

nr 3/2015

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Legistik

recht & gesellschaft

Teilhabe und Empowerment!?
Sexfalle Internet
Polizeiliches Staatsschutzgesetz
Verbotene Symbole
Ethnic/Racial Profiling – Eine Kritik

Für Context herausgegeben von Marion Guerrero, Philipp Hense, Eva Pentz und
Caroline Voithofer

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Von verbotenen Platzverboten

Wie der VfGH mit polizeilicher Praxis bricht

Philipp Hense

„§ 36 Abs 1 SPG erlaubt [...] nicht, ein Platzverbot genau an dem Ort, an dem die (allenfalls zu schützende) Versammlung selbst stattfindet, zu verhängen.“¹ Damit beendet der VfGH eine polizeiliche Praxis, die bisher juristisch unangetastet blieb. Platzverbote zum Schutz von Versammlungen waren fast schon zur polizeilichen Gewohnheit geworden, va wenn es um Abschirmung und Schutz rechter bis rechtsextremer Veranstaltungen vor Missfallensäußerungen oder Protesten ging.² Damit ist vorerst Schluss.

Anlass war eine Wahlkampfveranstaltung der FPÖ im November 2012 in Graz. Es sei, so der Behördenauftrag der Landespolizeidirektion Steiermark, mit Protesten der linken Szene zu rechnen. Diese würde sich nicht scheuen, Wurfgeschosse einzusetzen. Daher werde ein Platzverbot für den gesamten Bereich, in dem die Wahlveranstaltung stattfinden werde, erlassen. Es dürften nur Personen den Gefahrenbereich betreten, die FPÖ-Sympathisant_innen seien und von Vertrauensleuten der FPÖ als solche erkannt würden. Außerdem dürften Personen den Platzverbotsbereich betreten, die aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes nicht der linken Szene zuzuordnen und als unbedenklich einzustufen seien.³

Der Beschwerdeführer (BF) hatte am Tag der Veranstaltung versucht, in den abgesperrten Platzverbotsbereich zu gelangen. Während andere Personen den Veranstaltungsort betreten konnten, wurde ihm der Zutritt verwehrt. Ein FPÖ-Funktionär gab den bereitstehenden Polizeieinheiten zu verstehen, welche Personen durch die Zugänge durchgelassen werden sollten und welche nicht. Die Polizeieinheiten setzten dies um.

Gegen dieses Vorgehen erhob der BF Richtlinienbeschwerde gem §§ 89, 31 SPG,⁴ da die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gem § 5 der dazu ergangenen RLV⁵ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen haben, das geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken oder als Diskriminierung aufgrund der politischen

1 VfGH 18.6.2015, V 105/2014 Rz 15.

2 Vgl die Platzverbote bei PEGIDA in Graz 2015, bspw bei FPÖ-Veranstaltungen 2010 und 2011 sowie jährlich am Abend des WKR/WAB-Balls in Wien; orf.at, <http://steiermark.orf.at/news/stories/2702228/> (26.8.2015); neuwal.com, <http://neuwal.com/index.php/2011/06/29/erfahrungsbericht-vom-platzverbot-in-st-palten-wir-haben-nachgefragt/> (26.8.2015).

3 LPD Steiermark, Behördenauftrag, P1/43991/2012 (A3/59614/2012) 1.

4 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) BGBl 1991/566 idGF.

5 Richtlinien-Verordnung (RLV) BGBl 1993/266 idGF.

Auffassung empfunden zu werden. Der BF sah sich in dieser Bestimmung verletzt, da es den Einsatzkräften in Zusammenarbeit mit einem Funktionär der FPÖ offenkundig darum ging, Personen, die keine FPÖ-Sympathisant_innen waren, von der Wahlkampfveranstaltung fernzuhalten und sie ihr Handeln direkt auf die zugeschriebene politische Auffassung iSd § 5 RLV stützten. In der Verhandlung vor dem UVS gab der behördliche Einsatzleiter an, dass der BF schon allein aufgrund seiner Frisur (Rastafarilocken) nicht in die Platzverbotszone gelassen worden sei. Weitere Anhaltspunkte, ihn nicht zur Veranstaltung zuzulassen, lagen nicht vor. Der UVS stellte fest, dass die polizeiliche Vorgehensweise keine Verletzung der RLV darstelle und die Beschwerde abzuweisen sei.⁶ Daraufhin wandte sich der BF an den VfGH. Dieser bestätigte die Bedenken in seinem Erkenntnis vom Juni 2015. Ein Platzverbot diene, so der VfGH, der vorbeugenden Freihaltung oder nachträglichen Räumung einer Örtlichkeit. Es entfalte allgemeine Wirkung und gelte unterschiedslos für alle Menschen. Sachlich begründete und gerechtfertigte Ausnahmen seien zwar zulässig (zB für Rettungsorganisationen), daraus wäre jedoch nicht abzuleiten, dass in diskriminierender Weise der Zugang zum Gefahrenbereich manchen Gruppen erlaubt oder verboten werden könne. Es bestehe zwar eine Verpflichtung des Staates zum Schutz von Versammlungen vor Störungen, dies erlaube aber nicht, Platzverbote zu verhängen. Die konkrete VO war daher gesetzwidrig. Im Ergebnis war somit auch die Zutrittsverweigerung als voreingenommen und gegen § 5 RLV verstoßend festzustellen.⁷

Für die Zukunft bedeutet das, dass keine den Versammlungsraum umschließenden und mit diskriminierenden Zutrittskontrollen versehenen Platzverbote mehr erlassen werden dürfen. Lediglich echte Verbotszonen als Pufferbereiche wären unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund geboten, dass bei öffentlichen Wahlveranstaltungen grundsätzlich die Äußerung von Kritik und Missfallen zugelassen werden muss.⁸

Einmal mehr zeigt sich, dass es oft lange dauert, bis die Unrechtmäßigkeit einer jahrelang geübten und von vielen Seiten stark kritisierten polizeilichen Praxis auch höchstgerichtlich festgestellt wird. Abzuwarten bleibt noch, wie dies das polizeitaktische Vorgehen bei jenen öffentlichen Kundgebungen und Versammlungen verändert, die schon routinemäßig durch Platzverbote geschützt wurden.

DI (FH) Philipp Hense ist Mitherausgeber des Juridikum und war intensiv mit dem Fall befasst; philipp.hense@edu.uni-graz.at

6 Vgl UVS Stmk 22.7.2013, 22.3-1/2013.

7 VfGH 18.6.2015, V 105/2014; VfGH 2.7.2015, B 985/2013; LVwG Stmk 29.7.2015, 22.3-2076/2015.

8 VwGH 19.10.2005, 2003/09/0074.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 261 Von verbotenen Platzverboten
Wie der VfGH mit polizeilicher Praxis bricht
Philipp Hense

merk.würdig

- 265 Traiskirchen – What to do?
Ronald Frühwirth
- 270 Schluss mit Laissez-faire
Menschen- und umweltrechtliche Pflichten für französische Unternehmen im Ausland
Michael Krull
- 274 Recht bei Marx.
Bericht über die zweite „Marx Frühjahrsschule“, Berlin 2015
Marlies Grossberger / Philipp Hense
- 278 Bemerkungen zur Situation „der“ Grundlagen der Rechtswissenschaft.
Zwischen Innsbruck & Wien
Caroline Voithofer

recht & gesellschaft

- 281 Teilhabe und Empowerment. Teilhabe *versus* Empowerment?
Inklusive Gesellschaft als Kulturaufgabe
Katja Stoppenbrink
- 291 Sexfalle Internet.
Die gefährliche Drohung im Wandel
Johannes Oberlauer / Christina Mitter
- 301 Die umkämpfte Verfassung.
Kommentar zum Polizeilichen Staatsschutzgesetz
Angelika Adensamer / Maria Sagmeister
- 309 Das Verbot der Verwendung von Symbolen.
Eine Analyse des Symbole-Gesetzes im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit
Rosa Duarte-Herrera
- 321 Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit
Daniela Grabovac / Clara Millner

thema

- 331 Vorwort: Legistik
Karol Felsner / Ronald Frühwirth / Philipp Hense
- 333 Legistik zwischen Wissen und politischer Entscheidungsfindung
Konrad Lachmayer
- 342 Asylgesetz 2015 – Ein Entwurf
Ronald Frühwirth
- 359 Unbestimmt.
Überlegungen zu unbestimmten Gesetzesbegriffen am Beispiel des Familienrechts
Ilse Koza

- 373 Ein Recht auf verständliche Rechtstexte/-normen?
Christoph Kölbl
- 384 Checkliste zur Umsetzung einer EU-Richtlinie
am Beispiel der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU
Savina Kalanj
- 392 Fluggastdatenverwendung.
Empirische Rechtsetzung und der Mythos der Objektivität
Hans-Georg Eilenberger / Karol Felsner

nach.satz

- 402 „Bildet Banden!“
Bericht vom 41. Feministischen Juristinnenntag (8.-10.5.2015 in Landshut/Bayern)
Valerie Purth

Impressum

juridikum

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

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) heraus-
gegeben von: Marion Guerrero, Philipp Hense,
Eva Pentz, Caroline Voithofer

Medieninhaber und Verleger:

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

Preis:

Jahresabonnement: Euro 64,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane
Baxewanos, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger,
Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald
Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens
Kaupa, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann,
Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria
Sagmeister, Brian-Christopher Schmidt, Caroline
Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

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

Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe
(Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva
Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo
Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz
Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatlou-
kal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien),
Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa),
Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt
am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald
Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela
Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Angelika Adensamer, Rosa Duarte-Herrera, Hans-
Georg Eilenberger, Karol Felsner, Ronald Frühwirth,
Daniela Grabovac, Marlies Grossberger, Philipp
Hense, Savina Kalanj, Christoph Kölbl, Ilse Koza,
Michael Krull, Konrad Lachmayer, Clara Millner,
Christina Mitter, Johannes Oberlauer, Valerie Purth,
Maria Sagmeister, Katja Stoppenbrink, Caroline
Voithofer

Offenlegung

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

Layout und Satz:

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Marion Guerrero: marion.guerrero@EUL.eu
Philipp Hense: philipp.hense@edu.uni-graz.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at

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

Traiskirchen – What to do?

Ronald Frühwirth

1. Traiskirchen, 20.08.2015, gemeinsam mit Sarah Kumar und Julia Ecker – ein Wahrnehmungsbericht

Ein Tag mit vielen – auch guten – Eindrücken. Wir waren überrascht, welche positive Grundstimmung bei den Asylsuchenden vorherrschte, trotz aller Widrigkeiten, denen sie ausgesetzt sind. Wir gingen umher und sprachen mit den Menschen. Mit allen kamen wir rasch und offen ins Gespräch. Offenheit ist vielleicht das Wort, das die Stimmung am ehesten beschreibt. Die Betroffenen waren kaum überrascht, dass wir Fragen stellten. Ganz bezeichnend waren zwei junge Männer aus Syrien, ganz verzweifelt, da sie nicht mehr in die Erstaufnahmestelle hineingelassen wurden, da sie offenkundig einen Bus für einen Transfer in eine andere Einrichtung verpasst hatten. Nun hatten sie furchtbare Angst, dass ihr Asylverfahren nicht mehr fortgesetzt würde, dass sie nicht mehr zu ihren Dokumenten kämen. Dass sie seit einigen Tagen im Freien schlafen mussten und keine Verpflegung erhielten – das war kein Problem. Das könnten sie managen, meinten sie. Die einzige Furcht galt dem weiteren Ablauf des Verfahrens. Bemerkenswert, aber auch nicht ganz verwunderlich, wenn man bedenkt, welche anderen Hürden sie schon auf sich genommen hatten, um die Reise von Syrien nach Österreich zu bewerkstelligen. Und dann war da noch die Stimmung, die die vielen helfenden Menschen verbreiteten. An allen Ecken und Enden standen Autos und Personen, die Sachspenden und Nahrungsmittel verteilten. Es wurde medizinische Beratung angeboten, zusammen der Müll von der Straße aufgeräumt, es wurde miteinander gesprochen und zusammen gelacht. Die Menschen sind motiviert, wollen etwas tun. Geschäftiges Treiben könnte man es nennen – da ist richtig was los, in Traiskirchen.

Aber neben all dem Engagement zeigte sich auch Resignation und Fassungslosigkeit. Wir kamen etwa an eine Straßenkreuzung. Am Gehsteig war eine große Decke aufgebretet, viele Spielsachen lagen herum und zwei kleine Mädchen – das jüngere mit Prinzessinnenkrone am Kopf – saßen da und spielten. Sie waren maximal vier bis fünf Jahre alt. Wir beobachteten die Szenerie und fragten uns, wo sich die Mutter und/oder der Vater befanden. Wir gingen hin, zwei andere Helfende waren schon dort und verteilten Spielsachen. Deren Tochter spielte mit den Mädchen Ball. Wir fragten sie, ob sie wüssten, ob die Kinder unversorgt wären. Das Paar antwortete uns, sie wüssten es auch nicht, aber hätten sie nun schon das dritte Mal innerhalb weniger Tage an diesem Ort alleine gesehen. Wir fragten uns ein bisschen durch, dann kam eine Frau, die sich als

„Mama“ bezeichnete. Ganz sicher waren wir nicht, ob es sich wirklich um die Mutter handelte.

Und damit zu den Facetten, die die positiven Eindrücke massiv trübten. Dazu zählen insbesondere der offenkundige Unwille, die Teilnahmslosigkeit und das blanke Versagen des Staates. So schön es ist, dass sich Privatpersonen Gedanken darüber machen, was vier- bis fünfjährige Kinder allein auf der Straße machen, es wäre Aufgabe des Staates, Fürsorgemaßnahmen zu treffen. Während wir dort standen, fuhren zumindest zwei Polizeiautos vorbei. Interesse? Null. Und dieser Eindruck zog sich durch die Beobachtungen des Tages. Die Behörden sind nicht willens, konstruktiv etwas an der Unterbringungsmisere zu ändern. Was uns den ganzen Tag über auffiel und wovon viele Menschen sprachen, waren die vielen Fälle von Leuten, die aus der Erstaufnahmestelle geworfen wurden. Und der Grund war oft der, dass angebliche Transfers verpasst wurden. In der Praxis läuft dies scheinbar so ab: Jeden Tag um 8:00 Uhr morgens wird an einem bestimmten Ort in der Erstaufnahmestelle eine Liste der Namen der Personen ausgehängt, die an diesem Tag für einen Transfer in eine andere Unterbringungseinrichtung vorgesehen sind. Das bedeutet, dass rund 4.000 Personen zum genannten Zeitpunkt ihre Namen auf der Liste checken müssen. Naturgemäß gibt es immer wieder Gründe, weshalb jemand um 8:00 Uhr nicht vor Ort sein kann; weil es etwa andere Termine einzuhalten gibt, wie etwa Einvernahmen. Ein 16-jähriges Mädchen erzählte uns etwa, dass es Reinigungsdienste im Lager erbrachte und deshalb um 8:00 Uhr nicht bei der Liste sein konnte. Konsequenz jedenfalls ist: Wer seinen Transfer verpasst, egal warum, fliegt aus der Erstaufnahmestelle. Damit wird die Obdachlosigkeit einer unfassbar großen Zahl an Asylsuchenden erzeugt. Die Leute können nicht auf eigene Faust zum angedachten Quartier kommen, wissen nicht einmal, wo sich dieses befindet, müssen die Erstaufnahmestelle verlassen, haben damit keinen Zugang mehr zu Behörden und können klarerweise dadurch auch keine behördlichen Schriftstücke mehr erhalten. Vielen Leuten wird gesagt, sie mögen sich an eine der NGOs wenden. In der Beratungsstelle der Diakonie ist deshalb die Hölle los, die Mitarbeiter_innen kümmern sich ständig darum, dass solche Personen wieder in der Erstaufnahmestelle Unterkunft finden können. Anderen wird gesagt, sie mögen zu den Notschlafquartieren der Caritas, etwa in Wien, fahren. Ein Hohn, wenn man bedenkt, dass viele von ihnen über eine Gebietsbeschränkung verfügen und sich strafbar machen, wenn sie den Bezirk Baden verlassen. Höhepunkt dieser Geschichte: Gegen 21:00 Uhr trafen wir eine Gruppe junger Frauen in der Nähe des Eingangstors der Erstaufnahmestelle. Sie saßen im Freien in einem Kreis und plauderten, neben ihnen ein Haufen persönlicher Gegenstände. Wir fragten sie, ob sie keinen Platz in der Erstaufnahmestelle hätten. Sie meinten, doch, sie würden aber hier die Nacht verbringen, um einer Freundin Unterstützung zu bieten, die keinen Zugang zur Erstaufnahmestelle hatte. Diese Freundin war ein 16-jähriges Mädchen. Überhaupt trafen wir um diese Zeit erschreckend viele unbegleitete Jugendliche ohne Schlafplatz auf der Straße an. Die 16-Jährige erzählte uns vor Kälte zitternd, dass sie die

Erstaufnahmestelle mittags verlassen habe müssen, weil sie übersehen habe, dass sie morgens auf der Transferliste gestanden sei. Alleine traue sie sich keinesfalls auf der Straße zu übernachten. Sie habe große Angst. Zum Glück würden ihre älteren Freundinnen über Nacht bei ihr auf der Straße bleiben. Da platzte uns dann der Kragen. Was das heißt? Wir gingen gemeinsam mit der jungen Frau zum Eingangsportal und zur Personenkontrolle bei der Erstaufnahmestelle, stellten uns an und sagten, es könne nicht gehen, ein unbegleitetes, minderjähriges Mädchen vor die Tür zu setzen, sie müssten sich was überlegen. Der Beamte ließ uns kurz warten und teilte uns zehn Minuten später mit, das Mädchen könne die Nacht in einem Bett in der Erstaufnahmestelle verbringen. Die junge Frau strahlte und konnte es kaum fassen. Für uns das Highlight des Tages, aber bezeichnend – welches minderjährige Mädchen hat schon das Glück, dass es nach seinem Rauswurf mit Rechtsanwält_innen im Schlepptau ans Eingangstor kommt und damit wieder eingelassen wird.

Der ganze Fall ist symptomatisch für die Teilnahmslosigkeit und das Versagen der Behörden bzw der Regierung bei der Unterbringung und Betreuung von asylsuchenden Menschen. Diese Fälle könnten so leicht vermieden werden. Es ist auch kein Ressourcenproblem. Anscheinend gibt es genug Mitarbeiter_innen, die nach den Transfers um die Mittagszeit durch die Erstaufnahmestelle gehen und die Leute herausfischen, die eigentlich nicht mehr da sein sollten, um sie aus der Erstaufnahmestelle zu werfen. Der Fokus der Behördenarbeit liegt also nach wie vor auf Kontrolle und Sanktionierung. Viel einfacher und mit demselben zeitlichen Aufwand könnte man schon im Vorfeld durch die Erstaufnahmestelle gehen und die Leute informieren, dass sie am nächsten Tag zum Transfer bereit stehen mögen. Woran solche Dinge scheitern, bleibt unbegreifbar.

