

nr 2/2010

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

# HAFT!

recht & gesellschaft

Jenseits der Kernfamilie

Jenseits des Rechtsstaates

About Relational Freedom

Geistige Eigentumsansprüche

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# Stabile Nazis

Clemens Kaupa

---

Eine „gewaltige Zunahme“ gebe es bei „linksextremistischen“ Delikten, so erklärte Innenministerin Maria Fekter bei der öffentlichen Präsentation des Verfassungsschutzberichts 2010, während die Lage im rechtsextremen Bereich „stabil“ sei.<sup>1</sup> Der Schönheitsfehler dieses Trends: die „linksextremistischen“ Delikte belaufen sich auf 90 im Jahr 2009 (gegenüber 64 im Jahr 2008), während der Verfassungsschutz im rechtsextremen Bereich 791 Delikte im Jahr 2009 (gegenüber 835 im Jahr 2008) gesammelt hat.

Stabil viel, muss man Maria Fekter also entgegenhalten, ist trotzdem viel. Aber die kreative Verwischung des Unterschieds zwischen relativen und absoluten Zahlen bei der Präsentation des Verfassungsschutzberichts ist ohnehin ein reines Politikum und hat mit dem Ziel, demokratiefeindliche Aktivitäten zu bekämpfen nur wenig zu tun. Es geht alleine darum, die ‚linken Gfraster‘ mal wieder ordentlich herzuwatschen.

Ein Politikum ist nicht bloß die Präsentation, sondern auch der Inhalt des Berichts. Dort wird das peinliche Spiel mit den relativen Zahlen munter fortgespielt. Der Bericht registriert eine „Zunahme von rund 40 Prozent“ bei den „Straftaten mit erwiesenem oder vermutetem linksextremen Hintergrund.“<sup>2</sup> Die Steigerung beläuft sich in absoluten Zahlen auf sage und schreibe 26. Auch die Zusammensetzung dieser Steigerung ist erwähnenswert: 22 davon sind sogenannte „Schmieraktionen“, weitere drei sind „Klebeaktionen“. Und so trifft der Vorwurf, aus einem ernsten Anliegen ein billiges Politikum zu machen, nicht nur Ministerin Fekter, sondern auch den Leiter des Verfassungsschutzes, Peter Gridling. Diesem war das Missverhältnis zwischen der vermarktbareren relativen 40%-Steigerung und den absoluten Zahlen zwar aufgefallen, löste es laut Standard-Bericht jedoch auf dem Weg der Unterstellung: „Dennoch glaubt Gridling, dass es bei den linksextremen Delikten ein Problem bei der Zuordnung gibt und es in Wahrheit in diesem Bereich doch eher mehr Vorfälle gebe als von der Statistik ausgewiesen.“<sup>3</sup> Im Kontext der tatsächlich registrierten Delikte ist nicht ganz einfach nachzuvollziehen, was Gridling meinen könnte. Anarchistische Schmieraktionen, die aber jede Erwähnung ihres politischen Anliegens vermeiden? Kommunistische Klebeaktionen mit absichtlich unpolitischen Postern?

Und auch in Bezug auf rechtsextremistische Taten bemüht der Verfassungsschutzbericht die dumme Verwechslungsposse zwischen relativ und absolut. „Stabil“ sei die Situation im Vergleich zum Vorjahr, ein Wort bemühend, das suggeriert: habt euch nicht so, ist doch

---

1 Der Standard, Verfassungsschutz: „Gewaltige Zunahme“ linksextremer Delikte, 26. April 2010, [http://derstandard.at/1271375264810/Verfassungsschutzbericht-Verfassungsschutz-Gewaltige-Zunahme-linksextremer-Delikte?\\_seite=3&sap=2](http://derstandard.at/1271375264810/Verfassungsschutzbericht-Verfassungsschutz-Gewaltige-Zunahme-linksextremer-Delikte?_seite=3&sap=2) (30.5.2010).

2 Verfassungsschutzbericht 2010, S. 41f.

3 Siehe Fn. 1.

alles easy. Tatsächlich bezeichnet diese „Stabilität“ dann doch 791 rechtsextrem zugeordneten Straftaten (knapp 400 Anzeigen aufgrund des Verbotsgesetzes, 33 Verhetzungen und 253 StGB-Delikte inklusive Sachbeschädigungen, gefährlichen Drohungen und 14 Körperverletzungen): wer ein so geartetes Österreich – Stichwort Softgunattacke Ebensee – als stabil empfindet, mag Wahrnehmungsprobleme jenseits der relativ-absolut-Problematik haben. Aber auch hier ist Gridling mit einer Interpretation zur Stelle: die höhere Anzahl von Anzeigen aufgrund des Verbotsgesetzes sei „vor allem auf eine höhere Sensibilität der Bevölkerung in diesem Bereich zurückzuführen.“ Im Klartext: dies nehmen Menschen also auch real als Problem war, anders als Gridlings linksextreme Phantasiedelikte.

Man möchte meinen, dass sich Gridling und Fekter diese Sensibilität der Bevölkerung gegenüber Rechts eventuell auch selbst stärker aneignen sollten. Doch die Ministerin und der oberste Verfassungsschützer fühlen sich offensichtlich weniger von rechten AntidemokratInnen als von deren engagierten GegnerInnen bedroht. So weiß man zu berichten, dass sich Linksextremismus im Moment vor allem im Engagement gegen rechte Hetze ausdrücken würde: „Im Jahr 2009 richtete die linksextreme Szene ihren Fokus vor allem auf Proteste und Aktionen gegen ‚Rechts‘. Sowohl Veranstaltungen und Auftritte als auch Objekte mit rechtsextremer Konnotation wurden zum Ziel von Protest- und Gegenaktionen, die zum Teil gewalttätige Handlungen beinhalteten.“<sup>4</sup> Klarer kann man wohl nicht mehr zum Ausdruck bringen, dass Engagement gegen Hetze, Rassismus und Antisemitismus offensichtlich Teilen des Innenministeriums mehr Sorgen bereiten als Hetze, Rassismus und Antisemitismus selbst.

Und so besuchte und registrierte der Verfassungsschutz laut heurigem Bericht zwar die Demonstration gegen den WKR-Ball der schlagenden Burschenschaften, nicht aber den WKR-Ball selbst, obwohl sich die größere Zahl verfassungsfeindlicher Elemente – etwa die Holocaust-Verharmloser und Neonazi-Freunde rund um die Burschenschaft Olympia – dort unter Dach und Fach befunden hätten. Aber letztere haben sich vermutlich – relativ gesehen – ruhig verhalten.

MMag. Clemens Kaupa ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; clemens.kaupa@univie.ac.at

---

4 Verfassungsschutzbericht 2010, S. 36.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 113 Stabile Nazis  
Clemens Kaupa

## merk.würdig

- 117 Ein unbequemer Richter und der lange Schatten Francos  
Brian-Christopher Schmidt
- 120 Direkte Demokratie als Farce  
*Eine Nachbetrachtung der Wiener Volksbefragung 2010*  
Eva Pentz
- 123 Das Recht, sein Anderes und seine Kritik  
*Bericht über die Tagung „Das Andere des Rechts – Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart“ (17./18.7.2009, Berlin)*  
Walter Fuchs
- 126 Durchbruch für eine emanzipative Bildungspolitik?  
*Das EuGH-Urteil zum belgischen Hochschulzugang*  
Lukas Oberndorfer
- 130 Bruchlinien  
*Oder: Mit dem juridikum, gegen das juridikum, aber immer für das juridikum. Ein schneller Essay.*  
Ines Rössl

## recht & gesellschaft

- 136 Jenseits des Rechtsstaates?  
*Einige Anmerkungen zu rechtsstaatlichen Defiziten im Bereich des Sozialhilferechts*  
Martin Hiesel
- 143 Jenseits der Kernfamilie  
*„Funktionale Elternschaft“, eine progressive Alternative aus den USA*  
Marion Guerrero
- 157 About Relational Freedom  
Iva Jugovic
- 164 Geistige Eigentumsansprüche zwischen individueller Zurechenbarkeit und industrieller Produktion  
Odin Kroeger

## thema

- 172 Vorwort – HAFT!  
Ronald Frühwirth
- 174 Wahl und Zelle  
*Das EGMR Urteil Frodl – Rückblick und Ausblick*  
Joachim Stern
- 190 Schauplatz Psychiatrie: Die UbG-Novelle 2010  
Elisabeth Hörtlehner
- 199 Das Recht auf gerichtliche Haftprüfung im Schubhaftregime  
Ronald Frühwirth

## 220 Die Schubhafttatbestände in der Judikatur des VwGH

Lamiss Khakzadeh-Leiler

## 232 Pagani: Das Recht von der Grenze her denken

Ilker Ataç / Bernd Kasperek / Michael Willenbücher

## nachsatz

## 238 Die halbe Macht den Männern: ein Arbeitsauftrag

Marianne Schulze

### 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: Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

#### Medieninhaber und Verleger:

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

#### Preis:

Jahresabonnement: Euro 55,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdienler: Euro 25,-  
Probebezug: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 16,-  
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

#### Redaktion:

Miriam Broucek, Nina Eckstein, Doris Einwallner,  
Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Matthias  
C. Kettemann, Konrad Lachmayer, Lukas  
Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith  
Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt,  
Joachim Stern, Alexia Stuefer, Alice Wagner

#### Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),  
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),  
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz),  
Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy  
(Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas  
Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk  
(Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva  
Kocher (Frankfurt an der Oder), René Kuppe (Wien),  
Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva

Maria Maier (Wien), Ugo Mattei (Turin/Berkeley),  
Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno  
Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit  
Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Alexander  
Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Beata  
Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin  
(Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela  
Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

#### AutorInnen dieser Ausgabe:

Ilker Ataç, Ronald Frühwirth, Walter Fuchs,  
Marion Guerrero, Martin Hiesel, Elisabeth  
Hörtlehner, Iva Jugovic, Bernd Kasperek,  
Clemens Kaupa, Lamiss Khakzadeh-Leiler, Odin  
Kroeger, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines  
Rössl, Brian-Christopher Schmidt, Marianne  
Schulze, Joachim Stern, Michael Willenbücher

### Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1,  
1010 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 Werktitel „juridikum  
– zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht  
im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein  
für freie Studien und brauchbare Information“,  
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien.  
Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich  
aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus  
dem Inhalt der veröffentlichten Texte.  
Erscheinungsort: Wien.

#### Layout und Satz:

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

#### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Ronald Frühwirth, r.fuehwirth@kocher-bucher.at  
Ines Rössl, ines.roessl@univie.ac.at  
Joachim Stern, joachim.stern@univie.ac.at

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

# Ein unbequemer Richter und der lange Schatten Francos

Brian-Christopher Schmidt

---

„Éstamos contigo, Garzón“<sup>1</sup> und „Xustiza de Verdade“<sup>2</sup> schreiben die Unterstützerinnen und Unterstützer von Baltasar Garzón auf ihre Schilder. Sie gehen auf die Straße, weil der spanische Untersuchungsrichter vor einem Prozess steht, der das Ende seiner beruflichen Laufbahn bedeuten könnte. Garzón erlangte weltweit Bekanntheit durch Ermittlungen gegen Chiles Ex-Diktator Pinochet, Mitglieder der Bush-Regierung und Osama Bin Laden. Dass er aber versucht hat, die Verbrechen des Franco-Regimes in Spanien juristisch aufzuarbeiten, soll ihm nun bis zu zwanzig Jahre Berufsverbot einbringen. Der Fall Garzón zeigt das Spannungsfeld zwischen Gerechtigkeit und politischer Realität ebenso wie die schwere Vergangenheitsbewältigung, dreißig Jahre nach dem Übergang zur Demokratie in Spanien.<sup>3</sup>

Dem Richter mit der grau-weißen Tolle wird ein Hang zur Selbstdarstellung nachgesagt, und tatsächlich scheut Baltasar Garzón Real mediale Aufmerksamkeit nicht. Vielmehr bildet sie einen integralen Bestandteil seiner Tätigkeit. Bei Ermittlungen gegen hochrangige ausländische Politiker wie den ehemaligen amerikanischen Justizminister Alberto Gonzalez erwartet niemand eine Auslieferung an die *Audiencia Nacional* in Madrid. Doch schon die offene Auseinandersetzung mit den Vorwürfen setzt ein Signal, zeigt Ungerechtigkeiten auf.

Zu einem großen Teil war es Garzón, der die universelle Jurisdiktion, die das spanische Recht bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit seit 1985 vorsieht<sup>4</sup>, mit Leben erfüllt hat. Über Jahre bemühte er sich um die Auslieferung von Augusto Pinochet. Im Fall eines argentinischen Offiziers, der an Morden, Entführungen und Folterungen beteiligt gewesen sein soll, konnte Garzón die Überstellung von Mexiko nach Madrid erreichen.

Angesichts solcher Erfolge, mit Rückenwind aus einem Wahlsieg und dem Abzug aus dem Irak, ließ die sozialistische PSOE 2005 die letzten Beschränkungen der universellen Jurisdiktion fallen. Die Voraussetzung eines Bezugs zu Spanien, im Fall von Pinochet zB auf Seiten der Opfer, entfiel bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit ganz. Spanien als Hort der Gerechtigkeit, die *Audiencia Nacional* als Weltgerichtshof, so schien es. Es folgten beispielsweise auch Bemühungen, den früheren KZ-Aufseher Josias Kumpf aus Österreich vor Gericht zu bringen.

---

1 *Span/Galiz*: „Wir sind bei dir“.

2 *Galiz*: „Wahre Gerechtigkeit“.

3 Für eine ausführliche Zusammenfassung des Falles bei der Tageszeitung *El País* siehe <http://www.elpais.com/especial/caso-garzon/> (21.5.2010).

4 Art 23 Abs 4 *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Bald wurde jedoch die internationale Tätigkeit des Strafgerichtshofs in der Hauptstadt der Politik ein Dorn im Auge. Zu wenig Resultate würde sie bringen, und die Ermittlungen führten zu oft zu außenpolitischen Verstimmungen. 2009 wurde die Gerichtsbarkeit wieder beschränkt, ein klarer Bezug zu Spanien erneut als Voraussetzung eingeführt. Dennoch scheinen Garzóns Kolleginnen und Kollegen in Madrid heute gewillt, den gesetzlichen Spielraum auszunützen: Im Mai dieses Jahres beantragten sie Haftbefehle gegen 13 CIA-Agenten, die vor der Entführung eines deutschen Staatsbürgers einen Tankstopp auf Mallorca eingelegt hatten.<sup>5</sup>

Garzón hingegen wurde im gleichen Monat von der Justizaufsichtsbehörde (*Consejo General del Poder Judicial*) suspendiert. Nachdem er 2008 Ermittlungen über Entführungen und Morde im franquistischen Spanien gestartet hatte und ein Massengrab aus dieser Zeit ausheben lassen wollte, hagelte es Beschwerden von rechten Gruppierungen.<sup>6</sup> Garzón wurde als linker Agitator dargestellt, der mit seinen Untersuchungen Gesetze verletze. Der zuständige Staatsanwalt sprach sich zwar gegen eine Anklage wegen Amtsmissbrauch (*Pravariación*) aus, doch das spanische Recht überlässt die Entscheidung dem Untersuchungsrichter. Hatte Garzón diese Möglichkeit selbst oft genutzt, bringt sie ihn nun in Bedrängnis. Obwohl Garzón die Ermittlungen eingestellt hatte, erhob der zuständige Richter Luciano Varela offiziell Anklage. Er argumentiert, dass Garzóns Vorgehen gegen ein Amnestiegesetz aus dem Jahr 1977<sup>7</sup> verstoßen habe. Dieses, erlassen noch vor der neuen Verfassung, stellt politisch motivierte Verbrechen aus der Zeit vom Bürgerkrieg bis zum Beginn der *Transición* außer Verfolgung. Was damals Angebot zur Versöhnung mit Regimegegnern und Grundlage für die Entlassung politischer Gefangener war, soll heute als Persilschein für Verbrechen der Militärdiktatur fungieren. Gegen die Anklage haben sich Amnesty International und Human Rights Watch ebenso ausgesprochen wie die International Commission of Jurists (ICJ), welche auf die rückwirkende Anwendbarkeit von Gesetzen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>8</sup> hinweist. Dies könne auch ein Amnestiegesetz nicht verhindern, stützt die ICJ die Argumentation Garzóns.<sup>9</sup>

Seine Vehemenz bei der Verfolgung von Protagonisten faschistoider Regime einer „linken“ Gesinnung zuzuschieben, greift zu kurz. Nachdem er Anfang der neunziger Jahre kurze Zeit Regierungsmitglied der PSOE war, kehrte er bald zu seiner Tätigkeit als Untersuchungsrichter zurück. Und er zeigte dabei auch bei Ermittlungen gegen einen früheren PSOE-Minister sein Engagement. Er konnte Verbindungen zur Grupo Antiterrorista de Liberación (GAL) nachweisen, einer staatlich finanzierten Untergrund-Organisation, welche die baskische ETA ihrerseits mit terroristischen Mitteln wie Anschlägen und Entführungen bekämpfte.

5 *El País* vom 12.05.2010, [http://www.elpais.com/articulo/espana/fiscal/solicita/arresto/espas/EE/UU/tripularon/vuelos/CIA/elpepiesp/20100512elpepinac\\_12/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/fiscal/solicita/arresto/espas/EE/UU/tripularon/vuelos/CIA/elpepiesp/20100512elpepinac_12/Tes) (21.5.2010).

6 Die franquistische *Falange* („Phalanx“) und die rechtsnationale Beamtengewerkschaft *Manos Limpias* („Saubere Hände“).

7 Ley 46/1977, de 15 du octubre, de amnistía.

8 Gem Art 7 Abs 2 EMRK.

9 [Http://www.icj.org/IMG/PRGarzon.pdf](http://www.icj.org/IMG/PRGarzon.pdf) (21.5.2010).

Dabei hatte Garzón selbst sich einen Namen mit Ermittlungen gegen die ETA gemacht. Sein Vorgehen einer parteipolitischen Motivation zuzuschreiben verkennt die Situation also. Der 54-jährige, aufgewachsen in der Diktatur und gerade zwanzig beim Tod Francos, sieht das Recht (anstatt illegaler staatlicher Eingriffe wie der GAL) als Mittel zur Bekämpfung von Ungerechtigkeiten. „Es sind die Waffen des Rechts, die uns zur Lösung von Konflikten führen müssen, nicht die Argumente der Gewalt“, so Garzón.<sup>10</sup> Nur durch eine unabhängige Justiz sieht er die Rechte der Opfer gesichert. „Lassen wir Gerechtigkeit urteilen, und entweder freisprechen oder verurteilen. Dann beginnt Versöhnung.“<sup>11</sup>

Gerade vor dem Hintergrund der Diktatur in Spanien, bezüglich derer das Land noch immer gespalten scheint, zeigt sich, wie schwer es ist einen solchen Anspruch mit der politischen Realität zu vereinbaren. Die nunmehrige Suspendierung bewertet die Ruhe der immer noch beachtlichen Zahl von Franco-Sympathisanten höher als die Aufarbeitung der blutigen Vergangenheit des Königreichs. Wie auch bei der Beschränkung der internationalen Gerichtsbarkeit werden Befindlichkeiten der Politik über den Anspruch auf Gerechtigkeit gestellt. Wenn aber schon erste Ermittlungen einen Aufschrei hervorrufen und die Justizverwaltung diesem eifrig Folge leistet, wird klar, wie dringend ein anderer Umgang mit der Geschichte notwendig wäre. So begrenzt derartige Vergleiche zulässig sind: Die Situation erinnert an den Umgang mit Austrofaschismus und Dollfuß in Österreich.

Zehn Jahre dauerte es vom Ende der Diktatur in Spanien bis zum EU-Beitritt unter einer sozialistischen Regierung. Ein rasanter Übergang, ergangen auf Kosten einer echten Überwindung der langjährigen Konflikte. Regionale Spannungen zogen Aufmerksamkeit auf sich, der blutige Bürgerkrieg der dreißiger Jahre und Jahrzehnte der Unterdrückung fanden keine Aufarbeitung.<sup>12</sup> Bezeichnend: König Juan Carlos, Lenker im Übergang zur Demokratie und einigendes Symbol Spaniens, wurde von Franco selbst noch, quasi testamentarisch, eingesetzt.<sup>13</sup>

Vergangenheitsbewältigung ist ohne Frage ein Prozess, den die Gesellschaft als ganze absolvieren muss. Gerichtsverfahren können nur Teil davon sein, und es gibt natürlich Argumente gegen Garzóns resolute Ablehnung von alternativen Konfliktlösungen.<sup>14</sup> Aber es braucht einen Beitrag des Rechtsstaates, wenn dieser auch nur den Anschein der Gerechtigkeit erhalten will. Das Urteil über Baltasar Garzón, der seine Karriere dieser Gerechtigkeit gewidmet hat, wird zeigen, was die spanische Justiz dazu beitragen will.

Mag. Brian-Christopher Schmidt ist Rechtspraktikant in Wien und juridikum-Redaktionsmitglied; brian.schmidt@univie.ac.at

---

10 Interview mit *L'Unita* vom 28.2.2009, via BBC Monitoring Europe vom 3.3.2009.

11 *D. Rothenberg*, „Let Justice Judge: An Interview with Judge Baltasar Garzón and Analysis of his Ideas“ in *Human Rights Quarterly*, Vol 24, 4 (Nov 2002), S 946.

12 Zeit Online, „Spanien: Der Lange Schatten des Bürgerkriegs“, 31.3.2009; <http://www.zeit.de/online/2009/14/spanien-buergerkrieg> (25.5.2010).

13 Times Magazine vom 11.12.1972, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,878104,00.html> (25.5.2010).

14 Vgl *Rothenberg*, 955ff.



# Direkte Demokratie als Farce

Eine Nachbetrachtung der Wiener Volksbefragung 2010

Eva Pentz

---

Die Wiener Volksbefragung 2010 ist vorbei, der politische Rummel abgeklungen, und die Umsetzung der Ergebnisse, die der Bürgermeister als „*klaren Arbeitsauftrag*“, insbesondere „*angesichts der hohen Beteiligung und des durchwegs eindeutigen Votums*“ verstanden haben will, wird vorbereitet. Wien weiß somit dank der Volksbefragung endlich was es will, die Bevölkerung hat der Politik mit ihren Antworten eine „*Entscheidungshilfe in die Hand*“<sup>1</sup> gegeben – und dennoch bleiben viele Fragen offen. Fragen nach Wahlbeteiligung, nach den Fragestellungen, und letztlich nach der Art und Weise des Einsatzes und dem Verständnis eines Instruments der direkten Demokratie im politischen Alltag Österreichs. Denn ein genauere Blick macht deutlich, wie wenig die derzeitige Praxis von Volksbefragungen mit den hehren Idealen der Partizipation aller auf kommunaler Ebene im Sinne einer Mitbestimmung über künftige Entwicklungen der Stadt zu tun hat.

Dieser Eindruck beginnt bei den Fragestellungen. „*Sind Sie für ein flächendeckendes Angebot an Ganztagschulen in Wien?*“, lautete die zweite Frage auf dem Stimmzettel. Der nüchternen Formulierung ging allerdings folgende Einleitung voran: „*Internationale Studien zeigen, dass die Ganztagschule der entscheidende Erfolgsfaktor für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie darstellt sowie das Bildungsniveau der Bevölkerung deutlich hebt.*“ (sic!) Damit entspricht die Frage zwar den landesgesetzlichen Bestimmungen (die sich auf einen Ausschluss einiger Materien als Themen der Volksbefragung beschränken und hinsichtlich der Formulierung lediglich eine Ja-Nein-Beantwortung oder eine Wahlmöglichkeit zwischen klaren Varianten vorschreiben) – der Eindruck eines suggestiven Begründungstextes ist bei dieser Formulierung (wie auch den anderen) jedoch schwer zu leugnen. Denn selbst wer sich nicht mit dem Thema der Ganztagschule auseinandergesetzt hatte, konnte aus den einleitenden Sätzen ableiten, welche Antwort politisch erwünscht war. Mehr als fraglich ist, ob solche die Antwort suggerierende Fragestellungen rechtlich zulässig sind. Eine ähnlich angelegte Formulierung<sup>2</sup> einer Grazer Volksbefragung erklärte der VfGH für rechtswidrig und hielt dazu fest: „*Gerade Einrichtungen der direkten Demokratie erfordern es, daß das Substrat dessen, was den Wahlberechtigten zur Entscheidung vorgelegt wird [...], klar und eindeutig ist, damit Manipulationen hintangehalten und*

---

1 Gemeinderat, 26.2.2010, Wörtliches Protokoll, 29f.

2 Volksbefragung Graz 1996: „*Treten Sie dafür ein, daß die von der Stadt Graz geplante Verlängerung der Linie 6, die in dieser Form nicht zur Lösung der bestehenden Verkehrsprobleme beiträgt, nicht zur Ausführung gelangt?*“ VfSlg 15.816/2000.

*Mißverständnisse soweit wie möglich ausgeschlossen werden können.*“ Jede Verfälschung und Manipulation der Fragestellung einer Volksbefragung mit dem Ziel die Antwort in eine bestimmte Richtung zu lenken sei unzulässig.

Es ist auch anzuzweifeln, ob die Frage nach der Wiedereinführung der HausbesorgerInnen nicht über die Einschränkung der Volksbefragung auf „*Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde, die in die Zuständigkeit des Gemeinderates fallen*“ (§ 112a Abs 1 Wr. Stadtverfassung) hinausging, da hierfür eine bundesgesetzliche Neuregelung nötig wäre. Gleichzeitig ist anzumerken, dass die aktuelle Volksbefragung Tendenzen aus früheren konsequent fortführt. Seit deren Einführung auf Wiener Ebene Anfang der 1970er Jahre fanden mehrfach Volksbefragungen statt, deren Fragestellungen aus rechtlicher Sicht kritikwürdig waren. So lautete zB eine Frage der Volksbefragung 1980: „*Sollen die Propagandaständer, die auf Gehsteigen, Grasflächen etc. stehen beziehungsweise an Bäumen und dergleichen befestigt sind und das Stadtbild stören, auch außerhalb von Wahlzeiten erlaubt sein?*“ Schon die Formulierung („Propagandaständer“, „stören“) macht die Intention der Fragestellung offensichtlich. Die 1991 durchgeführte Volksbefragung lässt hingegen Zweifel hinsichtlich der inhaltlichen Zulässigkeit der Fragestellung zu, da sie sich mit dem Bau eines Wasserkraftwerks im Hafan Freudenuau befasste, welches nicht im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde lag.

Doch in einem Punkt unterscheidet sich die Volksbefragung 2010 von vorangegangenen: Erstmals war es möglich, die den Wahlberechtigten ohne vorherige Anforderung (und ohne RSb-/RSa-Versand) zugesandten Stimmkarten auch im Postweg abzugeben. Kein Gang zum Wahllokal war mehr nötig, kein Einwurf in die Urne vor den Augen der Wahlbehörde, keine Identitätsüberprüfung, und vor allem: keine fixen Wahlzeiten. Obwohl die Volksbefragung nur bis zum 13.2.2010 dauerte, durften Stimmkarten bis acht Tage nach der Wahl bei der Wahlbehörde eintreffen, um in die Stimmzählung und Berechnung der Wahlbeteiligung einbezogen zu werden. Die Wahlergebnisse verdeutlichen die bisher gegenüber der Briefwahl geäußerte Kritik gegenüber der Möglichkeit des taktischen Wählens anhand bereits vorliegender Wahlergebnisse.<sup>3</sup> Während bei der ersten Auszählung (dh am Samstag, den 13.2.2010, abends) die Wahlbeteiligung noch bei 24,6%<sup>4</sup> lag und sich bis Dienstag Abend auf 26% erhöhte, stieg sie bis am 8. Tag nach der Volksbefragung auf 35,9%. Nach Dienstag langten insgesamt 134.183 Stimmkarten ein, davon am Mittwoch fast 30.000, am Donnerstag nochmals 55.000. Neben der Wahlbeteiligung änderte sich durch die BriefwählerInnen auch das Abstimmungsergebnis einer Frage. Anhand des Postlaufs ist davon auszugehen, dass der Großteil der ab Dienstag eingelangten Stimmkarten in den Tagen nach dem offiziellen Ende der Volksbefragung zur Post gegeben wurden.

---

3 Vgl Stern (kursiv), Demokratie 2.0 – Die Distanzwahl ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich, juridikum 2009/72ff mwN.

4 Zahlen aus Presseausendungen der Stadt Wien vom 13.2. u. 21.2.2010, aus der Veröfentlichung der Zwischenergebnisse vom 15.2.2010 (abgerufen am 19.2.2010) und der Endergebnisse unter <https://www.wien.gv.at/advbfergeb/internet/Ergebnis.aspx> (6.5.2010) sowie aus dem Gemeinderat, 26.2.2010, Wörtliches Protokoll, 34.

Nicht beweisbar ist, ob sie auch nach der Bekanntgabe der anfänglichen Ergebnisse und der Wahlbeteiligung ausgefüllt wurden. Die Vermutung liegt aber nahe, dass es zu einer Beeinträchtigung des gleichen Wahlrechts und der Reinheit der Wahlen kam. Selbst eine österreichische Tageszeitung erklärte zwei Tage nach Ende der Volksbefragung unter dem Titel „So ändern Sie jetzt das Ergebnis“, wie eine verspätete Stimmabgabe bei Angabe eines falschen Datums die Volksbefragung noch beeinflussen könnte.

Angesichts all dessen verwundert es nicht, dass Volksbefragungen zunehmend als populistische Werbemethode politischer Parteien gesehen werden. Doch nicht nur das Vertrauen der WählerInnen in die Politik wird geschädigt, auch jenes in die Richtigkeit von Wahlen – ganz zu schweigen vom Glauben daran, innerhalb (direkt-)demokratischer Strukturen tatsächlich mitbestimmen zu können.

Mag.<sup>a</sup> Eva Pentz verfasst derzeit ihre rechtswissenschaftliche Dissertation und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; [epentz@gmx.at](mailto:epentz@gmx.at)

# Das Recht, sein Anderes und seine Kritik

Bericht über die Tagung „Das Andere des Rechts – Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart“ (17./18.7.2009, Berlin)

Walter Fuchs

---

Unter dem Titel „Das Andere des Rechts“ wurden Mitte Juli 2009 an der Humboldt-Universität Berlin an zwei schwülen Sommertagen „Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart“ ausgelotet. Veranstaltet wurde der interdisziplinäre Workshop von der Sektion Rechtssoziologie der Deutschen Gesellschaft für Soziologie (Thomas Scheffer), der Sektion Theorie der Gesellschaft für interdisziplinäre wissenschaftliche Kriminologie (Susanne Krasmann) und dem Institut für Recht und Gesellschaft der Humboldt-Universität zu Berlin (Christian Boulanger, Alexander Klose). *Susanne Krasmann* (Universität Hamburg) skizzierte in ihrem einflussreichen Statement die Ausgangslage aktueller rechtskritischer Diskurse: Diese zielten im Gegensatz zur marxistischen Rechtskritik der 1970er Jahre nicht mehr auf den bürgerlichen Wohlfahrtsstaat (und die von ihm gewährten Rechte) ab, da dieser als Adressat von Kritik undeutlich geworden sei. So erinnere eine *normative* Rechtskritik an außerrechtliche, vom Recht negierte Werte – wie etwa Gerechtigkeit oder Menschlichkeit – und fordere deren Wiedereinsetzung. Demgegenüber seien *kulturalistische* Ansätze bestrebt, das Recht als ein Instrument zur Sicherung von Hegemonie zu kritisieren. Dabei werde der Universalismus von Demokratie und Menschenrechten als westlicher, neoliberaler Herrschaftsanspruch gesehen. Indessen verweise eine *poststrukturalistisch* inspirierte Rechtskritik auf unausgesprochene politische, anmaßende Wirkungsweisen des Rechts, z.B. im Hinblick auf Formen sozialer Ein- und Ausschließung. Schließlich gehe es *praxeologischen* rechtskritischen Perspektiven um empirisch dichte Nachvollzüge der Rechtsanwendung. Dadurch werde deren – im Gegensatz zu den eigenen normativen Ansprüchen stehende – Kontingenz und Unentschiedenheit sichtbar.

Nicht alle Beiträge der Tagung ließen sich allerdings in der Folge eindeutig diesen Diskurssträngen zuordnen. Einen dezidiert kulturalistischen Zugang wählte zum Auftakt indes *Tillmann Schneider* (Humboldt-Universität Berlin) in seiner Untersuchung über die Bedeutung von Gewohnheitsrecht in den staatlichen Gerichten Ghanas. Dabei gelang es ihm zu zeigen, dass nicht nur ein Rechtsuniversalismus, sondern auch ein Rechtspluralismus kolonisierende Folgen nach sich ziehen kann: Die britische Kolonialmacht habe in Ghana zwar lokales ‚customary law‘ anerkannt, jedoch nur in relativ engen Grenzen, die auf durchaus diskriminierende Art und Weise Interessensphären markierten. So sei aus dem „Recht der Anderen“ – sozusagen im Schatten des kolonialen Leviathan – das „andere Recht“ geworden, dessen Inkorporation in der Praxis bis heute mit einem ‚othering‘ einhergehe. Konkrete Rechtsanwendung – allerdings in Deutschland – stand auch im Fokus des Refe-

rats von *Tobias Singelstein* (Freie Universität Berlin). Dieser nahm anhand des Beispiels Rechtsextremismus außergesetzliche Anwendungsregeln als diskursive Praktiken in der Strafrechtsanwendung in den Blick. Mit einem innovativen Griff in den Foucaultschen Werkzeugkasten vermochte er deutlich zu machen, wie sehr strafrechtliches Urteilen durch außerrechtliche (mediale und politische) Diskurse beeinflusst wird. Gleichzeitig lieferte er aber auch reflektiertes Anschauungsmaterial dafür, dass die Diskursanalyse – sofern man sie als Methode versteht – manchmal ein wenig Gefahr läuft, in eine Kluft zwischen der (auch terminologischen) Komplexität ihres theoretisch-methodologischen Überbaus und der Reichweite des damit tatsächlich produzierten empirischen Wissens zu geraten.

*Fatima Kastner* (Hamburger Institut für Sozialforschung) eröffnete die zweite Session, in der Fragen nach dem Anderen des Rechtssystems gestellt wurden. Von einer systemtheoretischen Warte aus beleuchtete sie die Rolle von Wahrheitskommissionen am Beispiel Marokko. Dort wurde eine solche interessanterweise nicht als Konsequenz eines Regimewechsels, sondern vom gegenwärtigen König eingesetzt, um unter der Regentschaft seines Vaters (!) begangene Menschenrechtsverletzungen aufzuklären. Die Kommission erbringe zeitgeschichtlich-erinnerungspolitische Leistungen, die sich jenseits der geschlossenen Logik des Rechtssystems (und des politischen Systems) bewegten. Es gehe nicht um Recht oder Unrecht (und auch nicht um Wahrheit oder Unwahrheit), sondern um das Etablieren einer gesellschaftlich gültigen Vergangenheitsdeutung. Daran könne in weiterer Folge dann freilich doch eine juristische Aufarbeitung anknüpfen. Wahrheitskommissionen seien demnach „trojanische Pferde“, über die die Menschenrechte jenseits ihrer zunächst bloß symbolischen Anrufung zu „globalen Fixsternen der Weltgesellschaft“ aufsteigen könnten, so Kastner. Systemtheoretisch ging es dann auch weiter, als *Sven Opitz* (Universität Basel) „mit Niklas Luhmann an den Grenzen des Rechts“ wandelte. Ausgehend vom Befund des italienischen Philosophen Giorgio Agamben, wonach das Recht stets durch sein Anderes eingenommen zu werden drohe, suchte er nach „Einfallstoren“, durch die systemfremde Referenzen ins Rechtssystem geraten und dessen binären Code unterlaufen. Einen solchen den Code Recht/Unrecht neutralisierenden „Rejektionswert“ (so der Luhmannsche Begriff) erblickte Opitz im Gnadenrecht des Staatsoberhauptes – ein für juristisch Geschulte vielleicht nicht allzu überraschendes Beispiel. Probleme des binären Rechtscodes und dessen Anwendung griff schließlich ebenso *Gerhard Struck* (Universität Hamburg) auf. Er betrachtete das Recht als „Tohuwabohu und als Ort sozialer Träume“. Recht sei ein so traditionsreicher wie heterogener Begriff. So erfüllten Richter bereichsspezifisch völlig unterschiedliche Funktionen, sie handelten etwa im Familienrecht als Sozialarbeiter, im Schuldecht als Inkassoabteilung. „Recht“ bedeute indes immer auch eine Verheißung von Freiheit und gutem Leben.

Im dritten Teil der Tagung wurden dann Ansätze diskutiert, die problematische Voraussetzungen und Folgen von Recht reflektieren. *Walter Fuchs* (Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien) befragte anhand des Beispiel des Gesetzgebers Drakon im archaischen Athen den Mythos „gewalttätiger Ursprünge“ des Rechts. Für „drakonische Strafen“ gebe

es keine historischen Anhaltspunkte, im Gegenteil: Drakon habe in einer Gesellschaft ohne Kriminaljustizsystem die Blutrache durch ein obligatorisches diskursives Gerichtsverfahren begrenzen wollen. Gerade dadurch sei gewalttätige Selbsthilfe – zu der mächtigere Familienclans eher in der Lage waren – als das „Andere“ des neuen Rechts zunächst freilich diesem eingeschrieben worden. Dies sei im demokratischen Athen später anachronistisch als „drakonische Bestrafung“ erinnert worden. Um die „ursprüngliche“ Verknüpfung von Recht und Gewalt ging es auch *Johannes Thumfart* (Humboldt-Universität Berlin), der sich in einem theoretisch gehaltvollen Beitrag mit dem Verhältnis von sakrifizieller und rechtssetzender Gewalt bei Bataille, Schmitt und Agamben beschäftigte. Dabei vermochte er das Faszinierende, aber auch Irritierende einer politisch heftig zwischen reaktionär und revolutionär oszillierenden „sakralen“ Rechtstheorie kritisch darzulegen. Im Anschluss daran unterzog *Christopher Pollmann* (Universität Paul Verlaine, Metz) die individualistische Konstruktion des Rechtssubjekts einer normativen Kritik. Im „Kampf ums Recht“ (Jhering) werde das Rechtssubjekt in einer Gesellschaft „rasenden Stillstandes“ (Virilio) in Zeiten der gegenwärtigen Wirtschaftskrise als ein „militärtechnisch hochgerüsteter Michael Kohlhaas“ zum Träger kapitalistischer Weltzerstörung. Mögliche Handlungskonsequenzen daraus seien Verringerung der Konkurrenz, Entschleunigung und die Minderung schädlicher Umweltemissionen.

Der Frage, ob es auch ein Zuviel an Rechtskritik geben könne, ging in der letzten Session der Historiker *Henning Grunwald* (Vanderbilt University, Nashville/Tennessee) nach. Anschaulich und lebendig schilderte er, wie sehr sich in der Zeit der Weimarer Republik die Semantik rechter und linker Justizkritik strukturell ähnelte. Es seien – etwa von Tucholsky – nicht nur die Ergebnisse bürgerlicher Rechtssprechung getadelt, sondern immer auch gleich Richter persönlich als Feindbilder attackiert worden. Im Angesicht des heraufdräuenden Nationalsozialismus habe man laut Grunwald fatalerweise kein Gefühl für „kleinere Übel“ gehabt und so durch die Überschärfe der Kritik eine weitere Schwächung leidlich demokratischer Institutionen in Kauf genommen. *Michael Wrase* (Humboldt-Universität Berlin) zeichnete schließlich zuletzt institutionelle Bewegungen der Rechtskritik in Deutschland nach. Unter anderem beschrieb er dabei die Emanzipation der Rechtssoziologie von einer ausschließlich juristischen Relevanzkriterien folgenden Rechtsstatsachenforschung. – Insgesamt bot der Workshop eine spannende Schau aktueller rechtskritischer Perspektiven. Wie *Thomas Scheffer* in seinem Schlussresümee hervorhob, wurde dabei vielleicht etwas zu häufig unspezifisch von „dem Recht“ im Singular gesprochen. Gerade das ermöglichte jedoch vielfach auch eine anregende theoretische Reflexion der Möglichkeit, Kritik an den gesellschaftlichen Voraussetzungen, Erscheinungsformen und Konsequenzen durchaus konkreter Rechtspraktiken zu üben.

# Durchbruch für eine emanzipative Bildungspolitik?

Das EuGH-Urteil zum belgischen Hochschulzugang

Lukas Oberndorfer

---

Die österreichischen Printmedien feierten das jüngst ergangene Urteil zum belgischen Hochschulzugang (EuGH 13.4.2010 Rs C-73/08, Bressol) mit Titeln wie „Quoten für ausländische Studenten zulässig“. Auch die – aufgrund des Andranges deutscher Studierender eingeführte – Mediziner\_innen-Quote an den österreichischen Universitäten sei daher gerechtfertigt. Eine nähere Analyse des Urteils offenbart allerdings ein widersprüchliches Bild. Das Ziel einer emanzipativen Bildungspolitik konnte den EuGH nicht überzeugen: Ein demokratischer und offener Hochschulzugang kann einen Eingriff in das Europarecht nicht rechtfertigen.

## Die Ausgangslage

Die Französische Gemeinschaft in Belgien<sup>1</sup> verfügt – ähnlich wie Österreich – über einen weitgehend freien Hochschulzugang. Verhältnismäßig unabhängig von sozialer Herkunft oder schulischem Erfolg können Studierende ohne Barrieren (Studiengebühren, Numerus-Clausus-Beschränkungen, Aufnahmeprüfungen und Kontingentierungen) eine akademische Ausbildung verfolgen, die durch öffentliche Mittel finanziert wird. Anders gestaltet sich die Lage im weder sprachlich noch räumlich weit entfernten Frankreich. Dieser Umstand führt dazu, dass viele französische Studierende – insbesondere im Bereich von neun medizinischen und paramedizinischen Studiengängen – nach Belgien ausweichen. Nach Abschluss des Studiums kehren die meisten französischen Absolvent\_innen wieder in ihr Herkunftsland zurück, um dort eine Beschäftigung aufzunehmen. Allein im akademischen Jahr 2005/06 betrug der Anteil nicht belgischer Studierender in den erwähnten Studiengängen zwischen 78% und 86%. Aufgrund dieser Ausgangslage erließ die Regierung der französischen Gemeinschaft 2006 ein Dekret, durch das die Anzahl der nicht-ansässigen Studierenden auf 30% beschränkt wurde.

---

1 So der Name der französischsprachigen Körperschaft innerhalb des belgischen föderalen Systems, in deren Kompetenz die Bildungsangelegenheiten fallen.

## Klage und Vorlagefrage

Durch diese Bestimmungen sahen sich die französischen Staatsbürger Bressol und Chaverot in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung (Art 18 AEUV) und Freizügigkeit (Art 21 AEUV) beeinträchtigt und erhoben daher beim belgischen Verfassungsgerichtshof Klage. Das oberste Gericht setzte das Verfahren aus, um den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens hinsichtlich der europarechtlichen Zulässigkeit des Dekretes zu befragen. Da der Eingriff in die oben genannten Rechte unstrittig besteht, machten sich die belgischen HöchstgerichtInnen – wohl nicht zuletzt aufgrund des in der belgischen Verfassung garantierten freien Zuganges zu Bildung – auf die Suche nach einem zulässigen Rechtfertigungsgrund. Das Vorliegen eines solchen hat nämlich die europarechtliche Konsequenz, dass die beschränkende staatliche Maßnahme (hier die Quote) aufrecht erhalten werden darf. Das Verfassungsgericht verlangte daher ua die Klärung der Frage, ob die Beschränkung für nicht-ansässige Studierende damit gerechtfertigt werden könne, dass anderenfalls ein MedizinerInnenmangel und dadurch eine Gefährdung der Qualität des öffentlichen Gesundheitssystems drohe. Alternativ wurde die Prüfung eines weiteren Rechtfertigungsgrundes aufgeworfen: Unter Berufung auf den von den Vereinten Nationen angenommenen Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, der die Unentgeltlichkeit des Hochschulunterrichts einfordert (Art 13 Abs 2 lit c), fragte das Verfassungsgericht, ob die Aufrechterhaltung eines breiten und demokratischen Zuganges zur Bildung, die Maßnahmen rechtfertigen könne.

## Quote zulässig? – Die Latte liegt hoch

Welche Argumente im daraufhin ergangenen Urteil des EuGH führten nun zu dem medialen Resümee, dass die belgische und österreichische Quotierung des Hochschulzuganges europarechtlich unproblematisch sind? Nicht unwesentlich für diese Einschätzung dürfte sein, dass das Gericht in zwei Punkten den Schlussanträgen der Generalanwältin widerspricht. Zum einen qualifiziert es die belgischen Maßnahmen nur als mittelbare Diskriminierung. Dadurch steht dem Gericht eine Palette an ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen zur Verfügung. Wäre das Gericht hingegen von einer unmittelbaren Diskriminierung ausgegangen, wäre eine Rechtfertigung nach der bisherigen Rechtsprechung ausgeschlossen gewesen: Denn eine unmittelbare Diskriminierung – so zumindest die Argumentationsweise von Generalwältin *Sharpston* in ihren Schlussanträgen – kann nur mittels ausdrücklicher Ausnahmebestimmungen der Verträge gerechtfertigt werden – diese sieht der verfahrensgegenständliche Tatbestand (Art 18 AEUV) allerdings nicht vor.

Zum anderen – und darin liegt wohl das ausschlaggebende Moment für die Einschätzung der Medien – sah der EuGH eine Beschränkung des Zuganges für Studierende aus anderen Mitgliedstaaten als gerechtfertigt an, sofern dies für den Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig sei. Allerdings legt das Gericht die Latte für ein Gelingen einer sol-



chen Rechtfertigung äußert hoch. Das Besondere liegt dabei nicht darin, dass der EuGH von den Regierungen der Mitgliedstaaten den Nachweis fordert, dass die entsprechenden Maßnahmen geeignet und erforderlich sind, um das angestrebte Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu erreichen. Denn dieses Prüfungsschema wendet das Gericht gebetsmühlenartig an, wenn es die Zulässigkeit einer eingreifenden Maßnahme prüft. Auffällig ist vielmehr, dass das Gericht sehr hohe und detailreiche Anforderungen für diese Verhältnismäßigkeitsprüfung (Eignung und Erforderlichkeit) entwickelt: Zum einen muss die Rechtfertigung auf einer „objektiven, eingehenden und auf Zahlenangaben gestützten Untersuchung“ beruhen und mittels „zuverlässiger, übereinstimmender und beweiskräftiger Daten nachweisen“, dass die öffentliche Gesundheit tatsächlich gefährdet ist (Rn 71 des Urteils). Dabei ist die Zahl jener belgischen Absolvent\_innen zu berücksichtigen, die planen, ihren Beruf im Ausland auszuüben sowie jene Akademiker\_innen einzubeziehen sind, die nicht in der französischen Gemeinschaft in Belgien studiert haben, jedoch planen, sich in derselben niederzulassen. Zum anderen ist die Quotierung des Hochschulzuganges erst dann erforderlich und damit rechtmäßig, wenn Anreize für Absolvent\_innen geschaffen werden nach Abschluss des Studiums in Belgien zu verbleiben. Darüber hinaus sind zuerst Maßnahmen zu treffen, um außerhalb der französischen Gemeinschaft ausgebildete Berufsangehörige, zu einer Niederlassung zu bewegen (Rn 78). Schon ein kurzes Nachdenken über diese Anforderungen lässt erkennen, dass eine Rechtfertigung der Quotierungen äußerst voraussetzungsreich ist.

Entgegen der medialen Darstellung erachtet das Gericht die Beschränkungen für nicht ansässige Studierende auch nicht als generell zulässig. So lässt sich etwa eine Quote für das Publizistikstudium wohl kaum mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen. Zusammenfassend lässt sich daher in der Rechtssprechung des EuGH keine Abkehr von seiner bisherigen Judikatur-Linie erkennen: Mit seiner konsequenten Gleichbehandlungsrechtssprechung garantiert er den diskriminierungsfreien Zugang zu – durch politischen Entscheidungen – knapper werdenden öffentlichen Gütern. Damit macht er neoliberaler wie nationalistischer Bildungspolitik ein stillschweigendes Diskursangebot, in dem er den (vermeintlichen) Rahmen für folgendes das Argument liefert: „Wir müssen beim europäischen Trend der Zugangsbeschränkungen im Bildungsbereich mitziehen, sonst werden wir von ‚fremden‘ Studierenden überschwemmt!“

### **Freizügigkeit durch freien Zugang?**

Dass in der Rechtsdogmatik immer auch alternative Lösungen enthalten sind, wird anhand der Vorlagefrage zum Rechtfertigungsgrund eines demokratischen und offenen Hochschulzuganges deutlich. In seinem Urteil fegt der EuGH in fünf knapp gehaltenen Randnummern (83-88) diese Möglichkeit argumentativ vom Tisch. Dadurch unterlässt er es die Mitgliedstaaten daran zu erinnern, unter welchen Bedingungen sie noch in den 1960er Jahren eine „Freizügigkeit“ der Studierenden am besten verwirklicht sahen: „Die

Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung [des Rechts eines/r jeden auf Bildung] der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss.<sup>22</sup> Eine rechtsdogmatisch denkbare Lösung. Unter den Vorzeichen neoliberaler Bildungspolitik und Judikatur allerdings nicht viel mehr als rechtspolitische Utopie.

Mag. Lukas Oberndorfer ist Referent der Abteilung EU & Internationales der AK-Wien und juridikum-Redaktionsmitglied; lukas.oberndorfer@akwien.at

---

2 Art 13 Abs 2 lit c des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen.

# Bruchlinien

Oder: Mit dem juridikum, gegen das juridikum,  
aber immer für das juridikum. Ein schneller Essay.

Ines Rössl

---

Am 20. April 2010 feierte das juridikum sein 20-jähriges Bestehen im Dachgeschoss der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Wien. Kernstück des Abends, ganz klassisch: Eine Podiumsdiskussion. Thema: „Bewegungen im Recht. Was kann kritische Rechtswissenschaft und Rechtspraxis heute leisten?“ Die DiskutantInnen: Elisabeth Holzleithner, Doris Einwallner, Sonja Buckel, Nikolaus Dimmel. Moderation: Lukas Oberndorfer. Dabei pasierte wohl das Schönste, was einem als Mitglied der juridikum-Redaktion an solch einem Abend passieren kann: Es wurden am Podium und gemeinsam mit dem Publikum – mehr oder weniger unbeabsichtigt – jene Fragen und Spannungsverhältnisse verhandelt, denen sich auch die juridikum-Redaktion laufend stellt (und vielleicht noch intensiver als bisher stellen sollte). Das drängt zu dem Versuch, skizzenhaft dingfest zu machen, was sich in der Podiumsdiskussion an Bruchlinien abzeichnete.<sup>1</sup> Es geht hier, in diesem gänzlich unwissenschaftlichen Text, also um Befindlichkeiten, Stil und Ironie, ein bisschen um das große Ganze der viel beschworenen „kritischen Rechtswissenschaft“, und letztendlich auch um eine Selbstbefragung des juridikum.<sup>2</sup>

Ist Recht als emanzipatorisches Werkzeug geeignet? Ist Recht ein bloßes Herrschaftsinstrument? Sollen sich soziale Bewegungen des Rechts bedienen oder wird ihre widerständige Kraft dabei aufgerieben? Diese großen Fragen, die in interessierten Kreisen (noch) immer eine gewisse Faszination ausüben, weil sie zu stellen bereits eine Anerkennung der Zwiespältigkeit des Rechtsdiskurses bedeutet, scheinen in dieser Allgemeinheit keine Schwierigkeit (mehr?) zu bereiten. Am Podium herrschte große Einhelligkeit: Der Rechtsdiskurs ist eine Ressource, die für emanzipatorische Kämpfe (beispielsweise von Frauen, ethnischen Minderheiten, ökonomisch Marginalisierten etc.) fruchtbar gemacht werden kann. Gleichzeitig lassen sich die Fallstricke rechtsimmanenter Strategien, nämlich dass ein Sich-Bewegen im Recht Prämissen der gegenwärtigen gesellschaftlichen Ordnung mitunter sogar festschreibt, nicht leugnen. Prägnant das Zitat von Audre Lorde: „The master’s tools will never dismantle the master’s house“. Dementsprechend finden politische Kämpf-

---

1 Die DiskutantInnen mögen mir verzeihen, dass ich mich nie auf bestimmte Redebeiträge beziehe.

2 Dieser Text setzt also jenen öffentlichen Nachdenkprozess fort, der mit dem redaktionellen Beitrag in der Jubiläumsausgabe (Nr. 1/2010), „Bewegungen im Recht. Zwischenbilanz und Zukunft eines kritischen Zeitschriftenprojekts“, und der Jubiläums-Veranstaltung am 20. April 2010 begonnen hat.

fe oft „außerhalb“ des Rechts statt. Oder sollte man vielleicht eher sagen: „im Vorzimmer des Rechts“? Denn in gesellschaftlichen Auseinandersetzungen steht die Möglichkeit, dass auf Recht zurückgegriffen werden könnte, permanent „im Raum“. Und zwar gleichermaßen als Drohung (durch eine Klage des/der Eigentümer/in werden HausbesetzerInnen womöglich gezwungen, plötzlich ebenfalls im Rahmen des Rechts zu agieren) und als strategische Option. Die Frage, ob Recht Herrschafts- oder Emanzipationsinstrument ist, ist in dieser Allgemeinheit also nicht besonders fruchtbar. In Bezug auf konkrete individuelle und gesellschaftliche Situationen muss sie aber dennoch unaufhörlich gestellt werden. Ebenso geklärt scheint, dass gesellschaftlich wirksames Handeln je nach Situation sowohl „mit dem Recht“, als auch „gegen das Recht“ erfolgen kann und muss.

