechung im privaten Bereich* unter Strafe und ist der korrespondierenden Bestimmung des § 304 StGB nachgebildet. Demnach macht sich strafbar, wer als Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung im geschäftlichen Verkehr von einem anderen für sich oder einem Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt. Die Strafdrohung beträgt in Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zwei Jahren.

Spiegelbildlich dazu normiert § 168d StGB die *aktive Bestechung im privaten Bereich*. Wer einem Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung für ihn oder einen Dritten einen nicht bloß geringfügigen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Die Tathandlung iSd Bestimmungen liegt stets in einer pflichtwidrigen Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung, dh dass der Tatbestand nur auf jene Handlungen abzielt, die rechtlich relevant sind, nicht aber auf rein faktische Tätigkeiten.

Beiden Bestimmungen wohnt auch hier wieder – wie bei § 304 Abs 2 StGB – die Geringfügigkeitsgrenze inne. Die Annahme oder das Sich-Versprechen lassen eines lediglich geringfügigen Vorteiles ist also – außer bei Gewerbsmäßigkeit – nicht zu bestrafen (§ 168c Abs 3 StGB). Wie bereits erwähnt wurde diese durch den Erlass des BMJ vom 14.07.2008 bei € 100,00 festgemacht.

Nach § 168e StGB sind sowohl die passive als auch aktive Bestechung im privaten Sektor als Privatanklagedelikte konzipiert. Lediglich bei Verwirklichung des qualifizierten Vergehens nach § 168c Abs 2 StGB (der Wert des Vor-

teils übersteigt € 5.000) liegt ein Offizialdelikt vor.

3. Korruption und Unternehmensstrafrecht

3.1. Grundsätzliches

Seit dem 01.01.2006 gilt der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ nicht mehr ausnahmslos. Auf Grund des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) haften nunmehr auch Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen strafrechtlich.

Juristische Personen, nach der Terminologie des VbVG Verbände, haben grundsätzlich für sämtliche Delikte des StGB und der Nebengesetze, gleichgültig ob sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurden, auch für den bloßen Versuch, strafrechtlich einzustehen.

Diese strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit setzt voraus, dass eine Anlasstat zu Gunsten des Verbandes begangen oder durch die Anlasstat eine Verbandspflicht verletzt wurde (§ 3 Abs 1 Z 1 und 2 VbVG). Die Tat selbst muss entweder von einem Entscheidungsträger oder einem Mitarbeiter des Verbandes begangen worden sein.

Während bei einer Tatbegehung durch einen Entscheidungsträger die Verantwortlichkeit des Verbandes direkt und rasch zum Tragen kommt, wenn der Entscheidungsträger die Tat in seiner Leitungsfunktion begangen hat, erfolgt die Zurechnung der von einem Mitarbeiter begangenen Straftat etwas eingeschränkter. In dieser Fallkonstellation des VbVG ist das sog. Organisationsverschulden angesprochen. Der Kern des den Verband treffenden Vorwurfs wird nicht darin gesehen, dass ein für ihn Tätiger die Tat begangen hat, sondern darin, dass der Verband die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen hat, insbesondere Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen hat.

Entscheidungsträger sind im Wesentlichen Personen der Führungsebene (GF, VS, Prokuristen, AR, etc). Überdies auch jeder, der sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt (§ 2 Abs 1 Z 3 VbVG). *Mitarbeiter* iSd VbVG ist kurz gesagt jeder der in einem Arbeitsverhältnis zum Verband steht.

Eine Verantwortung des Verbandes für eine Straftat eines Mitarbeiters setzt

zum einen voraus, dass dieser Mitarbeiter rechtswidrig gehandelt hat (§ 3 Abs 3 Z 1 VbVG). Hinsichtlich der inneren Tatseite ist zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten zu unterscheiden. Im Falle, dass der Mitarbeiter eine Straftat, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, verwirklicht, ist der Verband nur verantwortlich, wenn der Mitarbeiter auch tatsächlich vorsätzlich gehandelt hat. Um den Verband für ein Fahrlässigkeitsdelikt verantwortlich zu machen, ist die Verwirklichung des Tatbestandes durch den Mitarbeiter und die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens für eine Zurechnung des Verbandes ausreichend.

Zum anderen ist es notwendig, dass der Verband die Straftat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert hat, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Straftaten unterlassen haben (§ 3 Abs 3 Z 2 VbVG). Ein etwaiges Verschulden des Mitarbeiters ist aber nicht notwendig.

§ 4 VbVG sieht vor, dass im Fall der Verantwortlichkeit eines Verbandes für eine Straftat über den Verband eine Verbandsgeldbuße zu verhängen ist. Diese beträgt maximal € 1,8 Mio.

Aus weiteren speziellen Regelungen wie dem vorgesehenen staatsanwaltlichen Verfolgungsermessen, einer sehr weitgehenden Diversionsregelung, einem großen Anwendungsbereich für teilbedingte Strafnachsichten und alle möglichen Weisungen ergibt sich, dass Präventivmaßnahmen eine überragende Bedeutung für Verbände haben. Das VbVG ist in seiner Grundkonzeption primär auf Vorbeugungsmaßnahmen zur Vermeidung von Straftaten ausgerichtet. Es ist daher immens wichtig, dass in den Verbänden selbst rechtzeitig Maßnahmen ergriffen werden, um eine Verbandsverantwortlichkeit auszuschließen. Hierbei ist vor allem an Compliance-Programme und ein funktionierendes Risikomanagement zu denken. Es ist notwendig, dass sich die Verantwortlichen darüber im Klaren sind, welche Rechtsvorschriften zu beachten sind, dass ihre Mitarbeiter regelmäßig über diese Vorschriften informiert werden, dass interne Überwachungs- und Kontrollsysteme die gesetzestreue Einhaltung der firmeninternen Abläufe si-

cherstellen und dass insbesondere das Problembewusstsein in den Unternehmen stets gefördert wird.

Hieraus entwickelt sich ein wesentliches neues Praxisfeld auch und vor allem für beratende Berufe.

3.2. Präventions(-beratung)

Der Autor hatte in letzter Zeit mit zwei renommierten international tätigen österreichischen Großunternehmen im Rahmen der Präventionsberatung zusammengearbeitet. Zum einen war er für ein Unternehmen tätig, das bedeutende Geschäftsabwicklungen in Osteuropa und in Ostasien durchführte bzw. durchführt. Im Zuge eines dieser Geschäfte wurde gegen einen Mitarbeiter der Verdacht der Untreue, Urkundenfälschung, etc. erhoben. Das Hauptaugenmerk des Unternehmens lag hier, neben der Klärung der strafrechtlichen Vorwürfe gegen den Mitarbeiter, vor allem darin, im Unternehmen selbst eine Sensibilität für die für alle Mitarbeiter strafrechtlich relevanten Normen zu entwickeln. Wer darf wann was und vor allem was nicht?

In zahlreichen Besprechungen und Diskussionen wurde damals der status quo erhoben und erörtert, kritisch gewürdigt und in Folge dessen ein über 50 Seiten starkes Anti-Korruption Compliance Manual erstellt. In diesem wurde eingehend die Rechtslage und die gebotenen Verhaltensweisen geschildert. Zudem wurde auch eine Schulung leitender Mitarbeiter durchgeführt, bei welcher zahlreiche Alltagsproblemstellungen diskutiert wurden.

Ohne einen konkreten Anlassfall trat – zum anderen – der neu gewählte Vorstand eines internationalen Unterneh-

mens an den Autor heran und ersuchte um eine Präventionsberatung in Sachen Korruption mit dem Fokus auf das neue Unternehmensstrafrecht.

4. Aktuelle Entwicklungen

4.1. Korruptionsstaatsanwaltschaft und/oder BIA

Wie ineffektiv materielles Strafrecht sein kann, sieht man gerade im Bereich des Korruptionsstrafrechts sehr gut. Daher ist die Einrichtung einer Korruptionsstaatsanwaltschaft mit 01.01.2009 aus Sicht des Autors sehr zu begrüßen.

Hingegen zählt der Autor zu den vehementen Kritikern des Büros für Interne Angelegenheiten (BIA) im Grundsätzlichen. Das BIA als eine speziell ausgebildete, auf die Bekämpfung von Amtsdelikten und Korruption fokussierte Polizeieinheit ist nach Ansicht des Autors rechtsstaatlich unerträglich, da sie nicht unabhängig und als Dienststelle des Innenministeriums eingerichtet ist. Aus diesem Grund trat und tritt der Autor für die Auflösung des BIA unter gleichzeitiger Aufrüstung der neuen Korruptionsstaatsanwaltschaft durch eine ihr unterstellte spezielle Ermittlungsgruppe ein.¹⁵

4.2. Kronzeugenregelung(en)

Seit dem Ende der 90er Jahre existiert im StGB eine Kleine Kronzeugenregelung, die eine Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden bei bestimmten Delikten mit einer außerordentlichen Strafmilderung honoriert. Seit kurzer Zeit gibt es nunmehr auch eine Große Kronzeugenregelung im Kartellrecht. Es gibt hier auch einen ersten Anwendungsfall.

Gemäß einer Entschliebung des Parlaments vom vergangenen Jahr¹⁶ liegt seit wenigen Wochen der Bericht der Frau Bundesministerin für Justiz über die „Evaluierung der Kronzeugenregelung“ vor,¹⁷ wonach ein gänzliches Absehen von der Verfolgung nach Abschluss einer Vereinbarung mit der Staatsanwaltschaft im Sinne eines Verfolgungshindernisses nicht angestrebt wird.

Entgegen dieser Ansicht und etwa der Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK),¹⁸ die sich gegen eine Große Kronzeugenregelung im Strafrecht ausspricht, ist der Autor selbst für die – allerdings nur befristete – Einführung einer solchen bei bestimmten Delikten. Warum?

Generiert durch seine anwaltlichen Erfahrungen und sehr persönlichen Einschätzungen von Entwicklungen im Verwaltungsapparat meint er, dass man die derzeitige Stimmung nutzen sollte, und all jenen Beamten, die Missstände jahrelang miterleben mussten und auf Grund der Übermacht des Apparats vielleicht auch an strafrechtlich relevanten Vorgängen mitgewirkt haben, die Möglichkeit bieten sollte, gegen Aufdeckung dieser Fakten Straffreiheit zugebilligt zu erhalten.¹⁹ Der Autor ist der Überzeugung, dass Korruption im staatlichen Machtapparat nicht durch einzelne allein aufgebrochen werden kann.

RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer lehrt Strafrecht an der Universität Graz und ist Rechtsanwalt in Wien; Rechtsanwaltsbüro Soyer Embacher. soyer@anwaltsbuero.at

15) Vgl. Soyer, *Kriminal Politik* (2006), 52f.
16) 331 der Beilagen XXIII. GP, AB NR.

17) III-165 der Beilagen XXIII. GP.
18) Ergänzende Stellungnahme heimische Omertà, *Der Standard* des ÖRAK vom 5.11.2007, ZI 13/1 vom 13.2.2008, 42, 07/165.

19) Vgl. Soyer, *Kronzeugen gegen heimische Omertà*, *Der Standard* vom 13.2.2008, 42.

In Trans/Formation

Geschlechtswechsel zwischen staatlicher Kontrolle und rechtsfreiem Raum*

Elisabeth Greif

1. Einleitung

„Die österreichische Rechtsordnung (...) und das soziale Leben gehen von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist.“¹ Was so banal und selbstverständlich klingt – die Ethnomethodologie spricht hier vom „Alltagswissen von der Zweigeschlechtlichkeit“ und ergänzt die Basisannahme der Dichotomizität noch um die Prämissen der Naturhaftigkeit und Konstanz der Geschlechtszugehörigkeit² – wirft Fragen auf, sobald eine oder mehrere dieser Grundannahmen erschüttert werden. So zum Beispiel durch Menschen, die medizinische Behandlungen in Anspruch nehmen, um ihren Körper ihrem Gefühlsgeschlecht anzugleichen. Die Medizin kennt dieses Phänomen unter dem Namen Transsexualität und bezeichnet damit den „Wunsch, als Angehöriger des anderen Geschlechts zu leben und anerkannt zu werden. Dieser geht meist mit Unbehagen oder dem Gefühl der Nichtzugehörigkeit zum eigenen anatomischen Geschlecht einher. Es besteht der Wunsch nach chirurgischer und hormoneller Behandlung, um den eigenen Körper dem bevorzugten Geschlecht soweit wie möglich anzugleichen.“³ Umgekehrt können Transsexuelle von den Alltagsvorstellungen über

das Geschlecht profitieren. Etwa dann, wenn aus ihrer Sicht unbeabsichtigte Hinweise auf ihre frühere Geschlechtszugehörigkeit von GesprächspartnerInnen überhört oder weginterpretiert werden, damit der Glaube an die Beständigkeit des Geschlechts nicht ins Wanken gerät.

Nicht nur in zwischenmenschlichen Beziehungen spielen die Basisannahmen der Naturhaftigkeit, Dichotomizität und Konstanz des Geschlechts eine eminente Rolle, auch die österreichische Rechtsordnung zeigt sich in entscheidender Weise von diesen Vorstellungen geprägt. Sie hat für die rechtliche Anerkennung eines „Geschlechtswechsels“ eine Herangehensweise gewählt, die weder die beschriebenen Basisannahmen noch grundlegende Rechtsprinzipien in Frage stellt.⁴ Verdeckt wird dadurch, dass die rechtliche Zuweisung von Menschen zu einem bestimmten Geschlecht als Teil jenes Produktionsapparates fungiert, der das körperliche Geschlecht (mit-)konstruiert, indem er festlegt, welche Körper als „weiblich“ oder als „männlich“ gelten können.⁵

2. Historischer Rückblick

Die Geschlechtszugehörigkeit einer Person stellt zwar nach Ansicht der österreichischen Rechtsprechung kei-

ne Angelegenheit des höchstpersönlichen Lebensbereichs dar,⁶ welchem Geschlecht Transsexuelle nach geschlechtsanpassenden Eingriffen zuzuordnen sind, hat bislang aber noch keine gesetzliche Regelung gefunden. Auch andere Problemfelder aus dem Themenkomplex Transsexualität wurden von Gesetzgebung und Rechtslehre höchst defensiv behandelt. Erst im Anschluss an die Aufnahme der Diagnose Transsexualität in den Krankheitskatalog der *American Psychiatric Association* im Jahr 1980 konnte man sich dazu durchringen, chirurgische Eingriffe zur Geschlechtsanpassung nicht länger als sittenwidrig einzustufen. Zu diesem Zeitpunkt wurden Geschlechtsumwandlungen in den Vereinigten Staaten und einigen europäischen Ländern bereits seit fast 30 Jahren durchgeführt. Als schon tatbestandsmäßig keine Körperverletzung darstellende Heilbehandlung betrachtete man geschlechtsanpassende Operationen in Österreich zwar nicht, gem § 90 Abs 1 StGB sollte aber bei Einwilligung der betroffenen Person die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ausgeschlossen sein. Noch 1997 verwies *Kienapfel* darauf, dass „die mit einem solchen Eingriff intendierte Änderung der Gesamtpersönlichkeit ... die einer Heilbehandlung gezogenen Grenzen (sprengt)“⁷. Erst die Einführung eines Abs 3 in § 90 StGB durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2001⁸ brachte schließlich die Klarstellung mit sich, dass medizinisch indizierte genitalanpassende Eingriffe bei Transsexuellen und Intersexuellen Heilbehandlungen darstellen. Diese neu eingeführte Bestimmung schließt die Einwilligung in eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, aus und dient der Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung. Durch eine Heilbehandlung ist der Tatbestand hingegen nicht erfüllt.

* Der Titel des Beitrags entstammt einem Vortrag vor dem Graduiertenkolleg „Öffentlichkeiten und Geschlechterverhältnisse. Dimensionen von Erfahrung“ (Frankfurt/Kassel) an der Universität Kassel im April 2008. Die Autorin dankt Michaela Harrerschütt, Jasmine Senk und Andreas Hölzl für wertvolle Anregungen.

1) VwGH 30.9.1997, 95/01/0061.
2) Grundlegend dazu *Garfinkel*, *Studies in Ethnomethodology* (1967) 122ff; *Kessler/McKenna*, *Gender – An Ethnomethodological Approach* (1985) 21ff.
3) International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10), [\[diagnosen/icd10/htmlgm2009/block-f60-f69.htm\]\(http://diagnosen/icd10/htmlgm2009/block-f60-f69.htm\) \[18.3.2009\].
4\) Vgl zu einer derartigen Herangehensweise auch *Swartz*, *Legal Implications of the New Ferment Concerning Transsexualism*, *IJT* 2/4, 1998; <http://www.symposium.com/ijt/ijtc0604.htm> \[24.3.2009\].](http://www.dimdi.de/static/de/klassif/</p>
</div>
<div data-bbox=)

5) Vgl *Butler*, *Das Unbehagen der Geschlechter* (1991) 24.

6) Vgl OLG Wien 9.9.1991, 21 Bs 142/91.

7) *Kienapfel*, *Grundriss des österreichischen Strafrechts Besonderer Teil I*⁴ (1997) Rz 41 zu § 90.

8) Strafrechtsänderungsgesetz 2001, BGBl I 2001/130, vgl insb RV 754 BgNR XXI. GP 13.

Die personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller, also die Frage nach einer Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenbuch und einer Änderung der Vornamen in solche, die dem Wunschgeschlecht entsprechen, ist prinzipiell nach dem Personenstandsgesetz (PStG)⁹ und dem Namensänderungsgesetz (NÄG)¹⁰ zu beurteilen. Beide Gesetze enthalten jedoch nur allgemeine Bestimmungen und sind nicht speziell auf den Fall eines nachträglichen Geschlechtswechsels zugeschnitten. § 16 PStG sieht vor, dass die Personenstandsbehörde eine Beurkundung zu ändern hat, wenn sie nach der Eintragung unrichtig geworden ist, gibt aber keinen Aufschluss darüber, wann davon auszugehen ist, dass sich das Geschlecht einer Person geändert hat. Die Bestimmung wird daher seit 1983 durch den jeweiligen Erlass des Bundesministeriums für Inneres ergänzt. Der Transsexuellen Erlass aus 1997¹¹ hatte den Ursprungserlass aus 1983¹² abgelöst und die Bestimmung beseitigt, dass bei verheirateten Transsexuellen „neben einem Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch unter Hinweis auf diese Eintragung auch ein Randvermerk über das Nichtbestehen der Ehe im Familienbuch einzutragen ist“ (Pkt 3.5.2). Allerdings nicht, um verheirateten postoperativen Transsexuellen den Geschlechtseintrag im Wunschgeschlecht *und* die Fortsetzung ihrer Ehe zu ermöglichen, sondern weil gegen die genannte Bestimmung massive rechtsstaatliche Bedenken bestanden, da diese über die gem § 20 Ehegesetz (EheG) taxativ aufgezählten Ehenichtigkeitsgründe hinaus einen neuen, im Verwaltungsweg wahrzunehmenden Grund für die Auflösung einer Ehe vorgesehen hatte.

Aber auch der Transsexuellen Erlass 1997 traf Vorkehrungen, um das „Ge-

spenst der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen“¹³ zu vertreiben und entsprach damit dem, was *Sharpe* als die beiden zentralen Anliegen des rechtlichen Umgangs mit Transsexualität ausmacht: die Reproduktion der Geschlechterordnung und die Aufrechterhaltung heteronormativer Ehevorstellungen.¹⁴ Ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch durfte folglich nur eingetragen werden, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet war (Pkt. 2.4). Dieser Punkt führte im Juni 2006 zur Aufhebung¹⁵ des Transsexuellen Erlasses durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH). Neben der Tatsache, dass das Erfordernis der Ehelosigkeit für den Eintrag des neuen Geschlechts der gesetzlichen Grundlage entbehrte, war es vor allem die Qualifikation des Erlasses als Rechtsverordnung und die fehlende Kundmachung im Bundesgesetzblatt gem § 2 Abs 1 lit f aF BGBIG¹⁶, die den VfGH zur Aufhebung bewogen. Der Erlass hatte sich nicht in einer bloßen Wiederholung des PStG erschöpft, sondern festgelegt, unter welchen Bedingungen der Geschlechtseintrag einer Person im Geburtenbuch zu ändern war. Die imperative Formulierung führte dazu, dass der Erlass vom VfGH inhaltlich als Verordnung einzustufen war, die jedenfalls einer Kundmachung bedurft hätte.

3. Aktuelle (Rechts-)Lage

Nun geht die Regelung im Erlassweg in die dritte Runde. Der Transsexuellen Erlass 1997 hatte eine umfassende Änderung des Personenstandes (Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenbuch und Wahl geschlechtsspezifischer Vornamen) nur nach geschlechtsanpassenden Eingriffen ermöglicht. Ohne operative Eingriffe hatte er aber dennoch auch die Möglichkeit der Wahl

eines zumindest geschlechtsneutralen Vornamens vorgesehen (Pkt. 3.2) und damit der weit verbreiteten Unterscheidung in präoperative und postoperative Transsexuelle entsprochen. Der neue Erlass¹⁷ widmet sich nun ausschließlich der Eintragung des geänderten Geschlechts, bezüglich einer Vornamensänderung wird auf das NÄG verwiesen. § 3 Abs 1 Z 7 NÄG erlaubt eine Änderung des Vornamens nur dann, wenn zumindest der erste Vorname dem Geschlecht der Antragstellerin/des Antragstellers entspricht, wobei auf den Geschlechtseintrag im Geburtenbuch abgestellt wird. Jenen Personen, die unter Hinweis auf eine vorliegende Transsexualität – aber offenbar ohne entsprechende operative Eingriffe – die Änderung des Vornamens in einen geschlechtsneutralen Vornamen beantragen, sind nunmehr die seit 1997 unveränderten, unverbindlichen „Empfehlungen für den Behandlungsprozess von Transsexuellen in Österreich“¹⁸ zur Kenntnis zu bringen, die die einzelnen Etappen bis zur geschlechtsanpassenden Operation vorzeichnen. Das Erfordernis der Ehelosigkeit für die Eintragung des Randvermerks ist weggefallen, ebenso die zwangsweise Begutachtung durch das Institut für Gerichtsmedizin der Universität Wien. Die Antragswerberin/der Antragswerber ist vielmehr aufzufordern, Gutachten und Befunde, insbesondere ein psychotherapeutisches Gutachten und den Befund der geschlechtsanpassenden Operation, vorzulegen. Ist eine Entscheidung aufgrund dieser Beweismittel möglich, so kann auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet werden.

Dass postoperative Transsexuelle nicht länger zwischen einer bestehenden Ehe und der Änderung des Geschlechtseintrags entscheiden müssen, ist sicher von Vorteil, genauso wie die

9) Bundesgesetz vom 19. Jänner 1983 über die Regelung der Personenstandsangelegenheiten einschließlich des Matrikenwesens (Personenstandsgesetz – PStG), BGBl 1983/60 idF BGBl I 2005/100.

10) Bundesgesetz vom 22. März über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz – NÄG), BGBl 1988/195 idF BGBl 1995/25.

11) Personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller: „Transsexuellen Erlass“, Bundesministerium für Inneres, Zahl 36.250/66-IV/4/96 vom 27.11.1996; ÖStA 1997,1.

12) Transsexuelle; Personenstandsrechtliche Stellung, Bundesministerium für Inneres, Zahl: 10582/24-IV/83 vom 18.7.1983; ÖStA 1983, 65.

13) *Holzleithner*, Geschlecht als

Anerkennungsverhältnis, *juridikum* 2002, 107.

14) Vgl *Sharpe*, *Endless Sex: The Gender Recognition Act 2004 and the Persistence of a Legal Category*, *Feminist Legal Studies* 2007, 57 (61).

15) VfGH vom 8.6.2006, V4/06.

16) BGBl 1996/660, außer Kraft getreten mit 1. Jänner 2004.

17) Erlass BMI 12.1.2007, VA 1300/0013-III/2/2007

juridisch – Vorgangsweise nach Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation; abgedruckt in *Zeyringer* (Hrsg), *Das österreichische Personenstandsrecht*², 15. Lfg (2008) 321.

18) Empfehlungen des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales für den Behandlungsprozess von Transsexuellen in Österreich vom Juni 1997, Zahl 2087 I/0-VIII/D/13/97.

unter Umständen geringeren Anforderungen an die vorzulegenden Gutachten. Doch der Erlass bleibt nach wie vor ausschließlich dem medizinischen Diskurs der Transsexualität verhaftet. Er regelt die „Vorgangsweise nach der Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation“, geschlechtsnonkonforme Lebensweisen, die nicht mit körperlichen Eingriffen einhergehen, bleiben unberücksichtigt. Darunter fallen Personen, die jegliche Form geschlechtsanpassender Eingriffe ablehnen ebenso wie solche, die sich zwar hormonellen, nicht aber chirurgischen Eingriffen unterziehen und möglicherweise auch Menschen, die zwar einige, aber eben nicht alle denkbaren operativen Eingriffe vornehmen lassen. „Wann ist ein Körper ein Körper mit (Bürger-)Rechten?“¹⁹ fragt *Genschel* in dem 2000 erschienenen Sammelband „Queering Demokratie“. Wann also hat ein Körper das Recht, einem bestimmten Geschlecht anzugehören, wann ist er als Angehöriger eines bestimmten Geschlechts erkennbar? Der Transsexuellen Erlass 1997 hatte nach Maßnahmen verlangt, die „zu einer deutlichen Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts geführt haben“ (Pkt. 2.2.2). Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) geht davon aus, dass „jedenfalls in Fällen, in denen eine Person unter der zwanghaften Vorstellung gelebt hat, dem anderen Geschlecht zuzugehören, und sich geschlechtskorrigierenden Maßnahmen unterzogen hat, die zu einer deutlichen Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts geführt haben, und bei der mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass sich am Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nichts mehr ändern wird, die betreffende Person als Angehörige des Geschlechts anzusehen ist, das ihrem äußeren Erscheinungsbild entspricht.“²⁰ Der neue Erlass nennt nur die geschlechtsanpassende Operation.

Daraus ergibt sich jedoch weder, dass geschlechtskorrigierende Maßnahmen mit geschlechtsanpassenden Operationen gleichzusetzen sind, noch, dass der VwGH die Anerkennung des Geschlechts auf diese Fälle reduziert wissen will. Der VwGH geht vielmehr in seiner jüngsten Entscheidung vom 27.2.2009²¹ davon aus, dass ein dermaßen schwerwiegender operativer Eingriff wie die Entfernung der primären Geschlechtsmerkmale keine notwendige Voraussetzung für eine deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts ist. Der Nachweis der Diagnose irreversibler Transsexualität sowie eine deutliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild des anderen Geschlechts genügt nach Auffassung des Gerichtshofs für eine personenstandsrechtliche Berücksichtigung des für die Allgemeinheit relevanten geschlechtsspezifischen Auftretens. In dieser richtungweisenden Entscheidung findet der Erlass zwar keine Erwähnung, da sich der angefochtene Bescheid offenkundig nicht auf ihn gestützt hat, es ist jedoch zu erwarten, dass die Rechtsansicht des VwGH nicht ohne Einfluss auf die genannten Regelungen bleiben wird.

4. Menschenrechte nur bei Operation?

Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über zwei Jahrzehnte lang eine äußerst zurückhaltende Judikaturlinie²² im Hinblick auf die personenstandsrechtlichen Fragen nach geschlechtsanpassenden Eingriffen vertreten hatte, geht er seit seinen Entscheidungen in *I.*²³ und *Goodwin*²⁴ davon aus, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 MRK auch das Recht Transsexueller auf Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität beinhaltet. Ausdrücklich benannt hat der Gerichtshof dieses Recht jedoch nur für postoperative Transsexuelle und gleichzeitig die Festlegung der Voraus-

setzungen, unter denen dieses Recht gewährt wird, in den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten verwiesen: „... it is for the Contracting State to determine *inter alia* the conditions under which a person claiming legal recognition as a transsexual establishes that gender reassignment has been properly effected ...“.²⁵ Anspruch auf Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht kann folglich nur erhoben werden, wenn der eigene Körper dem Körper des anderen Geschlechts nicht ähnlicher ist, als dem Geschlecht, in dem man lebt.²⁶ Der EGMR favorisiert weiterhin operative Eingriffe zur „Lösung“ der transsexuellen Irritation und der österreichische Erlass folgt ihm hierin. Wie schon im Hinblick auf die strafrechtliche Zulässigkeit geschlechtsanpassender Eingriffe ausgeführt, resultiert auch die rechtliche Anerkennung des Geschlechts Transsexueller aus der medizinischen Anerkennung der Transsexualität als Krankheit.²⁷ Diese Berufung auf den medizinischen Diskurs bei gleichzeitiger Ablehnung ambivalenter Identitäten und der Annahme, das Hauptziel geschlechtsanpassender Eingriffe liege in einer höchstmöglichen körperlichen Angleichung an das Identitätsgeschlecht, zieht eine Aufwertung der primären und sekundären Geschlechtsmerkmale nach sich, die eine Re-Essentialisierung des Geschlechts und eine Re-Naturalisierung der heteronormativen Geschlechterordnung bedeutet. Die rechtliche Anerkennung des Wunschgeschlechtes Transsexueller erfolgt – darüber kann weder die geänderte Herangehensweise des EGMR noch der neue Transsexuellen Erlass hinwegtäuschen – um den Preis der Vereindeutigung und der Unterwerfung unter bestimmte Regelungen. Problematisch ist dies in zweierlei Hinsicht: Während zum einen operative Eingriffe bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen mittlerweile zu kosmetisch und funktionell sehr guten Ergebnissen führen, sind Geschlechtsumwand-

19) *Genschel*, Wann ist ein Körper ein Körper mit (Bürger-)Rechten? in *quaestio* (Hrsg.), Queering Demokratie [sexuelle politiken] 113.
20) VwGH vom 30.9.1997, 95/01/0061.
21) Vgl VwGH vom 27.2.2009, 2008/17/0054.

22) Umfassende Nachweise bei *Greif*, Doing Trans/Gender 56ff.
23) EGMR, Urteil v. 11.7.2002, *I.* vs. Vereinigtes Königreich, 25680/94.
24) EGMR, Urteil v. 11.7.2002, *Christine Goodwin* vs. Vereinigtes Königreich, 28975/95.

25) EGMR, Urteil v. 11.7.2002, *I.* vs. Vereinigtes Königreich, 25680/94, Rn. 83; EGMR, Urteil v. 11.7.2002, *Christine Goodwin* vs. Vereinigtes Königreich, 28975/95, Rn. 103 (Hervorhebung im Original).

26) Vgl *Lindemann*, Wieviel Ordnung muß sein? <http://www.transmann.de/standpunkte/gesalindemann.shtml> [25.3.2009].
27) Vgl auch *Sandland*, Crossing and not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights, *Feminist Legal Studies* 2003, 192 (203).

lungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen nach wie vor aufwendig und risikoreich.²⁸ Darüber hinaus wird nicht von allen transgeschlechtlich lebenden Menschen eine hormonelle und/oder chirurgische „Anpassung“ des eigenen Körpers an das Körperideal des Gegengeschlechts für notwendig erachtet, um sich dem anderen Geschlecht zugehörig zu fühlen; wieder andere können sich aus finanziellen oder medizinischen Gründen keiner Geschlechtsanpassung unterziehen. Zum anderen sind die rechtsstaatlichen Bedenken, die gegen den Transsexuellen Erlass 1997 bestanden auch mit dem neuen Erlass nicht vollständig ausgeräumt. Problematisch erscheint noch immer die Wahl der Rechtsform als Erlass, also als generelle Weisung, die sich formell zwar nur an behördliche Organe richtet, mit dem Erfordernis der geschlechtsanpassenden Operation für die Änderung des Geschlechtseintrags aber auch die Rechte der Rechtsunterworfenen selbst bindend gestaltet: Dass ausschließlich durch den Befund über einen genital-korrigierenden operativen Eingriff die Änderung des Geschlechts nachgewiesen werden kann, ergibt sich nur aus dem Erlass. Selbst wenn die österreichische Regelung inhaltlich im weiten Ermessensspielraum, den der EGMR den Vertragsstaaten einräumt, Deckung findet, stellt sich doch erneut die Frage nach der Zulässigkeit der Regelung im Erlassweg. Die Straßburger Instanzen

lassen in der Regel für einen Eingriff in Art 8 MRK ein Gesetz im materiellen Sinn genügen, sofern dieses zugänglich, vorhersehbar und hinreichend bestimmt ist.²⁹ Gesetze und Rechtsverordnungen, die in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen und in einer amtlichen Gesetzessammlung aufgenommen und publiziert sind, erfüllen das Erfordernis der Zugänglichkeit jedenfalls, nicht aber allein an die Verwaltung selbst gerichtete Verwaltungsverordnungen, Verfügungen oder Richtlinien.³⁰ Nach der Rechtsprechung des VfGH müssen Eingriffsmöglichkeiten dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG zufolge in einem ausreichend kundgemachten Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein.³¹ Diesem Erfordernis genügt der Erlass nicht.

5. Schlussbemerkungen

Bislang findet das eigene Empfinden einer Geschlechtszugehörigkeit in Österreich rechtlich nur insoweit Beachtung, als es zur „Herstellung“ eines „richtigen“, also eines dem psychischen Erleben auch nach den herrschenden Konventionen der Geschlechtszuschreibung entsprechenden Körpers geführt hat. Dass die Basisannahmen der Binarität, Naturhaftigkeit und Kontinuität des Geschlechts auch aufrecht erhalten werden können, ohne operative Eingriffe als Grundlage der rechtlichen Anerkennung zu fordern, zeigt

der Gender Recognition Act 2004³², der eine Änderung der Geschlechtszugehörigkeit transgeschlechtlich lebender Menschen im Vereinigten Königreich regelt. Auch er hält sowohl am Krankheits- als auch am Heteronormativitätsdiskurs fest – die Geschlechtsidentitätsstörung muss diagnostiziert sein, ein endgültiges „gender recognition certificate“ erhalten nur unverheiratete Personen – erachtet aber zumindest genitalkorrigierende Maßnahmen nicht für notwendig und kann insofern als Schritt in die richtige Richtung gesehen werden, den nunmehr auch der VfGH getätigt hat. Sollte der Transsexuellen Erlass neuerlich vom VfGH, dem eine entsprechende Beschwerde³³ bereits vorliegt, aufgehoben werden, bleibt zu hoffen, dass sich nun endlich der österreichische Gesetzgeber der Gestaltung dieser Materie annimmt. Die Preisgabe der zwingenden amtlichen Registrierung von Menschen als entweder männlich oder weiblich scheint allerdings noch in weiter Ferne.

*Dr.ⁱⁿ Elisabeth Greif
ist wissenschaftliche
Mitarbeiterin am Institut für
Österreichische und Deutsche
Rechtsgeschichte an der
rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Kepler
Universität Linz;
elisabeth.greif@jku.at*

28) Vgl. *Frewer/Säfken*, Medizin-historische und ethisch-rechtliche Aspekte der Geschlechtsumwandlung, in *Stahnisch/Steger* (Hrsg), *Medizin, Geschichte und Geschlecht. Körperhistorische Rekonstruktionen von Identitäten und Differenzen* (2005) 137 (151) mwN.

29) Vgl. *Wildhaber/Breitenmoser* in *Wolfram* (Hrsg), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Lfg (1992) Art 8 MRK Rn 540.