2. What to do?

Die Rechtsberatung der Diakonie hat es vorgezeigt. Einige Köpfe mussten vorher rauchen, aber dann wurde der Versuch gestartet, die Behörde mit Rechtsmitteln dazu zu bewegen, ihrer Verpflichtung zur Betreuung und zum Schutz asylsuchender Menschen nachzukommen. Wie das geht? Rechtsanwält_innen und NGOs brachten Verhaltensbeschwerden beim Bundesverwaltungsgericht ein. In allen Fällen, in denen Grundversorgung verweigert oder gestrichen wird, kann dies ein denkbarer Weg sein, wenn die jeweilige Entscheidung nicht in Form eines Bescheides erging. Verfassungsrechtlich lässt sich die Zulässigkeit dieser Beschwerden – unseres Erachtens – wie folgt argumentieren:¹

1 Die nachstehenden Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Argumentation entstammen der Feder von *Emanuel Matti*.

Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG ermöglicht es, ein Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze zum Gegenstand einer Beschwerde wegen „Rechtswidrigkeit“ dieses Verhaltens zu machen. Beschwerdegegenstand kann, in Abgrenzung zu den „vertypen“ Rechtssatzformen des Bescheides und des Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, jenes Handeln der Behörde bilden, dem in „abgeschwächter Normativität“ potentielle Eingriffsqualität in subjektive öffentliche Rechte zukommen kann. Verhaltensbeschwerden können nicht nur auf die Rechtswidrigkeit eines Handelns der Behörde abstellen, sondern können durch den Gesetzgeber auch dann vorgesehen werden, „weil es die Verwaltung unterlassen hat, ein gebotenes Verhalten zu setzen“.²

Die Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte über Verhaltensbeschwerde setzt voraus, dass ihnen eine solche Zuständigkeit durch Bundes- oder Landesgesetz eingeräumt wird (vgl Art 130 Abs 2 B-VG).

Art 26 Abs 1 der sog Aufnahmerichtlinie³ bestimmt ausdrücklich, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass gegen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gewährung, dem Entzug oder der Einschränkung von Vorteilen gemäß dieser Richtlinie oder gegen Entscheidungen gemäß Art 7 der RL, die Antragsteller_innen individuell betreffen, ein Rechtsbehelf nach den im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren eingelegt werden kann. Zumindest in der letzten Instanz ist die Möglichkeit einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten Überprüfung durch eine Justizbehörde vorzusehen. Die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf nach den im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren einlegen zu können, stellt ein subjektives Recht dar.

Gem § 9 Abs 2 GVG-Bund⁴ entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über „Beschwerden gegen die Entscheidungen des Bundesamtes.“ Sofern Grundversorgung nicht mittels Bescheid, sondern durch schlichtes Behördenhandeln gewährt, entzogen oder eingeschränkt wird, muss unter dem Begriff der „Beschwerden gegen die Entscheidung“, bei richtlinienkonformer Interpretation im Lichte des Art 26 Abs 1 der Aufnahmerichtlinie, auch eine Verhaltensbeschwerde gem Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG verstanden werden. Hilfsweise ließe sich eine solche Beschwerde auch direkt auf Art 26 der Aufnahmerichtlinie stützen, weil den Betroffenen anderenfalls kein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen würde. Art 26 der Aufnahmerichtlinie ist insofern hinreichend bestimmt und individualisiert, als Betroffenen als Antragsteller_innen iSd Art 2 lit b der Aufnahmerichtlinie ein Rechtsbehelf nach dem im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren zusteht. Der nationale Gesetzgeber hätte einen Art 26 der Richtlinie entsprechenden Rechtsbehelf

2 Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde. Das Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit sonstigen Verhaltens einer Verwaltungsbehörde, in Holoubek/Lang (Hrsg) Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 113, 115; Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde. Zum Beschwerdetypus des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, ecolx 2014, 763, 764; Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner, Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat 522 FN 2.

3 AufnahmeRL 2013/33/EU, ABl L 180/96.

4 BGBl 1991/405 idF BGBl I 2015/70.

gem Art 31 der Aufnahme richtlinie bis zum 20.7.2015 schaffen müssen und ist sohin säumig, weshalb diese Bestimmung der Richtlinie unmittelbar anwendbar ist.

Die Entscheidungen der Grundversorgungsbehörden in der Erstaufnahmestelle in Traiskirchen, Grundversorgungsleistungen einzustellen bzw Asylsuchenden keine Versorgung zu gewähren, erfolgten idR formlos. Es liegt damit schlichtes nicht-typengebundenes Verwaltungshandeln vor, das unseres Erachtens – wie dargelegt – zum Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde gemacht werden kann, weil das jeweilige Handeln entweder rechtswidrig war oder es die Behörde unterließ, ein gebotenes Verhalten – nämlich die Gewährung von Grundversorgungsleistungen – zu setzen.

Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages lagen noch keine Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu den eingebrachten Beschwerden vor. Es bleibt demnach abzuwarten, wie die Gerichte damit umgehen werden. Sicher ist jedenfalls eines: Das Recht kann als taugliches Mittel genützt werden, um Menschen zu Selbstermächtigung zu befähigen und den Fokus auf gesellschaftliche Missstände zu lenken.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwalt in Graz und Redaktionsmitglied des juridikum; office@ronald-fruehwirth.at

Schluss mit Laissez-faire

Menschen- und umweltrechtliche Pflichten für französische Unternehmen im Ausland

Michael Krull

Häufig entfalten europäische Unternehmen Auslandsaktivitäten in Staaten, in denen sich sozial- und umweltrechtliche Standards auf niedrigem Niveau befinden oder die Implementierung dieser Standards nicht gegeben ist. Aus derartigen Lücken lässt sich leicht wirtschaftlicher Nutzen ziehen, indem Produktionsstandards herabgesetzt und dadurch Herstellungskosten verringert werden. Unternehmen zeigen im Zuge dieses „race-to-the-bottom“ oft die Bereitschaft, Druck auf Tochter- und Zulieferunternehmen auszuüben, um sich bei der Unterschreitung internationaler Standards gegenseitig zu unterbieten und dadurch die Rechte von Arbeiter_innen und sonstigen Betroffenen zu verletzen bzw. Ökosysteme zu schädigen.¹ Ein französischer Gesetzesentwurf setzt nun dazu an, diesen Missstand zu beheben.

1. Auslagerung auf Tochtergesellschaften

Bevor aber der französische Entwurf näher erörtert wird, ist es nötig zu erwähnen, dass Unternehmen häufig nicht selbst in ausländischen Märkten agieren, sondern ihre geschäftlichen Tätigkeiten dort durch rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften, Zulieferer_innen oder sonstige Geschäftspartner_innen durchführen.² Durch diese Auslagerungen wollen die jeweiligen Unternehmen die niedrigen Produktionsstandards in diesen Tätigkeitsländern nutzen, um dadurch Profitsteigerungen zu erzielen und die Verantwortlichkeit für etwaige Rechtsbrüche „outsourcen“ zu können.

Dass trotz dieser Auslagerungen am Ende der Entscheidungskette ein europäisches Unternehmen steht, bedeutet letztlich nicht, dass für die Opfer von Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschäden, die in diesem Kontext erfolgen, eine einfach zugängliche Klagemöglichkeit gegen dieses Unternehmen besteht. Trotz faktischer Verantwortlichkeit sind die verschiedenen Akteur_innen, insb Mutter- und Tochtergesellschaften,

1 Mehrere Beiträge zum Thema „Transnationale Konzerne und Menschenrechte“ finden sich in *juridikum* 2011/3.

2 *CCFD-Terre Solidaire*, Les multinationales font des profits mais n'assument pas toutes leurs responsabilités, <http://ccfd-terresolidaire.org/mob/agir/campagnes/pacteterresolidaire/Regulation/Les-multinationales-font-des> (28.8.2015).

rechtlich getrennt und derartige Handlungen von Tochtergesellschaften werden der Muttergesellschaft bisher nur in Ausnahmefällen zugerechnet.³ Zusätzlich verpflichten internationale Menschenrechts- und Umweltverträge Staaten zumeist lediglich zur Gewährleistung von Schutz innerhalb des staatlichen Territoriums.⁴ Es besteht also keine Obligation, nationale Schutzmechanismen auf ausländische Aktivitäten von Unternehmen auszudehnen. Für Tochtergesellschaften und Geschäftspartner_innen gelten demnach primär die umwelt- und menschenrechtlichen Regelungen vor Ort.

2. Der französische Vorschlag

Der erwähnte französische Gesetzesentwurf durchbricht diese Trennung: Das vorgeschlagene Gesetz „bezüglich der Sorgfaltspflichten von Muttergesellschaften und beauftragenden Unternehmen“ will Unternehmen mit Sitz in Frankreich, die 5.000 und mehr Mitarbeiter_innen innerhalb Frankreichs oder 10.000 und mehr weltweit beschäftigen, zur Einhaltung von menschen- und umweltrechtlichen Sorgfaltspflichten verpflichten.⁵ Diese Pflichten sollen sich auch auf direkt und indirekt kontrollierte Gesellschaften dieser Unternehmen, Subunternehmen und Zulieferer_innen erstrecken und daher auch Unternehmenskonstellationen im Ausland erfassen. Die praktische Umsetzung soll durch die Implementierung eines sog Sorgfallsplans erfolgen.⁶ Dieser soll die Einführung eines Risikomanagementverfahrens zur Ermittlung und Verhinderung menschen- und umweltrechtlichen Schädigungen beinhalten, seine Durchsetzung könnte richterlich verfügt werden und wäre mit einer Strafe bis zu 10 Mio Euro bedroht. Außerdem stünde denjenigen, die durch Verfehlungen in Bezug auf diese Pflichten einen Schaden erleiden, die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Klage in Frankreich gegen das Mutterunternehmen bzw die Auftraggeber_innen offen.

In diesem Zusammenhang ergibt sich allerdings aus Sicht der Betroffenen neben den generellen Schwierigkeiten, eine Klage in Frankreich einzubringen, eine wesentliche praktische Hürde: Die in einer früheren Version vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des_der Geschädigten wurde im Laufe des Gesetzgebungsprozesses gestrichen. Nunmehr müsste der_die Geschädigte beweisen, dass das Unternehmen die Beachtung der Sorgfaltspflicht unter Einsatz zumutbarer Mittel verabsäumt und dadurch einen Schaden verursacht hat, wofür den Geschädigten häufig der nötige Einblick in unternehmerische Organisationsprozesse fehlen wird. Außerdem ist das Gesetz noch in einem weiteren Punkten limitiert: Es ist vorgesehen, dass der Anwendungsbereich der Sorgfalls-

3 EWCA 25.4.2012, B3/2011/1272, *Chandler/Cape*.

4 *Kaczorowska-Ireland*, Public International Law (2015) 103.

5 Assemblée Nationale, Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°2578, www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2578.asp (28.8.2015).

6 Assemblée Nationale, Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°2578, Article 1^{er}.

pflichten noch durch eine Verordnung des Staatsrats zu konkretisieren ist – daher steht die genaue Reichweite der Pflichten noch nicht fest.

Trotz einiger Einschränkungen wird dieser Entwurf von NGOs als revolutionär betrachtet, Frankreich wird somit künftig im Bereich unternehmerischer Verantwortung eine Führungsrolle einnehmen.⁷ Der Gesetzesentwurf wurde Ende März 2015 bereits von der Nationalversammlung angenommen, nur die Abstimmung im Senat, dem französischen Oberhaus, steht noch aus.⁸

Auch im Schweizer Parlament stand eine Initiative zur Diskussion, die den sogenannten „corporate veil“, die rechtliche Trennung insb von Mutter- und Tochtergesellschaften, durchbrechen wollte, die menschen- und umweltrechtliche Verantwortung von Schweizer Unternehmen auch in der Verfassung verankert und diesen derartige Sorgfaltspflichten auferlegt hätte.⁹ Da die Schweizer Regierung derartige Verpflichtungen ablehnt, konnte die Initiative keine parlamentarische Mehrheit erzielen.¹⁰ Daher sammelt die „Konzernverantwortungsinitiative“ derzeit die erforderlichen Unterschriften um ein Referendum durchführen zu lassen.¹¹

3. Widerspricht der Vorschlag dem Trennungsprinzip?

Die Niederlage im Schweizer Parlament zeigt, dass solche Initiativen oft heftigem Widerstand ausgesetzt sind. Die meisten der Einwände sind wirtschaftlicher Natur und richten sich va gegen die Verschlechterungen der Konkurrenzfähigkeit heimischer Unternehmen. Rechtliche Einwände betreffen va die Durchbrechung der rechtlichen Trennung selbstständiger Unternehmen.¹² Diese Trennung ist den Erfordernissen des Wirtschaftsverkehrs geschuldet und verhindert, dass Anteilseigner_innen von Gesellschaften unbegrenzten bzw unvorhersehbaren Haftungsrisiken ausgesetzt werden.¹³ Muttergesellschaften nutzen diese rechtliche Trennung allerdings häufig, um auch vorhersehbare und vermeidbare Risiken an Tochtergesellschaften auszulagern.¹⁴

7 *Global Rights Compliance*, Further Postponement in the Adoption of French Law Concerning Business and Human Rights, <http://globalrightscompliance.com/news/further-postponement-adoption-french-law-concerning-business-and-human-rights> (28.8.2015).

8 *Cordier*, Comment la loi veut responsabiliser les entreprises françaises, www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/04/02/comment-la-loi-veut-responsabiliser-les-entreprises-francaises_4608129_4355770.html (28.8.2015).

9 *Umlas*, Human rights due diligence: Swiss civil society pushes the envelope, <http://business-humanrights.org/en/human-rights-due-diligence-swiss-civil-society-pushes-the-envelope> (26.7.2015).

10 www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/aussenpolitik/aussenwirtschaftspolitik/tnc/konzernverantwortungsinitiative (28.8.2015).

11 <http://konzern-initiative.ch/die-initiative/initiativtext/> (26.7.2015).

12 *Tonnelier*, Le „devoir de vigilance“ inquiète les entreprises, www.lemonde.fr/economie/article/2015/03/28/le-devoir-de-vigilance-inquiete-les-entreprises_4603315_3234.html (28.8.2015).

13 *Emberland*, The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* 2003, 63.

14 *Fitzgerald*, Corporate Accountability For Human Rights Violations in Australian Domestic Law, www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2005/2.html (26.7.2015).

Die besondere Anforderung an den französischen Gesetzesentwurf ist, derartige Missbräuche zu verhindern, ohne dem Unternehmen ein unerträgliches Haftungsrisiko aufzubürden, also den „corporate veil“ zu durchstechen ohne ihn zu zerreißen. In dieser Hinsicht bietet sich etwa die Möglichkeit, Sorgfaltspflichten so zu formulieren, dass sie nur an sektor-spezifische und damit vorhersehbare menschen- und umweltrechtliche Risiken, wie bspw arbeitsrechtliche Risiken in Niedriglohnsektoren, anknüpfen. Andererseits ist es möglich, wie im vorliegenden französischen Entwurf, an die Verwaltbarkeit von Risiken anzuknüpfen und Sorgfaltspflichten erst ab einer gewissen Unternehmensgröße und einem dementsprechenden Managementapparat aufzuerlegen. Letztendlich wird es neben dem Kriterium der Unternehmensgröße aber auf die nähere Spezifizierung der Sorgfaltspflicht durch die Verordnung ankommen, um festzustellen, ob die Regelung hinreichend bestimmt ist und ein fairer Balanceakt zwischen wirtschaftlichen Erfordernissen und menschen- und umweltrechtlichen Standards gelingt. Denn vom Gelingen dieses Balanceakts wird es abhängen, ob sich auch andere Staaten auf den Erlass eines ähnlichen Gesetzes einigen werden.

Mag. Michael Krull ist Jurist in Wien; michael.krull@hotmail.com

Recht bei Marx

Bericht über die zweite „Marx Frühjahrsschule“, Berlin 2015

Marlies Grossberger / Philipp Hense

„Das Recht kann nie höher
sein als die ökonomische
Gestaltung und dadurch
bedingte Kulturentwicklung
einer Gesellschaft.“¹

Marxistische Rechtstheorie ist kein Thema, das auf den rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Österreich in aller Munde wäre. Eher im Gegenteil.² Eine Beschäftigung mit dem *Marx*'schen Werk und seinen Bezügen zum Recht findet *va* außeruniversitär statt. Es ist daher durchaus bemerkenswert, dass sich nun bereits zum zweiten Mal über 150 Kongressteilnehmer_innen ein Wochenende lang marxistischer Rechtskritik widmeten. Der von der *AG Rechtskritik* veranstaltete Kongress fand vom 8. bis 10. Mai 2015 in Berlin statt und widmete sich sowohl der Entwicklung und dem Wandel des Verständnisses von Recht bei *Marx* als auch Anknüpfungspunkten zur Analyse aktueller Problemstellungen.³

Den Einstieg bereitete Freitagabend ein Vortrag von *Sonja Buckel* zur Rechtskritik bei *Marx* von den Frühschriften bis zum „Kapital“. Am Samstag wurden tagsüber verschiedene Texte gemeinsam gelesen und diskutiert. Im Anschluss fand eine Podiumsdiskussion mit *Andrè Kistner* und *Christoph Menke* statt, die das Gelesene nochmals reflektierten. *Menke* postulierte als Paradoxon, dass jedes Erkämpfen von Rechten zu neuen Herrschaftsformen führe und Recht daher gleichzeitig emanzipatorisch und herrschaftsbegründend wirke.

Den Abschluss am Sonntagvormittag bildete ein Vortrag der Mitglieder des „Aktionskreises Unabhängiger Non-Citizen-Kämpfe“, *Stefan Krauth* und *Ashkan Khorasani*, die von den Flüchtlingsprotesten in den Jahren 2012/13 in Deutschland und deren Verbindung zum Recht berichteten. Der Vortrag beschäftigte sich mit dem Wandel der Forderung der Geflüchteten im Laufe der Proteste. Zentral für die Proteste war der Begriff

1 *Marx*, Kritik des Gothaer Programms, in *Marx-Engels-Werke* 19 (1962) 21.