Rechtspraxis, also ein Gebrauch juristischer Argumente, der auf unmittelbaren Erfolg ausgerichtet ist, sich daher bewusst am juristischen „Sprachspiel“ orientiert und charakteristischerweise in rechtsförmigen Verfahren anzutreffen ist, hat somit grundsätzlich emanzipatorisches Potential. Und was ist mit der (dogmatischen) Rechtswissenschaft, ihrem – je nach Perspektive - Ableger oder Mutterschiff? Wissenschaft solle Wissenschaft sein, heißt es immer wieder, und keinem bestimmten Zweck dienen, alles andere sei eine Totsagung freier Forschung. Die dogmatisch verfahrenende Rechtswissenschaft ist allerdings von vornherein dazu gedacht, einer Verwertung zugeführt zu werden. Sie steht von vornherein in einem Zweckzusammenhang. Wer einen rechtsdogmatisch argumentierenden Aufsatz schreibt, weiß: Ein Argument kann vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Auseinandersetzungen „Munition“ für die eine oder die andere Seite sein. Und man weiß (oder vermeint zu wissen), welches Argument welchen Interessen in die Hände spielt, und dass es benutzt werden wird, sobald es jemand, dem es nützt, in die Finger bekommt. Für RechtswissenschaftlerInnen geht es also sehr unmittelbar um Verantwortlichkeit. Um die Entscheidung, welche Aufsätze man schreibt, zu welchen Themen man publiziert und welche Fragen man an die Fülle des Rechts richtet. Dass diese Verantwortlichkeit hehr klingt, aber sich letztlich in Karriereverläufen und Verwertbarkeitszusammenhängen „zu Recht“ finden muss, ist nicht nur eine Fußnote, sondern zählt zu den Produktionsbedingungen von Wissenschaft.

Der Zusammenhang zwischen dogmatisch verfahrenender Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ist also äußerst eng, und die Gemeinsamkeiten womöglich sogar größer als die Unterschiede. Schmiedet die Rechtswissenschaft die „Munition“ und die Rechtspraxis weiß dafür aufgrund der gesammelten Erfahrungen mit Lebenswirklichkeiten und Institutionenpraxis, wo „Munition“ benötigt wird?

Im Verhältnis zu sozialen Bewegungen kann Recht eine Ermächtigungsfunktion einnehmen. Aber: Wie kann Rechtswissenschaft/Rechtspraxis ermächtigen, wenn eine professionalisierte Kaste einen hoch spezialisierten Diskurs betreibt? Außerdem sind auch Rechtsanwaltskanzleien, diese Horte der wohlwollend besserwissenden StellvertreterInnen, Orte der Einschüchterung, und RechtspraktikerInnen sehen ihre Aufgabe oftmals darin, *für* andere zu sprechen, nämlich jene, die im Verhältnis zu staatlichen Institutionen oder

Unternehmen nicht das nötige Wissen und soziale Kapital besitzen, um sich wirksam gegen Rechtsverletzungen zu wehren, die also nicht selbst sprechen können. Eine wesentliche Aufgabe emanzipatorischer Rechtsarbeit kann es daher sein, niedrigschwellige Wissensvermittlung zu betreiben, um es den in der Gesellschaft am meisten Marginalisierten zu ermöglichen, ihre Rechtsansprüche selbständig durchzusetzen. Kann und soll das Juridikum eine Plattform solcher Wissensvermittlung und Ermächtigung zur Selbstermächtigung sein? Die Tatsache, dass das Juridikum nur in Fachbuchhandlungen verkauft wird, ist Antwort genug. In diesem Sinn kann das Juridikum diese Art von Ermächtigung zur Selbstermächtigung nicht selbst betreiben, aber seine LeserInnen (die zum großen Teil RechtsarbeiterInnen sind) dazu anregen bzw. die Debatte nicht abreißen lassen, auf welche Art und Weise Rechtspraxis und Rechtswissenschaft die Brücke zu jenen schlagen kann, die als zu Beamtshandelnde den Amtshändlern gegenüber stehen.

Und wenn man den Blick von der individuellen Ebene des einzelnen Rechtsfalls weglenkt und hin zu „MultiplikatorInnen“ (NGO-AktivistInnen oder unorganisierte Interessierte, die gesellschaftliche Prozesse beobachten und bereit sind, kritisch Stellung zu nehmen)? Hier gälte es, Knotenpunkte zwischen sozialen Bewegungen und Rechtswissenschaft zu finden bzw. zu knüpfen. Das „Zwischen“, ein beliebtes Wort. Allzu leicht wird zum einen vergessen, dass (natürlich) auch soziale Bewegungen jede Menge Wissen produzieren, ein Wissen, dem das akademische Feld mitunter skeptisch gegenüber steht, weil es unakademisch erworben wurde. Allzu häufig wird juristisch-zentristisch von „uns“ und den „Anderen“, nämlich den AkteurInnen sozialer Bewegungen gesprochen. Bei einer stärkeren Auflösung des trennenden „Zwischen“ würde sich weniger die Frage nach dem Verhältnis „zwischen“ Rechtswissenschaft und sozialen Bewegungen stellen, sondern vielmehr nach der Positionierung und Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis „innerhalb“ sozialer Bewegungen.

Kann und soll das Juridikum rechtliches Wissen an zivilgesellschaftliche AkteurInnen vermitteln? Und wie könnte ein solches Anliegen umgesetzt werden? Das Spannungsverhältnis zu der selbstgewählten Aufgabe des Juridikum, ein Ort der fachlichen Diskussion zu sein, ist offensichtlich. Eine wissenschaftliche Fachzeitschrift, die das Juridikum ist, will sich öffnen - und dann doch wieder nicht. Das ist das Dilemma nicht nur des Juridikum, sondern jedes spezialisierten Diskurses, der sich kritisch als elitär reflektiert. Weil das Elitäre auch eine Wohltat ist. Die gewählte Fachsprache ist ein Code, den nur wenige verstehen, aber die wenigen können sich damit sehr gut unterhalten.

Das Spannungsverhältnis zwischen Öffnung und effizienter Fachsprache besteht nicht nur, wenn es um das Verhältnis des Juridikum zu juristischen Laien geht. Es besteht auch im Verhältnis der unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen und rechtstheoretischen Zugänge. Immer wieder wird das Juridikum – gerade von JuristInnen – für sprachliche Unzugänglichkeit kritisiert. Das ist ein Auftrag an die Zeitschrift, sich noch stärker damit auseinanderzusetzen, wie ein Einstieg auch in schwierige Texte ermöglicht werden kann. Die Sprachdebatte muss geführt werden. Wovon hängt es ab, ob wir einen Text

als mehr oder weniger schwierig und unzugänglich empfinden? In vielen Fällen geht es hauptsächlich darum, ob man mit dem Vokabular und den praktizierten Volten des Denkens vertraut ist. Ähnlich wie in der Kunst, wo unsere Seh- und Hörgewohnheiten immer wieder herausgefordert werden, wenn man etwas „nicht gewohnt“ ist. Ob materialistische Rechtstheorie, Strafprozessrecht, Gerechtigkeitstheorie, Rechtssoziologie, feministische Rechtswissenschaft, europäisches Wirtschaftsrecht... – bis zu einem gewissen Grad sprechen sie alle unterschiedliche „Spezialsprachen“. Es ist die fachliche Breite der im juridikum abgedruckten Texte, welche die LeserInnen zu der Anstrengung (denn das ist es natürlich) einlädt, das vertraute Terrain zu verlassen und sich auf fremdes Denken einzulassen. Eine kleinräumigere Fachzeitschrift, die sich beispielsweise ausschließlich mit Migrationsrecht beschäftigt, wird dem Vorwurf der Unverständlichkeit nie ausgesetzt sein, denn sie spricht eine einzige Fachsprache, die auch jene der Zielgruppe ist. Eine Eigenart des juridikum besteht gerade darin, eine Vielfalt von Diskursen zu reflektieren und in Austausch treten zu lassen. Es bedarf vermutlich von Seiten der juridikum-Redaktion noch größerer Bemühungen, zwischen den Diskursen zu vermitteln, um dem Anspruch gerecht zu werden, sie auch für Außenstehende interessant zu machen. Dass den einzelnen Diskursen (ob materialistische Rechtstheorie, Strafprozessrecht, Gerechtigkeitstheorie, Rechtssoziologie, feministische Rechtswissenschaft, europäisches Wirtschaftsrecht....) allerdings unterschiedliche Sprachformen anhaften, kann und soll nicht vollständig verhindert werden. Diese Sprachformen entspringen einem bestimmten Zugang zur Welt, der den jeweiligen Denktraditionen zu eigen ist; sie lassen sich daher nicht so einfach von den Inhalten trennen. Zudem ist gerade die Arbeit an den Begriffen Teil emanzipatorischer Ansätze. Schließlich manifestieren sich gerade auch in der Sprache die den herrschenden Verhältnissen eingeschriebenen Denkllogiken, die es zu beschreiben und zu durchbrechen gilt. Um hinter die Oberfläche der Gegebenheiten, wie sie „auf der Hand“ zu liegen scheinen, vordringen zu können, bedarf es daher mitunter ein Verlassen der dem Alltagsverständnis vertrauten Sprache.

Dennoch sind die Einwände der Lese-Mühsamkeit ernst zu nehmen, und das juridikum muss sich ihnen stellen. Zwanzig Jahre: Ein übliches Alter, um sich in einer zweiten Pubertät wieder zu finden. Das juridikum hat sich, wie auch die Entwicklung des Layouts und der Cover-Gestaltung im Laufe der Jahre zeigt, hin zu einer Fachzeitschrift klassischeren Formats gewandelt. Aber, und das ist die schwerwiegende Identitätsfrage, was für eine Art von Fachzeitschrift will das juridikum sein? Das Zielpublikum besteht aus RechtswissenschaftlerInnen und RechtspraktikerInnen, die in ihrem professionellen Alltag allesamt SpezialistInnen auf sehr unterschiedlichen Gebieten sind. Ist das juridikum eine Fachzeitschrift, die auch mal gerne in der U-Bahn und schlichtweg deshalb gelesen wird, weil sie den eigenen Horizont erweitert (durch die Breite der Rechtsgebiete, sowie den Raum für rechtspolitische Positionierung und theoretische Entwürfe)? Ist das juridikum also ein aufklärerisches Bildungsprojekt? Ein Potpourri ohne Masterplan, aber mit einem konstant gegen-hegemonialen Gestus? Oder ist das juridikum eine Fachzeitschrift, die

kritische Wissenschaft nicht „nur“ in die Breite streut, sondern deren Anspruch es ist, selbst eine Speerspitze avancierter Forschung zu sein? Ein Blatt, das „die besten schreibenden Köpfe“ zu einem Forum ihres Gedankenaustauschs machen? Anders gefragt: Wie viel hohes Niveau tut dem Juridikum gut? Welche Texte sind denn als kritische Intervention im Rahmen einer Zeitschrift sinnvoll? Für das Juridikum bleibt die Frage, ob seine ansatzweise schizophrene Identität eine Richtungsentscheidung verlangt, oder ob es das Spannungsverhältnis zwischen Breite und Spezialisierung aufrechterhält (bzw. lustvoll aufrecht erhalten kann).

Gerade rechtstheoretische Texte scheinen manche JuristInnen zu befremden, und sie bedauern, dass die im Juridikum abgedruckten Texte „früher“ interessanter gewesen seien. Zum einen verwundert dies, denn kritische rechtsdogmatische Beiträge („Munition“) machen weiterhin den Großteil der im Juridikum abgedruckten Texte aus. Es stimmt aber, dass die Juridikum-Redaktion ein vermehrtes Interesse an „theoretischen“ Texten an den Tag legt, und ich behaupte an dieser Stelle schlichtweg, dass es sich dabei einerseits um Texte handelt, die das „big picture“ in den Blick nehmen, um Herrschaftsverhältnisse und ihre Verschiebungen zu beschreiben, und andererseits um Texte, welche die Funktionsmechanismen von Recht im Allgemeinen reflektieren. Warum also, abgesehen von einer allgemeinen Erkenntnisinteresse, mutet das Juridikum seinen LeserInnen ungewohnte Kost zu, die auch auf philosophische, soziologische und politikwissenschaftliche Strömungen zurückgreift? Dem Begriff der „kritischen Rechtswissenschaft“, hinter dem sich vieles verbergen kann, ist ein zumindest impliziter Bezug auf das „Theoretische“ immanent. Denn was kann er in seiner allgemeinsten Bedeutung anderes meinen, als eine Rechtswissenschaft, die zusätzlich auch auf „irgendetwas anderes“ als rechtsdogmatische Normanwendung Bezug nimmt, und aus diesem „anderen“ ihren Antrieb schöpft? Und da sind wir bei der Theorie. Wenn wir uns nicht nur für eine möglichst erfolgreiche Anwendung einzelner Rechtsnormen interessieren, dann müssen wir Analyseinstrumente entwickeln, die das „big picture“ („das“ europäische Migrationsregime, „den“ Schutz gegen häusliche Gewalt etc.) in den Griff bekommen und in der Lage sind, gesellschaftliche Kräfteverhältnisse, wie sie sich im Recht widerspiegeln bzw. durch dieses (re-)produziert werden, zu beschreiben.

Und was hat es mit der Rückbindung emanzipatorischer Rechtspraxis/Rechtsdogmatik an Theorie auf sich? Braucht sie überhaupt Unterfütterung mit Theorie? Die Antworten im Rahmen der Jubiläums-Podiumsdiskussion fielen persönlich aus und kennzeichneten die Beziehung zwischen Theorie und Praxis/Dogmatik als eine in mehrerer Hinsicht dialektische. Wissen speise sich aus einer dialektischen Bewegung vom Konkreten zum Abstrakten und wieder hin zum Konkreten. Außerdem mache die Beschäftigung mit Theorie das rechtspraktische Agieren zum einen aushaltbar, zum anderen würden sich daraus die individuelle Positionierung im rechtswissenschaftlichen Feld, der Tätigkeitsbereich, die Stoßrichtung, ergeben. Anders gewendet: Die haltgebende Funktion von Theorie. Wenn sie schon kein Kompass ist, so doch ein Seismograph. Das könnten die LeserInnen als Ein-

ladung gelten lassen, sich auch an die theoretischen Texte des juridikum heranzuwagen. (Es ist nicht das Schlechteste, eine Ahnung davon zu haben, in welchem Aggregatzustand sich das Feld gerade befindet, in dem wir uns als RechtsarbeiterInnen bewegen.)

Sprachfragen sind, wie besprochen, keine Nebensächlichkeiten. Stilfragen ebenso wenig. Gelegentlich werden von Seiten der juridikum-Redaktion Wörter (und Selbstbeschreibungen) wie „kritisches Zeitschriftenprojekt“ und „kritische Rechtswissenschaft“ mit großer Ernsthaftigkeit beschworen. Es ist ein heiliger Ernst. Ein Ernst, der weder Zweifel noch Selbstironie zulässt. Die Befremdung, die dieser Sprachgestus, der die Wörter als Beschwörungsformeln vor den eigenen Karren spannt, bisweilen bei manchen auslöst, ist unserer zeitgemäßen Gewöhnung an Ironie geschuldet. Wir sind es gewohnt, jenen professionellen Zynismus an den Tag zu legen, der das eigene Tun bereits im selben Moment als vergeblich oder verlogen entlarvt. Im Zynismus liegt Wahrheit, aber auch die Gefahr der Lähmung. Dagegen stemmt sich die Großmüligkeit, sie wirft sich in Pose angesichts der Possen. Denn die Lage ist ernst.

Zugegeben, auch mich befremden die Beschwörungsformeln mitunter – man sieht so ehrfürchtig zu diesen Wörtern hoch –, aber die rebellische Geste ist kenntlich, ich glaube zu verstehen, worum es dabei geht.

„Sowohl, als auch.“ - Diese Neigung (oder Bedürfnis?) zur Synthese schlägt im vorliegenden Text ganz allgemein durch, wie ich – kaum überrascht – feststellen muss. Neigung zur Begradigung der Brüche. Aber im Sinne einer Begradigung mit Narben und Nähten, wo die Widersprüche nicht aufgehoben, sondern zumindest als Gespenster anwesend sind. Mich selbst ermahnend schließe ich mit den Liedzeilen: „was grade ist, wird krumm gebogen / was krumm ist, reden sie grade / (...) die Zähne werden im Getriebe abgerieben / die Ideen werden abgeseiht / Alles, was du lernst, ist doch nur rückwärts parken / Lass dir nicht von denen raten / die ihren Winterspeck der Möglichkeiten / längst verbraten haben“ (Einstürzende Neubauten, Weil weil weil).



# Jenseits des Rechtsstaates?

Einige Anmerkungen zu rechtsstaatlichen Defiziten  
im Bereich des Sozialhilferechts

Martin Hiesel

---

## 1. Einleitung

Moderne Sozialhilfegesetze<sup>1</sup> sollen sicherstellen, dass jenen Menschen die Führung eines menschenwürdigen Lebens ermöglicht wird, die dazu der Hilfe der Gemeinschaft bedürfen, weil sie aus eigenen Kräften und mit eigenen Mitteln nicht in der Lage sind, ihre existenziellen Bedürfnisse zu decken.<sup>2</sup> Es ist eine triviale Einsicht, dass viele oft am Rande der Gesellschaft stehende Menschen mit niedrigem Bildungsniveau, schlechtem Gesundheitszustand und schwieriger finanzieller Lage zur Führung eines menschenwürdigen Lebens auf leistungsfähige Sozialhilfegesetze angewiesen sind.<sup>3</sup> Soll der Gedanke der unantastbaren Würde jedes einzelnen Menschen nicht bloß rhetorische Worthülse bleiben, sondern im täglichen Leben Hilfe bedürftiger Menschen praktische Wirkung entfalten, so muss es als eine Kernaufgabe des modernen Staatswesens angesehen werden, auch durch entsprechende finanzielle Zuwendungen jenen Menschen die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen, die dazu aus eigenen Kräften und mit eigenen Mitteln nicht in der Lage sind.<sup>4</sup> In diesem Sinne ist die mit 1. September 2010 in Aussicht genommene Einführung einer bedarfsorientierten Mindestsicherung in Höhe von monatlich € 744 als wichtiger sozialpolitischer Meilenstein und Ausdruck eines breiten politischen Konsenses zu würdigen, auch und gerade in wirtschaftlich und budgetär schwierigen Zeiten die Verantwortung des Staats für das Wohlergehen aller auf seinem Gebiete lebenden Menschen wahrzunehmen.

---

1 Nach Art 12 Abs. 1 Z 1 B-VG ist die Gesetzgebung in Bezug auf das „Armenwesen“ über die Grundsätze Bundessache, während die Erlassung von Ausführungsgesetzen und die Vollziehung in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt. In Ermangelung der Erlassung eines Grundsatzgesetzes haben die Länder in Ausfüllung des grundsatzgesetzfreien Raumes nach ihren rechtspolitischen Zielvorstellungen entsprechende Sozialhilfegesetze erlassen, die trotz zahlreicher Unterschiede im Detail einige strukturelle Gemeinsamkeiten aufweisen. Dazu ausführlich *Pepelnik/Karl*, Sozialhilferecht der Bundesländer (2008).

2 So auch VfSlg 14.841/1997: „Es ist Aufgabe der Sozialhilfe, jenen Personen, die dazu aus eigenen Kräften und mit eigenen Mitteln nicht in der Lage sind, ein menschenwürdiges Leben unter den unterschiedlichsten Gesichtspunkten zu gewährleisten.“ Anzumerken ist freilich, dass der VfGH gerade in diesem Erk den Gleichheitssatz überaus restriktiv ausgelegt hat. Zur verfassungsgerichtlichen Rsp in Bezug auf Sozialhilfegesetze siehe jüngst *Hiesel*, Das Sozialhilferecht in der Judikatur des VfGH, ZAS 2010, 16.

3 Zur kompetenzrechtlichen Abgrenzung grundlegend VfSlg 4609/1963, wonach eine Regelung dann dem Kompetenztatbestand „Armenwesen“ zuzuordnen ist, wenn „die soziale Hilfsbedürftigkeit das einzige Motiv der Gewährung [der Geldleistung] ist“. Siehe dazu – diese Auffassung bekräftigend und vertiefend – auch VfSlg 17.942/2006.

4 Dazu aus dem Blickwinkel des deutschen GG mit beachtlichem Tiefgang jüngst BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010.

Die Einführung einer bedarfsorientierten Mindestsicherung darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass der als rechtsstaatliche Essentiale zu betrachtende Zugang zum Recht gerade im Bereich des Sozialhilferechts für die auf Leistungen existenziell angewiesenen Menschen oftmals mit großen Problemen verbunden ist, die teilweise in der Vollzugspraxis, teilweise aber auch in der Rechtslage selbst wurzeln. Einige grundlegende strukturelle und in der Praxis länderübergreifend regelmäßig auftretende Rechtsprobleme sollen mit den folgenden Ausführungen aufgezeigt und näher ausgebreitet werden.

## 2. Verweigerung der Ausstellung von Bescheiden

Moderne Sozialhilfegesetze sehen in Bezug auf österreichische Staatsbürgerinnen und Staatsbürger und diesen gleichgestellten Personen regelmäßig vor, dass ein Rechtsanspruch auf die Hilfe zur Sicherung des Lebensbedarfes besteht. Daraus folgt, dass seitens der örtlich zuständigen Behörde ein Verwaltungsverfahren durchzuführen und über den entsprechenden Antrag mit Bescheid zu entscheiden ist. Wie der VfGH in seiner neueren Rechtsstaatsjudikatur<sup>5</sup> mit überzeugender Begründung mehrfach dargelegt hat,<sup>6</sup> ist es schon von Verfassungs wegen verpönt, dass staatliche Entscheidungen der zwingend vorgesehenen Rechtskontrolle dadurch entzogen werden, dass die Erlassung der verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsatzform des Bescheides unterbleibt. Der Verzicht auf die Erlassung eines Bescheides würde nämlich das verfassungsgesetzlich zwingend vorgesehene Rechtsschutzsystem suspendieren und den davon betroffenen Rechtsunterworfenen seiner Rechtsschutzmöglichkeiten berauben. Aus dem an den Gesetzgeber gerichteten rechtsstaatlichen Gebot, eine Bescheiderlassung vorzusehen, folgt somit für die mit der Gesetzesvollziehung betrauten Behörden eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Bescheiderlassung.

Diese rechtsstaatlichen Erwägungen gelten selbstredend auch für den Fall, dass eine mit Bescheid zuerkannte Leistung eingestellt bzw. entzogen werden soll. Auch dies ist schon aus den vorstehend dargestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen nur in Form eines Bescheides möglich.

Bedauerlicher Weise leistet die Praxis dieser eindeutigen Verfassungsrechtslage nicht immer Folge. Dies belegen anschaulich zahlreiche Tätigkeitsberichte der VA, die in den vergangenen Jahren gleich mehrfach<sup>7</sup> die Nichterlassung von Bescheiden heftig kritisiert und eine verfassungskonforme Vorgangsweise der betroffenen Behörden eingemahnt hat.

Die Nichterlassung eines Bescheides hat für den betroffenen Sozialhilfekerber jedenfalls geradezu katastrophale Folgen, weil er dadurch – mit Ausnahme der Möglichkeit der An-

---

5 Dazu ausführlich *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111.

6 VfSlg 13.223/1992, 13.699/1994, 17.018/2003, 17.101/2004, 17.358/2004.

7 So etwa in Bezug auf das Bundesland Wien in den Tätigkeitsberichten für das Jahr 2004 (S. 36 f), 2005 (S. 68 f) und 2008 (S. 44).

rufung der VA – sämtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten beraubt wird.<sup>8</sup> Es wäre daher zu wünschen, dass die gebotene Erlassung von Bescheiden der Rechtslage entsprechend auch im Bereich des Sozialhilferechts bald zu einer Selbstverständlichkeit werden wird.

### 3. Riskante Prozessführung vor dem VwGH bei Bewilligung der Verfahrenshilfe

Entschließt sich ein Sozialhilfekerber nach Erhalt eines für ihn negativen Bescheides das bundesverfassungsgesetzlich vorgesehene Rechtsschutzsystem in Anspruch zu nehmen und letztlich auch Rechtsschutz beim VwGH zu suchen, so ist er auf dem Boden der geltenden Rechtslage gezwungen, im Falle der Bewilligung der Verfahrenshilfe durch den VwGH ein für ihn in finanzieller Hinsicht potentiell sogar existenzgefährdendes Prozesskostenrisiko in Kauf zu nehmen:

Nach der durch § 48 Abs 2 VwGG iVm § 1 Z 2 VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008 BGBl II 2008/455 geschaffenen Rechtslage haben im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unterlegene Beschwerdeführer trotz Bewilligung der Verfahrenshilfe durch den VwGH der obsiegenden belangten Behörde regelmäßig € 57,40 an Vorlageaufwand und € 553,20 an Schriftsatzaufwand – insgesamt also € 610,60 – zu ersetzen, wobei sich dieser Betrag im Falle der (in der Praxis allerdings sehr seltenen) Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem VwGH um weitere € 691,50 auf insgesamt € 1302,10 erhöht. Dies führt im Hinblick darauf, dass nicht wenige Menschen schon mit dem zuerst genannten Gesamtbetrag ihren Lebensunterhalt für (beinahe) ein ganzes Monat bestreiten müssen, dazu, dass gerade im Bereich der Sozialhilfe Menschen auf die Durchsetzung ihrer Rechte vor dem VwGH oft deshalb verzichten müssen, weil sie das auch bei Bewilligung der Verfahrenshilfe von ihnen zu tragende Kostenrisiko aus existenziellen finanziellen Gründen nicht eingehen können.<sup>9</sup> Die Verfassungskonformität dieser Rechtslage erscheint durchaus zweifelhaft.<sup>10</sup> Ausgehend davon, dass „die Rechtsordnung ausreichenden effizienten Rechtsschutz gewähren muss“<sup>11</sup> und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts das zentrale Element des verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtsschutzsystems bilden<sup>12</sup> spricht einiges für die Annahme, dass VwGH und VfGH ihre Rechtsschutzfunktion nur dann effektiv erfüllen können, wenn der Zugang zu ihnen der gesamten Rechtsschutz suchenden Bevölkerung gewähr-

8 Besonders krass erscheinen in diesem Zusammenhang jene Fälle, in denen Berufungen (zu Recht!) zurückgewiesen wurden, weil es sich bei den bekämpften Enunziationen um keine Bescheide, sondern lediglich um formlose Mitteilungen ohne Bescheidcharakter gehandelt hat!

9 Keinen rechtsstaatlichen Bedenken begegnet hingegen die Rechtslage im Verfahren vor dem VfGH, weil dort eine Verfahrenshilfe genießende Partei selbst im Falle der Ablehnung oder Abweisung ihrer Beschwerde nach der Rsp des VfGH (zB VfSlg 15.044/1997) nicht dazu verhalten werden kann, der Behörde den ihr im Zuge des verfassungsgerichtlichen Verfahrens entstandenen Aufwand auch nur teilweise zu ersetzen.

10 Kritisch zur damals in Geltung stehenden ähnlichen Rechtslage auch die VA in dem 27. und 29. Bericht an den Nationalrat und den Bundsrat für das Jahr 2003 (259 ff) und 2005 (310 ff).

11 So expressis verbis VfSlg 14.702/1996.

12 Vgl aus der aktuellen Lehrbuchliteratur beispielhaft *Öblinger*, *Verfassungsrecht*<sup>8</sup> (2009) Rz 74: „Die Kontrolle der Verwaltung durch den VwGH und den VfGH sind wesentliche Bestandteile des rechtsstaatlichen Prinzips.“

leistet ist, weil sie sonst in hauptsächlich finanziell schwächere Menschen betreffenden Bereichen mangels Erhebung von Beschwerden keine Möglichkeit haben, die Rechtmäßigkeit der erlassenen Bescheide zu kontrollieren:

Nach der st Rsp des VfGH<sup>13</sup> gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden.

Bei einem solcherart verstandenen Rechtsstaatsprinzip ist es nur folgerichtig, wenn der VfGH in seiner neueren Rsp<sup>14</sup> davon ausgeht, dass die verfassungsrechtlich geforderte Effizienz des Rechtsschutzes in verfassungswidriger Weise auch durch hohe Gebühren im Zusammenhang mit der Einbringung eines Rechtsmittels beeinträchtigt werden kann. Dabei hat der VfGH ausdrücklich klargestellt, dass auch das gesetzgeberische Anliegen der Deckung des durchschnittlichen Verfahrensaufwandes nicht dazu führen darf, dass die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigt wird.<sup>15</sup>

Im Lichte dieser Rsp erweist sich die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde vor den beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts nicht als ein bloß verfassungspolitisches Gebot, sondern als verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht, dessen Ausübung der Gesetzgeber weder direkt noch indirekt vereiteln darf, er also vielmehr im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht durch eine entsprechende Ausgestaltung des Instruments der Verfahrenshilfe grundsätzlich jedermann die Inanspruchnahme höchstgerichtlichen Rechtsschutzes zu ermöglichen hat.

Gerade die hier kritisierte Rechtslage führt aber wie gesagt zwangsläufig dazu, dass Angehörigen ärmerer Bevölkerungsschichten die Anrufung des VwGH vielfach ausschließlich aus finanziellen Gründen faktisch nicht möglich ist, sodass der Gerichtshof die Gesetzmäßigkeit eines Teils der Verwaltung im Ergebnis nicht überprüfen kann. Dies kann mit guten Gründen als Verletzung des rechtsstaatlichen Prinzips angesehen werden, dass letztlich darauf gründet, dass der Rechtsstaat nicht nur für wohlhabende Bevölkerungsschichten, sondern „für alle da ist“.<sup>16</sup>

Es wäre daher eine Änderung der Rechtslage wünschenswert, die bei Bewilligung der Verfahrenshilfe durch den VwGH (welche zulässigerweise voraussetzt, dass die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos ist<sup>17</sup>) erfolgreiche Verfahrenshilfewerber vor dem Risiko schützt, dass sie durch Auferlegung eines Aufwandersatzes bei Abweisung ihrer Beschwer-

---

13 Siehe zB VfSlg. 16.245/2001, 16.772/2002, 17.102/2004 uva.

14 VfSlg. 17.783/2006, 17.953/2006, 17.969/2006, 18.248/2007.

15 VfSlg. 17.783/2006 und 18.248/2007.

16 So wörtlich der frühere Präsident des VfGH, *Ludwig Adamovich*, Die Effektivität der Grundrechte, in FS *Ermacora* (1988) 233 (246).

17 Dies ergibt sich aus § 61 Abs. 1 VwGG iVm § 63 Abs. 1 ZPO, wonach Verfahrenshilfe unter anderem nur dann bewilligt werden darf, wenn „die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.“

de eine massive weitere Verschlechterung ihrer finanziellen Lage gewärtigen müssen. § 61 VwGG könnte idS dergestalt ergänzt werden, dass die Bewilligung der Verfahrenshilfe auch das Recht auf Ersatz der der belangten Behörde für den Fall des Obsiegens zustehenden Ansprüche einschließt. Alternativ dazu könnte § 48 Abs. 2 VwGG dergestalt geändert werden, dass die der Behörde darin gewährten Ansprüche für den Fall der Bewilligung der Verfahrenshilfe nicht zuerkannt werden.

#### 4. Nichtumsetzung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen

Was aber, wenn ein Sozialhilfebezieher eine für ihn günstige Entscheidung des VwGH erwirkt? Man sollte meinen, dass es diesfalls selbstverständlich ist, dass die Behörden in gleich gelagerten Fällen künftig der höchstgerichtlichen Rechtsanschauung entsprechend vorgehen werden.

Dass diese Annahme nicht uneingeschränkt zutrifft, sondern in der Rechtspraxis mitunter verwaltungsgerichtliche Erkenntnis jahrelang schlichtweg ignoriert werden, zeigt illustrativ eine im Jänner 2010 zur Vollziehung des Salzburger Sozialhilfegesetzes ergangene Missstandsfeststellung der VA,<sup>18</sup> der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

In dem einen Bescheid der Salzburger Landesregierung wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufhebenden Erkenntnis<sup>19</sup> wurde vom VwGH mit näherer Begründung dargelegt, dass im Falle einer Lebensgemeinschaft bei der Bemessung von Geldleistungen zur Sicherung des Lebensbedarfes des Hilfesuchenden „nur die Berücksichtigung im Einzelnen festgestellter, bedarfsmindernder Zuwendungen des Lebensgefährten“ zulässig ist.

Dem gegenüber wurde in der Praxis der Missstandsfeststellung der VA zufolge noch im Jahr 2009 – also fünf Jahre nach der einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung – pauschal von Zuwendungen des nicht hilfebedürftigen Lebensgefährten in der Höhe von 33 % (abzüglich 4 % je unterhaltsberechtigtem Kind) vom seinem Einkommen ausgegangen,<sup>20</sup> was im Hinblick auf die vorstehende Rechtsauffassung des VwGH offenkundig gesetzwidrig ist. Dass es rechtsstaatlich geradezu unerträglich ist, wenn sich Verwaltungsbehörden über höchstgerichtliche Entscheidungen hinwegsetzen, muss an dieser Stelle wohl nicht näher ausgeführt werden.

#### 5. Der Vollziehung ausgelieferte Fremde

Noch prekärer ist freilich die rechtliche Situation von Fremden, die von den jeweiligen Landesgesetzgebern weder österreichischen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern

18 Abrufbar unter [www.volksanwaltschaft.gv.at/missempfveror.htm](http://www.volksanwaltschaft.gv.at/missempfveror.htm).

19 VwGH 23.3.2004, Zl. 2001/11/0075.

20 Wobei ein geringerer Prozentsatz dann angenommen wurde, wenn der Lebensgefährte durch die Zuwendung an den (hilfebedürftigen) Partner selbst in die Hilfsbedürftigkeit geraten würde.

gleichgestellt sind noch unter den Anwendungsbereich eines Grundversorgungsgesetzes fallen. Für diese Personengruppe ist landesgesetzlich regelmäßig lediglich vorgesehen, dass ihnen der Sozialhilfeträger als Träger von Privatrechten näher bestimmte Leistungen der Sozialhilfe unter bestimmten Voraussetzungen gewähren kann. Es ist also in Bezug auf diesen Personenkreis ex lege kein Verwaltungsverfahren durchzuführen und somit auch kein Bescheid zu erlassen. Obgleich alle Sozialhilfegesetze sich uneingeschränkt dem Ziel verpflichtet fühlen, jenen Menschen die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen, die dazu der Hilfe der Gemeinschaft bedürfen, wird somit von den Landesgesetzgebern insoweit gleichsam eine Kategorie von Menschen zweiter Klasse geschaffen, denen ein Rechtsanspruch auf eben jene Leistungen verwehrt wird, die selbst nach Auffassung der jeweiligen Gesetzgeber für die Führung eines menschenwürdigen Lebens erforderlich sind. Diesen Menschen werden im gegenständlichen Zusammenhang überhaupt keine subjektiven Rechte zuerkannt, sodass sie im Ergebnis dem jeweiligen Sozialhilfeträger weitestgehend schutzlos – de facto kommt regelmäßig nur die Anrufung der VA in Betracht – ausgeliefert sind. Diese Rechtslage stellt einen rechtsstaatlichen Anachronismus dar, der so rasch wie möglich überwunden werden muss und in Form der Hereinnahme dieser Personengruppe in das für alle anderen Menschen verpflichtend vorgesehene Verwaltungsverfahren auch rechtstechnisch leicht überwunden werden kann.

## 6. Zusammenfassung

Zusammengenommen ergeben die vorstehend skizzierten Problemzonen ein wenig erfreuliches Bild von der Effektivität des Rechtsschutzes im Bereich des Sozialhilferechts: Vielfach ist Sozialhilfepersonen der Rechtsweg äußerst praxiswirksam schon deshalb abgeschnitten, weil die Abweisung bzw. Einstellung der Leistung gesetzwidriger Weise ohne Bescheiderlassung erfolgt. Werden Bescheide erlassen, so hat jede finanzschwache Person im Verfahren vor dem VwGH selbst bei Bewilligung der Verfahrenshilfe für sie unkalkulierbare und mitunter Existenz gefährdende finanzielle Risiken zu tragen. Wird eine aus ihrer Sicht günstige höchstgerichtliche Entscheidung erwirkt, so ist ihre Umsetzung in gleich gelagerten Fällen nicht immer gewährleistet. Und schließlich wird Fremden, die von den jeweiligen Landesgesetzgebern weder österreichischen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern gleichgestellt sind noch unter den Anwendungsbereich eines Grundversorgungsgesetzes fallen, regelmäßig überhaupt kein Rechtsanspruch auf Gewährung von Sozialhilfeleistungen zuerkannt.

Ergänzt man diese Faktoren noch um nahe liegende rechtssoziologische Einsichten, wonach insbesondere bildungsferne und einkommensschwache Bevölkerungsschichten, sowie alte und kranke Menschen und insbesondere auch sprachunkundige Fremde oft nicht in der Lage sind, ihre rechtlichen Interessen gegenüber einer scheinbar übermächtigen Verwaltung effektiv wahrzunehmen, so zeigt sich, dass trotz des hoch entwickelten

Rechtsschutzsystems der österreichischen Bundesverfassung der Zugang zum Recht – im Sinne der Erwirkung einer letztendlich rechtsrichtigen Entscheidung – für viele Menschen nach wie vor mit großen Problemen verbunden ist. Von der Verwirklichung des rechtsstaatlichen Ideals eines Rechtsstaates, der für alle Menschen da ist,<sup>21</sup> ist der Bereich des Sozialhilferechtes gewiss noch ein erhebliches Stück entfernt.

OR Dr. Martin Hiesel ist in der Volksanwaltschaft tätig; martin.hiesel@volksanw.gv.at

---

<sup>21</sup> Siehe oben FN 16.

# Jenseits der Kernfamilie

„Funktionale Elternschaft“, eine progressive Alternative aus den USA

Marion Guerrero

---

Vater-Mutter-Kind – dieses herkömmliche Familienmodell stellt längst nicht mehr die Hauptform des Zusammenlebens dar. Patchwork-Familien, gleichgeschlechtliche Partnerschaften und andere Lebensentwürfe machen der traditionellen Kernfamilie Konkurrenz. In den USA suchen die Gerichte nach rechtlichen Möglichkeiten, der veränderten sozialen Realität gerecht zu werden; die Doktrin der „funktionalen Elternschaft“ gewinnt hier immer mehr an Bedeutung. In New York wurde diese Thematik im Fall *Debra H. v. Janice R.*<sup>1</sup> vor kurzem höchstgerichtlich behandelt.

Die New Yorkerinnen Debra H. und Janice R. befanden sich in einer stabilen Partnerschaft, als sie sich entschlossen, eine Familie zu gründen. Die Wahl der beiden Frauen fiel auf eine Empfängnis per In-Vitro-Fertilisation. Im Jahr 2003, kurz vor der Geburt ihres Kindes, reisten die beiden von New York State nach Vermont, um eine zivile Partnerschaft („civil union“) einzugehen. Debra war bei der Geburt des Kindes anwesend; auch ihr Name wurde in die Geburtsurkunde eingetragen, und in der Folge übernahm sie eine Elternrolle für das Kind. Eine Adoption durch Debra H., ein Vorgang, der in New York grundsätzlich möglich ist, war ebenfalls geplant. Die Anwältin Janice, die biologische Mutter des gemeinsamen Kindes, riet Debra aber schließlich doch davon ab. Eine Adoption sei nicht nötig, weil sie Debra niemals das Recht auf das gemeinsame Kind verweigern würde.<sup>2</sup>

Im Jahr 2006 trennte sich das Paar; das Kind blieb bei Janice. Vorerst besuchte Debra ihr Kind noch regelmäßig, doch zwei Jahre später brach Janice den Kontakt ab. Debra versuchte in der Folge, Besuchsrechte gerichtlich durchzusetzen.<sup>3</sup> Am 4. Mai 2010 entschied der *New York Court of Appeals*, das Höchstgericht im Staat New York, endgültig über die Zulässigkeit ihres Antrags.<sup>4</sup> Debra H. obsiegte: Der Fall wurde zurück an die untere Instanz verwiesen mit der Anweisung, Debra als Elternteil anzusehen und die Bedingungen für ein Besuchsrecht zu prüfen.<sup>5</sup>

---

1 *Debra H. v. Janice R.*, 14 N.Y.3d 576 (N.Y. May 04, 2010); Eine offizielle Seitennummerierung des Falles steht zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Artikels noch aus, daher wird im Folgenden nur pauschal auf den Fall verwiesen.

2 Lambda Legal, *Debra H. v. Janice R.*: Summary, vom 13.04.2010, <http://www.lambdalegal.org/in-court/cases/debra-h-v-janice-r.html> (zuletzt besucht: 26.04.2010).

3 New York Trial Judge Rules That Lesbian Co-Parent Can Seek Custody And Visitation Rights, vom 07.10.2008, <http://newyorklawschool.typepad.com/leonardlink/2008/10/new-york-trial.html> (zuletzt besucht: 26.04.2010).

4 *Debra H.*, *supra* FN 1.

5 *Ebd.*



In den USA gibt es in dieser Rechtsfrage keine einheitliche Regelung. Während in einigen Staaten Besuchs- und sogar Sorgerechte zugunsten von gleichgeschlechtlichen PartnerInnen anerkannt werden,<sup>6</sup> gilt in New York die Entscheidung in *Alison D. v. Virginia M.*<sup>7</sup> als richtungweisend. Die Fakten des Falls aus dem Jahr 1991 ähneln denen des aktuellen Falls: die ehemalige Partnerin der biologischen Mutter versuchte, Besuchsrechte bezüglich des gemeinsamen Kindes geltend zu machen. Ohne Erfolg. Der *New York Court of Appeals* entschied damals, dass Alison D. nicht einmal Parteistellung zukäme, weil ihre Position als Elternteil in keinsten Weise rechtlich abgesichert sei. Sie sei ein „legal stranger“ für ihr Kind und habe daher nicht die Aktivlegitimation, Besuchsrechte einzuklagen.<sup>8</sup> Mit dieser formalistischen Entscheidung verweigerte das Gericht eine materiellrechtliche Untersuchung der Einzelheiten des Falls.

Der aktuelle Rechtsstreit, *Debra H. v. Janice R.*, hat nicht zuletzt deshalb viel Staub aufgewirbelt, weil das New Yorker Höchstgericht dadurch die Möglichkeit bekam, den Präzedenzfall *Alison D.* nach fast zwanzig Jahren umzustoßen. Damit wäre eine neue Rechtslage für gleichgeschlechtliche PartnerInnen in New York geschaffen worden, die vor der Trennung von ihren Lebensgefährten Elternfunktionen für das gemeinsame Kind ausgeübt haben und diese Rolle nach dem Scheitern der Beziehung weiterhin erfüllen wollen.<sup>9</sup> Obwohl Debra H. als Siegerin aus dem Rechtsstreit hervorging, vermied es der *New York Court of Appeals* jedoch, *Alison D.* als Präzedenzfall in Frage zu stellen.<sup>10</sup> Im Gegenteil: Die Mehrheitsmeinung bekräftigte nachdrücklich die Gültigkeit von *Alison D.* und betonte, dass die Anerkennung von Debra H. als Mutter keine weiteren Auswirkungen auf die in *Alison D.* festgesetzten Regelungen bezüglich der Elternschaft haben solle<sup>11</sup> – mehr dazu im letzten Teil dieses Artikels.<sup>12</sup>

Dennoch kann *Debra H. v. Janice D.* als Zeichen eines allmählichen (wenn auch nicht sonderlich tatkräftigen) Umdenkens gelesen werden: Zwar verweist die Mehrheitsmeinung schulterzuckend auf die Gesetzgebung, wenn es um die – mittlerweile hochpolitische – Frage einer Änderung der durch *Alison D.* geschaffenen Rechtslage geht. Trotzdem scheint das Gericht Debra nicht einfach als „legal stranger“ bezeichnen zu wollen, sondern vielmehr

6 z.B. Wisconsin: *In re The Custody of H.S.H.-K.*, 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995). Weitere Beispiele für die Anerkennung einer Elternbeziehung (bzw. elternähnlichen Beziehung) nicht-verwandter Erwachsener mit dem Kind: New Jersey: *V.C. v. M.J.B.*, 748 A.2d 539 (N.J. 2000); Kalifornien: *Eliza B. v. N.Y. Sup. Ct.*, 33 Cal. Rptr. 3D 46 (Cal. 2005), Indiana: *In re Parentage of A.B.*, 818 N.E.2d 126 (Ind. Ct. App. 2004); Washington: *In re Parentage of L.B.*, 122 P.3d 161 (Wash. 2005); North Carolina: *Mason v. Dwinnell*, 660 S.E.2d 58 (N.C. Ct. App. 2008); und einige mehr.

7 *Alison D. v. Virginia M.*, 552 N.Y.S.2d 321 (N.Y.A.D. 2 Dept. March 02, 1990) *aff'd* 572 N.E.2d. 27 (N.Y. May 02, 1991).

8 *Ebd.*, 572 N.E.2d. 27 (N.Y. May 02, 1991), at 29.

9 Posting von Professor Katherine Franke vom 19.11.2009 auf <http://blogs.law.columbia.edu/genderandsexuality-lawblog/> (zuletzt besucht am 26.04.2010); Outten & Golden LL.P., *Mind the Gap: Same Sex Parents and New York Custodial Law*, 44th Street Notes – New York City Bar Association Newsletter (23.01.2010), auf [http://www.outtengolden.com/News/Article/?ARTICLE\\_ID=316](http://www.outtengolden.com/News/Article/?ARTICLE_ID=316) (zuletzt besucht am 26.04.2010).

10 *Debra H.*, *supra* FN 1.

11 *Ebd.*

12 Siehe *infra*, S 151ff.

nach einem Weg gesucht zu haben, sie trotz der Beibehaltung des *status quo* als Elternteil zu qualifizieren.<sup>13</sup>

### Gesellschaftspolitische Dimensionen oder der Untergang der Kernfamilie

*Debra H. v. Janice R.* wirft interessante Fragen auf. Zunächst einmal die Grundfrage danach, was Elternschaft überhaupt *ist*. Formalistische Ansätze, wie ihn der *New York Court of Appeals* mit *Alison D.* (und letztlich auch mit *Debra H.*) aufgestellt hat, implizieren, dass Elternschaft entweder durch biologische Abstammung oder das Rechtsinstitut der Adoption zustande kommt.<sup>14</sup> Allerdings ist die diesbezügliche Rechtsprechung in New York nicht ganz konsequent. Wenn es nämlich um die Frage des Kindesunterhalts geht, haben die New Yorker Gerichte erkannt, dass auch rechtlich nicht abgesicherte Elternschaft die Verpflichtung zur finanziellen Unterstützung des gemeinsamen Kindes entstehen lassen kann.<sup>15</sup>

In Sorge- und Besuchsrechtsstreitigkeiten gehen Gerichte dagegen nicht selten von unreflektierten Grundannahmen aus: So etwa der Ansicht, jedes Kind habe eine Mutter und einen Vater.<sup>16</sup> Diese Auffassung basiert auf einem heteronormativen Vorurteil, das von der biologischen Vater-Mutter-Dichotomie geprägt ist. Es wird unhinterfragt vo-

13 *Debra H.*, *supra* FN 1.

14 *Alison D. v. Virginia M.*, 552 N.Y.S.2d 321 (N.Y.A.D. 2 Dept. March 02, 1990) *aff'd* 572 N.E.2d 27 (N.Y. May 02, 1991). Dasselbe Gericht, der Court of Appeals of New York, verweigerte im Jahr 1987 einem nicht biologischen Vater Besuchsrechte, da er einerseits mit dem Kind nicht verwandt war, und da andererseits die biologische Mutter laut dem Gericht alle Voraussetzungen erfülle, für das Kind zu sorgen. *Ronald FF v. Cindy GG*, 511 N.E.2d 75 (N.Y. 1987). Martin Guggenheim merkt an, dass das Gericht hier „common law“ Prinzipien falsch ausgelegt habe: Es sei irrigerweise davon ausgegangen, dass ein Gericht keinerlei Verfügungen bezüglich Besuchsrechten von Dritten treffen dürfe, falls die sich gegen dieses Besuchsrecht widersetzenden Eltern als sorgeberechtigten befunden worden seien. Mit anderen Worten: Das Gericht habe nicht in die elterliche Autonomie eingreifen wollen, solange die Eltern in der Lage seien, selbst für ihr Kind zu sorgen. Das Gericht habe also das „common law“ verwendet, um Dritten in dieser Hinsicht die Parteistellung zu verwehren. Guggenheim argumentiert, dass es aber nicht darum gehe, Eltern durch das Gewähren von Besuchsrechten an Dritte zu bestrafen, sondern darum, die Interessen des Kindes zu wahren. Insofern habe das Gericht hier die Intention des „common law“ falsch interpretiert. Martin Guggenheim, *Rediscovering Third Party Visitation Under the Common Law in New York: Some Uncommon Answers*, 33 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 153, 155, 169-81 (2009).

15 Nancy Polikoff schreibt hierzu, die Vorgangsweise des Gerichts in *Alison D.* kritisierend: „Further, New York case law supports the application of estoppel theory\* to the facts in *In re Alison D.* Under *Werner v. Werner*, *Gursky v. Gursky*, and *Karin T. v. Michael T.*, the New York courts would have estopped Alison D. from denying her obligation to support [the child] financially because the child would not have been born without her actions. [...] The children born to the families whose cases are discussed here have two mothers who willingly participated in their conception and birth, and who openly raised them as coparents.“ (*Fußnoten ausgelassen*) [\*Ann: „Estoppel“ ist eine „common law“ Theorie: Wenn jemand freiwillige Handlungen setzt, die im andern ein bestimmtes Vertrauen hervorrufen – zum Beispiel, ein Vertrauen auf das Bestehen eines Anspruchs – dann wird dieses Vertrauen durch diese Theorie geschützt.] In anderen Worten, wenn sich nicht verwandte Erwachsene während der aufrechten Beziehung mit ihren PartnerInnen dem Kind gegenüber wie Eltern verhalten, dann wird daraus nach dem Scheitern der Beziehung eine Pflicht zur finanziellen Unterstützung des Kindes abgeleitet. Nancy Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 Geo. L. J. 459, 541-42 (1989-1990). Siehe auch *infra* S 12.

16 *Ebd.*, 468-71.

rausgesetzt, dass die *Abstammung* mit der *Elternschaft* gleichzusetzen ist, dass also der Prozess der Fortpflanzung festlegt, wer die Eltern eines Kindes sind. Soziale Realitäten, die in eine andere Richtung deuten, werden nach dieser Ansicht bestenfalls als Ausnahmen verstanden, falls ihnen nicht gleich jegliche rechtliche Bedeutung abgesprochen wird – so geschehen etwa im Fall *Alison D.* Vater/Vater oder Mutter/Mutter-Konstruktionen gelten demgemäß also als Aberrationen, die prinzipiell *nicht* unter den Begriff „Elternschaft“ fallen.<sup>17</sup>

Weiters wird angenommen, dass ein Kind grundsätzlich nicht mehr als zwei Bezugspersonen haben kann.<sup>18</sup> Dieser Sichtweise liegt das konservative Bild der Kernfamilie zu Grunde, das aber längst nicht mehr die Wirklichkeit widerspiegelt. Gerade in einer Gesellschaft, die so heterogen ist wie die der USA, nimmt der Trend zur Kernfamilie stetig ab; lediglich ein Viertel der in den USA existierenden Familienarrangements passt noch in das Kernfamilien-Schema.<sup>19</sup> Nicht nur gleichgeschlechtliche Partnerschaften stellen die Gültigkeit einer Rechtsordnung in Frage, die sich auf Vater-Mutter-Kind-Modelle beschränkt: Auch Patch-Work-Familien oder Großeltern, die Erziehungsaufgaben wahrnehmen, rütteln am klassischen Familienbild.<sup>20</sup> Nicht zuletzt haben technische Entwicklungen, wie z.B. die In-Vitro-Fertilisation, zu neuen Herausforderungen für Rechtsprechung und Gesetzgebung geführt.<sup>21</sup> Besonders kompliziert stellt sich der rechtliche Umgang mit der Möglichkeit dar, ein Kind, das zwei genetische Eltern hat, von einer dritten Person, der sogenannten „Leihmutter“, austragen zu lassen. Dabei wird eine befruchtete Eizelle, die das Genmaterial von zwei Personen beinhaltet, in die Gebärmutter einer dritten Person (der Leihmutter) eingesetzt. Diese trägt das Kind aus, ist aber genetisch nicht mit ihm verwandt.<sup>22</sup> Die Leihmutter-schaft ist, wie die meisten technisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden, in den USA nur sehr unzulänglich rechtlich geregelt.<sup>23</sup> Wie kaum eine andere Entwicklung der letzten Jahre

---

17 Ruthann Robson, *Third Parties and the Third Sex: Child Custody and Lesbian Legal Theory*, 26 Conn. L. Rev. 1377, 1385 (1993-1994) Siehe auch: Kimberly Richman, *Lovers, Legal Strangers, and Parents: Negotiating Parental and Sexual Identity in Family Law*, 36 Law & Soc'y Rev. 285, 286 (2002).

18 *Ebd.*

19 Weniger als eine von vier Familien entspricht noch dem traditionellen Bild der Kernfamilie. Bureau of the Census, U.S. Dept. Of Commerce, *Current Population Reports, Family and Living Arrangements: 2003*, 2 (2004).

20 Der U.S. Supreme Court hat darauf in zahlreichen Entscheidungen reagiert. So z.B. in *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), wo die Kernfamilie anlässlich eines Mietrechtsstreits dergestalt ausgeweitet wird, dass sie auch die Großeltern umfasst. Ein anderes Beispiel ist *U.S.D.A. v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973), in dem es um Sozialleistungen geht („food stamps“). Hier bezieht der Supreme Court die soziale Realität einer Wohngemeinschaft in die Entscheidung ein und erkennt, dass die WG im Bezug auf die „food stamps“ wie eine Familie zu behandeln sei.