30) Vgl. *Wildhaber/Breitenmoser* in *Wolfram*, Art 8 MRK Rn 558; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg),

Bundesverfassungsrecht, 5. Lfg (2002) Art 8 MRK Rn 67.

31) Vgl. VfGH vom 12.12.1985, VfSlg 10737.

32) Abrufbar unter http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2004/ukpga_20040007_en_1.htm [7.4.2009].

33) Vgl. http://www.monique-dumont.at/about_me/documents/Verfassungsgerichtsh-1-JUSTL-GEBBUCH-20081209bIAAdr.pdf [7.4.2009].

Demokratie minus 2.0 – Die Distanzwahl ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich

Joachim Stern

1. Einleitung

VfGH und Lehre sind stets von der Unzulässigkeit der Einführung der Wahlrechtsausübung per Brief ausgegangen und sahen diese im Widerspruch zum Prinzip des geheimen und persönlichen Wahlrechts.¹ Für bundesweite Wahlen wurde sie 1992 dennoch für WählerInnen aus dem Ausland eingeführt,² 2007 entschloss sich der Gesetzgeber zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Regelung sowie zu deren Ausdehnung auch auf Personen, die sich am Wahltag im Inland aufhalten. Art 26 Abs 6 B-VG³ gibt nunmehr generell Wahlberechtigten „die voraussichtlich am Wahltag verhindert sein werden, ihre Stimme vor der Wahlbehörde abzugeben“, die Möglichkeit, ihr Wahlrecht durch Briefwahl auszuüben. Eine enge Interpretation dieser Bestimmung würde zwar zum Ergebnis führen, dass dies bei bundesweiten Wahlen bei Aufenthalt im Inland in der Regel nicht zutrifft, da hier mit Wahlkarte in jeder Gemeinde vor einer Wahlbehörde gewählt werden kann und in ihrer Beweglichkeit oder persönlichen Freiheit eingeschränkte Personen Anspruch auf besondere Wahlbehörden haben. Der politische Wille zur Ausgestaltung als allgemeine Alternative zur

Aufsuchung einer Wahlbehörde und, entgegen der im Wahlrecht sonst geltenden strikten Wortinterpretation, nicht nur als Notwendigkeit bei sonstiger Unmöglichkeit der Stimmabgabe, ist aber deutlich.

Grundsätzliche Probleme zeigen sich aber auch in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung, die mit einer kürzlich erfolgten Novelle der EuWO⁴ nicht einmal im Ansatz gelöst wurden. Letztere beschränkt sich im Wesentlichen auf eine geringfügige Überarbeitung der Nichtigkeitsgründe, auf die Abschaffung des Übermittlungsmonopols der Post und auf die Übernahme der Portokosten durch den Bund. Die ursprünglich geplante gleichzeitige Änderung der NRW⁵ wurde bis auf weiteres verschoben, die Europawahl soll hier offensichtlich als Testwahl dienen.⁵

2. Die Übermittlung der Briefwahlkarte

Beim Antrag auf Ausstellung der Wahlkarte sind nach wie vor geringere Erfordernisse als für die Identitätsfeststellung vor einer Wahlbehörde statuiert. Die Identität ist hier lediglich glaubhaft zu machen⁶ und auch die Ausgabe an eine bevollmächtigte Person ist möglich.⁷

Dass dies selbst ParteifunktionärInnen erlaubt, sich serviceorientiert zu geben und mit Sammelvollmachten Wahlkarten abzuholen, den WählerInnen zu überbringen und anschließend wieder mitzunehmen, hat sich bei den Kärntner Wahlen zu LT und GR gezeigt⁸ und demonstriert die ermöglichte Verlagerung des Wahlaktes weg von paritätischen Wahlkommissionen in die parteipolitische oder familiäre Sphäre. Auch eine etwaige Zusendung der Wahlkarte durch die Behörde geschieht im besten Fall per einfachem Rückscheinbrief (RSb) und nicht zu eigenen Händen (RSa). Eine Vielzahl an Gemeinden schickt die Wahlkarten überhaupt nur per einfacher Post aus, ins Ausland wird generell der letztgenannte Weg gewählt. Dies wiegt ganz besonders schwer, da der etwaige Verlust einer Wahlkarte zu Lasten der Wahlberechtigten geht, ein Duplikat darf nicht ausgestellt werden.⁹ Grund dafür ist wohl vornehmlich, dass vor der Auswertung der Wahlkarte eine Überprüfung, ob sie tatsächlich einer Person im Wählerverzeichnis zuordenbar ist, gesetzlich nicht einmal vorgesehen ist.

Auch auf dem Weg zurück zur Wahlbehörde stellen sich schwerwiegende Probleme und zwar in erster Linie im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wahlkarte, die zugleich das Außenkuvert für die Übermittlung ist. Hier sind die Daten der Wählerin bzw des Wählers und die eidesstattliche Erklärung (dazu unten) aufgedruckt. Dass dies einem Minimum an Datenschutz und dem Schutz vor Sabotage der geheimen und persönlichen Wahl nicht im Ansatz gerecht wird,¹⁰ ist so offensichtlich, dass das Außenministerium berechtigten Sorgen entsprechend auf die Möglichkeit hinweist, die Wahlkarte in ein Überkuvert zu stecken.¹¹ Nur vor diesem Hintergrund kann positiv gesehen werden, dass nun eine Übermittlung auf jedem beliebigen Weg und nicht mehr nur per Post möglich ist, womit aber in beiden Fällen Schutzpflichten in die Verantwortung der WählerInnen übertragen wurden.

1) Grundlegend VfSlg 10.412/1985; Nowak, EuGRZ 1985, 184.

2) Reaktion auf VfSlg 12023/1989, s Strojček, Zur Neuregelung der Stimmabgabe im Ausland durch die Nationalratswahlordnung 1992, ZfV 1993, 431.

3) Hier iVm Art 23a Abs 4 B-VG idF

BGBl I 2007/27; Sämtliche LTWO sehen nun weitgehend parallele Bestimmungen vor.

4) EuWO idF BGBl I 2009/11.

5) Antrag 390/A 24. GP (zurückgezogen).

6) So ausdrücklich Art 26 Abs 6 2.

Satz B-VG.

7) § 39 Abs 1 NRW idF BGBl I 2007/28; § 27 Abs 1 EuWO.

8) S etwa Kleine Zeitung Kärnten, 13.2.2009.

9) § 39 Abs 5 NRW; § 27 Abs 5 EuWO.

10) Auf den deutschen Wahlkarten sind etwa außen keine Daten

ersichtlich: Anl 3, Anhang zur Bundeswahlordnung idF 19.4.2002.

11) Damit muss aber das Porto wieder selbst getragen werden www.bmeia.gv.at/botschaft/auslandsoesterreicher/ratgeber/wahlen/stimmabgabe.html (14.4.2009).

Nach ihrem Eintreffen bei der Bezirkswahlbehörde sind die Wahlkarten bis zur Auszählung lediglich amtlich unter Verschluss zu verwahren.¹² Eine Protokollierung des Eintreffens ist ebenso wenig vorgesehen wie die Verwahrung in einer Urne. Dieser Bruch mit dem sonst hochgradig formalisierten Wahlverfahren ist durch nichts gerechtfertigt und umso bedenklicher, als die paritätische Wahlbehörde in diesem langen Zeitraum gar nicht zusammentritt und ihre Funktionen lediglich durch die (politisch bestellten) BezirkswahlleiterInnen oder faktisch durch Bedienstete der Bezirksverwaltungsbehörden ausgeübt werden.

3. Eidesstattliche Erklärung und Nichtigkeitsgründe

Um verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich des offenkundigen Einschnitts in das persönliche und geheime Wahlrecht hintanzuhalten, ist auf der Wahlkarte eine eidesstattliche Erklärung zu unterfertigen, derzufolge der Stimmzettel persönlich, unbeobachtet, unbeeinflusst und vor Schließen des letzten Wahllokals ausgefüllt wurde. Diese Vorschrift muss allerdings als rechtlicher Leerlauf bezeichnet werden. Ihre Einhaltung ist weder inhaltlich überprüfbar,¹³ noch kann formell nachvollzogen werden, ob die Erklärung tatsächlich von der ausstellenden Person stammt. Dadurch ist auch der Nichtigkeitsgrund „falls die eidesstattliche Erklärung nicht oder nachweislich nicht durch die Wahlberechtigte abgegeben wurde“, weitgehend totes Recht.

Hochgradig bedenklich ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Wahlkarten erst acht Tage nach der Wahl bei der Wahlbehörde eintreffen müssen.¹⁴ Um der dadurch faktisch ermöglichten verspäteten Stimmabgabe die Kritik zu nehmen, war bislang an den Wahlkarten bei sonstiger Nichtigkeit Datum und Uhrzeit der Stimmabgabe durch die

Wählerin oder den Wähler selbst anzugeben. Diese Scheinregelung, deren Nichtbeachtung selbst bei Eintreffen vor Schließen der Wahllokale zur Nichtigkeit von zahlreichen Wahlkarten führte, wurde nun beseitigt. Gleichzeitig wurde aber auch die Bestimmung entfernt, derzufolge die Wahlkarte für nichtig zu erklären war, wenn die eidesstattliche Erklärung tatsächlich (also ohne Fehler bei der Datumsangabe) nach Schließen des letzten Wahllokals abgegeben wurde. Dies war zwar nur in den wenigsten Fällen beweisbar. Durch die Beugung des Gesetzgebers vor diesem Faktum muss nun aber sogar in Fällen, in denen die Wahlberechtigte offen und nachweislich den Stimmzettel nach der zulässigen Wahlzeit ausfüllt, die Stimme – ungeachtet einer etwaigen (verwaltungs-)strafrechtlichen Sanktion für die Wählerin – gezählt werden. Dass dies mit dem Prinzip des gleichen Wahlrechts nicht vereinbar ist, ist offensichtlich. Gleichzeitig leidet die Reinheit der Wahlen massiv: Während die Bekanntgabe von Meinungsumfragen am Wahltag als verpönt gilt, wird nun Briefwählerinnen sogar das vorläufige amtliche Endergebnis zur Verfügung gestellt, was vor allem auch kleine Parteien, die um die Erreichung von Mindeststimmen kämpfen, sehenden Auges diskriminiert.

Kritische Betrachtung verdient schließlich ein weiterer Nichtigkeitsgrund: So darf nun ausdrücklich eine Stimme nicht einbezogen werden, „wenn die Wahlkarte derart beschädigt ist, dass ein vorangegangenes missbräuchliches Entnehmen oder Zurücklegen des inliegenden Wahlkuverts nicht ausgeschlossen werden kann“.¹⁵ Auf der Wahlkarte selbst wird aber sogar die Verwendung eines Klebemittels angeraten, falls die Gummierung nicht hält,¹⁶ und auch eine Versiegelung ist nicht vorgesehen.

Dem allen nicht genug, die Fragwürdigkeit der Bestimmungen kumuliert in der Rechtsfolge der Nichtigkeit: Anstatt

das in der nichtig erklärten Wahlkarte enthaltene Stimmkuvert zu vernichten, hat die Wahlkarte samt ausgefülltem Stimmzettel dem Wahlakt beigefügt zu werden.¹⁷ Auch eine spätere Zerstörung dieser Wahlkarten ist gesetzlich nicht vorgesehen.¹⁸ Name und Stimmpräferenz sind damit für immer miteinander verbunden. Die Bedenklichkeit der Regelungen wird schließlich durch das Fehlen von Informationsrechten (etwa ob die Wahlkarte eingetroffen ist und in die Stimmzählung einbezogen wurde) sowie von Rechtsschutzmöglichkeiten vervollständigt.¹⁹ Auch eine offizielle statistische Auswertung der technischen Aspekte der Briefwahl fehlt – nicht eingetroffene oder für nichtig erklärte Wahlkarten sind keine ungültigen Stimmen sondern verringern in wahlarithmetischer Sicht lediglich die Wahlbeteiligung.²⁰ Die Transparenz des Wahlprozesses leidet damit nachhaltig.

4. E-Voting als Lösung?

Mit der Briefwahl hat der Gesetzgeber staatliche Schutzpflichten und Kontrollmöglichkeiten stark ausgehöhlt. Verfassungsrechtlich gedeckt sind diese nicht – die oben erläuterte Bestimmung des Art 26 Abs 6 B-VG rechtfertigt Eingriffe in die anderen Wahlgrundsätze nur, wo sie unbedingt notwendig (wie etwa bei Aufenthalt im Ausland) und möglichst gering sind.

Bedenken gegen die Regelungen werden mitunter durch die Klassifizierung der Briefwahl als Zusatzangebot zu zerstreuen versucht. Verkannt wird dabei aber, dass alle WählerInnen Anspruch auf Geheimhaltung und höchstpersönliche Ausübung des Wählens im engeren Sinne haben und die Verletzung der Rechte anderer bei Wahlen immer auch einen Eingriff in die eigenen Rechte bedeutet.

Mit ähnlichen verfassungs- und grundrechtlichen Problemen ist das E-Voting bei den ÖH-Wahlen konfron-

12) § 60 Abs 4 NRWO; § 46 Abs 4 EuWO.

13) Soschoner VfGH 1985: „Denn unterliegt der Wahlberechtigte bei der Ausfüllung des Stimmzettels mehr oder weniger massivem (psychischem) Druck, ist nicht auszuschließen, vielmehr eher naheliegend, dass sich diese Einflussnahme auch auf die Unterfertigung der Erklärung erstrecken kann und wird“ (VfSlg 10412/1985).

14) Vgl dazu die Rechtslage in D, wo die Wahlkarten spätestens am Wahltag eintreffen müssen (§ 36 Bundeswahlgesetz dBGBI I 1288, 1594 v 23.7.1993 idF dBGBI I 674 v 11.3.2005).

15) § 46 Abs 3 Z 5 EuWO. Vgl § 90 Abs NRWO.

16) Anl 3 NRWO; Anl 2 EuWO.

17) § 87 Abs 3 NRWO; § 72 Abs 3 EuWO.

18) S dazu auch *Leiss*, Änderung der Nationalratswahlordnung betreffend Briefwahl notwendig, RFG 2008/38, 157.

19) S dazu ausf *Stern*, Demokratische Mitbestimmungsrechte, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 351ff.

20) Probleme mit dieser Unterscheidung scheint selbst die Wahlbehörde zu haben: so wurden bei der NR-Wahl 2008 im Bezirk Wiener

Neustadt-Land 263 der 3.166 Briefwahlkarten als ungültige Stimmen qualifiziert (8,30%), während bundesweit sonst lediglich 1,48% der Briefwahlkartenstimmen keiner Partei zugeordnet werden konnten: Statistik des endgültigen Gesamtergebnisses, abrufbar unter www.bmi.gv.at/wahlen/wahldownloads/NRW_08/Ergebnis_end.zip (14.4.2009).

Schäfer

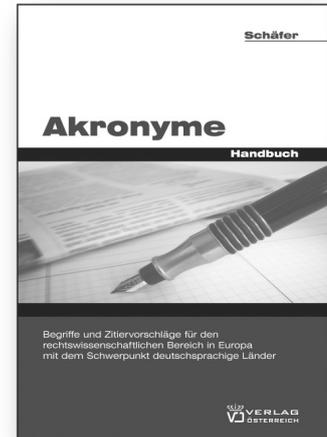
Akronyme

Begriffe und Zitiervorschläge für den rechtswissenschaftlichen Bereich in Europa mit dem Schwerpunkt deutschsprachige Länder

1098 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5112-9, € 85,-

Kompilation der wichtigsten in der Rechtswissenschaft und der juristischen Praxis, Verordnungen, Gesetzen usw. verwendeten Abkürzungen und Begriffe aus vier europäischen Ländern sowie der Europäischen Union und dem Völkerrecht und internationalen Organisationen. Mit der umfangreichen Einleitung und Zitiervorschlägen sowie einer Formel, zur Erstellung neuer Abkürzungen, sollen den Juristinnen und Juristen im deutschsprachigen Rechtsraum Möglichkeiten zur vereinfachten und einheitlichen Verwendung, Beschreibung, Zitierung an die Hand gegeben werden.

Mag. Dr. jur. Anton Schäfer, LL.M. ist Gerichtssachverständiger in Österreich und Compliance Officer einer liechtensteinischen Bank und Autor zahlreicher Fachpublikationen.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

tiert. An diesem Prozess, der ausdrücklich als Testlauf für die Einführung der elektronischen Distanzstimmabgabe bei Gebietskörperschaftswahlen konzipiert ist, muss zusätzlich kritisiert werden, dass die notwendigerweise hochkomplexen technischen Verfahren die immanente Gefahr der Intransparenz bringen. Einhergehend damit ist die Entdemokratisierung der Wahlkontrolle durch eine Beschränkung auf wenige Experten.²¹ Dass dabei aber sogar für Laien ersichtliche Verfassungswidrigkeiten miteinkalkuliert wurden wie etwa die Ergebniswertung bereits ab drei (!) elek-

tronischen Stimmen,²² scheint dann ein Detail am Rande, ebenso wie die Übertragung von Teilen der Wahldurchführung, als ureigener staatlicher Aufgabe, an private Dienstleister.

Maßnahmen zur Erleichterung der Wahlausübung mögen einen positiven Effekt auf die Wahlbeteiligung haben. Werden sie zu Lasten der Grundsätze der persönlichen, geheimen und gleichen Wahl durchgeführt, ziehen solche Erweiterungen aber zwangsläufig die Schwächung des Vertrauens in die Wahlrichtigkeit mit sich und gefährden damit mittel- und langfristig auch die Allge-

meinheit der Wahl. Denn diese lebt ganz wesentlich davon, dass nicht nur jede Stimme persönlich, frei, geheim und unmittelbar abgegeben sowie gleich und sicher gezählt wird, sondern dass Wählerin und Wähler auch die unbedingte Sicherheit *empfinden*, dass dies so ist.²³

*Mag. Joachim Stern, MA,
 ist Assistent am Institut für
 Staats- und Verwaltungsrecht
 der rechtswissenschaftlichen
 Fakultät der Universität Wien;
 joachim.stern@univie.ac.at*

21) S dazu wegweisend das Urteil des dt BVerfG v 3.3.2009, 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07: „Beim Einsatz elektronischer Wahlgeräte müssen die wesentlichen Schritte der

Wahlhandlung und der Ergebnismittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.“

22) § 67 HSWO 2005 idF *BGBI II* 2008/351; vgl dazu § 90 Abs 3, § 53 Abs 3 NRWO, wo die Zahl von 30 Stimmen als Richtwert zur Wahrung des Wahlgeheimnisses

gesetzliche Verankerung gefunden hat.

23) S dazu VfSlg 3.843/1960.

Vorwort

Mit dem Vertrag von Amsterdam (1997) wurde das Ziel definiert, die EU als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu erhalten und weiterzuentwickeln“ (Art 2 EUV). Der freie Personenverkehr sei in Einklang zu bringen mit „geeigneten Maßnahmen“ im Hinblick auf die Kontrolle der Außengrenzen, Asyl, Einwanderung sowie der Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität. Ein Schwerpunkt, der einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewidmet ist, kann den Begriff selbst nicht im Titel führen. Denn statt einen offenen Raum zu schaffen (in dem man ganz im Popper'schen Sinne durchaus auch den „Feinden“ der Offenheit mit weniger Offenheit begegnen kann), haben sich die politischen Maßnahmen im Gefolge des Haager Programms zu Mauern verdichtet: Europa ist zur Festung geworden.

Durch Abschottung nach außen und Verpolizeilichung nach innen ist die Sicherheit auf Kosten von Freiheit und Recht erstarkt – dadurch wurden Prozesse initiiert, die, konsequent zu Ende gedacht, zu einem Raum der vorgeblichen Sicherheit ohne ausreichendes Recht und ohne notwendige Freiheitsgarantien führen könnten. Eine kritische Reflexion über diese Entwicklungen anzustoßen, ist Ziel dieses Schwerpunktes, dessen Beiträge die rhetorischen und rechtlichen Mauern der „Festung Europa“ durchleuchten.

Ganz grundsätzlich zeigt *Manuela Bojadžijev* auf, dass die Realität der Migration nach Europa oft mythisch verschleiert wird. Ihr Beitrag setzt sich mit dem Mythos der „Festung Europas“ auseinander und zeigt Konfliktlinien innerhalb des Versuchs der Etablierung einer europäischen Migrationspolitik auf. Dabei kristallisiert sich als gemeinsamer Nenner der Wunsch nach Steuerung von Migration und deren Ausrichtung an den Bedürfnissen der Arbeitsmärkte heraus.

Die Steuerung der Migration wird zunehmend als „Migrationsmanagement“ konzipiert. Durch Anwendung von Managementkonzepten sollen die Vorteile von Migration maximiert, ihre „negativen“ Folgen dagegen minimiert werden. *Fabian Georgi* setzt sich in seinem Beitrag kritisch mit dem Konzept auseinander und zeigt auf, dass ihm nicht nur die grundsätzliche Intention innewohnt, Einwanderung ökonomisch zu nutzen, sondern im Gegenzug gleichsam die Mobilität von Menschen, die wirtschaftlich nicht „verwertbar“ sind, bekämpft werden soll.

Die physische Präsenz an den Rändern Europas – mit anderen Worten: die Bewachung der Festung – liegt unter anderem in der Verantwortung der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX. *Timo Tohidipur* beleuchtet deren Rechtsgrundlagen, porträtiert ihre operativen Funktionen und setzt sich mit der Frage der politischen und rechtlichen Verantwortlichkeit sowie der vorhandenen Rechtsschutzdefizite auseinander.

Defizite weist auch die rechtliche Grundlage für den militärischen Assistenzeneinsatz an der Grenze im Osten Österreichs auf. *Bernd-Christian Funk* und *Joachim Stern* zeigen in ihrem Beitrag nicht nur auf, dass die Fortsetzung des Assistenzeneinsatzes,

der aus verfassungsrechtlicher Perspektive schon bisher fraglich war, nunmehr in einem unauflösbaren Widerspruch zum Wegfall der Binnengrenzen steht und dennoch aus politischen Gründen weiter andauert. Sie weisen auch auf die Erweiterung der Befugnisse der Polizei seit dem Beitritt Österreichs zu Schengen hin und beleuchten den exekutiven Handlungsradius im Inneren.

Auch innerhalb der Festung Europas wird Migration „ge-managt“ und „optimiert“: Einen der Eckpfeiler des im Aufbau befindlichen Gemeinsamen Europäischen Asylsystems stellt das Konzept der Zuständigkeitsverteilung von Asylanträgen innerhalb der EU dar. Die Ineffektivität des bestehenden Systems hat ihren Grund insbesondere in der mangelnden Bereitschaft asylwerbender Personen, Überstellungen im Rahmen von Zuständigkeitsentscheidungen zu akzeptieren. *Christoph Pinter* weist in seinem Beitrag diesbezüglich darauf hin, dass diese Nichtakzeptanz ihren Grund insbesondere in nach wie vor bestehenden massiven Unterschieden hinsichtlich der Verwirklichung von Aufnahmestandards, asylverfahrensrechtlichen Anforderungen und nicht zuletzt der Gewährung der durch die Genfer Flüchtlingskonvention garantierten Rechte hat.

Neben der illegalen Migration sowie der Suche nach Schutz vor Verfolgung gibt es ein weiteres Migrationsphänomen, das sich einer nationalstaatlichen Kontrolle weitgehend entzieht: die Ausübung der europarechtlichen Personenfreizügigkeit, die eine der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts darstellt. Grundsätzlich haben UnionsbürgerInnen – und ihre Familienangehörigen – demnach das Recht, sich innerhalb der Europäischen Union frei zu bewegen und niederzulassen. *Julia Ecker* und *Doris Einwallner* beschreiben in ihrem Beitrag die Versuche des österreichischen Gesetzgebers, den Familiennachzug möglichst restriktiv zu gestalten, beleuchten die nationale Rechtsprechung und weisen auf den Änderungsbedarf durch aktuelle Urteile des EuGH hin.

Das Konzept der Festung Europa beinhaltet neben der Abschottung nach außen auch die Kontrolle im Inneren. Die normative Grundlage dafür liefert der „Schengener Besitzstand“, mit dem sich *Konrad Lachmayer* zum Abschluss des Schwerpunktes kritisch auseinandersetzt. Er untersucht dabei die Möglichkeiten des Austausches personenbezogener Daten zwischen den Schengen-Staaten und die halbherzigen Versuche, deren Missbrauch zu verhindern.

Die Beiträge zum Schwerpunkt „Festung Europa“ zeigen, dass die – nicht zuletzt durch den „Krieg gegen den Terror“ beeinflusste – ideologische Engführung der Debatte auf Sicherheit aufgebrochen werden kann. Politiken, die Sicherheit verabsolutieren und sich in der physischen und psychischen Konstruktion von Grenzen erschöpfen, sind in einer globalisierten Welt multipler Migrationsbewegungen nicht mehr zukunftsfähig. Wer „mauert“, verschließt sich der Einsicht, dass Freiheit, Sicherheit und Recht miteinander verflochten sind und einander gegenseitig verstärken.

„Ja, mach nur einen Plan,
Sei nur ein großes Licht!
Und mach dann noch 'nen zweiten Plan,
Geh'n tun sie beide nicht.“
(*Bertolt Brecht, Die Dreigroschenoper*)

1. Einleitung

Die Metapher Festung Europa, die seit etwas mehr als 15 Jahren kursiert, lässt sich auf den ersten Blick einem kritischen Diskurs zuschlagen, der die Tatsache skandalisiert, dass Migrationsbewegungen durch eine zunehmende Militarisierung der Grenzen nach außen und eine massive Abschiebepolitik aus dem Inneren abgeschottet werden (vgl. *Leuthardt 1994; Busch 2006*). Ähnlich verhält sich das mit der Vorstellung über eine einheitliche europäische Migrationspolitik oder wenn die Rede auf ein globales Grenzregime kommt, das eine Mauer um den Westen bildet (vgl. *Andreas/Snyder 2000*). Alle diese Begriffe verweisen auf einen sehr wichtigen Aspekt, nämlich auf die Gewalt, die nötig ist, Grenzen überhaupt aufrechtzuerhalten. Eine Gewalt, die an den zahllosen und zum Teil auch ungezählten Opfern, den Bildern von gestrandeten Piroggen, Schlauchbooten in Seenot oder überfüllten Lagern an den Grenzen Europas in eingeschränkter Weise Ausdruck findet. Eingeschränkt, weil Zahlen notwendigerweise unvollständig sind und uns kaum Relationen vermitteln, aber auch weil die Bilder oft bestimmten Repräsentationsweisen unterliegen, die uns nur ein sehr undeutliches Bild von den Dimensionen und den Personen der vielfältigen migran-tischen Überfahrten geben. So lässt stutzig werden, wenn man bei den Bildern von den Schlauchbooten auf dem Mittelmeer oder Atlantik bemerkt, dass sich darauf meist eine Mehrzahl von Männern befindet. Zugleich ist aber bekannt, dass internationale Migration inzwischen zu über der Hälfte aus Frauen besteht und wir also annehmen müssen, dass auch sie zu Opfern der Abschottungsmaßnahmen an den Grenzen werden. Bilder gibt es dazu kaum, weshalb sich offensichtlich ein spezifisches „Blickregime“ mit der bildlichen Repräsentation der grenzüberschreitenden Migration verbindet (vgl. *Kuster 2007*).

Aber nicht nur der kritische Diskurs nutzt diese Vorstellung einer Festung. Tatsächlich suggeriert ja die Metapher eine Beständigkeit und Undurchdringlichkeit dieser Grenzen nach außen und gleichzeitig eine Einheitlichkeit der Migrationspolitik der EU. Grenzen, die im Inneren das Territorium durchziehen, werden damit eher zum Verschwinden gebracht. Zusätzlich impliziert dieses Bild, dass es tatsächlich so etwas wie einen „Raum Europas“ gäbe. Zusammengefasst dienen diese Aspekte einer gewissen Mythenbildung, die zwar mit dem Wunsch nach einer „Harmonisierung“ des europäischen „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, aber nicht so sehr mit der historischen Form korrespondiert, die Europa heute tatsächlich einnimmt. Die Verwendung des Begriffs im kritischen Diskurs kann also ungeahnte Affirmationen mit sich ziehen, die mit dem Wunsch nach Kontrollier-

barkeit korrespondieren, als Metapher für die erfolgreiche Strategie, Einwandernde abzuhalten und eine einheitliche Migrationspolitik zu suggerieren. Inwieweit ist also diese Metapher überhaupt für einen kritischen Gebrauch (noch) nützlich? An dieser Stelle soll es systematisch um die konzeptuellen Engpässe gehen, die uns zu den neuesten Entwicklungen in der Migrationspolitik in Europa führen.

2. Das „Cross-over-Modell“

Wenn sich der Fokus der Forschung zu sehr auf die Außengrenzen allein richtet, noch dazu wenn sie als Mauern figuriert sind, besteht die Gefahr – zunächst ganz allgemein gesprochen

Europäische Migrationsvisionen

„Festung Europa“ oder ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“?

Manuela Bojadžijev



– die Lage im Inneren (bzw konzeptuell viel wichtiger: die gesellschaftlichen Verhältnisse) aus den Augen zu verlieren, die diese Grenzen und ihren politischen Raum erst produzieren. Es geht mir hier unter Bezug auf *Henri Lefèbvre (1991)* um die gesellschaftliche Produktion von Raum und zugleich um seine Repräsentation. Schon allein der Begriff der Grenze ist nicht so sehr mit dem Begriff des Raums konnotiert, sondern mit dem des Territoriums (oder der Territorialisierung) historisch erwachsen, in einer konstitutiven Beziehung zugleich mit einer bestimmten Bevölkerung und einer spezifischen Form der Souveränität verbunden. Diese hat sich maßgeblich und nicht zuletzt in Europa verändert: „Sie neigt dazu, von verschiedenen Formen eines mobilen Equilibriums zwischen ‚internen‘ und ‚externen‘ konfliktiven Kräften verdrängt sowie durch solidere und ausgedehnte ‚globale Grenzen‘ ersetzt zu werden, die als territoriale Projektionen der politischen Weltordnung (oder Unordnung) erscheinen.“¹ (*Balibar 2004, 5*)

Eine Typologie verschiedener sich widersprechender Visionen des politischen Raumes in Europa, dh also zur „Festung Europa“ konkurrierend und auch manchmal konvergierend, hat *Étienne Balibar (2004)* vorgenommen und dabei ein Modell nahe gelegt, dass er das „Cross-Over-Modell“ nennt. *Balibar* definiert und grenzt sich von drei weiteren Modellen ab: Neben dem *Huntington*-ähnlichen Modell eines Zusammenpralls der Kulturen, dem globalen Netzwerk-Modell,



1) Übersetzung der Autorin.

dessen hervorragendes Merkmal die entstehende Struktur als ein virtuell delokalisiertes System der Kommunikation kennzeichnet und das aus zwei antagonistischen Varianten besteht, zwischen einer eher kapitalistischen Version und einer, die die sozialen Bewegungen hervorhebt, nennt er noch ein Zentrum-Peripherie-Modell, das gerade in Bezug auf den Erweiterungsprozess dominiert. Letzteres basiert auf der Vorstellung, dass das Zentrum, sowohl historisch als auch geografisch, den Kern Europas bildet. Je später die Staaten der EU beigetreten sind und je weiter sie an den Grenzen der EU liegen, desto eher werden sie als Quelle von Problemen angesehen: Sie gelten als ökonomisch weniger entwickelt und kulturell angeblich weiter entfernt vom wünschenswerten europäischen Wertesystem.

Das von *Balibar* favorisierte Cross-over-Modell kann als Kritik der Metapher Festung Europa gelesen werden, aber sollte auch jene aufmerksam machen, die ihre Forschung zu sehr auf die Außengrenzen der EU richten. Es versucht nämlich, die entstehenden Räume lateral zu denken, quasi als eine Überlagerung verschiedener geografischer, politischer, sozialer, kultureller, religiöser und sprachlicher Bezugssysteme, als eine „Serie zusammengesetzter Peripherien“ wie *Balibar* Bezug nehmend auf *Edward Said* schreibt. Das Modell korrespondiert mit der Repräsentation von Europa als „borderland“ („Grenzland“). Demzufolge befindet man sich überall in Europa, selbst in Maastricht, an der Grenze. Die Grenze ist nicht auf eine Grenzlinie reduziert, sie kann auch nicht mit dem Übereinkommen von Schengen gleichgesetzt werden; sie ist sowohl mehr nach innen als auch nach außen gewandt. Durch diese Typologie lässt sich deutlich machen, dass die Räumlichkeiten in Europa bereits bei den vorhandenen Repräsentationen deutlich andere Konturen annehmen und wie wichtig die Verhältnisse im Inneren sind, die solche Grenzräume evozieren. Sie wendet sich allerdings weniger den gesellschaftlichen Praktiken zu, die den Raum durchziehen und die derartigen ideologischen Projekten und Praktiken als Teil von Vergesellschaftungsprozessen entgegenstehen.

3. Die Transformation von Grenzen

In den letzten Jahren hat sich innerhalb der kritischen Sozialwissenschaften eine Forschung zu Grenzen, zur Transformation von Staatlichkeit, des Politischen, des (Bürger)Rechts, des Rassismus und Postkolonialismus und zum Handeln in lokalen/globalen Dimensionen entwickelt, die durchaus bemüht ist, an verschiedenen Enden den Faden aufzunehmen, die soziale Produktion von Raum in die Forschung mit einzubeziehen und der Sperrigkeit des Begriffs „Festung Europa“ Alternativen entgegenzustellen. Es handelt sich um Forschungsnetzwerke, wissenschaftliche Zeitschriften, politische Mobilisierungen, die allesamt unterschiedliches Wissen über Grenzen generieren.

Tatsächlich hat der Fokus auf die Grenze in manchen Ansätzen einen interessanten methodologischen Zugang ermöglicht, der weit über die Vorstellung der Grenze einer Linie hinausgeht, die nationalstaatliche Territorien (und damit

auch den Wirkungsbereich von Rechtssprechung und Gerechtigkeit, von Bürgerrechten etc) voneinander trennt (vgl. *Mezzadra/Neilson* 2008). Einzelne Beiträge untersuchen die unterschiedlichsten Aspekte, die mit den aktuellen Transformationen von Grenzen einhergehen (etwa ihre Verschiebung qua Nachbarschaftspolitiken nach Süden und Osten und über das Stabilisierungs- und Assoziationsabkommen nach Südosten weit über das Territorium der EU hinaus) (ua *Dietrich* 2005, *Forschungsgruppe Transit Migration* 2007), werfen einen Blick auf die nationalen und internationalen Organisationen (etwa IOM, UNHCR, ICMPD uvm), die Arbeitspapiere und politische Strategien ausarbeiten, wie Grenzen in Europa und der Umgang mit Migrantinnen und Migranten zu gestalten wären (*Hess* 2009; *Georgi* (in diesem Heft)) und setzen sich mit den Auswirkungen von sich ausdifferenzierenden Rechtsräumen etwa durch exterritoriale Lager (*Pieper* 2008) oder mit Prozessen der zeitlich gestaffelten Aufnahme der neuen EU-Länder und der Ausdifferenzierung von Rechtsräumen auseinander (*Rigo* 2005). Diese Forschungen sind erheblich, da sie die vielfältigen Verhältnisse herausarbeiten, die das Bild einer Festung überhaupt erst sinnvoll erscheinen lassen.