2 Das zeigt auch ein Blick in aktuelle Lehrbücher. Als bedeutende Ausnahme vgl insb *Buckel*, Neo-Materialistische Rechtstheorie, in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hg)*, Neue Theorien des Rechts² (2009) 113-133.

3 Eine Dokumentation der Veranstaltung mit Audiomittschnitten findet sich unter www.rosalux.de/documentation/53035/2-marx-fruehjahrsschule.html (6.6.2015).

„Mensch als Rechtsträger“, dessen Verständnis sich in drei Phasen veränderte. In der ersten Phase orientierte sich die Definition an der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 und umfasste die Forderung nach Erweiterung des darin genannten Flüchtlingsbegriffs sowie nach Anerkennung als politische Flüchtlinge. Die zweite Phase war durch den Kampf um generellen Zugang zum Recht als Rechtssubjekt im Zielland, abgeleitet aus dem Menschsein an sich, und um die Erweiterung der Fluchtgründe (zB um Armut) gekennzeichnet. In der dritten Phase stellten Asylwerber_innen die Forderung, auch Bürger_innenrechte zu erhalten, da sie Teil der Gesellschaft seien und an dieser gleichberechtigt teilhaben wollten. *Krauth* diskutierte das Asylrecht als „besonderstes“ aller Rechte und Asylsuchende als im permanenten Ausnahmezustand befindliche Sonderrechtssubjekte.⁴

Auch das *Marx*'sche Werk machte eine nicht unähnliche Entwicklung durch. *Buckel* nahm dazu anhand der Dissertation von *Andreas Böhm*⁵ eine Phaseneinteilung der auf Recht bezogenen Texte von *Marx* vor. Nach *Böhm* gliedert sich das *Marx*'sche Werk in vier Phasen. Beginnend mit einem rechtsphilosophischen Ansatz, entwickelte *Marx* einen demokratietheoretischen Ansatz, ehe er über den humanistischen schließlich beim gesellschaftstheoretischen Ansatz endete. Auch die vertiefenden Diskussionen in den Workshops orientierten sich an dieser Einteilung und behandelten Auszüge der im Folgenden genannten Texte.

Der ersten Phase können die Texte zur *Pressefreiheit*⁶ und zum *Holzdiebstahlsgesetz*⁷ zugeordnet werden. Diese Phase zeichnet sich durch eine normativistische Konzeption des Rechts aus. *Marx* orientiert sich dabei noch stark am *Hegelschen* Rechtsverständnis. Im Artikel zur Pressefreiheit stellt er den Anspruch an das Recht, Freiheit zu ermöglichen. Das Pressegesetz sei ein wirkliches Gesetz, weil es positives Dasein der Freiheit sei.⁸ Gesetze seien keine Repressivmaßregeln gegen die Freiheit, sondern vielmehr ihr Ausdruck. Normen, die das nicht beachten, hätten bloß die Form eines Gesetzes, wären aber kein wirkliches Gesetz. Bei der Debatte zum Holzdiebstahlsgesetz vertritt *Marx* einen naturrechtlichen Zugang und erweitert den Anspruch an Recht um die Forderung nach Gerechtigkeit, Verhältnismäßigkeit und der Ausrichtung an der „rechtlichen Natur der Dinge“. Recht müsse sich an die rechtliche Natur der Dinge halten um der Wahrheit zu entsprechen, und um wirkliches Recht sein zu können. Er argumentiert zT sozialreformerisch und setzt sich für eine Gesetzgebung ein, die soziale Ungleichheiten beseitigt und Sonderrechte für unterprivilegierte Schichten gewährt.

4 Vgl dazu *Krauth*, Kritik des Rechts (2013) 19ff.

5 Vgl *Böhm*, Kritik der Autonomie: Freiheits- und Moralbegriffe im Frühwerk von Karl Marx (1998).

6 *Marx*, Debatten über Preßfreiheit und Publikation der Landständischen Verhandlungen, in *Marx-Engels-Werke* 1 (1956) 28.

7 *Marx*, Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz, in *Marx-Engels-Werke* 1 (1956) 109.

8 Vgl *Marx*, Preßfreiheit 57f.

Der zweiten Phase ist der demokratietheoretische Ansatz zuzurechnen. Hauptsächlich argumentiert *Marx* in dieser Phase für Volkssouveränität und gegen Monarchie. In die *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*⁹ zählt zu dieser Phase.

Die Texte zur *Judenfrage*¹⁰ und die *Pariser Manuskripte*¹¹ sind dem dritten, dem humanistischen Ansatz zuzurechnen. In dieser Phase beginnt *Marx* mit der Analyse der bürgerlichen Gesellschaft und der Kritik daran. *Marx* versteht den Menschen als Gattungswesen, als ein gesellschaftliches Wesen, das durch Arbeit mit anderen in Beziehung trete. In der bürgerlichen Gesellschaft entfremde sich der Mensch, da ihm die Gesellschaft als Geld- und Warenwelt gegenüber trete, in der die Menschen nur mehr als abstrakte Arbeiter_innen existierten. In einer entfremdeten Gesellschaft sei die Rolle des Rechts die der Regulierung der unabhängigen Individuen untereinander. In der *Judenfrage* bezeichnet *Marx* die Menschenrechte als individuelle Rechte, als Rechte der Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft und damit von egoistischen, vom Menschen und Gemeinwesen getrennten Menschen.¹² Wesentlich sei, dass das Menschenrecht nicht verbinde, sondern trenne, dass jeder andere Mensch nicht die Verwirklichung, sondern die Schranke der eigenen Freiheit sei.¹³ *Marx* verfolgt in der humanistischen Phase einen Emanzipationsgedanken. Erstmals taucht hier die Idee des Kommunismus auf, im Ideal einer Gesellschaft, in der die Menschen wieder zu Gattungswesen werden.¹⁴

Innerhalb von nur fünf Jahren durchlief *Marx*'s Denken eine ständige Veränderung, die schließlich im gesellschaftstheoretischen Ansatz mündet, dem alle späteren Texte zugeordnet werden können. Diese vierte Phase zeichnet sich durch eine materialistische Gesellschaftstheorie aus. Die Gesellschaftlichkeit entsteht nach *Marx* durch unbewusstes Handeln, durch den Warenaustausch. In der Kritik des Gothaer Programms skizziert er eine Gesellschaft, die sich in der Vorstufe zum Kommunismus befinde, bei dem der Anteil an gesellschaftlichen Konsumtionsmitteln am Maßstab der eingebrachten Arbeit(zeit) gemessen würde. *Marx* kommt zum Schluss, dass gleiches Recht *bürgerliches* Recht sei, und außerhalb des Rechts liegende Bedingungen nicht berücksichtigen und daher auch keine Gerechtigkeit schaffen könne, da Ungleiches durch das Recht gleich behandelt werden müsse. Um Gerechtigkeit zu schaffen, brauche es nicht Gleichheit vor dem Gesetz, sondern vielmehr Gleichheit *durch* das Gesetz oder in *Marx* Worten: „Um alle diese Mißverständnisse (sic!) zu vermeiden, müßte (sic!) das Recht, statt gleich, vielmehr ungleich sein“.¹⁵ *Marx* sieht jedoch die Lösung des Problems nicht in *affirmative*

9 *Marx*, Kritik des Hegelschen Staatsrecht, in Marx-Engels-Werke 1 (1956) 203.

10 *Marx*, Zur Judenfrage, in Marx-Engels-Werke 1 (1956) 347.

11 *Marx*, Ökonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844, in Marx-Engels-Werke 40 (1968) 465.

12 *Marx*, Judenfrage 364.

13 *Marx*, Judenfrage 364f.

14 *Marx*, Judenfrage 370.

15 *Marx*, Gothaer Programm 21.

actions durch die Gesetzgebung, sondern ist der Ansicht, dass Recht nie höher sein könne als die ökonomische Gestaltung einer Gesellschaft.

Das führt Marx, sowie auch uns nach diesem Wochenende, zu dem Fazit, dass für eine kommunistische Gesellschaft das bürgerliche Recht, das Recht wie wir es kennen, überwunden werden muss.¹⁶ Eine Beschäftigung mit dem *Marx*'schen Rechtsverständnis, in all seinen Entwicklungsschritten, erweist sich auch für den aktuellen Blick aufs Recht als fruchtbar, und zwar sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht.

Marlies Grossberger, BA studiert Rechtswissenschaften und Political, Economic and Legal Philosophy an der Universität Graz und arbeitet als Sozialarbeiterin; marlies.grossberger@edu.uni-graz.at

DI (FH) Philipp Hense studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz und ist Mitherausgeber des *juridikum*; philipp.hense@edu.uni-graz.at

¹⁶ Vgl. *Marx*, Gothaer Programm 21.

Bemerkungen zur Situation „der“ Grundlagen der Rechtswissenschaft

Zwischen Innsbruck & Wien

Caroline Voithofer

1. Kampf um die Rechtswissenschaft?

Vor über hundert Jahren rief *Hermann Kantorowicz* den Kampf um die Rechtswissenschaft aus und erachtete es dabei als notwendig, dies unter dem Pseudonym *Gnaeus Flavius* zu tun.¹ *Kantorowicz* gilt als einer der Hauptvertreter_innen der damals im deutschsprachigen Raum aufkeimenden Freirechtsbewegung, die unter dieser Bezeichnung eine Vielzahl an – wir würden heute wohl sagen „kritischen“ – Perspektiven auf Recht und Rechtswissenschaft vereinte, die sich alle gegen hegemoniale Exklusivitätsansprüche des Rechtspositivismus wandten.² Heute scheinen die Kämpfe um den Rechtsbegriff publizistisch ruhiger ausgetragen zu werden und sind primär in Fußnoten, die auf abweichende Meinungen verweisen, ersichtlich.³ Stattdessen sind an den juristischen Fakultäten Konflikte primär um Anerkennung und Ressourcen zwischen jenen Disziplinen zu beobachten, die „das geltende Recht aus einer gewissen Distanz“⁴ heraus behandeln. Diese Disziplinen werden unter den Begriffen der „juristischen Grundlagenfächer“ oder der „Grundlagen der Rechtswissenschaft“ versammelt und umfassen „die“ Rechtsgeschichte, „die“ Rechtsvergleichung, „die“ Rechtssoziologie und „die“ Rechtsphilosophie.⁵ Wo die Grenzen zwischen diesen zu ziehen sind und ob das überhaupt möglich ist, kann im vorliegenden Beitrag offen bleiben. Wenn die Grenzziehung durch Forschungsfragen und durch sie bedingte angewendete Forschungsmethode(n) vorgenommen würde, würde sich die relativ junge Disziplin „der“ Legal Gender Studies⁶ in allen genannten „Grundlagenfächern“ wiederfinden. Doch gerade an dem Bsp tritt zutage, dass die Disziplingrenzen genauso wie die Fachgrenzen unscharf und ver-

1 *Kantorowicz* als *Gnaeus Flavius*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

2 Vgl etwa: „Der Positivismus des 19. Jahrhunderts, der sich gerade an der Überwindung des Naturrechts entwickelt hatte, hat die Überzeugung zum Dogma erhoben, daß es kein anderes Recht gebe, als das vom Staat anerkannte.“ *Kantorowicz*, *Kampf* 10.

3 Im Unterschied etwa zur berühmten im ARSP ausgetragenen Kontroverse zwischen *Eugen Ehrlich* und *Hans Kelsen*. Gesammelt abgedruckt in: *Lüderssen (Hrsg)*, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse* (2003).

4 *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*³ (2008) 2.

5 Vgl etwa *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*³ 2.

6 Der Begriff scheint im österreichischen Diskurs durch das Einführungslehrbuch von *Holzleitner*, *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung* (2002) maßgeblich geprägt worden zu sein.

änderlich sind. So mussten sich auch, um kurz jenseits der Grundlagen zu blicken, die vom allgemeinen Zivilrecht sich ablösenden Fächer – wie etwa das Arbeits- oder Unternehmensrecht – als eigenständige Disziplinen erweisen. Letztlich wird die Anerkennung als eigenes Fach diskursiv erzielt. Und genau diese Anerkennung als eigenes und vollwertiges Fach macht eine, zumindest seit der Schrift *Kantorowiczs* nachverfolgbare, Kampfzone aus.

2. Gemeinsam für „die“ Grundlagen?

Dabei würde es in Zeiten von Budgetknappheit an den österreichischen Universitäten und damit auch an den juristischen Fakultäten doch eher gelten, sich wieder stärker auf das Gemeinsame zu konzentrieren anstatt sich im Kampf um die Mittel gegeneinander ausspielen zu lassen. Va wenn es – wie zB an der Innsbrucker Fakultät – nicht mehr viel zu verlieren gibt. Die Rechtsgeschichte wurde in Innsbruck von drei auf eine Professur reduziert; die Rechtsphilosophie und -ethik jahrelang bis zum Oktober 2013 durch externe Lehre abgedeckt. Weniger wäre nur möglich gewesen, wenn auf beide Fächer auch im Studium gänzlich verzichtet worden wäre. Die Einsicht, dass die Erkenntnisse aus diesen Grundlagen für angehende Jurist_innen doch wesentlich sein könnten, hat bislang jedoch davor geschützt.

Zwei exemplarische Entwicklungen der letzten drei Jahre lassen vermuten, dass „die“ Grundlagen wieder besseren Zeiten entgegen steuern. Dem kämpferischem Geist des langjährigen Innsbrucker Zivilrechtsprofessors *Heinz Barta*⁷ wird es wohl zu verdanken sein, dass seine Nachfolge im Zivilrecht um „die Grundlagen der Rechtswissenschaft“ erweitert wurde, sodass nunmehr auch Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und die Methodenlehre von *Michael Ganner* und seinem Team abgedeckt werden. Insofern ist also in Innsbruck eine gewisse Verstärkung der institutionellen Absicherung „der“ Grundlagen erfolgt.

Noch mehr Anlass zur Freude bietet die Einrichtung des neuen Lehrstuhls für „Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies“ am Wiener Juridicum, auf den *Elisabeth Holzleithner* im Oktober 2014 berufen wurde. Damit wurde der zweite Legal Gender Studies Lehrstuhl in Österreich eingeführt.⁸ Besonders interessant ist diese Entwicklung vor dem Hintergrund, dass an anderen Fakultäten zeitgleich gegenläufige Tendenzen in Bezug auf die Gender Studies zu beobachten sind.⁹ Das könnte daran liegen, dass juristi-

7 Vgl seine auch „Grundlagenfragen“ enthaltende Einführung: *Barta*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken² (2004).

8 Das erste Legal Gender Studies Institut (mit Lehrstuhl) wurde 2010 in Linz – zumindest auf Mitbetreiben von *Ursula Flossmann* – eingerichtet und wird jetzt von *Silvia Ulrich* geleitet. Vgl OÖ Nachrichten, „Steter Tropfen höhlt zwar Steine, aber nicht alle Menschenhirne“ v 29.10.2011, www.nachrichten.at/oberoesterreich/Steter-Tropfen-hoehlt-zwar-Steine-aber-nicht-alle-Menschenhirne;art4,748463 (28.8.2015).

9 Vgl *Koss/Thiefenthaler*, Feministische Wissenschaft gerät in Bedrängnis, dieStandard.at v 8.3.2015, <http://diestandard.at/2000012466033/Feministische-Wissenschaft-geraet-in-Bedraengnis> (28.8.2015).

sche Fakultäten erst verspätet neue Entwicklungen im Wissenschaftsdiskurs rezipieren und jetzt erst den Gender Studies den ihnen jedenfalls auch im Bereich der Rechtswissenschaft zustehenden Platz einräumen. Im Unterschied zur Einrichtung des Linzer Legal Gender Studies Instituts wurde durch den Wiener Lehrstuhl keine andere Disziplin – in Linz nämlich die Rechtsgeschichte – beschnitten, sodass die zusätzliche Einrichtung jedenfalls als Erfolg für „die“ Grundlagenfächer zu bezeichnen ist.

3. Institutionalisierung als Erfolg?

Diese exemplarischen institutionellen Erfolge in Innsbruck und Wien lassen jedoch die Frage aufkommen, ob damit Komfortzonen errichtet sind, von denen aus das geltende Recht aus der kritischen Distanz untersucht werden kann. Bereits die bloße Frage kann ihren rhetorischen Gehalt nicht verdecken. Denn kritische Perspektiven beizubehalten und zugleich für Nachhaltigkeit der institutionellen Verankerung zu sorgen, das werden zwei der Maßstäbe sein, an denen sich der überindividuelle Erfolg in Jahrzehnten messen lassen wird. Damit geht zwangsläufig rechtzeitige Nachwuchsförderung einher. „Oben“ – also auch als Lehrstuhlinhaber_in in dem hierarchischen System der juristischen Fakultäten¹⁰ – sind kritische (Selbst)Auseinandersetzungen dadurch erschwert, dass die „peers“ weniger werden, die unmittelbar die eigenen Perspektiven aber auch das eigene Verhalten reflektieren und kritisieren. Kritisches Feedback, das sich an den (geschätzten) Meinungen anderer (ab)reiben kann, hält sowohl das eigene Denken als auch die eigene Selbstwahrnehmung frisch. Aber mit dem Wissen darum im Hinterkopf wird es den Vertreter_innen „der“ Grundlagen hoffentlich gelingen, trotz und durch Institutionalisierung kritische Perspektiven nachhaltig in der Rechtswissenschaft zu verankern.

In diesem Sinn bleibt zu wünschen, dass den angeführten Bspen folgend „die“ Grundlagenfächer institutionell, personell und finanziell gestärkt und kritische Perspektiven innerhalb derselben unterstützt werden; außerdem – und vielleicht noch wesentlicher –, dass die Vertreter_innen dieser Fächer im Kampf um diese Stärkung und Anerkennung über das sie Unterscheidende hinweg sehen und gemeinsam auftreten, anstatt sich um zu knappe Ressourcen in einen wechselseitigen Wettbewerb drängen zu lassen.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und Mitherausgeberin des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

10 Ein wunderbarer Ausdruck dieser Hierarchie findet sich etwa in der Stellungnahme von Angehörigen der Professor_innenkurie der Innsbrucker Fakultät zur geplanten UG-Novelle. Darin heißt es zB, dass eine „zunehmende Heterogenisierung der in der Professorenkurie, aber auch an den Instituten vertretenen Interessen und damit verbundene soziale Konflikte“ durch die Aufnahme von assoziierten Professor_innen in die Kurie zu erwarten seien. 33 SN 139 ME 25. GP 2, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_04433/imfname_456917.pdf (28.8.2015).

Teilhabe und Empowerment. Teilhabe versus Empowerment?