21 John Hill Kay, *What Does It Mean to Be a "Parent"?: The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N.Y.U. L. Rev. 353, 358-59 (1991); Martha Garrison, *Regulating Reproduction*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 1623 (2007-2008).

22 Es gibt zwei Arten der Leihmutter-schaft: Einmal die eben beschriebene Variante, bei der genetische und austragende Mutter zwei verschiedene Personen sind. Bei der zweiten Variante wird lediglich das Erbgut des Vaters implantiert; die austragende Frau ist auch genetisch mit dem Kind verwandt. Erika Hessenthaler, *Gestational Surrogacy: Legal Implications of Reproductive Technology (Note)*, 21 N.C. Cent. L.J. 169, 169 (1995).

23 Catherine A. Clements, *What About the Children? A Call for Regulation of Assisted Reproductive Technology*, 84 Ind. L.J. 331, 347 (2009).

stellt diese Art der Leihmutterchaft die Prämisse der biologischen Elternschaft in Frage. Denn hier stammt ein Kind plötzlich von drei Personen ab: einem Vater; einer Mutter, die mit ihm genetisch verwandt ist; und einer Mutter, die mit ihm schwanger war. Das Konzept der „leiblichen Mutter“ wird damit gespalten und aufs Plakativste in Zweifel gezogen. Aber auch rechtliche Konstruktionen wie die Regel, dass der Ehemann als Vater eines Kindes gilt, das in aufrechter Ehe geboren wurde, können zu Dreier-Konstellationen führen; etwa wenn das Kind erwiesenermaßen von einem anderen Mann gezeugt wurde.<sup>24</sup>

Des weiteren wird von Gerichten oft davon ausgegangen, dass Elternschaft absolut ist.<sup>25</sup> In anderen Worten, wenn einmal festgestellt wurde, wer die Eltern des Kindes sind, dann haben diese in Sorgerechtsdingen eine umfassende Verfügungsgewalt. Dazu gehört auch, andere Personen komplett von Entscheidungen, die das Kind betreffen, auszuschließen.<sup>26</sup>

### Natürliche Elternschaft: Ein konservatives Vorurteil

Der *U.S. Supreme Court*, das US-amerikanische Höchstgericht, hat in mehreren Entscheidungen erkannt, dass Eltern bezüglich der Erziehung ihrer Kinder eine verfassungsmäßig abgesicherte Autonomie („liberty interest“) genießen.<sup>27</sup> Der Respekt vor der elterlichen Entscheidungsgewalt ist verhältnismäßig weitreichend. So geisterte Anfang diesen Jahres ein etwas abstruser Fall durch die Medienlandschaft: Einem Elternpaar aus Deutschland, das vor der allgemeinen Schulpflicht in ihrem Heimatland floh, wurde von einem US-Richter Asyl gewährt. Die Eheleute hatten wiederholt gegen die deutschen Gesetze verstoßen, weil sie darauf bestanden, ihre Kinder zu Hause zu unterrichten<sup>28</sup> – in den USA ein verfassungsrechtlich ausjudiziertes Recht.<sup>29</sup>

In der vielzitierten Entscheidung *Troxel v. Granville* wurde vom *U.S. Supreme Court* noch einmal die elterliche Autonomie bestätigt.<sup>30</sup> Die väterlichen Großeltern wollten gegen den Willen der Mutter Besuchsrechte einklagen. Sie beriefen sich hierbei auf ein in ihrem Staat Washington gültiges Gesetz, das dritten Personen weitreichende Besuchs-

24 z.B. *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, *reh'g denied*, 492 U.S. 937 (1989)

25 Polikoff, *supra* FN 15, 468-471

26 *Ebd.*

27 So etwa in der vielzitierten Entscheidung *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000). Weitere Fälle: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Diese beiden Entscheidungen drehen sich um das Recht auf Privatsphäre und Familienautonomie. Siehe auch: *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944). Siehe auch *infra* S 154f.

28 Welt Online, *Deutsche Familie bekommt Asyl in den USA*, vom 27.01.2010, <http://www.welt.de/politik/ausland/article5997839/Deutsche-Familie-bekommt-Asyl-in-den-USA.html> (zuletzt besucht am 27.04.2010); Uwe Schmitt, *US-Richter gewährt Asyl und attackiert Deutschland*, Welt Online vom 27.01.2010, <http://www.welt.de/politik/ausland/article6004091/US-Richter-gewaehrt-Asyl-und-attackiert-Deutschland.html> (zuletzt besucht am 27.04.2010); Spiegel Online, *USA gewähren deutscher Familie politisches Asyl*, vom 27.01.2010, <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/0,1518,674260,00.html> (zuletzt besucht am 27.04.2010).

29 Siehe z.B.: *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)

30 *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000)

rechte einräumte.<sup>31</sup> Der *U.S. Supreme Court* hob dieses Gesetz als verfassungswidrig auf, weil es in die Privatautonomie der Eltern eingreife. Ein Staat dürfe sich nicht in das fundamentale Recht der Eltern auf Entscheidungsfreiheit im Bezug auf die Kindererziehung einmischen, solange nichts dagegen spräche, dass die Eltern prinzipiell zur Obsorge in der Lage seien.<sup>32</sup>

In seiner abweichenden Meinung stellt Justice Stevens den Elternrechten die Rechte der Kinder gegenüber und überlegt, ob nicht auch Kinder sich auf verfassungsmäßige Garantien berufen können sollten. Ein Kind habe jedenfalls ein fundamentales Interesse daran, familiäre Bindungen zu etablieren und aufrecht zu erhalten. In einer immer komplexer werdenden Welt sei es nicht machbar, alle möglichen Beziehungen, die ein Kind eingehen könne, in rigide Kategorien zu pressen: “The almost infinite variety of family relationships that prevade our ever-changing society strongly counsel against the creation by this Court of a constitutional rule that treats a biological parent’s liberty interest in the care and supervision of her child as an isolated right that may be exercised arbitrarily.”<sup>33</sup>

Ein Fall, bei dem der *U.S. Supreme Court* zu einem auf den ersten Blick überraschend anderen Ergebnis als in *Troxel v. Granville* kam, ist *Michael H. v. Gerald D.* aus dem Jahr 1989.<sup>34</sup> Die Entscheidung wurde von einer konservativen Mehrheit des *U.S. Supreme Court* getroffen und wirkt zunächst wie ein Bruch mit der präferentiellen Behandlung der biologischen Elternschaft. Nicht der *leibliche* Vater, sondern der *aktuelle Ehemann der Mutter* sei als Vater des Kindes anzusehen – obwohl das Kind eine enge Beziehung zu seinem leiblichen Vater aufwies.<sup>35</sup> Als wichtiger Grund dafür wurde von Justice Scalia die Bewahrung der intakten ehelichen Familie angeführt.<sup>36</sup>

Die Entscheidung ist entlarvend. Hier wurde die biologische Abstammung zugunsten

31 “(3) Any person may petition the court for visitation rights at any time including, but not limited to, custody proceedings. The court may order visitation rights for any person when visitation may serve the best interest of the child whether or not there has been any change of circumstances.” (Wash. Rev. Code §26.10.160(3) (1994)).

32 Justice O’Connor schrieb in der Mehrheitsmeinung: „[T]he visitation order in this case was an unconstitutional infringement on Granville’s fundamental right to make decisions concerning the care, custody, and control of her two daughters. [...] [T]he Due Process Clause does not permit a State to infringe on the fundamental right of parents to make childrearing decisions simply because a state judge believes a ‘better’ decision could be made. [W]e hold that §26.10.160(3), as applied in this case, is unconstitutional.“ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 71-73 (2000).

Zur Problematik einer solchen Sichtweise: Nicole M. Onorato, *The Right to Be Heard. Incorporating the Needs and Interests of Children of Nonmarital Families into the Visitation Rights Dialogue*, 4 Whittier J. Child & Fam. Advoc. 491, 505 (2004-2005).

33 *Ebd.*, 90. In Lehre und Forschung wurde die Idee von fundamentalen, verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten von Kindern auf die Erhaltung von Bindungen zu Bezugspersonen aufgegriffen, so etwa von Onorato, *supra* FN 32, 514; Gilbert A. Holmes, *The Tie that Binds: The Constitutional Right of Children to Maintain Relationships with Parent-Like Individuals*, 53 Md. L. Rev. 358, (1994); u.v.a.

34 *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, *reh’g denied*, 492 U.S. 937 (1989).

35 Die Mutter des Kindes, Carol D., war mit Gerald D. verheiratet. Während der Ehe begann sie eine Beziehung mit Michael H., aus der ein Kind hervorging. Während einer längeren räumlichen Trennung von Gerald D. lebten Carol D. und das Kind zusammen mit Michael H.; alle Beteiligten wussten, dass Michael H. der leibliche Vater des Kindes war. Als das Kind etwa drei Jahre alt war, versöhnten sich Carol D. und Gerald D. Michael H. klagte daraufhin Besuchsrechte bezüglich des Kindes ein. Ohne Erfolg. *Ebd.*

36 *Ebd.*, 124-27, 131.

eines bestimmten sozialen Lebensentwurfes ignoriert – eines Lebensentwurfes, der einem konservativen Werteverständnis entspricht. Daran zeigt sich deutlich, dass es sich bei der Versteifung auf die Bedeutung der „natürlichen Abstammung“ lediglich um eine Projektion handelt, die von (meist konservativer Seite) zur Bewahrung von traditionellen Familienvorstellungen eingesetzt wird. Ein traditionelles Familienbild wird quasi rückwirkend zum „natürlichen“ Familienbild erhoben. Auf diese Weise wird auch eine Wertedebatte über die Sinnhaftigkeit verkrusteter Rechtsstrukturen verhindert.

Der starke Fokus auf die Erziehungsautonomie der „natürlichen“ Eltern basiert darüber hinaus auch auf der Angst, eine flexiblere gerichtliche Vorgangsweise könne zu einem enormen Anstieg von Familienrechtsstreiten führen. Beliebige Personen würden auf einmal nach Lust und Laune Rechte im Bezug auf das Kind einklagen.<sup>37</sup> Eine vernünftige Erziehung wäre dann unmöglich, weil plötzlich eine unüberschaubare Anzahl an Personen ein Mitspracherecht geltend machen würde;<sup>38</sup> Alptraum szenarien frei nach dem Motto: „Zu viele Köche verderben den Brei“.

Was bei dieser Schwarzmalerei nicht bedacht wird, ist die Tatsache, dass jemand, der immer nur periphär in die Kindererziehung involviert war, wohl nicht willkürlich die Mühen eines Besuchsrechtsverfahrens auf sich nehmen wird.<sup>39</sup> Es geht ja vielmehr darum, Bindungen zu legitimieren, die *bereits bestehen* – nicht darum, sie im Rechtsweg neu zu schaffen.<sup>40</sup> Wenn ein Gericht sich hingegen auf den formalistischen Definitionen von Elternschaft ausruht, ohne die Fakten des Einzelfalls zu untersuchen, kann das viel eher dazu führen, dass dem Kind ein/e quasi Fremde/r als Bezugsperson vor die Nase gesetzt wird.

### Alternative Modelle zur traditionellen Elternschaft

In ihrem vielbeachteten Essay *„Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities“* argumentieren Martha Minow und Mary Lyndon Shanley für eine Herangehensweise, die die Komplexität individueller Beziehungen respektiert, indem sie sowohl die Entscheidungsfreiheit der Eltern als auch die Rechte der Kinder berücksichtigt. Hierbei müssten mehrere Faktoren bedacht werden:

“First, the individual must be seen simultaneously as a distinct individual and as a person fundamentally involved in relationships of dependence, care, and responsibility. [...] The law must allow parents to resume their independence and to remarry or form new relationships if they wish, but the law must also enforce the continuing obligations each has to their children. [...] Second, family law and political theory must take account

---

37 Onorato, *supra* FN 32, 503.

38 *Ebd.*

39 *Ebd.*

40 *Ebd.*; Polikoff, *supra* FN 15, 474, 543; Alison Harvey Young, *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family*, 6 Am. U.J. Gender & L. 505, 507-13, 554-55 (1997-1998).

of the fact that families are simultaneously private associations and entities shaped by the political order. [...] Laws [...] have affected who were regarded as parents and children; legal adoption allowed the creation of nonbiological family ties [...]. [T]he biological tie between an adult and his or her offspring has been taken to establish *prima facie* parental rights and obligations; few have proposed that children, at birth, be assigned to the best possible caretaker, rather than to their biological parents.<sup>41</sup>

Statt formalistischen Kriterien sollten, so die Autorinnen, Betreuungs- und Zuwendungshandlungen ins Zentrum einer rechtlichen Betrachtung gerückt werden.<sup>42</sup>

Minow und Shanley brechen somit den traditionellen Begriff der „Elternschaft“ auf und befreien ihn von biologischen Elementen, indem sie sich bei seiner Definition lediglich auf *tatsächlich gesetzte Handlungen* und die *dadurch geschaffenen, faktisch vorliegenden Verhältnisse* konzentrieren. Diese analytische Betrachtungsweise kreiert eine Elternschaft, die sich durch ein bestimmtes Verhalten und die entsprechenden Konsequenzen auszeichnet, ohne sich auf ein (rechtlich relevantes) Entstehungsritual, wie zum Beispiel Zeugung, Schwangerschaft oder Adoption, gründen zu müssen.

Der *Wisconsin Supreme Court* ging im Jahr 1995 von ähnlichen Überlegungen aus, als er einen Test entwickelte, anhand dessen festgestellt werden kann, ob ein/e rechtlich nicht mit dem Kind verwandte/r Erwachsene/r die Funktionen eines Elternteils ausübt.<sup>43</sup> Dafür müssen Merkmale wie die Zustimmung der legalen Eltern, Leben im selben Haushalt, Übernahme elterlicher Pflichten und tatsächliche Etablierung der Elternrolle vorliegen.<sup>44</sup> Wisconsin war der erste Staat, in dem ein *Supreme Court* die Beziehung einer lesbischen, nicht-biologischen Mutter zu ihrem Kind anerkannte.<sup>45</sup> Andere Gerichte quer durch die USA haben sich mit den unterschiedlichsten Doktrinen beholfen, um den Interessen von Kindern und deren Bezugspersonen in Fällen gerecht zu werden, die eine veränderte soziale

---

41 Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities*, in: Narayan, Shanley (eds.), *Reconstructing Political Theories: Feminist Perspectives* (Oxford: Polity, 1997), zitiert nach: Adler, Crooms, Greenberg, Minow Roberts (eds.), *Mary Joe Frug's Women and the Law 808-09* (4th edition, Foundation Press: 2008).

42 *Ebd.*, 811.

43 *In re The Custody of H.S.H.-K.*, 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995).

44 Justice Abrahamson schreibt für die Mehrheit: "To demonstrate the existence of the petitioner's parent-like relationship with the child, the petitioner must prove four elements: (1) that the biological or adoptive parent consented to, and fostered, the petitioner's formation and establishment of a parent-like relationship with the child; (2) that the petitioner and the child lived together in the same household; (3) that the petitioner assumed obligations of parenthood by taking significant responsibility for the child's care, education and development, including contributing towards the child's support, without expectation of financial compensation; and (4) that the petitioner has been in a parental role for a length of time sufficient to have established with the child a bonded, dependent relationship parental in nature." (*Fußnoten ausgelassen*). *Ebd.*, 658.

45 *Ebd.*; Courtney G. Joslin, *The Legal Parentage of Children Born to Same Sex Couples: Developments in the Law*, 39 Fam. L.Q. 683, 693-94 (2005-2006).

Realität widerspiegeln.<sup>46</sup> Auch in den Empfehlungen des einflussreichen *American Law Institute* wird die Berücksichtigung funktionaler Elternbeziehungen gefordert. Ein zu formalistischer Ansatz sei dem Kindeswohl sehr abträglich.<sup>47</sup>

### *Debra H. v. Janice R.* – ein bittersüßer Sieg

Die Anerkennung der funktionalen Elternschaft („functional parenthood“) wird auch von der überragenden Mehrheit der FamilienrechtsexpertInnen in New York befürwortet. Fünfundvierzig von ihnen sind als *Amicus Curiae*<sup>48</sup> dem Verfahren *Debra H. v. Janice R.* beigetreten.<sup>49</sup> Im unterstützenden Schriftsatz („amicus brief“) plädieren die *Amici* dafür, dem Fall eine funktionelle Betrachtungsweise zugrunde zu legen, da diese die Realität des heutigen Familienlebens am besten reflektiere. In Anlehnung an den in der Entscheidung *In re H.S.H.-K* vom *Supreme Court* in Wisconsin entwickelten Test<sup>50</sup> determinieren sie drei Fragen, die für die Einräumung von Besuchsrechten relevant seien: Wurde die Eltern-Kind-Beziehung mit der Unterstützung der leiblichen Mutter und im Einvernehmen mit ihr eingegangen?<sup>51</sup> Hatte das funktionale Elternteil den Willen, eine Elternbeziehung einzugehen?<sup>52</sup> Ist eine Eltern-Kind-Bindung tatsächlich entstanden?<sup>53</sup>

Dieser Ansatz vereint einerseits Elemente der Privatautonomie (anfängliches Zustimmungserfordernis der leiblichen Mutter, Willensbildung des funktionalen Elternteils); andererseits wird auf die real existierende Situation und die Interessen des Kindes Bedacht genommen (Entstehung einer Eltern-Kind-Bindung). Insofern erscheint dieser Vorschlag als gangbarer Kompromiss zwischen elterlicher Entscheidungsfreiheit, Interessen von (im rechtlichen Sinne) Dritten und Kinder-Interessen. Auch wenn hierdurch nicht unbedingt radikal mit sämtlichen Grundprämissen der traditionellen Elternschaft gebrochen wurde

---

46 So zum Beispiel „in loco parentis“, „de facto Elternschaft“, „psychologische Elternschaft“, „equitable parenthood“ oder „equitable estoppel“. Diese Ansätze basieren entweder auf „common law“ Theorien oder sogenannten „equitable principles“ – Prinzipien, mittels derer das Gericht im Einzelfall ungewollte Härten vermeidet. All diese Theorien erkennen im Grunde an, dass auch nicht mit dem Kind verwandte Personen eine Elternrolle übernehmen können. Allerdings sind einige dieser Ansätze, auch wenn sie im Einzelfall Abhilfe schaffen, nur bedingt geeignet, eine umfassende rechtliche Theorie zur Behandlung ähnlich gelagerter Fälle zu schaffen. In Länge wurde dieses Thema etwa in folgenden Werken diskutiert: Polikoff, *supra* FN 15, 491-544; Joselin, *supra* FN 40; Minow & Shanley, *supra* FN 41; Andrew Schepard, *Revisiting „Alison D.“: Child Visitation Rights for Domestic Partners*, N.Y.L.J., June 27, 2002; Deborah L. Foreman, *Same Sex Partners: Strangers, Third Parties, or Parents? The Changing Legal Landscape and the Struggle for Parental Equality*, 40 Fam. L.Q. 23 (2006); u.v.a. Für Judikatur, die eine oder mehrere dieser Doktrinen anwendet, siehe *supra*, FN 6.

47 American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* 1, 1(d) (2002).

48 „RechtsfreundInnen“, die einem Verfahren als (meist parteiische) ExpertInnen beitreten, um dem Gericht vertiefte Sachkenntnisse bezüglich einer Rechtsfrage zur Verfügung zu stellen.

49 Brief of Amicus Curiae Family Law Academics in Support of Petitioner-Appellant, *Debra H. v. Janice R.*, No. 106569/08 (N.Y. Nov. 16<sup>th</sup>, 2009).

50 *Ebd.*, 8-12; *In re H.S.H.-K*, *supra* FN 43, 658.

51 *Ebd.*, 8.

52 *Ebd.*, 10.

53 *Ebd.*, 12.



– *Debra H.* hätte New York immerhin aus *Alison D.*’s langem Schatten führen können. Der *New York Court of Appeals* hat diese Chance aber nicht wahrgenommen.

Die Mehrheitsmeinung in *Debra H. v. Janice R.*<sup>54</sup>, geschrieben von Richterin Susan Read, liest sich über weite Strecken wie eine Rechtfertigung. Gut die Hälfte dient ausschließlich der Erklärung, warum der *New York Court of Appeals* trotz positivem Ergebnis für *Debra H.* nicht von *Alison D.* abweichen wollte.

Zunächst wird (wie schon in *Alison D.*) festgestellt, dass das Gericht in der Frage der Elternschaft nicht der Gesetzgebung vorgreifen wolle. Es sei ausschließlich Sache der Legislative, die diesbezügliche Rechtslage zu ändern.<sup>55</sup> Diese Argumentation ist insofern nicht ganz schlüssig, als die bisherige gesetzliche Vorgabe, auf welche sich das Gericht auch ausführlich bezieht – New Yorks *Domestic Relations Law* – lediglich von „parent“ spricht, aber keine weitere Definition dieses Begriffs anbietet:

“Where a minor child is residing within this state, *either parent* may apply to the supreme court for a writ of habeas corpus to have such minor child brought before such court; and on the return thereof, the court, on due consideration, may award the natural guardianship, charge and custody of such child to *either parent* for such time, under such regulations and restrictions, and with such provisions and directions, as the case may require, and may at any time thereafter vacate or modify such order. In all cases there shall be no prima facie right to the custody of the child in *either parent*, but the court shall determine solely what is for the best interest of the child, and what will best promote its welfare and happiness, and make award accordingly.”<sup>56</sup>

Der *New York Court of Appeals*, und nicht der Gesetzgeber, hat in *Alison D.* eine Determinierung des Terminus „parent“ vorgenommen und „parenthood“ auf biologische bzw. adoptive Elternschaft reduziert.<sup>57</sup> Richterin Ciparick schreibt in ihrer abweichenden (aber

54 *Debra H.*, *supra* FN 1.

55 “Citing Domestic Relations Law §§ 71 and 72 (permitting siblings and grandparents respectively to petition for visitation), we emphasized that ‘[w]here the Legislature deemed it appropriate, it gave other categories of persons standing to seek visitation and it gave the courts the power to determine whether an award of visitation would be in the child’s best interests.’ Thus, we refused to ‘read the term parent in section 70 to include categories of nonparents who have developed a relationship with a child or who have had prior relationships with a child’s parents and who wish to continue visitation with the child.’ [*Alison D. v. Virginia M.*, 572 N.E.2d. 27 (N.Y. May 02, 1991)]”. *Debra H. v. Janice R.*, 14 N.Y.3d 576 (N.Y. May 04, 2010); “[A]ny change in the meaning of ‘parent’ under our law should come by way of legislative enactment rather than judicial revamping of precedent.” *ebd.*; “*Debra H.* would have us preempt our Legislature by sidestepping section 70 of the Domestic Relations Law as presently drafted and interpreted in *Alison D.* to create an additional category of parent—a functional or de facto parent—through the exercise of our common law and equitable powers. But the Legislature is the branch of government tasked with assessing whether section 70 still fulfills the needs of New Yorkers.” *Ebd.*

56 Hervorhebungen durch die Verfasserin, NY DOM. REL. LAW § 70(a) (McKinney 2010).

57 “[Petitioner] is not a ‘parent’ within the meaning of section 70 [of NY DOM REL LAW]. Petitioner concedes that she is not the child’s ‘parent’; that is, she is not the biological mother of the child nor is she a legal parent by virtue of an adoption. Rather she claims to have acted as a ‘de facto’ parent or that she should be viewed as a parent ‘by estoppel’. ... Traditionally, in this State it is the child’s mother and father who, assuming fitness, have the right to the care and custody of their child, even in situations where the nonparent has exercised some control over the child with the parents’ consent ...” *Alison D. v. Virginia M.*, 572 N.E.2d. 27 (N.Y. May 02, 1991), at 29.

im Ergebnis zustimmenden) Meinung, dass das Gericht in *Alison D.* nicht nur „Elternschaft“ eigenmächtig determiniert, sondern sogar in gewisser Weise gegen den Wortlaut des Gesetzes entschieden habe:

“[T]he majority in that case took an unwarranted hard line stance, fixing biology above all else as the key to determining parentage and thereby foreclosing any examination of a *child’s best interest*. [...] In my view, it was the majority in *Alison D.* that ‘side-stepped’ section 70 by refusing to give appropriate weight to the clear Legislative intent, expressed in the statute, to protect the ‘best interest’ and ‘welfare and happiness’ of children.”<sup>58</sup>

Die Mehrheitsmeinung argumentiert weiter, nur die Beibehaltung von *Alison D.* garantiere Rechtssicherheit:

“*Alison D.* [...] creates a bright line rule that promotes certainty in the wake of domestic breakups otherwise fraught with the risk of disruptive [...] battle[s] over parentage as a prelude to further potential combat over custody and visitation. [...] [T]he flexible type of rule championed by *Debra H.* threatens to trap single biological and adoptive parents and their children in a limbo of doubt.”<sup>59</sup>

Sowohl Richterin Cisarick als auch Richter Smith schlagen in ihren abweichenden, aber im Ergebnis zustimmenden Meinungen alternative Tests zur Prüfung von Elternschaft vor, die nicht nur einfach zu handhaben sind, sondern sich auch teilweise bereits in anderen US-Staaten bewährt haben.<sup>60</sup> Richter Smith bemerkt darüber hinaus, die Situation von *Debra H.* und *Janice R.* sei keineswegs ein Einzelfall; immer häufiger würden ähnlich gelagerte Fälle an die Gerichte herangetragen. Niedrigere Instanzen an *Alison D.* zu binden<sup>61</sup> führe insofern dazu, Kindern willkürlich die Vorteile eines zusätzlichen Elternteils zu verweigern:

“To put a large and growing number of our state’s children in that status seems wrong to me. Each of these couples made a commitment to bring a child into a two-parent family, and it is unfair to the children to let the commitment go unenforced. [...] To apply *Alison D.* to children situated as are the children in these cases is to permit either member of the couple to make the child illegitimate by her whim [...]”<sup>62</sup>

---

58 Hervorhebung durch die Verfasserin, *Debra H.*, *supra* FN 1.

59 Fußnoten ausgelassen, *ebd.*

60 Richterin Cisarick erwähnt etwa den Test, der in Wisconsin zur Anwendung kommt (*supra* FN 44), während Richter Smith empfiehlt, bei lesbischen Paaren einfach darauf abzielen, ob das Kind in einer aufrechten Partnerinnenschaft geboren wurde, in der beide Partnerinnen zusammen wohnen. *Ebd.*

61 Im US-Rechtssystem sind niedrigere Instanzen stets an höher-instanzielle Urteile in ähnlich gelagerten Rechtsfragen gebunden. Da der *New York Court of Appeals* das Höchstgericht in New York ist, sind seine Entscheidungen bindend für praktisch alle *state courts* in New York.

62 *Debra H.*, *supra* FN 1.

## Kinder als Eigentum

Richter Smith kritisiert zudem die Ansicht der Mehrheitsmeinung, eines der wichtigsten Interessen in diesem Fall sei das Recht der Eltern, über ihre Kinder frei bestimmen zu können.<sup>63</sup> Auch Katherine Franke, Rechtsprofessorin auf der Columbia Universität in New York, steht diesem Aspekt der *Debra H.* Entscheidung skeptisch gegenüber. Damit sei die Eigentumskomponente der Elternschaft zu Ungunsten des Interesses des Kindes betont worden:

“[T]he court adopted a ‘the child is mine, not yours’ kind of approach in which being a parent means having the exclusive right to control your child in the way that you can control other forms of property. This right is vested either through biology or formal legal recognition of a property interest in the child (through legal adoption or marriage). [...] It echo[es] William Blackstone’s definition of [...] property rights: ‘sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.’”<sup>64</sup>

Franke erwähnt außerdem die Bezugnahme der *Debra H.* Entscheidung auf den Fall *Shondel J.*: Hierbei wurde ein Mann, der jahrelang als Vater einer Minderjährigen aufgetreten war, daran gehindert, nach seiner Trennung von der biologischen Mutter einen Vaterschaftstest durchführen zu lassen, um sich gegen Unterhaltszahlungen zu wehren.<sup>65</sup> Die soziale Realität wurde also stärker gewichtet als die leibliche Abstammung. Das Gericht beschied aber, *Shondel J.* sei für *Debra H.* nicht anwendbar, da er sich ausschließlich auf die spezifische Situation beziehe, in der jemand aus finanziellen Gründen einen Nachweis der biologischen Verwandtschaft verlange, „thereby endangering the child’s economic security or even rendering the child a ward of the State.“<sup>66</sup> Frankes Fazit:

“Why [the different treatment]? Because of money. [...] The Court in *Debra H.* made a formal distinction between a lawsuit to recognize a person’s identity as a parent and a lawsuit to gain financial support for a child from a putative parent who wants to walk away. [...] *Shondel J.*, in the Court’s mind, is a case about money, a case about property,

---

63 Die Mehrheitsmeinung zitiert *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 71-73 (2000): “Significantly, ‘the interest of parents in the care, custody, and control of their children [ ] is perhaps the oldest of the fundamental liberty interests recognized by the United States Supreme Court.’ Courts must be sensible of ‘the traditional presumption that a fit parent will act in the best interest of his or her child’ and protect the parent’s ‘fundamental constitutional right to make decisions concerning the rearing of’ that child. [...] To allow the courts to award visitation – a limited form of custody – to a third person would necessarily impair the parents’ rights to custody and control.” *Debra H.*, *supra* FN 1. Siehe auch *supra* S 147f.

64 Posting von Professor Katherine Franke vom 05.05.2010 auf <http://blogs.law.columbia.edu/genderandsexuality-lawblog/> (zuletzt besucht am 10.06.2010)

65 *Shondel J. v. Mark D.*, 853 N.E.2d 610 (N.Y. 2006)

66 *Debra H.*, *supra* FN 1

while *Debra H.* is a case about identity, about who can be recognized to have the legal status of ‘parent.’ Apples and oranges.”<sup>67</sup>

Richterin Ciparick meint dazu: „Support obligations flow from parental rights, the duty to support and the rights of parentage go hand-in-hand and it is nonsensical to treat the two things as severable.”<sup>68</sup>

### ... und trotzdem: *Debra H.* als positives Zeichen?

Dennoch gelangte der *New York Court of Appeals* schließlich zur Auffassung, *Debra H.* sei als Mutter des Kindes anzusehen.<sup>69</sup> Warum? Weil sie mit Janice R. in Vermont eine zivile Partnerschaft eingegangen war. In Vermont aber ist ein Kind, das in eine solche Partnerschaft geboren wird, als Kind beider PartnerInnen anzusehen. Daher wäre *Debra* nach der dortigen Rechtslage die Mutter des Kindes.

Der *New York Court of Appeals* entschied sich nun, die Rechtslage in Vermont der Frage des Bestehens einer Elternschaft zu Grunde zu legen.<sup>70</sup> Hierzu berief er sich auf die Doktrin der „comity,“ einem *common law* Grundsatz, der die Anwendung fremden Rechts durch heimische Gerichte nach freiem Ermessen erlaubt. Eine präjudizielle Verpflichtung für ähnlich gelagerte Rechtsfragen wird hierdurch nicht geschaffen.<sup>71</sup> Mit anderen Worten: *Debra H.* gilt als Mutter des Kindes, aber nicht nach dem Recht New Yorks, sondern nach dem Recht Vermonts. Denn jenes Recht wurde im gegenständlichen Fall angewandt – basierend lediglich auf der Tatsache, dass die zivile Partnerschaft dort eingegangen wurde. Dieser Anknüpfungstatbestand für die Anwendung des Rechts eines Nachbarstaates wirkt etwas willkürlich und erweckt den Eindruck, der *New York Court of Appeals* habe trotz der Bestätigung von *Alison D.* nach einer Möglichkeit gesucht, *Debra H.* als Elternteil zu legitimieren. Nicht etwa der rechtliche Status („in a civil union“) der Streitparteien *Debra* und *Janice* wird für New York anerkannt. Vielmehr wird eine Rechtsfolge, welche die *Vermont* Rechtsordnung an diesen Status knüpft – und zwar der Umgang mit Kindern nach der Auflösung einer solchen Partnerschaft – nach New York übertragen, obwohl das

---

67 *Supra* FN 64. Kurioses Detail am Rande: Im Fall *H.M. v. E.T.* entschied dasselbe Gericht am gleichen Tag, dass das Familiengericht für einen Unterhaltsstreit bezüglich eines per künstlicher Befruchtung empfangenen Kindes Zuständigkeit besitze: Die lesbische Partnerin der biologischen Mutter wollte keine Unterhaltszahlungen leisten, obwohl sie jahrelang als seine Mutter aufgetreten war. *H.M. v. E.T.*, 14 N.Y.3d 521 (N.Y. 2010)

68 *Debra H.*, *supra* FN 1

69 *Ebd.*

70 *Ebd.*

71 “Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws.” *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at 163-64. Weiters wird darauf geachtet, dass die „public policy“ des eigenen Staates nicht verletzt wird. Siehe *Debra H.*, *supra* FN 1.

Kind selbst in New York, nicht in Vermont, geboren wurde.<sup>72</sup> Die rechtliche Situation des Kindes wird damit an die legale Beziehung der Eltern geknüpft. Ein Zusammenhang, den im Grunde weder der *US Supreme Court* noch der Staat New York goutiert: So wurden etwa Bestimmungen, welche außereheliche gegenüber ehelichen Kindern benachteiligen, in den vergangenen Jahrzehnten weitgehend aufgehoben.<sup>73</sup>

Debra H. zumindest kann aufatmen. Es steht zudem zu hoffen, dass dieser Fall, wenn schon nicht ein rechtliches, so zumindest ein politisches Zeichen setzt: Das New Yorker Höchstgericht hat augenscheinlich viel daran gesetzt, Debra trotz der Beibehaltung von *Alison D.* als Mutter anzuerkennen.

Lesbische Elternpaare, mehrere Väter oder Großeltern, die Erziehungsaufgaben erfüllen: Diese Familienarrangements sind schon längst gelebte Wirklichkeit.<sup>74</sup> Die Angst, dass durch die rechtliche Kenntnisnahme dieser Konstellationen alles im Chaos versinken könnte, entspringt einer fehlerhaften Wahrnehmung.<sup>75</sup> Denn nur, weil die Rechtsordnung diese Modelle stillschweigend ignoriert, wird eine lesbische Mutter etwa nicht plötzlich ihre sexuelle Orientierung ändern oder sich von ihrer Partnerin trennen; genau so wenig wird sie ihr Kind aufgeben. Das bedeutet, dass Kinder auch weiterhin (unabhängig vom Sanktus des Rechtssystems) in „ungewöhnlichen“ Familien aufwachsen werden. In den Radar der gerichtlichen Wahrnehmung treten diese Familien meistens ja erst, nachdem sie bereits in die Brüche gegangen sind. Wenn die Gerichte dann tatsächlichen Familienstrukturen rückwirkend die Anerkennung verweigern, sind die Opfer der nachträglichen Moralleule oft die betroffenen Kinder, die dadurch wichtige Bezugspersonen verlieren. Eine zukunftsorientierte Rechtsordnung wird nicht umhin können, sich von formalistischen Ansätzen zu verabschieden und sich mit Familienmodellen abseits vom Vater-Mutter-Kind-Schema auseinander zu setzen.

Mag.<sup>3</sup> Marion Guerrero, LL.M. Marion Guerrero ist Assistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien und hat sich im Rahmen eines LL.M.-Studiums an der Columbia University in New York auf Gender Law spezialisiert.

---

72 Hierbei zitiert das Gericht gerichtliche Entscheidungen sowie Gesetze aus Vermont: *Miller-Jenkins v. Miller Jenkins*, 912 A.2d 951 (2006), *cert. denied*, 550 U.S. 918 (2007) sowie VT ST T. 15 § 1204 (2010); siehe *Debra H.*, *supra* FN 1.

73 So auch Richter Smith in seiner abweichenden Meinung, *Debra H.*, *supra* FN 1. Supreme Court Entscheidungen zu diesem Thema: *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968); *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977); „common law presumption of legitimacy“: *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989). Entscheidung aus New York: *Matter of Findlay*, 253 N.Y. 1 (1930). Siehe auch: Posting von Professor Julie Shapiro vom 04.05.2010 auf <http://julieshapiro.wordpress.com/2010/05/05/more-on-ny-lesbian-mother-case/> (zuletzt besucht am 10.06.2010). Siehe auch *supra*, FN 14 & 15.

74 Siehe *supra*, Seite 146ff.

75 Siehe *supra*, Seite 149f.

# About Relational Freedom<sup>1</sup>

Iva Jugovic

---

What is ‘family’? A significant shift has taken place in the way we talk, live and analyse families. The traditional – heterosexual, nuclear and conjugal – model as norm of reference seems to be outdated, as various kinds of families shape the social reality of western societies. Do legal reforms go along with these transformations?

## Brave New Families

As a consequence of increase of geographical mobility, the dropping of marriage rates, the later age of marriage, the soaring of divorce rates, the increase of births outside marriage or outside any lasting heterosexual relationship, the rise of people living in single households, the rise of the number of women who do not have children, etc., the patterns of sociability and intimacy in western societies are undergoing a significant transformation. These social changes combined with the growth of non-heterosexual households and the deeper trend of individualisation lead to more families of choice. Many see these changes as an indication that people, especially women, today feel less prepared to stay in unsatisfactory relationships and that they are instead prioritising their own personal needs for happiness and fulfilment. Patterns of family life are becoming more diverse and recent commentators have pointed to the ideological nature and oppressive effects of a narrow conception of what families ‘ought’ to be. Although the ‘normal’ family continues to be a cultural ideal, there is an increasing diversity of living arrangements in modern western societies.<sup>2</sup>

For example, a rise of positive single identities can be observed. The normative practise of sexuality is still based on the assumption that everyone desires a sexual partnership, that a sexual relationship is the only truly important personal relationship, and that those who are in one are significantly happier and more fulfilled than those who are not. And although individuals who are not conventionally coupled often find themselves having to account for their status as though being uncoupled was a deeply problematic condition (especially women in later life sense singleness as a personal failure rather than as a choice), the social researcher Shelley Budgeon argues that “we are witnessing a simultaneous decentering of sexual relationships and a movement of friendships into the centre of people’s personal

---

1 In this article I use the term “relational freedom” in order to express the idea that every individual should have the right to choose the form, the content and the partner(s) in his close personal relationships without suffering legal disadvantages.

2 Burr and Jarvis, *Imagining the Family – Representations of Alternative Lifestyles in Buffy the Vampire Slayer*, *Qualitative Social Work* 2007, 263 (266 ff.).

networks.”<sup>3</sup> In her research on close personal relationships she came to the conclusion that the ‘couple’ has not been completely dislodged from its idealised status, but that the interviewed persons succeeded to build positive single identities who perceive coupledness as a choice among many other possible forms for organising one’s intimate life.<sup>4</sup>

Another historically new family form is the LAT (Living Apart Together) relationship. The definition of LAT relationships requires three conditions: the couple has to agree that they are a couple, others have to see them as such and they must live in separate homes. When Simone de Beauvoir and Jean Paul Sartre established themselves in what we are now calling a LAT relationship, they were seen as being ‘a little different’ from other couples but due to the changing norms and transformations in our living arrangements, LAT relationships have become a new family model in western societies. According to a Swedish opinion research survey from 2001, fourteen percent of the respondents, aged from 18-74, were living in a LAT relationship.<sup>5</sup>

A further trend are polyamorous relationships. Polyamory describes a form of relationship where it is possible, valid and worthwhile to maintain long-term intimate and sexual relationships with multiple partners simultaneously. The polyamory discourse has emerged at the crossroads of several progressive social movements: feminism and its critiques of marriage mentioned above gave rise to ‘polyamorist’ values, such as caring, intimacy, honesty, equality, non-exclusivity and relational autonomy; gay male sexual culture has developed rich repertoires of non-monogamous sexuality and intimacy; many bisexuals have experimented with various forms of intimate relationships with people of different gender and sexual identities.<sup>6</sup> The engagement with polyamory and non-monogamy provides novel insights into the social construction and organisation of kinship, households and the family, parenting practices, sexual identities and heteronormativity.

The friends-as-family model can primarily be observed among young people, within the lesbian and gay community, and between elder persons. A great theoretical influence is coming from the side of queer theorists and the idea of resisting to trivialising and subordinating relationships which are not parallels of the conventional, stable, long-term, cohabiting heterosexual couple. Queer theory goes beyond homosexuality and suggests to work from the knowledge which exists about the importance of friendship to lesbians and gay men, and to explore its relevance in the lives of heterosexuals too.<sup>7</sup> Homosexual or not, people are nowadays enmeshed in complex networks of intimacy and care, turn to friends for emotional support and have strong commitments and connections to them.<sup>8</sup>

---

3 Budgeon, *Couple Culture and the Production of Singleness*, *Sexualities* 2008, 301 (314).

4 Budgeon, *Sexualities* 2008, 320.

5 Levin, *Living Apart Together : A New Family Form*, *Current Sociology* 2004, 223 (228-229).

6 Haritaworn, Lin and Klesse, *Poly/logue: A Critical Introduction to Polyamory*, *Sexualities* 2006, 515 (517-518).

7 Roseneil, *Why we should Care about Friends: An Argument for Queering the Care Imaginary in Social Policy*, *Social Policy & Society* 2004, 409 (411).

8 Roseneil, *Towards a More Friendly Society?*, *The Edge*, vol. 15, 2004, 12 (12).

Unfortunately, these new family forms do not receive much attention in sociological research, which still concentrates on more traditional family models. The legal discourse also seems to ignore these developments of the social reality.

### The European Court of Human Rights and ‘the’ Family

The legislation of the ECtHR concerning ‘family life’ constitutes a good example of the contemporary legal notion of family: The ECtHR distinguishes between ‘legitimate’, ‘illegitimate’ and ‘non-families’. While ‘illegitimate’ (not based marriage) opposite-sex families are still granted limited recognition under the ECHR, the situation of same-sex relationships and families is even more precarious, as they have always been excluded from Article 12 ECHR (the right to marry) and refused recognition of having a ‘family life’ in the meaning of Article 8 ECHR (protection of private and family life). Homosexuality is only protected in the sphere of ‘private life’ under Article 8 ECHR, whereas the ‘public’ demands of relating and establishing families are considered as unacceptable or, in other words, the Member States enjoy a very wide margin of appreciation. This sphere of ‘legal and judicial toleration’ under Article 8 ECHR does not correspond to the principle of equality of choices. Therewith the ECtHR clearly negates the equality of choices in the realm of public recognition as “the more a relationship or a family differentiates itself from the traditional sexual and biological requirements of ‘the’ family based on marriage, the less likely recognition becomes.”<sup>9</sup>

The judgement *Burden v. The United Kingdom*<sup>10</sup> illustrates very well the narrowness of the Court’s interpretation of ‘family life’. The applicants in the case *Burden v. The United Kingdom* are two sisters who have spent their lives in a stable, committed, supportive and loving relationship with each other. Neither applicant has ever married. The Burden sisters complained under Article 14 ECHR in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 ECHR that, when the first of them died, the survivor would be required to pay inheritance tax on the dead sister’s share of the family home, whereas the survivor of a married couple or a homosexual relationship registered under the Civil Partnership Act 2004 would be exempt from paying inheritance tax in these circumstances.

In the first judgment by the Chamber in 2006<sup>11</sup>, the Court did not rule whether the sisters can be considered to be in an analogous successorial situation to the one of two spouses or civil partners, or not. It merely stated that the United Kingdom has not exceeded the margin of appreciation through establishing a reasonable and objectively justified discrimination with the aim to promote stable heterosexual and homosexual unions. This judgment has

---

9 Grigolo, Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject, *European Journal of International Law* 2003, 1023 (1040).

10 ECtHR *Burden v. The United Kingdom*, 29 April 2008.

11 ECtHR *Burden and Burden v. The United Kingdom*, 12 December 2006.



been criticised for giving priority to the ‘new forms of conjugality’ based on a sexual relationship over relationships of persons based on solidarity and sharing everything except their bed, like the sisters Burden.<sup>12</sup> The Grand Chamber held in the second judgment in 2008 by fifteen votes to two that there was no violation of Article 14 ECHR in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 ECHR, without discussing the material and substantive differences in the nature of the relationship. The judgement bases its analysis on the legal difference between contractual couples, having rights and also obligations, and thus fiscal advantages, and, on the other side, on *de facto* couples without engagement and therefore not meriting any fiscal advantage. Firstly, this is not true as a legal support obligation exists between brothers and sisters in many European States. Furthermore, if the Court would have compared the nature of the relationships it would have come to the conclusion that “despite important differences, mainly as concerns the sexual nature of the relationship between married couples and civil partner couples, when it comes to the decision to live together, closeness of the personal attachment and for most practical purposes of daily life and financial matters, the relationship between the applicants in this case has, in general and for the alleged purposes of the relevant inheritance tax exemptions in particular, more in common with the relationship between married or civil partnership couples, than there are differences between them.”<sup>13</sup>

Regarding the conservative and heterocentrist jurisprudence of the ECtHR concerning family and close personal relationships, one can conclude that the human rights discourse is far away from the elaboration of the human right to relational freedom. The freedom to choose freely whether and with whom we form which kind of relationship is not given as an hierarchy has been institutionalised between different forms of close and supporting relationships.

### Beyond Conjugality

In this context, the discussion paper *Beyond Conjugality: Recognising and Supporting Close Personal Adult Relationships*, issued by the Law Commission of Canada (LCC), can be seen as an extraordinary legal document, not only because of its inclusiveness and express rejection of the legal privileging of conjugal relationships, but also because of the (necessarily) radical approach taken to the question of the purpose and function of legally recognising certain relationships.<sup>14</sup>

The paper emphasises the necessity of legal recognition for non-conjugal personal relation-

---

12 Margénaud, L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009, 513 (515).

13 ECtHR *Burden v. The United Kingdom*, 29 April 2008, 24-25, (dissenting opinion Judge David Thor Björgvins-son).

14 Barker, Sex and the Civil Partnership Act: The future of (Non)conjugality?, *Feminist Legal Studies* 2006, 241 (245).

ships and criticises that while the Canadian law has recently been expanding its recognition beyond marriage to include other marriage-like relationships, it continues to focus its attention on conjugality. Whereas many people who have a sexual relationship do not have a close economic relationship, many persons who do not have a sexual relationship may have an economically and emotionally interdependent relationship. Sex should be totally irrelevant to legal provisions because whether a relationship has a sexual component or not bears no relation to the achievement of legitimate state objectives. What is more, it is offensive to require persons to disclose details of the most intimate aspects of their lives to administrators or in public proceedings. The distinction between conjugal and non-conjugal relationships is no longer legally viable, as “the search for marriage-equivalence is a relic of an era when the law sought to bolster and regulate marriage as the only socially acceptable intimate relationship between adults.”<sup>15</sup> The LCC affirms that governments must promote relational equality among different kinds of relationships, as by focusing only on conjugal couples they entrench unequal legal treatment between conjugal and non-conjugal relationships which share the functional characteristics of emotional and financial interdependence.<sup>16</sup> It states: “The value of autonomy requires that governments put in place the conditions in which people can freely choose their personal relationships. While governments should discourage the formation of abusive relationships, they should not create financial or other kinds of pressures to discourage relationships without defining their qualitative attributes. The state should therefore remain neutral with regards to the form or status of relationships and not accord one form of relationship more benefits or legal support than others.”<sup>17</sup>

The methodological approach proposed by the LCC consists of four steps in order to reconsider the relevance of relationships to legal provisions. The first suggested question is: *Does the law pursue a legitimate policy objective? If not, should the law be repealed or fundamentally revised?* As many laws that employ relational terms were enacted a long time ago – prior to some major shifts in family demographics and values – governments should review all laws and policies that employ relational criteria to ensure that they are “pursuing objectives that respond to contemporary social realities in a manner consistent with fundamental values.”<sup>18</sup> The second question to be analysed is: *Do relationships matter? Are the relationships that are included important or relevant to the law’s objectives?* If not, the right or responsibility in question should be allocated on individual basis. Third question: *If relationships do matter, can individuals be permitted to designate the relevant relationships themselves?* Self-designation of beneficiaries under a particular law has many

---

15 Cossman and Ryder, What Is Marriage Like Like? The Irrelevance of Conjugality, Canadian Journal of Family Law 2001, 269 (274).

16 Law Commission of Canada, Beyond Conjugality: Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships, Ottawa, 2001, xi, [www.samesexmarriage.ca](http://www.samesexmarriage.ca).

17 Law Commission of Canada, 2001, xi.

18 Law Commission of Canada, 2001, 31.

advantages over letting the government decide what counts as relevant relational status, as the possibility to choose affirms the value of autonomy in personal relationships and reduces the invasions in privacy and allows for recognition of relationships that are of primary importance to the concerned individual.<sup>19</sup> If this is not feasible, the fourth question to be posed is: *Can the law be revised to more accurately capture the relevant range of relationships?* The LCC puts forward two different ways of how the state could try to recognise the full range of committed, mutually supportive personal adult relationships: The first would be a redefinition of ‘common-law partners’, focusing on functional attributes of the relationship as emotional intimacy and economic interdependency, regardless of the formal status or the existence of a sexual component in the relationship.<sup>20</sup> The second, according to the LCC, preferable option would be to consider the possibility of devising a range of functional definitions for including relationships in certain laws. These definitions should “precisely identify the functional attributes of relationships that are relevant to different objectives of particular laws.”<sup>21</sup>

The LCC came to the conclusion that if this methodology was implemented, the reliance on relationships and relational status would be much diminished. Concerning many Canadian laws, the government objective is no longer legitimate because it relies on archaic assumptions about gender or society. In many areas the rights and responsibilities could be allocated on an individual basis. The LCC continues that in areas where relationships really do matter, such as immigration, the law should let the individuals decide about the importance of their relationships without referring to status. In general, it concludes that, when considering relationships, governments should rely on definitions by function and not by status of the concerned relationship.<sup>22</sup> Unfortunately, the impact of the LCC report on Canadian law was marginal.

### Legal Reforms in the Field of Close Relationships

As suggested by the Law Commission of Canada, it is the ‘functional interdependence’ of individuals involved in a relationship that should be the point of reference for legal reforms, laws and judges. Legal structures should be established allowing people to register their relationships according to their choice. As there are for example groups of close, intimate friends who might want to register their relationship, there is no reason to limit the registration schemes to two persons. The limited focus on relationships between two people derives from the current approach of legal reforms, which seem to practise a kind of ‘stretching of the marriage model’ to other close, interdependent relationships. This

---

19 Law Commission of Canada, 2001, 33.

20 Law Commission of Canada, 2001, 34-35.

21 Law Commission of Canada, 2001, 35.

22 Law Commission of Canada, 2001, 138.

is certainly not the right methodology, as it is a relict from the past, when marriage was considered the only form of acceptable intimate adult relationship and stigmatises all other forms of relationships as deviant from the norm. The obligatory sexual nature of a legally recognisable relationship is another consequence of this approach. There is no valid reason for determining the importance and legal relevance of a relationship by questioning if people have sex with each other or not.

At the same time, two dangers that accompany the legal reforms proposed above should be highlighted. Firstly, the more states recognise private dependencies and responsibilities in the current neo-liberal economic climate, the more likely they will offload even more responsibility onto those private relationships. It has already been demonstrated by a substantial body of feminist literature that liberalism relies to a great extent on the care and social reproduction carried out (mostly by women) in the private realm although the material underpinnings of the family are changing.<sup>23</sup> Only a displacement of 'family' in how society organises redistribution of economic well-being will lead to a fundamental social change through recognition of the diversity of relationships. Otherwise expanding the nature of relationships that are recognised by the state would only reinforce the privatisation of economic responsibility. Secondly, there is also the concern that the more relationships are recognised by the state, the more state intervention will result in terms of regulating the way those relationships operate. Therefore, rather than imposing a vision of what relationships should be through legal exclusion or ascription, people should have access to a range of options as well as the opportunity to live outside of a legitimating framework.

Mag.<sup>a</sup> Iva Jugovic, E.MA studierte Rechtswissenschaften in Wien und Lissabon, und absolvierte den "European Master of Human Rights and Democratisation" in Italien und Frankreich. Sie lebt in Frankreich, wo sie in verschiedenen politischen (Theater)projekten aktiv ist; largamos@hotmail.com

---

23 Boyd, Family, Law and Sexuality: Feminist Engagements, *Social Legal Studies* 1999, 369 (377).

# Geistige Eigentumsansprüche zwischen individueller Zurechenbarkeit und industrieller Produktion<sup>1</sup>

Odin Kroeger

---

Das Urheber\_innenrecht schützt nicht alle geistigen Schöpfungen, sondern nur solche, die eine gewisse Originalität aufweisen. Dabei ist von Bedeutung, dass „Originalität“ hier auf Individualität verweist;<sup>2</sup> diese auszurücken sei, so die gängige Argumentation,<sup>3</sup> die wesentliche Funktion eines Werks und da ein solches daher per se Ausdruck eines bestimmten Individuums sei, zwischen beiden also ein inniges Band bestehe, hätte dieses ein natürliches Recht auf das Eigentum an jenem. Doch in derartigen Begründungen geistigen Eigentums ist eine gewisse Spannung angelegt: Eigentum wohnt eine Tendenz inne zur Ware, also zu einem Tauschobjekt zu werden, denn wenn erst einmal alles unter die Eigentumsform subsumiert wurde, können weitere Veränderungen der Besitzverhältnisse rechtens nur noch durch dessen Übertragung erfolgen, und diese erfolgt in aller Regel durch Tausch.<sup>4</sup> Waren zeichnen sich jedoch dadurch aus, für die Bedürfnisse anderer produziert zu werden, sind mithin der Marktforschung unterworfen, ergo Kalkulationsobjekte, und als solche weder sonderlich originell, noch geeignet irgendjemandes Individualität auszudrücken.<sup>5</sup> Diese Spannung ist nicht nur für geistiges, sondern auch für „dingliches“ Eigentum charakteristisch. Gerade darin liegt einer der zentralen Kritikpunkte Marx' an der bürgerlichen Gesellschaft,<sup>6</sup> denn auch Sacheigentum wird, in der Tradition des deutschen Idealismus, aus Handlungsfreiheit und deren Verwirklichung hergeleitet.<sup>7</sup> Adorno und Horkheimer übertragen diese Kritik auf die moderne warenförmige Produktion der Kunst, die sie als „Kulturindustrie“ bezeichnen.<sup>8</sup> Dabei stellen sie allerdings fest, dass die Autonomie der Kunst und des künstlerischen Schaffens, das nicht äußeren Zwecken, sondern nur der

---

1 Bei diesem Artikel handelt es sich um einen gekürzten und überarbeiteten Vorabdruck von: Kalkulierte Originalität, in *Kroeger/Friesinger/Lohberger/Ortland*, Geistiges Eigentum und Originalität (2010).