4. Konfliktlinien innerhalb der Migrationspolitik

Wie steht es nun also um die neueste Tendenz innerhalb der EU, eine einheitliche Migrationspolitik zu kreieren? Welche Konfliktlinien zeichnen sich ab? Vorrangiges Ziel ist der Versuch, die zukünftige Einwanderung gezielt an den so genannten Bedürfnissen der Arbeitsmärkte auszurichten.² Zu diesem Zweck ist das Konzept der „Blue Card“ erschaffen worden, die als europäische Arbeitserlaubnis funktionieren und auf etwa zehn Jahre Geltung haben soll. Bis 2012 sollen außerdem Vorgaben für ein einheitliches Asylverfahren verabschiedet werden. Zudem ist eine Fortführung der Abschottungspolitik geplant, insofern undokumentierte Migration und Massentalisierung weitgehend vermieden, vor allem aber durch Repression, Kontrolle und Überwachung abgeschreckt werden soll (zB durch Maßnahmen wie die seit einigen Jahren konzentrierten Abschiebeflüge mehrerer EU-Länder, die Ausweitung der Datenarchive mit biometrischen Daten, Razzien an Arbeitsplätzen sowie an Verkehrsknotenpunkten auf Überlandstraßen, die Erhöhung von Geldstrafen für die Einstellung von Personen ohne Papiere sowie die Vermietung von Wohnraum an sie, sowie die Denunziationspflicht von Einheimischen). Dazu kommt sowohl die Stärkung der Grenzschutzagentur FRONTEX (vgl. *Tohidipur* (in diesem Heft)), deren Budgeterhöhungen zu den größten innerhalb der EU gehören,³ als auch die für diesen aber auch die vorhergehenden Punkte notwendige und in Zukunft erheblicher werdende Etablierung, Aus handlung und Aufrechterhaltung der Kooperationen mit den Nachbarländern, aber auch mit Herkunfts- und Transitländern (etwa durch eine massive Proliferation von Rückübernahmeabkommen und den Versuch, darauf zu drängen, dass Auswanderung, die undokumentierte Grenzüberschreitung zum Ziel hat, bereits in jenen Ländern verhindert wird). Alle diese Punkte sind Mitte Oktober 2008 in Paris im Rahmen des „Eu-

2) Solche Maßnahmen existieren etwa schon in Australien, Kanada, den USA und Russland. Entsprechend lassen sich ihre Schwächen auch bereits relativ gut einschätzen.

3) 17,5 Mio. Euro im Jahr 2006, 42 Mio. Euro im Jahr 2007 und für vergangenes Jahr waren bereits 70 Mio. Euro ausgewiesen worden; <http://www.frontex.europa.eu/finance> (10.4.2009).

ropäischen Pakts zu Einwanderung und Asyl“ verabschiedet worden. Dieser stellt allerdings zunächst nur einen „Arbeitsplan“ dar, dem aber ab 2010 mit dem Nachfolgeprogramm zum Haager Programm, das zurzeit die Einwanderungspolitik auf EU-Ebene regelt, konkrete Maßnahmen zur Umsetzung folgen sollen.

Vier grobe Linien, entlang derer sich Konflikte für die Zukunft ablesen lassen, deuten sich hier an:

1. Der Versuch der Vereinheitlichung, die Vorstellung von der Steuerbarkeit und der Messbarkeit von Migration: Dabei wird, wenn nicht von einer quasi staatssozialistischen Vision der Planbarkeit in Jahren, so doch von einem relativ statischen Bild von Gesellschaft ausgegangen. Dieses gerät sinnbildlich bereits mit der aktuellen Krise des Kapitalismus ins Wanken und erscheint unter diesen Bedingungen noch weniger vorstellbar, es kollidiert auch mit den seit ein paar Dekaden sich entwickelnden Transformationen von Staatlichkeit. Die EU-Migrationspolitik ist heute nicht einheitlich und wird mit diesem Pakt offensichtlich auch nicht vereinheitlicht, berücksichtigt man allein nur den Widerspruch der Bundesrepublik Deutschland zur „Blue Card“, die höhere Anforderungen für die Einwanderung stellen will. Was diesen Punkt betrifft, haben wir versucht, den Wunsch nach Vereinheitlichung und die konkurrierenden Politiken innerhalb der EU seitens unterschiedlicher Akteure mit dem Begriff des Migrationsregimes zu fassen. Er erlaubt, die konfliktiven und korrespondierenden Politiken in einem theoretischen Zusammenhang zu fassen, anstatt sie nur summarisch nebeneinander zu stellen (vgl. *Forschungsgruppe Transit Migration* 2007).

2. Die Ansicht, Migration könne und müsse global gesteuert werden und zwar nach wirtschaftlichen Kriterien, unter deren Maßgabe die Wettbewerbsfähigkeit und das Wirtschaftswachstum gestärkt werden sollte: Insofern wird Migrationspolitik zunehmend mit Entwicklungspolitik getaktet. Einen erheblichen Faktor spielen dabei die Geldüberweisungen von Migrantinnen und Migranten in ihre Herkunftsländer. Die grundsätzliche Idee ist dabei, dass Migrantinnen und Migranten durch ihre Überweisungen entscheidend zur Armutsbekämpfung und Entwicklung in den Herkunftsländern beitragen. Die Weltbank schätzt das Volumen dieser Überweisungen auf das dreifache der offiziellen Entwicklungshilfeleistungen und es übersteigt auch in einigen Fällen das des Bruttoinlandsproduktes pro Jahr der jeweiligen Empfängerländer⁴. Zugleich zielt die Politik zunehmend darauf, an den Geldüberweisungen, dh an den Transferkosten mit zu verdienen bzw zu beeinflussen, wofür die jeweiligen Gelder Verwendung finden. Es ist aber höchst umstritten, ob und inwieweit Entwicklungshilfe Einfluss auf Migrationsbewegungen hat, der Migrationswunsch nicht vielleicht sogar mit ökonomischer Prosperität steigen würde (vgl. *Dayton-Johnson* 2007).

3. Der Trend zur Verstärkung zirkulärer Migration: Ansätze zu einer globalen Arbeitsmarktpolitik, in deren Bereich die Einführung der „Blue Card“ fällt, die Einwanderung von qualifizierten und hochqualifizierten Arbeitskräften aus den Ländern des globalen Südens intendiert, sollen zugleich durch das Argument des „Brain Drain“ nicht entkräftet werden können.

Insofern ist die „Blue Card“ im Rahmen der Ingangsetzung zirkulärer Migration zu sehen. Dieses Szenario sieht vor, dass MigrantInnen durch die Gewährung einer befristeten Arbeitserlaubnis mit dem in der EU erworbenen Wissen anschließend in ihren Herkunftsländern zu einer besseren Entwicklung beitragen. Der Trend hin zur Verstärkung zirkulärer Migration deutete sich bereits in den Diskussionen um das neue Einwanderungsgesetz in Großbritannien im Jahr 2004 an. Die Einführung erfolgte 2008 und setzt ein 5-Punkte-System an, nach dem Migrantinnen und Migranten kategorisiert und die Länge und die Bedingungen ihres Aufenthalts bestimmt werden. Die erforderliche Mobilität und Flexibilität, wie sie die Saisonarbeit kennzeichnet, soll hier im globalen Maßstab ausgebaut werden. Das Konzept sieht vor, dass benötigte, weniger qualifizierte für bestimmte Branchen begrenzt einwandern sollen, aber unter der Bedingung, dass sie ihrer späteren Rückkehr in das Herkunftsland zustimmen, wenn ihr „Nutzen“ nicht mehr gegeben ist. Damit einher geht etwa die stufenweise Vergabe von sozialen Rechten, die etwa an bestimmte Integrationsleistungen geknüpft werden oder zeitlich gestaffelt Geltung bekommen sollen. Zum Teil ist bereits angedacht, dass ein Teil des Lohnes erst nach Rückkehr zugänglich wird. Die Freizügigkeit und die freie Wahl des Arbeitsplatzes sind damit eingeschränkt und dies verstärkt die Tendenz, die Rechts- und Demokratiestandards innerhalb Europas in abgestufter Weise zu vervielfältigen. Mit anderen Worten: Die Angehörigen von „Drittländern“, von denen heute bereits geschätzte 18,5 Millionen in Europa leben, würden auf Dauer von den Rechten der Bürgerinnen und Bürger „erster Klasse“ ausgeschlossen.

4. Die Frage, welchen Einfluss die aktuelle Krise des Kapitals auf Migrationsbewegungen einerseits und auf Migrantinnen und Migranten andererseits haben wird. Das klassische Argument wäre, dass sich in einer ökonomischen Krise Nationalismus und Rassismus verstärken: Jobs würden dann zuerst für einheimische Arbeitnehmende gefordert. Dieses Argument ist aber in der kritischen Rassismustheorie seit jeher hinterfragt worden, vor allem weil es keinen solchen Automatismus gibt und die sich etablierenden Ideologeme in einer solchen Situation sehr unterschiedlich ausfallen können. Es existieren Beispiele, wie etwa im Fall der ökonomischen Prosperität zu Anfang dieser Dekade in Russland, die keineswegs den Rassismus gemildert, ihn vielmehr verstärkt hervorgebracht haben (vgl. für die neueren Entwicklungen *Buchanan* 2009). Vielfältige historische Bedingungen und Konstellationen sind entscheidend: Welchen Organisationsgrad gibt es unter denjenigen, die sich gegen Rassismus zur Wehr setzen? Wie entwickelt und etabliert ist das Verständnis von Antirassismus in der Gesellschaft? Schließlich stellt sich auch die Frage, wie solche Argumente unter neuen Bedingungen globaler Verflechtungen und etablierter Einwanderungsgesellschaften überhaupt greifen. Der Protektionismus einzelner Staaten für die weltweit etablierten und vorgeschlagenen Regulationsentscheidungen wird bereits kritisiert und es ist weiterhin relativ wahrscheinlich, dass es dem Kapital für manche Sektoren egal ist, welche Nationalität oder auch welchen bürgerrechtlichen Status die Arbeitskraft hat. Die weitgehende Zustimmung von

4) Laut Weltbank zählen zu den größten Empfängerländern von Remittances in Europa und seiner Peripherie Armenien, Moldawien, Bosnien und Herzegowina und Albanien (vgl. *Mansoor/Quillin* 2007, 57).

dieser Seite zu allen möglichen Formen der Einwanderungspolitik, die nicht allein auf Abschottung und Begrenzung zielt, ist dafür kennzeichnend. Wenn allerdings die einheimischen Arbeiter und Arbeiterinnen sich für manche Branchen nicht mobilisieren lassen, wie das von manchen PolitikerInnen anvisiert ist, dann bleibt es vermutlich dabei, dass ein erhöhtes Interesse an undokumentierter Arbeit existiert und diese auch eine klare Genderdimension aufweist. So sind in manchen Ländern der EU 15% der Migrantinnen und Migranten im Gesundheits- und Sozialsektor angestellt (Dänemark, Norwegen, Schweden, Großbritannien), mit einem deutlich höheren Anteil von Frauen (vgl. *Papademetriou/Sumption/Somerville* 2009). Insgesamt ist wenig bekannt über die Beziehung zwischen dem Einfluss von Migrantinnen und Migranten und dem ökonomischen Zyklus.

Komparative Studien, sowohl historisch als auch international (in Bezug auf Länder, die in den letzten zwei Dekaden in ernsthafte Krisen geraten sind und gleichzeitig Einwanderungsländer waren), könnten helfen, einige Faktoren und mögliche Entwicklungen abzulesen. Gerade zirkuläre Migration und den Bedarf an Arbeitskräften der jeweiligen ökonomischen Situation anzupassen, scheinen hier aber besonders anfällige Strategien darzustellen. Natürlich könnten schärfere Visabestimmungen und die Vorlage von Jobzusagen als Voraussetzung für Migration das Projekt zirkulärer Migration attraktiver machen (durch multiple entry visas oder andere Regularien, die es erlauben, auch längere Aufenthaltsrechte durch Kumulation von Zeiten mit Unterbrechung zu erhalten und die Möglichkeit zurückzukehren mit der Bereitschaft koppeln, unter schlechten ökonomischen Bedingungen das Land zu verlassen).

Trotzdem sprechen mindestens zwei Gründe gegen einen Erfolg dieser Verstärkung von zirkulärer Migration als Modell staatlich kontrollierter Einwanderung, die auch auf Dauer Felder markieren können, auf denen Konflikte ausgetragen werden:

1. Das verzögerte Greifen der politischen Maßnahmen: Analysen basieren meist auf administrativen Daten, die üblicherweise ein paar Monate alt sind, wenn sie zu Empfehlungen werden. Auch alle seriösen ökonomischen Aussagen über die derzeitige Krise besagen, dass ihr Ausmaß und ihre Länge nicht abzusehen sind. Historisch hat etwa die Krise Anfang der 1970er Jahre in den europäischen Einwanderungsländern zwar zu einem Anwerbestopp geführt, die Zahl der MigrantenInnen in den Ländern hat allerdings nicht abgenommen.

2. Staaten haben ohnehin relativ wenig Einfluss auf bestimmte Migrationsbewegungen (undokumentierte Migration, Flüchtlinge, Freizügigkeitsberechtigte innerhalb der EU) und unterschätzen meist den subjektiven Faktor und die Beharrlichkeit, mit der Migration trotz Restriktionen organisiert wird (vgl. *Bojadžijev* 2007). Die Vorstellung, zirkuläre Migration organisieren zu können, entspricht insofern bereits der Flexibilität und Mobilität, die Arbeitskräfte schon jetzt an den Tag legen. Sie scheint dieser Tendenz nachzugeben, sie aber zugleich unter Kontrolle bringen zu wollen (vgl. *Hess* 2009).

5. Ausblick

Über diese Organisation der Migration und der Bürgerrechte werden unterschiedliche Schichten von Räumen differenziert und reguliert (vgl. *Ong* 2006). Dieser Trend steht im Kontext

mit dem, was vereinfacht Globalisierung genannt wird, aber präziser gefasst werden muss als die postkoloniale Bedingung Europas. Die zuvor noch klare Unterscheidung von Metropole und Kolonie verschwimmt und eine neue Dimension der Räumlichkeit tritt hinzu, die wahlweise mit dem Begriff der differentiellen Einschließung oder Ausschließung benannt ist. Durch die Mobilität der Arbeitskraft, die neue Funktion der Bürgerrechte und somit die Herstellung transnationaler Räume wird eine neue Segregation installiert, die sowohl nationale wie auch internationale Räume neu zusammensetzt. Eine Aufspaltung der Menschheit, wie sie zentral für jede Form des Rassismus ist, vollzieht sich in einem einzigen politischen Raum. Dies führt zu dem, was mit der Entstehung einer „europäischen Apartheid“ (*Balibar*) gemeint ist.

Nimmt man diese Punkte zusammen, müssen Bemühungen einer kritischen Arbeit in die Richtung gehen, Institutionen und Praktiken der Bürgerschaft weiter zu entwickeln, die nicht an das Territorium des Nationalstaats gebunden sind. Forderungen nach Rechten und Gerechtigkeit haben ohnehin seit jeher die gegebene Garantie auf Gewährung der Staatsbürgerschaft überschritten. Insofern muss die Unterteilung von Staatsbürgerschaft und Staatenlosigkeit überwunden werden. Bestimmte Aspekte der Staatsbürgerschaft, die jetzt bereits schon den Tendenzen ihrer Deterritorialisierung unterliegen und mit der Durchlässigkeit von Grenzen zu tun haben, sollten eher von den Grenzen des Konzepts der Bürgerschaft betrachtet werden (vgl. *Sassen* 2008). Mit anderen Worten, Migrantinnen und Migranten ohne Papiere müssen nicht nur als Objekte des Ausschlusses gedacht werden, sondern ihre Praktiken der Aneignung von Bürgerrechten (etwa indem sie sich in der Lage zeigen, Bildung und Wohnen, Gesundheitsversorgung und Arbeit trotz fehlender Anerkennung ihres Status zu organisieren) sollten als Form verstanden werden, die Grenzen unseres Verständnisses von Bürgerschaft herauszufordern und neu zu definieren. Eine sukzessive und progressive Aneignung oder Erteilung von Rechten durch bloßen Zeitablauf, wie sie in manchen Vorstellungen von Integrationspolitik noch existieren oder suggeriert werden, wäre damit obsolet.

*Dr.ⁱⁿ Manuela Bojadžijev ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Freien Universität Berlin;
m.bojadzijev@fu-berlin.de*

Literaturverzeichnis

Andreas, Peter/Snyder, Timothy (Hg.) (2000): *The Wall around the West. State Borders and Immigration Controls in North America and Europe*. Oxford: Rowman and Littlefield.

Balibar, Étienne (2004): *Europe as Borderland. The Alexander von Humboldt Lecture in Human Geography*, University of Nijmegen, 10.11.2004.

Bojadžijev, Manuela (2007): „Autonomie der Migration“. In: Brand, Ulrich et al. (Hg.): *ABC der Alternativen*. Hamburg.

Buchanan, Jane (2009): *Are you happy to cheat us? Exploitation of Migrant Construction Workers in Russia*. Human Rights Watch. <http://www.hrw.org/de/node/80466/section/2> (23.3.2009).

Busch, Nicholas (2006): *Baustelle Festung Europa: Beobachtungen, Analysen, Reflexionen*. Klagenfurt.

Schwarz

Arbeitsrecht und Sozialversicherung in der Praxis

Ein Ratgeber zur Vermeidung von kostspieligen Fehlern bei Dienstverträgen, Freien Dienstverträgen und Werkverträgen

2006, 248 Seiten, br., 978-3-7046-4590-6, € 34,-

Der Ratgeber hilft dabei, **arbeitsrechtliche** und **sozialversicherungsrechtliche** Fehler bei der **Begründung, Führung** oder **Beendigung** von **Arbeitsverhältnissen**, oder bei einem freien Dienstvertrag zu vermeiden. Das Werk richtet sich an Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Belegschaftsvertreter und vermittelt praktisch relevante Inhalte in übersichtlicher und leicht verständlicher Sprache. Das Buch wird durch ein Glossar zur Erklärung der **gängigsten Fachbegriffe** und diverse **Checklisten** unter Einarbeitung der bestehenden **Judikatur** abgerundet. Durch die Verbindung von Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht bildet der Ratgeber ein **einzigartiges Nachschlagewerk** für die **Praxis**.

Mag. Dr. Andrea Schwarz ist in der PVA mit Rechtsangelegenheiten betraut. Diverse Publikationen im Bereich Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Medizinrecht sowie Vortragstätigkeit, an Akademien und Fachhochschulen.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at

VERLAG
 ÖSTERREICH

Dayton-Johnson, Jeff et al. (2007): „Policy Coherence for Development 2007: Migration and Developing Countries“, OECD. <http://www.oecd.org/dataoecd/59/23/40328368.pdf> (23.3.2009).

Dietrich, Helmut (2005): Das Mittelmeer als neuer Raum der Abschreckung. Flüchtlinge und MigrantInnen an der südlichen EU-Außengrenze. <http://www.ffm-berlin.de/mittelmeer.html> (23.3.2009).

Forschungsgruppe Transit Migration (2007): Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas. Münster.

Hess, Sabine (2009): „Man schickt doch nicht eine Ersatzbraut zum Altar. Zur Konfliktualität der neuen Formen des Regierens in und von Europa“. In: Welz, Gisela/Lottermann, Annalina (Hg.): Projekte der Europäisierung. Kulturanthropologische Forschungsperspektiven. Kulturanthropologische Notizen, Band 78. Frankfurt am Main.

Kuster, Birgitta (2007): „Die Grenze filmen“. In: Forschungsgruppe Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas. Münster, 187-202.

Lefèbvre, Henri (1991): The Production of Space. Oxford: Blackwell.

Leuthardt, Beat (1994): Festung Europa. Reinbek bei Hamburg.

Mansoor, Ali/ Quillin, Bryce (ed.) (2007): Eastern Europe and the Former Soviet Union. The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank. Washington DC <http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Re->

[sources/2578961167856389505/Migration_FullReport.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Re-sources/2578961167856389505/Migration_FullReport.pdf) (23.3.2009).

Mezzadra, Sandro/Neilson, Brett (2008): Die Grenze als Methode, oder die Vervielfältigung der Arbeit. In: eipcp, borders, nations, translations, Nr. 3. <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/de> (23.3.2009).

Ong, Aihwa (2006): Neoliberalism as Exception: Mutations in Citizenship and Sovereignty. Durham: Duke University Press.

Papademetriou, Demetrios/Sumption, Madeleine/Somerville, Will (2009): „Migration and the Economic Downturn. What to Expect in the European Union“. In: Migration Policy Institute. Washington DC. http://www.migrationpolicy.org/trans-atlantic/EU_Recession_back-grounder.pdf (23.3.2009).

Pieper, Tobias (2008): Das Lager als Struktur bundesdeutscher Flüchtlingspolitik: eine empirische Untersuchung zur politischen Funktion des bürokratischen Umgangs mit MigrantInnen in Gemeinschaftsunterkünften und Ausreiseeinrichtungen in Berlin, Brandenburg und Bramsche, Niedersachsen. Münster.

Rigo, Enrica (2005): Citizenship at Europe's Borders: Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement. In: Citizenship Studies, IX, 1, 3-22.

Sassen, Saskia (2008): Das Paradox des Nationalen: Territorium, Autorität und Rechte im globalen Zeitalter. Frankfurt am Main.

So right now [migration] is a very, very important factor in the entire world economy. And the best way to cope with this is to manage it properly, so that you maximise the benefits and you get rid of some of the disadvantages.

Brunson Mckinley, Direktor der Internationalen Organisation für Migration (IOM) (BBC News 2004)

1. Einleitung

In den vergangenen zehn Jahren hat sich in der europäischen und internationalen Migrationspolitik ein neues Konzept etabliert: ‚Migrationsmanagement‘. Oft ist der Begriff ein bloßes Schlagwort, inflationär verwendet, ohne spezifischen Inhalt. Doch zwischenstaatliche Organisationen wie die *International Organization for Migration* (IOM) oder das *International Centre for Migration Policy Development* (ICMPD) verbinden mit ihm eine bestimmte Strategie. ‚Die Vorteile der Migration maximieren, ihre negativen Folgen minimieren‘ (IOM 2007: 4), so lautet die utilitaristische Kernbotschaft. Vorangetrieben durch eine lose und auch in sich widersprüchliche Koalition von zwischenstaatlichen Organisationen, Think Tanks und Behörden und begleitet von Experten wie *Bimal Ghosh*, *Jonas Widgren* und *Demetrios G. Papademetriou* ist ‚Migrationsmanagement‘ zum Etikett eines globalen politischen Projekts mit dem Ziel einer radikalen Modernisierung staatlicher Migrationskontrollen geworden. Zumindest auf diskursiver Ebene hat dieses Projekt eine herausragende Stellung erlangt.

‚Migration muss gemanagt werden, um Wachstum und Stabilität in der globalisierten Welt zu sichern‘ (vgl. Ghosh 2000b: 20ff). Diese Annahme ist heute Teil eines internationalen Elitenkonsenses, wie zahlreiche Publikationen, Konferenzen, Projekte und Aktionspläne zum *migration management* belegen. Das Konzept ist eng mit der migrationspolitischen Realität von Grenztoten, Illegalisierung und Massenabschiebungen verbunden. Gleichzeitig wird es als eine Art apolitische Politik präsentiert, als rationales Management technischer Probleme. Bis jetzt ist *migration management* nur selten kritisch untersucht worden. Seine Diskursgeschichte ist nicht aufgearbeitet und die Forschung zu seinen ProtagonistInnen steht erst am Anfang (siehe u.a. Geiger 2007; Transit Migration Forschungsgruppe 2007; Georgi 2007, 2009). Es ist notwendig, ‚Migrationsmanagement‘ historisch und politisch zu verorten. Die im Titel genannte ‚Kritik‘ ist mithin nicht als moralische Anklage gegen einzelne Aspekte zu verstehen. Gemeint ist ein historisch-materialistisches Kontextualisieren des Begriffs und der mit ihm verbundenen Politik. Ziel dabei ist es, ‚Migrationsmanagement‘ als veränderbares und kritisierbares gesellschaftliches Phänomen erkennbar zu machen (vgl. Heinrich 2008: 68ff).

2. Historisierung: ‚Migrationsmanagement‘ als strategisches Projekt

Von staatlicher Migrationspolitik lässt sich sinnvoll erst mit der Entstehung absolutistischer Territorialstaaten im 18. Jahrhundert und der immer differenzierteren Unterscheidung von Bürgern und Nicht-Bürgern in den modernen kapitalistischen Nationalstaaten des 19. und 20. Jahrhunderts sprechen (vgl. Fahrmeier et al. 2003). ‚Migrationsmanagement‘ gehört zur

neuesten Phase dieser gut 250-jährigen Geschichte. Es kann als jüngster Versuch begriffen werden, diese ‚Regierung‘ der Mobilität von Bevölkerungen zu modernisieren.

Diese Aktualisierung als ‚Management‘ von Migration verläuft analog zu anderen Bereichen. Seit den 1990er Jahren sind im Rahmen von ‚Politikmanagement‘ Begriffe wie ‚Gesundheitsmanagement‘, ‚Bildungsmanagement‘, ‚Wassermanagement‘, ‚Sozialmanagement‘ oder ‚Public Management‘ zu wirkmächtigen Konzepten in gesellschaftlichen Auseinandersetzungen geworden – auf internationaler Ebene und im englischsprachigen Raum noch weitaus stärker als im deutschsprachigen.

Kritik des Migrationsmanagements

Historische Einordnung eines politischen Projekts

Fabian Georgi



chigen. Als ‚Zeit- und Selbstmanagement‘ dehnen sich solche effizienz- und nutzenorientierten Denkformen auch auf das Alltagsleben und individuelle Subjektivierungsprozesse aus. Wenig verwunderlich ist, dass auch Migration heute als etwas *zu Managendes* beschrieben wird.

Der historische Ausgangspunkt dieser Entwicklung liegt in der 1973 einsetzenden Weltwirtschaftskrise. Westeuropäische Staaten beendeten die aktive Anwerbung migrantischer Arbeitskräfte und die klassischen Einwanderungsländer USA, Kanada und Australien erschwerten zunehmend die Einreise von Flüchtlingen und MigrantInnen. Es war die finale Krise der ‚fordistischen Regulationsweise‘ des westlichen Nachkriegskapitalismus, gekennzeichnet durch Klassenkompromisse und die Form des Vollzeit arbeitenden männlichen Familienernährers. Die Restrukturierung dieses Typs ging in den folgenden zwei Jahrzehnten vor allem in Westeuropa mit dem Versuch einher, sich gegenüber Einwanderung abzuschotten. Diese Abschottungspolitik war nur mäßig erfolgreich. Sie fiel mit verstärkten Migrationsprozessen zusammen, die größtenteils Ergebnis der nun einsetzenden ‚neoliberalen‘ Reformen selbst waren: Westeuropäische Staaten schufen einen Binnenmarkt, die G7-Staaten und transnationale Konzerne förderten die Internationalisierung von Produktion und Handel und Kapitalmärkte wurden weitgehend dereguliert (Hirsch 2005: 124ff; Harvey 2007: 52ff).

Dieser ökonomische Globalisierungsschub erhöhte die internationale Mobilität von Arbeitskräften. Anfang der 1980er

Jahre lösten Bürgerkriege in Afghanistan, Libanon, Angola und anderen Ländern sowie die sozialen und politischen Krisen in weiten Teilen der sogenannten Dritten Welt infolge der Schuldenkrise und der Strukturanpassungsprogramme des Internationalen Währungsfonds komplexe Flucht- und Migrationsbewegungen aus. Die Kontrollapparate der westlichen Industriestaaten waren diesen Migrationsbewegungen nicht gewachsen. Die Migrationsbewegungen verstärkten sich noch nach dem Zusammenbruch des sogenannten Ostblocks und der Sowjetunion und durch die Bürgerkriege im ehemaligen Jugoslawien. In der Folge kam es zu intensiven zwischenstaatlichen Verhandlungsprozessen, die zur Gründung einer ganzen Reihe von neuen migrationspolitischen Institutionen führten.

Bereits 1985 entstanden die *Intergovernmental Consultations on Asylum, Refugee and Migration Policies* (IGC) als informelles Netzwerk westlicher Industriestaaten. Die EG etablierte mehrere migrationspolitische Gremien und zahlreiche Staaten traten der IOM bei. 1991 begannen in Europa zwischenstaatliche Konsultationsprozesse im Rahmen des Europarates und 1993 im sogenannten Budapestprozess, die das EU-Grenzregime nach Osteuropa ausdehnten (Georgi 2007: 29ff). 1993 wurde in Wien das ICMPD zur Unterstützung dieser Prozesse etabliert. Die *Commission on Global Governance* beschäftigte sich mit Migration (Ghosh 1995) und ab 1996 fanden jährlich Konferenzen des internationalen Metropolis-Netzwerks statt (Metropolis 2009). Aus diesen und weiteren, oft neu gegründeten Forschungsinstituten, NGOs und Behörden entstand eine bis dahin so nicht existierende internationale migrationspolitische *Policy Community*. Sie bildete das soziale und institutionelle Umfeld für eine lose Akteurskoalition, die unter dem Etikett ‚Migrationsmanagement‘ staatliche Migrationskontrollen radikal modernisieren wollte.

Neben IOM und ICMPD können das Metropolis-Netzwerk, das 2001 von der Carnegie-Stiftung in Washington etablierte *Migration Policy Institute* und die EU-Kommission zu diesen auch untereinander rivalisierenden Akteuren gezählt werden. Die Publikation von „Managing Migration. Time for A New International Regime“, herausgegeben vom IOM-Berater *Bimal Ghosh*, kann als diskursverstärkendes Schlüsselereignis gelten (Ghosh 2000a). Beschleunigt durch den Kosovo-Krieg und den EU-Gipfel in Tampere 1999 gewann das Projekt an Fahrt. Seit 2001 fand eine kontinuierliche Serie globaler Konsultationen, Workshops und Kongresse statt, in denen das Konzept eines Migrationsmanagements eine wichtige Rolle spielte. Dazu gehören die Konferenzen der *Berner Initiative* 2001-2004, zahlreiche Ausbildungsgänge und Trainings der IOM, die Konsultationen der vom früheren UN-Generalsekretär *Kofi Annan* etablierten *Global Commission on International Migration*, der ‚Hochrangige Dialog‘ in der UN-Generalversammlung im September 2006 und die *Globalen Foren zu Migration und Entwicklung* 2007 in Brüssel und 2008 in Manila (vgl. IOM 2004; The Berne Initiative 2005; GCIM 2005; United Nations 2006). Auch die Europäische Union, insbesondere die EU-Kommission, trieb trotz aller Verzögerungen die Etablierung eines europäischen Migrations- und Grenzmanagements mit neuen Institutionen und technologischen Großprojekten voran (vgl. Georgi 2008a, 2008b; Tohidipur (in diesem Heft)).

Die genannten Akteure hielten die in den 1980ern und zu Beginn der 1990er verschärften Asylgesetze, Visaregeln und Grenzkontrollen für nicht weitgehend genug, partiell ineffektiv

und schlecht koordiniert (vgl. Georgi 2007: 33ff). Die Fähigkeit der westlichen Industriestaaten Migration unter ihre Kontrolle zu bringen und ökonomischen Nutzen aus ihr zu ziehen, schien grundlegend in Frage gestellt. Die relative „Autonomie der Migration“ (Bojadžijev/Karakayali 2007) gegenüber staatlichen Kontrollversuchen, ihre Kämpfe und ihre Alltagspraktiken führten ‚ExpertInnen‘ aus Politik und Wissenschaft zur Wahrnehmung einer ‚globalen Krise der Migrationspolitik‘ (Weiner 1995). Als strategische Reaktion auf dieses als ungünstig angesehene Kräfteverhältnis zwischen staatlichen Kontrollapparaten und den Bewegungen der Migration entwickelten Experten aus dem Umfeld von IOM, ICMPD und anderen das politische Projekt eines internationalen ‚Migrationsmanagements‘. Es zielte auf einen modernisierenden Umbau und Ausbau von nationalen und internationalen Staatsapparaten: Alle Formen der Migration sollten in kohärenter Weise auf verschiedenen Ebenen und mit vielfältigen Instrumenten in Herkunfts-, Transit- und Zielländern im Rahmen eines verbindlichen globalen Regimes ‚gemanagt‘ werden (vgl. IOM 2007, 2009a, 2009b).

Die ProtagonistInnen des Projekts verwiesen auf die Notwendigkeit, die internationale Mobilität von gefragten Arbeitskräften aus ökonomischen und demographischen Gründen zu steuern. Gleichzeitig, so ihr meist implizites Argument, gelte es, die relativ autonomen Prozesse der ‚Krisenmigration‘ unter Kontrolle zu bringen, um eine systemrelevante soziale, politische oder ökonomische Destabilisierung von Produktions- und Kapitalverwertungsprozessen zu verhindern (vgl. Georgi 2007: 76ff). Das mit ‚Migrationsmanagement‘ bezeichnete Projekt war mithin keine isolierte Reaktion auf veränderte Migrationsprozesse. In den Begriffen der Regulationstheorie kann es als Versuch der dominierenden Industriestaaten beschrieben werden, die migrationspolitischen Aspekte der neoliberalen politisch-sozialen Regulationsweise auf für sie vorteilhaftere Weise an den Bedingungen der derzeitigen kapitalistischen Akkumulationsregime auszurichten (vgl. u.a. Hirsch 2005: 83ff).

3. Re-Politisierung: ‚Migrationsmanagement‘ als neoliberaler Internationalismus

Die historische Kontextualisierung des Begriffs ‚Migrationsmanagement‘ und seine Interpretation als Etikett eines strategischen Projekts verdeutlicht, dass die mit ihm verbundenen Praktiken alles anderes als apolitisch sind. Laut IOM können mit ‚Migrationsmanagement‘ vier wichtige Ziele erreicht werden: (1) Wachstumspotenziale von Migration maximieren (*Migration and Development*); (2) legale Migration etwa von Touristen, Studierenden und Hochqualifizierten praktisch unterstützen (*Facilitating Migration*); (3) unerwünschte bzw illegale Migration bekämpfen (*Regulating Migration*); (4) Bewegungen erzwungener Migration unter Kontrolle behalten und Flüchtlingen und Vertriebenen helfen (*Forced Migration*) (vgl. IOM 2009a).

Dieses IOM-Modell verbindet eine restriktive und aufwendige Bekämpfung ‚illegaler Migration‘ mit temporärer und permanenter ökonomisch erwünschter Zuwanderung, einer ‚fairen Integrationspolitik‘ und dem Schutz ‚genuiner Flüchtlinge‘ durch Asyl und ‚regionale Schutzsysteme‘. Zentrales Motiv ist es, die staatlichen *Fähigkeiten* zur Begrenzung unerwünschter Migration in einem Maße zu steigern, die eine ‚regulierte Offenheit‘ (Ghosh 2000b: 25) gegenüber ‚nützlicher‘ Zuwanderung und der Aufnahme von Flüchtlingen erst politisch durchsetzbar

und beherrschbar machen soll (vgl. IOM 2007, 2008, 2009a). Neben dieser politischen Begründung darf das unmittelbare Eigeninteresse vieler Akteure am Ausbau eines solchen ‚Migrationsmanagements‘ nicht übersehen werden. Viele internationale Organisationen, Forschungsinstitute und NGOs sichern das eigene finanzielle Überleben, indem sie den Staaten ‚Migration Management Services‘ (IOM 2009b) verkaufen – von Forschung und Beratung über den Betrieb von Lagern bis zur Abwicklung von ‚freiwilligen Abschiebungen‘. Sie konkurrieren auf einem milliarden schweren Markt der durch die partielle Privatisierung staatlicher Migrationskontrollen geschaffen wurde. Dieses Outsourcing ‚zwingt‘ Akteure wie IOM und ICMPD zu einem gewissen Grad wie kommerzielle Unternehmen zu handeln. Sie propagieren ihre immer neuen Projekte zum ‚Migrationsmanagement‘ partiell aus wirtschaftlichem Eigeninteresse und nicht allein aus politischen oder sachlichen Motiven (vgl. Georgi 2009).