Inklusive Gesellschaft als Kulturaufgabe

Katja Stoppenbrink

1. Auf dem Weg in die inklusive Gesellschaft¹

Spätestens seit 2006 das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK)² verabschiedet wurde, befinden sich die Unterzeichnerstaaten dem Anspruch nach inmitten einer tiefgreifenden Transformation. Auf dem Weg in eine inklusive Gesellschaft gilt es, rechtliche und institutionelle Hürden zu beseitigen, im Wortsinne *barrierefreie* öffentliche und private – auch virtuelle – Räume zu gestalten, aber auch emotionale und identitätsbezogene Hindernisse³ aus dem Weg zu räumen. In diesem Beitrag werde ich die *normativen* Grundlagen der Inklusion von Menschen mit Behinderungen beleuchten. Der Normativitätsbegriff ist dabei ein weit gefasster, der sich nicht auf die Untersuchung *rechtlicher* Regelungen oder *rechtspolitische* Erwägungen beschränkt. Die zugrundeliegende Annahme lautet: Während das Thema „Menschen mit Behinderungen“ zunehmend an gesellschaftlicher und angewandt-wissenschaftlicher Relevanz gewinnt, bleiben die anthropologischen und evaluativen (ethisch-normativen) Grundlagen weitgehend⁴ unbeachtet und ungeklärt. Ich werde aufzeigen, warum sich ein Blick auf diese Fragen auch in anwendungs- bzw praxisorientierter Perspektive lohnt. Wenn die Widersprüche und Spannungsverhältnisse, in denen sich etwa die Zieldimensionen der UN-BRK befinden, offengelegt werden, lassen sich differenzierte politische und rechtliche Strategien entwickeln, die der Inklusion von Menschen mit Behinderungen dienen, aber nicht widersprüchlich, ungerecht oder unverhältnismäßig⁵ sind.

1 Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des philosophischen Habilitationsprojektes der Verfasserin entstanden. Eine frühere Version ist Anfang 2015 in einem Berufungsverfahren für eine Juniorprofessur an der Uni Siegen vorgetragen worden. Die Verfasserin dankt den Zuhörenden und Herausgeber_innen der Zeitschrift *juridikum* für hilfreiche Nachfragen und Anmerkungen. Alle verbleibenden Mängel sind ihr anzulasten.

2 *United Nations Treaty Series* (UNTS), Vol 2515, 3, UN-Res A/RES/61/106. Gegenwärtig hat es 159 Signatäre und 157 Parteien: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdtsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en (11.8.2015).

3 Vgl etwa zur „Bedeutung von Anerkennung für Inklusion“: *Felder*, Inklusion und Gerechtigkeit. Das Recht behinderter Menschen auf Teilhabe (2012) 195ff.

4 Eine Ausnahme ist *Felder*, Inklusion.

5 Kontrovers diskutierte Bspe aus der dt Rechtsordnung sind etwa der Rechtsanspruch auf schulische Inklusion und die Schließung sog Förderschulen. Vgl zB *Geyer*, Inklusionsdebatte. Eine unglaubliche Gleichmacherei, Frankfurter

Drei Beobachtungen⁶ mit Indizcharakter für die gegenwärtige gesellschaftliche Transformation seien genannt:

1.: Der früher sog „Behindertenbericht“ der deutschen Bundesregierung heißt seit dem 31.7.2013 „Teilhabebericht über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen“.⁷ Er stellt ein Element des Nationalen Aktionsplans zur Umsetzung der UN-BRK dar.

2.: Bei der UN-BRK, die in Deutschland am 24.2.2009 in Kraft getreten ist,⁸ handelt es sich um ein innovatives Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes, das *verbindliche* Monitoringmechanismen in den Vertragsstaaten vorsieht, welche die rechtliche und *tatsächliche* Umsetzung des Menschenrechtsregimes auf nationaler Ebene überprüfen, evaluieren und begleiten.⁹

3.: Gerade in den Sozial- und Erziehungswissenschaften einschließlich der Lehrer_innenbildung steht das Thema „Inklusion“ oben auf der Agenda.¹⁰ Während es dabei um empirische Forschung zu den Möglichkeiten, Problemen und Perspektiven von Inklusion in allen Bereichen der Lebenswelt¹¹ geht, also um Inklusion in der Bildung, in der Arbeitsgesellschaft, in der Kultur, der Freizeitwelt, im Gesundheitswesen und im Verkehr, um nur einige Dimensionen zu nennen, interessiere ich mich für die grundlegende Frage, *warum* wir Inklusion anstreben bzw anstreben *sollten*. Die Frage nach dem bestmöglichen *Wie* der Inklusion bleibt ausgeklammert und den Erfahrungswissenschaften überlassen. Aus interdisziplinärer Sicht mag dies verwundern, die Antwort auf die normative Frage geradezu evident erscheinen.

Ich behaupte dagegen 1., dass es sich um eine *interessante*, für das Projekt der Inklusion und unser gesellschaftliches Selbstverständnis insgesamt *relevante*, zugleich *genuin philosophische* Fragestellung nach den anthropologischen und normativen Grundlagen einer

Allgemeine Zeitung v 21.7.2014, www.faz.net/aktuell/feuilleton/inklusionsdebatte-unglaubliche-gleichmacherei-13057236.html (11.8.2015).

6 Bezug genommen wird in erster Linie auf die der Verfasserin geläufigste Rechtsordnung, die der Bundesrepublik Deutschland mit dem Bundesland Nordrhein-Westfalen.

7 Vgl *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, *Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen. Teilhabe – Beeinträchtigung – Behinderung* www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2013-07-31-teilhabebericht.pdf?__blob=publicationFile (11.8.2015).

8 dBGBI 2008 II 1419-1452 v 31.12.2008.

9 Art 33 UN-BRK sieht die „Innerstaatliche Durchführung und Überwachung“ durch „einen oder mehrere unabhängige Mechanismen“ (Abs 2) und die Beteiligung der „Zivilgesellschaft, insbesondere Menschen mit Behinderungen und die sie vertretenden Organisationen“ (Abs 3) vor. Damit ist ein *Governance*-Ansatz festgeschrieben, bei dem, grob gesagt, zivilgesellschaftliche Akteur_innen die staatliche Exekutive bei der Regulierung eines Politikbereiches ergänzen. Zwar sieht bereits das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (engl OPCAT) von 2002 in Art 3 verbindliche nationale Präventionsmechanismen vor, doch heißt es etwa in einer aktuellen Studie des *UN-Hochkommissariats für Menschenrechte* über die nationale Implementierung von Art 33 UN-BRK, dieser Artikel sei „arguably the most complete provision on national level implementation and monitoring ever in an international human rights treaty and represents one of the most innovative provisions of the Convention.“ http://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Art_33_CRPD_study.pdf (26.8.2015).

10 Beispielhaft der Bericht des deutschen *Centrums für Hochschulentwicklung*: http://dev.monitor-lehrerbildung.de/export/sites/default/content/Downloads/Monitor_Lehrerbildung_Inklusion_04_2015.pdf (26.8.2015).

11 Vgl *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, *Teilhabebericht 10f, 31f: „Lebenslagen-Ansatz“*.

inklusiven Gesellschaft handelt. 2., und dies ist die Perspektive der (Rechts-)Philosophie als Fachdisziplin, ist zu konstatieren, dass in der Philosophiegeschichte eine Lücke klafft, was die Beschäftigung mit Menschen mit Behinderungen bzw Beeinträchtigungen angeht. Insb sog „geistig Behinderte“ stellen seit jeher eine große Herausforderung für die Moralphilosophie¹² dar. Dahinter steht das Problem der Zuschreibung von Verantwortlichkeit. Nach dem Standardmodell kann für Handeln und Handlungsfolgen nur verantwortlich gemacht werden, wer ohne Zwang, frei und einsichtig handelt. Diese notwendigen Bedingungen müssen bei Menschen mit kognitiven und emotionalen Beeinträchtigungen¹³ nicht immer vorliegen. In der Praxis ist eine komplexe Einzelfallbeurteilung erforderlich. Bekannt ist dies etwa bei Fragen der Schuld- und der Geschäftsfähigkeit in all ihren Ausprägungen. Es stellt aber nicht nur auf der Anwendungsebene der rechtlichen und moralischen Beurteilung ein Problem dar, sondern bereits auf der Geltungsebene, wenn es zB darum geht, welche Gerechtigkeitsgrundsätze gerechtfertigt sind und Geltung beanspruchen können.

Die amerikanische Philosophin *Nussbaum* hat 2006 auf „Die Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit“¹⁴ aufmerksam gemacht. Für sie: „[...] stellt die Versorgung von Kindern, älteren Menschen und Menschen mit geistigen und körperlichen Behinderungen einen wichtigen Teil der Arbeit dar, die in jeder Gesellschaft[en] [sic!] geleistet werden muß, und in den meisten Gesellschaften ist dies eine Quelle gravierender Ungerechtigkeiten. Jede Gerechtigkeitstheorie muß dieses Problem von Anfang an berücksichtigen, schon bei der Gestaltung der institutionellen Grundstruktur und besonders in ihrer Theorie der Grundgüter.“¹⁵

In der Tat ist in klassischen kontraktualistischen Theorien, welche die politische Ordnung auf ein explizites, implizites oder hypothetisches Sozialvertragsmodell zurückführen, stets ein idealisierter, uneingeschränkt rational und autonom agierender und uneingeschränkt über die Zeit hinweg kooperationsfähiger und tatsächlich kooperierender Akteur¹⁶ als Vertragspartner_in vorausgesetzt worden. Die einflussreichste Sozialvertragstheorie der jüngeren Zeit ist die von *Rawls*. Bei *Rawls* „[...] stellt man sich die ersten Grundsätze der Gerechtigkeit [...] als Gegenstand einer ursprünglichen Übereinkunft in einem passend definierten Urzustand vor. Diese Grundsätze sind diejenigen, die vernünftige Menschen, die ihre Interessen fördern wollen, in diesem Zustand der Gleichheit aufstellen würden, um die Grundbedingungen ihrer Vereinigung festzulegen.“¹⁷ An anderer Stelle führt er aus: „ [D]ies bedeutet, daß jeder über ausreichend

12 Vgl zB *Kittay*, The Ethics of Care, Dependence, and Disability, *Ratio Juris* 2011, 49-58, und die Einträge in *Wasserman/Asch/Blustein/Putnam* (2013), Cognitive Disability and Moral Status, in *Zalta*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2013 Edition), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/cognitive-disability> (26.8.2015).

13 Vgl *Daniels/Rose/Daniels-Zide*, Disability, Adaptation, and Inclusion, in *Brownlee/Cureton*, Disability and Disadvantage (2009) 54-85.

14 *Nussbaum*, Die Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Spezieszugehörigkeit (2010 in dt Übersetzung).

15 Ebd 182.

16 Hier historisch zutreffend in der maskulinen Form. In *Rawls'* Urzustand wird die Wahl von Gerechtigkeitsgrundsätzen von geschlechtsneutral anmutenden, gleichsam klonierten Individuen getroffen.

17 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1979) 140.

Geisteskraft verfügt, um in der Gesellschaft eine normale Rolle zu spielen, und niemand unter ungewöhnlichen Bedürfnissen leidet, die schwer zu befriedigen sind, wie z. B. ungewöhnliche und kostenintensive medizinische Behandlungen. Natürlich ist es eine drängende praktische Aufgabe, sich um diejenigen zu kümmern, die solche Dinge benötigen. Aber zunächst stellt sich das grundlegende Problem sozialer Gerechtigkeit zwischen jenen, die volle, aktive und moralisch bewußte Mitglieder der Gesellschaft [...] sind. [...] Wenn es gelingt, eine Theorie auszuarbeiten, die den grundlegenden Fall abdeckt, dann können wir später versuchen, sie auf andere Fälle auszuweiten.“¹⁸

Eine inklusive Gesellschaft ist hingegen eine, die von vornherein alle Menschen, auch solche mit Einschränkungen und Behinderungen, umfasst. Es ist nicht ersichtlich, warum sich dieser Umstand nicht in der methodischen Reihenfolge der Theoriebildung und auf der Rechtfertigungsebene einer Gerechtigkeitstheorie niederschlagen sollte. Geht man für die Gerechtigkeitsbegründung von einer extensional maximalen Menschenwürdekonzepktion aus, liegt die Rechtfertigungslast im Feld derjenigen, die manche Gruppen zunächst oder ganz ausklammern wollen. Mit der UN-BRK wird nunmehr ein internationaler Menschenrechtstext zum Instrument der Inklusion. Die Rechtsentwicklung scheint hier der philosophischen Theoriebildung vorauszuweichen.

2. Menschenrechte als Mittel zum Zweck der Inklusion: Ambivalenz und Mehrdimensionalität

Die UN-BRK ist zunächst ein klassischer Menschenrechtstext, der in Art 3 a) die „Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit“¹⁹ fordert. *Bielefeldt* urteilt: „Dies entspricht dem klassisch-liberalen Verständnis von Menschenrechten als Rechten freier Selbstbestimmung [...]“.²⁰ Daneben enthält die UN-BRK weitere zentrale Säulen, die für eine inklusive Gesellschaft tragend sind. Dabei handelt es sich um Teilhabe und Empowerment.

2.1. Teilhabe

Neben relational verstandener individueller Autonomie²¹ ist die Ermöglichung von Teilhabe eine zentrale Säule der UN-BRK. Das Wort „Teilhabe“ oder „teilhaben“ kommt

18 *Rawls* zitiert nach *Nussbaum*, Grenzen 160.

19 Art 3 (a) UN-BRK: Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons.

20 *Bielefeldt*, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention (Essay No 5), www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Essay/essay_zum_innovationspotenzial_der_un_behindertenrechtskonvention_auflage3.pdf (11.8.2015) 10.

21 *Bielefeldt*, Innovationspotenzial 11: „selbstbestimmtes Leben in sozialen Bezügen.“

in der UN-BRK allein 15 Mal vor. In der englischen Sprachfassung kommen „*participation*“ oder „*participate*“ sogar 25 Mal vor. In der nicht authentischen deutschen Sprachfassung wird neben „Teilhabe“ mitunter auch von „mitwirken“ gesprochen. In der Präambel wird der Abbau von „einstellungs- und umweltbedingten Barrieren [eingefordert, welche Menschen mit Behinderungen von] der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft“²² abhalten. Im Sinne der Chancengleichheit (*equal opportunities*) soll Menschen mit Behinderungen „Teilhabe am bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben“²³ ermöglicht werden. Teilhabe erstreckt sich also nicht nur, aber auch auf das politische Institutionengefüge.²⁴ So ist es in Deutschland sowohl in individuellethischer Hinsicht (Selbstbestimmungsrecht) als auch vor dem politischen Hintergrund der Zielsetzung der inklusiven Gesellschaft ethisch nicht vertretbar, dass manchen Gruppen von Menschen mit Behinderungen das Wahlrecht verwehrt wird.²⁵ *Palleit* moniert in einem Bericht für die deutsche Monitoringstelle, dass „Menschen mit Behinderungen, bei denen eine Betreuung in allen Angelegenheiten angeordnet worden ist (§ 13 Nr. 2 BWahlG), oder die im Rahmen des Maßregelvollzugs in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind (§ 13 Nr. 3 BWahlG), [...] von Gesetzes wegen automatisch vom aktiven und passiven Wahlrecht ausgeschlossen [sind].“²⁶ Dies verstößt gegen Art 29 UN-BRK.

2.2. Empowerment

Neben Forderungen nach Autonomie, Gleichberechtigung (Nichtdiskriminierung) und Teilhabe zielt die UN-BRK auch darauf ab, Menschen mit Behinderungen Möglichkeiten zur Ausbildung ihrer Fähigkeiten zu geben. Das gilt insb für Kinder und Jugendliche, die einen Anspruch auf Inklusion ins Erziehungs- und Bildungswesen haben.²⁷ Dies findet seinen expliziten Niederschlag im Text der UN-BRK, insb in Art 24, 26, in denen es um Bildung sowie um Habilitation und Rehabilitation geht. Die UN-BRK spricht von „*enable*“, „*development*“, „*fullest potential*“, „*full ability*“. In Art 24 Abs 1 UN-BRK werden als Ziele angegeben: „[...] b) The *development* by persons with disabilities of their *personality, talents and creativity*, as well as their *mental and physical abilities*, to their *fullest potential*; c) *Enabling* persons with disabilities to *participate effectively* in a

22 Ebenda lit e).

23 Präambel lit m).

24 Vgl dazu auch Beiträge von *Plangger/Schönwiese*, Behinderung und Gerechtigkeit, *juridikum* 2015, 74-84; *Naue/Wegscheider*, Politische Partizipation von Menschen mit Behinderungen in Österreich, *juridikum* 2015, 88-94.

25 Zum Wahlrecht vor dem Hintergrund der UN-BRK in Österreich: *Naue/Wegscheider*, *juridikum* 2015, 88-94.

26 *Palleit*, Deutschland braucht endlich ein inklusives Wahlrecht, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-317931> (18.8.2015) 1.

27 Zur Situation in Österreich: *Wurzinger*, Frauen und Mädchen mit Behinderungen: Ein Streifzug durch UNCPRD, CEDAW und Lebenswirklichkeiten in Österreich, *juridikum* 2015, 102f.

free society.”²⁸ Die Hervorhebungen zeigen die Nähe zur philosophischen Fachterminologie auf. Es geht um Befähigung und die Entfaltung individueller Begabungen und Fähigkeiten. In Art 26 Abs 1 UN-BRK heißt es: „States Parties shall take effective and appropriate measures, including through peer support, to *enable persons* with disabilities to attain and maintain maximum independence, *full physical, mental, social and vocational ability*, and *full inclusion and participation* in all aspects of life.” Bekanntlich wird statt von „Inklusion“ in der amtlichen deutschen Fassung aufgrund von Uneinigkeit bzw eines Missverständnisses von „Einbeziehung“ gesprochen. Von Interesse ist an dieser Stelle aber nicht die Übersetzung, sondern die Festschreibung von „Empowerment“ als eigenständige Zielsetzung der UN-BRK. Mehrere Lesarten von „Empowerment“ sind möglich.