2 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht (1980), § 19.

3 Vgl. *Hughes*, Philosophy of Intellectual Property, Geo LJ 1988; *Moore*, Intellectual Property and Information Control (2001) Kap 4 und 5; *Hick*, Finding a Foundation: Copyright and the Creative Act, TIPLJ 2009, 363–384; *Bauer*, Hegels Theorie des geistigen Eigentums, Hegel-Studien 2006, 51–89. Einen Überblick geben *Drahoš*, Philosophy of Intellectual Property (1996) Kap 2–4; *Hettinger*, Justifying Intellectual Property, Philos Public Aff 1989, 31–52; *Nuss*, Copyright & Copyriort (2006) Kap 3 und 4.

4 Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821/1986), §§ 71–81.

5 Vgl. *Lukács*, Verdinglichung und das Bewusstsein des Proletariats, in *Geschichte und Klassenbewusstsein* (1923) 94–218; *Marx*, Kapital, Bd 1 (1890/1956) Kap 1.

6 Vgl. *Sayers*, Creative Activity and Alienation in Hegel and Marx, Historical Materialism 2003, 107–128.

7 Vgl. *Manz*, Fichte: Eigentum als Handlungsmöglichkeit, in *Eckl/Ludwig*, Was ist Eigentum? (2005) 148–160; *Taylor*, Hegel (1975) Kap 1.

8 *Dialektik der Aufklärung* (1944/2003), 141–191.

inneren Logik des Werks folgen soll und welches das Idealbild der durch Eigentum zu garantierenden Verwirklichung der Freiheit des Individuums darstellt, sich überhaupt erst auf dem Kunstmarkt realisieren kann; denn die

reinen Kunstwerke [...] waren immer zugleich auch Waren: sofern, bis ins achtzehnte Jahrhundert, der Schutz der Auftraggeber die Künstler vor dem Markt behütete, waren sie dafür den Auftraggebern und deren Zwecken untertan. Die Zwecklosigkeit des großen neueren Kunstwerks lebt von der Anonymität des Marktes.<sup>9</sup>

Die Frankfurter Schule tendiert jedoch dazu Eigentumsverhältnisse nicht zu problematisieren,<sup>10</sup> insofern überrascht es nicht, dass Adorno und Horkheimer geistiges Eigentum in ihrem Essay nicht erwähnen. Die Eigentumsform zu diesem ambivalenten Verhältnis des Marktes zur Kunst in Beziehung zu setzen erscheint aber gerade angesichts der zunehmenden Kritik interessant, geistiges Eigentum gefährde die Kunstfreiheit.<sup>11</sup> Tatsächlich stoßen gerade moderne Kunstformen, etwa die *appropriation art* oder digitale Medienkunst, an rechtliche Grenzen oder sind – eben aus dem heraus, was ihre innere Logik genannt werden könnte – gezwungen diese zu übertreten.<sup>12</sup>

Dieser Bezug auf geistiges Eigentum soll hier gewissermaßen nachgetragen werden. Dazu ist es notwendig davon auszugehen, dass es sich bei geistigem Eigentum de facto um Eigentum i.e.S. handelt. Dies wird zwar häufig kritisiert,<sup>13</sup> Sabine Nuss wirft dieser Kritik jedoch vor – und dem schließe ich mich an – ihrerseits den Fehler zu begehen immaterielle Produktion als einen Bereich *sui generis* zu behandeln.<sup>14</sup> Von dieser Setzung ausgehend wird dieser Artikel die hegelsche Begründung des Sacheigentums auf geistiges Eigentum übertragen. Die Wahl fällt auf Hegel, da dieser nicht nur den Eigentumsbegriff im deutschsprachigen Raum wesentlich geprägt hat,<sup>15</sup> sondern auch von Marx, Adorno und Horkheimer referenziert wird. Deren Untersuchung der Kulturindustrie soll dann zu der so konstruierten Begründung geistigen Eigentums in Bezug gesetzt werden um abschließend zu bewerten, wie sich naturrechtliche Begründungen geistigen Eigentums zur Autonomie der Kunst verhalten und dazu, dass diese, anders als es Hegel vorschwebte, als Ware produziert wird.

9 Ebd, 180.

10 Vgl *Llanque*, Eigentum in der Kritischen Theorie, in *Eckl/Ludwig*, Eigentum 205–216. Adorno äußert sich zwar an anderer Stelle zu geistigem Eigentum, führt dies aber nicht weiter aus, siehe *Ästhetische Theorie* (1970/2003) 49.

11 Vgl *Ortlund*, Urheberrecht und ästhetische Autonomie, *DZPhil* 2004, 773–792; *Urheberrecht contra Kunstfreiheit*, *Juridikum* 2007, 40–44; *Stalder*, Terror des geistigen Eigentums, [http://www.springerlin.at/dyn/heft\\_text.php?textid=1516&lang=de](http://www.springerlin.at/dyn/heft_text.php?textid=1516&lang=de) (30.4.2010).

12 Beispiele für durch geistiges Eigentum problematisierte Medienkunst sind ua Sollfranks *Net Art Generator* (siehe <http://net.art-generator.com>) oder Königs *Scrambled Hackz* (siehe <http://www.popmodernism.org/scrambledhackz>).

13 *Lessig*, Code und andere Gesetze des Cyberspace (2001); *Stallman*, Did You Say „Intellectual Property“?, <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html> (30.4.2010).

14 Copyright Kap 3, 4 und 9. Mir ist bewusst, dass diese Positionierung aus juristischer Perspektive problematisch erscheinen muss, ich beziehe mich hier aber nicht auf einen juristischen Eigentumsbegriff, sondern auf jenen Hegels. Dieser ist, wie im Folgenden klar werden wird, durchaus auf geistiges Eigentum anwendbar. Ausführlicher dazu *Kroeger*, Originalität.

15 Vgl *Körsgen*, Eigentum als Grundrecht im Grundgesetz, in *Eckl/Ludwig*, Eigentum 246–261.

## Eine hegelianische Begründung geistigen Eigentums

Die hegelische Eigentumsbegründung folgt aus drei Kernthesen: (1) Die Freiheit des Willens bedarf einer Verwirklichung, um wahrhaftige Freiheit zu sein (§§ 1–32).<sup>16</sup> (2) Diese Verwirklichung der Freiheit kann nur durch die Verwirklichung des Individuums bzw der Person erfolgen (§§ 34–40). (3) Die Verwirklichung der Person erfordert einen Bereich, in dem sie sich alleine realisieren kann, sodass diese Realisierung nicht durch andere beeinflusst, oder – schärfer formuliert – verfälscht, werden kann. Die Person hat im Eigentum also die „äußere Sphäre ihrer Freiheit“ (§ 41, vgl auch §§ 42–49).

Wie das Bewusstsein bei Hegel nur zum Selbstbewusstsein werden kann, indem es ein anderes anerkennt und von diesem anerkannt wird,<sup>17</sup> erfordert die Realisierung der Freiheit mittels des Daseins des Eigentums dessen Anerkennung, nicht nur durch die Person, die es innehat, sondern auch durch andere. Die gegenseitige Anerkennung als Subjekt erfolgt mithin in der bürgerlichen Gesellschaft als wechselseitige Anerkennung von Eigentumsansprüchen. Der paradigmatische Fall dieser Anerkennung ist der Tausch, in dem sie gleichermaßen vorausgesetzt und vollzogen wird (vgl §§ 71–81). Obgleich er im strengen Sinne nicht in den Kern der Eigentumsbegründung eingeht, erfordert seine Bedeutung für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, dass Eigentum ihn ermöglichen muss, um die Realisierung der Freiheit des Individuums zu gewährleisten – zumindest rudimentär.

Diese beiden Motive, die Freiheit der Person und ihre Anerkennung durch Tausch, sollen nun auf abstrakte Objekte übertragen werden, weniger durch eine strenge Exegese der Rechtsphilosophie und Metaphysik Hegels, sondern indem sie aufgenommen und teilweise neu arrangiert werden.

Dieser Übertragung stehen drei Schwierigkeiten entgegen: (1) Hegel lehnt sie explizit ab, weil gedankliche Schöpfungen nicht klar genug gegeneinander abgrenzbar seien (§§ 68 f). (2) Abstrakte Objekte sind nicht der äußeren, sondern der inneren Sphäre des Individuums zuzurechnen (vgl § 43); metaphorisch gesprochen: Eine als Eigentum geschützte Sache entspricht einem abgegrenzten Bereich auf einer Leinwand, in dem zu malen anderen verboten ist um das Bild vor Eingriffen zu schützen, wie geistiges Eigentum, also Eigentum an dem, was gemalt werden soll, zu diesem Schutzzweck beiträgt ist zumindest unklar. (3) Als Elemente der inneren Sphäre der Person sind abstrakte Objekte nicht von dieser trenn- und daher im strengen Sinne unveräußerbar. Wie sollten sie dann aber getauscht werden? Eine hegelianische Begründung geistigen Eigentums muss diese Einwände entkräften:

(1) Der von Hegel selbst vorgebrachte Einspruch gegen eine Kodifizierung des Plagiats lautet, dass sich die legitime, eigenständige Verwendung einer vorgefundenen Form nicht genau von einer illegitimen, reinen Wiederholung, die eventuell durch oberflächliche Veränderungen getarnt ist, abgrenzen lässt (§ 69). Doch um eben diese Genauigkeit ist Hegels

<sup>16</sup> Verweise in Klammern beziehen sich auf *Hegel*, Grundlinien.

<sup>17</sup> *Phänomenologie des Geistes* (1807/1986) Kap 4.

Rechtsphilosophie stets bemüht, so ist bspw auch der Vertrag für Hegel nur stark formalisiert denkbar (§§ 78 f). Diese epistemologische Skepsis korreliert mit dem Werkbegriff, den Hegel in seiner *Phänomenologie des Geistes* entwickelt: „Das Werk ist die Realität, welche das Bewußtsein sich gibt“. <sup>18</sup> Ein Werk ist also erst einmal Ausdruck einer bestimmten Individualität und als solcher für andere, wenn überhaupt, so nur sehr eingeschränkt beurteilbar. Es erscheint daher folgerichtig, wenn Hegel das Plagiat dem Recht entzieht und es stattdessen zu einer Sache der Ehre erklärt, da nur das Individuum selbst wirklich wissen kann, ob es plagiiert hat – obwohl er sich davon nicht viel erhofft (§ 69).

Das Werk scheint also so individuell, so besonders zu sein, dass es an keinem außer sich liegenden, allgemeinen Maßstab gemessen werden kann, dieser könnte ihm per se nicht gerecht werden. Das ist aber insofern kontraintuitiv als es durchaus möglich scheint, sich über Werke zu verständigen, sie zu beurteilen und diese Beurteilung auch zu begründen. Derartige Urteile werden schließlich auch getroffen – mitunter vor Gericht. Tatsächlich kann ein Werk für Hegel auch nur deswegen als *Ausdruck* fungieren, weil dieser durch die sprachliche Verfasstheit der individuellen Intention und die durch die Struktur des Materials, in welcher diese verkörpert ist, durch andere zumindest rudimentär verstanden, mithin also auch beurteilt werden kann – ungeachtet der Besonderheit des Individuums. Hier nun muss Hegels Sorge, diese Urteile würden *eo ipso* anhand eines individuellen und damit sinnlosen Maßstabs getroffen werden, verwundern, denn er selbst weist eindringlich darauf hin, dass Urteilen eine regelgeleitete Praxis ist, Urteile also nicht vollkommen willkürlich getroffen werden können; vielmehr bedinge die Form des Urteilens die Ausbildung gesellschaftlicher Institutionen die sowohl die Regeln nach den geurteilt wird, als auch die Prüfung dieser Urteile objektivieren. Mit anderen Worten, Hegels epistemologische Bedenken können durch Rückgriff auf seine Metaphysik ausgeräumt werden. <sup>19</sup>

(2) Die Trennung zwischen der inneren und der äußeren Sphäre der Person ist zwar sinnvoll, aber für Hegel nicht in dem Sinne fundamental, dass diesen Sphären eine voneinander unabhängige Existenz zukommen würde. Vielmehr ist alles, was das Individuum außer sich vorfindet, bereits durch Begriffe vorstrukturiert, während diese wiederum von sinnlich Gegebenem abstrahiert werden. Materielle und abstrakte Objekte bzw, in hegelscher Terminologie, Gegenstände und Begriffe, können also nicht unabhängig voneinander gedacht werden. <sup>20</sup> Damit korreliert, dass sich geistiges Eigentum nicht auf die hinter dem Werk stehenden Ideen bezieht, sondern auf das Werk selbst. <sup>21</sup> Eine strikte Trennung zwischen materiellen und abstrakten Objekten ist also einerseits im Rahmen der Metaphysik Hegels unhaltbar und andererseits, da sich geistiges Eigentum ohnehin nicht auf „reine“ Begriffe bezieht, sinnlos.

18 Ebd, 300.

19 Vgl Hegel, *Phänomenologie* Kap V.C; Grundlinien 17–20; McDowell, Selbstbestimmte Subjektivität und externer Zwang, in Halbig/Quante/Siep, Hegels Erbe (2004) 184–208; Pinkard, Innen, Außen und Lebensformen, in Halbig/Quante/Siep, Erbe 254–294. Ausführlicher Kroeger, Originalität.

20 *Phänomenologie* Kap 1–3.

21 Vgl Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 11.



Ein Objekt hat also ebenso eine gegenständliche, wie eine begriffliche Seite. Deswegen kann Sacheigentum zwar noch nicht mit geistigem Eigentum gleichgesetzt werden, aber es erscheint dennoch produktiv, geistiges und dingliches Eigentum analog als zwei Seiten des Eigentumsbegriffs aufzufassen. Wenn die gegenständliche Integrität eines Werks durch Sacheigentum geschützt wird, warum sollte die begriffliche dann nicht durch geistiges Eigentum geschützt werden? Ein Werk kann schließlich auch entstellt werden, indem es in einer Weise verändert wird, die seinen Gehalt verzerrt; etwa wenn vermeintlich anstößige Szenen aus Filmen entfernt und die derartig zensurierten Fassungen wieder verbreitet werden.<sup>22</sup>

(3) Abstrakte Objekte sind zwar nicht im gleichen Ausmaß veräußerbar wie materielle, da sie als Wissen oder Fertigkeit wesentlich an Personen gebunden sind, dies gehört jedoch zu den eher praktischen Problemen, die durch eine Ausformulierung geistiger Eigentumsrechte durchaus handhabbar werden, was Hegel selbst betont (§ 43). Dementsprechend erachtet er nicht nur Gegenstände, sondern auch „körperliche und geistige Geschicklichkeiten“ als veräußerbar (§ 67). Auch diese können also getauscht werden, sind mithin für den Zweck des Tauschs als Sachen zu betrachten und genießen dann auch ähnlichen Schutz wie Sacheigentum (vgl §§ 43, 68 f).

Anders als bei diesem wird dieser Schutz aber nicht aus der Verwirklichung der Freiheit abgeleitet, stattdessen argumentiert Hegel an dieser Stelle *beinahe* utilitaristisch: Werkschaffende veräußerten ihre Werke nur unter der Bedingung, dass „die damit in den Besitz des anderen kommende Möglichkeit, solche Produkte nunmehr als Sachen gleichfalls hervorzubringen, nicht Eigentum des anderen werde“ (§ 69).<sup>23</sup> Ihre Motive dafür erörtert Hegel nicht explizit, es liegt aber nahe anzunehmen, dass sie ökonomischer Art sind, denn Kunst und Wissenschaft müssten zu ihrer Förderung vor dem Plagiat ebenso geschützt werden wie der Handel vor dem Straßenraub (ebd). Was scheinbar nicht in die hegelsche Systematik passt, die sonst weit zwingender argumentiert, lässt sich tatsächlich gut verorten. Die Teilnahme am Tausch ist wesentlich für die gesellschaftliche Anerkennung, sie *muss* daher auch jenen zustehen, die geistige Arbeit verrichten.<sup>24</sup> Dieses Recht, andere von der Nutzung geistiger Werke auszuschließen um sie zu handelbaren Gütern zu machen, wird daher zwar *nicht* utilitaristisch argumentiert, ist aber doch gegenüber dem oben hergeleiteten Recht auf Werkintegrität sowie auch dem Recht auf Verwirklichung der eigenen Freiheit als nachrangig zu betrachten, da die Veräußerung der Individualität ihrer Anerkennung notwendigerweise vorausgeht.

Aus den hegelschen Setzungen lassen sich also zwei Rechte ableiten: (1) gegen Missbrauch und Entstellungen eines Werks vorzugehen, auch wenn dieses in einem anderen Werkstück

22 Vgl *Bernstein/Clarida*, Court Nixes „Fixed“ Flicks, *New York Law Journal* vom 21.7.2006, <http://www.law.com/jsp/nylj/PubArticleNY.jsp?id=900005458385> (30.4.2010).

23 Um Missverständnissen vorzubeugen ist anzumerken, dass Hegel zwar schreibt, das „Substantielle“ des geistigen Eigentums sei „zunächst nicht“ hierin zu suchen, damit aber nur meint, es müsse vorab geklärt werden, ob eine solche Regelung nicht droht das „volle, freie Eigentum“ aufzuheben, was er schließlich verneint (§ 69).

24 Vgl *Hegel*, Grundlinien § 69; *Bauer*, *Hegel-Studien* 2006; *Taylor*, *Hegel* Kap 1.

verkörpert ist; (2) die Reproduktion eines Werks zu untersagen und mit dem Recht auf diese zu handeln. Bei Ersterem handelt um ein Persönlichkeitsrecht, es nimmt in einer hegelianischen Systematik denselben Rang ein wie Sacheigentum. Diese Stufe, und das ist für die Stärke dieses Rechts von Bedeutung, sieht noch keine gegenseitige Anerkennung der Individuen vor; ob diese das zu schützende Werk als Ausdruck einer besonderen Individualität erkennen und anerkennen, ist für den Anspruch auf dieses Recht völlig unerheblich. Das zweite Recht, das als Verwertungsrecht bezeichnet werden kann, hingegen steht bei Hegel auf einer nachgeordneten Stufe, nämlich der des Vertrags bzw des Tausches, für den, und damit für die Anerkennung des Werks, ein Verwertungsrecht als Möglichkeitsbedingung fungiert.

Diese Anerkennung setzt allerdings das Erkennen des Werks und damit eine objektive Fixierung voraus. Eine solche erfolgt zwar durch verschiedene gesellschaftlichen Institutionen, nicht zuletzt Gerichte, erfordert aber ihrerseits, dass dem Werk die Vermittlung seiner *besonderen*, individuellen und seiner *allgemeinen*, sprachlichen Seite zumindest soweit gelingt, dass es juristisch *vernünftig* verhandelbar ist; kurz, das Werk muss verständlich sein. Dies ist im Rahmen der hegelischen Metaphysik allerdings die Regel und allenfalls für einzelne Werke ein Problem – oder etwa nicht?<sup>25</sup>

### Der Tausch, die Kulturindustrie und ihr Eigentum

Die Untersuchung der Kulturindustrie Horkheimers und Adornos orientiert sich an Hegels Werkbegriff, nimmt aber Marx' Kritik an Hegel auf, kein noch so diffiziler Vermittlungsprozess könne die Spannung zwischen Begriff und Gegenstand aufheben, vielmehr müsse diese kontinuierlich prozessiert werden, womit aber auch schon auf die Möglichkeit eines nicht mehr in die Vermittlung integrierbaren Scheiterns hingewiesen ist.<sup>26</sup> Die Realisierung eines Werks kann nun also fehlschlagen – was sie unter kulturindustriellen Bedingungen schließlich auch tut; denn die Kulturindustrie produziert Kunst nicht zweckfrei sondern als Ware. Dieser Unterschied ist erheblich, denn Kunst wird in der bürgerlichen Gesellschaft – zumindest dem Anspruch nach – dadurch bestimmt, nur ihrer eigenen Gesetzmäßigkeit zu folgen (also dem künstlerischen Diskurs, den Intentionen der Werkschaffenden, sowie der Logik des Gegenstands) und darin von äußeren Normen unabhängig zu sein. Doch genau solche werden den zur Kunstware gemachten Werken durch den Markt, in Gestalt der Nachfrage, aufgezungen; indem diese Nachfrage antizipiert wird, verliert die indi-

25 Diese Begründung ist vergleichsweise weitreichend und robust. Vgl. *Hettinger*, *Philos Public Aff* 1989, 37–45; *Hull*, *Clearing the Rubbish: Locke, the Waste Proviso, and the Moral Justification of Intellectual Property*, *PAQ* 2009, 67–93; *Schefczyk*, *Rechte an Immaterialgütern – eine kantische Perspektive*, *DZPhil* 2004, 739–753; *Schmidt*, *Die zwei Paradoxien des geistigen Eigentums*, *DZPhil* 2004, 755–772 (765–769); *Steinvorth*, *Natürliche Eigentumsrechte, Gemeineigentum und geistiges Eigentum*, *DZPhil* 2004, 717–738 (729–731). *Pievatolo*, *Freedom, Ownership and Copyright: Why Does Kant Reject the Concept of Intellectual Property?*, <http://ssrn.com/abstract=1540095> (30.4.2010). Ausführlicher *Kroeger*, *Originalität*.

26 Vgl. *Marx*, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, in *Werke*, Bd 40 (1844/1956) 467–589.

viduelle Besonderheit des Werks gegenüber der statistisch aggregierten Allgemeinheit der Marktforschung an Bedeutung. Daher ist die

Versöhnung von Allgemeinem und Besonderem, von Regel und spezifischem Anspruch des Gegenstands [...] nichtig, weil es zur Spannung zwischen den Polen gar nicht mehr kommt: die Extreme [...] sind in trübe Identität übergegangen, das Allgemeine kann das Besondere ersetzen und umgekehrt.<sup>27</sup>

Die Werke der Kulturindustrie können also den Anspruch nicht erfüllen, das Allgemeine mit dem Besonderen zu vermitteln, vielmehr exemplifizieren sie nur deren „falsche Identität“.<sup>28</sup> Wie aber bei Hegel die Realisierung des Werks nicht einfach ganz oder gar nicht, sondern mehr oder weniger gelingt, so muss auch hier angemerkt werden, dass selbst die langweiligste Kulturware noch einer gewissen Originalität bedarf, aber, gemessen am hegelschen Werkbegriff, in einem weit geringeren Ausmaß.

Die Produkte der Kulturindustrie können also nach der oben entwickelten hegelianischen Begründung geistigen Eigentums keine Verwertungsrechte beanspruchen, dazu sind sie schlicht nicht individuell genug. Dadurch verlieren sie einerseits ihre Legitimation, die von der Anerkennung eines individuellen Akts abhängt, andererseits wird damit der epistemologische Einwand Hegels wieder schlagend, denn Werke unterscheiden sich in erster Linie durch ihre Originalität, also durch die in sie eingegangene Besonderheit derer, die sie geschaffen haben. Unoriginelle Werke drohen einander zum Verwechseln zu ähneln. Die juristische Praxis muss und kann sie zwar trotzdem unterscheiden und fixieren, doch müssen ihre Urteile nun tatsächlich, bezogen auf die innere Logik des Werks, willkürlich ausfallen.

Es ist also paradoxerweise der Warencharakter der Werke, der ihren Anspruch auf die Eigentumsform untergräbt, obwohl er diese voraussetzt. Mehr noch, Waren sind wesentlich Tauschobjekte, doch es war gerade der Tausch, um dessen willen das Verwertungsrecht erst nötig wurde und aus dessen zentraler Rolle bei Anerkennungsprozessen es folgt. Damit gerät nun aber jedes Werk unter einen Generalverdacht. Denn wann immer ein Werk, das doch so wesentlich Ausdruck von Individualität sein soll, getauscht wird, stellt sich die Frage welchen Wert etwas vermeintlich Individuelles überhaupt für andere haben kann; ob also der Tausch nicht doch viel mehr deswegen zu Stande kommen konnte, weil das Werk bereits mit einem geschielten Blick auf den Markt geschaffen wurde. Damit wären allerdings die Verwertungsrechte an diesem Werk verwirkt.

Freilich könnte ein Werk, das tatsächlich die Synthese von Allgemeinem und Besonderen zustande bringt, sich durchaus auch einen Markt schaffen, ohne sich zuvor an an diesem auszurichten, doch legen die damit verbundenen Schwierigkeiten und die ökonomischen Verhältnisse gegenüber dem Resümee des vorigen Abschnitts eine Beweislastumkehr nahe: Nicht jene, die das Verwertungsrecht in Frage stellen, haben einem Werk das Scheitern

<sup>27</sup> *Horkheimer/Adorno*, Dialektik 151.

<sup>28</sup> Ebd., 141.

der Vermittlung von Allgemeinem und Besonderem nachzuweisen, sondern jene, die ein solches Recht beanspruchen, deren Gelingen.

### Konklusion

Der Versuch geistiges Eigentum mit Hegel zu begründen scheitert zwar nicht, liefert aber ein komplexes Ergebnis, das nur eingeschränkte Rechte zu legitimieren vermag: Durch Rückgriff auf Hegel lassen sich zwar Persönlichkeitsrechte an einem Werk begründen, doch diese nehmen eine höhere Stellung ein als Verwertungsrechte, die zudem nur für Werke geltend gemacht werden, die tatsächlich überwiegend ihrer inneren Logik folgen also, mit Adorno und Horkheimer gesprochen, die wahre Identität von Allgemeinem und Besonderen bewerkstelligen.

Gerade für die *appropriation art* oder die digitale Medienkunst heißt das, dass ihr Recht auf künstlerische Autonomie gegenüber den Verwertungsrechten anderer in aller Regel Vorrang hat – es sei denn, eines der von ihnen referenzierten, angeeigneten oder sonstwie verwendeten Werke entspräche dem hegelschen Ideal, wovon aber *prima facie* nicht auszugehen ist. Selbst dann würde der Konflikt erst schlagend, wenn beide Werke gehandelt werden. Vorausgesetzt, dass auch das referenzierende Werk dem genannten Standard genügt, würden damit zwei gleich starke Rechte auf Anerkennung gegeneinander stehen, die abgewogen werden müssten, ohne dass vorschnell zu Gunsten des früheren Werks entschieden werden dürfte.

# Thema HAFT!

## Vorwort

von Ronald Frühwirth

---

Einer der wesentlichen Aspekte, die ein Rechtssystem von anderen Systemen sozialer Normen unterscheidet, liegt darin, dass seine Wirksamkeit letztlich durch organisierten (staatlichen) Zwang durchgesetzt werden kann. Im Rechtsstaat europäischer Prägung steht dem Staat als eingriffsintensivstes Mittel dabei die Entziehung oder Einschränkung der persönlichen Freiheit zur Verfügung. Dieser Grundrechtseingriff kann als Strafe wegen der Verletzung von Normen dienen, als Mittel zur Willensbeugung oder zum Zwecke des Schutzes der Allgemeinheit (etwa vor Krankheiten oder vor gemeingefährlichen Personen) eingesetzt werden. Er kann weiters dem Schutz der betroffenen Person selbst dienen (beispielsweise bei bestimmten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Alten-, oder Pflegeheimen) oder zur Sicherung von staatlichen Ansprüchen (zur Strafverfolgung oder Außerlanderschaffung) angeordnet werden.

Diese Beispiele zeigen, dass der persönlichen Freiheit besondere Bedeutung zukommt, weil sie für die Inanspruchnahme aller anderen Grundrechte unerlässlich ist. Die Ausübung der Meinungsäußerungs- oder Versammlungsfreiheit, das Führen eines Familienlebens, die freie Erwerbsausübung, die Nutzung von Eigentums- oder sonstigen dinglichen Rechten, schlicht die Ausübung eines selbstbestimmten Lebens, ist in ihrer Freiheit entzogenen Personen nur sehr eingeschränkt möglich.

In Österreich ist es strafgerichtlich verurteilten Personen etwa weitreichend verwehrt, ihr Wahlrecht auszuüben. Dabei wird kaum darauf abgestellt, aus welchen Gründen jemand eine Freiheitsstrafe verbüßt und der Ausschluss von der politischen Teilhabe endet auch nicht mit der Entlassung. *Joachim Stern* setzt sich in seinem Beitrag mit der aktuellen Entscheidung des EGMR im Fall *Frodl* auseinander, stellt die Gründe dar, weshalb der Gerichtshof den Ausschluss vom Wahlrecht Strafgefangener in Österreich nicht für konventionskonform erachtet und zeigt darüber hinaus unter Berücksichtigung der bisherigen Straßburger Rsp auf, dass die Entscheidung des Gerichtshofs niemanden überraschen konnte.

Von der Öffentlichkeit weitaus unbemerkt werden in Österreich jährlich ca 20.000 Personen in geschlossenen Bereichen von psychiatrischen Kliniken untergebracht. In all diesen Fällen wird von Amts wegen ein gerichtliches Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßig-

keit des Freiheitsentzugs eingeleitet. Mit der jüngsten Novelle zum Unterbringungsgesetz werden nun nicht nur bestehende Rechtsschutzlücken geschlossen, sondern mit Wegfall der Notwendigkeit zur obligatorischen Einholung eines zweiten psychiatrischen Sachverständigengutachtens und der Einführung der Möglichkeit, die Unterbringung nach Wegfall der akuten Gefährdung weiter aufrechtzuhalten auch neue geschaffen. *Elisabeth Hörtlehner* setzt sich kritisch mit dieser Novelle auseinander.

Trotz seiner hohen Relevanz in der Rechtsrealität (ca 6.000 Fälle im Jahr 2009) und ungeachtet einer umfangreichen höchstgerichtlichen Rechtsprechung fristet das Schubhaftrecht im Schrifttum ein Schattendasein. Angesichts dessen wird im Rahmen dieses Schwerpunkts ein Hauptaugenmerk auf den Freiheitsentzug von fremden Staatsangehörigen gerichtet.

Während im Anwendungsbereich des Unterbringungsgesetzes jede Freiheitsbeschränkung einer obligatorischen gerichtlichen Prüfung unterliegt, können fremde Staatsangehörige bis zu sechs Monate in Schubhaft angehalten werden, ehe mit dem unabhängigen Verwaltungssenat erstmals eine gerichtsformige Behörde deren Rechtmäßigkeit beurteilt. Eine Abhandlung des *Autors* zeigt, dass das verfassungsgesetzliche Recht auf gerichtliche Haftprüfung im Schubhaftregime mangels Zugänglichkeit zu einem solchen Verfahren nicht gewährleistet ist.

*Lamiss Khakzadeh-Leiler* hat sich für diesen Schwerpunkt mit der umfangreichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu den Schubhafttatbeständen des Fremdenpolizeigesetzes auseinandergesetzt und nimmt kritisch zu den seit Beginn dieses Jahres in Geltung befindlichen neuen Schubhafttatbeständen für Asylwerbende Stellung.

Abschließend nähern sich *Ilker Ataç*, *Bernd Kasperek* und *Michael Willenbücher* dem Recht von der Grenze her, indem sie am Beispiel des Lagers „Pagani“ auf der griechischen Insel Lesbos die Realität von in Europa nach Schutz suchenden Asylwerbenden darstellen, die an den Rändern Europas ständigen Einschränkungen und Verletzungen ihrer Grundrechtssphäre ausgesetzt sind. Damit schließt dieser Schwerpunkt auch an die vor einem Jahr im *juridikum* erschienenen Beiträge zum Thema „Festung Europa“ an.

Die Rechtsrealität wird härter. Die in Schönsprech-Manier als „Rückführungs-Richtlinie“ bezeichnete, gemeinsame Normen für Abschiebungen unrechtmäßig aufhältiger Drittstaatsangehöriger festlegende, RL 2008/115/EG sieht in Art 15 Abs 6 vor, dass zur Sicherung einer solchen „Rückführung“ Haft bis zu 18 (!) Monate aufrechterhalten werden kann. Schon jetzt werden aufgrund der rigorosen Handhabung der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen zur Prüfung von Asylbegehren (sog Dublin II-VO) Personen von einem Mitgliedstaat in den nächsten abgeschoben und dabei oft monatelang in Haft angehalten. Der gegenständliche Schwerpunkt soll also zu einer Sensibilisierung für die massiven, mit Freiheitsentzug verbundenen Grundrechtseingriffe beitragen und Material für diejenigen liefern, die sich gegen den Trend zum Einsperren engagieren.

# Wahl und Zelle

## Das EGMR Urteil Frodl – Rückblick und Ausblick

Joachim Stern

---

### Einleitung

Liegt der bürgerlich-demokratischen Idee der Gedanke zugrunde, dass die Rechtsunterworfenen selbst das Recht erzeugen sollen, und besteht im Kant'schen Sinn die Freiheit im Recht jedes Menschen, sich nur den Gesetzen zu unterwerfen, denen er seine Zustimmung gegeben hat, erscheint es als unauflösbares Paradoxon, gerade jene von der Rechtserzeugung auszuschließen, die als Gefangene dem Recht unausweichlich unterworfen sind.

Das Ende des historisch gewachsenen und nie hinreichend begründeten Grundrechtseingriffs des Wahlrechtsentzugs von Gefangenen hat der EGMR 2004 in seiner Entscheidung *Hirst II* eingeläutet. Für Österreich musste er den entwickelten Maßstab und die menschenrechtlichen Anforderungen vor kurzem im Urteil *Frodl* durchdeklinieren. Über einen Rückblick sowie eine kritische Betrachtung der österreichischen Rechtslage und Verfassungsinterpretation wird im folgenden Beitrag der Frage nachgegangen, welchen Rahmen der Gesetzgeber für eine grundrechtskonforme Lösung hat.

Gewidmet jenen geschätzten 2.500–3.000 StaatsbürgerInnen,<sup>1</sup> bei denen „in dieser qualifizierten Form der soziale Status als Wahlrechtsausschließungsgrund“<sup>2</sup> dient und die damit zu Rechtsobjekten gemacht werden.

### 1. Das EGMR Urteil Frodl<sup>3</sup>

Helmut Frodl wurde 1994 letztinstanzlich wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt.<sup>4</sup> Da gem § 22 NRWO Personen, die wegen einer Vorsatzstrafat zu einer zumindest einjährigen Haftstrafe verurteilt wurden, vom Wahlrecht ausgeschlossen sind, wurde er aus dem

---

1 Eigene Schätzung nach betroffenen Gruppen aufgrund der Daten in *Hofinger/Neumann/Pilgram/Stangl*, Pilotbericht über den Strafvollzug 2008 (2009) [http://strafvollzug.justiz.gv.at/\\_downloads/Pilotbericht2008.pdf](http://strafvollzug.justiz.gv.at/_downloads/Pilotbericht2008.pdf) (30.05.2010).

2 *Nowak*, Politische Grundrechte (1988) 348; Statistische Daten lassen an diesem Zusammenhang keine Zweifel: über 80 % der österreichischen Insassen haben maximal einen Pflichtschulabschluss, während dieser Anteil bei der österreichischen Gesamtbevölkerung nur bei 27 % liegt. 54 % der österreichischen Insassen waren vor ihrer Haft einkommenslos oder lebten von Sozial- oder Notstandshilfe bzw Arbeitslosengeld, weitere 9 % waren HilfsarbeiterInnen: *Hofinger/Neumann/Pilgram/Stangl*, Pilotbericht, 54ff.

3 EGMR U 8.4.2010, *Frodl*, Nr 20.201/04.

4 OGH 12 Os 97/94, 13.10.1994.

Wählerverzeichnis gestrichen.<sup>5</sup> Dagegen erhob er 2002 aus der Haft Einspruch mit der Begründung, dass seine automatische Streichung aus der Liste der Wahlberechtigten auf einer Art 26 B-VG und Art 3 1. ZPEMRK widersprechenden und damit verfassungswidrigen Gesetzeslage beruhe. Nach Abweisung des Einspruchs durch die Wahlbehörde und erfolgloser Berufung wies der VfGH 2003 seinen Antrag auf Verfahrenshilfe wegen mangelnden Erfolgsaussichten der Beschwerde ab. Er verwies dabei auf ein kurz davor ergangenes Erkenntnis in ähnlich gelagerten, zu gemeinsamer Entscheidung verbundenen Fällen, in dem er sämtliche verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 22 NRW abgewiesen hatte: Art 26 Abs 5 B-VG sehe vor, dass ein Ausschluss vom Wahlrecht nur die Folge einer gerichtlichen Verurteilung sein dürfe, eine solche Anknüpfung nehme der Gesetzgeber vor, der Ausschluss liege „im Bereich des dem Gesetzgeber zustehenden rechtspolitischen Spielraumes“.<sup>6</sup> Auch darin, dass ein Ausschluss nur bei einer Verurteilung durch ein inländisches Gericht erfolgen könne, erkannte der VfGH keine Ungleichbehandlung, da dies „dem Willen des historischen Verfassungsgesetzgebers“ entspreche. Mit Art 3 1. ZPEMRK, der die Vertragsstaaten verpflichtet, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen abzuhalten, die die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Organe gewährleisten und der vom EGMR in ständiger Rechtsprechung als subjektives Recht ausgelegt wurde,<sup>7</sup> setzte sich der VfGH nicht auseinander.

Frodl rief daraufhin 2004 den EGMR an. Er brachte vor, dass eine Einschränkung des Wahlrechts auf ausreichenden Gründen beruhen und verhältnismäßig sein müsse. Die Republik habe aber keinerlei legitimes Ziel, dem der Wahlrechtsentzug dienen solle, vorgebracht, was für sich schon einen Verstoß gegen Art 3 1. ZPEMRK darstelle. Den Ausschluss lediglich an die Schwere der Strafe zu knüpfen sei zu unterschiedslos, weil so die spezifischen Gründe des Falles nicht in Rechnung gestellt würden.

Während das Verfahren anhängig war, erkannte der EGMR 2004 in einer sehr ähnlichen Konstellation eine Verletzung von Art 3 1. ZPEMRK. Dem Urteil *Hirst II* gegen das Vereinigte Königreich,<sup>8</sup> das 2005 von der Großen Kammer bestätigt wurde,<sup>9</sup> lag der Fall eines Mannes zugrunde, der 1980 wegen Totschlags unter verminderter Zurechnungsfähigkeit zu einer verkürzbaren lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden war (*discretionary life imprisonment*). Nach dem Ende jenes Teils der Strafe, der in jedem Fall zu verbüßen war um Vergeltung und Abschreckung genüge zu tun (*tariff*), wurde seine weitere Anhaltung verfügt, da er nach wie vor eine Gefahr für die Öffentlichkeit darstelle. Das Wahlrecht war ihm dadurch auch weiterhin entzogen. Die Rechtslage im Vereinigten Königreich knüpfte diese Folge

---

5 Nationalratswahlordnung 1992 BGBl 471; auf diese Bestimmung verweist auch die BPräsWO; das Europa-WahlervidenzG und auch alle LandtagsWO sehen idente Ausschlüsse vor.

6 VfSlg 17.058/2003.

7 Siehe etwa EGMR U 2.3.1987 *Mathieu-Mohin u Clerfayt*, Nr. 9267/81.

8 EGMR U 30.3.2004 *Hirst II*, Nr 74.025/01.

9 EGMR U 6.10.2005 (GK) *Hirst II*, Nr 74.025/01; der Name *Hirst II* bezieht sich nicht auf die Entscheidung durch die Große Kammer, sondern begründet sich darin, dass *Hirst* schon zuvor einen Fall vor den EGMR gebracht hatte.



automatisch an jede Verurteilung zu einer Haftstrafe; ausgenommen waren lediglich bedingte Freiheitsstrafen, Strafen wegen Missachtung des Gerichts oder Ersatzfreiheitsstrafen.<sup>10</sup>

Der EGMR hielt fest, dass freie Wahlen ein charakteristisches und bedeutsames Prinzip jeder effektiven Demokratie seien. Art 3 1. ZPEMRK statuiere keine ausdrücklichen Vorbehalte, inkludiere aber implizit Schranken, wodurch den Staaten ein weitreichender Spielraum in der Ausgestaltung zukomme. Dennoch dürfe diese Ausgestaltung die Rechte nicht in ihrem Wesensgehalt berühren und ihrer Effektivität berauben. Staaten könnten sich gegen Aktivitäten zur Wehr setzen, die auf die Zerstörung der durch die Konvention geschützten Freiheiten gerichtet sind, wodurch etwa die Einschränkung des Wahlrechts einer Person nicht ausgeschlossen sei, die ein öffentliches Amt missbraucht habe oder deren Verhalten die Rechtsstaatlichkeit oder die Grundlagen der Demokratie bedrohe. Einschränkungen müssten also ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Strafgefangenen kämen aber prinzipiell alle Menschenrechte mit Ausnahme des Rechts auf Freiheit zu, womit unvereinbar sei, ihnen alleine aufgrund ihres Status Rechte zu entziehen. Insbesondere sei der Entzug des Wahlrechts eine „schwerwiegende Maßnahme“, zu der nicht leichtfertig gegriffen werden dürfe.

Die von der britischen Regierung vorgebrachten Ziele der Verhinderung von Straftaten, der Stärkung der bürgerlichen Verantwortung und der Achtung der Rechtsstaatlichkeit seien nicht per se unvereinbar mit Art 3 1. ZPEMRK, schon auf dieser Ebene äußerte der EGMR aber Bedenken an deren Erreichbarkeit durch einen Wahlrechtsentzug. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte er schließlich fest, dass die Maßnahmen jedenfalls nicht individuell verhängt würden und keine direkte Verbindung zwischen Straftat und Wahlen bzw demokratischen Institutionen erforderten. Sie seien ein „stumpfes Instrument“ mit willkürlichen Auswirkungen, das insbesondere nach Verbüßung des Strafteils auch nicht mehr dem Ziel der Bestrafung dienen könne.

Nach dem Urteil *Hirst II* hatte der VfGH noch einmal Gelegenheit, sich in einem ähnlichen Fall mit seiner Judikatur auseinanderzusetzen.<sup>11</sup> Die grundlegenden Kriterien, die der EGMR aufgestellt hatte, prüfte er nicht, er beschränkte sich im Wesentlichen auf den Versuch, den Unterschied zur Rechtslage im Vereinigten Königreich hervorzuheben: Im Gegensatz dazu setze der Ausschluss in Österreich erst ab einer gewissen Schwere der Tat ein. So sei kein Ausschluss wegen Verurteilungen zu Geldstrafen, zu Freiheitsstrafen von weniger als einem Jahr sowie wegen Verurteilungen zu bedingten Haftstrafen vorgesehen. Darüber hinaus sei der Wahlrechtsverlust eine individuelle Sanktion, weil § 44 Abs 2 StGB dem Gericht die Möglichkeit zur Dispens von Nebenfolgen und damit auch vom Wahlrechtsausschluss gebe. Auf diese Argumentation stützte sich dann auch die österreichische Prozessvertretung vor dem EGMR.

10 S 3 Representation of the People Act 1983; der ursprünglich auch vorgesehene Ausschluss von Untersuchungshäftlingen wurde 2000 beseitigt.

11 VfSlg 18.215/2007.

Der Gerichtshof bestätigte Frodls Ansicht „dass die Regierung ihre Eingabe nicht strukturiert hat in dem Sinn, dass sie ausdrücklich zuerst legitime Ziele vorgebracht hätte, denen die gegenständlichen Maßnahmen dienen sollten um dann die Verhältnismäßigkeit der Art, mit der diese durchgeführt würden, aufzuzeigen“. In Anbetracht des weiten Ermessensspielraums erachtete er dies allein aber noch nicht als Verstoß und ging davon aus, dass aus den Argumenten der Regierung durchdringe, dass die Maßnahmen scheinbar, wie in Großbritannien dem legitimen Zweck der Kriminalitätsprävention durch Bestrafung, der Stärkung bürgerlicher Verantwortung und dem Respekt für den Rechtsstaat dienen sollen. Dies sei nicht per se unhaltbar oder inkompatibel mit Art 3 1. ZPEMRK. Problematisch sei vielmehr, dass weder eine Verbindung zwischen der begangenen Straftat und Wahllangelegenheiten oder demokratischen Institutionen bestünde.

Zusätzlich betonten die RichterInnen, dass essentielles Element sein müsse, dass der Entzug individuell richterlich angeordnet werde, um mit der Entscheidung den Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Zur Frage, ob § 44 Abs 2 StGB diesem Kriterium gerecht werde, merkte er schlicht an, dass die Bestimmung zum Zeitpunkt der Verurteilung Frodls noch gar nicht in Kraft gewesen sei und die Regierung nicht bewiesen habe, dass 1994 eine ähnliche Möglichkeit bestanden habe.

In *Hirst II* hatte der EGMR noch davon gesprochen, dass ein Wahlrechtsentzug „bevorzugterweise“ durch individuellen Richterspruch erfolgen solle. Hier führte er näher aus, dass essentieller Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei, dass ein Wahlrechtsentzug auch bei verurteilten Häftlingen die Ausnahme sei und dass eine solche Maßnahme immer begleitet werden müsse durch eine spezifische Begründung in einer individuell ergehenden Entscheidung, in der erklärt werde, warum im konkreten Fall ein Wahlrechtsentzug notwendig sei.

Mit sechs Stimmen zu einer hielt der EGMR fest, dass die österreichische Rechtslage gegen Art 3 1. ZPEMRK verstoße. Eine Änderung der Wahlordnungen ist daher unausweichlich geboten. Unausweichlich zur Beurteilung der dabei zur Verfügung stehenden Optionen ist aber auch eine Betrachtung des österreichischen verfassungsrechtlichen Rahmens.

## 2. Der verfassungsrechtliche Rahmen für einen Ausschluss vom Wahlrecht

### 2.1 Das Wahlrecht als Grundrecht

Ebenso wie die EMRK formuliert auch das österreichische B-VG das Wahlrecht nicht direkt als Grundrecht, es wird vielmehr vom Verfassungstext schon antizipiert.<sup>12</sup> Als ver-

---

12 So bestimmt Art 26 Abs 1 B-VG: Der Nationalrat wird vom Bundesvolk auf Grund des gleichen, unmittelbaren, persönlichen, freien und geheimen Wahlrechtes der Männer und Frauen, die am Wahltag das 16. Lebensjahr vollendet haben, nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt.

fassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives öffentliches Recht ist das Wahlrecht in der Rechtsprechung schon lange anerkannt.<sup>13</sup> Die Verfassung scheint auch zu antizipieren, dass dem Wahlrecht Einschränkungsöglichkeiten innewohnen, sie engt diese Möglichkeiten aber ein. So statuiert Art 26 Abs 5 B-VG: „Die Ausschließung vom Wahlrecht und von der Wählbarkeit kann nur Folge einer gerichtlichen Verurteilung sein.“

Es handelt sich daher beim Wahlrecht um ein Grundrecht mit einem spezifischen Gesetzesvorbehalt: Nur an eine gerichtliche Verurteilung darf ein Ausschluss geknüpft werden. Damit ist aber nicht gesagt, dass jeder Ausschluss, der auf einer gerichtlichen Verurteilung basiert, mit der Verfassung in Einklang stünde. Denn vielmehr muss jeder Grundrechtseingriff einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden.<sup>14</sup>

Erstaunlich ist daher, dass – soweit ersichtlich – *Pabel* 2005 erstmals in Österreich in diesem Kontext explizit auf den Grundrechtseingriff des Ausschlusses vom Wahlrecht aufgrund einer Verurteilung verweist.<sup>15</sup> Auch *Nowak* und *Strejcek* messen die einfachgesetzlichen Ausschlüsse lediglich daran, ob sie in formeller Übereinstimmung mit Art 26 Abs 5 B-VG stehen,<sup>16</sup> bzw ob sie ein solches Ausmaß annähmen, dass sie die Allgemeinheit des Wahlrechts in Frage stellen.<sup>17</sup> Nur ungenügend kommt dabei zur Geltung, dass Art 26 Abs 5 B-VG nicht nur die abstrakte Allgemeinheit der Wahl schützen will, sondern auch den und die Einzelne. Er entbindet nicht von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern engt das Spektrum *potentiell* zulässiger Ausschlüsse zusätzlich auf gerichtliche Verurteilungen ein. Der VfGH hat diesen Ansatz in seinem Erkenntnis zur Verfassungswidrigkeit des pauschalen Ausschlusses von Personen unter Sachwalterschaft 1987 verwendet, indem er die kategorische Anknüpfung an eine gerichtliche Verfügung – obwohl verfassungsrechtlich damals erlaubt – einer Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsprüfung unterzog.<sup>18</sup> Dogmatisch nicht nachvollziehbar hat er diesen Schritt hier nicht gemacht.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der einfachgesetzlichen Rechtslage wäre daher auch aus Sicht der österreichischen Verfassung geboten, wofür zunächst ein Eingriffsziel erforderlich ist. In der Literatur insgesamt wenig diskutiert,<sup>19</sup> wird als Begründung für den Ausschluss etwa angeführt, dass Verbrecher „soweit außerhalb der Gemeinschaft stehen, dass es nicht zu rechtfertigen wäre, sie an einer Entscheidung teilnehmen zu lassen, die auch alle anderen Menschen im Staat betrifft.“<sup>20</sup> Noch 2006 schreibt *Schäffer* ähnlich, wenn gleich stärker auf die Person abstellend als auf den vor ihr zu schützenden Wahlkörper, es

13 Ständige Rechtsprechung seit VfSlg 300/1924, 1.361/1930; siehe *Nowak*, Politische Grundrechte, 211ff; *Stern*, Demokratische Mitbestimmungsrechte, in Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte (2009) 353ff.

14 Siehe *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009) Rz 715ff mwN.

15 *Pabel*, Wahlrecht auch für Strafgefangene?, ÖJZ 2005, 552.

16 *Nowak*, Politische Grundrechte, 354.

17 *Nowak/Strejcek*, Das Wahl- und Stimmrecht, in Machacek/Pahr/Stadler (Hg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd III (1997) 58.

18 VfSlg 11.489/1987.

19 Ohne Ausführungen etwa *Holzinger/Unger*, Art 26 B-VG in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2009).

20 *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 103.

erscheine „nicht ungerechtfertigt, den Straftäter zumindest vorübergehend hinsichtlich der Ausübung von politischen Grundrechten für ‚grundrechtsunwürdig‘ anzusehen, so dass es zu einer zeitlich begrenzten *Grundrechtsverwirkung* kommen kann“.<sup>21</sup> Mit der österreichischen Grundrechtsdogmatik scheinen beide Ansichten jedoch wenig vereinbar zu sein. *Reimer* bietet eine Pro-und-Contra Aufstellung, wobei er an Gründen für einen Ausschluss neben den auch von der britischen Regierung behaupteten Strafzwecken und der Förderung von „Bürgertraue und Verantwortung“, die der EGMR auch für Österreich vermutete, etwa die partielle Isolation des Häftlings angibt, durch die eine angemessene Meinungsbildung erschwert werde; die „symbolische Funktion, eine Art (vorübergehender) Ausstoßung aus der Gruppe der Aktivbürger“; das Anliegen, jemanden nicht an der Willensbildung im Staat zu beteiligen, der sich selbst über dessen elementare Regeln hinwegsetzt; sowie die Möglichkeit den Wahlausschluss als vorab konsentierter Sanktionierung eines Bruchs des Gesellschaftsvertrags bzw als freiwilligen Rückzug aus dem Bürgerstatus zu deuten.<sup>22</sup> In rechtliche Argumentationsmuster eingeordnet geben auch diese Gründe allerdings nicht viel Anhaltspunkte. Abgesehen von der Unterstellung antiquierter Sachverhalte, wie mangelnder Möglichkeit zur Meinungsbildung,<sup>23</sup> pendeln auch sie zwischen Strafzwecken und Schutzbestimmungen für die vom Wahlergebnis Betroffenen bzw das zu wählende Gremium selbst.

Deswegen lohnt vor allem ein Blick in die Geschichte des Wahlrechtsausschlusses.

## 2.2 Das allgemeine Wahlrecht als Interpretationsmaxime

Die historische Analyse ist aber vor allem auch aus einem weiteren Aspekt geboten. *Nowak* hat überzeugend dargelegt, dass das Prinzip der Allgemeinheit des Wahlrechts ein verfassungsrechtliches Postulat ist, das den einfachen Gesetzgeber an jenen Standard demokratischer Allgemeinheit bindet, den er in Ausführung des verfassungsgesetzlichen Gestaltungsauftrags selbst geprägt hat. Eine Unterschreitung dieses Standards würde, ungeachtet der Erfüllung der in Art 26 Abs 5 B-VG normierten Voraussetzungen, eine Verletzung des aus dem allgemeinen Wahlrecht folgenden grundrechtlichen Anspruchs darstellen.<sup>24</sup> Damit ist nicht nur eine Versteinerung auf dem Stand von 1920 als Datum des Inkrafttretens des B-VG verbunden, sondern eine evolutive Interpretation,<sup>25</sup> gewissermaßen also eine „evolutive Versteinerung“: sobald der Gesetzgeber das Wahlrecht auf eine bestimmte Personengruppe erweitert hat, kann dieser Standard einfachgesetzlich nicht mehr unterschritten werden. Auf diese Interpretation hat der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt in seiner

---

21 *Schäffer*, Art 26 B-VG, 21c in Schäffer/Rill (Hg), Bundesverfassungsrecht<sup>s</sup> (2006).

22 *Reimer*, Was ist das Volk? in Eberhard/Lachmayer/Thallinger (Hg), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005) 52ff.