Ideengeschichtlich und politisch lässt sich das Projekt des ‚Migrationsmanagements‘ der liberalen Strömung in den internationalen Beziehungen zuordnen (vgl. Burchill 2001). Seine Akteure unterstreichen die Notwendigkeit und die Vorteile von regionaler und internationaler Kooperation und viele engagieren sich mit großem finanziellen und politischen Aufwand für den Schutz von Flüchtlingen. Sie setzen sich für die UN-Wanderarbeiterkonvention ein und erreichen durch viele lokale Projekte unmittelbare Verbesserungen für die Situation von Flüchtlingen und MigrantInnen. Im Vergleich zu konservativen Positionen wird Migration nicht primär als Bedrohung für Sicherheit, nationale Identität und Wohlstand verstanden. Insgesamt zeigt sich ein positives Bild, in dem Migration als natürlicher Prozess und eine potentielle Bereicherung erscheint, die ‚zum Wohle aller‘ (IOM 2008) gesteuert werden könne. Ohne Zweifel entspringt diese humanitäre Rhetorik auch taktischen Erwägungen (vgl. Human Rights Watch 2003: 2). Gleichwohl ist sie als Ausdruck des individuellen Bewusstseins und liberaler Grundüberzeugungen ihrer Akteure ernst zu nehmen.

Im ‚Migrationsmanagement‘ zeigen sich jedoch auch die Schattenseiten des Liberalismus. Ein zentrales Motiv zur Umgestaltung staatlicher Migrationspolitiken bestand in den 1990ern darin, die ‚ineffiziente‘ Abschottung der westlichen Industriestaaten gegenüber Einwanderung zu überwinden und die Wachstumspotenziale gesteuerter Migration zu realisieren. Migration wird als positiv betrachtet, weil und insofern sie ökonomisch *nützlich* ist. Die Mobilität von Menschen, die nicht ohne Weiteres ‚verwertbar‘ sind, soll aus denselben Gründen bekämpft werden, aus denen um die Einwanderung ‚Hochqualifizierter‘ ein globaler Wettbewerb organisiert wird. Diese Logik reduziert in ihrer Konsequenz Menschen zu bloßen Mitteln, indem sie ihren ökonomisch definierten Nutzen über ihre Rechte, Hoffnungen und Pläne privilegiert. Diese utilitaristische Zweckrationalität rechtfertigt es, ‚Migrationsmanagement‘ als Element neoliberaler Hegemoniebestrebungen zu konzeptionalisieren.

Ein zweites Motiv des ‚Migrationsmanagements‘ ist seine rechtspositivistische Legitimation durch die Prinzipien des

internationalen Staatensystems. Aus liberaler Perspektive beruht das Recht der Nationalstaaten, über den Zugang zu und den Aufenthalt in ihrem Territorium souverän zu entscheiden, auf der Annahme, jeder Mensch gehöre jeweils einer Nation an, die mittels ‚ihres‘ Staates und auf ‚ihrem‘ nationalen Territorium seine universellen Menschenrechte schütze. Da jedem Menschen seine unveräußerlichen Rechte durch den Staat der eigenen Nation garantiert werden, sind die Staaten anderer Nationen trotz der prinzipiellen Gleichheit aller Menschen berechtigt und – aus Verantwortung vor ihren eigenen Bürgern – auch verpflichtet, unerwünschte *non-nationals* an ihren Grenzen abzuweisen, ihre Rechte einzuschränken oder sie gewaltsam abzuschicken (vgl. Kostakopoulou 2008: 26f; Georgi 2007: 77ff). Angesichts der massiven globalen Ungleichheiten in Macht, Wohlstand und individuellen Rechten, die aus realen Widersprüchen und Herrschaftsverhältnissen im wie nie zuvor globalisierten Weltsystem entstehen, erscheint die ethische Legitimation des ‚Migrationsmanagements‘ über liberal-nationalistische Mythen des 18. und 19. Jahrhunderts mehr als fragwürdig. Die ökonomistische Logik des ‚Migrationsmanagements‘ und seine abstrakte Rechtfertigung verdeutlichen, dass es den Interessen wirtschaftlich und politischer dominierender Kräfte im Weltsystem eher nutzt, als der großen Mehrheit der Weltbevölkerung.

4. Schlussbemerkungen

Dieser Artikel hat ‚Migrationsmanagement‘ historisch und politisch kontextualisiert und damit versucht, eine vorläufige ‚Kritik des Migrationsmanagements‘ zu entwickeln, die sich als Beitrag zu einer interdisziplinären kritischen Migrations- und Grenzregimeforschung versteht.¹ ‚Migrationsmanagement‘ wurde interpretiert als strategisches Projekt in Reaktion auf die ‚Krise der Migrationspolitik‘ und als Versuch der migrationspolitischen Absicherung des globalen neoliberalen Akkumulationsregimes. Als liberales Projekt hat es eine grundsätzlich positive Einstellung gegenüber Migration. Tendenziell privilegiert es jedoch deren ökonomisch verstandene Nützlichkeit und die abstrakte Staatsräson liberaler Nationalismusvorstellungen über die individuellen Rechte, die Interessen und Wünsche von Flüchtlingen und MigrantInnen.

Die technokratische Vision eines umfassenden Managements menschlicher Mobilität ‚zum Wohle aller‘ blendet die fundamentalen Widersprüche und ungleichen Machtverhältnisse aus, die erst zu den massiven Unterschieden in Lebensbedingungen und individuellen Rechten führen. Auf einer grundsätzlicheren Ebene führen diese Motive letztlich zur Bereitschaft, auch Gewalt bei der Durchsetzung eines globalen Migrationsmanagements einzusetzen. Zugespielt formuliert zeigt sich hier was *Max Horkheimer* und *Theodor W. Adorno* als die ‚Dialektik der Aufklärung‘ beschrieben haben. Der Glaube an die Kontrollierbarkeit von sozialen Verhältnissen, an die Verpflichtung zur Gestaltung der Welt anhand von abstrakten Prinzipien und nützlicher Zwecke führt zu einem Machbarkeitsdenken, das die konkreten Hoffnungen und Pläne von Menschen auf der Suche nach Schutz vor Verfolgung und einem besseren Leben als

1) Versuche eine solche interdisziplinäre kritische Forschungspraxis zu entwickeln wurden Juni 2008 in München und Februar 2009 bei Berlin unternommen. Siehe <http://borderrevom.net> vom Netzwerk für kritische Migrations- und Grenzregimeforschung auf zwei Tagungen im

illegal migration flows objektivieren und sie im Namen eines abstrakten Managements gewaltsam bekämpfen lassen kann. Die vollends *gemanagte* Erde „strahlt im Zeichen triumphalen Unheils.“ (Horkheimer/Adorno 2003: 19). Migrationsmanagement ist ein Herrschaftsprojekt.

Dipl.-Pol. Fabian Georgi promoviert am Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft der Freien Universität Berlin und ist Mitarbeiter bei reflect! Assoziation für politische Bildung und Gesellschaftsforschung; fgeorg@zedat.fu-berlin.de

Literaturverzeichnis

- BBC News (2004): Ask the experts: Should there be open borders? (BBC News 2.4.2004). http://news.bbc.co.uk/1/hi/talking_point/3585681.stm (14.2.2009).
- Bojadžijev, Manuela; Karakayali, Serhat (2007): Autonomie der Migration. 10 Thesen zu einer Methode. In: Transit Migration Forschungsgruppe (Hg.): *Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas*. Bielefeld: Transcript, S. 203-210.
- Burchill, Scott (2001): Liberalism. In: Burchill, Scott et al. (Hg.): *Theories of International Relations*. 2. Auflage. Houndmills/New York: Palgrave, S. 29-69.
- Fahrmeir, Andreas; Faron, Olivier; Weil, Patrick (Hg.) (2003): *Migration Control in the North Atlantic World. The Evolution of State Practices in Europe and the United States from the French Revolution to the Inter-War Period*. New York/Oxford: Berghahn Books.
- GCIM (2005): *Migration in einer interdependenten Welt. Bericht der Weltkommission für Internationale Migration*. <http://www.gcim.org/mm/File/German%20report.pdf> (14.2.2009).
- Geiger, Martin (2007): Internationale Regierungsorganisationen und die Steuerung von Migration: die Ukraine im Vorfeld der Europäischen Union. In: *IMIS-Beiträge*, H. 32, Dezember 2007, S. 61-87.
- Georgi, Fabian (2007): *Migrationsmanagement in Europa. Eine kritische Studie am Beispiel des International Centre for Migration Policy Development*. Saarbrücken: VDM.
- Georgi, Fabian (2008): Another Brick in the Wall. Die EU beschließt im Oktober 2008 einen ‚Pakt über Einwanderung und Asyl‘. In: *Malmoe*, Ausgabe 43, Oktober 2008, 2008, S. 24. <http://www.malmoe.org/artikel/regieren/1723> (15.2.2009).
- Georgi, Fabian (2008): *Bordering on a Nightmare? A Commentary on the 2008 ‘Vision for an EU Border Management System’*. In: *Migrationonline.cz*, Mai 2008. <http://migrationonline.cz/e-library/?x=2093871> (15.2.2009).
- Georgi, Fabian (2009): *Handlanger und Störenfriede. NGOs und internationale Organisationen in der Migrationskontrolle*. In: *Komitee für Grundrechte und Demokratie* (Hg.): *Jenseits der Menschenrechte. Das europäische Verwaltungsregime von Flucht und Migration*. Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Ghosh, Bimal (1995): *Movement of people: the search for a new international regime*. In: *Commission On Global Governance* (Hg.): *Issues in Global Governance. Papers Written for the Commission on Global Governance*. London: Kluwer Law International, S. 405–424.
- Ghosh, Bimal (Hg.) (2000a): *Managing Migration. Time for a new international regime?* New York: Oxford University Press.
- Ghosh, Bimal (2000b): *Towards a New International Regime for the Orderly Movement of People*. In: ders. (Hg.): *Managing Migration. Time for a new international regime?* New York: Oxford University Press. S. 6–26.
- Harvey, David (2007): *Kleine Geschichte des Neoliberalismus*. Zürich: Rotpunktverlag.
- Heinrich, Michael (2008): *Weltanschauung oder Strategie? Über Dialektik, Materialismus und Kritik in der Kritik der politischen Ökonomie*. In: Demirović, Alex (Hg.): *Kritik und Materialität*. Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 60–72.
- Hirsch, Joachim (2005): *Materialistische Staatstheorie. Transformationsprozesse des kapitalistischen Staatensystems*. Hamburg: VSA.
- Horkheimer, Max; Adorno, Theodor W. (2003 [1947]): *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp (Theodor W. Adorno. *Gesammelte Schriften*, Bd 3).
- Human Rights Watch (2003): *The International Organization for Migration (IOM) and Human Rights Protection in the Field: Current Concerns* (Submitted to the IOM Governing Council Meeting 86th Session November 18-21, 2003 Geneva). New York. <http://hrw.org/backgrounder/migrants/iom-submission-1103.pdf> (14.2.2009).
- IOM (2004): *Essentials of Migration Management. A Guide for Policy Makers and Practitioners*. 3 Bände. Genf: IOM.
- IOM (2007): *IOM Strategy*. Genf. http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/docs/res1150_en.pdf (14.2.2009).
- IOM (2008): *Managing Migration for the Benefit of All. The International Organization for Migration in Brief. Info Sheet. September 2008*. Genf. Siehe www.iom.int.
- IOM (2009a): *Migration Management Foundations*. <http://iom.int/jahia/Jahia/lang/en/pid/240> (15.2.2009).
- IOM (2009b): *Migration Management Services*. <http://iom.int/jahia/Jahia/about-iom/organizational-structure/migration-management-services> (15.2.2009).
- Kostakopoulou, Dora (2008): *The Future Governance of Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Metropolis (2009): *About Metropolis International*. http://international.metropolis.net/generalinfo/index_e.html (15.2.2009).
- The Berne Initiative (2005): *International Agenda for Migration Management. Common Understandings and Effective Practices for a Planned, Balanced and Comprehensive Approach to the Management of Migration*. Bern. http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/books/IAMM.pdf (15.2.2009).
- Transit Migration Forschungsgruppe (Hg.) (2007): *Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas*. Bielefeld: Transcript.
- UN General Assembly (2006): *Summary of the High-level Dialogue on International Migration and Development*. UN Dok. A/61/515 v 13.10.2006.
- Weiner, Myron (1995): *The Global Migration Crisis. Challenges to States and Human Rights*. New York: Longman.

1. Einleitung

Mit der Begründung, dass es täglich hunderte illegale Grenzübertreitte gäbe und die Überwachung der Grenzen im Osten dem Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung nicht mehr entspräche, wurde am 4. 9. 1990 vom damaligen BMI ein erster Antrag im Ministerrat für eine Assistenzleistung des Bundesheeres zur Sicherung der österreichischen Staatsgrenze im Burgenland gestellt.¹ Die Bundesregierung gab dem Antrag statt und ordnete die Unterstützung der (Polizei-), Gendarmerie- und Zollwacheorgane bei der Überwachung der Staatsgrenze an. Der Einsatz war auf „längstens zehn Wochen“ und auf den burgenländischen Teil der Grenze zur damaligen Tschechoslowakei und Ungarn beschränkt.

Durch anfangs halbjährliche, schließlich jährliche Ministerratsbeschlüsse wurde der Einsatz regelmäßig verlängert und auch geografisch erweitert. Er umfasste schließlich eine Grenzlänge von 113 km zur Slowakei und 357 km zu Ungarn. Als 1997 das Schengener Abkommen für Österreich in Kraft trat, wurde der Personalstand des Bundesheeres an der Grenze um 400 Personen auf einen Monatsdurchschnitt von 1.900 aufgestockt, ausdrücklich, um den nunmehr zur Schengen-Außengrenze gewordenen Abschnitt effektiv zu sichern.²

Selbst innerhalb des Bundesheeres wurde erwartet, dass der Assistenzeinsatz nach der Erweiterung des Schengenraums auf sämtliche östliche Nachbarn Österreichs mit 21. 12. 2007 und damit dem Wegfall der Schengen-Außengrenze beendet wird. Die Bundesregierung entschloss sich jedoch zu einer Fortsetzung zunächst „bis längstens Ende 2008“ und dann „bis längstens 31. Dezember 2009“.³

Der derzeit geltende Ministerratsbeschluss zur Bewilligung der Assistenzleistung als aktuelle Rechtsgrundlage ist wie der Großteil der bisherigen Einsatzgrundlagen der Öffentlichkeit nicht zugänglich. Im Folgenden wird auf den vermutlich unveränderten, den Autoren vorliegenden Beschluss vom 6. 11. 2007 zur Fortführung des Assistenzeinsatzes nach Wegfall der Schengengrenzen eingegangen.⁴ Es bildet einen Teil der verfassungsrechtlichen Problematik, dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der verfügbaren Assistenzleistung durch den Mangel an Zugänglichkeit und Transparenz der maßgebenden Entscheidungen – zumal in einem so sensiblen Bereich staatlichen Handelns – erschwert wird.

2. Aufgaben des Bundesheeres im Inneren – Der Assistenzeinsatz als ultima ratio

Hauptaufgabe des Bundesheeres ist die militärische Landesverteidigung. Darüber hinaus kann das Bundesheer – soweit die gesetzmäßige zivile Gewalt seine Mitwirkung in Anspruch nimmt – auch zum Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der EinwohnerInnen, zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt sowie

zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen herangezogen werden (Art 79 B-VG). Abgesehen von militärischer Selbstverteidigung oder bei höherer Gewalt, die die zuständigen Behörden außerstande setzt, eine Assistenzleistung anzufordern, ist ein selbständiges Einschreiten des Bundesheeres nicht zulässig.

Das WehrG präzisiert die verfassungsrechtlichen Vorgaben: Demnach sind alle Behörden und Organe des Bundes,

Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres an der Binnengrenze – eine permanente Verfassungsverletzung?

Bernd-Christian Funk / Joachim Stern



der Länder und Gemeinden innerhalb ihres jeweiligen Wirkungsbereiches zur Heranziehung des Bundesheeres zu Assistenzeinsätzen berechtigt. Sind dafür jedoch mehr als 100 Soldaten erforderlich obliegt die Anforderung der Bundesregierung, bei Gefahr im Verzug dem BMI im Einvernehmen mit dem BMLV.⁵

Was auf den ersten Blick nach weitreichendem Ermessen der anfordernden Behörde aussieht, erweist sich bei näherer Betrachtung als rechtlich vielfach eingeschränkte Option. Der Assistenzbereich „zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt“ ist allgemein den zivilen Behörden und deren Wachkörpern, namentlich den Sicherheitsbehörden und der Bundespolizei, vorbehalten.⁶ Der Vorbehalt dient der Machtbeschränkung und der Funktionssicherung sowohl der Streitkräfte als auch der Polizei: Das Bundesheer soll nur ausnahmsweise und nicht dauerhaft mit Polizeieinsätzen betraut werden. Ebenso wenig soll die Polizei zur Erfüllung militärischer Aufgaben eingesetzt werden. Im Interesse des Rechtsstaates und der Machtbeschränkung sollen polizeiliche und militärische Staatsaufgaben weder vertauscht noch vermengt werden.

Dem entsprechend sind die verfassungsrechtlichen Ermächtigungen zur Heranziehung des Bundesheeres zu Assistenzleistungen für die zivile „Gewalt“ einschränkend auszulegen und handzuhaben. Polizeiliche Assistenzeinsätze sind nur als ultima ratio zulässig. Sie sind funktionell und zeitlich



1) S die ausführliche Chronik bei Steiger, Zum Schutz an der Grenze bestimmt!? (2001) 118.
 2) Ségur-Cabanac, Der Assistenzeinsatz an der Ostgrenze, ÖMZ 5/2005.
 3) burgenland.orf.at/stories/321473/ (14.4. 2009).
 4) Antrag und Beschluss v 6.11.2007, BMI-OA1300/0140-II/1/2007.
 5) § 2 Abs 5 WehrG BGBl I 2001/146 idGF.
 6) Ausf Hauer, Der „Grenzeinsatz“ des Bundesheeres. Bemerkungen zu VfGH V 115/93-16, JBl 1995, 227 (235). Die im Titel zitierte Geschäftszahl lautet richtig: „B 115/93“.

auf das unbedingt Notwendige zu beschränken, und zu beenden, wenn die Gründe für ihre Anordnung wegfallen oder die Assistenzleistung keinen angemessenen Beitrag für die innere Sicherheit erbringt. Assistenzeinsätze sind nur zulässig, wenn und solange die abzuwehrende oder zu beseitigende Störung der Ordnung und Sicherheit ernsthaft und gravierend ist und die Mittel der zivilen Gewalt auch bei Anspannung aller Kräfte nicht ausreichen, um der Störung zu begegnen.⁷

Die Grundsätze der Trennung ziviler und militärischer Kräfte⁸ und der strengen Subsidiarität von Assistenzleistungen sind auch im WehrG verankert: Eine Assistenzanforderung ist nur zulässig, sofern die anfordernde Behörde eine ihr zukommende Aufgabe nur unter Mitwirkung des Bundesheeres erfüllen kann (§ 2 Abs 5 WehrG). Dabei sind anlässlich jeder Anforderung der Zweck, der voraussichtliche Umfang und die voraussichtliche Dauer des Einsatzes sowie jene Umstände anzugeben, derentwegen die zugrunde liegende Aufgabe nur unter Mitwirkung des Bundesheeres erfüllt werden kann (§ 2 Abs 6 WehrG).

3. Befugnisse des Bundesheeres im Inneren

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Assistenzeinsatzes an der Grenze war schon vor, jedenfalls aber bald nach Beginn des Einsatzes zweifelhaft. Selbst wenn die Dimension illegaler Grenzübertritte eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung herbeiführen hätte können, hätten sogleich Anstrengungen unternommen werden müssen, die Kapazität der Zivilwachkörper zu verstärken und die Assistenzleistungen auslaufen zu lassen.

Unklar war zunächst auch, welche Befugnisse den Assistenz leistenden Soldaten⁹ zukamen. Die Antwort gab der VfGH in der Entscheidung vom 7.3.1994, B 115/93 (VfSlg 13708). Gegenstand war die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Angehörige des Bundesheeres gegen Menschen, die die („grüne“) Staatsgrenze bei Loipersbach unbefugt zu Fuß überschritten hatten, in Form der Anhaltung, der Personen- und Gepäckkontrolle und der Verbringung zur Flüchtlingsübernahmestelle Siegendorf mit anschließender erneuter Personen- und Gepäckdurchsuchung durch Organe der Bundesgendarmarie.

Eine dagegen erhobene Maßnahmenbeschwerde wurde vom UVS Burgenland abgewiesen, ebenso die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde beim VfGH. Der Gerichtshof hielt Assistenzeinsätze zur „Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt“ generell für zulässig, soweit die gesetzmäßige zivile Gewalt die „Mitwirkung“ des Bundesheeres in Anspruch nimmt. Die Frage der Erforderlichkeit des damals schon zwei Jahre währenden Assistenzeinsatzes wurde vom VfGH nicht geprüft.

Zu den Befugnissen der Angehörigen des Bundesheeres stellte der VfGH fest, dass Assistenzleistungen nicht im Rah-

men einer Amtshilfebeziehung (Art 22 B-VG) erfolgten. Maßgebend für die Zuordnung zu dem für die „eigentliche Besorgung der Aufgaben zuständigen Organ“ sei vielmehr, „dass die Organe des Bundesheeres bei einem Assistenzeinsatz grundsätzlich die den zivilrechtlichen Einrichtungen übertragenen Befugnisse für diese wahrnehmen.“ Ein eigener gesetzmäßiger Wirkungsbereich des Bundesheeres für Angelegenheiten des öffentlichen Sicherheitswesens entstehe damit nicht. Insofern setze das Bundesheer keine selbständigen Vollzugsakte, sondern werde für jene Behörden und Organe auf Grund der für diese geltenden Rechtsgrundlagen tätig, für welche die Assistenzleistung erfolgt.

Der VfGH hat das Assistenzverhältnis als unselbständige Mitwirkungsgehilfenschaft für zivile Behörden und Organe (hier: der Sicherheitsbehörden und ihrer Exekutivorgane) interpretiert. Im Rahmen des Assistenzauftrages können die Assistenz leistenden Angehörigen des Bundesheeres die gleichen Befugnisse ausüben wie die zivilen Behörden und Organe. Zum konkreten Beschwerdefall wurde in der Literatur vermerkt, dass das tatsächliche Geschehen dem Modell einer unselbständigen Mitwirkungsgehilfenschaft nicht entsprochen habe, sondern durch eigenständiges Einschreiten gekennzeichnet war.¹⁰

4. Wandel in den Exekutivbefugnissen durch die Schengenerweiterung

In der Anfangsphase des Einschreitens richteten sich die Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihrer Exekutivorgane – und damit auch der assistenzleistenden Soldaten – nach dem Grenzkontrollgesetz.¹¹ Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes waren berechtigt, Menschen generell einer Grenzkontrolle zu unterziehen (§ 12 GreKoG).¹² Diese Ermächtigung umfasste die Feststellung der Identität sowie die Besichtigung von Fahrzeugen und sonst mitgeführten Behältnissen von außen und innen. In weiterer Folge konnten Aufgaben und Befugnisse auf Grund anderer Gesetze, zB des FPG oder des SPG, zum Tragen kommen.

Nach mehrjähriger Vorbereitung der Verlegung der Schengen-Außengrenzen in Form der technischen und personellen Aufrüstung, schrittweisen Einbindung der neuen Mitgliedstaaten in das Schengener Informationssystem, der Umsetzung der Bestimmungen über einheitliche Visa und der Ausweitung der polizeilichen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten beschloss der Rat einstimmig¹³ auf Grund von zufriedenstellend abgelaufenen mehrphasigen Evaluierungsprozessen, dass die neuen Mitgliedstaaten die Schengenstandards erfüllen.¹⁴ Damit trat mit 21.12.2007 der Schengen-Besitzstand gegenüber den neuen Mitgliedern aus der Erweiterungsrunde 2004 mit Ausnahme Zyperns zur Gänze in Kraft (bezüglich dem Luftverkehr mit 30.3.2008).

Der „Schengener Grenzkodex“, der als Verordnung 2006 die entsprechenden Bestimmungen des Schengener Durch-

7) S auch *Hauer*, Ruhe Ordnung Sicherheit (2000) 358ff.

8) Zur Herauslösung der Gendarmerie aus der Heeresorganisation s *Funk*, Die Bestimmungen der Bundesverfassungsnovelle 1929 über Wachkörper, ÖJZ 1973, 593 f.

9) Aufgrund des primären Einsatzes von Präsenzdienern wird hier ausschließlich die männ-

liche Sprachform verwendet. Dies soll auch auf die damit verbundene – bei den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes tendenziell vorhandene, hier aber noch systematischere – Maskulinisierung der öffentlichen Sicherheit hinweisen.

10) *Hauer*, JBl 1995, 235.

11) GreKoG, BGBl I 1996/235.

12) In diesem Sinne auch die Hinweise und Anleitungen für assistenzleistende Soldaten in einem Merkblatt des BMI, *BMI*, Assistenzeinsatz zur Grenzsicherung (2005).

13) S Art 3 Abs 2 Beitrittsakte 2003, ABi L 236 v 23.9.2003, 33; BGBl III 2004/20.

14) Beschluss des Rates v 6.12.2007, 2007/801/EG, ABi L 323 v 8.12.2007.

führungsbereinkommens ersetzt,¹⁵ regelt die europarechtlichen Möglichkeiten der Kontrolle an den Binnengrenzen, die seit Ende 2007 auch gegenüber den neuen Mitgliedstaaten gelten. Die zu Binnengrenzen gewordenen Abschnitte dürfen seitdem unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrolle überschritten werden (Art 20 Grenzkodex, § 10 Abs 2 GreKoG).

Damit sind aber nicht sämtliche grenzspezifischen Exekutivbefugnisse weggefallen, sie haben sich lediglich vom unmittelbaren Grenzbereich weg vornehmlich ins Ausland und teilweise auch ins Landesinnere verschoben:

Das Schengener System kennt einen Vorbehalt zugunsten des nationalen Polizeirechts. So berührt die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen ausdrücklich nicht die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, sofern diese Maßnahmen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben und sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheiden. In der Literatur wurde hervorgehoben, dass dieser Vorbehalt bzw dessen Vorgängerbestimmung¹⁶ nicht dazu dienen solle, „Ersatzkontrollen“ im Landesinnern zu installieren, sondern lediglich die verbliebene Polizeihoheit im Landesinneren festzustellen, die durch das vereinbarte Ende des Polizeiregimes an den Grenzen einem partiellen Souveränitätsverzicht unterliefe.¹⁷

Dennoch bleibt festzustellen, dass in das österreichische Sicherheitspolizeirecht ausdrücklich im Hinblick auf das Schengen-System verdachts- und ereignisunabhängige Kontrollbefugnisse eingeführt wurden. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind zur Feststellung der Identität eines Menschen ermächtigt, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, der/die Betroffene habe im Zuge einer noch andauernden Reisebewegung die Binnengrenze überschritten oder werde sie überschreiten. Dasselbe gilt für Fälle, in denen eine Person, entlang eines vom internationalen Durchzugsverkehr benutzten Verkehrsweges „unter Umständen angetroffen wird, die für grenzüberschreitend begangene gerichtlich strafbare Handlungen typisch sind“.¹⁸

Diese Befugnisse müssen sich in ihren Auswirkungen von systematischen Grenzkontrollen unterscheiden.¹⁹ Erforderlich ist dabei der Einsatz speziell ausgebildeter und ausgerüsteter Organe, die in der Regel nicht uniformiert auftreten und mit Zivilfahrzeugen ausgestattet sind.²⁰ Angehörige des Bundesheeres entsprechen diesen Anforderungen nicht.

Zum selben Ergebnis kommt eine Betrachtung des eigentlichen Problemlösungsmechanismus, der dem Schengener System zu Grunde liegt: Der Abschaffung von Grenzkontrollen liegt die fundierte Überlegung zugrunde, dass die Grenzen überflüssig sind. Es gibt kompensatorische Maßnahmen wie den europäischen Haftbefehl, die strengen Kontrollen an den Außengrenzen,²¹ Polizeikooperationen,²² oder das Recht zur Nacheile über die Grenzen hinweg (Art 41ff SDÜ). Die Ausübung dieser Befugnisse bleibt aber ausdrücklich den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes²³ und in eingeschränktem Maß den Zollbehörden vorbehalten.²⁴ Ähnliche Bestimmungen finden sich in bilateralen Abkommen.²⁵ Auch aus völkerrechtlichen Gründen ist damit ausgeschlossen, dass uniformierte Angehörige des Bundesheeres als Assistenzkräfte für österreichische Organe im Ausland auftreten könnten, was die Asymmetrie des Einsatzes des Bundesheeres unterstreicht.

Sollte es trotz der Kompensationsmechanismen zu schwerwiegenden Bedrohungen der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit kommen, können Kontrollen an den Schengen-Binnengrenzen vorübergehend wieder eingeführt werden (Art 23ff Grenzkodex). Wegen der Kurzfristigkeit solcher Maßnahmen und wegen der Schwere der Bedrohung der öffentlichen Ordnung stellte eine solche Situation geradezu ein Paradebeispiel für einen Assistenzeinsatz des Bundesheeres dar.

5. Der Assistenzeinsatz neu

Die Bundesregierung war sich der juristischen Problematik einer weiteren Verlängerung des Assistenzeinsatzes bewusst. Eine neue Definition der Assistenzaufgaben sollte Abhilfe schaffen: Die Soldaten werden nun nicht mehr an der Grenze, sondern im gesamten Gebiet der grenznahen Bezirke eingesetzt. Befugnisse zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber Zivilpersonen kommen den Assistenz leistenden Angehörigen des Bundesheeres nicht mehr zu. Ihr Einsatz reduziert sich auf die „Unterstützung der Sicherheitsbehörden bei der Bekämpfung grenzüberschreitender Deliktbereiche in den Regionen der Slowakischen Republik und der Republik Ungarn durch mobile und stationäre Beobachtungen, insbesondere zur Feststellung sicherheits- und fremdenpolizeilich relevanter Ereignisse bei sofortiger Verständigung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes“.²⁶

Selbst wenn man davon ausgeht, dass damit die europarechtliche Problematik entschärft wurde, verstärkt werden

15) VO (EG) 562/2006 v 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl L 105 v 13.4.2006; ersetzt Art 2-8 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (SDÜ), veröffentlicht im Protokoll zum Vertrag von Amsterdam zur Einbeziehung des Schengen Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union, ABl L 239 v 22.9.2000, 19.

16) Art 2 Abs 3 SDÜ.

17) *Lisken*, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität?, NVwZ 1/1998, 22; s dazu auch *Würz*, Das Schengener Durchführungsübereinkommen (1997) 39f.

18) § 35 Abs 1 Z 6, 7 SPG idF BGBl I 1999/146; Die Befugnisse sind verdachtsunabhängig, weil nicht an den Verdacht, ein verpöntes Verhalten gesetzt zu haben, sondern an die Ausübung einer Grundfreiheit bzw eines Grundrechts angeknüpft wird. Insofern, und auch weil sie schon beim „Anschein“ ansetzen, sind sie auch ereignisunabhängig. Dass solche vorgeblich neutralen Befugnisse, die sich auch im Fremdenrecht finden, immanent diskriminieren und rassistische Auswirkungen haben, ist ein in Österreich bislang kaum erforschtes Faktum. Für Deutschland s *Kant*, Verdachtsunabhängige Kontrollen, MigrantInnen im Netz der Schleierfahndung, CILIP – Bürgerrechte und Polizei 1/2000.

19) Zur damit verbundenen Individualisierung der Grenzen s *Pollmann*, Globalisierung und Atomisierung, Juridikum 2008, 68.

20) S dazu etwa *BMI*, Fahnden im Hinterland, Öffentliche Sicherheit 9-10/2007, 122f.

21) S dazu den Beitrag von *Tohidipur*.

22) S dazu den Beitrag von *Lachmayer*.

23) Das sind gemäß § 5 Abs 2 SPG die Angehörigen des Wachkörpers Bundesgendarmerie, der Gemeindegewachkörper und des rechtskundigen Dienstes bei den Sicherheitsbehörden, wenn diese Organe zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ausdrücklich ermächtigt sind.

24) S dazu Art 2, 3 Übereinkommen zum Beitritt Österreichs, BGBl III 1997/90.

25) Etwa Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Slowakischen Republik über die polizeiliche Zusammenarbeit, BGBl III 2005/72.

26) Siehe FN 4.

Rill/Schäffer
Bundesverfassungsrecht

Grundwerk inkl. 5. Lieferung,
 Stand: 30. 12. 2007, ca. 2000 Seiten,
 Loseblatt, 978-3-7046-2000-9, Gesamtwerk € 248,-

Aus dem Bereich der Staatsorganisation werden Amtsgeheimnis und Transparenz dargestellt (Feik). Fortgeführt wird die Bearbeitung des Gemeindeverfassungsrechts (Kahl). Mit der Kommentierung der Kausalgerichtsbarkeit wird ein weiterer relevanter Bestandteil der Verfassungsgerichtsbarkeit bearbeitet (Frank). Aus dem Bereich der Grundrechte wird das Verbot von Folter und erniedrigender Behandlung kommentiert (Kneihls).

Dr. Heinz Peter Rill

em. o. Univ.-Prof. für Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Dr. Heinz Schäffer

o. Univ.-Prof. für Öffentliches Recht, Universität Salzburg, Ersatzmitglied des Verfassungsgerichtshofes

**Jetzt neu
 mit 5. Lieferung**



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at



die verfassungsrechtlichen Bedenken an der Zulässigkeit des Einsatzes.

Mit dem nunmehrigen Konzept wurde ein Wandel zu einem unspezifischen allgemeinen Einsatz des Heeres im Inneren vollzogen. Anstatt die für einen Assistenzinsatz vorausgesetzte Gefährdung der Ordnung und Sicherheit dabei auch nur annähernd ausweisen zu können, wird unter ausdrücklicher Betonung des erfolgreichen Anpassungsprozesses der Nachbarstaaten eine Rechtfertigung konstruiert, die im Ergebnis nicht zu überzeugen vermag: „In der Phase des Umbaus und der mit der Schengenerweiterung nicht mit letzter Sicherheit vorhersehbaren sicherheits- und fremdenpolizeilicher (sic!) Entwicklung in den genannten Regionen kann nicht ausgeschlossen werden, dass mit den dort verfügbaren polizeilichen Kapazitäten die notwendigen Maßnahmen nicht im vollen Umfang gesetzt werden können.“²⁷ Diese Begründung steht in unauflösbarem Widerspruch zur Erklärung im Rat, und wird – als allgemeingültig formulierter Zweifel an der Durchführbarkeit von Verwaltungsmaßnahmen – den verfassungsrechtlichen und auch den einfachgesetzlichen Anforderungen an einen Assistenzinsatz nicht im Ansatz gerecht.