2.3. Erste Lesart: *Teilhabe als Empowerment*

Bielefeldt, 2003-2009 erster Vorsitzender des Deutschen Instituts für Menschenrechte, konstatiert: „Menschenrechtskonventionen dienen dem ‚Empowerment‘ der Menschen.“²⁹ Er definiert den Begriff des Empowerment nicht, sondern erläutert: „Sie leisten dies, indem sie Ansprüche auf Selbstbestimmung, Diskriminierungsfreiheit und gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe formulieren [...]“.³⁰ Nach *Bielefeldt* verweist der Empowerment-Begriff zurück auf den Begriff der Teilhabe sowie auf Selbstbestimmung bzw Autonomie und den Nichtdiskriminierungsgrundsatz. Damit wären die klassischen Grund- bzw Menschenrechtsdimensionen Freiheit und Gleichheit sowie gesellschaftliche Partizipation analytisch im Begriff des „Empowerment“ enthalten. Danach würden wir, sagten wir „Empowerment“, alle diese Facetten der Menschenrechte mitverstehen. Empowerment wäre das eine „Mega-Menschenrecht“, das die anderen zentralen Menschenrechtsdimensionen in sich aufgehen ließe. Dies erinnert an die Ausführungen von *Arendt*, nach der das „Recht[s] auf Rechte“³¹ in einer Fundierungsrelation zu den übrigen Menschenrechten stehen und den Begriff der Menschenwürde³² explizieren soll.³³

Nach meiner Auffassung ist diese Lesart falsch. Sie verkürzt die Zieldimensionen der UN-BRK. „Inklusion“ bedeutet danach nicht nur die Anerkennung der Rechte auf Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Autonomie in eigenen Angelegenheiten und

28 Ebd. Hervorhebungen der Autorin.

29 *Bielefeldt*, Innovationspotenzial 4.

30 Ebd.

31 *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, *Die Wandlung* 1949, 761; 768.

32 Ähnlich vertritt *Bielefeldt*, Innovationspotenzial 5, eine Fundierungsrelation der Menschenwürde: „Der Begriff der Menschenwürde ist für den Menschenrechtsansatz von schlechthin fundamentaler Bedeutung.“ Vgl *Bielefeldt*, *Menschenwürde. Der Grund der Menschenrechte* (2008).

33 Die Konzeption des „Rechts auf Rechtfertigung“ von *Forst*, *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (2007) geht ebenfalls in diese Richtung.

maximale Selbständigkeit in der Lebensgestaltung. Es geht auch um die *tatsächliche* Herstellung oder Wiederherstellung der physischen, psychischen und materiellen Grundlagen und Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Lebensführung. Der UN-BRK liegt eine – va in Bezug auf Kinder und Jugendliche – *perfektionistische* Präsupposition zugrunde: Sie macht die (implizite) Vorannahme, nach der es gut ist, wenn alle Menschen ihre Fähigkeiten, Talente, Begabungen usw entwickeln. Sie *sollen* sie entwickeln; folglich müssen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass sie ihre Fähigkeiten entwickeln *können*.

2.4. Zweite Lesart: Teilhabe *und* Empowerment

So heißt es an anderer Stelle bei *Bielefeldt* juxtapositionierend, die UN-BRK ermögliche es Menschen mit Behinderungen, „ihr Leben selbstbestimmt und gleichberechtigt mit anderen zu leben *und ihre kreativen Möglichkeiten zu entfalten*, [...]“.³⁴ Hier steht Empowerment *neben* Teilhabe. Dies ist plausibler und methodisch vorzugswürdig, denn es besteht ein nicht nur theoretisches Interesse daran, die einzelnen Elemente und Dimensionen des Menschenrechtsschutzes so präzise wie möglich zu fassen, schon um mögliche Wechselwirkungs- oder Voraussetzungsverhältnisse beschreiben zu können.

2.5. Dritte Lesart: Teilhabe *versus* Empowerment

Nun gibt es eine weitere Lesart oder zumindest Schwierigkeit, die auf der zweiten Lesart, nach der Teilhabe und Empowerment eigenständige Zieldimensionen der UN-BRK sind, aufbaut. Die Zieldimensionen *Teilhaberechte, Gleichheit und Nichtdiskriminierung* legen eine freiheitliche Interpretation im Sinne eines politischen Liberalismus nahe. Sie betonen die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit Beeinträchtigungen als Berechtigten. Die Ziele *Ermöglichung der Ausbildung von Fähigkeiten, Ausschöpfung von Entwicklungspotentialen* hingegen haben eine perfektionistische Unterströmung. Diese Befähigungsdimensionen betreffen primär das Selbstverhältnis von Menschen mit Behinderungen, die sich fragen müssen, was für sie zu einem guten, glücklichen und gelingenden Leben gehört, welche persönlichen Ziele sie erreichen und welche Fähigkeiten sie im Rahmen ihrer Potentiale ausbilden möchten. Dabei werden subjektive Begrenztheitserfahrungen uU unumgänglich bleiben.³⁵ Werden nun extern Ziele vorgegeben, so ergibt sich 1. ein Paternalismusproblem,³⁶ und 2. die Frage danach,

34 *Bielefeldt*, Innovationspotenzial 9. Hervorhebungen der Autorin.

35 Vgl die Bspse aus der Rehabilitation von Menschen mit schweren Hirnverletzungen: *Daniels/Rose/Daniels-Zide*, Disability 54-85.

36 Vgl zur Frage, was „Paternalistisches Empowerment“ bedeuten könnte: *Sutter/Maasen*, „Bürgergesellschaft“. Der verdeckte Paternalismus eines politischen Programms, in *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl*, Grenzen des Paternalismus (2010) 331-335.

was Chancengleichheit inhaltlich überhaupt bedeuten soll, wenn von „*equal opportunities*“, gleichen Möglichkeiten im Wortsinn überhaupt nicht die Rede sein kann. Mit der üblichen³⁷ Unterscheidung von Ressourcen- vs Wohlergehensgleichheit (*welfarism*) ist es hier nicht getan. Bei Kindern und Jugendlichen wird sich das Paternalismusproblem entschärfen lassen; wie verhält es sich aber mit der Inklusion im Arbeitsleben? Wird man hier Menschen mit Behinderungen dazu anregen, möglichst viel von sich zu verlangen? Bedeutet es, wenn man die Möglichkeit erhält, eigene Fähigkeiten zu entwickeln, dass man sie auch entwickeln *soll*? Treten nach dieser Lesart nicht die Gedanken der gleichberechtigten Teilhabe und Selbstbestimmung in ein Spannungsverhältnis zu dem Gedanken des Empowerment? Die inhaltliche Nähe lässt es plausibel erscheinen, den *Capabilities*-Approach (Befähigungsansatz) von *Nussbaum* und *Sen* heranzuziehen, um die normativen Grundlagen der *Empowerment*-Dimension der UN-BRK angemessen zu rekonstruieren. Es zeigt sich aber, dass und wie die Probleme des *Capabilities*-Ansatzes auch Probleme der UN-BRK sind, insb was den Paternalismusverdacht, die Liste der Fähigkeiten und die Frage nach *tatsächlichem*, effektivem Empowerment angeht. Werden einerseits die Selbstbestimmungs- und Wahlmöglichkeiten als Dimensionen guten Lebens betont, andererseits Entwicklungsmöglichkeiten und Listen von Fähigkeiten vorgegeben, so „[...] verschwimmt der Gegensatz zwischen einer anthropologischen und einer subjektivistisch-liberalistischen Position [...]“. ³⁸

In der Sache lässt sich zB die Frage, ob nicht doch Förderschulen mitunter einen größeren Nutzen *in puncto* Empowerment, Befähigung und gutes Leben bedeuten als eine Regelschulinklusion, nicht im Lehnstuhl der Philosophin entscheiden. Empirische Forschung ist dazu erforderlich. Die *Allianz der deutschen NGOs zur UN-Behindertenrechtskonvention* („BRK-Allianz“) fordert in ihrem Papier vom Mai 2013 die flächendeckende Inklusion im Bildungswesen statt der Einrichtung von Modellprojekten.³⁹ Angesichts der fortbestehenden epistemischen Defizite über die Effekte unterschiedlicher Formen von Inklusion erscheint diese Forderung zum gegenwärtigen Zeitpunkt aus ethischer Sicht unangemessen; vielmehr ergibt sich aus den Wissensdefiziten ein Imperativ der Forschung.

3. Inklusion als Kulturaufgabe

In der Präambel der UN-BRK wird die Zielsetzung eines verstärkten *Zugehörigkeitsgefühls* („enhanced sense of belonging“) aufgeführt. Diese einzigartige⁴⁰ Dimension der

37 Vgl *Dworkin*, Was ist Gleichheit (2011).

38 So *Krebs/Schmetkamp*, „Empowerment-Theorie: Martha Nussbaum“, in *Gröschner/Kapust/Lembke*, Wörterbuch der Würde (2013) 73.

39 Vgl *Neuboff*, Freiheit, Gleichheit, Inklusion, in *Thiel*, Ethische Fragen der „Behinderung“. Ethical Challenges of Disability (2014) 113.

40 Vgl *Bielefeldt*, Innovationspotenzial 10.

Ergänzung eines klassischen Menschenrechtsansatzes, die sich gegen „gefühlte“ gesellschaftliche Exklusion richtet und das kollektive Selbstverständnis als inklusive Gesellschaft anvisiert, erfordert in einem positiven, nicht pejorativen Sinne „Symbolpolitik“. Es geht explizit *auch* um Bewusstseinsbildung. So fordert Art 8 UN-BRK die Vertragsstaaten auf, „[...] wirksame und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um a) in der gesamten Gesellschaft, einschließlich auf der Ebene der Familien, das Bewusstsein für Menschen mit Behinderungen zu schärfen und die Achtung ihrer Rechte und ihrer Würde zu fördern.“ Es folgt ein ganzer Katalog von Interventionsebenen,⁴¹ auf denen auch die „sozialen Barrieren“⁴² wie Vorurteile, Stigmata, Ressentiments oder andere Vorbehalte gegenüber der gleichberechtigten sozialen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen abgebaut werden sollen. Die Verwirklichung von Inklusion kann als „Kulturaufgabe“ aufgefasst und wie folgt als hypothetischer Imperativ formuliert werden: *Wenn* wir als Menschen die normative Gleichheit *aller* Menschen anerkennen wollen, *wenn* wir eine inklusive Gesellschaft für eine „richtige“ Art der Organisation unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens halten, *wenn* wir uns dies als Zweck setzen, so sollten wir die erforderlichen und angemessenen Mittel zur Umsetzung dieses Ziels einsetzen. Das Resultat der Verwirklichung einer inklusiven Gesellschaft ist eine Kulturleistung, der ein bewusster, absichtsvoller, zielgerichteter Einsatz von Mitteln zu einem Zweck vorausgeht.

Der Prozess der Verwirklichung einer inklusiven Gesellschaft als eine Kulturaufgabe kann deontologisch-kantianisch gedeutet werden: Die Herstellung einer inklusiven Gesellschaft ist das der menschlichen Lebensform im Sinne einer Pflicht „Aufgegebene“. Doch löst dies Fragen nach der Reichweite der Inklusion und insb ihrer finanziellen Grenzen *eo ipso* noch nicht. In einem anderen Zusammenhang (bemannte Raumfahrt) warnt Gethmann: „[D]as bedeutet selbstverständlich hier wie in anderen Fällen nicht, dass diese Option unter allen Umständen auszuführen ist. Mit dem Begriff der „Kultur“ ist noch kein Argument, sondern lediglich eine argumentative Ebene bezeichnet. Eine kulturelle Option sollte man in dem Umfang realisieren, in dem man die mit ihr verbundenen Ziele realisiert sehen möchte und in dem man sie sich – nach Abwägung mit anderen kulturellen Optionen – leisten kann.“⁴³

Dies beschreibt das gegenwärtig in der politischen Arena diskutierte Problem zB schulrechtlicher Ressourcenvorbehalte für den Anspruch auf inklusive Bildung. Rechtlich mögen diese in den Grenzen des Art 4 Abs 2 UN-BRK⁴⁴ möglich sein, moralisch wird

41 Vgl Wurzinger, juridikum 2015, 99.

42 Schulze, Menschenrechte für alle: Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in *Flieger/Schönwiese*, Menschenrechte. Integration. Inklusion. Aktuelle Perspektiven aus der Forschung (2011) 15f.

43 Gethmann, Bemannte Raumfahrt als Kulturaufgabe, in *Gethmann/Rohner/Schrogl*, Die Zukunft der Raumfahrt. Ihr Nutzen und ihr Wert (2007) 19.

44 Dieser lautet: „Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, *unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel* und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen, [...]“; Hervorhebung der Autorin.

man die Hürden für eine finanzielle Überforderung eines Gemeinwesens, die es im Sinne eines Sollen impliziert Können-Einwandes geltend machen könnte, sehr hoch stecken müssen. In weniger wohlhabenden Staaten wird ein anderer Inklusionsaufwand als moralisch gerechtfertigt anzusehen sein. Insofern lässt sich das Anspruchsniveau der UN-BRK nicht verallgemeinern. Die Forderung nach Inklusion ist normativ universalistisch; in der Implementierung ist Inklusion partikularistisch. Jeder Staat ist auf seinem eigenen Weg in eine inklusive Gesellschaft.

4. Schlussfolgerung

Die Rekonstruktion und Analyse der (rechts-)philosophischen *Grundlagen* einer inklusiven Gesellschaft iSv Bedeutung, Begründung und Rechtfertigung von Inklusion stellen eine notwendige konzeptuelle und normative Aufklärungsleistung dar und damit eine relevante Ergänzung zu den vielfältigen Handlungsfeldern und Anwendungsdimensionen, in die das Thema in der gesellschaftlichen Praxis und der auf sie bezogenen empirischen Forschung aufgefächert ist. Ich fasse meine Thesen wie folgt zusammen:

1. Die inklusive Gesellschaft ist ein normatives Postulat.
2. Die inklusive Gesellschaft gibt es nicht *eo ipso*, sondern sie ist selbst-reflexiv; sie muss Inklusion in ihr kollektives Selbstverständnis aufnehmen.
3. Das Faktum der Inklusion (komplex: Faktum eines normativen Postulats) ist Teil des Selbstverständigungsprozesses von Gesellschaft; es entspringt der Praxis.
4. Inklusion ist multidimensional. Sie hat mindestens die Dimensionen „Teilhabe“ und „Empowerment“. Offenbar stehen beide, Partizipation und Empowerment, in einem wechselseitigen Bedingungs-, insb in institutioneller Hinsicht auch in einem Spannungsverhältnis.
5. Inklusion ist eine Kulturaufgabe. Damit kann eine weitere übergreifende Dimension beschrieben werden. In der UN-BRK kommt dies in Forderungen wie derjenigen nach Bewusstseinsbildung (Art 8) zum Ausdruck.

Der Gedanke der Kulturaufgabe verbindet die individuelle und die gesellschaftliche Ebene, die lebensweltliche Praxis und die politisch-institutionelle Verankerung, die weit über das Schul- und Sozialrecht der Unterzeichnerstaaten der UN-BRK hinausgeht.

Sexfalle Internet

Die gefährliche Drohung im Wandel

Johannes Oberlaber / Christina Mitter

1. Das Phänomen der Internet-Sexfallen

Die gesellschaftliche Kommunikation hat sich in den letzten Jahrzehnten durch die technische Entwicklung enorm gewandelt. Dass damit auch soziale Verhaltensnormen in Änderung begriffen sind, ist zu vermuten.¹ Die verschiedenen Möglichkeiten, innerhalb kürzester Zeit auch große Datenmengen zu versenden oder einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, eröffnen den Nutzer_innen ua von Facebook, Twitter, WhatsApp, SMS- oder MMS-Diensten große Freiheiten, bergen jedoch ebenso große Gefahren.² Ob aufgrund vermeintlichen Vertrauens zum Adressaten bzw zur Adressatin oder schlicht aufgrund Leichtsinns – sind verfängliche Text- oder Bildnachrichten erst einmal übermittelt, droht manchmal ein böses Erwachen, wenn etwa das Gegenüber versucht, sich die erhaltenen Daten zu Nutze zu machen und zu „erpresserischen“ Mitteln greift, indem es mit Veröffentlichung droht. Anschaulich zeigt sich dieses Problem an Praxisfällen der vergangenen Monate:³ Dabei wurden *User_innen von Online-Partner_innenvermittlungen* von vermeintlich an näherem Kontakt Interessierten dazu aufgefordert, *vor einer Webcam sexuelle Handlungen* an sich selbst vorzunehmen. Die Videoaufzeichnung wurde *vom Gegenüber gespeichert und in der Folge als Druckmittel gegen den_die andere_n verwendet*. Umgangssprachlich wird dabei von *Internet-Sexfallen* gesprochen. Im vorliegenden Beitrag soll diese Vorgehensweise aus strafrechtlicher Sicht analysiert werden. Daneben soll versucht werden, das Phänomen unter psychologischen und pädagogischen Gesichtspunkten zu beleuchten.

1 Vgl etwa *Eickelmann*, Postsouveräne Subjektivität im Netz, *juridikum* 2014, 494ff.

2 Vgl dazu den *juridikum*-Schwerpunkt „Internet und Freiheit“: *juridikum* 2014, 455-532.

3 Vgl etwa *Rat auf Draht*, Erpressung nach „Sex-Skype“, *rataufdraht.orf.at/?story=23609* (19.9.2015); *Der Standard*, Sex-Erpressung im Netz EU-weit am Vormarsch, 2.3.2015, *derstandard.at/2000012380811/Sex-Erpressung-im-Netz-EU-weit-am-Vormarsch* (19.9.2015); *Der Standard*, Erpressung mit Sex-Video: Oberösterreicher sollte 3.000 Euro zahlen, 18.2.2015, *derstandard.at/2000011861064/Erpressung-mit-Sex-Video-Oberoesterreicher-sollte-3000-Euro-zahlen* (19.9.2015); *orf.at*, Sexfalle Internet: Experten raten zur Vorsicht, 19.2.2015, *steiermark.orf.at/news/stories/2695628* (19.9.2015).