23 Auch Gefangene haben prinzipiell Recht auf Zugang zu Information, siehe etwa § 60 StVG.

24 *Nowak*, Politische Grundrechte 353f.

25 *Nowak*, Politische Grundrechte 163ff.

Stellungnahme zum zitierten ersten Beschwerdefall 2003 ausdrücklich verwiesen.<sup>26</sup> Der VfGH hat hingegen vor allem auf dem Stand von 1920 versteinert. Auch daraus ergeben sich allerdings wichtige Ansatzpunkte, die ebenfalls eine Betrachtung der Genesis des Wahlrechtsausschlusses erfordern, wobei die Analyse auf Grundzüge und einige wenig beachtete Details beschränkt bleiben soll.<sup>27</sup>

### 3. Die lange Geschichte eines Grundrechtseingriffs

#### 3.1 Der rechtliche Wahlrechtsausschluss

Die Systematik der Ausschlussgründe, wie sie zu Beginn der Republik bestand und bis in die 1970er Jahre übernommen werden sollte, lässt sich direkt auf die Reichsratswahlordnung (RRWO) 1873 zurückzuführen:<sup>28</sup>

Von Wahlrecht und Wählbarkeit waren damals einerseits alle unter Vormundschaft oder Kuratel stehenden Personen ausgeschlossen, Personen, die eine Armenversorgung in Anspruch genommen hatten, oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden war. Wegen strafrechtlich relevantem Verhalten war nicht zur Wahl zugelassen, wer wegen eines Verbrechens verurteilt worden war; wegen einer „Übertretung“ nur wenn es sich um Diebstahl, Veruntreuung, Teilnahme daran oder Betrug handelte (§ 20 RRWO 1873). Die angeführten Übertretungen waren offensichtlich auf das passive Wahlrecht zugeschnitten: es handelte sich um Delikte, die das Vertrauen in eine gewählte Position unterminieren hätten können. Dies ergibt sich auch daraus, dass diese Liste der strafrechtlichen Ausschlussgründe ident war mit jener, die nach der Strafgesetzreform 1867 Nebenstrafen wie den Verlust des Adels, von Orden, öffentlichen Titeln, akademischen Graden und Würden, sowie Ämtern nach sich zog.<sup>29</sup> Der Ausschluss endete bei Übertretungen drei Jahre nach Ende der Strafe; bei Verbrechen fünf Jahre, bei Verbrechen die zu Strafen über fünf Jahre geführt hatten zehn Jahre nach Ende der Strafe (§ 20 Abs 2 RRWO 1873). Eine Gruppe von verurteilten Verbrechern waren demgegenüber aber privilegiert: Die Strafgesetzreform 1867 führte eine Liste von Verbrechen ein, von denen ein Großteil eine politische Konnotation hatte wie etwa Hochverrat, Widerstand gegen die öffentliche Ruhe, Aufstand, Aufruhr oder Gewalttätigkeit gegen Amtspersonen, bei denen die Unfähigkeit zur Erlangung von Vorzügen und Berechtigungen, wie eben von Titeln, Graden, Ämtern mit dem Ende der Strafe aufhörte.<sup>30</sup> Dieses

<sup>26</sup> VfSlg 17.058/2003.

<sup>27</sup> Ausführliche Darstellungen finden sich bei *Nowak*, 278ff; siehe auch *Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hg), FS Schäffer. Staat und Recht in europäischer Perspektive (2006) 635ff mwN.

<sup>28</sup> Gesetz vom 2. April 1873 betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrathes, RGBl 1873/41.

<sup>29</sup> § 6 Gesetz vom 15. November 1863 wodurch mehrere Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzes und anderer damit im Zusammenhange stehenden Anordnungen abgeändert werden, RGBl 1867/131.

<sup>30</sup> § 6 Z 1-10 RGBl 1867/131.

Schema übernahm auch die RRWO: bei Verurteilung wegen eines dieser Verbrechen sollte auch der Wahlrechtsausschluss mit dem Ende der Strafe zusammenfallen. Dieses System der Privilegierung politischer Verbrechen wurde noch in der Zweiten Republik fortgeführt, so durch die Ergänzung um Verbrechen nach dem Staatsschutzgesetz 1936<sup>31</sup> oder Verbrechen nach dem Verbotsgesetz<sup>32</sup>.

Als Reaktion auf die zunehmende Allgemeinheit des Wahlrechts und die schrittweise Beseitigung des Zensus muss die explosionsartige Zunahme von Übertretungen gesehen werden, die 1907 zusätzlich zu einem Ausschluss führten. Die Reichsratswahlordnung 1907 als Grundlage für das erste „allgemeine“ Männerwahlrecht behielt nicht nur den Ausschlussgrund des Bezugs von Armenhilfe und Konkursverfahren bei, sie erweiterte die Übertretungsliste um zahlreiche armutskonnotierte Delikte und zwar insb um Verurteilungen wegen Landstreicherei, Bettelns, mangelnden Nachweises des Ernährens auf redliche Weise, oder wegen des Nachgehens eines „unzüchtigen Gewerbes“.<sup>33</sup> Diese Personen konnten auch in Zwangsarbeitsanstalten eingewiesen werden; sie konnten ebenso wie Menschen, die wegen wiederholter Eigentumsdelikte entlassen worden waren, auch unter Polizeiaufsicht gestellt werden.<sup>34</sup> Auch mit den beiden Maßnahmen Zwangsarbeitsanstalt und Polizeiaufsicht selbst war der Wahlrechtsverlust verbunden. Selbst wer gerichtlich mehr als zweimal wegen Trunkenheit verurteilt worden war, ging des Wahlrechts verlustig, ebenso wie Personen, denen die väterliche Gewalt über ihre Kinder entzogen worden war – auch dieser Tatbestand wird Strafgefangene mit Kindern in aller Regel getroffen haben. Abgerundet wurde der Katalog unter anderem durch Vergehen nach dem Wehrgesetz und gegen die Bestimmungen zum Schutz der Wahlfreiheit (§ 8 RRWO 1907).

Eine politische Auseinandersetzung um diese Ausschlüsse scheint kaum stattgefunden zu haben,<sup>35</sup> auch juristische Kontroversen finden sich nicht.<sup>36</sup> Selbst beim Übergang zur Republik gab es keine prinzipielle Auseinandersetzung, die Ausschlussgründe wurden

31 Bundesgesetz zum Schutz des Staates, BGBl 1936/223; Verweis in § 24 Abs 1 Z 2 NRWO 1949 idF BGBl 1957/25; außer Kraft getreten 1975 und ersetzt durch § 253 StGB (Staatsfeindliche Verbindungen), § 263 (Geheimer Nachrichtendienst zum Nachteil Österreichs), § 284 (Verbrecherisches Komplott), § 285 (Bandenbildung), § 286 (Bewaffnete Verbindungen) und § 287 (Ansammeln von Kampfmitteln).

32 §§ 10 – 12 Verbotsgesetz 1947, eigentlich „Nationalsozialistengesetz“ BGBl 25; Verweis in § 24 Abs 1 Z 2 NRWO 1949 idF BGBl 1957/25.

33 Gesetz vom 24. Mai 1985, womit strafrechtliche Bestimmungen in Betreff der Zulässigkeit der Anhaltung in Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten getroffen werden, RGBl 1885/89; außer Kraft getreten 1975, Art IX, XI Abs 2 Z 8 BGBl 1974/422.

34 Gesetz vom 10. Mai 1873 womit polizeistrafrechtliche Bestimmungen wider Arbeitsscheue und Landstreicher erlassen werden, RGBl 1873/18, außer Kraft getreten 1975, Art XI Abs 2 Z 6 BGBl 1974/422.

35 Das allgemeine Männerwahlrecht 1907 wurde maßgeblich von der Sozialdemokratie erkämpft, dennoch finden sich keine Hinweise auf eine diesbezügliche Debatte – abgesehen von Kontroversen um das Wahlschutzgesetz – bei *Pol-latschek* (Hg), *Der Kampf um das Wahlrecht. Victor Adlers Aufsätze, Reden und Briefe* (1929); ob es sich dabei um stille Zugeständnisse handelte oder sich die Sozialdemokratie der Problematik nicht bewusst war, kann nicht gesagt werden.

36 Ohne weiterführenden Kommentar *Scapinelli*, *Das allgemeine, gleiche und direkte Wahlrecht. Eine Erläuterung und Zusammensetzung der Gesetze über die Reichsratswahl* (1907) 4ff; *Kelsen*, *Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung* (1907) 53ff.

1918 nahezu nahtlos übernommen.<sup>37</sup> Die wenigen Bereinigungen wie die Beseitigung des Bezugs von Armenhilfe als Ausschlussgrund oder eines anhängigen Konkursverfahrens wurden „in der liberalen demokratischen Tendenz nach tunlichster Allgemeinheit des Wahlrechtes“ stehend gesehen und eher mit praktischen als mit prinzipiellen Erwägungen begründet.<sup>38</sup> Gleichzeitig wurde die Wahlordnung um mehrfach verschränkte Ausschlussgründe von „Frauenspersonen“ erweitert: So waren für die ersten Wahlen der Republik nicht nur Frauen, die wegen gewerbsmäßiger Unzucht von der Sicherheitsbehörde bestraft worden waren, ausgeschlossen, sondern generell Frauenspersonen die unter sittenpolizeilicher Überwachung standen – „wohl eine notwendige und selbstverständliche Folge der Erweiterung des Wahlrechtes auf die Frauen.“<sup>39</sup>

Als durch Art 26 Abs 5 B-VG festgelegt wurde, dass „Ausschließung vom Wahlrecht und von der Wählbarkeit nur die Folge einer gerichtlichen Verurteilung oder Verfügung sein kann“,<sup>40</sup> war damit die Unzulässigkeit der direkt an den sozialen Status anknüpfenden Ausschlussgründe verfassungsrechtlich abgesichert und die Verbindung zu Verwaltungshandeln wie bei Sexarbeiterinnen musste wieder rückgängig gemacht werden.<sup>41</sup> Ansonsten wurden kaum Veränderungen vorgenommen, die Grenze zwischen einem Wahlrechtsausschluss basierend auf Vermögenslosigkeit und Delinquenz blieb fließend.<sup>42</sup>

Modifikationen des aus der Monarchie übernommenen Konvoluts finden sich in der Zweiten Republik zunächst vor allem aufgrund des temporären Wahlrechtsentzugs von NationalsozialistInnen.<sup>43</sup> Bald wurden aber auch Verurteilungen reichsdeutscher Gerichte, die nach dem 12. März 1938 ergangen waren, angerechnet; wenn sie nicht auf dem Gebiet der Republik ergangen waren, nur, wenn das Gericht den Verlust der Ehrenrechte nach deutschem Strafrecht<sup>44</sup> mitausgesprochen hatte. Nur unter Beweislast konnte diesfalls das Wahlrecht wiedererlangt werden, wenn die Personen „die der Verurteilung zugrunde liegende strafbare Handlung aus Beweggründen begangen haben, die mit der nationalsozialistischen Herrschaft im Zusammenhang stehen, durch sie unmittelbar veranlasst oder begünstigt wurden“.<sup>45</sup>

Erst 1971 fand eine gewisse Bereinigung der Ausschlussgründe statt, als nur mehr an Ver-

37 § 13 Gesetz vom 18. Dezember über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, StGBI 1918/115; § 13 Gesetz über die Wahlordnung für die Nationalversammlung vom 20. Juli 1920, StGBI 1920/315.

38 „Diese Abänderung findet ausreichende Begründung in den durch den Krieg verursachten wirtschaftlichen Verhältnissen und der dadurch bedingten unverschuldeten Notlage weiter Bevölkerungsteile.“ Bericht des Wahlgesetzausschusses der Provisorischen Nationalversammlung, zit n *Kelsen*, Verfassungsgesetze, 2. Teil Wahlordnung (1919), 71.

39 *Scapinelli*, Die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung in Deutschösterreich (1919) 46.

40 BGBl 1920/1.

41 Vgl dazu *Kelsen/Fröhlich/Merkel*, Verfassungsgesetze, 5. Teil Bundesverfassung (1922) 95.

42 § 28 NRWO 1923 BGBl 367.

43 § 7 Wahlgesetz 1945, StGBI 1945/198; §§ 27, 48 NRWO 1949 BGBl 129.

44 §§ 32ff Reichsstrafgesetzbuch 1871 dRGBI 127; aufgehoben durch das Erste Strafrechtsreformgesetz 1969 dRGBI I S 645.

45 § 24 Abs 2, 3, 9 NRWO 1949 BGBl 129, aufgehoben durch BGBl 1957/25; der Wortlaut dieser Ausnahmemöglichkeit legt die Vermutung nahe, dass ihr Telos eher war, MittäterInnen zu privilegieren als Opfer des Nationalsozialismus zu schonen.

brechen angeknüpft und auch die Polizeiaufsicht nicht mehr für einen Wahlrechtsentzug vorgesehen wurde. Die Einweisung in ein Arbeitshaus<sup>46</sup> schadete aber weiterhin, wodurch gerade die minimalsten Übertretungen wahlrechtlich sanktioniert blieben.<sup>47</sup>

Vor allem als – verspätete – Reaktion auf die große Strafrechtsreform 1974 ist dann 1979 ein vollständiger Bruch mit der historischen Systematik auszumachen, die Änderungen sind Kern der heutigen Rechtslage: Der Entzug der väterlichen Gewalt wurde als Ausschlussgrund beseitigt,<sup>48</sup> ebenso die Unterbringung in einem Arbeitshaus. Statt an Verbrechen wurde nun an mehr als einjährige Verurteilungen zu Haftstrafen wegen Vorsatztaten angeknüpft. Die Sperre wurde einheitlich mit fünf Jahren verfügt. Die Privilegierung politischer Verbrechen fiel somit weg. Ebenso wie heute beginnt diese Frist aber erst zu laufen, wenn nicht nur die Strafe endet, sondern erst wenn auch allfällige Maßnahmen, also Unterbringungen nach §§ 21-23 StGB weggefallen sind.

Eine letzte Änderung wurde 1992 vorgenommen, indem die Dauer des Ausschlusses von fünf Jahren auf sechs Monate verkürzt wurde – zur „Erleichterung der Wiedereingliederung der Straftäter“.<sup>49</sup> Gegen einen völligen Wegfall der Frist wurden verwaltungstechnische Gründe angeführt. Gleichzeitig wurde die verfassungsrechtliche Möglichkeit, auch aufgrund von gerichtlichen Verfügungen einen Wahlrechtsausschluss zu verfügen, beseitigt,<sup>50</sup> nachdem der kategorische Ausschluss von Personen unter Sachwalterschaft 1987 vom VfGH aufgehoben worden war.<sup>51</sup> 1997 trat schließlich § 44 Abs 2 StGB in der heutigen Fassung in Kraft, wodurch dem Strafgericht erstmals die Möglichkeit eingeräumt wurde, unabhängig von der Strafe von Nebenstrafen zu dispensieren und somit auch vom Wahlrechtsausschluss.<sup>52</sup> Immerhin seit 1949 tritt kein Ausschluss mehr ein, wenn die Verurteilung auf einer Jugendstraftat beruht.<sup>53</sup>

### 3.2 Der stille Wahlrechtsausschluss

Abgerundet werden soll das geschichtliche Bild dieses Ausschlusses noch durch ein anderes historisches Faktum: Parallel zum Entzug des Wahlrechts zog sich ein faktischer Ausschluss. Strafgefangene, Menschen die untergebracht waren und sogar Untersuchungshäftlinge

46 1932 waren die Zwangsarbeitsanstalten in „Arbeitshäuser“ umbenannt worden, die Einweisungsgründe um eine Generalklausel erweitert: eingewiesen werden konnte nun auch, wer nach Verbüßung von zwei Freiheitsstrafen, davon zumindest einmal zu mehr als sechs Monaten wegen eines Verbrechens, eine „eingewurzelte Abneigung gegen einen rechtschaffenen und arbeitsamen Lebenswandel bekundet“. § I Abs 2 ArbeitshausG 1932 BGBl 167; 1951 wiederverlautbart (BGBl 211) trat das 1975 außer Kraft.

47 §§ 22-25 NRWO 1971, BGBl 1970/391.

48 Noch 1977 war er umgewandelt worden in „Personen, denen wegen gänzlicher Vernachlässigung der Pflege und Erziehung des Kindes alle aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte entzogen sind“: § 24 Z 2 NRWO 1971 idF BG zur Neuordnung des Kindschafftsrechts, BGBl 1977/403.

49 AB 601 18. GP 3.

50 Art 26 Abs 5 B-VG idF BGBl 1992/470.

51 VfSlg 11.489/1987.

52 BGBl 1996/762.

53 § 24 Abs 4 NRWO 1949; nunmehr geregelt in § 5 Z 10 JGG 1988 BGBl 599.



hatten bis 1992 rechtlich keine Möglichkeit zur Stimmabgabe. Die 1949 eingeführten besonderen Sprengelwahlbehörden konnten nur für Heil- und Pflegeanstalten vorgesehen werden. In zwei Erkenntnissen führte der VfGH dazu noch 1970 aus, dass dieser stille Ausschluss selbst bei Untersuchungshäftlingen unproblematisch sei, denn das Wahlrecht sei „ein Individualrecht, dessen Ausübung dem Wahlberechtigten zusteht, wenn er hierzu in der Lage ist.“<sup>54</sup> Zurecht wurde kritisiert, dass der VfGH durch diese Interpretation „die Bedeutung des Wahlrechts als politisches Grundrecht völlig verkannt hat“, die Bestimmungen im Resultat Art 26 Abs 5 B-VG widersprüchen und bei Untersuchungshäftlingen zusätzlich die Unschuldsvermutung verletzen.<sup>55</sup>

1984 wurden die sog „fliegenden Wahlkommissionen“ eingeführt, diese konnten aber nur bettlägrige Personen aufsuchen.<sup>56</sup> Erst 1992 entschloss sich der Gesetzgeber dazu, diese Ungleichbehandlung aufzuheben: Er sah nun vor, dass auch für den örtlichen Unterbringungsbereich besondere Wahlsprengel eingerichtet werden können, sowie, dass ausdrücklich auch Anspruch auf Ausstellung einer Wahlkarte und auf Besuch durch eine fliegende Wahlkommission besteht, wenn der Besuch des Wahllokals aufgrund einer Unterbringung in gerichtlichen Gefangenenhäusern, Strafvollzugsanstalten, im Maßnahmenvollzug oder in Hafträumen unmöglich ist.<sup>57</sup> Begründet wurde dies damit, dass die Auffassung des VfGH „in ihrer Strenge im Hinblick auf die internationale Rechtsentwicklung nicht länger aufrechtzuerhalten sei.“<sup>58</sup>

## 4. Zwischenresümee

### 4.1 Legitime Eingriffsziele?

Betrachtet man diese Entwicklungen, lassen sich Gründe für den Wahlrechtsentzug und damit auch Ziele für den Grundrechtseingriff nur schwer feststellen. Seinen Ausgang fand der Wahlrechtsentzug in Anlehnung an den Ehr- bzw Amtsverlust, in Folge ging es vor allem darum, Menschen aufgrund ihres als delinquent definierten Verhaltens oder direkt aufgrund ihres sozialen Status vom Wahlkörper fernzuhalten. Zeitweise könnte man auch sagen, dass Regelungsziel schlicht die Verhinderung der Allgemeinheit des Wahlrechts war. Strafrechtliche Spezial- oder Generalprävention ist nur entfernt auszumachen. Im Hinblick darauf, dass der faktische Ausschluss stets mitkalkuliert wurde, muss der eigentliche Fokus auf den Ausschlussfristen liegen, die vor allem den Eindruck erwecken, die Allgemeinheit von der Mitbestimmung durch gewissermaßen moralisch suspektere Personen zu schützen.

---

54 VfSlg 6.265/1970, 6.266/1970.

55 *Hengstschläger*, Grundrechte und Untersuchungshaft, JBl 1973, 19ff.

56 Eigentlich „besondere Wahlbehörden“, BGBl 1984/232.

57 § 74 iVm §§ 72, 73 NRW 1992.

58 RV 180 BlgNR 18. GP 2.

## 4.2 Verfassungsrechtliche Bedenken

Wendet man das Prinzip der progressiven Allgemeinheit des Wahlrechts auf die historische Entwicklung an, lässt sich vor allem das Jahr 1979 als maßgeblicher Einschnitt identifizieren. Von 1971 an konnten nur mehr Verbrechen zum Ausschluss führen; 1979 wurde nicht mehr an Verbrechen, sondern an Vorsatztaten, die zu einer mehr als einjährigen Haftstrafe führen, angeknüpft, wodurch sich der Kreis potentieller Straftaten, die zu einem Ausschluss führen können, maßgeblich verschoben hat. Zwar führen nun Haftstrafen wegen Verbrechen bis zu einem Jahr nicht mehr zum Ausschluss, doch eine Vielzahl an Vergehen ist potentiell sanktioniert. Mag man hier einwenden, dass 1971 die strafrechtliche Definition von Verbrechen nicht identisch mit jener von 1979 war, kann nur entgegnet werden, dass die aktuell gültige strafrechtliche Definition des § 17 StGB<sup>59</sup> schon ab 1975 in Kraft und bis 1979 wahlrechtlich akzeptiert worden war.

Jedenfalls als Unterschreitung der Allgemeinheit muss in der Zeit von 1979 bis 1992 die kategorische Ausschlussfrist von fünf Jahren angesehen werden, denn der Ausschluss wegen politischer Verbrechen hatte stets mit Ende der Strafe geendet, wegen Vergehen nach drei Jahren. Seit 1992 ist die Ausschlussfrist noch in Hinblick auf politische Verbrechen länger als ursprünglich und damit verfassungsrechtlich bedenklich. Mit der historischen Analyse ist jedenfalls bewiesen, dass im Zeitalter elektronischer Datenverarbeitung verwaltungstechnische Gründe für eine Frist von sechs Monaten nicht erhalten können,<sup>60</sup> wenn es schon 1873 den Wahlbehörden möglich war, ein sofortiges Ende des Ausschlusses zu administrieren.

Eine Analyse der Fristenregelung zeigt aber auch eine ganz offensichtliche Verfassungswidrigkeit: § 22 NRWO sieht vor, dass der Ausschluss nach sechs Monaten endet. Die Frist beginnt aber erst, sobald die Strafe vollstreckt ist und mit Freiheitsentziehung verbundene vorbeugende Maßnahmen vollzogen oder weggefallen sind. Wird also jemand verurteilt und in Folge in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher, entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher oder gefährliche Rückfallstäter eingewiesen, werden diese Zeiten zwar prinzipiell auf die Strafe angerechnet. Die Unterbringung wird aber prinzipiell unbefristet verhängt und unabhängig vom Strafausmaß aufrecht erhalten (§ 25 StGB). Die Unterbringungsentscheidung ist damit kausal für den Wahlrechtsentzug, wodurch an eine gerichtliche Verfügung angeknüpft wird, was seit 1992 verfassungsrechtlich unzulässig ist. Die Rechtslage stellt sich damit auch geradezu spiegelgleich zu jener in *Hirst II* dar, da bei Unterbringung auch eine Dispens von den Nebenfolgen gem § 44 Abs 2 StGB nicht einmal theoretisch möglich ist.

---

<sup>59</sup> Verbrechen sind vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind. Alle anderen strafbaren Handlungen sind Vergehen.

<sup>60</sup> Pabel, ÖJZ 2005, 556; zustimmend auch Schäffer, Art 26 B-VG, 21c.

## 5. Ausblick

Entscheidet der Gesetzgeber sich dafür, eine Wahlrechtsentzug prinzipiell beibehalten zu wollen, stellen sich dabei Fragen zur Modalität der Verhängung und den Gründen, auf denen ein Ausschluss basieren kann.

### 5.1 Anforderungen an Ausschlussgründe

Die historische Analyse hat gezeigt, dass ein explizites Ziel für den Grundrechtseingriff nicht auszumachen ist. Das Erfordernis des „direct link“ zwischen Delikt und Wahlen bzw. demokratischen Institutionen, das der EGMR aufgestellt hat, legitimiert dabei Strafzwecke unter der Voraussetzung der gleichzeitigen Notwendigkeit des Schutzes der Demokratie und engt die möglichen Sachverhalte stark ein. *Pabel* hat diesbezüglich angeführt, dass eine Einschränkung auf bestimmte Straftaten, wie solche in Zusammenhang mit Wahlen, bei Delikten wie Bestechung oder Bestechlichkeit oder anderen gegen den Staat und seine Einrichtungen gerichtete notwendig wäre. Der EGMR führte als Beispiel Fälle an, in denen jemand eine öffentliche Funktion missbraucht habe oder dessen Verhalten eine Gefährdung des Rechtsstaates oder von dessen demokratischen Pfeilern darstelle.

Dadurch würde etwa die Anknüpfung an Verurteilungen nach dem Verbotsgesetz kaum Probleme bereiten, da diese Delikte per se gegen die demokratische Republik gerichtet sind. Relativ unproblematisch wäre auch die Anknüpfung an Delikte aus der Gruppe der strafbaren Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen, wobei aber der Großteil dieser Delikte mit sehr geringen Strafen von zumeist weniger als einem Jahr bedroht ist (§§ 261-268 StGB). Weitreichender ist dann schon die Sanktionsmöglichkeit bei Delikten aus dem Abschnitt Hochverrat und andere Angriffe gegen den Staat (§§ 242-248 StGB), der Angriffe auf oberste Staatsorgane (§§ 249-251 StGB), oder des Landesverrats (§§ 252-258 StGB). Der Zusammenhang zur Demokratie wird schon wesentlich dünner bei strafbaren Handlungen gegen die Staatsgewalt (§§ 269-273 StGB). Die Problematik der Definition über Deliktgruppen zeigt sich dann schließlich vor allem bei der Gruppe der strafbaren Handlungen gegen den öffentlichen Frieden (§§ 274–287 StGB), die sehr weit gezogen ist und ihre volle menschenrechtliche Problematik zuletzt etwa mit Verfahren gegen politische AktivistInnen zeigt.<sup>61</sup> Zu lösen sein kann diese Frage insgesamt daher vermutlich nur über das Tatmotiv, das die institutionelle Demokratie im engen Sinn zum Ziel haben muss. Der Problematik des Ausschlusses von politischen Straftaten war sich der historische Gesetzgeber aber bewusst, als er ausgerechnet politische Verbrechen beim Ausschluss begünstigte.

Führt man die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Wahlrechtsausschlusses weiter, stellt sich

---

61 Siehe dazu *Eva Maria Maier*, „Organisierte“ Kriminalität oder Ziviler Ungehorsam? Methodische und rechtsphilosophische Anmerkungen zur rechtsstaatlichen Problematik der Strafverfolgung von TierschutzaktivistInnen gemäß § 278a StGB, *juridikum* 1/2010, 46ff.

aber vor allem die Frage, wie geeignet ein Ausschluss vom Wahlrecht als Strafe überhaupt sein kann. In vielen Konstellationen wäre es nicht effektiv, einem Menschen, der versucht hat, auf illegale Weise Einfluss auf politische Geschehnisse auszuüben, ausgerechnet die einzig legale Möglichkeit zu nehmen, am Staatsgeschehen mitzuwirken. Es kann noch Sinn machen, jemandem, der etwa Briefwahlkarten missbraucht oder das Wahlgeheimnis verletzt hat, für eine gewisse Zeit kein Stimmrecht zu geben. Ist die Störung der Wahl allerdings schon grundsätzlich gegen Wahlen und demokratische Einrichtungen gerichtet, wird die betreffende Person einen Ausschluss kaum als Strafe empfinden. Und weiter gedacht: wie erforderlich kann eine Strafe überhaupt sein, die von vornherein mehr als 10% der Bevölkerung nicht treffen kann, weil sie nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind und damit ohnedies kein Wahlrecht haben? Hier wird im Umkehrschluss die drängende Frage manifest, welche sachlichen Gründe dafür angeführt werden können, jemandem wegen Bagatelldelikten und Verwaltungsstraftaten die Staatsbürgerschaft und damit das Wahlrecht zu versagen, während auch bei schwersten Delikten in aller Regel das Wahlrecht gewährt werden muss.<sup>62</sup>

Spätestens an diesem Punkt drängt sich auch die Frage nach der Zulässigkeit der Parallelität des Ausschlusses von aktivem und passivem Wahlrecht auf. Schon die legitimen Eingriffsziele müssen beim passiven Wahlrecht anders definiert werden als beim aktiven wodurch sich im Resultat Überschneidungen ergeben können, aber keine Kongruenz. Beim passiven Wahlrecht geht es um die Integrität des demokratischen Staatsapparates, wodurch weiterreichende Ausschlussgründe vorgesehen werden könnten. Gleichzeitig muss nicht in jedem Fall, in dem ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht im öffentlichen Interesse gelegen, geeignet, erforderlich und adäquat ist, dies auch auf das passive Wahlrecht zutreffen. Eine Balance zwischen den Regelungen über den Amtsverlust nach § 27 StGB und dem Entzug der politischen Rechte für oberste Funktionäre nach Art 142 B-VG wird zu finden sein. Auch die deutsche Rechtlage differenziert diesbezüglich etwa.<sup>63</sup>

## 5.2 Anforderungen an einen Ausschlussmechanismus

Nach den Ausführungen des EGMR bleibt zu konstatieren, dass der Mechanismus des § 44 Abs 2 StGB den Anforderungen an eine individuelle Sanktion jedenfalls nicht gerecht wird. Zwar haben RichterInnen theoretisch die Verpflichtung, alle Nebenfolgen in ihr Urteil miteinzukalkulieren, da auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen ist.<sup>64</sup> Dennoch hebt die Konzeption als Nebenfolge die spezifische Begründungspflicht

---

62 Vgl § 10 Abs 1 Z 1 StbG 1985 idF BGBl 2006/37, der den Ausschluss ab irgendeiner Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe vorsieht; dieser Tatbestand verwies lange Zeit auf die Ausschlussgründe in der NRWO; dazu *Stern*, Zwischen permanentem Aufenthaltsrecht und Staatsbürgerschaft, *Migralex* 2007, 97f.

63 § 45 dStGB (seit 1970); auch in Deutschland ist rechtspolitisch umstritten, ob Statusfolgen als strafrechtliche Sanktionen überhaupt vertretbar sind, siehe etwa *Schwarz*, Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts (1991); *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch (2006) 416, 426.

64 § 32 Abs 2 StGB; *Birkbauer/Jesonek*, Nebenfolgen einer gerichtlichen Verurteilung, *RZ* 2005, 51f mwN.

aus. Der Mechanismus kommt einer Beweislastumkehr gleich, indem der oder die Angeklagte einen Antrag auf Dispens stellen muss und begründen, warum er oder sie nicht von der Nebenfolge betroffen sein sollte. Gleichzeitig liegt dadurch der Wahlrechtsausschluss in einer Waagschale mit der Haftstrafe: Geht man davon aus, dass auch bisher die Nebenfolgen im Urteil berücksichtigt wurden und nur durch die Kombination aus Strafe und Nebenfolge Spezial- und Generalprävention angemessen zur Geltung kamen, müsste ohne die Nebenfolge die Haftstrafe höher sein. Damit stellt sich faktisch die Frage, ob man für eine Befreiung vom Wahlrechtsausschluss einen längeren Freiheitsentzug in Kauf nimmt und damit die Wahl zwischen zwei Grundrechten – eine Wahlmöglichkeit, die in den seltensten Fällen zu einem Antrag auf Nichtentzug des Wahlrechts führen wird. Im Urteil *Hirst II* war für den Gerichtshof auch entscheidend, dass der Verlust des Wahlrechts in der Prozedur der Strafverhängung im Vereinigten Königreich keine offenkundige Rolle spielt. Ähnliches kann wohl auch für Österreich bestätigt werden. Damit ist klar, dass strafprozessrechtlich am Entzug des Wahlrechts als zusätzlicher Sanktion, die individuell verhängt werden müsste, wie etwa in Deutschland, kein Weg vorbei führt.<sup>65</sup>

Nicht nachvollziehbar ist hingegen, dass der EGMR einerseits den Ausschluss als Strafe potentiell akzeptiert, in Folge aber herleitet, dass mit Verbüßung der Freiheitsstrafe auch der Wahlrechtsausschluss enden müsse. Ist der Ausschluss Strafe, wäre die Strafe eben noch nicht verbüßt. Ein Ausschluss über die Strafhaft hinaus ist in Österreich aber ohnedies aus verfassungsrechtlichen Erwägungen auf maximal sechs Monate beschränkbar, bei politischen Verbrechen müsste er jedenfalls sofort enden.

### 5.3 Weitere Aspekte

Eine weitere gleichheitsrechtliche Frage im Gesamtkontext ist jene der Anerkennung ausländischer Verurteilungen. Insbesondere seit Einführung der Auslandsbriefwahl 1990 sind die Wertungswidersprüche offensichtlich, wenn etwa eine wegen Völkermord im Ausland verurteilte Person ihre Wahlkarte in die Zelle geschickt bekommt, im Inland aber bereits wegen eines Vergehens ein Wahlrechtsentzug eintreten kann. In einer immer mobiler werdenden Gesellschaft und einem auch im strafrechtlichen Bereich enger zusammenwachsenden Europa, in Hinblick auf die Anerkennung einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, in Konstellationen also, in denen es mitunter von Zufällen abhängen kann, in welchem Staat jemand verurteilt wird, können solche Widersprüche sachlich nicht gerechtfertigt werden. Einwänden, dass eine Anrechnung einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand bedeuten würde<sup>66</sup> ist zu entgegnen, dass sogar ausländische

<sup>65</sup> Wenig nachvollziehbar sind diesbezüglich die Ausführungen von *Schäffer*, der meint, dass es keinen wesentlichen Unterschied machen könne, „ob eine sachlich gerechtfertigte und entsprechend differenzierte Regelung die genannte Wirkung von Gesetzes wegen auslöst oder ob der Wahlrechtsausschluss im Einzelfall durch Gericht auszusprechen ist. Gerade gegen die letztere Lösung könnte sprechen, dass im Streben nach Einzelfallgerechtigkeit keine wirkliche Gleichbehandlung gewährleistet ist.“ *Schäffer*, Art 26 B-VG, 21c.

<sup>66</sup> So das Bundesministerium für Inneres in VfSlg 17.058/2003.

Strafen in österreichischen Gefängnissen vollzogen werden können,<sup>67</sup> und der Staat etwa in ausländerrechtlichen Belangen keine Probleme damit hat, fremde Verurteilungen als gleichwertig anzuerkennen.<sup>68</sup> Wird dem aber entgegengehalten, dass eine Anerkennung ausländischer Verurteilungen vom historischen Verfassungsgesetzgeber nie vorgesehen war und daher verfassungsrechtlich nicht möglich ist<sup>69</sup> kann dies dogmatisch keine Legitimation für eine Ungleichbehandlung sein, sondern schränkt nur die Handlungsoptionen des Gesetzgebers ein: wenn ausländische nicht inländischen Verurteilungen gleichgestellt werden können, müssen inländische ausländischen gleichgestellt werden und damit ebenfalls wahlrechtlich folgenlos bleiben.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber eine Balance zwischen den menschenrechtlichen, verfassungsrechtlichen und historisch gewachsenen Vorgaben findet – und zwar rascher als im Vereinigten Königreich, wo auch fünf Jahre nach dem Urteil *Hirst II* noch keine wesentliche Änderung der Rechtslage zu verzeichnen ist.<sup>70</sup>

Mag. Joachim Stern, MA, ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, und Mitherausgeber des *juridikum*; joachim.stern@univie.ac.at

---

67 Siehe insb Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen, BGBl 1980/249.

68 Vgl § 6 Abs 1 Z 4, § 9 Abs 2 Z 3 AsylG; § 69a Abs 1 Z 1 NAG; § 55 Abs 5, § 60 Abs 2, § 114 Abs 2 FPG; § 10 Abs 1 Z 2, § 14 Abs 1 Z 4 StGB.

69 So der VfGH in VfSlg 17.058/2003.

70 *White*, Convicted prisoners and the franchise, House of Commons Standard Note SN/PC/01764, 11.11.2009, [www.parliament.uk/commons/lib/research/briefings/snpc-01764.pdf](http://www.parliament.uk/commons/lib/research/briefings/snpc-01764.pdf) (30.4.2010); *Foster*, Reluctantly restoring rights: responding to the prisoner's right to vote, *Human Rights Law Review*, 2009, 9(3), 489-507.

# Schauplatz Psychiatrie: Die UbG-Novelle 2010

Elisabeth Hörtlehner

---

## 1. Einleitung

Die Wege in die Psychiatrie sind vielfältig. Zu freiwilligen stationären Aufnahmen, die auf eigenen Wunsch jederzeit beendet werden können, gesellen sich unfreiwillige, die gegen den Willen psychisch Kranker vorgenommen werden. Ist ein/e PatientIn iSd Unterbringungsgesetzes (UbG) „untergebracht“<sup>1</sup>, ist sie/er in einem geschlossenen Bereich angehalten oder auf sonstige Weise in ihrer/seiner Bewegungsfreiheit beschränkt.<sup>2</sup> Die Psychiatrie kann also nicht mehr nach eigenem Belieben verlassen werden. Dass dies in der Praxis immer häufiger vorkommt, zeigen die Unterbringungszahlen<sup>3</sup>, die seit Jahren kontinuierlich steigen und sich im europäischen Spitzenfeld befinden: Waren es im Jahr 2000 lediglich 14.500, gab es im Jahr 2007 schon über 20.000 Unterbringungen.<sup>4</sup> Die Unterbringungsraten variieren österreichweit allerdings sehr stark, was auf unterschiedliche regionale Unterbringungskulturen zurückgeführt wird (kontinuierliches West-Ost-Gefälle mit Führung der Steiermark, Verhältnis der Bundesländer mit höchster und niedrigster Rate ca 2,5:1).<sup>5</sup>

Die Gründe für den Anstieg der Unterbringungen sind nicht ganz eindeutig.<sup>6</sup> In Anbetracht der damit verbundenen massiven Eingriffe in die Freiheitsrechte, sowie der nachhaltigen bis traumatischen Auswirkungen, die Unterbringungen auf die Betroffenen und ihr soziales Umfeld haben können, sind die rechtlichen Kontrollen und strengen Anwendungsvoraussetzungen des UbG besonders wichtig. Tragender Gedanke bei Einführung des UbG im Jahr 1991 war, die Voraussetzungen von Zwangsmaßnahmen zu verengen (insbesondere Präzisierung der Unterbringungsgründe), einer umfassenden Kontrolle zu unterwerfen

---

1 Die Aufnahme auf Verlangen nach dem UbG wird in dieser Arbeit nicht berücksichtigt.

2 § 2 UbG, BGBl 1990/155.

3 Gemessen an allen stationären Aufenthalten beträgt der Anteil der Unterbringungen über 25 %, *Hagleitner/Nepp*, Statistische Informationen zur Vollziehung des Unterbringungsgesetzes 2006/2007, in *Österreichisches Bundesinstitut für Gesundheitswesen ÖBIG* (Hrsg), Unterbringungsgesetz 2006/2007 (2008) [http://www.goeg.at/media/download/berichte/UbG\\_2008.pdf](http://www.goeg.at/media/download/berichte/UbG_2008.pdf), 15 (30.3.2010).

4 *Hagleitner*, Unterbringung in der Psychiatrie: Aktuelle Zahlen und Hintergründe, in *ÖBIG* (Hrsg), UbG aktuell Tagungsband 2009 (2010), [http://www.goeg.at/media/download/Tagungsband\\_UbG\\_aktuell.pdf](http://www.goeg.at/media/download/Tagungsband_UbG_aktuell.pdf), 43 (30.3.2010).

5 *Forster/Kinzl*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz – Eine kritische Würdigung aus sozialwissenschaftlicher Sicht, *iFamZ* 2007, 294.

6 Es wird etwa auf ein Ansteigen Demenzkranker verwiesen sowie auf eine sinkende Toleranzschwelle der Gesellschaft, die zu einem frühzeitigeren Eingreifen der Polizei führt, welche die Leute in die Psychiatrie bringt. Siehe dazu *Salize*, Best Practice: Was können wir von anderen Ländern lernen? in *ÖBIG* (Hrsg), UbG aktuell, 52.

und die Persönlichkeitsrechte der Untergebrachten zu stärken.<sup>7</sup> Unterbringungen sind nur als Ultima Ratio (keine andere Behandlungsmöglichkeiten) in Extremsituationen zulässig, in der psychisch Kranke sich oder andere durch ihre Krankheit erheblich und ernstlich gefährden.<sup>8</sup>

Nach rund 19 Jahren hat das UbGetwas von seinem Pioniergeist verloren und erfuhr vor kurzem seine erste große Novellierung<sup>9</sup> (in Kraft mit 1. Juli 2010). Neben begrüßenswerten Aspekten bringt die Novelle auch äußerst umstrittene Änderungen mit sich, die zu einem Rechtsnachteil für die Betroffenen führen. Der folgende Beitrag wird die zwei strittigsten Neuerungen der Novelle beleuchten. Hierzu gehören: der Wegfall des zweiten ärztlichen Gutachtens bei der Unterbringung (Vier-Augen-Prinzip) und Maßnahmen zur Vermeidung der so genannten „Drehtürpsychiatrie“, die auf längere Aufenthalte in der Psychiatrie abstellen. In diesem Zusammenhang wird auch ein Blick auf die Anhaltebedingungen und weitergehenden Zwangsmaßnahmen während der Unterbringung geworfen.

## 2. „Vier-Augen“ nur mehr auf Verlangen

Der bisherigen Rechtslage zufolge müssen Personen, die in die Psychiatrie gebracht werden (etwa durch die Polizei)<sup>10</sup> von zwei PsychiaterInnen unverzüglich untersucht werden, um das Vorliegen der Unterbringungs Voraussetzungen festzustellen. Die Voraussetzungen sind, dass die Person an einer psychischen Krankheit leidet, durch die sie sich oder andere ernstlich und erheblich gefährdet und alternative Behandlungsmöglichkeiten fehlen.<sup>11</sup> Nur wenn beide FachärztInnen die Voraussetzungen bestätigen, darf die/der Betroffene untergebracht werden (so genanntes „Vier-Augen-Prinzip“).<sup>12</sup> In weiterer Folge muss die Unterbringung unverzüglich dem Bezirksgericht (und der Patientenanwaltschaft) gemeldet werden, welches in Folge über die Rechtmäßigkeit der Unterbringung entscheidet (unverändert).<sup>13</sup>

Nach neuer Rechtslage ist künftig nur mehr ein derartiges Gutachten der/des Abteilungsleiters/ in notwendig. Nur auf Verlangen der/des Patienten/in, deren/dessen Vertreters/in oder der/des Erstuntersuchenden kann ein zweites Gutachten bis zur Erstanthörung eingefordert werden. Wird ein solches Gutachten verlangt, so muss dieses spätestens bis zum Vormittag des auf das

---

7 *Kinzl*, Abteilungskultur und Unterbringungspraxis – Eine soziologische Untersuchung am Beispiel von drei psychiatrischen Abteilungen, Diplomarbeit Universität Wien (2006), 51; siehe auch *Forster*, Psychiatrische Macht und rechtliche Kontrolle (1997); *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995).

8 § 3 UbG.

9 BGBl I 2010/18; angenommen von allen Parlamentsfraktionen außer dem BZÖ.

10 § 8 UbG. Man kann sich aber auch informell einweisen lassen, etwa durch ein Allgemeinkrankenhaus oder aus eigenem Antrieb. Siehe *Hagleitner/Nepp*, Statistische Informationen, 8 ff.

11 § 3 UbG; die Gefährdung muss sich auf die Gesundheit oder das Leben einer Person beziehen, eine Sachbeschädigung reicht nicht, siehe *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> (2005) 35 ff.

12 § 10 UbG.

13 Eine gerichtliche Erstanthörung hat innerhalb von vier Tagen ab der Meldung – was sich nicht mit dem Unterbringungszeitpunkt decken muss! – stattzufinden, eine mündliche Verhandlung über die Zulässigkeit binnen weiterer 14 Tage. Vgl dazu §§ 19ff UbG.



Verlangen folgenden Werktages erstellt werden.<sup>14</sup> Mit der fortschreitenden Dezentralisierung der Psychiatrie (weg von den großen Anstaltspsychiatrien hin zu psychiatrischen Abteilungen in Allgemeinkrankenhäusern) und einem Mangel an PsychiaterInnen begründet der Gesetzgeber diesen Einschnitt. An den kleineren dezentralen Abteilungen befindet sich nämlich in der Nacht, am Wochenende und an Feiertagen meist nur ein/e Facharzt/Fachärztin, wodurch das obligatorische zweite Gutachten nicht ganz so einfach zu erbringen ist (Bereitschaftsdienste). Zudem wird von einer zusätzlichen „Belastung“ der/des Patienten/in durch die zweite Untersuchung gesprochen. Bei „schwer zu beurteilenden Grenzfällen“ oder besonderem „Widerstand des Patienten“ anerkennt der Gesetzgeber zwar die Relevanz der zweiten Untersuchung, hält in diesen Fällen jedoch die Möglichkeit eines zweiten Gutachtens auf Verlangen für ausreichend.<sup>15</sup> Die Gründe, die für den Entfall vorgebracht werden, sind nach Meinung der Autorin im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs unzureichend und haben auch im Begutachtungsverfahren<sup>16</sup> eine Vielzahl an kritischen Stellungnahmen hervorgerufen,<sup>17</sup> die sich für eine Beibehaltung der obligatorischen Doppelprüfung ausgesprochen haben (mitunter mit Modifikationen). Ruft man sich ins Gedächtnis, dass es sich bei Unterbringungen um staatliche Zwangsmaßnahmen handelt, die massiv in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreifen, ist das zweite Gutachten als zusätzlicher Schutzmantel von zentraler Bedeutung, um das Risiko einer Fehlunterbringung zu vermeiden. Auch wenn sich die Gutachten in der Praxis selten widersprochen haben, kann ein zweites Zeugnis im Einzelfall entscheidend sein. Selbst bei Anerkennung der Schwierigkeiten, die die Erstellung des zweiten Gutachtens in den dezentralen Abteilungen auslöst, ist es nicht nachvollziehbar, warum auf dieses in seiner obligatorischen Form zur Gänze verzichtet wird. Ein tragbarer Kompromiss wäre gewesen, dass das zweite Aufnahmezeugnis am nächsten Werktag verpflichtend auszustellen ist und die Unterbringung bis dahin vom ersten Zeugnis abhängt.

### **2.1. Zweites Gutachten auf Verlangen kein adäquater Ersatz**

Die Möglichkeit, ein zweites Gutachten auf Verlangen der/des Patienten/in, deren/dessen Vertreter/in oder der/des Erstuntersuchenden einzuholen, ist angesichts praktischer Umsetzungsschwierigkeiten kein adäquater Ersatz. ÄrztInnen werden wohl in den seltensten Fällen ihr eigenes Urteil bezweifeln und eine zweite Meinung einholen. Und selbst wenn sie das tun, sind die PatientInnen trotzdem vom ärztlichen „Wohlwollen“ abhängig.

Für Betroffene selbst stellt die Unterbringung typischerweise eine enorme Druck- und Stresssitu-

---

14 Falls die Erstanthörung durch das Gericht noch nicht stattgefunden hat, § 10 UbG idF BGBl I 2010/18.

15 Erläut RV 601 BlgNR 24. GP 4.

16 Ministerialentwurf Ub-HeimAuf-Nov 2010, 74/ME 24. GP [http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME\\_00074/imfname\\_165220.pdf](http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00074/imfname_165220.pdf) (30.3.2010).

17 Siehe etwa Stellungnahme VertretungsNetz 8/SN-74/ME 24. GP; Stellungnahme Verband der PsychologInnen 43/SN-74/ME 24. GP; Stellungnahme Anwaltschaft für Menschen mit Behinderung Steiermark und Kärnten 44/SN-74/ME 24. GP.

ation dar, in der alles sehr schnell geht und in der sie selbst oftmals nicht oder nur eingeschränkt in der Lage sind für ihre Rechte mit der nötigen Vehemenz einzutreten. Viele PatientInnen fühlen sich von der für sie unbekanntem Prozedur „regelrecht überrollt“, wie aus Berichten des Vereins *VertretungsNetz* hervorgeht.<sup>18</sup> Aufgrund der psychischen Krankheit wird die Relevanz von Informationen wohl auch nicht immer in ihrer Tragweite erfasst werden können. Die Möglichkeit, das zweite Gutachten auf Verlangen der VertreterInnen der Betroffenen, der PatientenanwältInnen, einzuholen, stößt ebenso auf praktische Schwierigkeiten, insbesondere an den dezentralen psychiatrischen Abteilungen. *VertretungsNetz* weist explizit darauf hin, dass das Einholen des zweiten Gutachtens nicht vom „wohlerwogenen Ermessen der PatientenanwältInnen“ wie es die Erläuterungen formulieren,<sup>19</sup> sondern von den „faktischen Möglichkeiten mit den PatientInnen überhaupt in Kontakt zu treten“ abhängt.<sup>20</sup> Nach *Elke Beermann*, Leiterin des Fachbereichs Patientenanwaltschaft, ist an den meisten dezentralen Standorten – aufgrund der geringen Anzahl von Unterbringungen – lediglich an zwei Tagen pro Woche eine Anwesenheit von PatientenanwältInnen möglich. Zudem sind ihr wenige bis keine Beschwerden von PatientInnen darüber bekannt, dass die zweite Untersuchung als Belastung erlebt wird, wie der Gesetzgeber meint. Wenn sich PatientInnen beschwerten, dann nicht über die Anzahl der Untersuchungen, sondern eher über deren Qualität.<sup>21</sup>

### 3. Vermeidung der „Drehtürpsychiatrie“?

Im Begutachtungsverfahren noch viel heißer diskutiert wurde die Vermeidung der so genannten „Drehtürpsychiatrie“ (viele Unterbringungen in kurzen Zeitabständen). Das UbG, speziell dessen enge Unterbringungs Voraussetzungen, wurde nämlich von einigen ÄrztInnen und Angehörigen für dieses Phänomen (mit)verantwortlich gemacht. Da die Unterbringungs Voraussetzungen (psychische Krankheit, damit verbundene akute Selbst- oder Fremdgefährdung, keine Alternativen) sowohl zu Beginn als auch bei Fortführung der Unterbringung vorliegen müssen, fühlten sich ÄrztInnen genötigt, PatientInnen bereits dann zu entlassen, sobald die akute Gefährdung aufgrund von verabreichten Medikamenten zurückging, die Betroffenen aber noch nicht soweit stabilisiert waren, dass die verordneten Medikamente eigenständig weitergenommen wurden. Folgeunterbringungen innerhalb kurzer Zeitabstände waren (zumindest in Einzelfällen) die Konsequenz.

Anliegen des Gesetzgebers war es nun „durch eine behutsame Gesetzesänderung“ Folgeunterbringungen durch die Möglichkeit von längeren Erstunterbringungen zu vermeiden. Mit dem neuen § 32a soll einer „allzu rigiden Auslegung des UbG“ vorgebeugt und

---

18 *Beermann*, Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie in *Schlaffer/VertretungsNetz* (Hrsg), Jahresbericht 2007/2008, [http://www.vsp.at/fileadmin/user\\_upload/2\\_SERVICE%20Berichte/Jahresbericht\\_07-08\\_web.pdf](http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/2_SERVICE%20Berichte/Jahresbericht_07-08_web.pdf), 26 (31.3.2010).

19 ErläutRV 601 BlgNR 24. GP.

20 Stellungnahme *VertretungsNetz* 8/SN-74/ME 24. GP.

21 *Elke Beermann* im Gespräch mit der Autorin (22.3.2010); siehe auch Interview mit *Elke Beermann* in *Schlaffer/VertretungsNetz* (Hrsg), 12.

geholfen werden den „richtigen“ Entlassungszeitpunkt zu finden.<sup>22</sup> Konkret wird in § 32a UbG festgeschrieben, dass bei der Entscheidung, wie lange PatientInnen noch untergebracht bleiben sollen, eine Interessensabwägung zwischen der Dauer und Intensität der Freiheitsbeschränkung und der erforderlichen Gefahrenabwehr vorzunehmen ist (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, ob die zeitlich begrenzte Fortsetzung, insbesondere ein nur während der Unterbringung zu erwartender Behandlungsfortschritt, die Wahrscheinlichkeit weiterer Folgeunterbringungen wesentlich verringert. In den Erläuterungen wird zudem klargestellt, dass sowohl der Beginn als auch die Fortsetzung einer Unterbringung keine unmittelbare akute Gefährdung erfordert, sondern es ausreichend ist, dass in einem Zeitraum von „einigen Wochen bis wenigen Monaten“ mit einer akuten Gefährdung zu rechnen ist.<sup>23</sup>

Eine wesentliche Neuerung ist durch die Regelung nicht erkennbar, insbesondere keine Änderung der Unterbringungsvoraussetzungen, wie sie im Vorfeld befürchtet wurde. Das nun auf einfachgesetzlicher Ebene verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip war schon bisher verfassungsrechtlich<sup>24</sup> normiert und die Erwähnung, dass eine akute Gefährdung weder bei der Unterbringung noch bei deren Fortsetzung unmittelbar vorliegen muss, entspricht ebenso der Lehre und Judikatur,<sup>25</sup> wie die Berücksichtigung der weiteren Behandlungsbedürftigkeit, wenn diese zu einer akuten Gefährdung führt.<sup>26</sup>

### 3.1. Gefahr: Überbewertung der therapeutisch-präventiven Dimension

Dennoch gibt die explizite Erwähnung des Behandlungsfortschritts Anlass zu Bedenken, insbesondere angesichts der ursprünglichen Ausformung der Bestimmung im Ministerialentwurf, die im Begutachtungsverfahren eine Lawine an besorgniserregten Reaktionen auslöste. Befürchtet wurde, dass dadurch die Unterbringungsvoraussetzungen geändert werden, konkret das Gefährdungskriterium.<sup>27</sup> Im Ministerialentwurf wurde von einer „Dynamisierung des Gefährdungsbegriffes“ gesprochen, die es ermöglichen sollte, PatientInnen „auszubehandeln“. Der „zu erwartende Behandlungserfolg“ wurde ohne nähere Ausführung als Prüfungskriterium der Verhältnismäßigkeit (neben der Gefahrenabwehr) genannt. Nach der Stellungnahme von *Kopetzki*, Medizinrechtsexperte und langjähriger Forscher auf dem Gebiet,<sup>28</sup> wäre die Neuregelung der Abwägungskriterien mit einem neuen Unterbringungsziel (Behandlungserfolg) einher gegangen, womit eine verfassungs-

22 Erläut RV 601 BlgNR 24. GP.

23 Erläut RV 601 BlgNR 24. GP.

24 Art 1 Abs 3 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 (kurz: PersFrSchG).

25 Stellungnahme *Kopetzki*, Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät 38/SN-74/ME 24. GP; siehe ua OGH 28.8.2003, 8 Ob 94/03m; OGH 9.3.1993, 4 Ob 513/93; OGH 11.1.2000, 10 Ob 337/99b.