6. Ausblick

Entgegen den Erwartungen wies die offizielle Statistik für das erste Halbjahr 2008 einen signifikanten Rückgang der Kriminalität aus.²⁸ Die Vorgangsweise der BReg lässt damit

insgesamt den politischen Willen erkennen, den Assistenzinsatz trotz des Wegfalls seiner rechtlichen und faktischen Voraussetzungen aufrechtzuerhalten – dies auch entgegen den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und entgegen dem Gebot der Effizienz staatlichen Handelns (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit).

Diesmal wird die Fortführung des Assistenzsatzes mit dem „Gefühl der Sicherheit“, das dadurch der Bevölkerung vermittelt werden sollte, begründet.²⁹ Ob die Positionierung von Grundwehrdienern mit Sturmgewehren vor Bahnhöfen, Einkaufszentren und anderen zivilen Einrichtungen und die Notierung ausländischer KFZ-Kennzeichen dazu beitragen kann, mag dahingestellt bleiben. Die dadurch geschaffene Symbolik dürfte weniger die innere Sicherheit stärken, als der unsäglichen Vorstellung der Verknüpfung von nationaler Herkunft und krimineller Neigung neuen Auftrieb geben. Dass hinter dem Projekt Schengen einst die Abschaffung auch jener Grenzen stand, die sich in den Köpfen befinden, scheint in der österreichischen Verfassungsrealität nicht angekommen zu sein.

*o. Univ.- Prof. Dr. Bernd-Christian Funk lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; bernd-christian.funk@univie.ac.at
 Mag. Joachim Stern, MA, ist Assistent ebenda und Redaktionsmitglied des Juridikum;
 joachim.stern@univie.ac.at*

27) Siehe FN 4.

28) www.bmi.gv.at/downloadarea/krimstat/2008/krimstat_06_08.pdf (14.4.2009).

29) BMLV, Assistenzsatz erfolgreich und wichtig, Presseausendung v 16.2.2009.

1. Prolog

Mit der Relativierung der Autonomie des Nationalstaates in politischer Hinsicht verändert sich auch die Bedeutung des nationalen Raumes. Als ein neuer politischer Bezugspunkt konstituiert sich die EU, die komplementär zum Nationalstaat bzw den Mitgliedstaaten einen Raum umgreift und damit einen neuen politischen Raum erfindet.¹ Die weltweiten Migrationsbewegungen werden, soweit sie den europäischen Kontinent, den politischen Raum der EU zum Ziel haben, als Sicherheitsproblem wahrgenommen. Im Zusammenspiel mit der Thematik der legalen Zuwanderung, der Intensivierung der Zusammenarbeit mit Drittstaaten sowie der Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems bis zum Jahr 2010², ist ein durchweg zentraler Gesichtspunkt die Weiterentwicklung des europäischen Grenzkontrollregimes in der EU.³ Dies zielt einmal auf die Stärkung und Vertiefung der internationalen Zusammenarbeit mit den Herkunfts- und Transitländern und zum anderen auf die Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten durch eine integrale Grenzschutzstrategie zum Schutz der Außengrenzen ab, die in operativer Hinsicht bereits 2005 der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen (FRONTEX, abgeleitet von „frontières extérieures“) übertragen wurde. Der Beitrag zeichnet die Einbettung der Agentur in das Grenzschutzsystem nach, analysiert die Befugnisse und problematisiert insbesondere Defizite politischer und rechtlicher Verantwortlichkeiten.

2. FRONTEX und das integrierte Grenzschutzregime

Die primärrechtlichen Rechtsgrundlagen für das Grenzmanagement der EU finden sich in Art 62 Ziff 2 und 66 des EG-Vertrages. Hierauf gründen die Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (FRONTEX-VO)⁴ und die, die operativen Aufgaben maßgeblich erweiternde Verordnung über einen Mechanismus zur Bildung von Soforteinsatzteams für Grenzsicherungszwecke (RABIT-VO)⁵. FRONTEX ist zuständig für die Koordinierung der operativen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich des Schutzes der Außengrenzen sowie die Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Ausbildung von Grenzschutzbeamten einschließlich der Festlegung gemeinsamer Ausbildungsnormen („Common Training Standards“). Wichtige Grundlage hierfür ist die Durchführung von Risikoanalysen und die Verfolgung der Entwicklungen der für die Kontrolle und Überwachung der Außengrenzen relevanten Forschung. Hinzu kommt die

Unterstützung der Mitgliedstaaten in Situationen, die eine verstärkte technische und operative Unterstützung an den Außengrenzen erfordern und die Bereitstellung der notwendigen Unterstützung für die Mitgliedstaaten bei der Organisation gemeinsamer Rückführungsaktionen bzw Sammelabschiebungen. Zuletzt obliegt FRONTEX auch die Entscheidung über den Einsatz und die Zusammensetzung

FRONTEX – Wächter der Festung Europa

Kritische Überlegungen zum Grenzmanagement der EU

Timo Tohidipur



der mit der RABIT-VO eingerichteten Soforteinsatzteams (Art 8a-8h FRONTEX-VO). Damit befinden sich Bedarfs- und Einsatzplanung, personelle und technische Ausstattung sowie Koordination und Durchführung im nahezu umfassenden Aufgabenspektrum der Agentur.

2.1. FRONTEX im System unionaler Agenturen

FRONTEX ist eine Gemeinschaftsagentur mit eigener Rechtspersönlichkeit. Agenturen sind sekundärrechtlich begründete Verwaltungseinrichtungen, die in abgestufter Unabhängigkeit agieren und mit eigenen Aufgaben betraut sind.⁶ Mangels primärrechtlicher Grundlage orientiert sich die Errichtung solch dezentralisierter Körperschaften an der inhaltlichen Sachkompetenz.⁷ An den Leitungsstrukturen von FRONTEX sieht man deutlich, wie die Verselbständigung von Administrativorganen zu einer Integration gubernativer und administrativer Organe geführt hat. So wird die Grenzschutzagentur von einem Exekutivdirektor geleitet, der durch den Verwaltungsrat der Agentur auf Vorschlag der Kommission ernannt wird. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates folgt dem typischen Strukturmerkmal der Gemeinschaftsverwaltung, das die Einbindung der mitgliedstaatlichen Exekutiven einmal zentral durch den Rat und die



1) *Schroer*, Räume, Orte, Grenzen (2006) 206 ff.
 2) Vgl dazu den Beitrag von *Pinter* in diesem Heft.
 3) Grünbuch über das künftige gemeinsame europäische Asylsystem, KOM(2007) 301 endg v 6.6.2007.
 4) Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 v 26.10.2004, ABl L 349/1.

5) Verordnung (EG) Nr. 863/2007 v 11.7.2007, ABl L 199/30.
 6) Dazu *Fischer-Lescano/Tohidipur*, Europäisches Grenzkontrollregime. Rechtsrahmen der europäischen Grenzschutzagentur FRONTEX, ZaöRV 2007, 1219 ff mwN.

7) EuGH 13.6.1958, Rs 9/56, *Meroni*, Slg 1958/59, 9 (42 f), wonach die einem Organ übertragenen Zuständigkeiten die Möglichkeit umfassen soll, bestimmte mit diesen Zuständigkeiten verbundene Befugnisse unter Beachtung der Anforderungen des Vertrages und unter Bedingungen, die es selbst festsetzt, zu übertragen.

Komitologieverfahren gewährleistet, zugleich aber auch dezentral institutionalisiert ist, indem bei der Besetzung der Leitungsgremien der europäischen Agenturen ebenfalls die nationalen Exekutiven einbezogen sind. So setzt sich auch der Verwaltungsrat von FRONTEX aus jeweils einem Vertreter pro Mitgliedstaat sowie der am Schengen-Besitzstand assoziierten Staaten und zwei Vertretern der Europäischen Kommission zusammen und fällt seine Entscheidungen grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit seiner stimmberechtigten Mitglieder.

2.2. Grenzschutzregime als Netzwerk

Die Art 11 ff FRONTEX-VO schaffen die Voraussetzungen für die Konstruktion eines Sicherheitsnetzwerks mit FRONTEX als operativ handelndem Koordinator in Grenzschutzfragen. Neben der Erleichterung des interinstitutionellen und mitgliedstaatlichen Informationsaustauschs unter Einbeziehung von Europol, umfasst die Sicherheitskooperation internationale Organisationen sowie Behörden von Drittstaaten, die für vergleichbare Aufgabenbereiche zuständig sind. Dazu kann die Agentur selbständig Arbeitsvereinbarungen mit Verwaltungseinrichtungen außerhalb der Europäischen Union eingehen. Ziel der internationalen Zusammenarbeit ist in erster Linie eine Vertiefung der praktischen Zusammenarbeit zwischen der EU und den Ländern Afrikas und des Mittelmeerraums,⁸ wie die bereits geschlossenen Arbeitsvereinbarungen mit der Baltic Sea Border Control Cooperation, der International Border Police Conference sowie mit Russland, der Ukraine und Georgien zeigen. Zudem wurde mit dem UNHCR eine Zusammenarbeit bezüglich der Ausbildung von BeamtInnen vereinbart.⁹

Die integrative Vernetzung bezieht sich auch auf die Zusammenlegung von grenzschutzrelevanten Ressourcen, die einmal in Form des Zentralregisters der verfügbaren technischen Ausrüstungsgegenstände (CRATE), schweres technisches Gerät wie Flugzeuge, Hubschrauber, Schiffe und sonstige Fahrzeuge, sowie, in der „humanen“ Version, Grenzschutzspezialisten mit ihren spezifischen Einsatzpotentialen umfassen. Aus diesem Pool werden die koordinierten Einsätze „bestückt“: Italienische Hubschrauber, spanische Schiffe und deutsche Helikopter können dann mit Spezialisten aus Portugal, Frankreich und Deutschland kombiniert werden.

Nicht zu vernachlässigen ist auch die Informationsvernetzung der europäischen Grenzschutzbehörden.¹⁰ Hier hat die EU eine Fülle von Maßnahmen entwickelt, die die umfassende Nutzung computergestützter Technologien, die Kooperation mitgliedstaatlicher Behörden und die Einrichtung und Vernetzung unionaler Verwaltungsorgane bei der

Personenkontrolle betreffen.¹¹ So ermöglicht das Schengener Informationssystem (SIS) den Behörden der Mitgliedstaaten den Zugriff auf Datensätze zur polizeilichen Fahndung nach Personen und Sachen und das nachfolgende SIS II wird auch biometrische Daten enthalten.¹² Im parallel erfolgenden Aufbau des Visa-Informationssystems werden die persönlichen Daten eines jeden Visumantragstellers, der Status des Visums, die ausstellende Behörde sowie Personen, die für Reise- und Unterkunftskosten des Antragstellers haften können, gespeichert. Darüberhinaus wurde EURODAC als biometrische Datenbank der Fingerabdrücke von Asylbewerbern und illegalen Einwanderern eingerichtet, um auf diese Weise die Implementierung der Verordnung zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Unterzeichnerstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Unterzeichnerstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-II VO),¹³ zu gewährleisten. Die national erhobenen Daten werden in ein zentrales System eingespeist, auf das mitgliedstaatliche Behörden Zugriff haben, wobei die Herkunftsmitgliedstaaten zuständig bleiben für die Rechtmäßigkeit der Erhebung, Verwendung, Übermittlung, Aufbewahrung und Löschung der Daten, während gleichzeitig die Kommission die Sicherheit der Zentraleinheit gewährleisten soll. Diese unterschiedlichen Zuständigkeiten erschweren Transparenz und Kontrolle des Systems, wobei die anstehende Revision von EURODAC den Schutz personenbezogener Daten verbessern soll.¹⁴

3. Die operative Dimension

Die operativen Kompetenzen der Grenzschutzagentur umfassen Grenzkontrollmaßnahmen zum Schutz der Land-, See- und Luftgrenzen, wobei die Routen über die südlichen Seeaußengrenzen, die östlichen Landaußengrenzen, über den Balkan und über bedeutende internationale Flughäfen im besonderen Fokus stehen. Seit 2006 haben durch FRONTEX viele operative Einsätze unter der Beteiligung von je bis zu sieben Mitgliedstaaten stattgefunden, so beispielsweise vor den Küsten Maltas, Griechenlands, im Gebiet der Kanaren, der Kapverden, im Schwarzen Meer, vor dem Senegal und an den Landgrenzen im Balkan. Zusätzlich sind permanent mindestens drei Expertenteams im Rotationssystem auf internationalen Flughäfen im Einsatz.¹⁵ Das Arbeitsprogramm für 2009 zeichnet ein ähnliches Einsatzbild, nähert sich aber in seinem Vokabular an den Strukturplan eines Handelsunternehmens an. Eine ausdrückliche Orientierung an Begriffen wie Interoperability, Performance, Projects, Products und Services geht einher mit einer nunmehr langfristigen Zielplanung¹⁶ – ein wahres Grenzmanagement.

8) Rat der EU, Vermerk 15445/03 v. 28.11.2003; Holzberger, *Europol's kleine Schwester. Die Europäische Grenzschutzagentur „FRONTEX“*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2006, 56 ff.
 9) Frontex-UNHCR: reinforced cooperation, http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art39.html (9.3.2009).
 10) Zu den dabei entstehenden menschenrechtlichen Problemen, vgl. auch den Beitrag von Lachmayer in diesem Heft.

11) Entscheidung des Rates 2002/463/EG v. 13.6.2002 über ein Aktionsprogramm für Verwaltungszusammenarbeit in den Bereichen Außengrenzen, Visa, Asyl und Einwanderung, ABl. L 161, 11 ff.
 12) Verordnung (EG) Nr. 2424/2001 des Rates v. 6.12.2001 (SIS II), ABl. L 328, 4 ff.
 13) Verordnung (EG) Nr. 343/2003 v. 18.2.2003, ABl. L 50/01.

14) Europäischer Datenschutzbeauftragter, Presseerklärung v. 18.2.2009, <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/lang/en/pid/269>.
 15) Arbeitsprogramm 2008, Frontex Management Board Decision 1/2008 on the Programme of Work 2008 Amendment No 1, 29.1.2008, Annex 9 f.
 16) Arbeitsprogramm 2009, 6 ff, http://www.frontex.europa.eu/work_programme (9.3.2009).

Die Agentur unterscheidet zwischen Unterstützungseinheiten, bei denen die FRONTEX-BeamtInnen grundsätzlich keine eigenen exekutiven Kompetenzen innehaben, und schnellen Eingriffsteams (Rapid Border Intervention Teams), denen exekutive Befugnisse im jeweiligen Mitgliedstaat übertragbar sind und die dann einen Sonderausweis und ein Emblem der EU als Armbinde tragen. Alle eingesetzten BeamtInnen müssen gemäß Art 10 FRONTEX-VO das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht des Einsatzmitgliedstaates einhalten. Diese Zuordnung zu unterschiedlichen Rechtsmassen ist nicht unproblematisch, denn sie schafft unterschiedliche rechtliche Verantwortlichkeiten, die interne Zuordnungsschwierigkeiten bereiten und zudem nicht nach außen erkennbar sind. Hinzu kommt, dass dem Exekutivdirektor durch das Erstellen des verbindlichen Einsatzplans in Zusammenarbeit mit dem Einsatzstaat ein erheblicher Spielraum eingeräumt wird. Die Aufgaben und Befugnisse aller abgestellten BeamtInnen orientieren sich am Schengener Grenzkodex, der Maßnahmen von der Identitätsfeststellung, über Befragungen, Datenabfragen bis hin zu Durchsuchungen umfasst. Selbst die Gewaltanwendung wird von Art 6 Abs 6 RABIT-VO ermöglicht. Hier kommt dann auch noch eine dienstrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Recht des Herkunftsstaats der BeamtInnen hinzu. Jedenfalls aber sind die FRONTEX-Einsatzkräfte an das auch exterritorial geltende Gebot des *Non-Refoulement* gebunden und zur Verbringung an einen sicheren Hafen verpflichtet.¹⁷ Diese Schutzpflichten greifen immer dann, wenn staatliche Organe handeln,¹⁸ was bei den GrenzschutzbeamtInnen angesichts der integrativen Struktur der Teams immer der Fall ist.

4. Verantwortlichkeit und Rechtsschutz

Mit der netzwerkartigen Struktur des Grenzschutzsystems offenbaren sich auch Ambivalenzen bei der Zuordnung von Verantwortlichkeit. Gleichwohl steht Art 6 EU für die Forderung nach umfassender politisch-demokratischer und justizieller Kontrolle.

4.1. Parlamentarische Verantwortlichkeit

Erst mit der vom Rat gemäß Art 67 Abs 2 EG verfügten Einführung des Verfahrens der Mitentscheidung nach Art 251 EG kann das Europäische Parlament beim Erlass von Rechtsakten mitwirken.¹⁹ Ausgeschlossen bleibt eine etwaige parlamentarische Steuerung. Und trotz Mitentscheidung des Parlaments bei der RABIT-VO wurden keine erweiterten parlamentarischen Kontrollmechanismen verankert, was fast auf eine Selbstentmachtung des Europäischen Parlaments hindeutet. Einziger *Kontrollmechanismus* ist die Auferlegung einer Berichtspflicht, wie die Veröffentlichung des jährlichen Tätigkeitsberichtes, der allerdings ohnehin öffent-

lich ist, und die Pflicht zur Berichterstattung nach Aufforderung. Doch diese Berichtspflichten sind dann wirkungslos, wenn bestimmte Bereiche – wie etwa die operativen Themenkomplexe – in den Berichten gesperrt und so der Kontrolle entzogen werden.²⁰ Die Agentur bleibt damit, jenseits des Potentials öffentlicher Skandalisierung, eher „im Schatten“ demokratischer Kontrollen.²¹ Lediglich die allgemeine Haushaltskompetenz des Europäischen Parlaments lässt eine begrenzte finanzielle Kontrolle zu.

4.2. Verwaltungsverantwortlichkeit

Die Europäische Kommission bezieht die Agenturen in ihr Konzept für „Europäisches Regieren“ mit ein und verpflichtet diese so auf die Grundsätze der Transparenz, guter Verwaltung und einem, dem Datenschutzrecht entsprechenden Umgang mit personenbezogenen Daten.²² Im Umgang der Agentur mit Anfragen nach Zugang zu Dokumenten besteht nach Art 28 FRONTEX-VO ein Anspruch auf Antwort. Der Pflichtenrahmen der Agentur wird verstärkt durch den in Art 41 der noch nicht in Kraft befindlichen, dennoch aber beachtlichen Grundrechtecharta normierten Grundsatz der guten Verwaltung, der ua eine Anhörung, die Entscheidungsbegründung und den ungehinderten Zugang des Betroffenen zu entscheidungserheblichen Akten umfasst. An der primärrechtlichen Normierung des Datenschutzes in Art 286 EG, der sekundärrechtlichen Absicherung durch die Datenschutzrichtlinie und der ausdrücklichen Normierung des Grundrechtes auf Schutz personenbezogener Daten in Art 8 der GRCh verdeutlicht sich die zentrale Funktion des Grundsatzes.²³ Im Bereich der Inneren Sicherheit besteht indes ein Zielkonflikt zwischen dem Recht auf Datenschutz und der Effizienz der Sicherheitspolitik, die auf Datensammlung und -speicherung und den schnellen Zugriff auf (auch personenbezogene) Daten setzt. Die Tendenz der umfassenden Sicherheitskooperation scheint nur schwerlich mit dem datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz und den grundrechtlichen Mindestanforderungen vereinbar zu sein.²⁴

Aufsichtsfunktion übt bei FRONTEX der Verwaltungsrat aus. Einzig diesem Verwaltungsrat gegenüber ist gemäß Art 25 FRONTEX-VO der Exekutivdirektor ausdrücklich verantwortlich. Dieser wird von der Kommission zur Ernennung vorgeschlagen und genießt ansonsten weitestgehende Unabhängigkeit. Der Exekutivdirektor, der die Steuerung der Agentur als Leiter übernimmt und damit auch Arbeitsprogramme, Beschlüsse und interne Verwaltungsvorschriften ausarbeitet, darf keine „Weisungen von Regierungen oder einer sonstigen Stelle“ anfordern oder entgegennehmen. Die Arbeitsprogramme, die die Tätigkeit von FRONTEX für das jeweils nachfolgende Jahr bestimmen, werden dem Verwaltungsrat ebenso wie weitere anzunehmende Beschlüsse, Pro-

17) *Fischer-Lescano/Löhr*, Menschen- und Flüchtlingsrechtliche Anforderungen an Maßnahmen der Grenzkontrolle auf See, ECCHR Rechtsgutachten 2007, 30.
 18) *Francis*, Bringing Protection Home, IJRL 2008, 273 (277).
 19) Ratsbeschluss v 22.12.2004 (2004/927/EG), ABl L 396, 45 f.

20) Ratsdokument 6941/06 v 11.7.2006.
 21) *Bach*, Europa als bürokratische Herrschaft, in *Schuppert/Pernice/Halter*, Europawissenschaft (2005) 575 (605).
 22) Weißbuch der Kommission, KOM (2001) 428 endg v 25.7.2001, 30.
 23) EuGH 20.5.2003, verb Rs C-465/00, C-138/01 u C-139/01, *Rechnungshof/ORF*, Slg 2003, I-4989.

24) Europäischer Datenschutzbeauftragter, ABl C 139 v 23.6.2007, 1 und ABl. C 169, 2 und *Simitis*, Der verkürzte Datenschutz. Versuch einer Korrektur der Defizite und Diskrepanzen im justiziellen und Sicherheitsbereich der Europäischen Union (2004).

gramme und Tätigkeiten zur Entscheidung vorgelegt. Nach vorangehender Stellungnahme der Kommission entscheidet dieser Verwaltungsrat sodann mit qualifizierter Mehrheit über dieses Arbeitsprogramm und leitet es an Parlament, Rat und Kommission weiter.

4.3. Rechtsschutz

Der Grundsatz des umfassenden und effektiven Rechtsschutzes ist über das Rechtsstaatsprinzip in Art 6 EU und darüber hinaus in Art 6 Abs 1 und Art 13 EMRK verankert und beansprucht so als den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entspringender allgemeiner Rechtsgrundsatz Geltung für die EU²⁵ und damit auch für die Handlungen von FRONTEX. Ein „innerbehördlicher“, also außergerichtlicher Rechtsschutz wurde bei FRONTEX nicht installiert, doch ist die Möglichkeit der Beschwerde beim Bürgerbeauftragten iSd Art 195 EG vorgesehen. Diese setzt indes voraus, dass es sich bei dem Beschwerdeführer um einen Unionsbürger oder eine Person mit Wohnort in der EU handeln muss. Für die typischerweise von Maßnahmen im Grenzkontrollregime Betroffenen ist der Bürgerbeauftragte damit nicht zuständig.

Die Komplexität der fragmentierten Verhältnisse europäischer Verwaltungskooperation spiegelt sich im justiziellen Rechtsschutzsystem wider, das von den nationalen Gerichten über die Gerichtsbarkeit auf der Ebene der EU bis hin zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte reicht. Dabei darf die Errichtung von Agenturen das institutionelle Gleichgewicht und die primärrechtliche Zuordnung von Kompetenzen nicht tangieren, darf also auch der Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaft die ihr nach Art 220 EG zukommende Aufgabe der Rechtskontrolle nicht entziehen. Eine generelle Regelung der Ausgestaltung des justiziellen Rechtsschutzes gegen Agenturen besteht nicht. Doch eine Lücke im Rechtsschutz widerspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach umfassender und effektiver Rechtsschutz gegenüber Handlungen der Hoheitsgewalt der EU gewährleistet sein muss.²⁶ Eine Direktklage gegen FRONTEX vor einem Gericht der EU wird gleichwohl daran scheitern, dass Art 230 EG die Agentur nicht als möglichen Klagegegner benennt. Lediglich für den besonderen Fall der Verwehrung des Zugangs zu Dokumenten durch die Agentur steht gemäß Art 28 Abs 5 FRONTEX-VO der Rechtsweg zum Gerichtshof offen. Mithin werden operativ-technische Maßnahmen von FRONTEX im Regelfall zunächst nicht direkt und unmittelbar in den Bereich abgrenzbarer subjektiver Rechte der Einzelnen eingreifen.²⁷ Das Fehlen einer Einzelverfügung gegenüber einem bestimmten Rechtssubjekt bedeutet nun aber nicht, dass dieses nicht von den allgemeinen Maßnahmen zur Koordinierung betroffen wäre und sich im Ergebnis seine Rechtsstellung nicht doch entscheidend änderte.

Sollte die Koordinations- und Organisationsherrschaft der FRONTEX-Bediensteten dazu führen, dass die GrenzschutzbeamtenInnen der Mitgliedstaaten zu ausführenden Organen der Weisungen der FRONTEX-Mitarbeiter werden, ist das Unmittelbarkeitskriterium bei der Frage der Rechtswirkung von Maßnahmen in jedem Fall gegeben.

Auch für den Rechtsschutz im Bereich des Datenschutzes stellt sich das Problem fragmentierter Zurechnung und Verantwortlichkeit. Der konkrete Adressat des Rechts auf Datenschutz ist zumeist schwer zu ermitteln und damit ein schwer fassbarer Klagegegner. Hier kann nur eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach außen einen wirksamen Rechtsschutz garantieren. Denkbar wäre überdies ein mittelbarer Rechtsschutz über die Einwirkung auf die Aufsichtspflichten der Kommission über ihre Beteiligung im Verwaltungsrat. Der Klagegegenstand wird auf alle Maßnahmen bezogen, zu deren Vornahme ein Gemeinschaftsorgan aufgrund des Gemeinschaftsrechts verpflichtet ist.²⁸ Eine generelle Regelung der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Agenturen wird sich erst mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ergeben, da dort eine Öffnung der Nichtigkeitsklage gegen Maßnahmen von „Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union“ mit Rechtswirkung für Dritte festgeschrieben ist.²⁹

Regelfall des Rechtsschutzes ist zur Zeit jener vor den jeweiligen nationalen Gerichten, soweit die nationalen Behörden die allgemeinen Vorgaben der Agentur in eigener Verantwortung durchführen. Wie erörtert, müssen die abgestellten BeamtenInnen das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht des Einsatzmitgliedstaates einhalten, der dann einen geeigneten Rechtsweg garantieren muss. Hinzu kommen dienstrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Herkunftsstaat der Bediensteten. Ausgeschlossen werden muss hier die Möglichkeit der Exkulpation nationaler Behörden durch Verweis auf verpflichtende Vorgaben von FRONTEX ohne Ausgleich im System des Rechtsschutzes. Einschränkungen des Rechtsschutzes könnten sich nach Art 18 FRONTEX-VO dadurch ergeben, dass die Bediensteten der Agentur durch das Protokoll über Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften von der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit bezüglich der in Amtseigenschaft vorgenommenen Handlungen befreit sind. Diese Befreiungsnorm kann indes keine Geltung erlangen, wenn die Bediensteten ausdrücklich mit nationalen Exekutivbefugnissen handeln, mithin das mitgliedstaatliche Recht als Maßstab nicht ausgeschlossen werden kann.³⁰

Der Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist nach Erschöpfung des vorgelagerten nationalen Primärrechtsschutzes möglich. Denkbar wäre etwa ein Verstoß gegen Art 3 EMRK, der auch die Regulierung von Abschiebungen betrifft,³¹ ein Verstoß gegen den Schutz vor Freiheitsentziehung aus Art 5 EMRK, der für den Bereich des Asylrechts anwendbar ist,³² ein Verstoß gegen das

25) Vgl zB EuGH 15.5.1986, Rs 222/84, *Johnston*, Slg 1986, 1651, Rn 18; EuGH 5.7.2002, Rs C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg 2002, I-6677, Rn 39.
26) EuGH 23.4.1986, Rs C-294/83, *Les Verts*, Slg 1986, 1651, Rn 23; EuGH 23.3.1993, Rs C-314/91, *Weber*, Slg 1993, I-1093, Rn 8.
27) *Kugelman*, in *Schulze Zuleeg*, Europa-

recht (2006) § 41 (Einwanderungs- und Asylrecht), 1827 (1868).
28) *Cremer* in *Callies/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta³ (2007), Art 232 EG Rn 5 mwN.
29) *Schröder*, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von

Lissabon, DÖV 2009, 61 (63 f).
30) Hierzu: *Cremer/Suhr* in *Callies/Ruffert*, Verfassungsrecht (2007) Art 30 EU Rn 26.
31) EGMR 7.7.1989, *Soering/Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1989, 314 und EGMR 11.7.2000, *Jabari/Türkei*, InfAuslR 2001, 57 Nr 39 ff.
32) EGMR 25.6.1996, *Amour/Frankreich*, Slg 1996-III, 847-848, Nr 41-43.

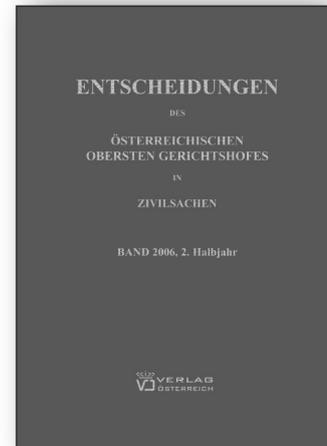
Entscheidungen des OGH in Zivilsachen Amtliche Sammlung

79. Band / 2. Halbjahr 2006

650 Seiten, gebunden, 978-3-7046-5146-4, € 185,-

Die berühmte SZ prägt mit Ihren Leitsätzen die österreichische Rechtsprechung. Sie enthält - amtlich gesammelt - die wichtigsten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, in den nur hier veröffentlichten Leitsätzen auf den Punkt gebracht.

Ein Muss für jeden Rechtsanwalt und Notar. Durch ein umfangreiches Stichwortverzeichnis, ein Materienregister, sowie ein Gesetzesstellenregister wird die Arbeit wesentlich erleichtert.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Recht auf ein faires Verfahren aus Art 6 EMRK³³ oder gegen das Recht auf Schutz persönlicher Daten.³⁴ Doch wird die Erlangung von Rechtsschutz gegen Maßnahmen, die auf der Grundlage verbindlichen EU/EG-Rechts ergangen sind, dadurch erheblich erschwert, dass eine grundsätzliche Vermutung der Vereinbarkeit mit der EMRK besteht, die nur dann widerlegt werden kann, wenn das Schutzinteresse gemessen am EMRK-Standard „offensichtlich unzulänglich“ ist.³⁵

5. Epilog

Das europäische Grenzmanagement ist an Effektivitätsstrukturen ausgerichtet, die die grund- und menschenrechtliche Perspektive allzu leicht aus dem Blick geraten lassen. Gleichzeitig bedeutet die Verselbständigung administrativer Apparate in der Konsequenz eine zunehmende Unabhängigkeit der Agenturen vom politischen Einfluss. Das weite operative Feld an oder auch jenseits der Außengrenzen der EU geht einher mit einer Vielgestaltigkeit an Rechtsgrundlagen, wodurch sich das integrierte Verwaltungswesen der eindeu-

tigen Zuteilung zu einer spezifischen Rechtsmasse entzieht. In rechtsstaatlicher und demokratischer Hinsicht erscheint hierbei die potentielle Intransparenz von Zurechenbarkeiten und damit die parlamentarischen Beteiligungs- und Kontrollmöglichkeiten sowie effektiver Rechtsschutz problematisch. Migration wird in diesem Kontext zunehmend nach einer Sicherheitslogik bearbeitet. Die diesbezügliche Einsicht der Kommission³⁶ darf sich – jenseits parlamentarischer Verfahren – nicht in der Formulierung eines Leitfadens durch exklusive Exekutivnetzwerke erschöpfen.³⁷ Notwendig ist die eindeutige Verankerung menschen- und flüchtlingsrechtlicher Standards in den Rechtsgrundlagen sowie ein hierauf basierendes transparentes Monitoring der Einsätze der FRONTEX-BeamtInnen.

Dr. Timo Tohidipur ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main; Tohidipur@jur.uni-frankfurt.de

33) Also zB auch das Recht, überhaupt Zugang zu einem Gericht zu haben, EGMR 18.2.1999, *Waite und Kennedy/Deutschland*, NJW 1999, 1173 Nr. 50.

34) EGMR 26.3.1987, *Leander/Schweden*, Nr 48, 60 ff.; EGMR 16.2.2000, *Amann/Schweiz*, Slg 2000-II Nr. 76 ff.

35) EGMR 30.6.2005, *Bosphorus/Irland*, NJW 2006, 197 (202) Nr 155 ff.

36) Mitteilung der Kommission an den Rat v 30.11.2006, KOM/2006/0733 endg, Rn 35 f.

37) Arbeitsgruppe der Kommission, Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea, SEC(2007) 691, 15.05.2007, Rn 5.

1. Einleitung

Das Konzept der Zuständigkeitsverteilung für die Prüfung von Asylanträgen in der Europäischen Union ist einer der vier Eckpfeiler des im Aufbau befindlichen Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Während es dem Grundgedanken der europäischen Asylrechts-Harmonisierung entsprechend schlüssig gewesen wäre, in einem ersten Schritt gemeinsame Standards in allen EU-Mitgliedstaaten zu schaffen und erst danach Kriterien zur Verteilung der Verantwortung für die Prüfung von Asylanträgen in Kraft zu setzen, wurde in der Praxis – wohl auch aufgrund einschlägiger völkerrechtlicher Vorarbeiten – der umgekehrte Weg beschritten. Daraus ergibt sich jedoch eine Reihe von Problemen vor dem Hintergrund des internationalen Flüchtlings-schutzes, mit denen sich der vorliegende Beitrag befasst.

2. Die Dublin-II-Verordnung und der internationale Flüchtlingsschutz

2.1. Ziel und Zweck

Die Zuständigkeit für die Prüfung eines in der Europäischen Union gestellten Asylantrags wurde europarechtlich erstmals mit der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist¹ (im Folgenden als „Dublin-II-Verordnung“ bezeichnet) geregelt. Die Dublin-II-Verordnung trat am 17.3.2003 in Kraft und ist auf alle Asylanträge anwendbar, die ab dem 1.9.2003 gestellt wurden. Sie löste vorangegangene, zwischen einer wachsenden Zahl von EU-Mitgliedstaaten getroffene völkerrechtliche Zuständigkeitsvereinbarungen² ab und wird mittlerweile in allen EU-Mitgliedstaaten³, in Island und Norwegen⁴ sowie in der Schweiz⁵ angewandt.

Die Zielsetzung der Dublin-II-Verordnung ist eine mehrfache: Zum einen sollen der effektive Zugang von Asylsuchenden zu einem Verfahren zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft sichergestellt und negative Kompetenzkonflikte

ausgeschlossen werden. Damit wurde erhofft, das Phänomen der „refugees in orbit“ zu lösen, für die sich niemand als zuständig erachtet. Zum anderen ist beabsichtigt, gleichzeitig oder nacheinander in mehreren Mitgliedstaaten gestellte Mehrfachanträge von ein und derselben Person zu unterbinden und eine zügige Bearbeitung von Asylanträgen zu gewährleisten.⁶ Mit anderen Worten stehen somit sowohl die

Das Europäische Asylzuständigkeits-system im Lichte des internationalen Flüchtlingsschutzes

Christoph Pinter*



Sicherstellung der Gewährung von internationalem Schutz für Flüchtlinge als auch die Bekämpfung von allfälligem Missbrauch von Asylsystemen im Mittelpunkt der Dublin-II-Verordnung.