2. Gründe leichtsinnigen Online-Verhaltens

Im Internet verhalten sich Menschen oft anders als „offline“. Sie treten weniger zurückhaltend und ungezwungener auf und drücken sich freier aus. Dies wird als sogenannter „Online-Enthemmungseffekt“ („*Online Disinhibition Effect*“) bezeichnet.⁴ Studien bestätigen,⁵ dass Menschen bei computervermittelter Kommunikation mehr von sich mitteilen, als beim direkten Gespräch. Private Informationen werden preisgegeben, weil Selbstoffenbarung eine zentrale Nutzungsvoraussetzung für unterhaltsame Online-Angebote ist. Je höher der Grad der Selbstoffenbarung, desto mehr wachsen auch die erreichbaren Gratifikationen, zB bei Social Networking Sites in Form von Vernetzung oder bestätigten Kontakten von Freund_innen.⁶ Dieser Effekt wird ua auf ein Gefühl von Anonymität und die verstärkt empfundene Kontrollierbarkeit der Kommunikationssituation zurückgeführt.⁷ User_innennamen, Mailadressen etc seien zwar meist sichtbar, es würden sich aber nicht sofort Rückschlüsse auf die Identität dahinter ziehen lassen. Die Möglichkeit, das Online- und Offlineverhalten zu trennen, gebe dem_der User_in vermeintliche Sicherheit bei Auskünften über sich selbst oder bei den eigenen Handlungen. Suler beschreibt außerdem, dass die eigenen Wünsche und Bedürfnisse auf Online-Gesprächspartner_innen teilweise übertragen werden und das unbekannte Gegenüber immer wieder an die eigenen Vorstellungen angepasst werde.⁸ Bei der Bildung eines Eindrucks über eine unbekannte Person im Netz werden fehlende Informationen teilweise durch eigene Annahmen ergänzt (= „*Theorie der Hyperpersonalen Interaktion*“).⁹ Bei freundlichem Austausch werden positive Vorstellungen assoziiert; mögliche irritierende Hintergrundinformationen, die im Face-to-Face-Kontakt zu Distanz führen würden, stören online nicht.¹⁰ Va bei schriftlicher Kommunikation, weniger jedoch bei Video-Chats, wird die Online-Enthemmung außerdem durch die eigene Unsichtbarkeit und die Asynochronizität der Nachrichten begünstigt.¹¹ Das *Internet* erscheint damit besonders *für sozial ängstliche Menschen als sicherer Hafen* für Kontaktaufnahmen.¹² Synchrone Kommunikationsme-

4 Suler, *The Online Disinhibition Effect*, *CyberPsychology & Behaviour* 2004, 321ff.

5 Joinson, *Self-disclosure in computer-mediated communication: The role of selfawareness and visual anonymity*, *European Journal of Social Psychology* 2001, 177ff; Tidwell/Walther, *Computer-mediated communication effects on disclosure, impressions, and interpersonal evaluations. Getting to know one another a bit at a time*, *Human Communication Research* 28 (2002) 317ff.

6 Steinfield/Ellison/Lampe, *Social capital, self-esteem, and use of online social network sites: A longitudinal analysis*, *Journal of Applied Developmental Psychology* 2008, 434ff.

7 Joinson, *European Journal of Social Psychology* 2001, 177ff; Schouten/Valkenburg/Peter, *Precursors and underlying processes of adolescents' online self-disclosure: Developing and testing an „Internet-Attribute Perception“ Model*, *Media Psychology* 2007, 292ff.

8 Suler, *CyberPsychology & Behaviour*, 321ff.

9 Döring, *Sozialpsychologie des Internet. Die Bedeutung des Internet für Kommunikationsprozesse, Identitäten, soziale Beziehungen und Gruppen* (2003) 170.

10 Döring, *Sozialkontakte online: Identitäten, Beziehungen, Gemeinschaften*, in Schweiger/Beck (Hrsg), *Handbuch Online-Kommunikation* (2010) 167.

11 Suler, *CyberPsychology & Behaviour*, 321ff.

12 Whitty, *Liberating or debilitating? An examination of romantic relationships, sexual relationships and friendships on the Net*, *Computers in Human Behavior* 2008, 1837ff.

dien wie bspw Chat oder Video-Telefonie können durch die hohe Intensität der Interaktion auf diese Personen jedoch belastend wirken.¹³

Doch auch die konträre These wird in der Literatur vertreten. Nach *Sheldon* etwa ist das Internet *vor allem für extrovertierte Menschen* von Vorteil, da diese hohe soziale Kompetenz besitzen und das Web hauptsächlich als alternatives Mittel nutzen, um mit anderen in Kontakt zu bleiben.¹⁴

Barak/Fisher bezeichnen das Internet besonders im Hinblick auf dessen sexuelle Verwendung als „Penta-A Engine“, also als treibende Kraft, die *Anonymität* (anonymity), *Verfügbarkeit* (availability), *Erschwinglichkeit* (affordability), *Akzeptanz* (acceptability) und *Alleinsein* (aloneness) in sich vereine. Das Surfverhalten werde dadurch in einer Weise beeinflusst, die die User_innen mutiger und offener werden lasse. Sie seien eher bereit, Risiken im Bereich sexueller Handlungen einzugehen, als dies in der Offline-Umgebung der Fall wäre.¹⁵ Sexuelle Neigungen und Präferenzen, die aufgrund von Angst vor einer Zurückweisung sonst in der realen Welt verborgen würden, könnten über das Internet ausgelebt werden. Die Beteiligten erlebten dies als befreiend und spürten gesteigerte Selbstakzeptanz.¹⁶ Gerade Jugendliche suchten immer wieder Gelegenheiten für sexuelle Exploration und Experimente. Aufgrund seiner Eigenschaften bietet das Internet daher perfekte Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme. So können auch unverbindliche Online-Flirts zum Austausch später potentiell verhängnisvoller Fotos oder zu Videokonferenzen per Webcam bzw Camsex führen.¹⁷

Die Gefahren, die hinter einem solchen Austausch von Nacktfotografien oder gar der Selbstdarstellung über Video-Chats liegen, werden so häufig nicht erkannt oder unterschätzt. Immer wieder werden derartige *Aufnahmen von dem/der Empfänger_in im Anschluss als Druckmittel verwendet*, indem mit deren Veröffentlichung gedroht wird, um das Gegenüber zu einem bestimmten Verhalten, wie etwa zur Bezahlung eines Geldbetrags, zu bewegen.

3. Strafgesetz und Rechtsprechung im Wandel

3.1. Ausgangslage

Das österreichische StGB ist derzeit nur bedingt in der Lage, derartigen Vorgehensweisen Einhalt zu gebieten. Es stammt aus dem Jahr 1974¹⁸ und wurde nur schrittweise an

13 *Hertel et al*, Kommunizieren schüchterne Menschen lieber per E-Mail? Einflüsse der Persönlichkeit auf die Präferenz von Kommunikationsmedien, in *Renner/Schutz/Machilek* (Hrsg), *Internet und Persönlichkeit* (2005) 134ff.

14 *Sheldon*, The relationship between unwillingness-to-communicate and student's Facebook use, *Journal of Media Psychology* 2008, 67ff; *Kraut et al*, Internet paradox revisited, *Journal of Social Issues* 2002, 49ff.

15 *Barak/Fisher*, The future of Internet sexuality, in *Cooper* (Hrsg), *Sex and the Internet: A guidebook for clinicians* (2002) 267ff.

16 *McKenna/Green/Smith*, Demarginalizing the sexual self, *Journal of Sex Research* 2001, 302ff.

17 *Döring*, Erotischer Fotoaustausch unter Jugendlichen: Verbreitung, Funktionen und Folgen des Sexting, *Zeitschrift für Sexualforschung* 2012, 12.

18 BGBl 1974/60.

die Entwicklungen der Kommunikationstechnologie angepasst. Die Tatbestände der Gefährlichen Drohung (§ 74 Abs 1 Z 5 StGB), Nötigung (§ 105 StGB) und Erpressung (§ 144 StGB) wurden seit 1975 überhaupt nicht novelliert.

Der eigentliche Grund für die entstandenen Strafbarkeitslücken ist jedoch nicht die alternde Gesetzeslage, sondern die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen durch die jüngste Rechtsprechung des OGH, ausgehend von der *Entscheidung vom 23.1.2014*,¹⁹ der eigentlich ein gänzlich anders gelagerter Sachverhalt zu Grunde lag.

Wegen versuchter geschlechtlicher Nötigung nach §§ 202 Abs 1, 15 Abs 1 StGB wurde ein Angeklagter für schuldig erkannt, weil er in zahlreichen Fällen einen Jugendlichen zur Durchführung von Oral- und Analverkehr zu nötigen versuchte, indem er ihm wiederholt in Aussicht stellte, er werde seinen Eltern erzählen, dass er homosexuell sei, wenn er sich nicht mit ihm treffe. Gem § 74 Abs 1 Z 5 StGB ist für Drohungen im Rahmen von (geschlechtlichen) Nötigungen (§§ 105, 202 StGB) oder etwa auch Erpressungen (§ 144 StGB) gefordert, dass sich diese gegen eines der taxativ aufgezählten Rechtsgüter – Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen – richten müssen. Der OGH führte im Urteil jedoch aus, dass die Drohung der Bekanntgabe der sexuellen Orientierung keine Drohung mit einer Verletzung der Ehre darstelle und begründete dies mit der veränderten Einstellung der Gesellschaft zur Homosexualität, dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot und der Tatsache, dass sich das gesamtgesellschaftliche Ehrverständnis nicht nach dem persönlichen Umfeld des Opfers richten könne.²⁰ Obwohl nicht urteilsgegenständlich, führte der OGH aber auch aus, dass dies ebenso auf andere Lebensbereiche übertragbar sei und daher zB auch „*in der Aufnahme von Nacktfotos, allenfalls verknüpft mit deren Veröffentlichung*“ keine Ehrverletzung zu sehen sei: „Allenfalls kann dahinter die Androhung einer Verletzung am Vermögen stehen, wenn – vom Vorsatz des damit Drohenden umfasst – die Veröffentlichung dieser persönlichen Lebensumstände zu beruflichen oder sonstigen Konsequenzen führt, die mit einer Vermögens- oder Einkommenseinbuße einhergehen.“²¹ Ohne unmittelbaren Bezug zum Verfahrensgegenstand ging der OGH daher auch in Bezug auf die Veröffentlichung von Nacktfotos eines_einer anderen von seiner stRspr ab.²²

Im Zuge dieser Einengung des Tatbestands durch das Höchstgericht, vor der seitens der juristischen Praxis bereits gewarnt worden war,²³ hat sich der OGH nicht einmal ein

19 OGH 23.1.2014, 12 Os 90/13x = RIS-Justiz RS0129288; RS0129287; RS0129289 = EvBl 2014/48 = EvBl-LS 2014/56 = JBl 2014, 336 (*Schmoller*) = JSt-LS 2014/32 = JSt-LS 2014/33 = JSt-LS 2014/34. Dazu *Birkbauer/Oberlauer*, Drohungen mit Verletzungen der Privatsphäre im straffreien Raum?, JSt 2014, 26ff; *Anzenberger/Sprajc*, Androhung des Outings kein Nötigungsmittel?, ÖJZ 2014, 382f; *Smutny*, Unfreiwilliges Outing der sexuellen Orientierung und die Ehre, *juridikum* 2014, 166ff.

20 Zur weggefallenen Anrührbarkeit von Homosexualität: *Birkbauer/Oberlauer*, JSt 2014, 27ff.

21 OGH 23.1.2014, 12 Os 90/13x.

22 Zuvor noch OGH 29.10.1975, 11 Os 89/75 = RIS-Justiz RS0092856; RS0092912 = EvBl 1976/147; 24.2.1981, 9 Os 104/80 = RIS-Justiz RS0092856 T1 = SSt 52/9; 15.12.1998, 14 Os 116/98 = RIS-Justiz RS0092912.

23 So etwa *Rami* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² Vor §§ 111-117 Rz 7, dessen Warnung der OGH als Begründung für das Abgehen von der bisherigen Judikatur heranzog.

halbes Jahr später, am 3.7.2014, erneut mit der Problematik im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde befasst – nun im Zusammenhang mit einer Internet-Sexfalle.²⁴ Der Angeklagte erhob die Nichtigkeitsbeschwerde ua gegen seine Verurteilung wegen geschlechtlicher Nötigung gem § 202 Abs 1 StGB, nach der er sein Opfer durch die Drohung, er werde die ihm zuvor freiwillig geschickten Nacktfotos im Internet veröffentlichen, dazu genötigt hatte, erneut geschlechtliche Handlungen an sich selbst vorzunehmen. Dass die Drohung ernst zu nehmen war, ergab sich schon daraus, dass der Angeklagte bereits zuvor pornographische Bilder des Opfers mittels WhatsApp verschickt hatte. Wiederum stellte sich daher die Frage, ob darunter eine Drohung mit Verletzung der Ehre zu verstehen sein soll. Der OGH erwog, dass sehr wohl eine Drohung mit einer *Verletzung der Ehre* vorliege, wenn durch die angedrohte Veröffentlichung dem Opfer in Aussicht gestellt wird, in der Öffentlichkeit den „Eindruck eines anstoßerregenden Verhaltens bis hin zu Schamlosigkeit“²⁵ zu erwecken. Obwohl die Aufnahme von Nacktfotos oder die Zulassung der Anfertigung derartiger Lichtbilder per se nicht ehrenrührig sei, könne in der Ankündigung einer vom Opfer nicht gewollten Veröffentlichung von zwar freiwillig hergestellten, aber nicht für einen weiten Personenkreis bestimmten Nacktfotos eine Drohung liegen, dem Opfer die gebotene achtungsvolle Behandlung zu verweigern und so sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabzusetzen. *Ehrenrührig* soll somit nicht die Anfertigung von Nacktbildern an sich sein, sondern vielmehr *das zur Verfügung Stellen an Dritte bzw die allzu großzügige Auswahl des Personenkreises, dem die Aufnahmen zugänglich gemacht werden*.

*Bekräftigt hat das Höchstgericht diese neue Rspr am 25.9.2014.*²⁶ Der in diesem Fall Angeklagte hatte von seinem Gegenüber anfänglich Fotos erhalten, die es (bloß) teilweise nackt zeigten. Er forderte es daraufhin auf, weitere Fotos von sich anzufertigen und sie ihm zu senden. Im Fall einer Weigerung drohte er an, die bereits erhaltenen Fotos unter Beifügung der Mobiltelefonnummer und des Namens sowie des Kommentars „Wer hat Lust?“ im Internet zu veröffentlichen. Darüber hinaus hatte der Angeklagte – teilweise erfolgreich – versucht, diese und zwei weitere Personen zur Herstellung und Übermittlung weiterer eindeutiger Fotos und Videos zu nötigen. Dazu drohte er wiederum, zuvor an ihn gesendete Fotos, auf denen die Chatpartnerinnen spärlich bekleidet zu sehen waren, auf Internetplattformen bzw Chatforen unter Beifügung ihrer Mobiltelefonnummern zu veröffentlichen. Der OGH erwog dazu, dass eine derartige, der Allgemeinheit zugängliche Einschaltung bei dem/der Betrachter_in den Eindruck erwecken könnte, die abgebildete Person strebe eine sexuell motivierte Kontaktaufnahme mit ihr bislang Unbekannten an. Dies stelle wiederum ein Verhalten dar, das von weiten Teilen der Bevölkerung als anstoßerregend empfunden würde. *Das Urteil unter-*

24 OGH 3.7.2014, 12 Os 56/14y = RIS-Justiz RS0129613 = JSt-Slg 2015/3 (Birklbauer/Oberlaber) = JBl 2015, 63 (Salimi) = EvBl-LS 2014/155 = Jus-Extra OGH-St 4858 = AnwBl 2015, 70.

25 Ebd.

26 OGH 25.9.2014, 12 Os 52/14k = RIS-Justiz RS0092912 T7, T8; RS0092856 T2, T3; RS0129288 T1, T2.

streicht damit die bereits im vorangegangenen Judikat eingeschlagene Linie, wonach es nicht darauf ankommt, dass die jeweiligen Bilder an sich schamloses Verhalten zeigen, sondern vielmehr das Gesamtverhalten des Opfers von dem_der Täter_in als schamlos dargestellt werden soll. Die Androhung der Veröffentlichung der an sich unverfänglichen Fotografien wird hier erst durch die angedrohte Beifügung der Telefonnummer bzw. allfälliger Kommentare zu einer gefährlichen Drohung mit Verletzung der Ehre gem § 74 Abs 1 Z 5 StGB und damit zu einem tauglichen Tatmittel einer Nötigung (§ 105 StGB), Erpressung (§ 144 StGB) oder geschlechtlichen Nötigung (§ 202 StGB).

3.2. Weitere Entwicklung

Zeitlich parallel zu den Entscheidungen des OGH befasste sich eine vom Bundesministerium für Justiz eingesetzte Expert_innengruppe mit der Ausarbeitung eines Berichts mit *Änderungsvorschlägen für eine Modernisierung des StGB*.²⁷ Die Arbeitsgruppe bezog dabei das erste Urteil in ihre Überlegungen ein und einigte sich schließlich darauf, die taxative Aufzählung der Rechtsgüter in § 74 Abs 1 Z 5 StGB gänzlich zu streichen. Eine gefährliche Drohung iSd Gesetzes sollte fortan bloß dadurch charakterisiert sein, dass sie „geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzufloßen [...]“.²⁸ Welche Inhalte eine Drohung zu einer „gefährlichen“ und damit einer strafrechtserheblichen machen, sollte künftig im Einzelfall entschieden werden.²⁹

Zu kritisieren ist an diesem Vorschlag die Unbestimmtheit, die durch eine solch offene Definition entstehen würde. Die deutsche Rechtslage, die einen ähnlich offenen Tatbestand kennt, ist das beste Beispiel dafür. Die Aufgabe der Gerichte wäre folglich nicht mehr die Subsumtion unter einen Tatbestand, also die Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten den Tatbestand erfüllt, sondern das genaue Gegenteil: Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs würden erheblich mehr – auch alltägliche und gesellschaftlich akzeptierte – Äußerungen als gefährliche Drohungen in Betracht kommen. Das Gericht müsste fortan entscheiden, welche Drohungen aus dem Tatbestand auszuschneiden sind, also eine Negativabgrenzung treffen. Menschliche Verhaltensweisen sind jedoch so vielfältig und allzu oft darauf abgestellt, aufeinander Druck auszuüben, sodass eine derart weitgehende Einzelfallbetrachtung nicht zuletzt aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots zu großer Rechtsunsicherheit führen würde.³⁰ Die taxativ aufgezähl-

27 Bericht der „Arbeitsgruppe StGB 2015“, III-104 BlgNR 25. GP 3.

28 Bericht der „Arbeitsgruppe StGB 2015“, III-104 BlgNR 25. GP 11.

29 Bericht der „Arbeitsgruppe StGB 2015“, III-104 BlgNR 25. GP 11ff. In diesem Sinn auch *Schmoller*, JBl 2014, 336. Diesem zustimmend *Salimi*, JBl 2015, 66.

30 Vgl schon *Rittler*, Erpressung oder statthafte Einflußnahme auf fremden Willen?, RZ 1957, 139 (142) mwN; *K. Schima*, Erpressung und Nötigung. Eine kriminologische Studie (1973) 114.

ten Rechtsgüter in § 74 Abs 1 Z 5 StGB stellen ein notwendiges Korrektiv dar, um nicht jegliche Verhaltensweise, mit der ein_e andere_r mittels Druckausübung vor eine Handlungsalternative gestellt wird, in den Tatbestand einzubeziehen. So wird auch in Deutschland bemängelt, dass „[...] trotz verschiedener Konkretisierungsversuche in Rechtsprechung und Literatur [...] eine engere Begriffsbestimmung des ‚Übels‘ nicht gelingen“³¹ kann.