26 Stellungnahme VertretungsNetz 8/SN-74/ME 24. GP; siehe ua OGH 14.11.1991, 7 Ob 610/91; OGH 16.12.1992, 2 Ob 600/92.

27 Siehe etwa Stellungnahme *Ralsner*, Universität Innsbruck 34/SN-74/ME 24. GP; Stellungnahme VertretungsNetz 8/SN-74/ME 24. GP; Stellungnahme Verein Achterbahn 22/SN-74/ME 24. GP.

28 Siehe etwa *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> (2005); *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995); *Kopetzki*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz – eine kritische Würdigung, iFamZ 2007/22.

widrige Akzentverschiebung zu einer therapeutischen Unterbringung gegeben gewesen wäre.<sup>29</sup> Bei Einführung des UbG wurde aber besonders betont, dass eine Unterbringung aufgrund einer „bloßen Behandlungsbedürftigkeit“ ebenso wenig zulässig ist wie eine Unterbringung „als Maßnahme der Fürsorge“.<sup>30</sup>

Die Einführung des Gefährdungskriteriums als eine der drei Unterbringungsvoraussetzungen stellt historisch betrachtet eine wesentliche Errungenschaft im Unterbringungsrecht dar. Bis zur Novelle des Krankenanstaltsgesetzes 1956 waren die materiell-rechtlichen Kriterien einer psychiatrischen Zwangsanhaltung in Österreich uneindeutig. Seit 1956 gilt das Gefährdungskriterium, in der Praxis hatte es allerdings nur geringe Bedeutung.<sup>31</sup> Mit der Einführung des UbG wurden die Unterbringungsvoraussetzungen verengt, eben ua auf die mit der psychischen Krankheit verbundene akute Selbst- oder Fremdgefährdung. Das Gefährdungskriterium ist auch verfassungsrechtlich<sup>32</sup> und in der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>33</sup> verankert.

Selbst wenn nun mit dem § 32a nichts wesentlich Neues niedergeschrieben wurde, ist die explizite Erwähnung der therapeutischen Dimension der Logik des UbG fremd. Für *Kopetzki* besteht die Gefahr, dass die explizite Berücksichtigung der Therapieziele von rechtsunkundigen AnwenderInnen wie ÄrztInnen als alternative Unterbringungsvoraussetzungen missverstanden werden könnte. Zudem könnte die Zeitspanne, innerhalb der mit der Schädigung zu rechnen ist, überdehnt werden. Die Materialien nennen einige Wochen bis wenige Monate.<sup>34</sup> Dass ein Mehr an Fürsorge und Prävention nach wie vor von einigen Gruppen favorisiert wird, zeigt auch die „vorerst“ nicht verwirklichte Überlegung des Justizministeriums, die in den Erläuterungen zum ME erwähnt wird.<sup>35</sup> Das BMJ schlug vor, den Gefährdungsbegriff bei psychisch erkrankten Minderjährigen schon früher, zu einem Zeitpunkt, an dem sich die Krankheit noch nicht verfestigt hat, anzusetzen, falls durch die Krankheit eine „gedeihliche Entwicklung“ der Persönlichkeit gefährdet wäre. Aufgrund heftiger Kritik von Kinder- und JugendpsychiaterInnen wurde der Vorschlag dann zurückgezogen.

---

29 Stellungnahme *Kopetzki*, Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät 38/SN-74/ME 24. GP.

30 AB 1202 BlgNR 17. GP.

31 *Forster*, Psychiatrische Macht und rechtliche Kontrolle (1997).

32 Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrSchG.

33 Art 14 Abs 1 lit b BGBl III 2008/155; siehe auch *Schulze*, Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in *Handicap International* (Hrsg), Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities (2009).

34 *Kopetzki* im Gespräch mit der Autorin (1.4.2010).

35 ME Ub-HeimAuf-Nov 2010, 74/ME 24. GP Mar 7.

### 3.2. UbG als Grund der Drehtürpsychiatrie?

In Anbetracht des Diskussionsumfangs um die „Drehtürpsychiatrie“ könnte man den Eindruck gewinnen, es gehe um ein äußerst häufiges Phänomen. Nach einer vereinsinternen Statistik<sup>36</sup> von *VertretungsNetz* handelt es sich dabei jedoch um einen relativ kleinen Prozentsatz: im Jahr 2008 wurden lediglich 13,3 % aller untergebrachten Personen zweimal untergebracht, minimale 1,1 % mehr als fünfmal. Zudem steht nicht fest, inwiefern dieser Effekt tatsächlich auf die Unterbringungs Voraussetzungen zurückzuführen ist. Liest man genau, sprechen die Materialien selbst nur von einer angeblichen Mitverursachung. Auch der Soziologe *Rudolf Forster* (Universität Wien) kritisiert, dass der Gesetzgeber keine empirischen Beweise für den Zusammenhang zwischen Unterbringungsdauer und Wiederaufnahmehäufigkeit vorlegt, sondern sich auf ein Hörensagen bestimmter Gruppen verlässt. Aber das Phänomen, dass ein Teil der PatientInnen ihre Medikamente absetzen, ist kein Spezifikum der Unterbringung, sondern auch sonst ein Problem in der Psychiatrie (und in anderen Fächern der Medizin). Oft ist dies auf eine unzureichende Kommunikation und Patientenorientierung zurückzuführen. Mit der nunmehrigen Neuerung könnten die Bemühungen, mit PatientInnen zu tragfähigen Vereinbarungen zu kommen, sogar gemindert werden.<sup>37</sup>

### 3.3. Mangel an extramuralen Strukturen

Sucht man nach weiteren Ursachen für die Drehtürpsychiatrie und dem generellen Anstieg der Unterbringungen, zeigt sich, dass der extramurale Bereich (also die psychosoziale Versorgungsstruktur außerhalb der stationären Psychiatrie, wie etwa Tageskliniken, niedergelassene FachärztInnen, betreute Wohnmöglichkeiten) massive Defizite aufweist.<sup>38</sup> Dieser Bereich könnte aber gerade (Folge)Unterbringungen verhindern. Durch den Ausbau flächendeckender psychiatrischer Not- und Krisendienste könnte Betroffenen schon im Vorfeld geholfen und versucht werden, Akutsituation hintanzuhalten. Ebenso würde eine optimale Nachbetreuung entlassenen PatientInnen dabei helfen, ihren Platz „draußen“ wieder zu finden und diese zur Fortsetzung der Medikamenteneinnahme ermutigen.<sup>39</sup> Engpässe im extramuralen Bereich dürfen nicht ersatzweise durch längere Zwangsunterbringungen in der Psychiatrie gelöst werden.

Im Spannungsverhältnis zum Szenario längerer Unterbringungen macht der Verein *VertretungsNetz* auf einen anderen Trend aufmerksam: den immer noch anhaltenden Bettenabbau

36 Österreichweit mit Ausnahme von Vorarlberg, Stellungnahme VertretungsNetz 8/SN-74/ME 24. GP.

37 Forster im Gespräch mit der Autorin (7.4.2010); siehe auch *Forster/Kinzl*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz – Eine kritische Würdigung aus sozialwissenschaftlicher Sicht, *iFamZ* 2007, 294.

38 Siehe *Katschnig/Denk/Scherer* in *Bundesministerium für Gesundheit und Frauen* (Hrsg.), *Psychiatriebericht* 2004.

39 Zum Mangel und der Bedeutung extramuraler Strukturen siehe: Stellungnahme VertretungsNetz 8/SN-74/ME 24. GP; Stellungnahme RichterInnen 27/SN-74/ME 24. GP; *Korosec et al*, Minderheitsbericht der Untersuchungskommission des Gemeinderates (2009) [http://psychiatrieskandal.files.wordpress.com/2009/02/minderheitsbericht\\_ukomm.pdf](http://psychiatrieskandal.files.wordpress.com/2009/02/minderheitsbericht_ukomm.pdf), 23 ff (16.4.2010).

in der Psychiatrie bei steigenden Unterbringungszahlen aber gleichbleibendem Personalstand, wodurch ein möglicher Kollaps des Systems drohe.<sup>40</sup> Die Überbelegung der Betten könnte übrigens auch ein sehr praxisnaher Grund für frühzeitige Entlassungen sein (Dreh-türeffekt). Wie sich die Bestimmung des § 32a, insbesondere im Hinblick auf die Gesamtdauer der Unterbringungen und die Vermeidung von Folgeunterbringungen, schlussendlich auswirken wird, wird eine Evaluierung zeigen, die dank eines Entschließungsantrags zwei Jahre nach Inkrafttreten des UbG vom Justizministerium durchgeführt werden wird.<sup>41</sup>

#### 4. Anhaltebedingungen

Wie auch immer sich die Umsetzung gestalten wird, kommt es darüber hinaus auf die Frage an, ob PatientInnen wirklich allein durch eine längere Unterbringung die gewünschte Stabilität erreichen können. Unterbringungen als Ultima Ratio können einen ersten Behandlungsschritt darstellen und sind in ausweglosen Extremsituationen sicherlich auch berechtigt. Aber oftmals werden Medikamente und Therapien, die unter Zwang verabreicht werden, von Betroffenen dementsprechend negativ besetzt und abgelehnt.<sup>42</sup> Dass sich diese Haltung durch noch längere zwanghafte Unterbringungen ändert, ist zu bezweifeln. So macht auch der Verein *Achterbahn*, ein Verein von Betroffenen, darauf aufmerksam, dass eine Vertrauensbasis zwischen der/dem Arzt/Ärztin und der/dem Patienten/in Grundstein für einen Behandlungserfolg ist, diese aber nicht durch „Zwangsbeglückung“, sondern nur freiwillig in gelöster Atmosphäre entstehen kann.<sup>43</sup>

Kann diese freiwillige Basis nicht hergestellt werden, ist es umso wichtiger, die Bedingungen der Anhaltungen für PatientInnen so positiv wie möglich zu gestalten und weitere Zwangsmaßnahmen<sup>44</sup> während der Unterbringung so weit wie möglich zu vermeiden. Eine der sensibelsten weiteren Zwangsmaßnahmen stellt sicherlich die weitere Bewegungsbeschränkung (etwa durch Netzbetten oder Gurtfixierungen) dar. Im Jahr 2008 kam es in rund 40 % der Unterbringungen zu dieser Maßnahme, wobei der Einsatz auch hier österreichweit und auch in den einzelnen Abteilungen stark variiert (zwischen 15 und 78 %).<sup>45</sup> Dass die Praxis bei diesen Maßnahmen öfter über das gesetzliche Maß hinausschießt, zeigt sich nicht nur darin, dass das Gericht die Beschränkungen in 60 % der Fälle für unzulässig erklärte<sup>46</sup> (allerdings findet eine Überprüfung nur auf Verlangen statt, was selten der Fall ist), sondern auch in einer Vielzahl an medial hervorgebrachten Psychiatrieskandalen. In Wien wurden in jüngerer Zeit Missstände im Otto-Wagner-Spital, der größten Psy-

---

40 Siehe dazu *Kaufmann/Steffen*, Beschränkungsmaßnahmen im psychiatrischen Alltag, in *ÖBIG* (Hrsg), UbG aktuell, 70.

41 Entschließung des NR 81/E 24. GP.

42 Vgl Stellungnahme HPE ÖSTERREICH – Hilfe für Angehörige psychisch Erkrankter 35/SN-74/ME 24. GP.

43 Stellungnahme Verein Achterbahn 22/SN-74/ME 24. GP.

44 Siehe §§ 33ff UbG.

45 *Beermann*, Zwangsmaßnahmen in *Schlaffer/VertretungsNetz* (Hrsg), 23.

46 *Hagleitner/Nepp*, Statistische Informationen in *ÖBIG* (Hrsg), Unterbringungsgesetz 2006/2007, 26.

chiatrie in Wien, bekannt, die zur Einsetzung einer Untersuchungskommission im Jahr 2008 führten. Kritisiert wurde ua der ungerechtfertigt lange Einsatz von Fixierungen und Netzbetten, bei denen es auch vorgekommen sein soll, dass Personen stundenlang in ihren eigenen Exkrementen lagen – Zustände, die auf eine chronische Unterdotierung und akuten Personalmangel zurückgeführt werden.<sup>47</sup> Auch das Antifolterkomitee des Europarats (CPT)<sup>48</sup> kritisiert nach seinem jüngsten Besuch in der Landesnervenklinik Sigmund Freud in Graz die Art und Weise wie gewisse Zwangsmaßnahmen eingesetzt werden.

Umstritten ist insbesondere der Einsatz des Netzbettes, bei dem käfigartig Seile um das Bett gespannt werden. Das CPT hat sich schon zum wiederholten Male für die Abschaffung von Netzbetten<sup>49</sup> ausgesprochen, so auch in seinem jüngsten Bericht. Zur Anwendung kommen diese, um erregte oder aggressive PatientInnen ruhig zu stellen. Das Komitee konnte diesen erregten Zustand in mehreren Fällen nicht feststellen. Auch gegenüber den Fixierungen übte das CPT Kritik, da PatientInnen häufig vor den Augen von MitpatientInnen ans Bett gefesselt wurden, einmal sogar nackt. Während der Fixierung stand den Betroffenen keine Sitzwache zur Seite, die das Komitee aber dringend empfiehlt, um die Angst der/des Betroffenen zu mildern und adäquat auf deren/dessen Bedürfnisse reagieren zu können.

## 5. Schlussbemerkung

Gespräche und eine intensive Begleitung sollten jedoch nicht nur in solchen zusätzlichen Belastungssituationen auf der Tagesordnung stehen, sondern während der gesamten Unterbringung, um die Bereitschaft der PatientInnen zur Mitarbeit zu steigern. Der erhöhte Einsatz von Zwangsmaßnahmen und die schlechte Betreuung in diesen Situationen werden von den beteiligten AkteurInnen häufig mit einem Ressourcenmangel begründet. Diesen Missständen ist nach Meinung der Autorin jedoch nicht mit einem Abbau an Rechtsschutzmöglichkeiten zu begegnen, wie es teilweise<sup>50</sup> in der Novelle der Fall ist, sondern durch eine Erhöhung der benötigten Ressourcen – und zwar sowohl im extramuralen Bereich, um Unterbringungen überhaupt zu vermeiden, als auch in den Psychiatrien, um den Einsatz von weiteren Zwangsmaßnahmen so gering wie möglich halten zu können.

Mag.<sup>3</sup> (FH) Elisabeth Hörtlehner studiert Rechtswissenschaften in Wien und ist Chefredakteurin des „Juridicum Journals“, der Onlinezeitung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien; elisabeth.hoertlehner@univie.ac.at

47 Korosec *et al*, Minderheitsbericht, 23 ff.

48 Bericht des CPT über seinen Besuch in Österreich vom 15. bis 25. Februar 2009 <http://www.cpt.coe.int/documents/aut/2010-05-inf-deu.pdf> (11.4.2010).

49 Österreichweit werden diese nur mehr in wenigen Bundesländern (darunter Wien und Steiermark) und auch nur in einigen psychiatrischen Abteilungen verwendet.

50 Die Ausweitung der Gerichtskontrolle auf Beschränkungen sonstiger Rechte gemäß § 34a schließt allerdings eine bisherige Rechtsschutzlücke, wobei damit bedenkllicherweise eine ebenso uneingeschränkte Eingriffsbefugnis einhergeht, siehe Stellungnahme *Kopetzki*, Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät 38/SN-74/ME 24. GP.

# Das Recht auf gerichtliche Haftprüfung im Schubhaftregime

Ronald Frühwirth

---

## 1. Einleitung

Das Recht auf persönliche Freiheit weist einige Besonderheiten auf. So ist es das einzige Grundrecht, das neben verfahrens- und materiellrechtlichen Garantien einen eigenständigen Rechtsschutz- und Entschädigungsanspruch in Gestalt des Rechts auf gerichtliche Haftprüfung und des Haftentschädigungsanspruchs aufweist. Dieser gesonderten Stellung im österreichischen Grundrechtssystem liegt die besondere Bedeutung des Rechts auf persönliche Freiheit – iSd Schutzes der Bewegungsfreiheit – für die Inanspruchnahme aller anderen Grundrechte zugrunde.<sup>1</sup>

Vor mehr als 300 Jahren, konkret im Jahr 1679, wurde in England die Habeas Corpus-Akte verabschiedet.<sup>2</sup> Dieses Gesetz beinhaltete die Verpflichtung, eine/n Gefangene/n auf gerichtlichen Befehl zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft vorzuführen. Noch heute wird – über den angloamerikanischen Rechtsraum hinaus – von der Habeas-Corpus-Garantie bzw. der gleichnamigen Doktrin gesprochen, wenn vom Recht auf gerichtliche Haftprüfung in dem Sinne die Rede ist, dass einer Person die Freiheit nur durch gerichtliche Anordnung entzogen werden darf oder – wenn dies durch eine andere Behörde erfolgte – die Rechtmäßigkeit der Fortdauer der Anhaltung bzw. des Freiheitsentzugs durch ein Gericht zu überprüfen ist.

Die österreichische Rechtsordnung sieht in mehreren Gesetzen die Möglichkeit vor, die persönliche Freiheit zu beschränken. Wann ein Freiheitsentzug gesetzlich vorgesehen werden darf, wird in Art 2 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit<sup>3</sup> (in Folge kurz: PersFrSchG) in taxativer Weise aufgezählt. Jede einfachgesetzliche Ermächtigung zum Freiheitsentzug muss daher Deckung in einem der in Art 2 PersFrSchG aufgezählten Gründe finden. Der ausschließliche Charakter dieser Aufzählung ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut des Art 2 PersFrSchG, sehr wohl aber aus den Gesetzesmaterialien und zudem aus Art 1 Abs 2 PersFrSchG, wonach ein Freiheitsentzug nicht aus anderen als den im PersFrSchG genannten Gründen, dh als Strafe, wegen des Verdachts der Begehung einer gerichtlich oder finanzbehördlich strafbaren Handlung oder einer Verwaltungsübertretung, als Beugemittel, wegen Krankheit, zum Zwecke notwendiger Erziehungsmaßnahmen einer minderjährigen

---

1 *Kopetzki in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (Loseblattsammlung) III 5. Lfg (2002) Vorbem PersFrSchG Rz 20 und Art 6 PersFrSchG Rz 4.

2 Vgl zur historischen Entwicklung *Riedel*, Die Habeas Corpus-Akte, 300 Jahre Tradition und Praxis einer britischen Freiheitsgarantie, EuGRZ 1980, 192 mwN.

3 BGBl 684/1988.



Person oder schließlich zur Sicherung einer Ausweisung oder Abschiebung, erfolgen darf.<sup>4</sup> Die in der Praxis häufigste Form des Freiheitsentzugs stellt wohl die strafgerichtliche Verhängung einer Freiheitsstrafe sowie die Anordnung der Untersuchungshaft wegen des Verdachtes der Begehung einer (gerichtlich oder finanzbehördlich) strafbaren Handlung dar. Auch die Zahl der Festnahmen und darauf folgenden kurzfristigen Anhaltungen durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Anwendungsbereich strafrechtlicher, verwaltungsstrafrechtlicher oder sicherheitspolizeilicher Bestimmungen<sup>5</sup> wird beträchtlich sein. Selbst diese mitunter nur kurze Zeit andauernden Anhaltungen bzw Festnahmen können zum Gegenstand eines Haftprüfungsverfahrens gemacht werden, da grundsätzlich bei jeder Form des Freiheitsentzugs, sei er auch noch so kurz, ein Anspruch auf Überprüfung dessen Rechtmäßigkeit besteht.<sup>6</sup> Für diesen Beitrag sind nun aber insbesondere die Möglichkeiten der länger andauernden Formen des Freiheitsentzugs ohne zuvor ergangene gerichtliche Verurteilung von Interesse. Dabei ist insbesondere an folgende zahlenmäßig bedeutende Bereiche zu denken: die Verhängung der Untersuchungshaft nach §§ 173 ff Strafprozessordnung 1975<sup>7</sup> (in Folge kurz: StPO), freiheitsentziehende Maßnahmen nach dem Unterbringungsgesetz<sup>8</sup> (in Folge kurz: UbG) oder dem Heimaufenthaltsgesetz<sup>9</sup> (in Folge kurz: HeimAufG), sowie die Anordnung der Schubhaft nach §§ 76 ff Fremdenpolizeigesetz 2005<sup>10</sup> (in Folge kurz: FPG). Da die Auseinandersetzung mit dem Freiheitsentzug nach dem FPG (bzw dessen Vorgängergesetzen) im Schrifttum bisher spärlich ausgefallen ist und das Haftprüfungsregime in diesem Bereich gravierende Mängel aufweist, beschränkt sich der gegenständliche Beitrag letztlich auf das Schubhaftregime.

## 2. Verfassungsgesetzliche Grundlagen

Verfassungsgesetzlich wird das Recht auf gerichtliche Haftprüfung in Art 5 Abs 4 EMRK und in Art 6 PersFrSchG gewährleistet. Mit Inkrafttreten der EMRK im Jahre 1958 fand sich erstmals eine explizite Habeas-Corpus-Garantie in der österreichischen Rechtsordnung. Art 5 Abs 4 EMRK hat folgenden Wortlaut:

„Jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht ehetunlich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird.“

Die Straßburger Konventionsorgane (EKMR und EGMR) haben in ihrer Rsp aus Art 5

4 134 BlgNR 17.GP 5; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 2 PersFrSchG Rz 3 f.

5 Vgl etwa die entsprechenden Ermächtigungen in § 35 VStG oder § 177 StPO.

6 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 10.

7 BGBl 631/1975 idF BGBl I 52/2009.

8 BGBl 155/1990 idF BGBl I 18/2010.

9 BGBl I 11/2004 idF BGBl I 18/2010.

10 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 122/2009.

Abs 4 EMRK ein über den ursprünglichen Umfang einer Habeas-Corpus-Garantie hinausgehendes Recht auf gerichtliche Haftkontrolle bzw Haftprüfung entwickelt.<sup>11</sup> Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Haft erfolgt dabei sowohl am Maßstab des innerstaatlichen Rechts als auch des Völkerrechts.<sup>12</sup> Es ist daher für eine betroffene Person möglich, die Verletzung innerstaatlicher Normen selbst dann mit Beschwerde an den EGMR zu rügen, wenn diese Normen über den Schutz- bzw Gewährleistungsumfang des Art 5 EMRK hinausgehen.<sup>13</sup> Ein Anspruch auf gerichtliche Haftprüfung besteht immer dann, wenn die Anordnung der Haft von einer Verwaltungsbehörde ausgeht. Wurde die Haft hingegen bereits von einem Gericht angeordnet, wird davon ausgegangen, dass die geforderte nachprüfende gerichtliche Haftprüfung bereits in der gerichtlichen Anordnung „inkorporiert“ sei.<sup>14</sup> Ein Anspruch auf spätere – nochmalige – gerichtliche Prüfung besteht nur dann, wenn neue Umstände die – weitere – Rechtmäßigkeit der Haft in Frage zu stellen geeignet sind.<sup>15</sup> Anderes gilt naturgemäß in Fällen der gerichtlichen Anordnung der Untersuchungshaft. Hier besteht weiterhin ein Anspruch auf neuerliche gerichtliche Haftprüfung.<sup>16</sup> Art 5 Abs 4 EMRK ist nach der Praxis der Konventionsorgane und dem Schrifttum zufolge auf die Gewährleistung der Habeas-Corpus-Garantie – somit auf die Prüfung der Zulässigkeit der Fortdauer der Anhaltung – beschränkt und garantiert demzufolge kein Recht auf Prüfung der Rechtmäßigkeit der Haft nach deren Aufhebung.<sup>17</sup> Strenge Maßstäbe werden hingegen an die Beurteilung der Effektivität des jeweiligen Haftprüfungsverfahrens gelegt.<sup>18</sup>

Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit diesem Grundrecht ein eigenes Bundesverfassungsgesetz gewidmet, das im Jahr 1989 in Kraft getreten ist. In dessen Art 6 Abs 1 wird das Recht auf gerichtliche Haftprüfung geregelt. Die Bestimmung hat nachstehenden Wortlaut:

„Jedermann, der festgenommen oder angehalten wird, hat das Recht auf ein Verfahren, in dem durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs entschieden und im Fall der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird. Die Entscheidung hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung hätte vorher geendet.“

11 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 1.

12 *Grabenuarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> (2009) 182 mwN.

13 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 67.

14 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 12.

15 *Grabenuarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 182 mwN.

16 Vgl zum Haftprüfungsregime im Bereich der Untersuchungshaft die Bestimmungen in §§ 170 ff StPO.

17 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 17 mwN.

18 Vgl jüngst etwa EGMR 11.6.2009, *S.D. gegen Griechenland*, Nr. 53.541/07 = Newsletter 2009/3, 162; In dieser Entscheidung erkannte der EGMR eine Verletzung von Art 5 Abs 4 EMRK dadurch gegeben, dass es dem Beschwerdeführer nicht möglich war, die Rechtmäßigkeit seiner Anhaltung gesondert prüfen zu lassen, weil dies nur im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Ausweisungsentscheidung möglich war. Wenn auch die über die Ausweisungsfrage entscheidende Behörde die Möglichkeit hatte, die Entlassung aus der Haft anzuordnen, war für den EGMR dennoch entscheidend, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Haft nicht von derjenigen der Zulässigkeit der Ausweisung getrennt einer Überprüfung unterzogen werden konnte.

Als Vorbild für diese Bestimmung diene dabei Art 5 Abs 4 EMRK in seiner Ausgestaltung durch die Konventionsorgane.<sup>19</sup> In einigen Punkten geht Art 6 PersFrSchG auch klar über den Gewährleistungsumfang der EMRK hinaus. Dies gilt insbesondere für den im Anwendungsbereich des PersFrSchG nach nunmehr einhelliger Rsp der österreichischen Höchstgerichte und der überwiegenden Lehre bestehenden bleibenden Anspruch auf Haftprüfung auch nach Aufhebung des Freiheitsentzugs.<sup>20</sup> Eine weitere wesentliche Verbesserung ist darin zu erblicken, dass Art 6 Abs 1 PersFrSchG eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Fortsetzung der Haft binnen einer Woche verlangt, solange die betroffene Person noch angehalten wird. Hingegen sieht Art 5 Abs 4 EMRK vor, dass die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Haft „ehetunlich“ zu erfolgen hat. Nach der Rsp des EGMR ergibt sich hier keine abstrakte Festlegung auf einen bestimmten Zeitraum. Der EGMR stellt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls ab.<sup>21</sup>

Art 5 Abs 4 EMRK verlangt, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft durch ein Gericht zu erfolgen hat. Die Rsp des EGMR hält es aber ebenso wie der Wortlaut des Art 6 Abs 1 PersFrSchG – wonach die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde zu erfolgen hat – für ausreichend, wenn die Überprüfung durch eine gerichtsähnliche Behörde erfolgt, sofern diese den Anforderungen an ein „Tribunal“ iSd Art 6 EMRK gerecht wird.<sup>22</sup> Jedenfalls muss die Behörde die Befugnis besitzen, die betroffene Person aus der Haft zu entlassen bzw eine Anordnung zu treffen, welche die haftanordnende Behörde zur Freilassung verpflichtet.<sup>23</sup>

Die Haftprüfung umfasst nur die Frage der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs, nicht dessen Vollzug.<sup>24</sup> Prüfungsmaßstab sind sämtliche materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Der Rsp des VfGH zufolge ist die Rechtmäßigkeit der Anhaltung daher „nach jeder Richtung hin selbständig zu untersuchen und jedwede unterlaufene Gesetzeswidrigkeit, also nicht etwa nur qualifiziert rechtswidriges behördliches Handeln, festzustellen und aufzugreifen.“<sup>25</sup>

Aus der Rsp des EGMR ergeben sich auch Mindestanforderungen an das Haftprüfungsverfahren. Zwar müssen nicht die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK, zumindest aber grundlegende Garantien zum Begriff des „fairen Verfahrens“ nach Art 6 EMRK eingehalten werden. Dabei ist jedenfalls der Grundsatz der Waffengleichheit zu gewährleisten. Die Rsp verlangt insbesondere die persönliche Anhörung der vom Freiheitsentzug betroffenen Person, sowie das Bestehen eines Anspruchs auf Rechtsvertretung. Das entscheidende Gericht bzw die unabhän-

19 134 BlgNR 17. GP 7; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Vorbem Rz 8 mwN.

20 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 10, 16 ff mwN.

21 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention 182 f mwN; vgl jüngst etwa EGMR 19.1.2010, Z.N.S. gegen Türkei, Nr. 21.896/08: In dieser Entscheidung hielt der EGMR fest, dass eine Verfahrensdauer von zwei Monaten und zehn Tagen nicht den Anforderungen an ein „speedy judicial review“ genügt.

22 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention 183 mwN.

23 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 26 f.

24 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 11.

25 VfSlg 13.037/1992, 13.039/1992, 13.453/1993, 13.806/1994.

gige Behörde muss sich mit den wesentlichen Aspekten des Vorbringens der inhaftierten Person auseinandersetzen, zudem muss gewährleistet sein, dass ihr die Gründe für die Inhaftierung bekannt gegeben werden und sie bzw ihr Rechtsbeistand rechtzeitig und umfassend Einsicht in die Verfahrensakten erhält und Anträge der Staatsanwaltschaft (bzw der sonstigen haftanordnenden Behörde) auf Haftverlängerung zugestellt erhält.<sup>26</sup> Insbesondere verlangt Art 5 Abs 4 EMRK eine organisationsrechtliche Garantie der Unabhängigkeit des Haftprüfungsorgans, die mit jener des Art 6 Abs 1 EMRK deckungsgleich ist. Entscheidend ist, dass durch das Verfahren ein *effektiver* und *zugänglicher* Rechtsschutzweg garantiert ist.<sup>27</sup> Zu gewährleisten ist aber grundsätzlich lediglich das Recht, ein Haftprüfungsverfahren beantragen zu können. Weder Art 5 Abs 4 EMRK noch Art 6 Abs 1 PersFrSchG verlangen die Einrichtung eines amtswegigen Haftprüfungsverfahrens.<sup>28</sup> Anders stellt sich dies aber im Anwendungsbereich von Art 6 Abs 2 PersFrSchG dar, wonach im Falle einer Anhaltung von unbestimmter Dauer deren Notwendigkeit in angemessenen Abständen durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde zu überprüfen ist. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Im Falle einer Anhaltung von unbestimmter Dauer ist deren Notwendigkeit in angemessenen Abständen durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde zu überprüfen.“

Nach der Praxis der Konventionsorgane soll eine wiederholte Prüfung dann durchgeführt werden, wenn unabhängig vom Umstand, ob der Freiheitsentzug für bestimmte oder unbestimmte Dauer angeordnet worden ist, die Gründe, welche die Anhaltung ursprünglich rechtfertigten, nachträglich wegfallen können. Aufgrund der Orientierung der Bestimmungen des PersFrSchG an der Rsp der Konventionsorgane,<sup>29</sup> ist diese Auslegung auch auf Art 6 Abs 2 PersFrSchG zu übertragen. Demnach ist unter einer „Anhaltung von unbestimmter Dauer“ iSd Art 6 Abs 2 PersFrSchG auch eine für eine bestimmte Dauer angeordnete Anhaltung zu sehen, „sofern deren Rechtmäßigkeit durch den aufrechten Bestand bestimmter Haftvoraussetzungen bedingt ist“.<sup>30</sup> Dies trifft auf die Schubhaft zu, da sich die Haftvoraussetzungen insbesondere im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit der durch die Haft zu sichernden Abschiebung, oder die Haftfähigkeit rasch ändern können und daher eine ständige Prüfung dahingehend geboten ist, ob sich die Aufrechterhaltung der Haft noch als verhältnismäßig erweist. Im Anwendungsbereich des Art 6 Abs 2 PersFrSchG hat die Haftprüfung von Amts wegen und nicht lediglich aufgrund eines darauf gerichteten Antrags stattzufinden, weil nur so die Gewährleistung des Anspruchs auf Prüfung in angemessenen Abständen möglich ist.<sup>31</sup>

---

26 Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention 183 f mwN; Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 33 und 42 ff.

27 Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 32 mwN.

28 Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 34.

29 134 BlgNR 17. GP 7; Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Vorbem Rz 8 mwN.

30 Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 55 mwN.

31 Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 56 und 60.

### 3. Die Haftprüfung nach dem FPG 2005

#### 3.1. Grundsätzliches

Gemäß § 82 Abs 1 Z 3 FPG hat jede Person das Recht, den (örtlich zuständigen) unabhängigen Verwaltungssenat (in Folge: UVS) mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheids, der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn gegen sie die Schubhaft erlassen wurde. Damit ist zunächst das Recht der in ihrer persönlichen Freiheit beschränkten fremden Person gewährleistet, die Durchführung eines Haftprüfungsverfahrens durch eine unabhängige Behörde beantragen zu können, der Tribunalcharakter zukommt.<sup>32</sup>

Auch die übrigen verfassungsrechtlichen Vorgaben an ein Haftprüfungsverfahren scheinen – auf den ersten Blick – gegeben. So hält § 83 Abs 2 Z 2 FPG fest, dass die Entscheidung über die Fortsetzung der Schubhaft binnen einer Woche zu ergehen hat, es sei denn, die Anhaltung des/der Fremden hätte vorher geendet. Die Schubhaftbeschwerde nach § 82 Abs 1 FPG kann gemäß Abs 2 *leg cit* sowohl beim örtlich zuständigen UVS, als auch bei der Behörde eingebracht werden, die den Schubhaftbescheid erlassen hat. Sofern die Anhaltung noch andauert, hat die Fremdenpolizeibehörde gemäß § 82 Abs 3 FPG dafür zu sorgen, dass eine bei ihr eingebrachte Schubhaftbeschwerde spätestens zwei Werkzeuge nach ihrem Einlangen dem UVS vorliegt. Die einwöchige Entscheidungsfrist beginnt in diesem Fall aber nicht erst mit dem Einlangen der Beschwerde beim UVS, sondern schon mit dem Einlangen bei der Fremdenpolizeibehörde zu laufen.<sup>33</sup>

Im Übrigen hat lediglich die Entscheidung über die Fortsetzung der Haft binnen einer Woche zu ergehen.<sup>34</sup> Darüber kann auch in einem gesonderten Bescheid abgesprochen werden, während über die Frage der Rechtmäßigkeit des Schubhaftbescheids, der Festnahme sowie der bisherigen Anhaltung eine Entscheidungsfrist von sechs Monaten gemäß § 73 Abs 1 AVG offen steht. Die Entscheidung über die Fortsetzung der Haft ergeht auch unabhängig davon, ob zu einem früheren Zeitpunkt eine Rechtswidrigkeit vorgelegen hat.<sup>35</sup> Der angerufene UVS hat die Frage der Zulässigkeit der Fortdauer der Anhaltung von Amts wegen in alle Richtungen hin zu überprüfen, unabhängig vom konkreten Beschwerdevorbringen.<sup>36</sup> Hinsichtlich der Frage der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheids, der Festnahme und der bisherigen Anhaltung bzw im Falle der vor der Entscheidung des UVS erfolgten Beendigung der Anhaltung, ist der UVS hingegen lediglich gehalten, im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte über die behauptete Rechtswidrigkeit zu entscheiden.<sup>37</sup>

32 Vgl zur Tribunalqualität der UVS in diesem Zusammenhang: *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 9 mwN.

33 VfGH 05.03.2007, B 1091/06; *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 46 ff, insb Rz 50.

34 VwGH 26.4.2002, 99/02/0034.

35 952 BlgNR 22. GP 106; siehe auch VwGH 26.4.2002, 99/02/0034 unter Hinweis auf VfSlg 14.193/1995.

36 VfSlg 16.079/2001.

37 952 BlgNR 22. GP zu 106; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 204.

Entscheidet der angerufene UVS, dass die Voraussetzungen für die weitere Anhaltung in Schubhaft bestehen, so stellt diese Entscheidung einen neuerlichen Titel für die Anhaltung der betroffenen Person in Schubhaft dar,<sup>38</sup> während im gegenteiligen Fall gemäß § 81 Abs 1 Z 2 FPG die Schubhaft von der Fremdenpolizeibehörde durch Entlassung der betroffenen Person formlos aufzuheben ist. Der UVS ist daher auch ermächtigt, im Falle der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheids, der Festnahme oder der bisherigen Anhaltung einen weiteren bzw neuen Anhaltegrund für die Fortsetzung der Schubhaft zu schaffen.<sup>39</sup>

### 3.2. Mündliche Verhandlung

§ 83 Abs 2 FPG normiert zum Verfahrensablauf, dass die Bestimmungen der §§ 67c bis 67g sowie 79a AVG – dh die Bestimmungen betreffend das Verfahren aufgrund einer Beschwerde wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Maßnahmenbeschwerde) – anzuwenden sind. Gemäß § 83 Abs 2 Z 1 FPG kann eine mündliche Verhandlung unterbleiben, wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint. Diese Möglichkeit steht den Gesetzmaterialeien zufolge in Zusammenhang mit der kurzen Entscheidungsfrist von einer Woche und soll gewährleisten, dass der Eingriff in die persönliche Freiheit so kurz wie möglich dauert.<sup>40</sup> Angesichts der kurzen Entscheidungsfrist sind nach Ansicht des VwGH eingehende amtswegige Erhebungen von vornherein ausgeschlossen, was aber nicht bedeutet, dass der UVS von jeglichen Erhebungen Abstand nehmen und der für die angehaltene Person günstigeren Variante den Vorzug geben kann.<sup>41</sup> Hinsichtlich der Prüfung der Frage des Ausmaßes der beruflichen oder sozialen Verankerung im Inland sind dem UVS jedenfalls entsprechende Ermittlungen abzuverlangen.<sup>42</sup> Trifft er gar trotz eines entsprechenden Vorbringens in der Schubhaftbeschwerde keinerlei Feststellungen dazu, ist das durchgeführte Verfahren mit einem relevanten Verfahrensmangel belastet.<sup>43</sup>

---

38 VfSlg 13.660/1993; VwGH 26.4.2002, 99/02/0034; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde, 204 f; krit *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 28, der diese Konzeption der Schaffung eines neuen Rechtstitels für die künftige Anhaltung nicht durch den Wortlaut des Art 6 PersFrSchG gedeckt sieht und meint, dies widerspreche der Kontrollfunktion der Haftprüfung, zumal die Haftprüfungsentcheidung dann als „autoritative Anordnung des weiteren Freiheitsentzugs gedeutet wird“. Entschärft wird dieser berechtigte Einwand mE dadurch, dass die betroffene Person die Möglichkeit hat, jederzeit eine neuerliche Schubhaftbeschwerde einzubringen, wobei der UVS nur dann von entschiedener Sache ausgehen kann, wenn sich die spätere Beschwerde auf einen Zeitraum bezieht, über den schon abgesprochen wurde (vgl etwa VwGH 18.2.2009, 2006/21/0125 mwN).

39 Vgl VfSlg 13.660/1993; VfSlg 13.806/1994; VwGH 31.3.2000, 2000/02/0007; 26.4.2002, 99/02/0034; sowie *Riell/Schrefler-König/Szymanski/Schmalzl*, Praxiskommentar zum Fremdenpolizeigesetz (Loseblattausgabe) Grundlieferung (2006), § 83 Anm 3.

40 952 BlgNR 22. GP 106.

41 VwGH 17.12.1999, 99/02/0294; 28.1.2000, 99/02/0335.

42 VwGH 27.3.2007, 2005/21/0381; 28.6.2007, 2005/21/0288.

43 VwGH 28.6.2007, 2004/21/0003 unter Hinweis auf VwGH 22.6.2006, 2006/21/0081.

### 3.3. Gründe für eine Schubhaftbeschwerde

Eine Schubhaftbeschwerde kann wegen der behaupteten Verletzung jedes verfassungsgesetzlich oder einfachgesetzlich gewährleisteten Rechts im Zuge des Freiheitsentzugs bzw während der Anhaltung ergriffen werden.<sup>44</sup> Denkbare Gründe wären etwa das mangelnde Bestehen eines Sicherungsbedarfs<sup>45</sup>, die fehlende Auseinandersetzung mit einem allfälligen Auskommen mit gelinderen Mitteln<sup>46</sup>, eine Verletzung der Informationspflichten im Zuge der Festnahme,<sup>47</sup> eine Überschreitung der im jeweiligen Fall höchstzulässigen Anhaltedauer<sup>48</sup>, der Wegfall des Haftzwecks bzw die Aussichtslosigkeit der Erreichung des Haftzwecks (allenfalls innerhalb der höchstzulässigen Schubhaftdauer)<sup>49</sup>, aber etwa auch eine mittlerweile eingetretene Haftunfähigkeit<sup>50</sup> zB aufgrund Krankheit, Gebrechlichkeit oder Schwangerschaft.

Jedenfalls keinen Grund für die Erhebung einer Schubhaftbeschwerde stellt die Frage der Zulässigkeit bzw Rechtmäßigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat dar.<sup>51</sup> Diese Frage ist entweder im Asylverfahren oder (nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des BGBl I 122/2009 und der damit einhergehenden Novellierung von § 51 FPG) im fremdenpolizeilichen Verfahren zu klären. Sehr wohl hat sich der UVS aber mit einer allfälligen Verletzung des Refoulementschutzes in solchen Fällen zu beschäftigen, in denen der betroffenen Person die Möglichkeit versagt geblieben ist, die Frage in einem Aufenthaltsverbots- oder Ausweisungsverfahren zu relevieren, was etwa bei der Schubhaft zur Sicherung der Zurückschiebung der Fall ist.<sup>52</sup>

Hingegen können Säumigkeiten der Asylbehörden sehr wohl im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung geltend gemacht werden. Gemäß § 80 Abs 1 FPG ist es nämlich Aufgabe der Fremdenpolizeibehörde, den Fortgang der von den Asylbehörden zu führenden Verfahren zu beobachten. Auch der Verwaltungsgerichtshof geht von einer diesbezüglichen Verpflichtung der Fremdenpolizeibehörden bzw der Schubhaftprüfungsbehörde aus, derartige Umstände im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Würdigung zu unterziehen.<sup>53</sup> Die Fremdenpolizeibehörde hat daher die Pflicht, gegenüber der Asylbehörde darauf zu drängen, dass Säumigkeiten nicht entstehen, oder aus beobachteten Säumigkeiten die Konsequenzen hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Schubhaft zu ziehen.

44 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 22 ff mwN.

45 Vgl dazu jüngst die Ausführungen in VwGH 25.3.2010, 2009/21/0276.

46 VwGH 27.5.2009, 2008/21/0283; 30.4.2009, 2006/21/0350; 28.2.2008, 2007/21/0512.

47 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 22 mwN.

48 VwGH 31.3.2008, 2008/21/0053.

49 VwGH 23.10.2008, 2006/21/0128.

50 VfSlg 16.197/2001; VwGH 29.4.2008, 2006/21/0127. Dabei kann der Gesundheitszustand im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch dann zur Rechtswidrigkeit der Anhaltung führen, wenn noch keine Haftunfähigkeit erreicht ist: VwGH 8.7.2009, 2008/21/0404.

51 VwGH 23.2.2001, 98/02/0276; 18.5.2001, 2001/02/0056.

52 *Wiederin*, Voraussetzungen der Schubhaft, ZUV 1996, 13; *Eisenberger/Ernöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde, 206 mwN.

53 Vgl etwa VwGH 17.7.2008, 2007/21/0560 unter Hinweis auf VwGH 19.6.2008, 2007/21/0509.

Angesichts des Umstands, dass die Rechtmäßigkeit der Führung eines Konsultationsverfahrens des Bundesasylamts mit einem anderen europäischen Staat zur Klärung der Frage der Zuständigkeit zur Prüfung eines Asylantrags von der betreffenden Person keiner gesonderten Prüfung unterzogen werden kann, ist der UVS im Rahmen eines Schubhaftprüfungsverfahrens mE auch zur Entscheidung über die Zulässigkeit eines solchen asyrechtlichen Konsultationsverfahrens berechtigt.<sup>54</sup> Sofern nämlich keine Gründe für ein solches Konsultationsverfahren vorliegen, fällt bei Asylsuchenden in der Regel auch der Schubhafttatbestand (§ 76 Abs 2 Z 2 oder Z 4 FPG) weg.

Der UVS als Haftprüfungsbehörde ist – wie schon dargestellt – verpflichtet, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine von der Fremdenpolizeibehörde zur Begründung der Anordnung der Schubhaft herangezogene Ausweisungsentscheidung durchsetzbar ist. Dabei hat er nicht nur auf formale Kriterien abzustellen und sich nicht nur mit der Frage zu befassen, ob eine grundsätzlich zulässige Ausweisungsentscheidung auch durchsetzbar ist. Vielmehr wird vom UVS auch eine Auseinandersetzung mit der Rechtmäßigkeit der Erlassung der Ausweisungsentscheidung verlangt. Der UVS ist daher im Rahmen seiner Haftprüfung gehalten zu berücksichtigen, ob der Vollstreckbarkeit eines Aufenthaltsverbots Gemeinschaftsrecht entgegensteht und damit auch verpflichtet, die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Fremdenpolizeibehörden im Aufenthaltsverbotsverfahren einer Überprüfung zu unterziehen.<sup>55</sup>

### 3.4. Kosten

§ 83 Abs 2 FPG verweist – wie schon dargestellt – hinsichtlich des Verfahrensablaufs auf die Bestimmungen der §§ 67c bis 67g sowie 79a AVG – dh auf das Maßnahmenbeschwerdeverfahren. Gemäß § 79a Abs 2 AVG ist die von der Anhaltung betroffene Person als Beschwerdeführerin obsiegende Partei, wenn der angefochtene Verwaltungsakt für rechtswidrig erklärt wird und hat in diesem Fall gemäß § 79a Abs 1 AVG einen Anspruch auf Kostenersatz gegen die schubhaftanordnende Behörde. Gemäß § 67c Abs 3 AVG ist die beschwerdeführende Partei bereits dann als obsiegende Partei anzusehen, wenn der angefochtene Verwaltungsakt in wenigstens einem Punkt für rechtswidrig erklärt wird.<sup>56</sup> Die hA geht davon aus, dass dies aber nicht für den Kostenersatz im Schubhaftbeschwerdeverfahren gilt. Begründet wird dies mit einer Entscheidung des VwGH, in der festgehalten wurde, dass ein Kostenersatz nicht stattzufinden hat, wenn die „Beschwerde gegen den einen Verwaltungsakt der Fortsetzung der Anhaltung in Schubhaft nur zum Teil zum Erfolg gelangte [...] weil eine analoge Anwendung des § 50 VwGG nicht in Betracht kommt [...] und § 79a Abs 2 und 3 AVG nur bei gänzlichem Obsiegen anzuwenden sind.“<sup>57</sup> Wenn also eine Schubhaftbeschwerde insofern

---

54 So auch *Fefßl*, Anmerkungen zur Ausweisung nach dem AsylG 2005 und zum sogenannten Ausweisungsverfahren, ZUV 2005, 137.

55 VwGH 20.12.2007, 2004/21/0319. Vgl dazu auch *Khakzadeb-Leiler*, Vorläufiger Rechtsschutz: Zur Schubhaft während eines Vorabentscheidungsverfahrens, *migralex* 2009, 9.

56 *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde 88 f.

57 VwGH 5.9.2002, 2001/02/0209; *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Maßnahmenbeschwerde 89, FN 158.



teilweise erfolgreich ist, als nur ein gewisser Zeitraum der Anhaltung für rechtswidrig erkannt wird, ist kein Kostenersatz zuzusprechen. Der VwGH stützt seine Ausführungen darauf, dass es sich beim Beschwerdegegenstand der Fortsetzung der Anhaltung in Schubhaft um (in numerischer Hinsicht) *einen* Verwaltungsakt handelt. ME ist dieses Ergebnis nicht nachvollziehbar, zumal ansonsten im Maßnahmenbeschwerdeverfahren nach § 67c Abs 3 AVG gilt, dass die beschwerdeführende Partei schon dann als obsiegende anzusehen ist, wenn der angefochtene Verwaltungsakt in wenigstens einem Punkt für rechtswidrig erklärt wird,<sup>58</sup> und – wie dargestellt – § 83 Abs 2 FPG für das Schubhaftbeschwerdeverfahren auch auf diese Bestimmung verweist. Die UVS verkennen darüber hinaus bei der Anwendung dieser verwaltungsgerichtlichen Rsp idR Folgendes: Es wurde schon oben – Punkt 3.1. – ausgeführt, dass lediglich die Entscheidung über die Fortsetzung der Haft binnen einer Woche zu ergehen hat, während über die Frage der Rechtmäßigkeit des Schubhaftbescheids, der Festnahme sowie der bisherigen Anhaltung auch eine gesonderte Entscheidung ergehen kann. Angesichts dessen wäre es also möglich, eine Beschwerde zur Prüfung der Voraussetzungen für die Fortsetzung der Haft einzubringen und mit gesonderter Beschwerde die übrigen Fragen zu relevieren. Demnach könnte bei der Einbringung einer Schubhaftbeschwerde von mehreren Verwaltungsakten ausgegangen werden, nämlich der Anordnung der Schubhaft, der Festnahme, der bisherigen Anhaltung und der Fortsetzung der Anhaltung in Schubhaft. Dies würde dazu führen, dass für jeden dieser Verwaltungsakte gesondert Kosten zuzusprechen wären und erscheint auch deshalb möglich, weil grundsätzlich zu jedem dieser Verwaltungsakte gesonderte Entscheidungen denkbar sind. So könnte sich etwa eine Festnahme als rechtmäßig, die darauf folgende Anordnung der Schubhaft aber als rechtswidrig erweisen. Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass die Frage der Fortsetzung der Anhaltung in Schubhaft einer gesonderten Beschwerdeerhebung zugänglich ist, weshalb dafür mE gesondert von der übrigen Entscheidung Kostenersatz zuzusprechen wäre.

#### 4. Kritik

Es wurde bereits dargestellt, dass den verfassungsgesetzlichen und völkerrechtlichen Anforderungen an ein Haftprüfungsverfahren dann entsprochen wird, wenn mit dem Verfahren ein *effektiver* und *zugänglicher* Rechtsschutzweg garantiert ist.<sup>59</sup> Das dargestellte Haftprüfungsregime des FPG genügt diesen Ansprüchen – wie zu zeigen sein wird – in mehrfacher Hinsicht nicht. Hinzu kommen Mängel in der Vollziehung, die zu ständigen Verletzungen des Rechts auf gerichtliche Haftprüfung führen.

##### 4.1. Zur Notwendigkeit der amtswegigen Verfahrenseinleitung

Im Anwendungsbereich des FPG ist es im äußersten Fall möglich, eine Person sechs Monate lang in Schubhaft anzuhalten, ohne sie zu den Haftgründen gerichtlich vernehmen und ohne

---

<sup>58</sup> Eisenberger/Emöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde, 88 f unter Hinweis auf VwGH 22.10.2002, 2001/01/0388.

<sup>59</sup> Kopetzki in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 32 mwN.

ein gerichtliches Haftprüfungsverfahren durchführen zu müssen. Eine amtswegige Schubhaftprüfung ist nämlich gemäß § 80 Abs 6 FPG nur dann vorgesehen, wenn die betroffene Person länger als sechs Monate durchgehend in Schubhaft angehalten werden soll. Nach dem Tag, an dem die Anhaltung einen Zeitraum von sechs Monaten überschritten hat, ist der örtlich zuständige UVS gehalten festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen und ob die Aufrechterhaltung der Schubhaft verhältnismäßig ist. Die Fremdenpolizeibehörde hat die Verwaltungsakten rechtzeitig vorzulegen – sodass dem UVS eine Woche zur Entscheidung vor dem gegenständlichen Termin bleibt – und im Zuge dessen zu begründen, warum die Aufrechterhaltung der Schubhaft notwendig und verhältnismäßig ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Gesetzesmaterialien ausführen, dass die Wahl der Formulierung „binnen 24 Monaten länger als sechs Monate“ den Zweck hat zu verhindern, dass die Schubhaft unterbrochen wird, somit die Frist von neuem beginnt und dadurch die obligatorische Haftprüfung durch den UVS umgangen wird.<sup>60</sup> Tatsächlich findet sich die in den Gesetzesmaterialien zitierte Formulierung aber nicht im Gesetz, wo es vielmehr heißt, dass die obligatorische Haftprüfung stattzufinden hat, sofern „der Fremde länger als sechs Monate durchgehend in Schubhaft angehalten werden“ soll. Daraus wäre also der Schluss ableitbar, dass der Gesetzgeber durch diese im Gesetzgebungsprozess erst später ergangene Änderung der Wortwahl in § 80 Abs 6 FPG die Möglichkeit in Kauf nimmt, dass die obligatorische Schubhaftprüfung durch eine kurzfristige Schubhaftunterbrechung umgangen wird, zumal eine „durchgehende“ Anhaltung in Schubhaft über mehr als sechs Monate dann nicht mehr gegeben wäre. Höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu fehlt – soweit ersichtlich – noch. Nachdem es der Vollziehung aber leicht möglich wäre, die obligatorische Schubhaftprüfung bei Überschreiten der sechsmonatigen Anhaltedauer durch eine kurzzeitige Entlassung auszuhebeln, ist mE im Sinne der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes davon auszugehen, dass jeweils dann von Amts wegen ein Haftprüfungsverfahren einzuleiten ist, wenn die betroffene Person innerhalb eines Zeitraumes von 24 Monaten mehr als sechs Monate in Haft angehalten werden soll. Schließlich normiert auch § 80 Abs 4 FPG, dass die höchstzulässige Anhaltedauer jeweils für den Zeitraum von 24 Monaten gilt, ohne dabei auf eine durchgehende Anhaltung abzustellen. Ungeachtet dessen wäre die Durchführung einer obligatorischen Haftprüfung bereits vor Ablauf einer sechsmonatigen Anhaltedauer im Sinne der Gewährleistung der Zugänglichkeit eines Rechtsschutzweges geboten. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass es sich bei in Schubhaft angehaltenen Personen ausschließlich um fremde Staatsangehörige handelt, die in der überwiegenden Zahl von Fällen weder mit der österreichischen Rechtsordnung noch mit der deutschen Sprache vertraut sind. Hinzu kommt, dass sie zumeist über keinen Rechtsbeistand verfügen und sehr oft als einkommens- und vermögenslos anzusehen sind.