2.2. Internationale Verpflichtungen

Die internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Flüchtlingsfragen werden an verschiedenen Stellen der Dublin-II-Verordnung berücksichtigt. So verweist der Erwägungsgrund Nr 2 der Präambel auf die Sondertagung des Europäischen Rates in Tampere vom 15. und 16.10.1999 und die dort verabschiedeten Schlussfolgerungen,⁷ wonach sich



*) Die in diesem Beitrag wiedergegebenen Auffassungen stellen die Meinung des Autors dar, die sich nicht notwendigerweise mit der des UN-Flüchtlingshochkommissariats UNHCR decken muss.

1) ABl L 50/1, 25.2.2003.

2) Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, BGBl III 1997/90, und Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags (15.6.1990), ABl C 254/1, 19.8.1997 (bekannt als „Dubliner Übereinkommen“).

3) In Dänemark erst seit 1.4.2006, nachdem

das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Staates, der für die Prüfung eines in Dänemark oder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gestellten Asylantrags zuständig ist, sowie über „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens in Kraft getreten ist, siehe ABl L 66/38, 8.3.2006.

4) Basierend auf dem Beschluss des Rates 2001/258/EG vom 15.3.2001, ABl L 93/38, 3.4.2001.

5) Seit 12.12.2008 basierend auf dem Beschluss des Rates vom 28.1.2008 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Kriterien

und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, ABl L 53/3, 27.2.2008, sowie dem Beschluss des Rates vom 27.11.2008 über die vollständige Anwendung der Bestimmungen des Schengen-Besitzstands in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl L 327/15, 5.12.2008.

6) Siehe Erwägungsgrund Nr 4 der Präambel der Dublin-II-Verordnung sowie Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat gestellt hat, KOM(2001) 447 endgültig, 26.7.2001, S. 3f.

7) Ratsdokument SN 200/99, 15./16.10.1999.

ein zukünftiges Gemeinsames Europäisches Asylsystem auf die uneingeschränkte und umfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention⁸ und des New Yorker Protokolls⁹ stützt, „damit niemand dorthin zurückgeschickt wird, wo er Verfolgung ausgesetzt ist, d. h. der Grundsatz der Nichtzurückweisung (Non refoulement) gewahrt bleibt“. Erwägungsgrund Nr 12 erinnert die Mitgliedstaaten daran, die Verpflichtungen der völkerrechtlichen Instrumente einzuhalten, bei denen sie Vertragsparteien sind, und Erwägungsgrund Nr 15 hält fest, dass die Verordnung im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen steht, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁰ anerkannt wurden. In diesem Zusammenhang wird insbesondere die uneingeschränkte Wahrung des in Art 18 verankerten Rechts auf Asyl hervorgehoben. Schließlich darf auch Art 63 Abs 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft¹¹ nicht außer Acht gelassen werden, demgemäß Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaats in Übereinstimmung mit der Genfer Flüchtlingskonvention und dem New Yorker Protokoll sowie einschlägigen anderen Verträgen zu beschließen sind.

Eine gewisse Einschränkung erfahren die internationalen Flüchtlingsschutzverpflichtungen allerdings durch den letzten Satz des Erwägungsgrunds Nr 2 der Präambel. Demnach achten alle Mitgliedstaaten den Grundsatz der Nichtzurückweisung und gelten somit als sichere Staaten für Drittstaatsangehörige. Folglich wird unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung der Asylsysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten und ohne jegliche Berücksichtigung praktischer Gegebenheiten (wie etwa der Frage, ob einzelne Mitgliedstaaten in der Praxis tatsächlich internationalen Schutz gewährleisten) davon ausgegangen, dass die entsprechenden Standards in allen Mitgliedstaaten ident sind und zudem in Einklang mit internationalen Verpflichtungen stehen. Basierend auf dieser Annahme darf es daher für Asylsuchende keine Rolle spielen, in welchem Mitgliedstaat ihr Asylverfahren abgewickelt wird.

Das UN-Flüchtlingshochkommissariat UNHCR hat diese Regelvermutung von Anfang an scharf kritisiert. Bereits im Jahr 1991 warnte UNHCR vor den signifikanten Unterschieden zwischen den einzelnen Asylverfahren der Mitgliedstaaten, die zu großen Problemen bei der Anwendung des auf denselben Annahmen beruhenden Dubliner Übereinkommens führen würden.¹² Mehr als 15 Jahre später hat diese Kritik nichts an Aktualität verloren – im Gegenteil: Trotz bereits erfolgten Abschlusses der ersten Phase der Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union liegen die Standards der Mitgliedstaaten bei der Aufnahme von Asylsuchenden, bei der Durchführung von Asylverfahren sowie bei der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs nach wie vor weit

auseinander. Dies lässt sich ua an den großen Unterschieden bei der – wenn auch nicht immer ganz vergleichbaren – Anerkennungsrate für Asylsuchende eines bestimmten Herkunftslandes oder einer bestimmten Herkunftsregion ablesen.¹³

3. Refoulement-Verbot

Wie bereits unter Abschnitt 2.2. angeführt, sind die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Dublin-II-Verordnung verpflichtet, das Gebot der Nichtzurückweisung zu beachten. Obwohl gemäß Erwägungsgrund Nr 2 der Präambel alle Mitgliedstaaten für Drittstaatsangehörige als sichere Staaten gelten, enthebt dies die Mitgliedstaaten nicht der Verpflichtung, vor einer potentiellen Überstellung eines Asylsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat mögliche Verletzungen des Refoulement-Verbots, etwa in Form von Kettenabschiebungen, zu prüfen.

Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*¹⁴ aus dem Jahr 2000. In dieser Entscheidung hat der EGMR im Zusammenhang mit der Anwendung des Dubliner Übereinkommens festgestellt, dass es auch bei der Rückführung in einen anderen vertragschließenden Staat in der Verantwortung des überstellenden Staates liegt sicherzustellen, dass ein Beschwerdeführer als Ergebnis der Entscheidung zur Ausweisung weder direkt noch indirekt, also beispielsweise durch eine Kettenabschiebung, einer Art 3 EMRK¹⁵ zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt wird.

Dieser Judikatur folgte bald darauf auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH), indem er das im Dubliner Übereinkommen vorgesehene Eintrittsrecht der Mitgliedstaaten nach Art 3 Abs 4 dann als zwingend anwendbar erachtete, wenn anderenfalls eine Überstellung eines Asylsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat zu einer Verletzung von Art 3 oder 8 EMRK führen würde.¹⁶

Später wurde diese Rechtsprechung auch auf das Selbsteintrittsrecht nach Art 3 Abs 2 der Dublin-II-Verordnung ausgedehnt.¹⁷

4. Prüfung des Flüchtlingsschutzes im Rahmen der Dublin-II-Verordnung

Anders als in Bezug auf den Grundsatz der Nichtzurückweisung lässt sich weder aus dem Wortlaut der Dublin-II-Verordnung noch aus entsprechender Judikatur die Verpflichtung eines Mitgliedstaates ableiten, vom Selbsteintrittsrecht gemäß Art 3 Abs 2 der Dublin-II-Verordnung Gebrauch zu machen, wenn die betreffende Person anderenfalls Gefahr liefe, trotz Erfüllung aller Kriterien des Flüchtlingsbegriffs im zuständigen Staat nicht als Flüchtling anerkannt zu werden und damit auch nicht die in der Genfer Flücht-

8) Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 1955/55.

9) Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 1974/78.

10) ABl C 364/1, 18.12.2000.

11) ABl C 340/1, 10.11.1997.

12) Vgl UNHCR Position on Conventions Recently Concluded in Europe (Dublin and Schengen Conventions), 16.8.1991.

13) Siehe in diesem Zusammenhang auch UNHCR, The Dublin II Regulation – A UNHCR Discussion Paper, April 2006, und UNHCR, Asylum in the European Union – A Study of the Implementation of the Qualification Directive, November 2007; siehe auch die UNHCR Briefing Notes vom 17.2.2009, wonach die statistischen Chancen für Asylsuchende aus Afghanistan, dem Irak oder Somalia auf Schutzgewährung

in der Europäischen Union je nach Mitgliedstaat zwischen 0 und 90% liegen.

14) EGMR 7.3.2000, *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*, 43844/98.

15) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210 idGF.

16) VfSlg 16.122/2001.

17) VfSlg 17.340/2004.

lingskonvention verankerten Rechte in Anspruch nehmen zu können.¹⁸ Ebenso wenig finden bei der Anwendung der Dublin-II-Verordnung unzureichende Aufnahme­standards oder asylverfahrensrechtliche Aspekte in einem bestimmten Mitgliedstaat, selbst wenn diese nicht in Einklang mit den Mindeststandards der Europäischen Union¹⁹ stehen, ausdrücklich Berücksichtigung.

Dies wurde insbesondere deutlich, nachdem UNHCR die Staaten im April 2008 erstmals in der Geschichte des europäischen Zuständigkeitssystems dazu aufgefordert hatte, keine Überstellungen von Asylsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat (in diesem Fall nach Griechenland) angesichts der dort vorherrschenden Situation vorzunehmen.²⁰ Dieser Aufforderung ging eine umfassende Analyse verfahrensrechtlicher Schutzmechanismen, der Qualität von und des Zugangs zu Asylverfahren sowie der Aufnahmebedingungen voran. So wurde von UNHCR zwischen März und Juli 2007 die Studie „Asylum in the European Union – A Study of the Implementation of the Qualification Directive“ durchgeführt, für die verschiedene Schlüssel­themen der Statusrichtlinie²¹ analysiert wurden. Bezogen auf Griechenland hat die Studie festgestellt, dass alle 305 untersuchten erstinstanzlichen Asylentscheidungen betreffend Asylsuchende aus Afghanistan, dem Irak, Somalia, Sri Lanka und dem Sudan abschlägig waren. Keine der Entscheidungen enthielt einen Verweis auf die Fakten oder lieferte eine rechtliche Begründung. Ähnlich beunruhigende Trends wurden in zweiter Instanz identifiziert. Die in wenigen standardisierten Sätzen dargestellten Entscheidungen enthielten Feststellungen von in der Regel nicht mehr als zwei Zeilen, und im Ergebnis war es zumeist nicht möglich, die Auslegung des Rechts zu ermitteln oder aus der getroffenen Entscheidung abzuleiten, ob das geltende Recht überhaupt angewandt wurde. Dieser Umstand gepaart mit einer ausgesprochen niedrigen Anerkennungsrate²², europäische wie internationale Standards unterschreitenden Aufnahmebedingungen sowie Schwierigkeiten in Bezug auf den Zugang zum Asylverfahren veranlassten UNHCR zu dem Appell, Überstellungen von Asylsuchenden nach Griechenland im Rahmen der Dublin-II-Verordnung zu suspendieren.

Dessen ungeachtet setzte Österreich – anders als etwa Norwegen und zum Teil Deutschland, Finnland, Italien und die Schweiz – Überstellungen von Asylsuchenden nach Griechenland auch nach diesem Aufruf fort. Andererseits verwies eine unmittelbar nach Erscheinen des UNHCR-Positionspapiers ergangene, der Berufung stattgebende Entscheidung des

(vormaligen) Unabhängigen Bundesasylsenats (UBAS)²³ auf die entsprechende Darstellung der Situation von Asylsuchenden in Griechenland. Das Bundesasylamt wurde aufgefordert, künftig Feststellungen über den Zugang zum Asylverfahren in Griechenland und die Aufnahmesituation von Asylsuchenden zu treffen. In diesem Zusammenhang wurde die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hervorgehoben, die eine besondere Berücksichtigung von Empfehlungen internationaler Organisationen, wie etwa des UNHCR, keine Abschiebungen bestimmter Personengruppen in ein bestimmtes Gebiet durchzuführen, verlangt.²⁴ Allerdings fordert die besagte Entscheidung des UBAS die angesprochenen Feststellungen nicht vor dem Hintergrund allfälliger mangelnder Schutzgewährung im zuständigen Staat sondern lediglich in Bezug auf allfällige Beeinträchtigungen der durch Art 3 EMRK gewährleisteten Grundrechtssphäre.

Die Situation in Griechenland wurde seitens einiger Asylsuchender auch zum Anlass genommen, sich gegen „Dublin-Entscheidungen“ des Asylgerichtshofs und damit verbundene Ausweisungen nach Griechenland beim Verfassungsgerichtshof zu beschweren. In einem Beschluss vom November 2008²⁵ lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung einer entsprechenden Beschwerde jedoch mit der Begründung ab, dass sich der Asylgerichtshof mit der Frage der Gefährdung des Beschwerdeführers, in Griechenland Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen zu werden, auseinandergesetzt hat und es dabei weder zu einer grundrechtswidrigen Gesetzesauslegung kam, noch grobe Verfahrensfehler begangen wurden.

Damit befindet sich der Verfassungsgerichtshof im Einklang mit der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu dieser Thematik. Im Fall *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*²⁶ hielt der EGMR zwar fest, dass seine im Fall *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*²⁷ ergangene Judikatur auch auf die Dublin-II-Verordnung Anwendung findet und dem UNHCR-Positionspapier zu Griechenland²⁸ großes Gewicht, insbesondere betreffend Bedenken hinsichtlich des Zugangs zu einem effektiven Rechtsmittel gemäß Artikel 13 EMRK, beizumessen ist. Letztendlich erklärte der EGMR die Beschwerde eines iranischen Asylsuchenden jedoch dennoch als unzulässig, da es keinerlei Hinweise darauf gab, dass Griechenland Staatsangehörige des Iran (ebenso wenig wie jene aus Afghanistan, dem Irak, Somalia oder Sudan) in ihr Heimatland abschieben würde. Folglich konnte keine Gefahr der Verletzung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung (Artikel

18) Siehe in diesem Zusammenhang auch Richtlinie 2004/83/EG vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 304/12, 30.9.2004 (in Österreich als *Statusrichtlinie* bekannt).
19) Siehe etwa Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl L 31/18, 6.2.2003; und Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren

in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl L 326/13, 13.12.2005 (in Österreich als *Aufnahme- bzw. Verfahrensrichtlinie* bekannt).
20) UNHCR-Positionspapier zur Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland nach der „Dublin-II-Verordnung“, 15.4.2008.
21) Siehe FN 18.
22) Die ganzjährige erstinstanzliche Anerkennungsquote lag in Griechenland im Jahr 2007 bei 0,04% und unter Einbeziehung der Rechtsmittelinstanz bei 2,05%. Dieser Trend setzte sich auch im Jahr 2008 fort, als von Jänner bis Oktober von 21.626 erstinstanzlichen Entscheidungen lediglich 0,03% zur Gewährung

des Flüchtlingsstatus führten. In der zweiten Instanz wurden im selben Zeitraum 344 Flüchtlinge anerkannt, was bei 3.043 Entscheidungen einer Anerkennungsrate von 11% entspricht.
23) UBAS 23.4.2008, GZ 318.911-1/2E-IV/44/08.
24) VwGH 16.7.2003, 2003/01/0059.
25) VfGH 7.11.2008, U 490/08-3.
26) EGMR 2.12.2008, *K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich*, 32733/08.
27) Siehe FN 14.
28) Siehe FN 20.

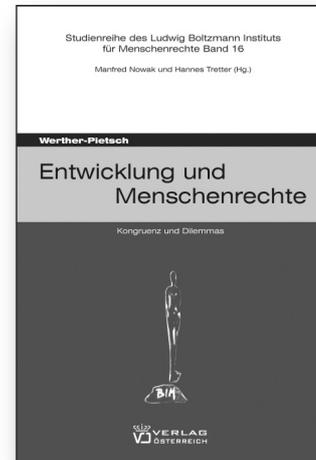
Werther-Pietsch
Entwicklung und Menschenrechte
 Kongruenz und Dilemmas

2008, 274 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5145-7, € 40,-

Das Buch ist ein Beitrag zur **entwicklungspolitischen Diskussion** zum Menschenrechtsansatz in der Armutsbekämpfung bzw. dessen Ausformung und Reichweite.

Das **OHCHR** hat 2006 **Leitlinien** für einen Menschenrechtsansatz in der Armutsbekämpfung finalisiert, deren Grundlagen das Buch **kritisch hinterfragt** und sich damit auch in den aktuellen Diskurs der OECD zum Thema einfügt.

Mag. Dr. Ursula Werther-Pietsch ist stellvertretende Leiterin der Abteilung VII.4 im österreichischen Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at



3 EMRK) konstatiert werden. Darüber hinaus verwies der EGMR auf die für nach Griechenland überstellte Personen bestehende effektive Möglichkeit, vor einer allfälligen Abschiebung in ihre Herkunftsländer eine vorläufige Maßnahme gemäß Artikel 39 der Verfahrensordnung des EGMR²⁹ zu beantragen. Selbiges würde für allfällige Beschwerden gegen die Verhängung von Schubhaft bzw gegen die in Schubhaft herrschenden Bedingungen gelten, die nach dem EGMR vorliegenden objektiven Informationen durchaus Anlass zu Besorgnis gäben.

Der EGMR verneinte somit die Gefahr einer Kettenabschiebung und die damit verbundene Verletzung von Artikel 3 EMRK nach einer Überstellung eines Asylsuchenden nach Griechenland. Der Gerichtshof hat – wohl aufgrund mangelnder Zuständigkeit – in diesem Zusammenhang jedoch nicht untersucht, ob die Aufnahmebedingungen für Asylsuchende in Griechenland den geltenden internationalen und regionalen menschenrechtlichen Verpflichtungen entsprechen, ob Asylsuchenden Zugang zu einer fairen Prüfung ihrer Asylanträge gewährt wird oder ob es Flüchtlingen möglich ist, ihre Rechte nach der Genfer Flüchtlingskonvention tatsächlich wahrzunehmen.

5. Neufassung der Dublin-II-Verordnung

Am 3. Dezember 2008 legte die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Neufassung der Dublin-II-Verordnung³⁰ vor. Dabei wird erstmals im Zusammenhang mit einem europäischen Zuständigkeitssystem in Asylangelegenheiten dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schutzstandards in den einzelnen Mitgliedstaaten stark differieren und bisher weder ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem aufgebaut noch ein zufrieden stellender Grad der Harmonisierung erreicht werden konnte.

So soll nach Vorstellung der Europäischen Kommission ein neuer Abschnitt VII betreffend die vorläufige Aussetzung von Überstellungen in die Dublin-II-Verordnung Eingang finden. Eine derartige Aussetzung würde einerseits auf Antrag eines Mitgliedstaats in einer Notsituation erfolgen, die die Aufnahmekapazität dieses Staats, sein Asylsystem oder seine Infrastruktur außergewöhnlich schwer belastet.³¹ Andererseits würde die Europäische Kommission von sich aus oder auf Antrag eines Mitgliedstaats eine Aussetzung von Überstellungen in einen bestimmten Mitgliedstaat beschließen, wenn die dortigen Umstände für Asylsuchende ein Schutzniveau zur Folge haben, das mit dem Gemein-

29) BGBl III 2000/13 idgF.
 30) Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder

Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, KOM(2008) 820 endgültig, 3.12.2008.

31) Art 31 Abs 1 der vorgeschlagenen Neufassung.



schaftsrecht³² nicht vereinbar ist.³³ Nach einer derartigen Entscheidung der Kommission wären jene Mitgliedstaaten für die Prüfung der Asylanträge von Personen, deren Überstellung ausgesetzt wurde, zuständig, in denen sich die Antragstellenden aufhalten.³⁴ Überstellungen könnten für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten suspendiert werden, wobei eine Verlängerung um weitere sechs Monate bei gleich bleibenden Voraussetzungen möglich wäre.³⁵

Mit der vorgeschlagenen Regelung könnte somit in all jenen Fällen, in denen ein Mitgliedstaat zur Einhaltung seiner internationalen flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen nicht in der Lage oder nicht willens ist, dafür Sorge getragen werden, dass es zu keinen Überstellungen von Schutz suchenden Personen in Mitgliedstaaten kommt, die internationales Recht verletzen. Stattdessen käme es zur Prüfung ihrer Asylanträge in einem Staat, der seine entsprechenden internationalen und europäischen Verpflichtungen erfüllt.

Nach Ansicht von UNHCR dürfte jedoch die Bearbeitung von Asylanträgen nicht allein jenen Staaten überlassen werden, die im Einklang mit dem internationalen Flüchtlingsrecht agieren, während sich andere Staaten mit Hilfe dieser Regelung ihrer Verantwortung entziehen. Folglich wären in diesen Fällen innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums auch klar definierte verpflichtende Maßnahmen zur Beseitigung der die Aussetzung von Überstellungen begründenden Umstände vorzusehen. Bei Nichtbefolgung dieser Maßnahmen bzw bei fortgesetzter Verletzung von asyl- und flüchtlingsrechtlichen Mindeststandards sollten klar festgelegte Sanktionen bis hin zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens normiert werden.³⁶

6. Fazit

Während sowohl im innerstaatlichen als auch im europäischen Kontext durch höchstgerichtliche Rechtsprechung

festgestellt wurde, dass es bei Anwendung der Dublin-II-Verordnung auch durch die indirekte Rückführung von Asylsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat nicht zu einer dem Artikel 3 EMRK widersprechenden Behandlung kommen darf, fehlt eine derartige Rechtsprechung in Bezug auf die Gewährung von Flüchtlingsschutz gänzlich. Als Folge dieser Lücke im europäischen Rechtssystem werden Asylsuchenden in der Europäischen Union tagtäglich aufgrund unzureichender Schutzstandards in einzelnen Mitgliedstaaten (sei es in Bezug auf die Aufnahmebedingungen, den Zugang zum oder die Qualität von Asylverfahren) die ihnen aus der Genfer Flüchtlingskonvention zustehenden Rechte verwehrt. Wohl als Reaktion auf diese Situation sieht der von der Europäischen Kommission im Dezember 2008 vorgelegte Entwurf für eine Neufassung der Dublin-II-Verordnung erstmals die Möglichkeit vor, die Überstellung von Asylsuchenden in Staaten auszusetzen, deren Schutzstandards nicht im Einklang mit europäischen und internationalen Standards stehen. Es bleibt zu hoffen, dass dieses Modell auch Eingang in die vom Europäischen Parlament und dem Rat gemeinsam zu beschließende Endfassung der novellierten Dublin-II-Verordnung finden wird. Andernfalls dürfte wohl die Gewährung des Flüchtlingsschutzes für Personen mit internationalem Schutzbedarf in der Europäischen Union auch in nächster Zukunft nicht sichergestellt werden können. Denn bis zur Vollendung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems wird vor dem Hintergrund der derzeitigen asyl- und flüchtlingsrechtlichen Situation in der EU gewiss noch reichlich Zeit verstreichen.

Dr. Christoph Pinter ist Leiter der Rechtsabteilung im Büro des UN-Flüchtlingshochkommissariats UNHCR in Österreich; pinter@unhcr.org

32) Insb mit der sog Verfahrensrichtlinie (siehe FN 19).

33) Art 31 Abs 2 und 3 der vorgeschlagenen Neufassung.

34) Art 31 Abs 6 der vorgeschlagenen Neufassung.

35) Art 31 Abs 8 der vorgeschlagenen Neufassung.

36) Vgl UNHCR-Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung; <http://www.unhcr.at> (29.04.2009).

Schon seit vielen Jahrzehnten kennt das Gemeinschaftsrecht Regelungen, welche die Mobilität innerhalb der EU gewährleisten sollen. Ein wesentlicher Aspekt für die tatsächliche Inanspruchnahme der Personenfreizügigkeit ist die Möglichkeit, ein bestehendes Familienleben aufrechtzuerhalten bzw in einem anderen Mitgliedstaat (MS) eine Familie zu gründen. Durch die Unionsbürger-Richtlinie wurden die bestehenden Regelungen zusammengefasst und modifiziert; Österreich nahm dies zum Anlass, um restriktivere Bestimmungen für den Familiennachzug von ÖsterreicherInnen einzuführen. Im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des EuGH stellt sich die Frage, ob dieses Modell aufrechterhalten werden kann.

1. Europarechtliche Grundlagen

Grundsätzlich haben UnionsbürgerInnen das Recht, sich in der EU frei zu bewegen und niederzulassen. Sie genießen ein Aufenthaltsrecht in anderen MS, das sich aus den Grundfreiheiten bzw der unmittelbaren Anwendung von Art 18 EGV ergibt. Die Wahrnehmung des Rechts kann zwar Beschränkungen und Bedingungen unterworfen werden, jedoch müssen dabei die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und insb der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleiben.¹

Der Familiennachzug zu UnionsbürgerInnen war früher durch mehrere Richtlinien und Verordnungen geregelt; im Ergebnis bestand in allen Fällen ein Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung, wenn Existenzmittel und Krankenversicherung gesichert waren und keine Gefährdung öffentlicher Interessen iSd Gemeinschaftsrechts vorlag.² Das Aufenthaltsrecht von UnionsbürgerInnen aber auch deren Familienangehörigen wird nunmehr durch die sogenannte Unionsbürger-Richtlinie³ (in Folge: RL) näher ausgestaltet. Die RL fasst die früheren Sekundärrechtsakte zusammen. Sie gilt für jede/n UnionsbürgerIn, der/die sich in einen anderen als dem MS, dessen Staatsangehörigkeit er/sie besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine/ihre Familienangehörigen, die ihn/sie begleiten oder ihm/ihr nachziehen. Die RL bezweckt, das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller UnionsbürgerInnen zu vereinfachen und zu verstärken, sodass es nicht in Betracht kommt, dass die UnionsbürgerInnen aus dieser RL weniger Rechte ableiten als aus den RL und VO, die sie ändert oder aufhebt.⁴ Die Jud⁵ zu den der RL 2004/38/EG zugrundeliegenden Sekundärrechtsakten ist damit auch zur Auslegung dieser RL heranzuziehen.⁶

Bei der Familienzusammenführung von UnionsbürgerInnen wird danach unterschieden, ob diese ihr Recht auf Freizügigkeit auch tatsächlich ausüben oder nicht:

– *Familienzusammenführung von UnionsbürgerInnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben:*

ArbeitnehmerInnen,⁷ selbständig Erwerbstätige,⁸ DienstleistungserbringerInnen oder -empfängerInnen, die UnionsbürgerInnen sind und sich in einem anderen MS niederlassen,⁹ haben Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung. Gleiches gilt für StudentInnen¹⁰ und RentnerInnen oder ande-

Europarechtliche Freizügigkeit

Familienzusammenführung zwischen Mobilitätsschranken und Mobilitätswang

Julia Ecker/Doris Einwallner



re UnionsbürgerInnen, die nicht unter die erwähnten Personengruppen fallen.¹¹ Als Familienangehörige gelten nach Art 2 Abs 2 der RL EhegattInnen, LebenspartnerInnen, sofern das nationale Recht eingetragene Lebenspartnerschaften vorsieht und diese nach den Vorschriften des MS der Ehe gleichgestellt sind, Verwandte in absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen Unterhalt gewährt wird, sowie Verwandte in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird.

Bei den Aufenthaltsrechten der Familienangehörigen: – die RL differenziert bei den hierfür auszustellenden Dokumentationen zwischen Aufenthaltskarte (Art 10ff) und Daueraufenthaltskarte (Art 20) – handelt es sich um abgeleitete Ansprüche; unter bestimmten Bedingungen bleiben sie jedoch auch bestehen, wenn die Angehörigeneigenschaft endet oder der/die für den Unterhalt aufkommende UnionsbürgerIn seine/ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben hat oder verstorben ist (Art 12ff). Weiters sind Familienangehörige von UnionsbürgerInnen, die das Recht auf (Dauer)Aufenthalt in einem MS genießen, berechtigt, dort eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (Art 23).



1) Vgl Ecker, Familienzusammenführung, Die Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG in Österreich (2008) 105f unter Hinweis auf EuGH 17.9.2002, Rs C-413/99, Baumbast, Slg 2002, I-7091.
 2) Vgl Ecker, Familienzusammenführung 106f.
 3) Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004, ABl L 158/77.
 4) EuGH 25.7.2008, Rs C-127/08, Metock, Rz 59.
 5) Vgl etwa EuGH 7.7.1992, Rs C-370/90, Singh, Slg 1992, I-4265; EuGH 25.7.2002, Rs C-459/99 MRAX, Slg 2002, I-6591; EuGH 2.6.2005, Rs C-136/03, Dörr u Ünal, Slg 2005, I-4759.
 6) Vgl Ecker, Familienzusammenführung 108f.
 7) Früher: VO (EWG) 1612/68. Vgl dazu auch die RL 68/360/EWG.
 8) Früher: RL 73/148/EWG.
 9) Vgl EuGH 11.7.2002, Rs C-60/00, Carpenter, Slg 2002, I-6279.
 10) Früher: RL 93/96/EWG.
 11) Früher: RL 90/364/EWG.

Die MS können zwar aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit die Ausübung des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen einschränken (Art 27ff),¹² aber bei jeder beabsichtigten Familienzusammenführung ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK) gebührend zu berücksichtigen.¹³ Die Abweisung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels oder gar die Aufenthaltsbeendigung darf insb nicht ausschließlich darauf gestützt werden, dass der/die Betroffene gesetzliche Formalitäten in Bezug auf die Ausländerüberwachung nicht erfüllt hat.¹⁴

Das Freizügigkeitsrecht kann im Ergebnis nur gegenüber Personen eingeschränkt werden, die schwere Straftaten begangen haben; mit dieser Ausnahme steht das Aufenthaltsrecht grundsätzlich jedem/r UnionsbürgerIn und seinen/ihren Familienangehörigen zu. Eine Aufenthaltsbeendigung ist nur zulässig, wenn der weitere Aufenthalt der Person im Bundesgebiet die öffentliche Ordnung oder Sicherheit erheblich gefährden würde.¹⁵

– *Familienzusammenführung von UnionsbürgerInnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht ausüben:*

Die Bestimmungen des EGV betreffend die Freizügigkeit fanden nach der ständigen Jud des EuGH keine Anwendung auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines MS hinausweisen und der daher keinen Anknüpfungspunkt zu den Grundfreiheiten aufweist. Für diese Personen besteht daher keine gemeinschaftsrechtliche Regelung. Dies führt insb dazu, dass UnionsbürgerInnen mit ständigem Aufenthalt in dem MS, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, Gefahr laufen, gegenüber UnionsbürgerInnen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, schlechter gestellt zu werden. Das Gemeinschaftsrecht verbietet nämlich nicht die Diskriminierung von inländischen Personen, da die Grundfreiheiten nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar sind. Die Zulässigkeit der „Inländerdiskriminierung“ ist damit eine Frage des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts.¹⁶

Durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen über das Niederlassungsrecht von „freizügigkeitsberechtigten“ UnionsbürgerInnen und deren Familienangehörigen sind Mobilitätsschranken innerhalb der EU praktisch weggefallen bzw liegen Beschränkungen für diese Personen überhaupt nur noch vor, wenn die Migration innerhalb der EU eine Gefährdung öffentlicher Interessen iSd Gemeinschaftsrecht darstellen würde bzw der/die zusammenführende UnionsbürgerIn nicht dazu in der Lage ist, den Lebensunterhalt zu sichern.

Das bedeutet aber, dass sich für UnionsbürgerInnen und deren Familienangehörige, die sich in einem MS aufhalten,

der ungünstigere Regelungen für solche Personen vorsieht, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht tatsächlich in Anspruch genommen haben, ein „Mobilitätswang“ ergeben kann: wenn ein grenzüberschreitendes Sachverhaltselement fehlt, materiell aber alle Voraussetzungen nach der RL vorliegen, stehen die Betroffenen häufig vor dem Problem, dass sie die engeren, auch verfahrensrechtlichen Anforderungen des jeweiligen MS nicht erfüllen können. Wissend, dass bei der Beantragung der Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts in einem anderen MS aber sehr wohl die Bedingungen nach der RL infolge des „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ erfüllt werden können, entscheiden sich viele Betroffene letztlich für die Inanspruchnahme ihrer Mobilität und Antragstellung in einem anderen Staat, um nicht die dauerhafte Trennung von ihren Angehörigen zu riskieren.

2. Österreichische Rechtslage

Die Unionsbürger-RL wurde in Österreich im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005¹⁷ umgesetzt, welches das Fremdengesetz 1997 (FrG 1997) ablöste. Das Paket setzt sich ua aus dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) und dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) zusammen und ist mit 1.1.2006 in Kraft getreten. Ein zentraler Aspekt des Fremdenrechtspaketes 2005 ist – ausgehend von der RL – die erstmalige, mit zahlreichen Konsequenzen verbundene Unterscheidung zwischen *freizügigkeitsberechtigten* und *nicht freizügigkeitsberechtigten* EWR-BürgerInnen, SchweizerInnen und ÖsterreicherInnen sowie deren jeweiligen (Familien-) Angehörigen.

EWR-BürgerInnen werden definiert als Fremde,¹⁸ die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den EWR sind.¹⁹ Sie haben ein Recht auf Freizügigkeit, also das gemeinschaftsrechtliche Recht, sich in Österreich niederzulassen. Wollen sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, so müssen sie in Österreich als ArbeitnehmerInnen oder Selbständige tätig sein oder über eine ausreichende Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen, so dass sie während ihres Aufenthaltes in Österreich keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen. Niederlassungsfreiheit für mehr als drei Monate besteht auch, wenn sie eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten öffentlichen oder privaten Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und über ausreichende finanzielle Mittel sowie eine Krankenversicherung verfügen.²⁰

Angehörige, die den/die EWR-BürgerIn begleiten oder zu ihm/ihr nachziehen, haben grundsätzlich das Recht, mit ihm/ihr in Österreich zu leben.²¹ EhegattInnen, Kinder und

12) Vgl Renner, Ehe und Familie im Zeichen neuer Zuwanderungsregeln, NVwZ 2004/7, 795.

13) EuGH 23.9.2003, Rs C-109/01, Akrich, Slg 2003, I-9607; EuGH 11.7.2002, Rs C-60/00, Carpenter, Slg 2002, I-6279.

14) Vgl Ecker, Familienzusammenführung 109 unter Hinweis auf die Jud zu Art 4 der RL 68/360 und Art 6 der RL 73/148, zB EuGH 25.7.2002, Rs C-459/99, MRAX/Belgien, Slg 2002, I-6591.

15) Vgl Ecker, Familienzusammenführung 109f, vgl EuGH 27.10.1977, Rs 30/77, Bouchereau, Slg 1977, 1999; EuGH 8.4.1976, Rs 48/75, Royer, Slg 1976, 497; vgl VwGH 14.9.2001, 99/19/0074.

16) Vgl Ecker, Familienzusammenführung 111 unter Hinweis auf EuGH 21.10.1999, Rs C-97/98, Jägerskiöld, Slg 1999, I-7319; EuGH 5.6.1997, verbundene Rs C-64/96 und C-65/96, Kari Uecker, Slg 1997, I-3171; EuGH 11.7.2002, Rs C-60/00, Carpenter, Slg 2002, I-6279.

17) BGBl I 2005/100.

18) Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen (§ 2 Abs 1 Z 1 NAG).

19) § 2 Abs 1 Z 4 NAG.

20) § 51 NAG.