Das zeigt sich auch am Beispiel der Sexfallen, also der Androhung der Veröffentlichung von Nacktfotos oder ähnlichen Videoaufnahmen. Wird auf den „Eindruck eines anstoß-erregenden Verhaltens bis hin zu Schamlosigkeit“³² abgestellt, ist damit aber eine erhöhte Begründungspflicht für das entscheidende Gericht verbunden. Die Spannweite zwischen Fotografien, deren einziger objektiver und subjektiver Inhalt die Nacktheit des menschlichen Körpers ist, und Videoaufnahmen mit pornografischen Handlungen ist weit. Die bloße Nacktheit in neutralem Kontext alleine reicht somit nicht für die gesamtgesellschaftliche Einschätzung, dass diese obszön sei, aus.³³ Die Androhung der Veröffentlichung bloßer Nacktfotos wäre daher auch nach der neuesten Judikatur keine Drohung mit Verletzung der Ehre, wenn der bzw die Drohende nicht vorgibt, den Anschein erwecken zu wollen, das Opfer verhalte sich schamlos. Es kann jedoch angenommen werden, dass die Androhung, auch nur bloße Nacktfotos zu veröffentlichen, ebenso ein wirksames Druckmittel darstellt, um diverse Forderungen durchzusetzen. Gesellschaftlich unerwünscht ist die Drohung wohl überdies.

Der Gesetzgeber löst dieses Problem nun, indem er im Strafrechtsänderungsgesetz 2015 vorsieht, die *Verletzung „des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Zugänglich-machen, Bekanntgeben oder Veröffentlichen von Tatsachen oder Bildaufnahmen“*³⁴ in die Aufzählung der Rechtsgüter in § 74 Abs 1 Z 5 StGB aufzunehmen. So wäre nicht bloß die Androhung der Veröffentlichung von (annähernd) pornographischen Darstellungen oder vermeintlich angebotener Sexarbeit unter den Tatbestand der gefährlichen Drohung subsumierbar, sondern auch die Androhung der Veröffentlichung bloßer Nacktfotos. Der „höchstpersönliche Lebensbereich“ soll dabei im Sinne des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK auszulegen sein. Erfasst sein sollen damit ua auch das Sexualleben und der Bereich des Familienlebens,³⁵ denn „[d]er Einzelne hat ein Recht, selbst zu bestimmen, in welcher Art und Weise er sich in der Öffentlichkeit darstellen [will] und wahrgenommen werden will.“³⁶ Die durch die Änderung der Rspr im Jänner 2014 aufgetretene Strafbarkeitslücke wäre folglich mit Beginn des Jahres 2016 wieder

31 So etwa *Sinn* in *Joecks/Miebach* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 240 Rz 71.

32 OGH 3.7.2014, 12 Os 56/14y.

33 Zur Frage, ob hier der gesamtgesellschaftliche Ehrbegriff oder jener der maßgeblichen Umwelt des Opfers ausschlaggebend sein soll, *Birkbauer/Oberlauer*, JSt 2014, 27ff.

34 § 74 Abs 1 Z 5 StGB idF Art 1 Z 17 JAB StRÄG 2015 728 BlgNR 25. GP 3.

35 ErläutME StrRÄG 2015 98/ME 25. GP 12; ErläutRV StrRÄG 2015 689 BlgNR 25. GP 15 mit Verweis auf *Rami* in WK² MedienG § 7 Rz 4; ebenso Nacktfotos.

36 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 22 Rz 11.

geschlossen, da nun – wie nach der älteren Rsp – auch wieder die Androhung der Veröffentlichung von Nacktfotos vom Tatbestand des § 74 Abs 1 Z 5 StGB erfasst ist, auch wenn nicht der Anschein eines schamlosen Verhaltens erweckt werden soll.

3.3. Andere verwandte Strafbestimmungen

Die tatsächliche Veröffentlichung von Bildaufnahmen gegen den Willen des_ der anderen ist zunächst *unter Urheberrechtsgesichtspunkten* strafbar (§ 91 Abs 1 iVm § 86 Abs 1 Z 4 und § 74 Abs 1 UrhG). Wird der_ die andere durch die Veröffentlichung an der Ehre verletzt, etwa weil tatsächlich der Eindruck erweckt wird, er_ sie gehe der Sexarbeit nach, kommt daneben eine Strafbarkeit wegen übler Nachrede gem § 111 StGB in Betracht.³⁷ Beide Delikte sehen jedoch bloß eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder alternativ eine Geldstrafe vor. Darüber hinaus sind sie als Privatanklagedelikte ausgestaltet (§ 117 1. Satz StGB, § 91 Abs 3 UrhG), womit Staatsanwaltschaften (unter Mitwirkung der Kriminalpolizei) gem § 71 StPO nicht zur Verfolgung und Anklage berechtigt sind. Vielmehr hat diese Aufgaben der_ die in seinen Rechten Verletzte auf eigenes Kostenrisiko (§ 390 StPO) selbst vorzunehmen. Der Gesetzgeber drückt damit die mangelnde Strafwürdigkeit derartig geringfügiger Straftaten aus.

Im Gegensatz dazu sind die mit gefährlicher Drohung verbundenen Delikte der Nötigung (§ 105 StGB), Erpressung (§ 144 StGB), geschlechtlichen Nötigung (§ 202 StGB) usw mit höherer Strafe bedroht,³⁸ obwohl keine Weitergabe von Bildaufnahmen an eine andere Person zur Tatbestandserfüllung vorausgesetzt ist. Der_ die Täter_in muss diese nicht einmal beabsichtigt haben. Es genügt, dass er_ sie das Gegenüber glauben lässt, er_ sie wäre dazu in der Lage und bereit.³⁹ Dies verdeutlicht die vom Gesetzgeber vorgenommene differenzierte Wertung. Richtigerweise wird die *Verletzung der Willensfreiheit* (§ 105 StGB), die im Fall der §§ 144, 202 StGB sogar noch um eine Verletzung des Vermögens und der sexuellen Selbstbestimmung erweitert wird, als höherwertiger angesehen als eine Verletzung der Ehre oder eines Urheberrechts an einer Fotografie.

Darüber hinaus wird mit dem StRÄG 2015 durch eine Strafbestimmung gegen „*Cybermobbing*“⁴⁰ die „Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ unter Strafe gestellt (§ 107c StGB idF StRÄG 2015). Auch wenn mit dieser Bestimmung nicht die Verwendung von Sexfallen sanktioniert wird, ist eine Anwendbarkeit in weiterer Folge denkbar, da wegen Cybermobbings auch strafbar ist, wer im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems Tat-

37 Vgl RIS-Justiz RS0129290.

38 § 105 StGB: Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr; §§ 144, 202 StGB: Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Darüber hinaus existieren für alle Delikte Qualifikationen, die die Strafdrohungen weiter erhöhen.

39 Etwa *Birkbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I³ (2015) § 105 Rz 16.

40 Bericht der „Arbeitsgruppe StGB 2015“, III-104 BlgNR 25. GP 45f; ErläutME StrRÄG 2015 98/ME 25. GP 15f; ErläutRV StRÄG 2015 689 BlgNR 25. GP 19f.

sachen oder Bildaufnahmen des höchstpersönlichen Lebensbereiches einer Person ohne deren Zustimmung für eine größere Zahl von Menschen wahrnehmbar macht. Dies muss jedoch eine längere Zeit hindurch fortgesetzt und in einer Weise geschehen, die geeignet ist, eine Person in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen. Anders als bei der (geschlechtlichen) Nötigung oder Erpressung ist daher auch hier die tatsächliche Verbreitung der Fotografien vorausgesetzt,⁴¹ wenngleich § 107c StGB im Gegensatz zu § 111 StGB und § 91 UrhG als Officialdelikt ausgestaltet ist.

Droht der/die Täter_in die Veröffentlichung von einschlägigen Fotografien zunächst nötigend an und führt diese schließlich tatsächlich durch, so kommt neben §§ 105, 144, 202 StGB usw. damit auch die Erfüllung anderer Tatbestände in Realkonkurrenz in Betracht. Der Strafraum würde sich zwar auch dann gem § 28 StGB nach dem strenger zu bestrafenden Delikt, also meist §§ 105, 144 bzw 202 StGB richten, die Mehrzahl verwirklichter Delikte stellt jedoch einen Straferschwerungsgrund innerhalb des vorgegebenen Rahmens dar (§ 33 Abs 1 Z 1 StGB). Dass es sich bei den anderen Delikten teilweise um Privatanklagedelikte handeln kann, schadet einer Verfahrensverbindung im Hauptverfahren nicht.⁴² Eine gemeinsame Aburteilung aller Taten ist daher möglich.

4. Aufklärung und Prävention

Ebenso wichtig wie die Reaktion des Gesetzgebers *auf* gesellschaftliche Entwicklungen ist das Bewusstsein *in* der Gesellschaft für neue Formen der Nötigungskriminalität. Die ungewollte Veröffentlichung privater Aufnahmen kann in diversen psychosozialen Negativkonsequenzen für die abgebildete Person resultieren. Damit sind angesichts der Verletzung sog „sozialer Privatheitsnormen“ in der Regel *Beschämung und Reputationsverlust* für die eigene Person und eventuell auch für Angehörige verbunden.⁴³

In der Prävention sollte daher bereits in jungem Alter angesetzt werden, da – wie die Beispiele aus der Judikatur gezeigt haben – schon in frühem Alter Gefahrenpotenzial besteht. Trotz der offensiblen Wichtigkeit dieses Themas existiert jedoch noch wenig empirische Forschung, die untersucht, warum Jugendliche online riskante sexuelle Verhaltensweisen vornehmen.⁴⁴ Die Risikoforschung hat aber immer wieder gezeigt, dass Jugendliche eher ein bestimmtes Risikoverhalten an den Tag legen, wenn sie dieses Verhalten auch bei ihren Freund_innen – zumindest vermeintlich – wahrnehmen.⁴⁵ *Wahr-*

41 Siehe zur Auslegung der Tatbestandselemente der unzumutbaren Beeinträchtigung in der Lebensführung, der längeren Zeit, der Fortgesetztheit und der größeren Zahl von Menschen *Birkbauer/Hilf/Tipold*, BT I³ § 107c Rz 5ff; *Salimi*, Cybermobbing – Auf dem Weg zu einem neuen Straftatbestand, JSt 2015, 191ff mwN; *Reisinger*, Cybermobbing – Eine Analyse des geplanten § 107c StGB, JusIT (in Druck).

42 OGH 9 Nds 1086/60 = RIS-Justiz RS0096795 = SSt 31/106; 10 Os 87/79 = EvBl 1979/216.

43 *Döring*, Zeitschrift für Sexualforschung 2012, 12.

44 *Livingstone/Haddon*, Risky experiences for children online: Charting European research on children and the internet, Children and Society 2008, 314ff.

45 *Baumgartner/Valkenburg/Peter*, Assessing Causality in the Relationship Between Adolescents' Risky Sexual Online Behavior and Their Perceptions of this Behavior, Journal of Youth & Adolescence 2010, 1226ff (1228) mwN.

genommenes Verhalten der Peergroup steht demnach in Zusammenhang mit dem eigenen riskanten Online-Verhalten. Was Jugendliche online tun, wird somit direkt oder indirekt durch das Verhalten ihrer Freund_innen beeinflusst. Diese Ergebnisse unterstreichen die Bedeutung einer Auseinandersetzung mit Peer-Beteiligung bei Interventionen, die riskantes sexuelles Online-Verhalten von Jugendlichen reduzieren sollen. Die Schaffung von Bewusstsein für potenzielle Fehleinschätzungen kann ein einflussreiches Werkzeug bei der Verhinderung solcher Verhaltensweisen sein. Jugendliche benötigen daher primär *Strategien, um dem Einfluss Gleichaltriger zu widerstehen* und online kritisch und selbstbestimmt agieren zu können.⁴⁶ Darüber hinaus hat sich erwiesen, dass auch *elterliche Kontrolle* die Wirkung von nachteiligem Einfluss Gleichaltriger moderieren kann.⁴⁷

5. Zusammenfassung

Auch wenn mit der Novelle des StGB mit 1.1.2016 die derzeit bestehenden Strafbarkeitslücken bei Sexfällen durch Drohungen mit der Veröffentlichung von Nacktfotos oder ähnlicher Aufnahmen geschlossen werden, bleibt die Frage offen, wie derartigen Kriminalitätsformen bereits präventiv begegnet werden kann. Wie gezeigt wurde, ist es dazu nicht nur nötig, ein Bewusstsein für neue Arten der Kriminalität zu schaffen. Es sind vielmehr über das bloße Gefahrenbewusstsein hinausgehende psychologische Faktoren zu berücksichtigen, die die Einschätzung der Gefahren der Kommunikationstechnologie verschleiern können.

Dr. Johannes Oberlauer ist Universitätsassistent am Institut für Strafrechtswissenschaften der Universität Linz; johannes.oberlauer@jku.at

Christina Mitter, BEd ist Studentin des Masterstudiums Webwissenschaften an der Universität Linz; chris-mitter@gmx.at

⁴⁶ Baumgartner/Valkenburg/Peter, *Journal of Youth & Adolescence* 2010, 1226ff.

⁴⁷ Rai et al, Relative influences of perceived parental monitoring and perceived peer involvement on adolescent risk behaviors: An analysis of six cross-sectional data sets, *Journal of Adolescent Health* 2003, 108ff.

Die umkämpfte Verfassung

Kommentar zum Polizeilichen Staatsschutzgesetz

Angelika Adensamer / Maria Sagmeister

Das neue Polizeiliche Staatsschutzgesetz (PStSG)¹ soll ua der Abwehr „verfassungsfährdender Angriffe“ (§ 6 PStSG) dienen, dem Schutz der Verfassung also. Es rüttelt dabei jedoch selbst an den Grundprinzipien der Verfassung und greift durch die Ausweitung polizeilicher Befugnisse weit in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ein.² Die Einschränkung von Grundrechten wird in der RV zum Schutz der inneren Sicherheit weitgehend in Kauf genommen.³ Diese in vielen Staaten vorherrschende Tendenz⁴ führt zu einer Aufweichung rechtsstaatlicher Garantien und bildet den Kontext, in dem das geplante PStSG zu lesen ist. Das Gesetz ist noch nicht beschlossen, es wurde nach einer Begutachtungsphase im April/Mai 2015 nochmals überarbeitet und liegt seit Juli 2015 in abgeänderter Fassung dem Innenausschuss des Nationalrats zur Begutachtung vor; sein Inkrafttreten ist für den 1. Juli 2016 vorgesehen.

1. Das PStSG im Überblick

Das Gesetz soll eine neue Rechtsgrundlage für die Tätigkeiten des Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) bilden. Subsidiär bleibt das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) anwendbar. Die zentralen Aufgaben des Staatsschutzes normiert § 6 PStSG als „Erweiterte Gefahrenforschung und der Schutz vor verfassungsfährdenden Angriffen“. Tritt die Regierungsvorlage tatsächlich in der jetzigen Form in Kraft,

1 Verweise auf das PStSG beziehen sich auf die RV 763 BlgNr 25. GP.

2 Zu Grundrechtsverletzungen allgemein siehe ua *Netzwerk Kritische Rechtswissenschaften*, Stellungnahme 35 SN 110 ME 25. GP; zu Verstößen insb gegen das DSG *Verein Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich*, Stellungnahme 2 SN 110/ME 25. GP.

3 ErlRV 763 BlgNr 25. GP 1.

4 *Simons*, Geheimdienstgesetz verabschiedet: Frankreichs Senat stimmt für die Totalüberwachung, Spiegel Online www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/frankreich-senat-stimmt-fuer-die-totalueberwachung-a-1037778.html (9.6.2015); *Michaels*, No greater threat: America after September 11 and the rise of a national security state (2005); *Wittmann*, Großbritannien auf dem Weg zum Überwachungsstaat, <http://derstandard.at/2000003833736/Grossbritannien-auf-dem-Weg-zum-Ueberwachungsstaat> (1.8.2014); *APA*, EU-Länder entwickeln Techniken zur Massenüberwachung, <http://futurezone.at/netzpolitik/eu-laender-entwickeln-techniken-zur-massen-ueberwachung/33.764.672> (2.11.2013); *Rajoy*, Tausende protestieren gegen neues Sicherheitsgesetz, www.zeit.de, www.zeit.de/politik/ausland/2014-12/spanien-demonstrationen-sicherheitsgesetz (20.12.2014). Für einen Überblick siehe *Fekete*, Anti-Muslim Racism and the European Security State, *Race & Class* 2004, 3-29 (5ff).

werden die Ermittlungsbefugnisse der Polizei stark erweitert. Die Vorfeldermittlungen, die schon mit der erweiterten Gefahrenerforschung im Jahr 2000⁵ eingeführt wurden, werden noch weiter ins Vorfeld verlegt. Gegen Einzelpersonen soll nun schon bei „begründetem Verdacht“ auf einen „verfassungsgefährdenden Angriff“ ermittelt werden können. Das PStSG enthält in § 11 Abs 1 einen umfassenden Maßnahmenkatalog, welcher ua Observation (Z 1), verdeckte Ermittlung (Z 2), verdeckte Video- und Audioüberwachung (Z 3), automatisierte KFZ-Kennzeichenerkennung (Z 4) und den Einsatz von IMSI-Catchern, also Geräten, mit denen Handys geortet und auch abgehört werden können (Z 7), umfasst. Für den Einsatz all dieser Maßnahmen bedarf es keiner gerichtlichen Genehmigung. Es ist stattdessen nur eine generelle Ermächtigung zum Einsatz aller im PStSG aufgezählten Ermittlungsmaßnahmen durch die_den Rechtsschutzbeauftragte_n (RSB) vorgesehen. Anzahl und Dauer der Maßnahmen, zu deren Einsatz dadurch ermächtigt wird, sind im Gesetzesentwurf nicht näher präzisiert, was die Gefahr lang andauernder und tiefgreifender Überwachung mit sich bringt. Die Datenverarbeitungsbefugnisse umfassen teilweise auch Kontakt- und Begleitpersonen (§ 11 Abs 1 Z 5), was auch den Kreis der zu überwachenden Personen potentiell sehr weit fasst und jedenfalls äußerst unbestimmt lässt.⁶ Im Folgenden werden zunächst einige wesentliche Neuerungen und Kritikpunkte am vorliegenden Gesetzesentwurf vorgebracht. Daran anschließend wird einer der zentralen Begriffe des Gesetzes, der verfassungsgefährdende Angriff, näher in den Blick genommen. Schließlich wird auf das zugrundeliegende Verständnis einer Verfassungsgefährdung eingegangen und dieses als äußerst einseitig kritisiert. Tatsächlich steht auch die vorliegende RV mit dem österreichischen Verfassungsrecht in Konflikt. Es wird deutlich, dass die Referenz auf die Verfassung im Gesetzgebungsprozess wie va auch im öffentlichen Diskurs nicht nur rechtliche Beurteilung, sondern auch politisches Mittel ist.