---

60 952 BlgNR 22. GP 106.

Ein Schubhäftling wird daher in den meisten Fällen nicht in der Lage sein, eine (gemäß Art 8 B-VG in deutscher Sprache zu verfassende) Beschwerde einzubringen. Zu diesem Unvermögen kommt auch schlichte Unkenntnis von der Möglichkeit, ein Haftprüfungsverfahren einleiten zu können. Gerade bei Angehaltenen in der soeben näher dargestellten Situation kommt dem Aspekt der Rechtskenntnis besondere Bedeutung zu. Dem kann – wie eine empirische Untersuchung des Büros des UN-Hochkommissariats für Flüchtlinge in Österreich<sup>61</sup> sowie ein Bericht des Menschenrechtsbeirats<sup>62</sup> zeigen – auch nicht durch bloßen Hinweis auf die Möglichkeit der Schubhaftbeschwerde im Schubhaftbescheid begegnet werden. Diesen Umständen könnte nur durch die Einführung einer amtswegigen Schubhaftprüfung begegnet werden. Auch im Haftregime der StPO sowie in Fällen des Freiheitsentzugs nach dem UbG ist schließlich ein amtswegiges Haftprüfungsverfahren vorgesehen. So bestimmen etwa §§ 174 f StPO, dass ein/e festgenommene/r Beschuldigte/r unverzüglich nach seiner/ihrer Einlieferung in die Justizanstalt vom Gericht zu den Voraussetzungen der Untersuchungshaft zu vernehmen ist. Das Gericht hat sodann innerhalb von längstens 48 Stunden darüber zu entscheiden, ob die Untersuchungshaft verhängt wird. In weiterer Folge hat innerhalb von 14 Tagen nach der Verhängung der Untersuchungshaft die nächste gerichtliche Haftprüfung stattzufinden, im Zuge derer eine mündliche Verhandlung anzuberaumen ist, in der die Staatsanwaltschaft, die angehaltene Person und deren Rechtsbeistand sowie deren gesetzliche/r Vertreter/in und der/die Bewährungshelfer/in anzuhören sind. Das strafgerichtliche Haftregime sieht sodann ein weiteres, strenges Prozedere vor, wonach einen Monat und dann zwei Monate später neuerliche Haftverhandlungen von Amts wegen durchzuführen sind. Daneben besteht jederzeit die Möglichkeit für die angehaltene Person, die Durchführung einer Haftprüfung zu beantragen.

Im Anwendungsbereich des UbG ist ebenso eine obligatorische Haftprüfung vorgesehen. So ist im § 17 UbG geregelt, dass in jedem Fall einer Unterbringung gegen den Willen der betroffenen Person das örtlich zuständige Bezirksgericht zu informieren ist, das dann gemäß §§ 19 f UbG innerhalb von vier Tagen ab Kenntnis eine erste Entscheidung über die Zuläs-

---

61 „Monitoring“ der Schubhaftsituation von Asylsuchenden, UNHCR-Büro in Österreich, Oktober – Dezember 2008, 5 ff, [http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/5\\_Oesterreich/2\\_A-Stellungnahmen/UNHCR-Monitoring-der-Schubhaftsituation-von-Asylsuchenden.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/5_Oesterreich/2_A-Stellungnahmen/UNHCR-Monitoring-der-Schubhaftsituation-von-Asylsuchenden.pdf) (31.5.2010). Darin setzte sich das UNHCR-Büro mit der Schubhaftsituation von Asylsuchenden auseinander und führte dazu in den Monaten Oktober bis Dezember 2008 Gespräche mit insgesamt 69 Schubhäftlingen in allen österreichischen Polizeianhaltezentren. UNHCR kam dabei zu der ernüchternden Bilanz, dass 53 der 69 Befragten angaben, dass sie nicht wüssten, warum sie sich in einem – wie sie es empfanden – Gefängnis befanden. Nur vier (!) der 69 befragten Personen wussten von der Möglichkeit, die Schubhaft mittels einer Beschwerde an den UVS zu bekämpfen. UNHCR zieht daraus den Schluss, dass Schubhäftlinge nach wie vor in der überwiegenden Zahl der Fälle kaum bis gar keine Kenntnisse über ihre rechtliche Situation, dh über die Gründe ihrer Inhaftierung, den Stand ihres asyl- und fremdenrechtlichen Verfahrens sowie mögliche Verfahrensschritte haben. In diesem Zusammenhang wird im UNHCR-Positionspapier auch darauf verwiesen, dass sich in mehreren Fällen zeigte, dass Schubhäftlinge auf Grund der psychischen Drucksituation der Haft Informationen fallweise nicht aufnehmen konnten oder schnell wieder vergessen hatten.

62 Menschenrechtsbeirat, Rechtsschutz für Schubhäftlinge, Bericht und Empfehlungen des Menschenrechtsbeirats, Dezember 2008, insb 9 ff, [http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/mrb\\_pdf/thematische\\_berichte/2008\\_rechtsschutz.pdf](http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/mrb_pdf/thematische_berichte/2008_rechtsschutz.pdf) (31.5.2010).

sigkeit der Unterbringung nach persönlicher Anhörung des/der Betroffenen (im UbG als Kranke/r bezeichnet) zu treffen hat. Nach dieser Zulässigkeitsentscheidung hat gemäß § 20 Abs 1 UbG innerhalb von 14 weiteren Tagen eine mündliche Verhandlung stattzufinden, in deren Verlauf der/die Abteilungsleiter/in der Anstalt, der/die Kranke sowie dessen/deren Vertreter/in zu hören sind.

Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass nur durch diese obligatorische Haftprüfung binnen kurzer Zeit nach der Anordnung des Freiheitsentzugs die Rechte der angehaltenen Personen gewahrt werden können. Insofern ist nicht ersichtlich, warum eine solche obligatorische Haftprüfung im Schubhaftregime nicht notwendig wäre oder warum angehaltene fremde Staatsangehörige weniger Schutz durch die Rechtsordnung bedürfen als untergebrachte Kranke oder in Untersuchungshaft angehaltene Personen, die darüber hinaus auch über eine/n gesetzliche/n Vertreter/in (Patientenanwalt/Patientenadvokatin gemäß § 14 UbG) bzw eine/n Verteidiger/in (Verfahrenshilfsverteidiger/in gemäß § 62 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 Z 1 StPO) verfügen. Nachdem im Bereich der Schubhaft die Rechtmäßigkeit durch den aufrechten Bestand bestimmter Haftvoraussetzungen bedingt ist<sup>63</sup> (beispielsweise wenn klar wird, dass eine Abschiebung nicht durchführbar ist, weil dem etwa asylgesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, die notwendigen Dokumente nicht vorliegen, sich der Gesundheitszustand der angehaltenen Person verschlechtert, etc), ist im Schubhaftregime auch die Bestimmung des Art 6 Abs 2 PersFrSchG zu beachten, derzufolge bei einer „Anhaltung von unbestimmter Dauer“ deren Notwendigkeit in angemessenen Abständen gerichtlich zu überprüfen ist. Schon daraus ergibt sich, dass die Anhaltung in Schubhaft grundsätzlich einer periodischen Haftprüfung gemäß Art 6 Abs 2 PersFrSchG zugänglich sein müsste, die nach der richtigen Ansicht *Kopetzki* von Amts wegen und nicht lediglich aufgrund eines darauf gerichteten Antrags durchzuführen wäre.<sup>64</sup> Die gesetzliche Anordnung, über eine Schubhaftbeschwerde müsse innerhalb des Zeitraums von einer Woche entschieden werden, und das dadurch zum Ausdruck gebrachte Beschleunigungsgebot im Haftprüfungsverfahren wird doch gerade dann ad absurdum geführt, wenn all diese zum Schutz des Grundrechts der persönlichen Freiheit entwickelten Grundsätze und Bestimmungen erst dann greifen, wenn die betroffene Person aus eigenem eine Beschwerde erhebt. Unterlässt sie dies – gleich ob aus Unvermögen oder Unkenntnis – kann die Anhaltung aber bis zu sechs Monate andauern, bis ihre Rechtmäßigkeit erstmals von Amts wegen – dann aber innerhalb von einer Woche – zu prüfen ist. Die Festsetzung einer ersten obligatorischen Haftprüfung nach (erst) sechs Monaten Dauer der Anhaltung kann daher nicht im Einklang mit den Anforderungen an ein effektives und zugängliches Haftprüfungsverfahren stehen.

---

63 Vgl *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 55 mwN.

64 *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 56 und 60.

## 4.2. Zur Notwendigkeit der Bestellung eines rechtlichen Beistandes

Hinzu kommt, dass Schubhäftlingen auch kein Rechtsbeistand zur Seite gestellt wird. Hingegen ist sowohl im strafgerichtlichen Haftregime als auch im Rahmen des UbG sowie des HeimAufG durch die Begebung eines Verfahrenshilfverteidigers nach § 62 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 Z 1 StPO bzw durch die gesetzlichen Vertretungsbefugnisse des/der Patienten-anwalts/Patientenanwältin nach § 14 UbG sowie des/der Bewohnervertreters/in nach § 8 Abs 2 HeimAufG für eine qualifizierte Rechtsvertretung gesorgt. Auch für Schubhäftlinge wäre die Begebung eines kostenlosen Rechtsbeistands unabdingbar, um ihr Recht auf gerichtliche Haftprüfung effektiv auszugestalten. Es wurde schon oben zu Punkt 4.1. auf die besondere Situation von in Schubhaft angehaltenen Fremden verwiesen, die zu einem strukturell bedingten Unvermögen der Betroffenen führt, ihre Rechte durchzusetzen. Durch die Einführung eines amtswegigen Haftprüfungsverfahrens allein wäre dessen Zugänglichkeit und Effektivität für die betroffenen Schubhäftlinge noch nicht gewährleistet. Schließlich ergeben sich aus der Rsp des EGMR zu Art 5 Abs 4 EMRK – wie in Punkt 2. dargestellt – Mindestanforderungen an das Haftprüfungsverfahren im Sinne der Einhaltung grundlegender Garantien zum Begriff des „fairen Verfahrens“ nach Art 6 EMRK. Nun ist insbesondere die – einen wesentlichen Bestandteil eines fairen Verfahrens bildende – Waffengleichheit nicht gegeben, wenn in einem allfälligen obligatorisch eingeleiteten Haftprüfungsverfahren dem/der in Schubhaft angehaltenen fremden Staatsangehörigen ein/e entsprechend geschulte/r Vertreter/in der die Haft anordnenden Behörde gegenüber sitzt. Die angehaltene Person wird schlicht und einfach nicht in der Lage sein, die Gründe vorzubringen, die gegen ihre weitere Anhaltung sprechen. Daran vermag auch die in § 13a AVG normierte Manuduktionspflicht nichts zu ändern, da die richterliche bzw behördliche Anleitungspflicht nicht so weit geht, dass sie ein parteiisches Eintreten im Mehrparteienverfahren zu ersetzen vermag. Auch im Schubhaftbeschwerdeverfahren wäre daher die Begebung eines (kostenlosen) Rechtsbeistands geboten, um eine annähernde Waffengleichheit gewährleisten zu können.<sup>65</sup>

## 4.3. Zu den Verfahrenskosten

*Kopetzki* leitet aus Art 5 Abs 4 EMRK – wie schon dargestellt – den Grundsatz der Effektivität und Zugänglichkeit der Haftbeschwerde ab und hält daher eine Kostenersatzpflicht der

---

<sup>65</sup> In diesem Zusammenhang gilt es auch zu bedenken, dass in Art 13 Abs 4 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger eine (bis zum 24.12.2011 umzusetzende) Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorgesehen ist, kostenlose Rechtsberatung und/oder Rechtsvertretung zur Bekämpfung von „Rückkehrenscheidungen“ (gemeint sind damit Ausweisungsentscheidungen und Aufenthaltsverbote) sicherzustellen. Die damit zu leistende Rechtsberatung bzw Rechtsvertretung wird sich nicht auf die „Rückkehrenscheidung“ allein, sondern auch auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Haft beziehen können. Vgl aber zu diesbezüglichen Mängeln in der Umsetzung eines ähnlich formulierten Anspruchs in der sog Verfahrens-RL betreffend Asylwerbende jüngst *Stern*, Das Recht auf Rechtsvertretung bzw -beratung im Asylverfahren im Lichte des Rechts auf eine wirksame Beschwerde, *FABL* 3/2009-I, 61.

von der Anhaltung betroffenen, eine Haftbeschwerde anstrengenden Person in Bezug auf die Erfüllung dieses Grundsatzes für bedenklich.<sup>66</sup> Die Einbringung einer Schubhaftbeschwerde ist tatsächlich mit einem hohen Kostenrisiko für die betroffene Person verbunden. So wird die angehaltene Person im Falle des Unterliegens im Schubhaftbeschwerdeverfahren gegenüber der haftanordnenden Behörde im Umfang von derzeit bis zu € 887,20<sup>67</sup> kostenersatzpflichtig. Hinzu kommt eine Verwaltungsabgabe in Höhe von € 13,20<sup>68</sup> für die Einbringung der Schubhaftbeschwerde. Aber damit nicht genug: Nach ständiger Praxis werden der in Haft angehaltenen Person im Falle ihres Unterliegens auch die Kosten für die Bestellung eines/r regelmäßig notwendigen Dolmetschers/in mit gesondertem Bescheid vorgeschrieben. Im Falle der Erhebung einer Beschwerde an VwGH oder VfGH gegen die Entscheidung des UVS ist wiederum eine Eingabegebühr in Höhe von derzeit € 220,00 fällig.<sup>69</sup> Auch wenn diesbezüglich die Möglichkeit besteht, Verfahrenshilfe zu erlangen, so bleibt letztlich bei deren Gewährung im Falle des Unterliegens abermals eine Kostenersatzpflicht gegenüber dem Bund in Höhe von bis zu € 1.302,10.<sup>70</sup>

Auch für den Bereich des Kostenersatzes ergibt sich wieder die schon mehrfach aufgezeigte Ausnahmesituation im Schubhaftregime. Vergleichend zeigt sich nämlich, dass weder das Haftregime der StPO, noch dasjenige des UbG oder des HeimAufG einen Kostenersatz der ihrer Freiheit entzogenen Person kennt. Im Falle einer Unterbringung wie auch bei einer Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG sind die Kosten des gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens gemäß § 40 UbG bzw § 11 Abs 4 HeimAufG vom Bund zu tragen. Gleiches gilt mE gemäß § 381 Abs 7 StPO auch für das Haftprüfungsverfahren im Rahmen der gerichtlichen Untersuchungshaft, zumal die genannte Bestimmung regelt, dass „die durch eine Festnahme verursachten Kosten und die Kosten der Untersuchungshaft [...] bei Bemessung des Pauschalkostenbeitrages nicht zu berücksichtigen“ sind. Die verhältnismäßig hohe Kostenersatzpflicht mit der sich eine in Schubhaft angehaltene Person konfrontiert sieht, stellt somit ein weiteres Hindernis für die Effektivität und Zugänglichkeit des Haftprüfungsregimes des FPG dar. Auch hier stellt sich die Ungleichbehandlung im Vergleich zu nach den Bestimmungen der StPO, dem UbG oder dem HeimAufG angehaltenen Personen als nicht nachvollziehbar dar, weil es sich gerade bei Schubhäftlingen idR um vermögenslose Personen handelt.

---

66 *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 PersFrSchG Rz 34, 36.

67 Gemäß § 1 UVS-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II 456/2008, werden der Behörde bei Abweisung der Schubhaftbeschwerde € 57,40 als Ersatz für Vorlageaufwand, € 368,80 für Schriftsatzaufwand und € 461,00 für Verhandlungsaufwand zugesprochen.

68 Gem § 14 Tarifpost 6 Abs 1 Gebührengesetz 1957 BGBl 267/1957 idF BGBl I 9/2010.

69 § 24 Abs 3 Z 2 VwGG BGBl 10/1985 idF BGBl I 4/2008 und § 17a Z 1 VfGG BGBl 85/1953 idF BGBl I 4/2008.

70 Gemäß § 1 VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl II 455/2008, werden dem Bund € 57,40 an Ersatz für Vorlageaufwand, € 553,20 für Schriftsatzaufwand und € 691,50 als Aufwandersatz für die Verrichtung einer (nur sehr selten überhaupt anberaumten) Verhandlung zugesprochen.

#### 4.4. Zum weiteren Rechtszug zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts

Die UVS haben im Schubhaftbeschwerdeverfahren die Kompetenz, Amtshandlungen auf jegliche Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen. Je nachdem, ob eine einfachgesetzliche Rechtswidrigkeit sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materieller Hinsicht, oder aber eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behauptet wird, richtet sich der weitere Rechtszug gegen einen Bescheid des UVS entweder an den VwGH oder den VfGH, bzw an beide. Dabei gelten sowohl für das verwaltungs- als auch das verfassungsgerichtliche Verfahren keine Sonderbestimmungen, weder in Bezug auf die Kosten, noch hinsichtlich der Entscheidungsfristen. Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sind daher bei der Behandlung einer Beschwerde betreffend Schubhaft auch dann an keine Entscheidungsfristen gebunden, wenn sich der/die Beschwerdeführer/in noch in Schubhaft befindet. Angesichts der notorisch langen durchschnittlichen Verfahrensdauer beider Gerichtshöfe erscheint dies mehr als problematisch. Dem kann lediglich dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass der VwGH im Rahmen eines entsprechenden Antrags einer Beschwerde gemäß § 30 Abs 2 VwGG aufschiebende Wirkung zuerkennen kann, was zur Enthaftung der angehaltenen Person führt, da in diesem Fall der Bescheid des UVS einem weiteren Vollzug nicht zugänglich ist, wodurch der Haftsiegel wegfällt. Einen solchen Beschluss fällt der VwGH in der Praxis für den Fall, dass die Rechtswidrigkeit des die Grundlage für die weitere Anhaltung bietenden bekämpften Bescheids klar zu Tage tritt.<sup>71</sup> Auch der VfGH gibt mitunter in Beschwerdefällen betreffend Schubhaft einem darauf gerichteten Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, in dem Sinne statt, dass eine Abschiebung der angehaltenen Person bis auf weiteres nicht erfolgen darf,<sup>72</sup> was in der Folge aufgrund des Wegfalls des Haftzwecks (Sicherung der Abschiebung) zur Enthaftung führt. Für diese Entscheidung sind die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts aber an keine Entscheidungsfrist gebunden.

Demgegenüber steht in ihrer persönlichen Freiheit beschränkten Personen sowohl nach der StPO als auch nach dem UbG oder dem HeimAufG jeweils ein dreigliedriger Instanzenzug bis zum OGH offen. Dabei ist das zweitinstanzliche Gericht (Landesgericht oder Oberlandesgericht) mit voller Kognitionsbefugnis ausgestattet und überdies wiederum an eine kurze Entscheidungsfrist<sup>73</sup> gebunden. Im Schubhaftbeschwerdeverfahren hingegen gibt es nach der Entscheidung durch den UVS keinen weiteren Instanzenzug, sondern lediglich die schon geschilderte Möglichkeit der Erhebung eines außerordentlichen Rechtsbehelfs in Form der Beschwerde gemäß Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG an den VwGH oder gemäß Art 144 B-VG an den VfGH. Das Fehlen eines ordentlichen Instanzenzugs sowie einer Entscheidungsfrist im höchstgerichtlichen Verfahren sind als weitere Hindernisse für eine effektive Haftprüfung im Schubhaftregime zu werten.

---

71 Vgl etwa die Ausführungen in VwGH 17.7.2008, 2008/21/0224.

72 Vgl etwa VfGH 14.3.2007, B 371/07 mwN.

73 Vgl § 29 Abs 1 UbG und § 17 Abs 1 HeimAufG.

#### 4.5. Kritik an der Vollziehungspraxis

Den Erfahrungen des Autors zufolge erweist sich das Haftprüfungsverfahren vor den UVS in vielen Fällen als mangelhaft. Dies zeigt nicht zuletzt die ausgesprochen hohe Zahl an kasatorischen Entscheidungen des VwGH betreffend bestimmte UVS.<sup>74</sup> Angesichts des Umstands, dass de lege lata nach der Anrufung des UVS kein wirksamer und effektiver weiterer Rechtszug besteht, erweist sich ein qualitativvolles und den oben dargestellten Grundsätzen entsprechendes faires Haftprüfungsverfahren vor den UVS aber als besonders notwendig. Dabei zeigen sich mE in der Praxis vor allem folgende Probleme:

##### 4.5.1. Die mündliche Verhandlung

In der überwiegenden Anzahl an Fällen entscheiden die UVS ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung und zwar auch dann, wenn es nicht bloß um die Beantwortung von Rechtsfragen etwa im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit einer Ausweisungsentscheidung geht. Notwendige Voraussetzung für jede Schubhaftanordnung ist das Bestehen eines Sicherungsbedarfs. Zur Beurteilung des Vorliegens eines solchen wird der persönliche und unmittelbare Eindruck des entscheidenden Mitglieds des UVS in den meisten Fällen unabdingbar sein. In praxi geht die Haftprüfungsbehörde bei dieser Beurteilung idR vom aktenkundigen Sachverhalt zum Zeitpunkt der Anordnung der Schubhaft aus. Der UVS als Haftprüfungsbehörde wäre aber verpflichtet zu beurteilen, ob ungeachtet des Vorliegens eines Sicherungsbedarfs zum Zeitpunkt der Haftanordnung ein solcher auch noch zum Zeitpunkt seiner Entscheidung gegeben ist.<sup>75</sup> Dabei gilt es die in der Person des/der Angehaltenen liegenden Umstände einer neuerlichen Prüfung zu unterziehen, zumal etwa nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass das bereits verspürte Haftübel zu einem Gesinnungswandel der inhaftierten Person führen kann. Dies zu beurteilen wird wohl nur durch den unmittelbaren Eindruck der Behörde von der betroffenen Person möglich sein. Auch die Frage der Verhältnismäßigkeit der weiteren Anhaltung ist einer aktuellen Prüfung zu unterziehen. Dabei spielen Fragen hinsichtlich des Gesundheitszustands der angehaltenen Person, ihrer sozialen Kontakte oder aber ihres Verhaltens während der bisherigen Haft eine Rolle. So kann etwa ein kooperatives Verhalten der angehaltenen Person bei der Erlangung eines sogenannten Heimreisezertifikats im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dafür sprechen, dass ein Sicherungsbedarf nicht mehr weiter gegeben scheint. Nachdem jeder Haftanordnung immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voranzugehen hat und die Entscheidung des UVS einen neuen Hafttitel darstellt, ist der UVS verpflichtet, das gesamte Verhalten der angehaltenen Person einer Würdigung zu unterziehen. Dabei kann er sich nicht auf die Sachverhaltsfeststellungen zum Zeitpunkt der Haftanordnung der Fremdenpolizeibehörde beschränken.

---

<sup>74</sup> S dazu auch Funk/Stern (kursiv), Die österreichische Einwanderungs- und Asylpolitik in *Hilpold/Perathoner* (Hrsg), Immigration und Integration (2010) 237 (242).

<sup>75</sup> *Muzak*, Die Schubhaftprüfung durch die UVS nach dem FPG 2005, UVS aktuell 2007, 140 (141).



Einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Fortsetzung der Haft wird daher idR die Durchführung einer mündlichen Verhandlung voranzugehen haben, weil nur so der letztlich für die Verhängung einer Sicherungshaft wesentliche Umstand, nämlich das bisherige Verhalten der angehaltenen Person in Zusammenschau mit einer Prognose ihres künftigen Verhaltens, zu ermitteln ist. Es gilt in diesem Zusammenhang nochmals darauf zu verweisen, dass in den Fällen, in denen die Haft noch andauert, die Entscheidung des UVS über die Zulässigkeit deren Fortsetzung einen neuen Hafttitel darstellt. Genausowenig wie die Verhängung der Schubhaft ohne vorherige Anhörung der betroffenen Person denkbar erscheint, kann mE eine Entscheidung über einen neuen Hafttitel ohne Anhörung des/r Betroffenen erfolgen. Die UVS wären also in den Fällen, in denen die Haft noch andauert und sie daher über die Zulässigkeit der Fortdauer der Anhaltung zu entscheiden haben, verhalten, idR eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, wollen sie wirklich den Ansprüchen an ein faires Haftprüfungsverfahren gerecht werden. Dabei gilt es vor allem zu berücksichtigen, dass der UVS dann, wenn die Anhaltung noch andauert, verpflichtet ist, unabhängig vom konkreten Beschwerdevorbringen die Frage der Zulässigkeit der Fortdauer der Anhaltung von Amts wegen in alle Richtungen hin zu überprüfen.<sup>76</sup> Wie sonst als durch die Gewinnung eines unmittelbaren Eindrucks und durch die persönliche Anhörung des/r Betroffenen sollte dies möglich sein? Insofern vermag auch das Argument in den Gesetzesmaterialien zu § 83 Abs 2 Z 1 FPG nicht zu überzeugen, wonach die Möglichkeit des Absehens von einer mündlichen Verhandlung gewährleisten soll, dass der Eingriff in die persönliche Freiheit so kurz wie möglich dauert, zumal obige Ausführungen gezeigt haben, dass in den Fällen des Freiheitsentzugs nach der StPO, dem UbG oder dem HeimAufG trotz ebenso kurzer Entscheidungsfristen jeweils eine persönliche Anhörung der betroffenen Person zwingend vorgesehen ist.<sup>77</sup>

#### 4.5.2. Die Übermittlung der Gegenäußerung der Fremdenpolizeibehörde

In der Praxis macht die Fremdenpolizeibehörde im Schubhaftbeschwerdeverfahren von der Möglichkeit Gebrauch, im Rahmen der Aktenvorlage eine Gegenäußerung zu den Ausführungen in der Schubhaftbeschwerde zu erstatten und darin die Gründe darzulegen, die für die Rechtmäßigkeit der Haft bzw deren Fortdauer sprechen. In den Fällen, in denen die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung tatsächlich nicht notwendig erscheint, wäre der UVS jedenfalls verpflichtet, dem/der Beschwerdeführer/in diese Gegenäußerung der Haftbehörde zur Kenntnis zu bringen und ihm/ihr die Möglichkeit zur neuerlichen Stellungnahme einzuräumen. Naturgemäß wird dann, wenn die Haft noch andauert, sowohl der Behörde als auch der angehaltenen Person nur eine sehr kurze Frist zur Abgabe dieser Gegenäußerung bzw der Replik dazu einzuräumen sein. Der EGMR erachtet es aber zur Gewährleistung der grundlegenden Garantien eines fairen (Haftprüfungs-)Verfahrens für notwendig, dass der angehaltenen Person bzw deren Rechtsbeistand Anträge der Staatsan-

<sup>76</sup> VfSlg 16.079/2001.

<sup>77</sup> Vgl die Ausführungen in Punkt 4.1. und § 12 ff HeimAufG.

waltschaft auf Haftverlängerung zugestellt werden und sie dadurch die Möglichkeit erhält, dazu Stellung zu nehmen.<sup>78</sup> Im Sinne dieser Rsp wird es daher in den Fällen, in denen eine mündliche Verhandlung unterbleibt, notwendig sein, der angehaltenen Person alle für die Zulässigkeit der (Fortdauer der) Haft dargelegten Argumente zur Kenntnis zu bringen, um gewährleisten zu können, dass ihr zu allen für diese Frage wesentlichen Umständen Gehör eingeräumt wird.

## 5. Conclusio

Die vorliegende Abhandlung zeigt, dass das Recht auf gerichtliche Haftprüfung im Anwendungsbereich des FPG nicht vollständig umgesetzt wurde. Die dargestellten gesetzlichen Mängel lassen das Haftprüfungsverfahren weder effektiv noch zugänglich erscheinen. Die besondere Situation von fremden Staatsangehörigen, die sich lediglich zur Sicherung fremdenpolizeilicher Verfahren in Schubhaft befinden, die in der überwiegenden Zahl von Fällen weder mit der österreichischen Rechtsordnung noch mit der deutschen Sprache vertraut und sehr oft als einkommens- und vermögenslos anzusehen sind, würde die Einräumung besonderer Schutzmechanismen notwendig machen, um gewährleisten zu können, dass der massivste in der österreichischen Rechtsordnung erlaubte Eingriff in die Grundrechtssphäre dieser Personen in Form des Entzugs der persönlichen Freiheit nur dann erfolgt, wenn es unbedingt notwendig ist. Im Hinblick auf den jedem Freiheitsentzug innewohnenden ultima-ratio-Gedanken erscheint es mehr als befremdlich, dass der österreichische Gesetzgeber strenge Kontrollmechanismen bei der Verhängung von Untersuchungshaft nach der StPO, bei der zwangsweisen Unterbringung kranker Menschen oder bei Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen vorsieht, es demgegenüber aber in Kauf nimmt, dass fremde Staatsangehörige, die – wie dargestellt – idR weder mit der österreichischen Rechtsordnung noch mit der deutschen Sprache vertraut sind, bis zu sechs Monate inhaftiert werden können, ehe erstmals eine gerichtliche Haftprüfung erfolgt. Dies kann dazu führen, dass in österreichischen Gefängnissen Personen monatelang von jeglichem Kontakt mit der Außenwelt abgeschnitten werden (zuma Schubhäftlinge oft über keine Angehörigen oder Vertrauenspersonen im Bundesgebiet verfügen) und keine unabhängige Behörde die Rechtmäßigkeit dieses Freiheitsentzugs prüft.

Im Jahr 2009 wurde im gesamten Bundesgebiet in insgesamt ca 6.000 Fällen<sup>79</sup> die Schubhaft angeordnet. Den Erfahrungen des Autors zufolge geschieht dies oft sehr leichtfertig, nicht zuletzt weil es an einer entsprechenden Sensibilität der – zumeist nicht juristisch ausgebildeten – OrganwalterInnen der Fremdenpolizeibehörden dafür fehlt, dass es sich bei der Entziehung der persönlichen Freiheit um einen massiven Grundrechtseingriff handelt. Die

---

78 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 183 f mwN.

79 Vgl BMI, „Fremdenstatistik 2009“, abrufbar unter: [http://www.bmi.gv.at/cms/BMI\\_Niederlassung/statistiken/files/Fremde\\_Jahresstatistik\\_2009.pdf](http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken/files/Fremde_Jahresstatistik_2009.pdf) (31.5.2010).

Einführung eines amtswegigen Schubhaftprüfungsverfahrens und einer Vertretung der in ihrer Freiheit beschränkten Personen würden wohl zu einer Schärfung des Bewusstseins für Freiheitseingriffe<sup>80</sup> führen und deren Anzahl in nicht unerheblichem Ausmaß auf die tatsächlich notwendigen Fälle reduzieren helfen, weil die Fremdenpolizeibehörden lernen müssten, Schubhaftanordnungen regelmäßig gegenüber einer gerichtlichen Instanz zu begründen. Im HeimAufG ist wie im FPG keine obligatorische Haftprüfung, dort werden bundesweit nur ca 200 Verfahren auf Antrag eingeleitet. Dem stehen ca 20.000 (!) von Amts wegen eingeleitete Verfahren nach dem UbG gegenüber.<sup>81</sup> Im Schubhaftbereich kommt es nur in ca 10 % aller Fälle zu einer Haftprüfung.<sup>82</sup> Die Umsetzung des Rechts auf gerichtliche Haftprüfung ist mE daher nur durch Einführung einer obligatorischen Haftprüfung und eines Systems zur kostenlosen Rechtsberatung bzw -vertretung denkbar. Im Einzelnen ergeben sich zusammengefasst folgende Forderungen an Gesetzgebung und Vollziehung:

- Im Schubhaftregime ist analog zu den Bestimmungen in der StPO und im UbG die Einleitung eines amtswegigen Haftprüfungsverfahrens vorzusehen, das eine erste Zulässigkeitsprüfung der Anhaltung binnen 48 Stunden nach der Haftanordnung und eine umfassende Prüfung samt mündlicher Verhandlung innerhalb von weiteren 14 Tagen bedingt. Daneben muss die Möglichkeit weiter offenstehen, jederzeit eine Haftprüfung zu beantragen.

- In Schubhaft angehaltenen Personen ist unmittelbar nach der ersten Zulässigkeitsprüfung durch den UVS ein kostenloser Rechtsbeistand zur Seite zu stellen. Dabei hat es sich entweder um eine/n Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder um entsprechend geschulte und juristisch ausgebildete Personen aus dem Bereich der Fremdenrechtsberatung zu handeln.

- Die Einleitung eines Haftprüfungsverfahrens darf für die angehaltene Person mit keinem Kostenrisiko verbunden sein. Sowohl Bundesgebühren für die Einbringung einer Beschwerde beim UVS oder bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, als auch Kostenersatz gegenüber der Haftbehörde bzw dem Bund haben zu entfallen.

- In Verfahren vor dem VwGH und dem VfGH wären in Schubhaftangelegenheiten dann, wenn die Haft noch andauert, Entscheidungsfristen für die Behandlung von Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung festzulegen. Weiters müsste den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts in diesen Verfahren volle Kognitionsbefugnis zukommen, sodass hier die Bindung der Gerichtshöfe an die Feststellungen im Bescheid des UVS zu entfallen hat.

- Die UVS sollten de lege lata dann, wenn die Haft noch andauert, mündliche Verhandlungen durchführen, um zu gewährleisten, dass alle für die Entscheidung über die Fortsetzung der Haft notwendigen Erkenntnisse eingeholt werden können und dass die angehaltene Person

80 Diese Intention lag auch der Verabschiedung des HeimAufG zugrunde. Vgl dazu die RV 353 BlgNR 22. GP 4.

81 RV zur Ub-HeimAuf-Nov 2010, 601 BlgNR 24. GP 7.

82 Vgl Menschenrechtsbeirat, Rechtsschutz für Schubhäftlinge, 15 ff, wonach im Jahr 2007 bei bundesweit 6.960 Schubhaftanordnungen nur 630 Schubhaftbeschwerden eingebracht wurden.

zu allen für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Haft relevanten Gründen gehört wird.

- Die UVS haben dann, wenn keine Verhandlung stattfindet, jedenfalls dafür zu sorgen, dass die angehaltene Person die Möglichkeit erhält, zu den Gegenausführungen der Haftbehörde zu replizieren.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kocher & Bucher Rechtsanwälte GmbH in Graz und Mitherausgeber des juridikum; rfruehwirth@kocher-bucher.at

# Die Schubhafttatbestände in der Judikatur des VwGH

Lamiss Khakzadeh-Leiler

---

## 1. Einleitung

Das Asyl- und Fremdenrecht ist nicht nur Dauerthema in der gesellschaftspolitischen Diskussion, auch in der rechtlichen Debatte nimmt es großen Raum ein. Dies liegt nicht zuletzt an der schier endlosen Flut an Novellen, die in relativ kurzer Zeit ergangen ist.<sup>1</sup> Davon blieb auch der Themenkomplex der Schubhaft nicht verschont: Nachdem das Fremdenrechtspaket 2005<sup>2</sup> spezielle asylrechtliche Schubhafttatbestände in das FPG eingeführt hat, gibt es nunmehr – seit Inkrafttreten des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009 am 1.1.2010<sup>3</sup> – weitere neue Schubhafttatbestände für Asylwerbende<sup>4</sup>. Dies ist Anlass für eine Bestandsaufnahme und einen Ausblick: Zunächst soll ein kurzer Überblick über die Jud des VwGH zur Schubhaft seit Inkrafttreten des Fremdenrechtspaketes 2005 gegeben werden. Anschließend sollen die neuen Schubhafttatbestände einer ersten groben Bewertung im Lichte dieser Jud unterzogen werden. Die Ausführungen beschränken sich dabei im Wesentlichen auf die Voraussetzungen der Schubhaft; andere damit im Zusammenhang stehende Fragestellungen müssen ausgespart bleiben, um den vorgegebenen Rahmen nicht zu sprengen.

## 2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen von (Schub-)Haft gibt es bereits ein umfangreiches Schrifttum, weswegen auf diese Frage nicht mehr detailliert eingegangen werden muss.<sup>5</sup> Es sei lediglich kurz auf die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundlagen hingewiesen, nämlich das PersFrSchG<sup>6</sup> und Art 5 EMRK. Demnach muss ein Freiheitsentzug gesetzlich vorgesehen sein und darf nur aus einem der taxativ genannten Haftgründe verhängt werden. Einen für die Schubhaft tauglichen Haftgrund enthält Art 2 Abs 1 Z 7

---

1 S auch *Szymanski*, Das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 oder der Boulevard freut sich, doch das Recht ist für Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen schwer durchschaubar, *migraLex* 2009, 99.

2 BGBl I 2005/100.

3 BGBl I 2009/122.

4 Im gegenständlichen Beitrag werden möglichst geschlechtsneutrale Formulierungen verwendet. Zum Teil wird aber aus Gründen der besseren Lesbarkeit der gesetzliche terminus technicus „Fremder“ nur in der männlichen Form wiedergegeben.

5 Vgl für viele *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, III 5. Lfg (2002), Art 2 PersFrSchG, Rz 75 ff; *Wiederin*, Voraussetzungen der Schubhaft, ZUV 1996, 13 ff.

6 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684, LidF BGBl 2008/62.

PersFrSchG: Beschränkungen der persönlichen Freiheit sind zulässig, wenn sie notwendig sind, um eine beabsichtigte Ausweisung zu sichern. Die entsprechende konventionsrechtliche Grundlage findet sich in Art 5 Abs 1 lit f EMRK: Ein Freiheitsentzug ist gestattet, wenn jemand von einem „schwebenden“ Ausweisungsverfahren betroffen ist. Trotz der unterschiedlichen Formulierung dieser beiden Normen – das PersFrSchG stellt auf eine beabsichtigte Ausweisung, die EMRK dagegen auf ein schwebendes Ausweisungsverfahren ab – ergibt sich daraus nach hA keine inhaltliche Divergenz: Zwar verlangt ein „schwebendes“ Ausweisungsverfahren nicht zwangsläufig eine formelle Verfahrenseinleitung, es muss aber dennoch einen in diese Richtung gehenden behördlichen Akt geben. Gleichermaßen kann auch von einer Ausweisungsabsicht erst gesprochen werden, wenn sie sich in einem positiven Akt der Behörde manifestiert.<sup>7</sup>

Als weitere Haftvoraussetzung normiert Art 1 Abs 3 PersFrSchG die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs.<sup>8</sup>

### 3. Schubhaft gem § 76 Abs 1 FPG

Der in § 76 Abs 1 FPG normierte allgemeine Schubhafttatbestand wurde im Wesentlichen unverändert aus dem FrG 1997<sup>9</sup> übernommen: Fremde können festgenommen und angehalten werden, sofern dies notwendig ist, um das Verfahren zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung bis zum Eintritt ihrer Durchsetzbarkeit oder um die Abschiebung, die Zurückschiebung oder die Durchbeförderung zu sichern. Über Fremde, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, darf Schubhaft verhängt werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie würden sich dem Verfahren entziehen. Mit dem Kriterium der Notwendigkeit der Schubhaft werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben auch einfachgesetzlich normiert: Der Freiheitsentzug ist zweckgebunden – dh er darf nur verfügt werden, um die im Gesetz genannten Verfahren bzw Maßnahmen zu sichern – und er muss verhältnismäßig sein. Ob diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, kann – so der VwGH in st Jud – nur anhand der konkreten Umstände eines Einzelfalls beurteilt werden. Gefordert ist die „Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, zu deren Beurteilung eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherung der Außerlanderschaffung (Aufenthaltsbeendigung) und dem privaten Interesse an der Schonung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen ist“.<sup>10</sup> Dies gilt – obwohl nur der zweite Satz auf „bestimmte Tatsachen“ abstellt – für alle Fälle des Abs 1. Die Sonderbe-

7 *Kopetzki in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Art 2 PersFrSchG, Rz 79; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 36 ff; *ders*, ZUV 1996, 13 f.

8 Art 5 EMRK enthält zwar kein ausdrückliches Verhältnismäßigkeitsgebot, das Erfordernis der Notwendigkeit eines Freiheitsentzugs lässt sich aber aus den Haftgründen ableiten. Näher dazu *Kopetzki in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Art 1 PersFrSchG, Rz 64.

9 S § 61 Abs 1 FrG in der StF BGBl I 1997/75. S außerdem bereits § 41 Abs 1 im FrG 1992, StF BGBl 1992/838.

10 VwGH 27.5.2009, 2008/21/0036; 30.4.2009, 2007/21/0541; 17.3.2009, 2007/21/0542; 17.7.2008, 2007/21/0364; 28.5.2008, 2007/21/0246.

stimmung für rechtkräftig aufhältige Fremde ist nach hA dahingehend zu verstehen, dass im Vergleich zu anderen Fremden ein strengerer Maßstab anzulegen ist: Es müssen also gewissermaßen „konkretere“ Gründe für die Notwendigkeit der Schubhaft sprechen.<sup>11</sup>

Notwendig ist eine Schubhaft zunächst dann, wenn tatsächlich ein Sicherungsbedarf besteht: Es muss konkrete Anhaltspunkte dafür geben, dass sich ein Fremder dem Verfahren bzw der aufenthaltsbeendenden Maßnahme entziehen oder diese/-s zumindest erheblich erschweren wird.<sup>12</sup> Bei Beurteilung dieser Frage stellt der VwGH in st Jud auf die familiäre, soziale und berufliche Integration eines Fremden ab:<sup>13</sup> Je besser er integriert ist, umso unwahrscheinlicher ist es nämlich idR, dass er untertauchen wird. Diese Vermutung ist freilich – da es ja auf die Umstände des Einzelfalls und nicht auf allgemeine Erfahrungswerte ankommt – nicht unwiderlegbar. Außerdem ist das Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen<sup>14</sup>: Hat sie behördlichen Ladungen bisher stets Folge geleistet, dann spricht dies für sich genommen – also ohne Hinzutreten besonderer Gründe – gegen die Notwendigkeit einer Schubhaft. Klargestellt hat der VwGH mittlerweile, dass die Missachtung einer Ausreiseverpflichtung (§ 67 FPG) noch keinen Sicherungsbedarf begründet<sup>15</sup>: In diesem Fall muss die Beh nämlich zunächst prüfen, ob eine Abschiebung verfügt werden kann (§ 46 FPG). Erst dann ist zu beurteilen, ob zur Sicherung der Abschiebung die Schubhaft notwendig ist.<sup>16</sup> Auch eine allfällige Straffälligkeit eines Fremden bzw Wiederholungsgefahr begründet noch nicht den Verdacht, er werde untertauchen: Die Schubhaft soll einzig und allein ein fremdenpolizeiliches Verfahren oder eine aufenthaltsbeendende Maßnahme sichern; einen Fremden von der Begehung von Straftaten abzuhalten, ist dagegen kein zulässiger Haftgrund. Allerdings ist nach der Jud die Delinquenz eines Fremden nicht völlig irrelevant: Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann eine Straffälligkeit das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Effektivität einer Abschiebung vergrößern.<sup>17</sup>

Ein weiterer Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Frage nach etwaigen gelinderen Mitteln.<sup>18</sup> § 77 FPG normiert dies sogar explizit: Die Beh kann von der Anordnung der

11 *Khakzadeh*, Die Schubhaft – Rechtsfragen des Vollzugs und des Rechtsschutzes, *migraLex* 2003, 43 (44); *Muzak*, Die Schubhaft nach dem FPG 2005, *migraLex* 2007, 81 (82).

12 VwGH 27.5.2009, 2008/21/0036; 17.3.2009, 2007/21/0542; 17.7.2008, 2007/21/0364; 28.5.2008, 2007/21/0246.

13 VwGH 27.5.2009, 2008/21/0036; 30.4.2009, 2007/21/0541; 17.3.2009, 2007/21/0542; 20.11.2008, 2006/21/0071. Zur Bedeutung für den strengerer Maßstab, der nach § 76 Abs 1, 2. Satz für rechtkräftig aufhältige Fremde gilt s *Muzak*, *migraLex* 2007, 81 (82): Da fehlende Integration ein Indiz für einen Sicherungsbedarf ist, ist rechtmäßiger Aufenthalt dann wohl ein Umstand, der für eine Integration spricht, woraus weiter folgt, dass es besonderer Gründe bedarf, die – trotz der Integration – ein Untertauchen befürchten lassen.

14 VwGH 27.5.2009, 2008/21/0036; 30.4.2009, 2007/21/0541; 17.3.2009, 2007/21/0542; 20.11.2008, 2007/21/0426; 31.8.2007, 2007/21/0087; 28.6.2007, 2007/21/0078; 28.5.2008, 2007/21/0162.

15 S zur älteren Jud die berechtigte Kritik von *Wiederin*, ZUV 1996, 13 (16).

16 VwGH 30.4.2009, 2007/21/0541; 17.3.2009, 2007/21/0542; 20.11.2008, 2006/21/0071; 20.11.2008, 2006/21/0048; 28.5.2008, 2007/21/0246; 28.6.2007, 2007/21/0078; 31.8.2006, 2006/21/0087; 22.6.2006, 2006/21/0081.

17 VwGH 17.3.2009, 2007/21/0542.

18 *Kopetzki* in *Kornek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Art 1 PersFrSchG, Rz 67. So auch der VwGH, wenn er ausführt, dass Schubhaft stets nur ultima ratio sein darf: S zB VwGH 18.2.2009, 2006/21/0261; 30.8.2007, 2007/21/0043.

Schubhaft Abstand nehmen, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass deren Zweck durch gelindere Mittel erreicht werden kann. Bei Minderjährigen ist die Ausgangsposition gegenläufig:<sup>19</sup> In diesem Fall sind gelindere Mittel zwingend anzuwenden, es sei denn, die Beh hätte Grund zur Annahme, dass der Zweck der Schubhaft damit nicht erreicht werden kann.<sup>20</sup> Mit der Frage, ob die Voraussetzungen des § 77 FPG vorliegen, hat sich die Beh im Bescheid auseinanderzusetzen.<sup>21</sup> Dabei darf sie freilich gelindere Mittel nicht wegen eines Sicherungsbedarfs ausschließen. Dies hätte zur Folge, dass – wie der VwGH zutreffend ausführt – ein Sicherungsbedürfnis nie anders als durch Haft gedeckt werden könnte.<sup>22</sup>

Die Praxis zeigt, dass gerade die Frage nach dem Sicherungsbedarf ein häufiger Problembereich ist: Auch wenn es allgemeine Grundsätze gibt, an denen sich die Beurteilung des Sicherungsbedarfs ausrichtet, so sind diese doch im Lichte des Einzelfalls zu bewerten und gewichten. Dies setzt naturgemäß voraus, dass die Beh die Gründe, die für bzw gegen ein Untertauchen eines Fremden sprechen, hinreichend ermittelt<sup>23</sup> und bei der Beurteilung dann auch tatsächlich berücksichtigt.<sup>24</sup>

#### 4. Schubhaft gem § 76 Abs 2 FPG

§ 76 Abs 2 FPG enthält spezielle asylrechtliche Schubhafttatbestände<sup>25</sup>: Die Beh kann über einen Asylwerber oder einen Fremden, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, Schubhaft zum Zweck der Sicherung des Verfahrens, zur Erlassung einer Ausweisung gem § 10 AsylG 2005 oder zur Sicherung der Abschiebung anordnen, wenn

1. gegen ihn eine durchsetzbare – wenn auch nicht rechtskräftige – Ausweisung (§ 10 AsylG 2005) erlassen wurde;
2. gegen ihn nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 2005 ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde;
3. gegen ihn vor Stellung des Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare Ausweisung (§§ 53 oder 54) oder ein durchsetzbares Aufenthaltsverbot (§ 60) verhängt worden ist oder

19 VwGH 24.10.2007, 2007/21/0370;

20 Dies setzt konkrete Anhaltspunkte in diese Richtung voraus. S dazu zB VwGH 27.5.2009, 2008/21/0283: Unzulässig war die Schubhaftverhängung über einen Minderjährigen, der seit fast zehn Jahren gemeinsam mit seinen Eltern an einer den Behörden bekannten Adresse wohnte. Zwar war er beruflich nicht integriert, dies fiel aber nach Auffassung des VwGH nicht ins Gewicht, da der Bf eben erst seine Schulausbildung beendet hatte. S auch VwGH 30.4.2009, 2006/21/0350; 31.3.2008, 2008/21/0142.

21 VwGH 28.2.2008, 2007/21/0512; 28.2.2008, 2007/21/0026. *Khakzadeh*, *migraLex* 2003, 43 (44).

22 VwGH 30.4.2009, 2006/21/0350; s auch 27.5.2009, 2008/21/0283.

23 S zB VwGH 30.4.2009, 2007/21/0541: Hat eine Beh Zweifel an einer ausreichenden sozialen Integration, so kann sie es nicht damit bewenden lassen, sondern muss diese Frage abklären. S auch VwGH 20.11.2008, 2007/21/0426.

24 S dazu etwa VwGH 31.8.2006, 2006/21/0087: Befürchtet die Beh, ein Fremder werde untertauchen, weil er kein gültiges Reisedokument hat, dann darf sie nicht außer Acht lassen, dass er mit einer Österreicherin verheiratet ist.

25 Bereits das AsylG 1997 enthielt spezielle Schubhaftgründe, seit dem Fremdenrechtspaket 2005 sind auch die für Asylwerbende geltenden Schubhafttatbestände im FPG normiert.



4. auf Grund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung und der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden auf internationalen Schutz mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird.

Dass § 76 Abs 2 FPG zwischen Asylwerbenden und Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, differenziert, hängt mit der Systematik des AsylG zusammen: Ein Fremder gilt nicht schon mit der Antragstellung, sondern erst mit der Einbringung eines Asylantrags als Asylwerber (§ 2 Z 14 AsylG). Eingebracht ist ein Antrag aber erst, wenn er persönlich bei der Erstaufnahmestelle gestellt wird (§ 17 Abs 2 AsylG).<sup>26</sup>

Fällt ein Fremder in den Anwendungsbereich des Abs 2, dann darf Schubhaft nach § 76 Abs 1 FPG nicht verhängt werden.<sup>27</sup> Für Asylwerber ergibt sich dies aus § 1 Abs 2 FPG, aus systematischen Überlegungen gilt dies aber auch für Fremde, die einen Antrag erst gestellt haben.<sup>28</sup>

Aus den einzelnen Schubhaftgründen des § 76 Abs 2 FPG ergibt sich nach Auffassung des VwGH „ein der Chronologie des Asylverfahrensablaufes entsprechend gestuftes Schubhaftregime“<sup>29</sup>. Z 4 greift in der ersten Phase, wenn noch gar kein Ausweisungsverfahren eingeleitet ist. Mit Einleitung des Verfahrens wird Z 2 und schließlich – wenn es tatsächlich zu einer durchsetzbaren Ausweisung kommt – Z 1 anwendbar. Z 3 passt nach Auffassung des VwGH insoweit ins System, als demnach – ebenso wie nach Z 4 – Schubhaft nur dann möglich ist, wenn der Antrag voraussichtlich nicht erfolgreich sein wird.

Auffallend ist dabei freilich, dass § 76 Abs 2 FPG – anders als Abs 1 – die Notwendigkeit des Freiheitsentzugs nicht explizit normiert. Dennoch ist die Norm nicht verfassungswidrig: Sie ist – wie der VfGH im Hinblick auf Z 4 klargestellt hat – im Lichte des aus dem PersFrSchG erfließenden „unmittelbar anwendbaren Gebots der Verhältnismäßigkeit auszulegen“.<sup>30</sup> Der VwGH legt dieses Verständnis den gesamten Tatbeständen des Abs 2 zugrunde: Die Beh ist „(auch) in allen Fällen des § 76 Abs 2 FPG unter Bedachtnahme auf das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Verfahrens und der Schonung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen“.<sup>31</sup>

Einmal mehr hat die Beh somit zunächst zu klären, ob die konkreten Umstände eines Einzelfalls einen Sicherheitsbedarf begründen. Bei der Beurteilung dieser Frage können allerdings die im Rahmen des Abs 1 relevanten Kriterien nicht unbesehen auf Abs 2 übertragen

<sup>26</sup> S auch *Muzak*, *migraLex* 2007, 81 (82).

<sup>27</sup> VwGH 29.9.2009, 2009/21/0046; 8.9.2009, 2009/21/0162; 8.7.2009, 2007/21/0022 (zur Bedeutung eines Wiedereinsetzungsantrags); 17.3.2009, 2008/21/0668; 18.12.2008, 2008/21/0582; 23.10.2008, 2006/21/0182; 18.9.2008, 2006/21/0181 (zur Zurückziehung eines Antrags); 19.6.2008, 2007/21/0509; 20.12.2007, 2007/21/0261; 24.10.2007, 2007/21/0348; 28.6.2007, 2006/21/0360.