21) Dieses Recht hängt zum Teil von der Unterhaltsgewährung ab, etwa bei Kindern nach Vollendung des 21. Lebensjahres, Eltern und Schwiegereltern oder sonstigen Angehörigen.

Eltern bzw Schwiegereltern haben zusätzlich freien Zugang zum Arbeitsmarkt in Österreich. Diese Rechte sind durch die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte²² nur noch zu dokumentieren, bestehen aber unabhängig davon.²³

Für SchweizerInnen bzw österreichische StaatsbürgerInnen und deren Angehörige, die sie *begleiten* oder ihnen *nachziehen*, gilt im Wesentlichen dasselbe, sofern das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen wurde.²⁴

Anders und wesentlich schlechter stellt sich die aufenthaltsrechtliche Situation von (Familien-) Angehörigen sog *nicht freizügigkeitsberechtigter* EWR-BürgerInnen, SchweizerInnen und österreichischer StaatsbürgerInnen dar. Darunter werden all jene verstanden, die keinen innerhalb des EWR verwirklichten, grenzüberschreitenden Sachverhalt aufweisen können. Ihnen sollen nach der Konzeption des NAG keine aufenthaltsrechtlichen Begünstigungen zukommen, vielmehr sollen für sie dieselben Regeln gelten wie für andere Drittstaatsangehörige. Das bedeutet im Wesentlichen, dass neben der Krankenversicherung ein bestimmtes Mindesteinkommen sowie ein Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft vorhanden sein müssen. Weiters gelten für sie strengere Formalvorschriften, insb die Auslandsantragstellung. Das Niederlassungsrecht entsteht erst mit Erteilung des Aufenthaltstitels.

Die Umsetzung der Unionsbürger-RL in österreichisches Recht folgt weitgehend den europäischen Vorgaben. Das Fremdenrechtspaket 2005 wurde aber auch dafür verwendet, die aufenthaltsrechtliche Situation von Angehörigen österreichischer StaatsbürgerInnen wesentlich zu verschlechtern. Während nach dem FrG 1997 noch das Recht bestanden hat, den Aufenthaltstitel unabhängig vom aktuellen Aufenthaltsstatus und der Einreise nach Österreich im Inland zu beantragen, besteht dieses Recht nach dem NAG in dieser Form nicht mehr.²⁵ Angehörige aus Drittstaaten von sog *nicht freizügigkeitsberechtigten* ÖsterreicherInnen unterliegen den nahezu selben Regeln wie Angehörige von in Österreich lebenden Drittstaatsangehörigen.²⁶ Nur dann, wenn der/die ÖsterreicherIn – gemeinsam mit dem/der Angehörigen – einen grenzüberschreitenden EU-Sachverhalt vorweisen kann, besteht aufgrund der RL Niederlassungsfreiheit.

Aber selbst in jenen Fällen, in denen ein echter Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht ist und somit die europarechtlichen Garantien greifen müssten, zeigte sich die österreichische Verwaltungspraxis bisher äußerst restriktiv – in klarem Widerspruch zur Intention der RL. Als zentral stellten sich in diesem Zusammenhang die Begriffe *begleiten* und *nachziehen* dar. In Österreich verlangte man bisher

– in einem wortwörtlichen Verständnis – dass tatsächlich ein gemeinsamer grenzüberschreitender Sachverhalt innerhalb der EU verwirklicht sein muss. Die Angehörigeneigenschaft musste also schon im jeweiligen EU-Herkunftsland bestanden haben. Wurde sie hingegen erst in Österreich erworben oder begründet, etwa durch Eheschließung, so wurde die Dokumentation mit der Begründung verweigert, dass kein Freizügigkeitssachverhalt iSd RL vorliege. Es wurde analog zu Angehörigen von ÖsterreicherInnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, vorgegangen. Der drittstaatsangehörige Ehemann einer deutschen Staatsbürgerin, der diese erst in Österreich geheiratet hat, somit unabhängig von ihr und ggf auch schon vor ihr nach Österreich gelangt ist, konnte sich daher nach bisheriger Ansicht der Behörden nicht auf die Niederlassungsfreiheit stützen und keine, dieses Recht bloß dokumentierende Daueraufenthaltskarte erhalten.

3. Rechtsprechung

3.1. Erste Entscheidungen des VfGH und VwGH

Für Österreich hatte der VfGH in seinem Erkenntnis vom 17.6.1997, B 592/96²⁷ noch vor Inkrafttreten der nunmehrigen Unionsbürger-RL festgestellt, dass eine Inländerdiskriminierung unzulässig ist, dh insb strengere Voraussetzungen bei rein innerstaatlichen Sachverhalten als bei solchen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug nicht vorgeesehen werden dürfen. Eine Schlechterstellung von ÖsterreicherInnen gegenüber ausländischen Staatsangehörigen bedarf nach dieser Entscheidung einer sachlichen Rechtfertigung. Vor allem kann eine unterschiedliche Behandlung diskriminierend iSd Art 14 iVm Art 8 EMRK sein, wenn eine objektive und vernünftige Rechtfertigung dafür nicht ersichtlich ist. Die Erteilung von Aufenthaltstiteln an drittstaatsangehörige Familienangehörige sämtlicher EWR-BürgerInnen, also auch österreichischer StaatsbürgerInnen, musste nach damaliger Rechtsansicht des VfGH einheitlichen (begünstigenden) Regelungen unterworfen sein.²⁸

Dennoch wurde mit dem Fremdenrechtspaket 2005 ein umfassendes Konzept der Schlechterstellung von „nicht freizügigkeitsberechtigten“ Personen und deren Angehörigen eingeführt, welches uE den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht genügt, da es primär zu einer Schlechterstellung österreichischer StaatsbürgerInnen beim Familiennachzug führt. Aus diesem Grund wurden die neuen Regelungen auch von Anfang an scharf kritisiert.²⁹

Der VwGH hat in seiner Rsp zu den Bestimmungen des Fremdenrechtspakets 2005 mit Bezugnahme auf die ge-

22) Die RL sieht in Art 10 zunächst nur eine Aufenthaltskarte für fünf Jahre vor. Damit ist noch kein Daueraufenthaltsrecht verbunden. In Österreich wird Angehörigen aus Drittstaaten hingegen sofort eine Daueraufenthaltskarte für zehn Jahre ausgestellt. Vgl § 54 NAG.

23) § 54 NAG.

24) Vgl § 57 NAG. Es muss ein echter grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. Vgl *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2006) 46.

25) Die rechtliche Bevorzugung nach dem FrG 1997 war nicht zuletzt aufgrund der unzulässigen Inländerdiskriminierung im Vergleich zu anderen EWR-BürgerInnen notwendig. Vgl etwa VfGH 17.6.1997, B 592/96.

26) Die Erteilung eines Aufenthaltstitels setzt die Erfüllung der Voraussetzungen des 1. Teiles des NAG voraus, wie etwa ein bestimmtes Mindesteinkommen, einen Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft bzw die Erstantragstellung vom Ausland aus. Vgl insb §§ 11 und 21 NAG.

27) VfSlg 14.863/1997.

28) Vgl *Ecker*, Familienzusammenführung 111ff.

29) Vgl insb *Feik/Akyürek*, Rechtsgutachten im Auftrag der Volkshilfe Oberösterreich und migrare – Zentrum für MigrantInnen Oberösterreich, 5.5.2006, http://www.migration.at/news/Rechtsgutachten_NAG.pdf (24.3.2008).

meinschaftsrechtliche Freizügigkeit zunächst keine Bedenken geäußert und auf die seiner Ansicht nach korrekte Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben verwiesen.³⁰

Mit Erkenntnis vom 13.10.2007, B 1462/06 hat auch der VfGH die Ungleichbehandlung von (nicht freizügigkeitsberechtigten) ÖsterreicherInnen und UnionsbürgerInnen entgegen seiner älteren Rsp als sachlich gerechtfertigt angesehen.³¹ Dies insb deshalb, weil gerade keine Inländerdiskriminierung vorliege, sondern im NAG ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der/s zusammenführenden Unionsbürgers/in auf die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts abgestellt wird.

3.2. Erste Entscheidungen des EuGH

Inzwischen hat jedoch auch der EuGH, dem das gemeinschaftsrechtliche Auslegungsmonopol zukommt, über die Auslegung der RL entschieden: Bei den der Vorabentscheidung in der Rechtssache *Metock*³² zugrunde liegenden Rechtsstreitigkeiten ging es um Fälle, in denen drittstaatsangehörige Ehegatten von UnionsbürgerInnen, die sich in Irland aufhielten, das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen MS nicht erfüllten bzw zum Zeitpunkt der Begründung der Ehe unrechtmäßig in Irland aufhältig waren. Der EuGH hielt zunächst fest, dass die RL der Regelung eines MS entgegen steht, wonach sich Drittstaatsangehörige vor ihrer Einreise in den „Aufnahmemitgliedstaat“ rechtmäßig in einem anderen MS aufgehalten haben müssen, um sich auf die Bestimmungen dieser RL berufen zu können. Weiters stellte er unmissverständlich klar, dass Art 3 Abs 1 der RL dahingehend auszulegen ist, dass sich ein/e Drittstaatsangehörige/r, der/die Ehegatte/in eines/einer Unionsbürgers/in ist, der/die sich in einem MS aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er/sie nicht besitzt und diese/n UnionsbürgerIn begleitet oder ihm/ihr nachzieht, auf die Bestimmungen dieser RL *unabhängig davon* berufen kann, *wann oder wo* ihre Ehe geschlossen wurde oder wie der/die betreffende Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist. „Begleiten“ und „Nachziehen“ ist in Bezug auf Angehörige von EWR-BürgerInnen somit weit auszulegen und umfasst daher insb auch Personen, die vom/von der UnionsbürgerIn und zu einem anderen Zweck als dem der Familienzusammenführung eingereist sind.

In seinem Beschluss vom 19.12.2008 in der Rechtssache *Sahin*³³ hat der EuGH ebenfalls festgehalten, dass die RL auch Familienangehörige erfasst, die unabhängig vom/von der UnionsbürgerIn in den MS gelangt sind und erst dort die Angehörigeneigenschaft erworben oder das Familienleben mit diesem/r UnionsbürgerIn begründet haben wobei es insb auch keine Rolle spielt, ob sich der/die Familienangehörige zum Zeitpunkt des Erwerbs dieser Eigenschaft oder der Begründung des Familienlebens etwa als AsylwerberIn in diesem Staat aufhält.

4. Judikaturwandel in Österreich?

Die Entscheidungen *Metock* und *Sahin* haben weitreichende Folgen für Österreich, insb für die bereits dargestellte Verwaltungspraxis.

Wie der EuGH in der Rechtssache *Metock* klargestellt hat, würde die Ausübung der Freiheiten, die der EGV UnionsbürgerInnen gewährleistet, schwerwiegend behindert, wenn diese im Aufnahmemitgliedstaat kein normales Familienleben führen dürften.³⁴ Der EuGH sieht die Ausübung der Freizügigkeit auch dann gefährdet, wenn ein MS für den Nachzug der Angehörigen eines/einer EWR-BürgerIn verlangt, dass dieser/diese zuvor in einem anderen MS legal aufhältig waren bzw dass die Angehörigeneigenschaft zuvor bereits in einem anderen MS bestanden hat. Der drittstaatsangehörige Ehegatte einer deutschen Staatsbürgerin, der hier mit seiner Ehefrau lebt, kann sich daher entgegen der bisherigen Praxis in Österreich auf die Bestimmungen dieser RL unabhängig davon berufen, wann oder wo die Ehe geschlossen wurde oder wie er nach Österreich eingereist ist. Die Behörde hat dieses Recht durch Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nach § 54 NAG nur noch zu dokumentieren, sofern nicht allfällige andere Versagungsgründe vorliegen.

Die EuGH-Entscheidungen *Metock* und *Sahin* bieten aber auch Anlass zur neuerlichen Prüfung der österreichischen Rechtslage in Hinblick auf die Ungleichbehandlung *nicht freizügigkeitsberechtigter* ÖsterreicherInnen gegenüber *freizügigkeitsberechtigten* EWR-BürgerInnen, SchweizerInnen und ÖsterreicherInnen.³⁵

Mit Beschluss vom 2.10.2008, A 2008/0041, hat der VfGH beantragt, der VfGH möge die Wortfolge „sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ in § 57 NAG als verfassungswidrig aufheben. Begründend verweist der VfGH insb auf die Entscheidung *Metock* und führt dazu aus: „Stellt man auf die tatsächlichen Unterschiede zwischen privilegierten und nicht privilegierten Sachverhalten ab, so zeigt sich zB dass nach dem zitierten Urteil des EuGH vom 25.7.2008, C-127/08, *Metock*, einem Drittstaatsangehörigen, der erst in Österreich einen EWR-Bürger oder einen Schweizer Bürger geheiratet hat, die Stellung als begünstigter Drittstaatsangehöriger zukommt, wenn sein Ehegatte sein „Recht auf Freizügigkeit“ in Anspruch genommen hat. Dafür würde es genügen, dass der Ehegatte als EWR-Bürger oder als Schweizer Bürger in Österreich niedergelassen wäre und hier die in § 51 Z 1 bis 3 NAG genannten – alternativen – Voraussetzungen erfüllen würde. Auch im Fall einer Niederlassung in Österreich von Geburt an (ohne jegliche Reisebewegung) wäre der Ehegatte wohl als EWR-Bürger (oder Schweizer Bürger) zu bezeichnen, der sein „Recht auf Freizügigkeit“ in Anspruch genommen hat. Nun würde dem Beschwerdeführer³⁶ in Österreich die

30) Näheres dazu in *Bruckner*, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Lichte der bisherigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, *migraLex* 1/2008, 25, III. H.

31) Kritisch dazu *Heibl*, VfGH: Inländerdiskriminierung sachlich gerechtfertigt, *migraLex* 1/2008, 40f.

32) EuGH 25.7.2008, Rs C-127/08, *Metock*.

33) EuGH 19.12.2008, Rs C-551/07, *Sahin*. Diesem Verfahren lag ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art 234 EG des Verwaltungsgerichtshofs zugrunde; vgl VfGH 22.11.2007, EU 2007/0009 (2007/21/0271).

34) EuGH 25.7.2008, Rs C-127/08, *Metock*, Rz 62.

35) Zuvor hatte der VfGH deren Verfassungsmäßigkeit als sachlich gerechtfertigt bejaht. Vgl VfGH 13.10.2007, B 1462/06 und FN 31

36) Anm: Der Beschwerdeführer ist ein türkischer Staatsangehöriger, der mit einer Österreicherin verheiratet ist, die keinen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht hat.

Prisching/Lenz/Hauser (Hg.)
Gleichbehandlung im Hochschulbereich

212 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5211-9, € 44,-

Aus den bisherigen Versuchen, "Gleichbehandlung" zu thematisieren, ist zu erkennen, dass sowohl in Bezug auf die Gleichbehandlung von AusländerInnen als auch in Bezug auf die Gleichbehandlung von Frauen ein erhöhter Bedarf an sachlichen Diskussionen besteht. Beim 9. Symposium des Instituts für Bildungsrecht und Bildungspolitik (IBB) an der FH JOANNEUM Graz im Herbst 2007 wurden insgesamt sechs hochinteressante Referate zum Thema "Gleichbehandlung im Hochschulbereich am Beispiel von Frauen und AusländerInnen" vorgetragen, wobei theoretische Ausführungen mit Erfahrungen aus der gegenwärtigen Praxis verbunden wurden.

Herausgeber:

Mag. Dr. Manfred Prisching, Universität Graz
 Dr. Werner Lenz, Universität Graz
 Dr. Werner Hauser, FH JOANNEUM



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
 order@verlagoesterreich.at
 www.verlagoesterreich.at



Stellung als „begünstigter Drittstaatsangehöriger“ und damit ein Aufenthaltsrecht nach § 54 NAG zukommen, wenn er in Österreich mit einer hier lebenden EWR-Bürgerin, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, verheiratet wäre. [...] Im Ergebnis ist der Beschwerdeführer offensichtlich aber deshalb kein begünstigter Drittstaatsangehöriger, weil seine Ehegattin die „falsche“ Staatsbürgerschaft hat, nämlich die österreichische, und nicht die eines sonstigen EWR-Mitgliedstaates. Soweit sich an die Stellung als begünstigter Drittstaatsangehöriger kraft einfachgesetzlicher Anordnung besondere Rechtspositionen knüpfen, könnte dies unter Bedachtnahme auf das Erkenntnis des VfGH vom 17.6.1997, B 592/96, VfSIG 14.863, nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes verfassungsrechtliche Bedenken erwecken.“³⁷

Die Prüfung dieses Antrages durch den VfGH ist noch ausständig und bleibt abzuwarten. Ein Judikaturwandel ist somit nicht ausgeschlossen, ein erster Wandel in der

Verwaltungspraxis sollte durch die EuGH-Urteile *Metock* und *Sahin* jedenfalls bereits eingetreten sein. Scharf zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang, dass es für ein Einlenken der Behörden erst die dargestellten Entscheidungen des EuGH gebraucht hat, der ohnehin nur bestätigte, was ExpertInnen seit Bestehen des NAG immer wieder festgehalten und eingefordert haben. Für die Betroffenen hat die bisherige, klar europarechtswidrige Verwaltungspraxis einen mehrjährigen, äußerst zeit- und kostenintensiven Spießrutenlauf bedeutet, für den sie nun wohl niemand entschädigen wird.

*Dr.ⁱⁿ Julia Ecker ist RAAⁱⁿ im Rechtsanwaltsbüro Soyer Embacher; office@anwaltsbuero.at.
 RAⁱⁿ Mag.^a Doris Einwallner ist Partnerin in der Anwaltskanzlei Unterweger Einwallner und Redaktionsmitglied des juridikum; office@unterweger.co.at*

37) VfGH 2.10.2008, A 2008/0041 (2008/18/0507).

1. Vom Binnenmarkt zum Raum der Sicherheit

Das Übereinkommen von Schengen wurde als völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Benelux-Staaten, Deutschland und Frankreich im Jahre 1985 abgeschlossen.¹ Ziel des Übereinkommens war der Abbau von Grenzkontrollen zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Die Verwirklichung des Binnenmarktes bedingte einen Raum der Sicherheit, was im Jahre 1985 noch niemand wusste, aber im Ansatz sehr wohl angedacht war. So wurden gem Art 17 Schengener Übereinkommen „langfristig durchzuführende Maßnahmen“ vorgesehen, die unter anderem „ergänzende Maßnahmen zum Schutz der inneren Sicherheit“ betrafen. Die diesbezüglich einzuleitenden Gespräche gem Art 18 Schengener Übereinkommen betrafen etwa die „Ausarbeitung von Vereinbarungen über die polizeiliche Zusammenarbeit im Bereich der präventiven Verbrechensbekämpfung und der Fahndung“ oder die „Suche nach Mitteln zur gemeinsamen Verbrechensbekämpfung, unter anderem durch Prüfung der etwaigen Einführung eines Rechts der polizeilichen Nacheile“.

Die visionäre Kraft von 1985 ist längst in effektive Organisation, Verfahren und Rechtsstrukturen umgewandelt. Dazu beigetragen hat vor allem das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ). Damit wurden erste polizeiliche Operativmaßnahmen vorgesehen, wie grenzüberschreitende Observation (Art 40 SDÜ) oder grenzüberschreitende Nacheile (Art 41 SDÜ). Zentral ist aber auch das Schengener Informationssystem (SIS) als Fahndungsdatenbank, das eine informationelle Vernetzung zwischen den Mitgliedsstaaten brachte.² Bereits Art 102 SDÜ sah davon Abweichungen vom Fahndungszweck vor und so kann die Datenbank auch für präventive Zwecke verwendet werden. Der Rechtsschutz des Einzelnen im Rahmen von SIS ist ebenso eingeschränkt, da Auskunftserteilungen³ an den Betroffenen unterbleiben können, „wenn dies zur Durchführung einer rechtmäßigen Aufgabe im Zusammenhang mit der Ausschreibung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter unerlässlich ist“.

Der entscheidende Schritt vom Schengener System in eine europäische Politik fand durch die Überführung der völkerrechtlichen Schengener Verträge⁴ in das Recht der Europäischen Union durch den Vertrag von Amsterdam von 1997 statt. Die EU hat ergänzend dazu ihre eigenen polizeilichen Aktivitäten im Rahmen der 3. Säule (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) durch den Vertrag von Maastricht gestartet und diese zum Teil (Asyl, Visa, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr) durch den Vertrag von Amsterdam in die 1. Säule (vergemeinschaftete Politikbereiche) verlagert. Durch den Vertrag von Amsterdam wurde auch die neue politische Vision des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen und damit die Maßnahmen der inneren Sicherheit

in ein größeres politisches Konzept eingebettet, in dem die „Integration“ von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten verstärkt betrieben werden konnte. Damit verbunden wurden mit dem Beginn der 1990er Jahre verstärkt Netzwerke zwischen den nationalen Institutionen und eigene europäische Institutionen, wie Europol oder Eurojust, geschaffen. Mit dem 21. Jahrhundert ist die Innenwirkung von Schen-

Die Wirkung von „Schengen“ nach innen

Polizeiliche Informationsnetzwerke ohne Grenzen?

Konrad Lachmayer



gen nicht mehr losgelöst von den Entwicklungen im Rahmen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu betrachten, sondern Teil des größeren Prozesses im Rahmen der Polizei- und Justizkooperation der EU.

2. Vertrag von Prüm und die zunehmende Überwachung

Die Entwicklungen im Rahmen der ersten Säule (Visa, Asyl und Einwanderung) und der dritten Säule (Justiz und Inneres) dynamisierten sich Anfang des 21. Jahrhunderts sehr rasch. Im Bereich der inneren Sicherheit fand der Prozess vom Binnenmarkt zum Raum der Sicherheit einen vorläufigen Höhepunkt im Vertrag von Prüm, der wiederum als völkerrechtlicher Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit abgeschlossen wurde.⁵ Ursprüngliche Vertragspartner waren die Benelux-Staaten, Deutschland, Frankreich, Spanien und Österreich. Der rechtliche Fokus ist politisches Programm: Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration. Die im Prümer Vertrag vorgesehenen Maßnahmen reichen dabei vom grenzüberschreitenden, automationsunterstützten DNA-Datenabgleich und anderen informationellen Kooperationsmaßnahmen bis zu zahlreichen Formen operativer Zusammenarbeit (siehe Art 24 ff Prümer Vertrag). Etliche andere rechtliche Entwicklungen runden die Integra-



1) Der österreichische Beitritt zu den Abkommen erfolgte im zeitlichen Kontext des Beitritts zur Europäischen Union (BGBl III 1997/89; BGBl III 1997/90).

2) Siehe Art 92 ff SDÜ.
3) Art 109 Abs 2 SDÜ.

4) Sog „Schengener Besitzstand“, siehe ABl 2000, L 239/1-473.
5) BGBl. III Nr. 159/2006.

tion des Polizeirechts ab und zeigen, dass der Europäische Raum der Sicherheit bereits besteht. Was als völkerrechtliches Projekt für sechs Vertragsstaaten begann, wird nun für alle 27 Mitgliedsstaaten der EU umgesetzt.⁶

Aus Schengener Perspektive sollte ein freier Binnenmarkt geschaffen werden. Als Gegengewicht zur Öffnung der Binnengrenze wurde die Kooperation der inneren Polizei und Justiz beschlossen, um steigende Kriminalität zu verhindern. Die neueren Entwicklungen gehen darüber hinaus. Die durch „Schengen“ geschaffene Bewegungsfreiheit wird zunehmend durch Überwachung kontrolliert. Dabei ist etwa die Fluggastdatenweitergabe an Staaten wie Kanada, Australien oder die Vereinigten Staaten zu erwähnen,⁷ ebenso wie die Pläne der EU einen eigenen EU Fluggastdaten-Rahmenbeschluss zu erlassen⁸ Auf informationeller Ebene repräsentiert die Vorratsdatenspeicherung eine ähnliche Tendenz, Personen zu überwachen.⁹

Die menschenrechtlichen Schranken ergeben sich primär aus Art 6 EU und damit aus der allgemeine Bedeutung der Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Union. Damit sind sowohl die Maßnahmen im Rahmen der 3. Säule, aber auch im Rahmen der 1. Säule – wie etwa die Vorratsdatenspeicherung – erfasst. Die Bindung an die Menschenrechte bringt wiederum die Berücksichtigung des Grundrechts auf Privatleben gem Art 8 EMRK und das darin zum Ausdruck kommende Grundrecht auf Datenschutz mit sich.¹⁰ In der konkreten Abwägung der spezifischen Maßnahme und den Menschenrechten sind allerdings die Einschränkungen der Anrufbarkeit der Gerichte gem Art 35 EU zu berücksichtigen.

3. Informationelle Vernetzung

Von besonderer Bedeutung in der Polizeikooperation ist – wie dargestellt – die informationelle Ermittlung, Verarbeitung und Weitergabe von Daten. Die Datensammlungen im Rahmen der Polizeikooperation sind beachtlich. Dabei sind etwa das Schengener Informationssystem (SIS), des-

sen in Umsetzung befindliche Weiterentwicklung SIS II, die Europol-Datenbanken oder die Prümmer Datenverbunde zu erwähnen. Andere Datenbanken im Bereich Asyl und Visa sind etwa die Fingerabdruckdatenbank Eurodac¹¹ oder die Visa-Datenbank VIS¹². Problematisch ist allerdings der Verbund der Datenbanken untereinander.¹³ Damit entsteht ein stärkerer Grundrechtseingriff als die Summe der Eingriffe der beiden Datenbanken. Das staatliche Informationspotential gegenüber den Einzelnen nimmt unproportional zu. Insofern ist die Schaffung neuerer Datenbanken ebenso wie die Verknüpfung derselben grundrechtlich und rechtsstaatlich höchst bedenklich. Durch die Verknüpfung der Datenbanken geht die Zuordnung zu einem spezifischen Zweck verloren. Damit unmittelbar verbunden sind die Rechtschutzdefizite im Rahmen der polizeilichen Informationsverwaltung. Diese liegen primär in einem Informationsdefizit der betroffenen Person hinsichtlich des Wissens, dass personenbezogene Daten verarbeitet werden, sowie in zu extensiven Möglichkeiten der Behörden zur Auskunftsverweigerung.

4. Defizitärer Rechtsschutz: der Rahmenbeschluss zum Schutz personenbezogener Daten als Beispiel

Der neue Rahmenbeschluss zum Datenschutz (RB)¹⁴ kann als Beispiel für die Problematik der Rechtsschutzdefizite im Datenschutz dienen. Der RB soll den Schutz personenbezogener Daten regeln. Er erstreckt sich auf Daten, die aufgrund von Kooperationen der Mitgliedstaaten untereinander oder mit Informationssystemen der EU übermittelt werden sowie auf Daten, die aufgrund europäischer Rechtsakte übermittelt werden sollen. Dabei ist als erstes Defizit vorab festzuhalten, dass der RB bestehende zentrale Datenbanken wie Europol-Datenbanken oder SIS aus seinem Anwendungsbereich ausnimmt.¹⁵

Auch in Hinblick auf die Weiterverwendung von Daten für andere Zwecke geht der RB denkbar weit. So ist gem

6) Siehe den Beschluss 2008/615/JI des Rates vom 23.6.2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl 2008, L 210/1.

7) Siehe den Beschluss des Rates 2006/230/EG über den Abschluss eines Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung Kanadas über die Verarbeitung von API/PNR-Daten, ABl 2006, L 82/14; Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security (DHS), ABl 2007, L 204/18; Abkommen zwischen der Europäischen Union und Australien über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) aus der Europäischen Union und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an die australische Zollbehörde, ABl 2008, L 213/49.

8) Siehe den Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten)

zu Strafverfolgungszwecken, KOM 2007/0654 endg. Dazu kritisch die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB), ABl 2008, C 110/1.

9) Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erzeugt oder verarbeitet werden, ABl 2006, L 105/54. Vgl auch die jüngst zur Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie ergangene Entscheidung des EuGH 10.2.2009, Rs C 301/06, *Irland/Parlament und Rat*.

10) Siehe *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht (2006)

11) Siehe die VO (EG) 2725/2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl 2000, L 316/1.

12) Siehe VO (EG) 767/2008 über das Visa-Informationssystem (VIS) und den Datenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten über Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt (VIS-Verordnung), ABl 2008, L 218/60.

13) Siehe etwa den Beschluss 2008/633/JI des Rates vom 23. Juni 2008 über den Zugang

der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten, ABl 2008, L 218/129.

14) Siehe den Rahmenbeschluss 2008/977/JI über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl 2008, L 350/60 (im Folgenden: RB).

15) Siehe den 39. Erwägungsgrund des RB: „Verschiedene auf der Grundlage von Titel VI des Vertrags über die Europäische Union erlassene Rechtsakte enthalten spezifische Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten, die gemäß den Bestimmungen dieser Rechtsakte ausgetauscht oder anderweitig verarbeitet werden. Diese Vorschriften bilden in einigen Fällen ein vollständiges, in sich geschlossenes Regelwerk, das alle relevanten Datenschutzaspekte [...] erfasst, und regeln diese Fragen ausführlicher als dieser Rahmenbeschluss. Die einschlägigen Datenschutzvorschriften dieser Rechtsakte, [...] bleiben von dem vorliegenden Rahmenbeschluss unberührt.“

Art 3 Abs 2 RB die Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken bei Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit zulässig.¹⁶ Dies bedeutet aber, dass auf Ebene des RB keine konkreten Einschränkungen erfolgen, sondern der Vollziehung ein (zu) großer Spielraum eröffnet wird. Die Zwecke der Weiterverarbeitung werden durch Art 11 RB geregelt¹⁷ und sind ebenso denkbar weit, etwa „die Verhütung, Ermittlung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten [...]“; die Abwehr einer unmittelbaren und ernsthaften Gefahr für die öffentliche Sicherheit; oder jede[r] andere Zweck [!] nur mit der vorherigen Zustimmung des übermittelnden Mitgliedstaats oder mit Einwilligung der betroffenen Person, die sie im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht erteilt hat.“ Der RB schützt damit personenbezogene Daten nicht, sondern legitimiert deren Weitergabe. Es reicht dabei die Zustimmung des übermittelnden Staates aus. Die Betroffenen müssen grundsätzlich nicht zustimmen, ja sie erfahren nicht einmal von der Weiterverarbeitung der personenbezogenen Daten.

Informationspflichten – also die Voraussetzung für effektiven Rechtsschutz – werden nur nach innerstaatlichen Vorgaben erteilt (Art 16 Abs 1 RB). Diese bestehen allerdings regelmäßig nicht. Überdies legitimiert Art 16 Abs 2 RB dazu, dass jeder Mitgliedstaat – nach innerstaatlichen Vorgaben – einen anderen Mitgliedsstaat ersuchen kann, die betroffene Person nicht zu informieren.

Das Gegenstück zur Informationspflicht ist die Auskunftspflicht, die in Art 17 RB geregelt ist. Dabei kommt der einzelnen Person grundsätzlich das Recht zu, frei und ungehindert und ohne unzumutbare Verzögerung oder übermäßig hohe Kosten, Auskunft zu erhalten. Das Mindestmaß an Auskunft stellt eine „Bestätigung von der nationalen Kontrollstelle“ (etwa der Datenschutzkommission) dar, dass „alle erforderlichen Überprüfungen durchgeführt wurden“.¹⁸ Eine Information über den Gegenstand der Datenverarbeitung, also den Grund weshalb überhaupt Daten polizeilich verarbeitet werden, kann bei Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit entfallen, um „behördliche oder gerichtliche Ermittlungen, Untersuchungen oder Verfahren nicht zu behindern; die Verhütung, Feststellung, Ermittlung oder Verfolgung von Straftaten nicht zu beeinträchtigen oder um strafrechtliche Sanktionen zu vollstrecken; die öffentliche Sicherheit zu schützen; die Sicherheit des Staates zu schützen oder die betroffene Person und die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.“¹⁹ Die betroffene Person ist zwar über die Verweigerung der Auskunft schriftlich zu informieren; ihr sind auch „die tatsächlichen oder rechtlichen Gründe, auf die die Entscheidung gestützt wird, mitzuteilen“²⁰. Diese Mitteilung kann aber aus denselben Gründen entfallen, die zu einer Verweigerung der Auskunft geführt haben. In diesen Fällen hilft auch der Hinweis der Beschwerde bei der zuständigen nationalen Kontrollstelle wenig.

Dies bedeutet zusammenfassend, dass die Einzelne aufgrund des RB zum Schutz (!) personenbezogener Daten über die Datenverwendung im Rahmen der Polizei und Justiz in vielen Fällen nicht informiert wird und auch keine Auskunft erhält. Die Gründe der Verweigerung der Auskunft sind dabei beinahe ebenso weit gefasst wie die Gründe zur Weiterverarbeitung der Daten für andere Zwecke. Die rechtlich-inhaltlichen Möglichkeiten betroffener Personen sind stark beschränkt, womit die prozeduralen Kontrollmöglichkeiten ins Leere laufen. Die Kontrolle der gesetzeskonformen Ausübung der Befugnisse der Behörde verbleibt damit in der innerstaatlichen Organisation und gibt dem Einzelnen nicht die Möglichkeit, sich effektiv zu wehren. All dies wird durch die Regeln zum europäischen Datenschutz in den Bereichen Justiz und Inneres ermöglicht, bestätigt und legitimiert.

Ähnliche Bestimmungen wie im neuen Rahmenbeschluss finden sich in den Datenschutzregeln des Vertrags von Prüm²¹ oder in der Europol-Konvention.²² Auch die österreichische Auskunftsregelung gem § 26 DSGVO sieht entsprechende Einschränkungen der Auskunftspflicht vor.²³ Im Gesamten zeigt sich ein Rechtsschutzdefizit bei der informationellen Verarbeitung in den Polizeikooperationen. Maximalfristen, nach denen zwingend Informationen an betroffene Personen zu geben sind, und Rechtsschutzmechanismen, die es der Einzelnen ermöglichen, sich effektiv gegen die europäischen Informationsverbünde zu wehren, bestehen nicht.

5. Ein Ausblick zur Außenwirkung der inneren Sicherheit

Zum Abschluss führt „der Blick nach innen“ in die andere Richtung, nämlich nach außen. Sicherheitskooperationen wie sie durch Schengen begonnen wurden, lassen sich längst nicht mehr auf die Kooperation der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beschränken. Zahlreiche bi- und multilaterale Abkommen externalisieren Maßnahmen zur inneren Sicherheit über die Grenzen der europäischen Union hinaus. Das bekannteste Beispiel stellt die Weitergabe der Fluggastdaten an die Vereinigten Staaten dar.²⁴ Dabei bleibt es allerdings nicht. Die Weitergabe von Informationen und der Aufbau von Informationskooperationen mit Drittstaaten befinden sich in voller Entwicklung. Internationale Polizeikooperation in bezug auf Informationen (also auch personenbezogene Daten) befindet sich dabei im Ausbau. Diese erfolgt auf Ebene der Europäischen Union ebenso wie innerstaatlich.