<sup>28</sup> S AB 1055 BgNR 22. GP 5. S dazu außerdem VwGH 17.3.2009, 2008/21/0668; 18.12.2008, 2008/21/0582.

<sup>29</sup> VwGH 18.12.2008, 2008/21/0582; 7.2.2008, 2006/21/0389; 30.8.2007, 2007/21/0043.

<sup>30</sup> VfSlg 17.891/2006.

<sup>31</sup> VwGH 18.2.2009, 2006/21/0261; 29.4.2008, 2006/21/0127; 10.12.2007, 2007/21/0261. IdS auch VwGH 22.11.2007, 2006/21/0189; 24.10.2007, 2006/21/0045; 24.10.2007, 2006/21/0043.

werden. Ein Fremder, der eben erst nach Österreich eingereist ist, um Schutz vor Verfolgung zu suchen, ist hier naturgemäß nicht integriert. Völlig zutreffend ist darum nach st Rsp des VwGH fehlende Integration eines Fremden im Anwendungsbereich des Abs 2 kein tragfähiges Argument für einen Sicherungsbedarf.<sup>32</sup> Auch dass ein Fremder unrechtmäßig, möglicherweise sogar schlepperunterstützt eingereist ist, keine Reisedokumente oder Barmittel besitzt oder den Willen geäußert hat, in Österreich leben zu wollen, kann für sich genommen die Schubhaft nicht rechtfertigen.<sup>33</sup> Dabei gilt es außerdem einen etwaigen Anspruch auf Grundversorgung zu berücksichtigen:<sup>34</sup> Es müssen überzeugende Gründe vorliegen, weshalb ein Fremder diese Versorgung aufgeben und untertauchen sollte.<sup>35</sup>

So wie bei Abs 1 ist aber auch im Anwendungsbereich des Abs 2 das Verhalten eines Fremden in die Beurteilung des Sicherungsbedarfs miteinzubeziehen: Hier kommt es darauf an, ob er sich aus eigenem Antrieb und ohne maßgebliche Verzögerung an die Beh wendet, um einen Asylantrag zu stellen, ob er zu seiner Identität und Reiseroute richtige Angaben macht und zu den Vernehmungen kommt.<sup>36</sup>

Häufig rechtfertigt die Beh Schubhaft damit, dass ein Fremder bereits in einem anderen Land einen Asylantrag gestellt und den Ausgang des Verfahrens dort nicht abgewartet hat: Die Beh folgert daraus, dass sich der Fremde auch diesmal nicht anders verhalten und sich wiederum dem Verfahren entziehen werde. Diese Annahme trifft freilich – so auch der VwGH – nicht zwangsläufig zu: Hat ein Fremder etwa die Asylantragstellung gar nicht verschwiegen oder hat er wegen bereits hier lebender Verwandter von vornherein Österreich als Zielland angestrebt, dann ist tatsächlich nicht klar, weshalb man befürchten müsste, der Fremde werde untertauchen.<sup>37</sup> Aber sogar, wenn der Fremde die Antragstellung in einem anderen Land verschweigt, ist dies für den VwGH für sich betrachtet noch kein hinreichender Grund anzunehmen, der Fremde werde sich dem Verfahren entziehen.<sup>38</sup> Es kommt nämlich – dies hat auch der VfGH ausgesprochen – allein auf konkrete Anhaltspunkte an, die nahelegen, dass der Fremde (abermals) in einen anderen Staat weiterreisen werde.<sup>39</sup> Kommt die Beh

---

32 VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068; 8.7.2009, 2007/21/0093; 8.7.2009, 2007/21/0085; 27.5.2009, 2008/21/0196; 27.5.2009, 2007/21/0037; 30.4.2009, 2006/21/0350; 30.4.2009, 2006/21/0344; 30.4.2009, 2006/21/0341; 18.2.2009, 2006/21/0266; 20.11.2008, 2006/21/0203; 17.7.2008, 2007/21/0419; 17.7.2008, 2008/21/0346; 28.5.2008, 2007/21/0332; 28.5.2008, 2007/21/0233; 28.2.2008, 2007/21/0391; 28.2.2008, 2007/21/0026; 7.2.2008, 2007/21/0402.

33 VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068; 8.7.2009, 2007/21/0093; 8.7.2009, 2007/21/0085; 27.5.2009, 2008/21/0196; 27.5.2009, 2007/21/0037; 30.4.2009, 2006/21/0350; 30.4.2009, 2006/21/0344; 30.4.2009, 2006/21/0341; 18.2.2009, 2006/21/0266; 28.2.2008, 2007/21/0391; 7.2.2008, 2007/21/0402.

34 Allgemein zur Grundversorgung *Oswald*, Aktuelle Fragen zur Grundversorgung von Asylwerbern, *migraLex* 2009, 51.  
35 S zB VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068; 8.7.2009, 2007/21/0085; 27.5.2009, 2008/21/0196.

36 VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068; 29.9.2009, 2008/21/0461; 8.7.2009, 2007/21/0093; 8.7.2009, 2007/21/0085; 27.5.2009, 2008/21/0196; 30.4.2009, 2006/21/0350; 30.4.2009, 2006/21/0341; 18.2.2009, 2006/21/0266; 28.5.2008, 2007/21/0233; 28.2.2008, 2007/21/0391; 7.2.2008, 2007/21/0402; 20.12.2007, 2007/21/0261; 24.10.2007, 2006/21/0043.

37 VwGH 30.4.2009, 2006/21/0341; 20.11.2008, 2006/21/0203; 28.5.2008, 2007/21/0233; 20.12.2007, 2007/21/0261; 26.9.2007, 2006/21/0177.

38 VwGH 28.2.2008, 2007/21/0026.

39 VfSlg 17.288/2004.

zum Schluss, dass es ein Sicherungsbedürfnis gibt, dann muss sie auch hier die Möglichkeit etwaiger gelinderer Mittel (§ 77 FPG) berücksichtigen. Hier gilt im Wesentlichen das bereits zu Abs 1 Gesagte.

Bereits zu Abs 1 wurde festgestellt, dass ein zentrales praktisches Problem die Beurteilung des Sicherungsbedarfs ist. Für Abs 2 gilt dies ebenso, ja sogar in besonderem Maße: Dies hängt damit zusammen, dass Abs 2 anders als Abs 1 nicht als Generalklausel formuliert ist, sondern spezielle Schubhaftatbestände aufzählt: Wie sich zeigt, folgert die Beh häufig allein schon aus dem Vorliegen eines Schubhaftgrundes, dass der Freiheitsentzug auch notwendig ist. So wurde etwa besonders in Dublin-Fällen vielfach allein schon aus der Unzuständigkeit Österreichs auf die Notwendigkeit der Schubhaft geschlossen, womit diese geradezu zu einer Standardmaßnahme wurde.<sup>40</sup> Hinzu kommt noch, dass die Beh bisweilen Kriterien – wie etwa die Integration – heranzieht, die im Anwendungsbereich des Abs 2 gar nichts über die Notwendigkeit der Schubhaft aussagen. Dies hat den VwGH wiederholt zur Feststellung veranlasst, dass Schubhaft nur dann notwendig ist, wenn Umstände vorliegen, die einen Fall gegenüber sonstigen typischerweise Asylwerbende betreffenden Fällen auszeichnen.<sup>41</sup>

Abgesehen vom Sicherungsbedarf stellen sich im Anwendungsbereich des Abs 2 aber noch weitere bemerkenswerte Fragen: Es ist nämlich nicht immer ohne weiteres deutlich, ob tatsächlich ein Schubhaftatbestand der Z 1 bis 4 vorliegt. Klargestellt ist mittlerweile, dass Schubhaft nicht verhängt werden darf, um die Durchsetzung von Rückkehrverboten – sie wurden mit dem FPG 2005 sinngemäß als Aufenthaltsverbote für Asylwerbende, denen aber keine Ausreiseverpflichtung immanent ist, neu eingeführt – zu sichern. Auch wenn Aufenthaltsverbote gegen Fremde, die am 1.1.2006 Asylwerbende waren, nunmehr als Rückkehrverbote gelten (§ 125 Abs 3 FPG), so kann die Schubhaft nicht auf das Vorliegen eines Rückkehrverbots allein gegründet werden, da ein solches mangels Ausreiseverpflichtung ohne zusätzliche Ausweisungsentscheidung nicht zur Abschiebung berechtigt und überdies – so auch der VwGH – nicht in ein Aufenthaltsverbot umgedeutet werden kann.<sup>42</sup>

Davon abgesehen verkennt die Beh immer wieder, welche Bedeutung im Rahmen des § 76 Abs 2 FPG die Zulassung eines Asylverfahrens nach § 28 AsylG hat: Die Schubhaft wird dann nämlich unzulässig.<sup>43</sup> Dieser Konnex zeigt sich zunächst an den Schubhaftatbeständen der Z 3 und 4, die beide an der voraussichtlichen Erfolglosigkeit eines Asylantrags anknüpfen: Einmal, weil Unzuständigkeit (Z 4) und einmal, weil missbräuchliche Antragstellung vermutet wird (Z 3). Trifft diese Prognose zu, dann ist die zurück- bzw abweisende Entschei-

---

40 Wiederholt weist der VwGH darauf hin, dass Schubhaft in Dublin-Fällen nicht zu einer Standardmaßnahme gegen Asylwerbende werden dürfe: VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068; 8.7.2009, 2007/21/0093; 27.5.2009, 2008/21/0196; 27.5.2009, 2007/21/0037; 30.4.2009, 2006/21/0350; 30.4.2009, 2006/21/0344; 30.4.2009, 2006/21/0341; 18.2.2009, 2006/21/0266.

41 VwGH 8.7.2009, 2007/21/0085; 27.5.2009, 2008/21/0196; 27.5.2009, 2007/21/0037.

42 VwGH 8.9.2009, 2007/21/0064; 22.1.2009, 2008/21/0647. S auch *Muzak*, *migraLex* 2007, 81 (85).

43 VwGH 8.7.2009, 2007/21/0022; 30.4.2009, 2006/21/0302; 18.2.2009, 2006/21/0125.

dung mit einer Ausweisung zu verbinden. Wird das Verfahren aber zugelassen, dann ist die Vermutung der Erfolglosigkeit widerlegt: Die Schubhaft ist unzulässig.<sup>44</sup>

Entsprechendes gilt bei Z 2: Darf Schubhaft verhängt werden, wenn ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde, dann ist die Schubhaft unzulässig, wenn das Verfahren einzustellen ist. Dieser Zusammenhang ist zwar einleuchtend, es wird aber bisweilen die Bedeutung eines etwaigerhobenen Rechtsmittels verkannt. Wird einem Asylantrag bereits im Zulassungsverfahren stattgegeben oder wird er abgewiesen – die Abweisung ist mit einer Ausweisung zu verbinden (§ 10 Abs 1 Z 2 AsylG) – so ersetzt dies die Zulassungsentscheidung (§ 28 Abs 3 AsylG). Wird gegen die Abweisung berufen und hat die Berufung aufschiebende Wirkung, dann gilt das Verfahren als zugelassen und ein Ausweisungsverfahren ist einzustellen. In diesem Fall darf aber eine Schubhaft nicht weiter aufrecht erhalten werden.<sup>45</sup>

Auch im Zusammenhang mit Z 1 ist die Wirkung eines etwaigen Rechtsmittels zu berücksichtigen: Die Schubhaft darf verhängt werden, wenn eine Ausweisung gem § 10 AsylG durchsetzbar ist; rechtskräftig muss sie hingegen noch nicht sein. Ob eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung auch durchsetzbar ist, hängt freilich davon ab, ob ein dagegen gerichtetes Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat. Zwar haben nach dem AVG Berufungen idR aufschiebende Wirkung, das AsylG hat aber ein davon abweichendes komplexes System geschaffen: Wird ein Asylantrag zurückgewiesen, so hat ein dagegen gerichtetes Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung und eine damit verbundene Ausweisung ist durchsetzbar, sofern die aufschiebende Wirkung nicht in Entsprechung eines darauf gerichteten Antrags zuerkannt wird. Wird ein Asylantrag hingegen abgewiesen, dann haben Rechtsmittel aufschiebende Wirkung, es sei denn, sie wird ausgeschlossen. Ist also eine Ausweisung nicht durchsetzbar – weil das Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat –, dann ist die Schubhaft schon aus diesem Grund rechtswidrig.<sup>46</sup>

Besondere Fragen wirft schließlich der Schubhafttatbestand in Z 4 auf. Zunächst bestehen hier grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken. Z 4 ermöglicht Schubhaft nämlich bereits wenn „anzunehmen“ ist, dass der Asylantrag mangels Zuständigkeit Österreichs zurückgewiesen wird. Inwieweit dann aber schon von einem „schwebenden“ Ausweisungsverfahren iSd EMRK bzw einer Ausweisungsabsicht iSd PersFrSchG gesprochen werden kann, ist freilich fraglich. Nimmt die Beh lediglich an, dass Österreich für den Asylantrag unzuständig ist und dass – als Konsequenz – eine zurückweisende Entscheidung zu erlassen sein wird, die mit einer Ausweisung zu verbinden ist, dann gibt es noch keinen positiven behördlichen Akt, in dem sich die Ausweisungsabsicht manifestieren könnte. Diese Problematik veranlasste den VwGH, einen Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH zu stellen.<sup>47</sup> Dieser teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken jedoch nicht: Er fand, dass der verfassungsrechtliche

---

44 VwGH 22.1.2009, 2008/21/0627; 7.2.2008, 2006/21/0389; 20.12.2007, 2007/21/0261.

45 VwGH 27.5.2009, 2007/21/0037; 31.3.2008, 2008/21/0142; 20.12.2007, 2007/21/0261.

46 VwGH 30.4.2009, 2006/21/0302.

47 VwGH 30.1.2007, A 2007/0010-1 (2006/21/0090).

Begriff der Ausweisung von einer materiellen Betrachtungsweise ausgehe und nicht mit dem im formellen Ausweisungsverfahren verwendeten Begriff gleichzusetzen sei. Der Ausdruck umfasse vielmehr „vom Wortsinn her alle fremdenpolizeilichen Maßnahmen, die darauf abzielen, daß der Fremde das Land verlasse“. <sup>48</sup> Die im Fall der Z 4 zu treffende Prognoseentscheidung sei mit Blick auf die unmittelbar bevorstehende Ausweisung bzw Verfahrenseinleitung von einer derartigen „rechtlichen Verdichtung“ geprägt, dass dieser Verfahrensschritt durchaus vom verfassungsrechtlichen Begriff „schwebendes Ausweisungsverfahren“ umfasst sei. Gem § 29 Abs 3 Z 4 AsylG habe die Beh nämlich mit Verfahrensordnung mitzuteilen, dass beabsichtigt sei, den Antrag zurückzuweisen. Nach Auffassung des VfGH genügt es, um dem Erfordernis eines schwebenden Verfahrens zu entsprechen, dass die für die Verhängung der Schubhaft zuständige Fremdenpolizeibehörde mit guten Gründen davon ausgehen kann, dass die Asylbehörde den Antrag zurückweisen wird. <sup>49</sup>

Restlos überzeugend ist diese Argumentation freilich nicht: Zwar ist der konventionsrechtliche Ausweisungsbegriff tatsächlich nicht rein formell zu betrachten, dennoch braucht es einen positiven Akt der Beh, der das Verfahren zu einem schwebenden macht. Eine Prognose ist aber mE keinesfalls ein solcher Akt, daran kann auch die vom VfGH angesprochene rechtliche Verdichtung nichts ändern. <sup>50</sup>

Im Zusammenhang mit Z 4 stellt sich aber noch eine weitere Frage: Offen ist nämlich, wann die Annahme gerechtfertigt ist, dass Österreich für die Behandlung des Asylantrags unzuständig ist. Wiederholt tritt dabei die Frage auf, ob diese Annahme bereits durch einen sog Eurodac-Treffer gerechtfertigt werden kann. <sup>51</sup> Zweifellos ist in diesem Fall die Wahrscheinlichkeit einer Unzuständigkeit groß, sie ist aber nicht zwingend. <sup>52</sup> Die Beh muss zB gegebenenfalls die Selbsteintrittsklausel berücksichtigen. <sup>53</sup> Darum hat der VwGH zutreffend betont, dass aus dem Treffer unter Berücksichtigung des sonst hervorgekommenen Sachverhalts mit gutem Grund abgeleitet werden muss, dass die Zuständigkeit eines anderen Staates zur Entscheidung besteht. <sup>54</sup>

---

48 S schon VfSlg 13.300/1992.

49 VfSlg 18.143/2007.

50 Ebenso und ausführlich *Muzak*, *migraLex* 2007, 81 (85). S außerdem bereits *Khakzadeh*, *Das AsylG 2005 – Neuerungen und verfassungsrechtliche Fragen*, *migraLex* 2005, 74 (80). S auch *Ammer*, *Schubhaft und Asyl*, *juridikum* 2007, 72.

51 Allgemein zu Eurodac *Schmid*, *Eurodac – Europäisches System zum Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens*, *migraLex* 2003, 33.

52 S aber 952 BlgNR 22. GP 92.

53 Dazu *Muzak*, *migraLex* 2007, 81 (83).

54 VwGH 18.9.2008, 2008/21/0278: Die Kennzahl des Eurodac-Treffers sowie die Aussagen des Betroffenen legten nahe, dass er nicht in einem anderen Land – hier: Italien – einen Asylantrag gestellt hatte, sondern dort als unrechtmäßig eingereister Fremder erfasst worden war. Zudem handelte es sich beim Bf um einen unbegleiteten Minderjährigen: Zuständig ist in diesem Fall der Staat, in dem der Asylantrag gestellt wurde. Die Beh hätte in diesem Fall nicht mit gutem Grund annehmen dürfen, dass für die Behandlung des vom Bf in Österreich gestellten Asylantrages die Zuständigkeit Italiens gegeben wäre.

## 5. Schubhaft gem § 76 Abs 2a FPG

Das FrÄG 2009<sup>55</sup> brachte mit der Einführung des § 76 Abs 2a FPG eine Erweiterung der bestehenden Schubhafttatbestände:

Die örtlich zuständige Fremdenpolizeibehörde hat über einen Asylwerber Schubhaft anzuordnen, wenn

1. gegen den Asylwerber eine mit einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 verbundene durchsetzbare Ausweisung erlassen wurde oder ihm gemäß § 12a Abs 1 AsylG 2005 ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt;
2. eine Mitteilung gemäß § 29 Abs 3 Z 4 bis 6 AsylG erfolgt ist und der Asylwerber die Gebietsbeschränkung gemäß § 12 Abs 2 AsylG 2005 verletzt hat;
3. der Asylwerber die Meldeverpflichtung gemäß § 15a AsylG 2005 mehr als einmal verletzt hat;
4. der Asylwerber, gegen den nach den Bestimmungen des AsylG 2005 ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde, der Mitwirkungsverpflichtung gemäß § 15 Abs 1 Z 4 vorletzter Satz AsylG 2005 nicht nachgekommen ist, oder
5. der Asylwerber einen Folgeantrag (§ 2 Abs 1 Z 23 AsylG 2005) gestellt hat und der faktische Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs 2 AsylG 2005 aufgehoben wurde, und die Schubhaft für die Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 oder zur Sicherung der Abschiebung notwendig ist, es sei denn, dass besondere Umstände in der Person des Asylwerbers der Schubhaft entgegenstehen.

Nun fällt zunächst auf, dass § 76 Abs 2a FPG – anders als die Abs 1 und 2 – der Beh hinsichtlich der Schubhaftverhängung kein Ermessen einräumt: Bei Vorliegen der Voraussetzungen „hat“ die Beh Schubhaft anzuordnen. Die einzelnen Schubhafttatbestände lassen sich dann im Wesentlichen in drei Gruppen zusammenfassen: Es geht um zurückweisende Entscheidungen in Dublin-Verfahren (Z 1), weiters um Fälle, in denen Asylwerbende bestimmte Pflichten verletzt haben (Z 2, 3, und 4) und schließlich um solche, in denen ein Folgeantrag gestellt wurde (Z 1 und 5).

Die – verfassungsrechtliche – Relevanz der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft wurde oben bereits hinlänglich herausgestellt. In diesem Punkt kann auch für Schubhaft nach § 76 Abs 2a FPG nichts anderes gelten: Sie muss notwendig sein, um ein Ausweisungsverfahren oder eine Abschiebung zu sichern und sie muss verhältnismäßig sein. Einmal mehr muss also anhand der konkreten Umstände eines Einzelfalls beurteilt werden, ob ein Sicherungsbedarf besteht, ob also von der berechtigten Gefahr auszugehen ist, der Fremde werde untertauchen. Dies anerkennen zwar auch die Mat, es soll aber in den Fällen des Abs 2a „grundsätzlich von einem Sicherungsbedürfnis auszugehen“ sein.<sup>56</sup> Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass im Lichte der verfassungsrechtlichen Anforderungen gerade

55 BGBl I 2009/122. Dazu zB *Syzmanski*, *migraLex* 2009, 99.

56 RV 330 BlgNR 24. GP 32.

nicht von einem *grundsätzlichen* Sicherheitsbedürfnis ausgegangen werden darf. Allein die Tatsache, dass ein Fremder etwa einen Folgeantrag gestellt hat oder seine Meldepflichten verletzt hat, begründet noch nicht die Annahme, er werde auch untertauchen. Dazu bedarf es – dies hat der VwGH zu Abs 2 hinlänglich deutlich gemacht – konkreter Anhaltspunkte im Einzelfall. Zu einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses darf es nicht kommen: Liegt ein Schubhaftgrund vor, dann muss nicht die Notwendigkeit des Freiheitsentzugs widerlegt werden; vielmehr muss begründet werden, dass im Einzelfall tatsächlich ein Sicherheitsbedürfnis besteht. Indes: Die Ausgestaltung des § 76 Abs 2a FPG lässt – gerade angesichts der bisherigen Erfahrungen mit Abs 2 – befürchten, dass diese Einzelfallprüfung praktisch häufig zu kurz kommen wird und die Beh allein schon bei Vorliegen eines speziellen Schubhafttatbestandes vermutet, dass der Fremde untertauchen wird.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Anordnung der Schubhaft unzulässig ist, wenn ihr – so Abs 2a explizit – besondere Umstände in der Person des/der Asylwerbenden entgegenstehen. Nach den Mat handelt es sich dabei etwa um Alter oder Gesundheitszustand der betroffenen Person.<sup>57</sup> Diese Anordnung ist freilich entbehrlich: Besteht ein Sicherheitsbedarf und ist der Betroffene krank, dann ist dies – so wie auch im Anwendungsbereich der Abs 1 und 2 – ohnehin im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Frage nach gelinderen Mitteln zu berücksichtigen.<sup>58</sup> Nun kann zwar aus verfassungsrechtlicher Sicht gegen eine überflüssige Anordnung an sich noch nichts eingewendet werden, sie fügt sich hier aber in ein Bild der Systemlosigkeit ein: Auch wenn Alter und Gesundheitszustand des betroffenen Fremden bei allen Schubhafttatbeständen zu berücksichtigen sind, so erleichtert es die Anwendung eines Gesetzes nicht, wenn dies einmal explizit angeordnet ist, ein andermal implizit aus der Norm folgt.

## 6. Schluss

Die Schubhaftregelungen in § 76 Abs 1 bis 2a FPG ergeben kein klares und systematisches Bild. Dies liegt zunächst bereits an den unterschiedlichen Regelungskonzepten: Während Abs 1 *leg cit* als Generalklausel formuliert ist, enthalten die Abs 2 und 2a spezielle Schubhafttatbestände.<sup>59</sup> Darüber hinaus ist auch die inhaltliche Ausgestaltung der Bestimmungen nicht einheitlich: Abs 1 und 2 räumen der Beh – anders als Abs 2a – Ermessen hinsichtlich der Schubhaftverhängung ein; Abs 1 und 2a normieren – anders als Abs 2 – die Notwendigkeit der Schubhaft explizit; Abs 2a nimmt – anders als Abs 1 und 2 – ausdrücklich auf Umstände in der Person des Betroffenen Bezug. Berücksichtigt man, dass für alle drei Bestimmungen die gleichen verfassungsrechtlichen Grundlagen gelten, sind diese Unterschiede umso be-

57 RV 330 BlgNR 24. GP 32.

58 VwGH 8.7.2009, 2008/21/0404; 27.5.2009, 2008/21/0196; 30.4.2009, 2006/21/0341; 19.6.2008, 2007/21/0069; 29.4.2008, 2006/21/0127.

59 S auch *Szymanski*, *migraLex* 2009, 99 (102).

merkwürdiger. Dass dies einem systemkonformen Vollzug der Normen nicht förderlich ist, liegt auf der Hand. Es verstärkt sich dadurch im Übrigen der Eindruck eines Dickichts von Schubhafttatbeständen, in dem vor lauter Bäumen der Blick auf den Wald – oder genauer: vor lauter spezieller Schubhafttatbestände der Blick auf den Einzelfall – verstellt wird. Der VwGH hat in seiner bisherigen Jud einen deutlichen (verfassungskonformen) Weg vorgegeben und manchen Irrwegen eine klare Absage erteilt. Wie viele neue Irrwege mit § 76 Abs 2 a eröffnet wurden, wird freilich erst die Zukunft zeigen.

Ass.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Lamiss Khakzadeh-Leiler ist am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig; lamiss.khakzadeh@uibk.ac.at



# Pagani: Das Recht von der Grenze her denken<sup>1</sup>

Ilker Ataç / Bernd Kasperek / Michael Willenbücher

---

## 1. Einleitung

Für den italienischen Rechtshistoriker *Giorgio Agamben* sind Lager und Haft paradigmatische Momente moderner Vergesellschaftung. Im (Flüchtlings-)Lager als einem spezifischen Einschließungsmilieu sieht er den Raum, der das Außen einer auf der traditionellen Trinität von Staat, Nation und Territorium basierenden Vergabe bürgerlicher Rechte bildet. Der Flüchtling, obwohl von den bürgerlichen Rechten der Partizipation und Repräsentation ausgeschlossen, ist dort gleichwohl und gerade durch die Verweigerung dieser Rechte in den politischen Raum der Souveränität eingeschlossen. Es ist diese Möglichkeit der Definition des Bannes und der Verhängung der Ausnahme, die nach *Agamben* einen wesentlichen Zug moderner Souveränität ausmacht. Das Lager kann „nicht als historische Tatsache betrachtet werden, als eine Anomalie, die der Vergangenheit angehört, sondern gewissermaßen als die versteckte Matrix, als den *nomos* des politischen Raums, in dem wir immer noch leben.“<sup>2</sup>

Ein zunehmender Korpus von Literatur, der an der Schnittstelle verschiedener Disziplinen zwischen Internationalen Beziehungen, Politik- und Sozialwissenschaften angesiedelt ist und sich als *refugee studies* konstituiert, widmet sich den biopolitischen Konsequenzen einer souveränen Macht, die in der Lage ist, über Inklusion und Exklusion zu entscheiden. In Zeiten zunehmender globaler Krisen und transnationaler Migration lässt sich diesem Ansatz nach an der Figur des *refugees* die Fiktion und der erodierende Charakter nationaler Souveränität und der sie begleitenden Kategorien wie „Volk“, „Öffentlichkeit“ und „Menschenrechte“ aufzeigen.<sup>3</sup>

Der Flüchtling wird somit zu einer paradigmatischen Figur, an der sich die Mechanismen moderner Gouvernementalität<sup>4</sup> in Anschluss an *Foucault* aufzeigen lassen. Er wird zum ultimativen biopolitischen Subjekt. Liberale Theorien, die im Wesentlichen innerhalb des ontologischen Raumes moderner Souveränität verbleiben, können weder ausreichendes

---

1 Wir bedanken uns bei Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer und Georg Spitaler für wertvolle Kommentare.

2 Agamben, Giorgio (2001): *Mittel ohne Zweck – Noten zur Politik*. Berlin. S. 43.

3 Owens, Patricia (2009): *Reclaiming 'Bare Life'?: Against Agamben on Refugees*. In: *International Relations* 2009; 23; 568.

4 Unter Gouvernementalität verstehen wir einen Ansatz, der die Techniken der Regulation/des Regierens von Bevölkerung, und damit die biopolitischen Strategien, zum Ausgangspunkt der Analyse macht. Vgl. Lemke, Thomas (2007): *Gouvernementalität und Biomacht*. Wiesbaden.

normatives noch analytisches Verständnis für die reale und symbolische Gewalt aufbringen, die Flüchtlinge zu den primären Opfern gegenwärtiger Formen von Gouvernamentalität machen.<sup>5</sup>

Aber ist eine solche Analyse konsistent oder reproduziert sie theoretisch die Omnipotenz einer souveränen Macht, die sie doch gerade angreifen will?<sup>6</sup> Unser Beitrag versucht anhand einer Analyse der Ereignisse im Sommer 2009 rund um das „welcome center“ Pagani auf der ostgriechischen Insel Lesbos die konkreten Bedingungen der Gouvernamentalität des europäischen Migrationsregimes exemplarisch nachzuzeichnen. Dabei beruhen unsere Überlegungen auf drei Annahmen/Perspektiven.

Erstens analysieren wir die Bedingungen der Haft aus einer Perspektive der Autonomie der Migration. Diese stellt das Insistieren auf das Recht auf Bewegungsfreiheit und die Kämpfe der Flüchtlinge ins Zentrum der Analyse. Unter der Perspektive der Autonomie der Migration verstehen wir einen Ansatz in der Migrationstheorie, der die Vorgängigkeit und Irreduzibilität der Bewegung der Migration bezüglich der Anstrengungen, sie zu verhindern, zu steuern oder auch zu stimulieren, annimmt.<sup>7</sup>

Zweitens gehen wir davon aus, dass die Kämpfe der Flüchtlinge um ihr Recht auf Mobilität im Spannungsverhältnis von Haft und Bewegung zu betrachten sind. Wir wollen damit vermeiden, das Lager als Ort der Einsperrung isoliert von den Bewegungen, die zu ihm hin- und von ihm wegführen, zu betrachten. Insofern existiert im Lager kein stabiles Verhältnis, welches einseitig durch die souveräne Macht definiert würde, sondern das Kräfteverhältnis zwischen den beteiligten Parteien wird in einem Aushandlungsprozess ständig neu hergestellt.

Aus diesem Grund plädieren wir drittens für eine Analyse der Mikromacht, um die Strategien der Einsperrung und Bewegung en detail nachzuzeichnen, sowie der Mikrostrategien, welche Ergebnis der Aushandlungsprozesse zwischen nationaler und lokaler Regierung, transnationalen Organisationen wie dem UNHCR, sozialen Bewegungen und nicht zuletzt der Migration im lokalen, nationalen wie auch transnationalen Raum sind.

## 2. Das Lager im Spannungsverhältnis von Haft und Bewegung

Das Flüchtlingslager Pagani, über der Hauptstadt Mytilini auf Lesbos gelegen, war besonders durch seine skandalöse Infrastruktur bekannt geworden. Eine ehemalige Lagerhalle auf einem stacheldrahtumzäunten Gelände diente als vollkommen überbelegte Unterkunft für bis zu 1000 Insassen, ausgestattet mit nur rudimentären sanitären Anlagen und mangelnder medizinischer Versorgung. Der Großteil der MigrantInnen auf Lesbos kommt aus Afghanistan, Irak, Palästina, Somalia und Eritrea. Sie kommen mit motorisierten Schlauchbooten

---

5 Owens, S. 569.

6 Vgl. Willenbücher, Michael (2007): *Das Scharnier der Macht*. Berlin.

7 Vgl. Bojadzije, 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.

vom türkischen Festland, das nur 10 km entfernt liegt und in den letzten Jahren ins Zentrum der Migrationsbewegungen nach Europa gerückt ist. Gelingt die Überfahrt, trotz Küstenwache und Frontex-Patrouillen<sup>8</sup>, gibt es zwei Varianten für die Flüchtlinge, ihre Weiterreise zu organisieren. Entweder versuchen sie, ohne sich zu registrieren, mit der Fähre auf das griechische Festland zu gelangen. Dies ist die riskantere Variante, ist der Zugang zu den Fähren doch zumeist von strikten Ausweiskontrollen begleitet. Die zweite Option ist, sich bei der Polizei zu registrieren, was bis Herbst 2009 eine Einsperrung in Pagani zur Folge hatte.

Einmal im Lager eingesperrt, dauert die Haft zwischen 20 bis 80 Tage. Die Dauer der Haft scheint willkürlich zu sein, zumindest fehlen objektive Kriterien. Bei der Freilassung erhalten die Flüchtlinge das „white paper“, welches die TrägerInnen zur Ausreise aus Griechenland binnen 30 Tagen auffordert. Dieser Abschiebungsbescheid ist jedoch real ein „papier de passage“, denn er garantiert während eines Monats Bewegungsfreiheit in Griechenland. In der migrantischen Praxis ist es dieses Papier, welches das Erreichen der Metropole Athen mit ihren Verbindungen nach Zentraleuropa ermöglicht.<sup>9</sup>

Mit der Einsperrung kommt aber die europäische Dimension des Grenzregimes ins Spiel, was Konsequenzen für die Bewegungsfreiheit hinsichtlich der weiteren Reise der Flüchtlinge schafft: mit der polizeilichen Registrierung werden die Fingerabdrücke der Flüchtlinge in die europäische Fingerabdruckdatenbank EURODAC eingespeist. Sie ist die praktische Grundlage für die Dublin II-Verordnung der EU,<sup>10</sup> die die Zuständigkeit des ersten durch den Flüchtling erreichten Landes für die Durchführung des Asylverfahrens festschreibt. Damit droht den Flüchtlingen bei einem Aufgriff in einem anderen EU-Staat die Rückschiebung nach Griechenland. Paradoxerweise existiert de facto weder ein Asylsystem noch staatliche Unterstützung in Griechenland, was die allermeisten Flüchtlinge auf der Straße stranden lässt. An der europäischen Außengrenze wirken demnach zwei Kräfte auf die Flüchtlinge ein. Während nationale Grenzschutzpolizeien und die europäische Grenzschutzagentur nach außen als abstoßende Kraft wirken, stellt Dublin II für das Innere des europäischen Territorium eine Kraft dar, die die Flüchtlinge wieder an den Rand zerzt, wo ihnen Perspektivlosigkeit und die weitere Abschiebung drohen.<sup>11</sup> Das Recht der Flüchtlinge wird somit an der Grenze verhandelt.<sup>12</sup>

8 Vgl. Kasperek, Bernd (2009): Von Grauzonen und Legalisierungen der anderen Art. Frontex im Mittelmeer. In: Widersprüche im erweiterten Grenzraum. Online: <http://frontex.antira.info/2009/08/11/die-neue-broschuere-ist-da/> (25.5.2010).

9 Vgl. transact (2010): Infopoint. During Noborder Lesvos 2009. Online: <http://lesvos09.antira.info/2010/03/06/bringing-you-the-infopoint-brochure/> (25.5.2010).

10 Die *Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18.02.03 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedsstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedsstaat gestellten Asylantrag zuständig ist* hat das Dubliner Übereinkommen von 1990 ersetzt und wird deswegen oft als Dublin II-Verordnung bezeichnet. Vgl. <http://dublin2.info/zeitung/was-ist-dublin/> (25.5.2010).

11 Zu Dublin II siehe Bender, Dominik (2010): Am Rande des Rechts. In: Der Schlepper. Magazin des Flüchtlingsrates Schleswig-Holstein e.V. Online: [http://www.frsh.de/schl\\_50/s50\\_inhalt.html](http://www.frsh.de/schl_50/s50_inhalt.html) (25.5.2010).

12 Vgl. Netzwerk Welcome to Europe (2010): Interview mit Zewar Ali. In: Über die Grenze. Dublin II, Flucht und Abschiebung in einem Europa der Grenzen. Online: <http://dublin2.info/zeitung/> (25.5.2010).

Aus diesem Blickwinkel trifft die konventionelle Vorstellung vom Lager als Einschließungsmilieu nur bedingt zu. Schon Pagani als Institution ist widersprüchlich, stellt es doch einerseits einen Ort der Passage dar, ist aber gleichzeitig ein Ort der organisierten Menschenrechtsverletzung. Der Aufenthalt wurde von den Insassen einerseits skandalisiert, indem sie sich des Menschenrechtsdiskurses gegenüber der Öffentlichkeit bedienten. Auf der anderen Seite wurde die Inhaftierung dennoch als ein notwendiger Zwischenschritt auf der Reise hingenommen, als temporäre Entschleunigung, notwendig, um die nächsten Schritte auf der Reise zu den finalen Destinationen in Nordeuropa vorzubereiten.

Auch die Praxis der Einsperrung beschränkt sich keineswegs auf die physische Haft hinter den Gittern Paganis, sondern konstituiert sich ebenso entlang der Bewegung der Flüchtlinge in Europa. Lokal kann dies etwa anhand von Residenzpflichtregelungen belegt werden,<sup>13</sup> auf europäischem Niveau ist die oben erwähnte Dublin II-Verordnung der stärkste – gegen die Mobilität der Flüchtlinge gerichtete – Eingriff des Staates.

Die Kämpfe der Flüchtlinge um ihr Recht auf Mobilität sind in diesem Spannungsverhältnis von Haft und Bewegung zu betrachten, welches im gesamten Schengenraum eine gewisse Konstanz aufweist. Das Lager ist daher als ein möglicher Ort in einem vielfältig skalierten Raum zu denken, der das Verhältnis von Bewegung und Einsperrung temporär festzuschreiben in der Lage ist.

### 3. Mikromacht und Mikrostrategien

Im Sommer 2009 spitzte sich die Situation in Pagani zu. Durch die in das Lager kommunizierte Anwesenheit von rund 500 antirassistischen noborder-AktivistInnen außerhalb des Lagers<sup>14</sup> trat eine erste Gruppe von minderjährigen Flüchtlingen in den Hungerstreik, um ihre sofortige Freilassung zu erreichen: „We want freedom, we don't want food“ war auf einem Transparent zu lesen. Es kam zu täglichen Kundgebungen vor dem Lager Pagani. Die Nomarchia (Inselregierung) reagierte schnell auf den Hungerstreik, entließ über die nächsten Tage mehrere Hundert Flüchtlinge und eröffnete auch ein offenes Übergangslager für Familien. Dabei folgte die Nomarchia ihrem Wissen über die Modi der Migration: Kaum ein Flüchtling hat sich jemals auf Lesbos niedergelassen. Vielmehr sind die Weiterreise nach Athen und dann ins Zentrum der Europäischen Union die nächsten Schritte der Flüchtlinge. Dementsprechend erhoffte sich die Nomarchia, dass sich der Aufstand über die Weiterwanderung der nun freien Lagerinsassen erledigen würde, musste sich aber gegen das Innenministerium durchsetzen, welches weiterhin auf der Internierung der Flüchtlinge bestand.

---

13 Vgl. die Diskussion über die Abschaffung der Residenzpflicht in Deutschland mit einer Petition an den Bundestag bzw. die Einführung der Gebietsbeschränkung sowie die neuen Meldungsverpflichtungen während des Zulassungsverfahrens in Österreich. Für Österreich siehe Einwallner, Doris (2010): Asyl- und Fremdenrecht im Jahr 2010 – Bloß noch Spielball der Politik? in: *juridikum* 1/2010, S. 68.

14 Vgl. Kasperek, Bernd (2009): Azadi bedeutet Freiheit. Das Noborder Camp 2009. Hinterland Magazin #12. Online: <http://www.hinterland-magazin.de/pdf/12-53.pdf> (25.5.2010).

Während diese Auseinandersetzung auf lokaler und nationaler Ebene stattfand, gelangte der Skandal um Pagani auch auf eine globale Ebene. Ein von den Insassen gedrehter Film aus dem Inneren des Lagers wurde im Internet verbreitet.<sup>15</sup> Gleichzeitig schaltete sich das griechische UNHCR-Büro in die Diskussion ein, verlangte die sofortige Schließung von Pagani und überzeugte sein Hauptbüro in Genf, eine dementsprechende Stellungnahme auf einer Pressekonferenz zu präsentieren. Dort wurde auch das Video gezeigt, welches anschließend von den Medien international verbreitet wurde.

Dennoch wurde Pagani vorerst bis zum Regierungswechsel in Griechenland nicht geschlossen, die Regierung setzte weiter auf die Taktik des Überdruckventils, indem immer wieder Insassen entlassen wurden. Im September und Oktober fanden die Flüchtlinge in Pagani jedoch ihre eigene Strategie. Mit andauernden Revolten, dem Aufbruch der Zellentore und dem Inbrandsetzen von Matratzen wurde den Forderungen nach Freilassung und Schließung von Pagani Nachdruck verliehen. In der Revolte zeigte sich wieder der Stellenwert des Lagers als Zwischenschritt im Prozess der Migration: Es wäre den Flüchtlingen leicht möglich gewesen, nicht nur ihre Zellen zu verlassen, sondern auch dem Lager zu entkommen. Doch ohne das „white paper“ wäre eine Weiterreise zu riskant gewesen und so verblieben die Revoltierenden im Hof des Lagers, um sowohl ihre Freilassung als auch Papiere zu erkämpfen.

Bei den am 4. Oktober 2009 stattgefundenen Wahlen gewann die Sozialistische Partei und verdrängte die konservative Regierung von der Macht. Schon nach wenigen Tagen dekretierte das Innenministerium unter dem Eindruck der permanenten Revolten die Schließung von Pagani, welches der Vizeminister nach einem Besuch als „schlimmer als Dantes Inferno“ beschrieben hatte. Ebenso wurde eine grundlegende Reform des dysfunktionalen Asylsystems angekündigt. Diese Wende darf jedoch keineswegs als Humanisierung des Internierungssystems für Flüchtlinge begriffen werden. Die Modernisierung des Systems ist der Versuch, mit der Bewegung der Migration wieder gleichzuziehen und sie regierbar zu machen. Mittel dazu ist ein grundlegender Wechsel im Kontrollparadigma. Anders als in Westafrika und im Mittelmeer, wo die Europäische Union und ihre Mitgliedsstaaten erfolgreich eine Externalisierungsstrategie verfolgt haben und die Grenzkontrollen in die außereuropäischen Länder des Transits (Senegal, Mauretanien, Libyen) vorverlagerten, war dies in der Ägäis aufgrund der geographischen Situation wie auch der besonderen Verhältnisse Griechenlands, aber auch der EU zur Türkei nicht möglich. Die neue Strategie des euro-griechischen Migrationsregimes wird sich daher einer Internalisierung der Grenze bedienen, in der dem Moment der „Einschließung“ eine neue Rolle zukommen wird.

Auf der Insel Samos, wie Lesbos ein Ankunftsort für Flüchtlinge auf dem Weg nach Europa, existiert schon seit 2007 ein neues Internierungslager, welches von außen nichts mit Pagani gemeinsam hat. Finanziert mit EU-Geldern bietet es wenig von der Enge und der Verwahr-

---

15 <http://lesvos09.antira.info/2009/08/20/voices-from-the-inside-of-pagani-detention-centre/> (25.5.2010).

lösung, die die Kennzeichen Paganis waren, sondern ermöglicht Einsperrung nach geltenden humanitären Standards. Die Kehrseite ist jedoch der individualisierte Zugriff auf die Flüchtlinge. Stand Pagani noch für die Lenkung einer anonymen Menschenmasse, so wird auf Samos das Identifizieren und damit das Individualisieren praktiziert. Diese Praxis zielt darauf ab, erstmals auch die Abschiebung der Flüchtlinge in ihre Herkunftsregionen zu ermöglichen. In dieser Praxis wird auch die europäische Grenzschutzagentur Frontex eine zentrale Rolle spielen, die sich damit brüstet, 2010 die größte Operation ihrer Geschichte in Griechenland durchzuführen. Dabei liegt der Fokus der Operation weniger auf der eigentlichen Abschottung der Grenze, bisheriges Markenzeichen der Aktivitäten von Frontex, sondern der Bereitstellung von in der Befragung und Identifizierung von Flüchtlingen geschulten ExpertInnen, wie auch der Organisation von Massenabschiebungen in eigens dafür gecharterten Flugzeugen.

#### 4. Schlussfolgerung

Die neue Granularisierung des Grenzregimes, die sich hier abzeichnet, kann also als Antwort auf die Kämpfe der Migration gelesen werden, deren partielle Erfolge in der Überwindung der Schengengrenze nicht zuletzt auch aus einer Inanspruchnahme humanitärer Diskurse und politischer Verschiebungen zwischen lokaler, nationaler und europäischer Ebene resultierten. Das Ende des Lagers Pagani bildet das Eingeständnis des Scheiterns der Migrationsverhinderung. Die neuen Lager, die derzeit an der östlichen Schengen-Außengrenze gebaut werden, sind Folge der Kämpfe der Migration, des Insistierens auf das Recht auf Bewegungsfreiheit, dessen andauernde faktische Inanspruchnahme nicht länger gelegnet werden kann. Dass darauf jetzt mit neuen Formen „humanitärer Einsperrung“ reagiert wird, ist nichts als pragmatischer Zynismus. Doch auch diese kontrollpolitische Utopie wird sich an den Realitäten, die die Bewegungen der Migration erzeugen, erst beweisen müssen.

Dr. Ilker Ataç ist Politologin und arbeitet am Institut für Politikwissenschaft, Universität Wien; [ilker.atac@univie.ac.at](mailto:ilker.atac@univie.ac.at)  
Bernd Kasperek (Dipl. Math.) promoviert an der LMU München im Fach Europäische Ethnologie; [id@berndkasperek.de](mailto:id@berndkasperek.de)  
Michael Willenbücher M.A. ist Ethnologe und derzeit auf einer Forschungsreise am Ostschwarzmeer und im Südkaukasus; [micwill@arastao.net](mailto:micwill@arastao.net)

# Die halbe Macht den Männern: ein Arbeitsauftrag

Marianne Schulze

---

*„Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig,“* der zweite Absatz des Artikel 7 Bundes-Verfassungsgesetz ist die rechtliche Umsetzung der Hauptforderung des Frauenvolksbegehrens.

Der Tod von Österreichs erster Frauenministerin, Johanna Dohnal, ist zum einen Anlass innezuhalten und die Verdienste einer Pionierin zu würdigen. Zum anderen ist es aber auch eine passende Gelegenheit, den Forderungen nachzuspüren, die sie bewegt haben und die sie bewegt hat. Der Blick zurück auf den Forderungskatalog des Frauenvolksbegehrens markiert die Veränderungen, die bereits Platz greifen und macht gleichzeitig den weiteren Weg deutlich. Mit der Verankerung des geschlechtsspezifischen Gleichheitssatzes im Bundes-Verfassungsgesetz 2004 wurde die Auftaktforderung des Frauenvolksbegehrens rechtlich umgesetzt. Um die „tatsächliche Gleichberechtigung“ herzustellen – Stichwort: „die halbe Macht den Männern“ – wurden damals eine Reihe von gesetzlichen Maßnahmen vorgeschlagen:

Den Anfang macht die Forderung, dass Unternehmen öffentliche Aufträge und Förderungen nur dann erhalten, wenn der Frauenanteil auf sämtlichen unternehmerischen Ebenen entsprechend dem Geschlechteranteil an der Gesamtbevölkerung verwirklicht ist. Die Wichtigkeit der Repräsentation und Partizipation in sämtlichen gesellschaftlichen Sphären hat das Frauenvolksbegehren an allererster Stelle an zwei einschneidenden, ja nachhaltigen, Stellen beansprucht: die Verknüpfung von Finanzmitteln mit der Notwendigkeit der strukturellen Erneuerung der EntscheidungsträgerInnen.

Die Umsetzung der ersten Forderung des Frauenvolksbegehrens ist im Großen ausgeblieben: Zahlen über Frauen als Führungskräfte weisen Österreich im EU Vergleich im Mittelfeld oder als Schlusslicht aus. Bemühungen, grundlegende Strukturreformen, die an sämtlichen Hierarchieebenen ansetzen, sind ausgeblieben. Punktuelle Initiativen und Absichtserklärungen sollten darüber nicht hinwegtäuschen. Eine tiefgreifende Reform des Förderwesens war bis vor kurzem illusorisch, könnte jedoch als Konsequenz des nun eingeführten Transferkontos über einen Umweg wieder zum Thema werden.

Die zweite Forderung des Frauenvolksbegehrens – gleicher Lohn für gleiche Arbeit – hatte bereits 1997 beachtliche Unterstützung: 94% der Frauen und 93% der Männer meinten, dass es in Österreich gleichen Lohn für gleiche Arbeit geben sollte. Die Forderung konnte bis dato nicht in die Praxis umgesetzt werden: Frauen verdienen im Schnitt um ein Drittel weniger als Männer. Das Thema hat sich jedenfalls als gesellschaftspolitischer Dauerbrenner etabliert und soll – wenn man den Aussagen zum Frauentag 2010 Glauben schenken

darf – bis zum 100. Frauentag am 8. März 2011 mit legislativen Mitteln zumindest teilweise gelöst werden.

Die sechste der insgesamt elf Forderungen schlägt in eine verwandte Kerbe: das Recht, Beruf und Kind zu vereinbaren. Wiewohl Teil des *Frauenvolksbegehrens* wurde es als Anspruch für jedermann formuliert: also auch für Männer. Die Umsetzung dieses Rechts in Österreich wurde zehn Jahre später vom Komitee zur Einhaltung der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau wie folgt beurteilt:

*Das Komitee gibt seiner besonderen Sorge über die anhaltende Stereotypisierung Ausdruck, die Frauen primär als Mütter und Betreuerinnen und Männer als Familienerhalter sieht. Solche Klischees, die den sozialen Status von Frauen untergraben und sich in der benachteiligten Position von Frauen in einer Reihe von Bereichen widerspiegeln, unter anderem (in) der ausgeprägten Aufteilung von familiären und häuslichen Aufgaben, stellen ein signifikantes Hindernis für die praktische Umsetzung des Grundsatzes der Gleichheit von Frauen und Männern dar.<sup>1</sup>*

Auch die mangelnde Absicherung von AlleinerzieherInnen war ein Thema des Volksbegehrens: zwei Jahre Karenzgeld für AlleinerzieherInnen wurden gefordert. Die vor allem auch finanziellen Auswirkungen von Ungleichbehandlung schlugen sich in der Forderung nach einem Mindesteinkommen, der arbeits- und sozialrechtlichen Gleichstellung von Teilzeitarbeit und geringfügiger Beschäftigung mit voller Erwerbstätigkeit, sowie dem Wegfall der Anrechnung von PartnerInneneinkommen bei Notstandshilfe und Ausgleichszulage nieder. Des Weiteren wurde ein Anspruch auf eine Grundpension – dezidiert über dem Existenzminimum – für alle gefordert.

Diese und verwandte Forderungen wurden fünf Jahre später in einem weiteren, von Johanna Dohnal mitinitiierten Volksbegehren „Sozialstaat Österreich“ weitergetragen. Kernforderungen dieses Volksbegehrens: die Aushöhlung staatlicher Leistungen zu stoppen, Institutionen der öffentlichen Hand zu stärken und grundsätzlich das Solidaritätsprinzip zu stärken. Hatte das Frauenvolksbegehren bereits beachtliche 644.977 UnterstützerInnen gefunden, stieg die Zahl beim Sozialstaatsvolksbegehren 2002 weiter auf 717.314.

Auch im Sozialstaatsvolksbegehren wurde eine Verfassungsänderung gefordert. Konkret ein zweiter Absatz für den ersten Artikel: „*Österreich ist ein Sozialstaat. Gesetzgebung und Vollziehung berücksichtigen die soziale Sicherheit und Chancengleichheit der in Österreich lebenden Menschen als eigenständige Ziele.*“ Die Forderungen haben an Dringlichkeit nichts verloren: in Zeiten der Krise sind die Konsequenzen ihrer mangelnden Umsetzung für viele entschieden zu deutlich zu spüren. Der Blick zurück macht den Weg nach vorne deutlich und erinnert daran, wie viel ein Mensch bewirken kann, den soziale und gesellschaftspolitische Fragen so bewegen, wie dies bei Johanna Dohnal der Fall war.

---

1 CEDAW Committee, Concluding Observations Austria 2007, Absatz 17, siehe: <http://www.frauen.bka.gv.at/DocView.axd?CobId 24129> (30.4.2010).



## STEINER – Handbuch



Rüdiger Voigt / Ulrich Weiß (Hg.)  
**Handbuch Staatsdenker**

*Unter Mitarbeit von  
Krisztina Adorjá*

2010. 462 Seiten. Geb.

€ 44,- [D]

ISBN 978-3-515-09511-2

Ausgangspunkt des Handbuchs ist ein staatswissenschaftlicher Ansatz, der das Staatsdenken mit geistes- und sozialwissenschaftlichen Mitteln analysiert. Anhand der wichtigsten Staatsphilosophen und -theoretiker sowie ausgewählter Staatspraktiker führen die Artikel in alle Facetten des Staatsdenkens ein. Dabei kommen philosophische, theologische, juristische, historische, politische und soziologische Gesichtspunkte zur Sprache. Eine epochenspezifische Systematik ist nicht vorgegeben, vielmehr werden die Staatsdenker in alphabetischer Reihenfolge behandelt, um Vergleiche über alle Epochen, Kulturkreise und Ausrichtungen hinweg zu erleichtern. Dazu folgen alle Einzelbeiträge einem durchgängigen Gliederungsprinzip. Der Band wendet sich an Studierende, Wissenschaftler und Journalisten sowie an ein allgemein interessiertes Publikum. Das Handbuch dient in erster Linie als Nachschlagewerk, bietet sich aber auch als staatswissenschaftliches Lehrbuch an und gibt einen Überblick über die Teilbereiche der Disziplin, der sich zu einem umfassenden Gesamtbild zusammenfügt.



**FRANZ STEINER VERLAG**

Postfach 101061 • D-70009 Stuttgart

[www.steiner-verlag.de](http://www.steiner-verlag.de) • [service@steiner-verlag.de](mailto:service@steiner-verlag.de)

Telefon: 0711 / 2582-0 • Fax: 0711 / 2582-390