Abschließend sei daher auf die von Europol abgeschlossenen internationalen Verträge hingewiesen: Operative Abkommen bestehen mit Australien, Kanada, Kroatien, Island, Norwegen, der Schweiz, den Vereinigten Staaten; strategische Übereinkommen bestehen mit Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kolumbien, Mazedonien, Russland und der

16) Als weitere Vorgaben normiert Art 3 Abs 2 RB, dass „die Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck [...] zulässig [ist] soweit diese Verarbeitung mit den Zwecken, zu denen die Daten erhoben worden sind, nicht unvereinbar ist [und] die zuständigen Behörden nach den für sie geltenden Rechtsvorschriften zur Verarbeitung solcher Daten zu einem anderen Zweck befugt sind“. Damit sind aber keine we-

sentlichen Eingrenzungen vorgenommen, die über das Legalitätsprinzip hinausreichen.

17) In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des Art 13 RB relevant, die „eine Weiterleitung an die zuständigen Behörden in Drittstaaten oder an internationale Einrichtungen“ unter ebenso allgemeinen Kriterien generell ermöglicht.

18) Art 17 Abs 1 lit b RB.

19) Art 17 Abs 2 RB.

20) Art 17 Abs 3 RB.

21) Siehe Art 33 ff Prüm Vertrag und im Besonderen Art 40 Abs 1 leg cit.; siehe zur Einschränkung gem § 26 DSGVO sogleich.

22) Siehe Art 19 Europol-Konvention.

23) Siehe § 26 Abs 2 iVm Abs 5 DSGVO.

24) Siehe dazu bereits in FN 5.

A. Schwarz Praxishandbuch Vertretungsrecht

237 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5231-7, € 39,-

Die Bedeutung des Vertretungsrechtes nahm in den letzten Jahren deutlich zu. Das vorliegende, nach Praxisbedürfnissen gestaltete Handbuch richtet sich gleichermaßen an Angehörige und interessierte Laien, wie Auszubildende im Bereich des Gesundheitswesens oder der rechtsberatenden Berufe. Es gibt einen leicht verständlichen Überblick über die in unterschiedlichen Rechtsbereichen enthaltenen Vertretungsregeln und enthält eine leicht verständliche Analyse der für die Errichtung von Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen relevanten Rechtsgrundlagen in einer Sprache, die es auch Nichtjuristen ermöglicht komplexe Sachverhalte kompetent zu beurteilen und eine rechtswirksame Vertretungsregelung nach individuellen Bedürfnissen zu gestalten.

Mag. Dr. Andrea Schwarz MBA ist in der Pensionsversicherungsanstalt mit den rechtlichen Angelegenheiten der Sonderkrankenanstalten der PVA betraut.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Türkei. In Österreich bestehen bilaterale Abkommen mit allen Nachbarstaaten sowie etwa mit Albanien, Aserbaidschan, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Kroatien, Lettland, Montenegro, Polen, Serbien, Südafrika und Usbekistan.²⁵

Der Austausch personenbezogener Daten ist dabei die Regel. Als Beispiel dient etwa der bilaterale Vertrag zwischen Österreich und Bulgarien.²⁶ Dessen Art 2 Abs 3 legt fest: „Informationen [...] teilt die zuständige Behörde jeder Vertragspartei nach Maßgabe ihres nationalen Rechts der zuständigen Behörde der anderen Vertragspartei auch ohne Ersuchen mit, wenn sie für die andere Vertragspartei für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Vorbeugung und Aufklärung von Straftaten von Bedeutung sein können. Die Vertragsparteien unterstützen einander hierbei insbesondere dann, wenn im Staatsgebiet einer Vertragspartei eine Straftat vorbereitet oder begangen wird und Anzeichen dafür bestehen, dass dies Auswirkungen auf dem Staatsgebiet der anderen Vertragspartei haben könnte.“ Die Regelung ist denkbar allgemein und gibt großen Spielraum bei der Anwendung. Die regelmäßig vorgesehenen Datenschutzbestimmungen sehen eine Zweckbindung vor und das Verbot der Verwendung dieser Daten für andere Zwecke.

Die effektive Überprüfung, was mit den Daten wirklich geschieht, ist aber für die betroffenen Personen nicht gewährleistet. Hier müssen die Vertrag schließenden Staaten einander vertrauen: ein sehr problematischer Zustand, besonders für jene Personen, deren Daten übertragen werden.

Über die unterschiedlichen völkerrechtlichen Verträge beginnen EU-Staaten Informationen zu verteilen und geben diese – je nach Vertrag – auch an Drittstaaten weiter. Die Informationspflicht von Betroffenen als datenschutzrechtliche Mindestbedingung wird dabei nicht gewährleistet. Der Einzelne weiß also von alledem nichts und wird auch nicht informiert. Als Mindestmaß eines adäquaten Umgangs mit personenbezogenen Daten ist die Information des Einzelnen und dies sobald als möglich zu sehen; jedenfalls muss es einen Zeitpunkt geben, in dem die Einzelne von der Verarbeitung ihrer Daten erfährt.

Dr. Konrad Lachmayer ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; konrad.lachmayer@univie.ac.at

25) BGBl III 2002/206 (Bulgarien), BGBl III (Albanien), BGBl III 2001/120 (Schweiz/Liechtenstein), BGBl III 2004/19 (Lettland), BGBl III 2004/143 (Südafrika), BGBl III 2005/10 (Montenegro), BGBl III 2008/141 (Kroatien), BGBl III 2005/20 (Ungarn), BGBl III 2002/91 (Usbekistan).
26) BGBl III 2002/206.

Huipfui: widersprüchliche Beihilfenpolitik der Kommission in der Krise

Clemens Kaupa

Selten haben sich ökonomische Wahrheiten so rasant verändert wie in der gegenwärtigen Wirtschaftskrise. Noch bis vor wenigen Monaten hat die Generaldirektion Wettbewerb eifrig an der Umsetzung eines neuen Beihilferegimes namens „more economic approach“ gearbeitet, welches auf eine generelle und permanente Reduktion staatlicher Beihilfen abzielen sollte. Nach anfänglichem Zögern hat die Kommission im Herbst 2008 nun das Ruder völlig herumgerissen und im Zeichen der Bankenrettung und der Konjunkturbelebung breiteste Ausnahmen vom bisherigen Beihilfenregime vorgehen.

Das böse K-Wort (K wie Keynesianismus) kommt der Kommission dabei zwar nicht über die Lippen, jedoch geht es effektiv genau darum: „Das Europäische Konjunkturprogramm umfasst ein ehrgeiziges Paket antizyklischer makroökonomischer Krisenbewältigungsmaßnahmen zur Unterstützung der Realwirtschaft.“¹ Dies soll sich, so die Kommission, einerseits aus „kurzfristigen Maßnahmen zur Stärkung der Nachfrage, zur Sicherung von Arbeitsplätzen und zur Wiederherstellung des Vertrauens“ und andererseits aus langfristigen „intelligente[n] Investitionen“ im Sinn der Lissabon-Ziele zusammensetzen.²

Insgesamt sollen bis Ende 2009 rund 200 Mrd. Euro (1,5% des BIP der EU) an zusätzlichen Mitteln von der EU und den Mitgliedstaaten locker gemacht werden.

Das Konjunkturprogramm wird von einer weitgehenden Lockerung des Beihilfesystems begleitet, nachdem die Kommission zu Beginn der Krise die ersten Bankenrettungen noch strikt nach dem (an sich strengen) System als Beihilfen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen geprüft hatte.³ Nach Drängen des Rates eröffnete die Kommission über Anwendung des Art 87 Abs 3 lit b EGV – welcher eine Beihilfengewährung „zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben“ erlaubt – eine breite Palette von Hilfsmaßnahmen, zuerst für Banken⁴ und im Dezember 2008 auch für die Realwirtschaft.⁵ Für die Realwirtschaft wurde etwa die Grenze von De-minimis-Beihilfen – also nicht genehmigungspflichtigen Beihilfen – auf 500.000 Euro angehoben. Faktisch besonders bedeutsam ist die Tatsache, dass die Kommission seit Mitte 2008 die Beihilfenanmeldungen im Schnellverfahren durch die Kontrolle winkt.

Noch vor wenigen Monaten klang das ganz anders: unter dem Schlachtruf „weniger und besser ausgerichtete Bei-

hilfen“ zimmerte die Generaldirektion Wettbewerb seit 2005 an einer Reform,⁶ die das Beihilferecht unter die Prämissen der neoklassischen Wirtschaftstheorie neu ausrichten sollte.⁷ Die zentrale Regel der Reform: staatliche Beihilfen sind immer nur die „zweitbeste Lösung“, da der Markt (nur) ohne staatliche Eingriffe zur effektivsten Lösung findet.⁸ So schrieb die Kommission etwa im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation (FuEuI): „In diesem Zusammenhang betont die Kommission, dass Märkte, auf denen Wettbewerb herrscht, grundsätzlich ohne äußere Einwirkung zu den effizientesten Lösungen für FuEuI gelangen müssten.“⁹ Anders als es der Reformname „more economic approach“ suggeriert, untermauert die Kommission die angeblich geringere Effektivität staatlicher Beihilfen gegenüber Marktergebnissen bzw. marktförmig gestalteter Beihilfeninstrumente zu keinem Zeitpunkt mittels ökonomischer Ergebnisse. Die Ablehnung staatlicher Beihilfen als Politikinstrument ist überwiegend ideologisch motiviert.

Heute sind staatliche Beihilfen aber hui, obwohl sie gestern noch pfui waren? Genauso agiert die Kommission, allerdings mit dem Zusatz, dass morgen Beihilfen wiederum pfui sein sollten. Klar ist, dass die Kommission den doppelten Rittberger von Friedman zu Keynes vorwiegend deswegen gesprungen ist, weil sie von den Mitgliedstaaten ansonsten eben dorthin geschubst worden wäre. Seitdem schlagen zwei Seelen in der Brust der Kommission: einerseits ist die Kommission sichtbar stolz darauf, dass das EU-Beihilferegime sich den Anforderungen der Krise – sprich: öffentliche Intervention – so gut anpassen konnte. Andererseits macht die Kommission auch mehr als deutlich, dass dies Ausnahmemaßnahmen für Ausnahmzeiten seien und dass sie nach der Krise gerne wieder zu ihrem neoklassischen Reformsystem zurückkehren möchte.¹⁰ Also

1) Europäisches Konjunkturprogramm, KOM(2008)800, 6.
2) Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl. (2009) C 16/1, Pkt. 1.1.
3) Arhold: Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an

Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, in EuZW 2008, 713.
4) Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise („die Bankenmitteilung“), ABl. (2008) C 270, 8.
5) Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen, FN 2
6) Aktionsplan staatliche Beihilfen

– weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005 – 2009, KOM (2005) 107.
7) Kaupa: Führt der „more economic approach“ im Beihilferecht zu einer Reduktion öffentlicher Handlungsfähigkeit?, in Jaeger (Hg.) Jahrbuch Beihilferecht 2009, 385.
8) Aktionsplan staatliche Beihilfen – weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap

zur Reform des Beihilferechts 2005 – 2009, KOM (2005) 107 (8); UmweltschutzRL, ABl. (2008) C 82/1 Rz 24.
9) FuEuI-GR, ABl. (2006) C 323/1, Pkt. 1.2.
10) Kroes: European Models for Economic Recovery, Adress at Atlantic Council, 26. März 2009, SPEECH/09/149

Friedman bei Sonnenschein, Keynes bei Sturm? Die Kommission spricht diesen Widerspruch nicht an.

Der Grund für diese Unlust der Kommission, das offensichtliche zu thematisieren ist zweifach. Einerseits sieht sich die Kommission gerade jetzt in ihrer Rolle gefordert, die Eckpfeiler des gemeinsamen Wirtschaftssystems zu verteidigen. Eine koordinierte Beihilfenpolitik gerade in Krisenzeiten sollte einen kontraproduktiven Subventionswettkampf der Mitgliedstaaten – wie er gerade in der Frühphase der Bankenrettungen sichtbar war – verhindern. Zusätzlich bietet es eine bessere Handhabe für Situationen in denen gerade große Unternehmen – wie etwa Banken oder internationale Unternehmen – ihr strukturelles Gewicht ausnutzen, um von den Staaten Zugeständnisse und Unterstützungen herauszupressen.

Andererseits hat sich die Generaldirektion Wettbewerb, wie erwähnt, im reformierten Beihilfesystem einem weitgehend neoliberalen Politikverständnis verschrieben, das staatliche Interventionen am Markt aus Prinzip ablehnt. Gezwungen, im Moment das genaue Gegenteil davon zu exekutieren, hält die Generaldirektion und die Kommissarin umso stärker daran fest, dass es eigentlich andersrum richtig wäre.

Und so versucht die Kommission, innerhalb der antizyklischen Krisenbewältigungsmaßnahmen gleichzeitig auch das neoklassische Reduktionsprogramm staatlichen Einflusses aufrecht zu erhalten. Einerseits sollen die Staaten gemäß dem Europäischen Konjunkturprogramm in kurz- und langfristige Programme investieren. Andererseits sollen sich diese Investitionen bitteschön innerhalb des 3%-Rahmens des Stabilitätspakts bewegen.¹¹ In diesem Sinne hat die Kommission bisher gegenüber fünf Ländern ein Defizitverfahren eingeleitet.¹² Dafür, dass die Rezession mittler-

weile offenbar schlimmere Dimensionen annimmt als die Weltwirtschaftskrise 1929¹³ wirkt dies ein wenig nonchalant. Und angesichts der Tatsache, dass gerade die ehemaligen fiskalpolitischen Musterschüler Irland und Spanien nun besonders massiv in die Krise gekippt sind¹⁴ scheint es fragwürdig, die im Stabilitätspakt dominanten Paradigmen – Preisstabilität und Budgetrestriktion – nun wiederum zum Hauptkriterium der Krisenbewältigung zu machen. Für Aufregung bei Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes¹⁵ hat dann auch Nobelpreisträger Paul Krugman gesorgt, als er – auf den Widerspruch hinweisend – im März argumentierte, dass das europäische Konjunkturprogramm viel zu geringe Ausmaße hätte, um einen ausreichend schnellen Konjunkturanstoß zu bieten.¹⁶ (Das Konjunkturpaket der EU macht laut einer Bruegel-Studie effektiv nur 0,9% des BIP aus, gegenüber 2% in den USA und 7,1% in China).¹⁷

Der Widerspruch ist auch deswegen besonders auffällig, weil die Kommission selbst die Notwendigkeit staatlicher Beihilfen in der gegenwärtigen Krise betont, und zwar nicht bloß zur Rettung der Banken. In der gegenwärtigen Krise ist das Risiko besonders hoch, dass zukunftsweisende Investitionen im Sinne der von der EU selbst gesteckten Ziele – Umwelt, Modernisierung der Infrastruktur, Forschung, Bildung – dem Sparstift zum Opfer fallen könnten. Im Konjunkturprogramm betont die Kommission eindringlich die Notwendigkeit solcher staatlichen Investitionen.¹⁸

Es scheint, als ob die Kommission im Bereich der Wirtschaftspolitik jedoch (noch?) nicht bereit ist, den logisch konsequenten nächsten Schritt zu setzen: nämlich nicht alle wirtschaftspolitischen Regeln vom marktradikalen Paradigma ableiten zu wollen, sondern jeweils jene Instrumente zu nutzen, die angesichts der politischen und wirtschaftlichen Situati-

on am ehesten Erfolg versprechen. Staat oder Markt – von dieser Dichotomie muss sich die Kommission lösen.

Bei der Finanzmarktregulierung ist Neelie Kroes von der Notwendigkeit einer Trendumkehr mittlerweile überzeugt, wie sie Ende März erklärte: „While I have been as lifelong capitalist, I could never accept that laissez faire is a good solution for a society. [...] What we need are regulated markets.“¹⁹ Kroes kann jedoch nicht so tun, als ob die massive Deregulierung der Finanzmärkte der letzten Jahre einfach so vom Himmel gefallen wäre und mit der sonstigen Wirtschaftspolitik überhaupt nichts zu tun hätte (was sie suggeriert, indem sie von „a few bad apples“ spricht). Vielmehr ist die Deregulierung Teil einer wirtschaftspolitischen Ideologie, die mit ihrer ins Religiöse gehenden Fixierung auf Budgetstrenge, Privatisierung, Marktliberalisierung und Verbot staatlicher Beihilfen Zweck und Mittel verwechselt hat.²⁰ Zweck soll jedoch die Hebung der Lebensqualität, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an Sozial- und Umweltschutz sein – so sieht es auch der EG-Vertrag vor. Die Kommission hat in den letzten Jahren zu einseitig – etwa im Beihilferecht – auf jene Mittel gesetzt, die sich nun als für die Krise verantwortlich herausgestellt haben. Dass sie beim Ergreifen von alternativen Maßnahmen nun zögerlich ist und soweit wie möglich an den alten Paradigmen festhalten will, mag zwar aus psychohygienischer Sicht nachvollziehbar sein. Wirtschaftspolitisch hat diese zögerliche Reaktion jedoch zu einem inkonsequenten Konjunkturprogramm geführt und – viel schlimmer – bedroht die Möglichkeit, die Jahre nach der Krise für eine aktive und kluge Investitionspolitik zu nutzen. Der die wirtschaftspolitischen Entscheidungen so offensichtlich lähmende neoliberale Ballast sollte also schnellstmöglich aus dem europäischen Rechtsbestand entfernt werden.

11) Europäisches Konjunkturprogramm, 9. 12) Commission takes steps under the excessive deficit procedure for France, Greece, Ireland, Spain and UK; assesses Stability Programme of Cyprus, IP/09/458, 24.3.2009. 13) Eichengreen, O'Rourke, A Tale of Two Depressions, in Vox EU, 6.4.2009, online: <http://www.vox-eu.org/index.php?q=node/3421> (8.4.2009). 14) Pisani-Ferry, Sapir, Weathering the Storm, in Bruegel Policy Contribution 2009/03, 4. 15) Kroes: European Models for Economic Recovery, 2. 16) Krugman, A Continent adrift, 16.3.2009, NY Times, online: <http://www.nytimes.com/2009/03/16/opinion/16krugman.html> (8.4.2009). 17) Saha, Weizsäcker, Estimating the size of the European stimulus packages for 2009: An Update, 20.2.2009, online: <http://www.bruegel.org/Public/fileDownload.php?target=/Files/media/PDF/Publications/Notes/UPDATED-SIZE-OF-STIMULUS-FINAL-300109.pdf> (15.4.2009) 18) Europäisches Konjunkturprogramm, 10. 19) Kroes, Competition, the crisis and the road to recovery, Address at Economic club of Toronto, 30.3.2009, SPEECH/09/152. 20) Stiglitz, Globalization and its discontents (2002).

Kurzarbeit

Portrait eines „kleineren Übels“

Werner Anzenberger

Kurzarbeit ist eine zeitlich begrenzte Reduzierung der Arbeitszeit, die insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Situationen vor allem Flauten in den Auftragsbüchern sozialverträglich mit Hilfe öffentlicher Gelder überbrücken soll. Sie wurde unlängst durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 2009 rückwirkend mit 10.3.2009 neu geregelt.¹

§ 37b Abs 4 AMSG begrenzt die Kurzarbeit nunmehr auf maximal 18 Monate, die AMS-Richtlinie² sieht die Abfolge in Blöcken zu höchstens sechs Monaten vor. In begründeten Fällen kann die gesamte Dauer der Kurzarbeit um maximal zwei weitere Monate – somit auf 20 Monate – verlängert werden.³ Die Arbeitszeit reduziert sich im Durchschnitt des vereinbarten Kurzarbeits-Zeitraums zwischen 10 und 90% der wöchentlich vereinbarten Normalarbeitszeit.

Für die Dauer der Kurzarbeit erhält der/die ArbeitgeberIn eine Kurzarbeitsbeihilfe in der Höhe der anteiligen Aufwendungen, die der Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit für Arbeitslosengeld zuzüglich der Beiträge zur Krankenversicherung und Pensionsversicherung entstünden.⁴ Werden während der Dauer der Kurzarbeit innerbetriebliche Qualifizierungsmaßnahmen vorgenommen, sind die Beihilfen (Pauschalsätze) für die Mehraufwendungen um 15% zu

erhöhen.⁵ Der/die ArbeitgeberIn hat wiederum an die ArbeitnehmerInnen eine Kurzarbeitsunterstützung auszubehalten, die zumindest das Arbeitslosengeld für die nicht gearbeitete Zeit erreichen muss. In der Regel ist aber die Kurzarbeitsunterstützung deutlich höher, vielfach wird eine Netto-Ersatzrate von 90% des bisherigen Entgelts erreicht. Die Sozialversicherungsbeiträge werden nach der Bemessungsgrundlage vor der Kurzarbeit errechnet, sodass keine Schlechterstellung insbesondere bei Pension oder Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung gegeben ist.

Ohne Zustimmung des zuständigen Betriebsrates sowie des AMS-Regionalbeirates muss während der Kurzarbeit und einer darüber hinausgehenden Behaltezeit jener Beschäftigungsstand im Betrieb bzw. im betroffenen Betriebsteil – soweit die organisatorische Trennung zur Anwendung unterschiedlicher Kollektivverträge führt – aufrecht erhalten werden, der zum Zeitpunkt der Antragstellung bestanden hat.⁶ Personenbezogene Kündigungen sind möglich, doch ist der/die ArbeitgeberIn verpflichtet, durch Neueinstellung eine Reduzierung des Beschäftigungsstandes hintanzuhalten. Die Behaltspflicht nach der Kurzarbeit beträgt – nach der neuen Sozialpartnereinigung – je nach Dauer der Kurzarbeit zwischen einem und vier Monaten.

Voraussetzung der Kurzarbeit ist, dass die Sozialpartner dieser im Einzelfall zustimmen. Die unmittelbare Umsetzung im Unternehmen erfolgt durch eine Betriebsvereinbarung oder – soweit ein Betriebsrat nicht besteht – durch Einzelvereinbarungen. Eine Mustervereinbarung der Sozialpartner, die alle wesentlichen Elemente der Kurzarbeit abdeckt, liegt mittlerweile vor.

Ob durch eine Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG mit einer (vorübergehenden) Verkürzung der Arbeitszeit auch eine Reduzierung des Entgelts vorgenommen werden kann, ist in der Literatur umstritten.⁷ ME ist Löschnigg⁸ beizupflichten, der eine ausnahmsweise absolut zwingende Wirkung dieser Betriebsvereinbarung – also Arbeitszeitverkürzung mit entsprechender Lohnkürzung – dann anerkennt, wenn es sich um eine echte Notstandsmaßnahme handelt, die den Abbau des Personalstandes verhindern soll. Dabei wird man allerdings auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und die daraus folgende Zumutbarkeit der Maßnahme Bedacht zu nehmen haben. Die Voraussetzungen sind mE gerade bei der Einführung der (geförderten) Kurzarbeit erfüllt, weil als teilweise Abgeltung des Entgeltentfalls die im Verhältnis zur gewonnen Freizeit überproportionale Kurzarbeitsunterstützung gewährt wird.

Dass Gewerkschaft und Arbeiterkammer der Kurzarbeit als „kleineres Übel“ grundsätzlich positiv gegenüberstehen, liegt an der beschriebenen Absicherung der ArbeitnehmerInnen. Die Betroffenen müssen zwar Einkommensreduktionen hinnehmen, diese sind aber wesentlich geringer als bei anderen „Überbrückungsinstrumenten“ wie (vorangegangenen) Arbeitszeit-Ansparmodellen – bei welchen sich die ArbeitnehmerInnen die nachfolgende Reduzierung der

1) BGBl I 12/2009 (GP XXIV IA 424/A AB 57 S 14. BR: AB 8045 S 766); das Gesetz trat grundsätzlich mit 1.2.2009 in Kraft, die neuen Regelungen wurden gem § 78 Abs 22 AMSG aber erst mit Erlass der Bundesrichtlinie „Beihilfen bei Kurzarbeit und Kurzarbeit mit Qualifizierung (KUA)“/AMF/8-2009 vom 19.3.2009 rückwirkend ab 10.3.2009 umgesetzt.

2) 6.4.3.1. lit b.
3) 6.5. der Kurzarbeit-Richtlinie.
4) § 37b Abs 3 AMSG; 6.6. der Kurzarbeit-Richtlinie.
5) 6.6.2. der Kurzarbeit-Richtlinie; darüber hinaus können voraussichtlich weitere Förderungen nach der neu zu fassenden AMS-Bundesrichtlinie „Qualifizierungsförderung für Beschäftigte und Beschäftigte in Kurzarbeit im Rahmen

des Europäischen Sozialfonds“ gewährt werden.
6) § 37b Abs 2 AMSG; 6.4.3.1. lit c der Kurzarbeit-Richtlinie.
7) Vgl Preiss in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht⁴/Bd 3, 2008, Anm 19 zu § 97; Reissner in Zeller Kommentar 2006, RZ 74 mwA; Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

8) Arbeitsrecht¹⁰, 740 ua Berufung auf Strasser in ArbVG-Handkommentar 1975/570; s auch den eigenen Ansatz bei Winter/Thomas, ZAS 2009/10.

Thema Heft 3/2009

Postkoloniales Afrika

Unter newsletter@juridikum.at können Sie den elektronischen Newsletter des *juridikum* bestellen, der vier Mal jährlich über neu erschienene Hefte und geplante Veranstaltungen informiert.

Arbeitszeit ausschließlich selbst finanzieren-, Wiedereinstellungsvereinbarungen oder -zusagen unter Stundung der Endigungsansprüche oder Bildungskarenz(plus), selbst wenn während Letzterer neben dem blanken Weiterbildungsgeld (Arbeitslosengeld), das mit einer Nettoersatzquote in der Höhe von 55% bekanntlich geradezu existenzgefährdend ist und im Übrigen auch im internationalen Vergleich sehr niedrig liegt, geringfügige Beschäftigungen angeboten oder „Stipendien“ der UnternehmerInnen gewährt werden. Die Chance, im Rahmen der Kurzarbeit den Arbeitsplatz zu erhalten, ist realistisch, zudem besteht die Chance, sich durch geförderte Qualifizierungsmaßnahmen am Arbeitsmarkt besser zu positionieren.

Auch volkswirtschaftlich erscheint das Modellsinnvoll. Der Sozialminister und andere ExpertInnen rechnen vor,

dass drei KurzarbeiterInnen ebensoviel kosten wie drei (Voll)Arbeitslose.⁹ Bei Verfassen dieses Beitrages befanden sich österreichweit ca 43.500 ArbeitnehmerInnen in 260 Betrieben in Kurzarbeit¹⁰, wobei die Zahl ständig steigt.

Auch wenn das Krisen-Modell Kurzarbeit das teuerste für den Arbeitgeber ist, darf nicht vergessen werden, dass eine übliche Einbuße des Einkommens um 10 bis 20% – das sind bei einem Nettolohn von € 1.500,00 immerhin € 150,00 bis € 300,00 – die ArbeitnehmerInnen erheblich belastet. Hier zeigt sich, dass gerade die Entgeltabhängigen, die von den hohen Gewinnen der letzten Jahrzehnte eben nicht profitiert haben – tatsächlich gab es bestenfalls ein „Nullwachstum“ der Reallöhne –, die Folgen der Krise, die sie selbst nicht zu verantworten haben, ausbaden müssen.

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at

HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer, Mag. Matthias C. Kettemann, Ass. Mag. Lukas Oberndorfer

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner

Preis:

Jahresabonnement: Euro 50,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 19,-
Einzelheft: Euro 15,- (exkl. Euro 9,90 Porto- und
Versandkosten [Inland] sowie Euro 14,90 [Ausland])
Probebezug: Euro 6,90
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Drⁱⁿ. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, LL.M.;
Miriam Broucek; Mag^a. Nina Eckstein; RAⁱⁿ Mag^a.
Doris Einwallner; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.;
Mag. Ronald Frühwirth; Assⁱⁿ. Mag^a. Nicole Hofmann;
Mag. Matthias C. Kettemann; Univ.-Ass. Dr. Konrad
Lachmayer; Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo; Ass. Mag.
Lukas Oberndorfer; Mag^a. Ines Rössl; Mag^a. Drⁱⁿ. Judith
Schacherreiter; Dr. Oliver Scheiber; Mag^a. Marianne
Schulze, LL.M.; ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek;
RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer; Mag. Thomas
Sperlich; Mag. Joachim Stern, MA; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia
Stuefer; Ass. Mag. Dominik Thompson; Mag^a. Alice
Wagner; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin;
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Werner Anzenberger, Manuela Bojadžijev,
Friederike Boll, Julia Ecker, Nina Eckstein,
Doris Einwallner, Ronald Frühwirth,
Bernd-Christian Funk, Fabian Georgi, Elisabeth Greif,
Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann,
Konrad Lachmayer, Christoph Pinter, Armin Puller,
Richard Soyer, Joachim Stern, Alexia Stuefer,
Timo Tohidipur

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21,
A-1070 Wien (Geschäftsführer: Dkfm.
André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der
Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH
Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart
(Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G.
Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift
juridikum. Der Werkstitel „*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:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer
Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte

bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
Institut für Europarecht, Internationales Recht
und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät der
Universität Wien Schottenbastei 10-16, 1010 Wien
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351
judith.schacherreiter@univie.ac.at
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer: stuefer@anwaltsbuero.at
Mag. Matthias C. Kettemann:
matthias.kettemann@uni-graz.at
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:
lukas.oberndorfer@univie.ac.at

Das *juridikum* ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

9) S etwa Der Standard,
27.2.2009, 17.
10) Stand Anfang April 2009.

Das Märchen von der Chancengleichheit – Eine kritische Analyse

Nina Eckstein

Chancengleichheit ist vor allem im öffentlich – politischen Diskurs ein viel verwendeter Begriff. Besonders häufig wird er – gerade derzeit – im Zusammenhang mit bildungspolitischen Fragen erwähnt. So wird beispielsweise schon seit längerem diskutiert, wie denn das Bildungssystem derart verändert werden müsse, damit auch jene eine Chance auf gute Bildung erhalten, die gesellschaftlich nicht zu den Privilegierten zählen.

Konkretisiert wird diese Forderung gegenwärtig in Bezug auf die (begrenzten) Möglichkeiten von MigrantInnen. Dass diese tatsächlich noch immer in vielen gesellschaftlichen Bereichen und speziell im Bildungsbereich benachteiligt sind und ihnen weniger Möglichkeiten offen stehen, werden die Wenigsten bestreiten. Jedoch nicht nur in Verbindung mit der Situation von MigrantInnen ist die Rede von Chancengleichheit. Auch im Bereich der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik werden ähnliche Überlegungen angestellt, die darauf hinauslaufen, die Chancen besonders von älteren ArbeitnehmerInnen am Arbeitsmarkt zu verbessern und auch die Chancengleichheit von Menschen mit Beeinträchtigungen wird stärker diskutiert.

Bei der Aufzählung all jener gesellschaftlichen Gruppen, für die Chancengleichheit gefordert wird, müssen leider nach wie vor auch Frauen erwähnt werden. Die gesellschaftliche Situation von Frauen ist noch immer gekennzeichnet durch geringere Chancen und Möglichkeiten in allen Lebensbereichen im Vergleich zu Männern. Häufig werden sie sogar mehrfach und auf verschiedenen Ebenen benachteiligt wie z.B. die Situation von vielen Migrantinnen zeigt.

Hier will jedoch das Konzept der Chancengleichheit Abhilfe schaffen. Interessanterweise besteht diesbezüg-

lich *common sense* quer durch alle politischen Gruppierungen. Selbst jene, von denen dies auf den ersten Blick nicht so ohne weiteres zu erwarten wäre, stehen dem Konzept der Chancengleichheit durchaus positiv gegenüber wie dies zum Beispiel Teile der Wirtschaft immer wieder verlautbart haben.

Spätestens an diesem Punkt scheint eine kritische Analyse bzw. genaueres Hinsehen angebracht. Was steckt eigentlich hinter dem Konzept der Chancengleichheit und worum handelt es sich tatsächlich?

Betrachtet man den Begriff näher, dann ist festzustellen, dass er sich aus den Worten *Chancen* und *Gleichheit* zusammensetzt. Dies sind zweifelsohne positiv besetzte Begriffe gegen die sich grundsätzlich nichts einwenden lässt. Gerade sozial engagierte und nach Überwindung sozialer Ungleichheit strebende Menschen und Bewegungen werden mit diesen Begrifflichkeiten etwas anfangen können und der Gedanke liegt ja wirklich nahe, dass hierdurch die Verwirklichung von gesellschaftlicher Partizipation aller sowie Beseitigung von Ungleichheit ermöglicht werden kann.

Doch dies ist zu bezweifeln. Schon in den 70er Jahren analysierte der französische Soziologe *Pierre Bourdieu* das Konzept der Chancengleichheit im Zusammenhang mit den Bildungschancen unterprivilegierter sozialer Schichten in Frankreich äußerst kritisch.¹

Die Kritik am Konzept der Chancengleichheit bezieht sich grundsätzlich darauf, dass es sich in Wahrheit gerade nicht um ein emanzipatorisches, Gleichheit anstrebendes Konzept handelt. Im Gegenteil durch Postulierung jenes Begriffes wird das tatsächliche Fundament unserer Gesellschaft verschleiert. Verschleiert wird, dass unserer Gesellschaft

auf Konkurrenz und Wettbewerb beruht. Alle Handlungen werden an den Logiken des Marktes ausgerichtet und die kapitalistische Verwertungslogik ist allgegenwärtig.

Das heißt mit anderen Worten: Chancengleichheit meint lediglich die gleichen Chancen zur Teilnahme am gemeinsamen Wettbewerb um die knappen Güter und Privilegien. Chancengleichheit meint jedoch nicht, dass alle tatsächlich diese Güter und Privilegien erhalten können sowie eine grundsätzliche Verbesserung der Bedingungen erfolgt.

Bildlich gesprochen kann man sagen, dass – wenn wir bei der Ungleichheit der Geschlechter bleiben – Frauen im gemeinsamen Wettlauf um die raren Güter bloß die gleichen Chancen zur Startteilnahme erhalten sollen. Unter welchen Bedingungen und unter welchen Voraussetzungen bzw. ob Frauen überhaupt ins Ziel und in den Genuss der heiß begehrten Güter kommen, ist nicht Gegenstand des Konzepts der Chancengleichheit. Das Ziel erreichen sollen selbstverständlich wirklich nur die Besten und Stärksten – mit welchen Mitteln und Möglichkeiten sie dies schaffen, wird nicht gefragt. Es ist eine systemimmanente Logik, dass letztendlich nur einige Wenige – und dies sind eben mehrheitlich Männer – das Ziel erreichen können und es logischerweise immer mehr VerliererInnen als GewinnerInnen geben muss. Dass Frauen großteils noch immer zu den VerliererInnen zählen, ist die grundsätzliche Problematik.

Diese bildliche Vorstellung verdeutlicht meines Erachtens sehr anschaulich, was unter *Chancengleichheit* tatsächlich zu verstehen ist. Gleiche gesellschaftliche Teilhabe und Zugang aller zu Privilegien und wichtigen Gütern kann unter kapitalistischen Voraussetzungen erstens gar nicht möglich sein und ist zweitens nach den Logiken dieses Systems auch nicht gewollt.

Daher ist die Frage durchaus berechtigt, inwieweit das Konzept der Chancengleichheit Frauen und anderen weniger privilegierten Gesellschaftsgruppen tatsächlich mehr Chancen und bessere Bedingungen eröffnet und nicht nur als ein bloß gut klingendes Deckmäntelchen zur Verschleierung der herrschenden ungleichen Verhältnisse fungiert?

1) Pierre Bourdieu/Jean-Claude Passeron (1971): Die Illusion der Chancengleichheit. Untersuchungen zur Soziologie des Bildungswesens am Beispiel Frankreichs.