2. Verdeckte Ermittler_innen

Bislang waren Bestimmungen, die der Polizei erlauben, ohne gerichtliche Ermächtigung eigenmächtig besonders eingriffsintensive Maßnahmen zu setzen, die Ausnahme. Der eigenmächtige Einsatz solcher Maßnahmen war nur unter bes Voraussetzungen – wie Gefahr im Verzug – erlaubt (§§ 120 Abs 1 StPO, § 123 Abs 3 StPO, § 153 Abs 3 StPO, § 171 Abs 2 Z 2 iVm § 170 Abs 1 Z 2 bis 4 StPO) und auch das nur, wenn ausdrücklich vorgesehen (§ 99 Abs 3 StPO). Viele kriminalpolizeiliche Ermittlungsbefugnisse sind nur mit richterlicher Bewilligung auszuüben (Rasterfahndung gem § 141 Abs 2 u Abs 3 StPO iVm § 142 Abs 1 StPO, Auskünfte und Überwachung nach §§ 135 u 136 StPO iVm § 137 Abs 1 StPO). Mit dem neuen Gesetz wird die Ausnahme zur Regel. So soll es

5 Damals aber nur zur Beobachtung von Gruppierungen, die Ausforschung von Einzelpersonen kam 2012 dazu. BGBl I 2012/13.

6 Verein Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich, Stellungnahme 2 SN 110 ME 25. GP 22.

ua in Zukunft möglich sein, ohne richterlichen Beschluss verdeckte Ermittler_innen einzusetzen.⁷ Diese Befugnis ist offensichtlich bes stark dazu geeignet, Betroffene in ihrer Privatsphäre zu verletzen. Verdeckte Ermittler_innen leben mitunter jahrelang in der zu beobachtenden Szene. Es sind Fälle bekannt, in denen es zu intimen Beziehungen zwischen Ermittler_innen und Betroffenen kam.⁸ In Großbritannien gab es sogar einen Fall, in dem ein Polizist ohne Preisgabe seiner Funktion und seiner echten Identität mit einer Frau aus der beobachteten Szene ein Kind bekam.⁹ Da den Betroffenen nicht bewusst ist, dass sie von einer Amtshandlung betroffen sind, ist ihr Rechtsschutz stark eingeschränkt. Derartige Maßnahmen sind deswegen bereits an sich äußerst bedenklich.¹⁰ Solche eingriffsintensive Maßnahmen ohne gerichtliche oder parlamentarische – und damit von der ermittelnden Behörde unabhängige – Kontrolle durchführen zu lassen, ist schlicht undemokratisch – und damit nicht im Sinn der Verfassung.

3. Mangelhafter Rechtsschutz im neuen PStSG

Der Rechtsschutz ist wesentlicher Aspekt des rechtsstaatlichen Grundprinzips, demzufolge alle staatliche Macht auf Gesetzen beruht und diese Bindung durch entsprechende Verfahren kontrolliert werden kann. Ohne die eigenen Rechte wirksam durchsetzen zu können, sind diese zahn- und zwecklos. Für den vor- und nachgelagerten Rechtsschutz betreffend geheimer Ermittlungen nach dem PStSG ist die_der RSB zuständig. Die_der RSB wurde als dem Bundesministerium für Inneres beigestellte interne Institution schon mehrmals und von vielen Seiten als nicht genügend unabhängig kritisiert.¹¹ Jetzt werden ihre_seine Aufgaben ausgeweitet. Der Eindruck drängt sich auf, dass der Rechtsschutz im PStSG nur eher unwillig mitgedacht wurde, neue, individuelle Beschwerdemöglichkeiten gegen auf dem PStSG basierende Handlungen sind nicht vorgesehen¹² und die Aufgaben der_des RSB werden nur cursorisch und pauschal behandelt. Schon im Ministerialentwurf war für die Behörde die Möglichkeit vorgesehen, der_dem RSB die Auskunft über ihre Tätigkeiten zu verweigern, obwohl gerade diese_r zu ihrer

7 § 54 Abs 3 SPG neu RV 763 BlgNr 25. GP.

8 *Evans/Lewis*, Undercover: the true story of Britain's secret police (2013); *Lauffer*, Rote Flora: Spionage auf eigene Faust? Die Zeit, www.zeit.de/hamburg/politik-wirtschaft/2014-12/rote-flora-polizei-undercover (10.12.2014); *Peyerl*, Sex-Spionin als Gefahrenabwehr, Kurier, <http://kurier.at/chronik/wien/sex-spionin-als-gefahrenabwehr/59.039.233> (3.4.2014).

9 *Evans/Lewis*, Undercover.

10 Siehe zB zur Problematik des Rechtsschutzes bei geheimen Ermittlungen im Verhältnis zu den Anforderungen des Art 13 EMRK *Klaushofer*, Strukturfragen der Rechtsschutzbeauftragten. Forschungen aus Staat und Recht (2012) 404ff; *Raschhofer*, in *Zankl* (Hrsg), Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? Neue Überwachungsmaßnahmen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie (2009) 113.

11 Siehe zB *Brodnig*, Überwachung: Die unheimliche Macht des Rechtsschutzbeauftragten, Profil, www.profil.at/oessterreich/ueberwachung-macht-rechtsschutzbeauftragten-5676476 (3.6.2015). *Klaushofer* hält die_den RSB für „strukturell befangen“, *Klaushofer*, Strukturfragen 472.

12 Und müssten aus dem SPG hergeleitet werden.

Genehmigung und Kontrolle berufen ist.¹³ Diese ursprünglich sehr weit gefasste Möglichkeit der Auskunftsverweigerung wurde schon am Ministerialentwurf stark kritisiert.¹⁴ Die Bestimmung, die es ermöglicht hätte, der dem RSB die Auskunft bei Gefährdung der „nationalen Sicherheit oder der Sicherheit von Menschen“¹⁵ zu verweigern, ist nun in § 15 Abs 1 PStSG konkretisiert worden. Der Nachrichtendienst soll der dem RSB nur mehr die Auskunft über die Identität von anonymen Zeug_innen nach § 162 StPO verweigern können. Das sind Zeug_innen, die bei Bekanntwerden ihrer Identität in Gefahr geraten würden. Durch diese Bestimmungen sollen zB auch verdeckte Ermittler_innen geschützt werden. Dies mag hinsichtlich eines öffentlichen Prozesses sinnvoll erscheinen, ist aber in Bezug auf die den RSB fragwürdig. Insb unangekündigte Akteneinsichten durch den die RSB werden dadurch verhindert, da womöglich vorher Zeug_innen anonymisiert werden müssten. Ein_e Datenschutzbeauftragte_r, dem der Daten aus Misstrauensgründen vorenthalten werden, scheint absurd. Auch dass einer ohnehin schon internen Stelle weiterhin Auskünfte verweigert werden sollen, bleibt unverständlich. Andere Änderungen blieben trotz Unzulänglichkeiten im Entwurf auch in der RV aus, so besteht etwa weiterhin die Möglichkeit, Ermächtigungen zu Ermittlungen auf unbestimmte Zeit zu verlängern. In der RV steht in § 14 Abs 2 lediglich „Verlängerungen sind zulässig“ ohne zu bestimmen unter welchen Voraussetzungen, wie oft und für wie lange. Eine solche Regelung kommt einer Generalermächtigung gleich und verstößt massiv gegen das Legalitätsprinzip gemäß Art 18 B-VG als Bestimmtheitsgebot. Auch um den Anforderungen nach Art 6 EMRK gerecht zu werden, bedarf die Setzung jeder einzelnen Maßnahme einer Ermächtigung und eines transparenten Verfahrens. Somit wird Art 6 EMRK verletzt, der auch vor dem Hintergrund der Bekämpfung organisierter Verbrechen einen Anspruch auf Einhaltung rechtsstaatlicher Mindestanforderungen normiert.¹⁶

4. Verfassungsgefährdende Angriffe und weltanschauliche und religiöse Motivation

Das neue Gesetz soll ua vor „verfassungsgefährdenden“ Angriffen schützen (§ 6 PStSG). Diese sind durch eine taxative, aber umfassende Aufzählung von Straftatbeständen de-

13 Für eine umfassende Analyse der Änderungen zwischen Ministerialentwurf und RV: *Netzwerk Kritische Rechtswissenschaften*, Regierungsvorlage Polizeiliches Staatsschutzgesetz (PStSG) – Die wichtigsten Änderungen <https://kritischerechtswissenschaften.wordpress.com/2015/07/04/regierungsvorlage-polizeiliches-staatsschutzgesetz-pstsg-die-wichtigsten-anderungen/> (4.7.2015); *Netzwerk Kritische Rechtswissenschaften*, Kommentar zur Regierungsvorlage zum neuen Staatsschutzgesetz (PStSG) <https://kritischerechtswissenschaften.wordpress.com/2015/07/22/kommentar-zur-regierungsvorlage-zum-neuen-staatsschutzgesetz-pstsg/> (22.7.2015). Zu den Aufgaben und Befugnissen der des RSB allgemein *Raschhofer*, Überwachungsstaat 113-117.

14 *Verein Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich*, Stellungnahme 2 SN 110 ME 25. GP 53; *Verein der österreichischen Richterinnen und Richter/Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte*, Stellungnahme 26 SN 110 ME 25. GP.

15 110 ME 25. GP, § 16 Abs 1 PStSG.

16 *Karpensteiner/Mayer*, EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, Art 6 Rn 138.

finiert. Einige der vom Gesetz umfassten Tathandlungen erfüllen diese Qualifikation nur unter der Voraussetzung, dass ihre Ausübung „terroristisch, weltanschaulich oder religiös motiviert“ ist (§ 6 Abs 2 Z 2 PStSG). So ist zB die anführende Beteiligung an einem Landfriedensbruch nur bei einer solchen Motivation „verfassungsgefährdend“ (§ 6 Abs 2 Z 2 1. Fall PStSG). Diese Hervorhebung religiöser und weltanschaulicher Motivation, die es auch in der schon bestehenden Regelung der erweiterten Gefahrenerforschung des § 21 Abs 3 Z 1 und Z 2 SPG gab, bleibt im neuen PStSG gleich unsachlich. Eine solche unsachliche Differenzierung verstößt gegen den Gleichheitssatz und somit gegen die Verfassung. Es liegt keinesfalls auf der Hand, wieso „weltanschaulich oder religiös motivierte Kriminalität“ eine größere Gefahr darstellen sollte als andere Kriminalität.¹⁷

Das Abstellen auf weltanschauliche Motivationen zeugt von der Blindheit gegenüber der eigenen Position, die verhindert, auch diese als Weltanschauung zu erkennen.¹⁸ Denn die Bewertung bestimmter Gefahren als verfassungsgefährdend und der Verfassung als Gesamtes als schützenswert ist nichts anderes als das: Ausdruck einer Weltanschauung;¹⁹ somit ist das Beschließen eines Gesetzes zu diesem Zweck ebenso weltanschaulich motiviert. Es ist ein Wesensmerkmal hegemonialer Machtpositionen, dass ihre Akteur_innen den eigenen Standpunkt als neutral darstellen und nicht offenlegen, dass ihre Ansicht ebenso wie jede andere politisch ist.²⁰ Es handelt sich nicht um eine neutrale – eine solche gibt es eben nicht –, sondern um die momentan herrschende Anschauung. Warum eine weltanschauliche Motivation schon grundsätzlich als gefährlicher eingestuft wird als eine andere, ist nur begreiflich, wenn man „Weltanschauung“ als „abweichende Weltanschauung“ versteht.

Insofern liegt es nahe, diese Hervorhebung religiöser und weltanschaulicher Kriminalität als Hervorhebung bestimmter, als fremd imaginerter Religionen und Weltanschauungen zu verstehen. Dadurch gerät etwa politischer Aktivismus, der mit eben solchen Weltanschauungen verknüpft wird, schneller ins Visier der Behörden. In den Tätigkeitsberichten der Ämter für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung, den Verfassungsschutzberichten, nimmt in den letzten Jahren „Islamistischer Fundamentalismus“ eine wichtige Rolle ein.²¹ Er wird als größte Bedrohung für die Sicherheit Österreichs

17 Vgl. *Kretschmann*, Das Wuchern der Gefahr. Einige gesellschaftstheoretische Bemerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes 2012, *juridikum* 2012, 327.

18 *Minow*, Justice Engendered, *Harvard Law Review* 1987, 57-70. „Ideological success is achieved when only dissenting views are regarded as ideologies, the prevailing view is the truth.“ (67).

19 Vgl. *Flyghed*, Normalising the Exceptional: The Case of Political Violence, *Policing and Society* 2002, 23-41 (23).

20 Vgl. etwa *Althusser*, Ideologie und ideologische Staatsapparate in *Wolf*, *Gesammelte Schriften* 1/I (2010) sowie *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht – zur Aktualität Gramscianischer Rechtslehre in *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie gepanzert mit Zwang: Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramsci (2007) 93-95.

21 *Bundesministerium für Inneres/Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung*, Verfassungsschutzbericht für das Jahr 2014/2015, 35-44, 66, http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Verfassungsschutz/Verfassungsschutzbericht_Jahr_2014.pdf (29.8.2015).

gesehen, obwohl es noch keinen erfolgreichen islamistisch motivierten Terroranschlag in Österreich gab. Auch konnte in der Debatte um das neue PStSG von seinen Vertreter_innen keine empirische Faktenlage gezeigt werden, die die Basis für eine fundierte Risikoabschätzung und eine Abschätzung der Wirksamkeit der vorgeschlagenen Polizeibefugnisse bilden könnte. Ein Umstand, der in der Begutachtungsphase von vielen Seiten kritisiert wurde²² und es unmöglich macht, eine politische Entscheidung zu treffen, in der Kosten und Nutzen dieser neuen Regelung abgewogen werden könnten.²³ Werden auf diese Art und Weise, ohne fundierte Faktengrundlage, Befugnisse als notwendig zur Abwehr von Gefahren erachtet, kann es niemals zu einer Rücknahme dieser Befugnisse kommen: Kommt es trotzdem zu Anschlägen, werden die Befugnisse noch weiter ausgeweitet, kommt es zu keinen, behauptet man, das wäre jedenfalls auf die Befugnisse zurückzuführen.²⁴ Die Effektivität der Polizeiarbeit wird auf diese Weise nie bewiesen werden müssen.

Die Angst der Bevölkerung vor islamistischem Terror²⁵ steht mit der tatsächlichen Gefahr, die von ihm ausgeht, außer Verhältnis. Bei der Umsetzung von Terrorgesetzen kommt es häufig zu einer Behördenpraxis, die durch „Racial Profiling“ Gruppen und Personen aufgrund rassistischer Zuschreibungen zu ihren Betroffenen macht.²⁶ Gläubige Muslim_innen werden pauschal für gesetzesuntreu²⁷ und Terrorist_innen gehalten²⁸ und es entsteht ein allgemeines gesellschaftliches Klima, das von antimuslimischem Rassismus geprägt ist. In diesem Klima wird die immer weitere Ausweitung der Macht der Polizei von der Bevölkerung weitgehend hingenommen.

Die Konzeption des Islam als „das Andere“ ist im Kontext eines (post)kolonialen Diskurses zu sehen und erlebt seit dem Ende des Kalten Krieges erneut Höhepunkte.²⁹ Seit damals wird der Islam in Ablösung des Kommunismus als der größte Feind des Westens imaginiert. Nach den Anschlägen am 11. September 2001 begann im globalen Norden eine Welle der Ausweitung von Ermittlungs- und Polizeimaßnahmen, mit dem Ziel Terrorismus zu bekämpfen.

22 *Verein Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich*, Stellungnahme 2 SN 110 ME 25. GP 5f; *Verein der österreichischen Richterinnen und Richter/Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte*, Stellungnahme 26 SN 110 ME 25. GP 2; *Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag*, Stellungnahme 20 SN 110 ME 25. GP 2f.

23 Vgl auch die Voraussetzungen für Legitimität in der Abwägung von Grundrechten und Polizeibefugnissen bei *Flyghed*, *Normalising the Exceptional: The Case of Political Violence, Policing and Society* 2002, 23-41 (25).

24 *Flyghed*, *Policing and Society* 2002, 23-41 (25).

25 *Müller-Uri*, *Antimuslimischer Rassismus* (2014) 9. Vgl zur Konstruktion des Islam als das Andere allgemein *Said*, *Orientalism* (1978); *Amin*, *Eurocentrism* (2014).

26 *Grabovac/Millner*, *Racial Profiling*, im vorliegenden Heft, *juridikum* 3/15, (321 ff); *Parmar*, *Stop and search in London: counter-terrorist or counter-productive? Policing and Society* 2011, 369-382; *Fekete*, *Anti-Muslim Racism and the European Security State, Race & Class* 2004, 8; *Rana*, *The Story of Islamophobia, Souls* 2007, 148-161 (149f).

27 *Hafez*, *Das IslamG im Kontext islamophober Diskurse, juridikum* 2015, 179-184 (181ff).

28 *Müller-Uri*, *Antimuslimischer Rassismus* (2014) 124; Vgl auch *Fekete*, die verschiedenen Akteur_innen in Großbritannien attestiert, den Islam per se als Gefahr zu sehen, in *Fekete*, *Race & Class* 2004, 9.

29 *Müller-Uri*, *Antimuslimischer Rassismus* 30ff.

Die antimuslimischen Tendenzen der westlichen Welt nach dem 11. September werden heute in der Rassismusforschung als neue Form des Rassismus gesehen: Es geht nicht mehr um die „biologische Rasse“ (die als solche immer ein Konstrukt ist), sondern um Religion und Kultur.³⁰ Die Konstruktion der essentiellen Andersartigkeit, ihre Abwertung und die Einbettung in ein globales hierarchisches System bleiben jedoch dem Rassismus gleich. „Der Islam“ wird pauschal als fremd und rückständig gegenüber einer „europäischen abendländischen Tradition“ verhandelt.³¹ Der Kampf gegen den Terrorismus („war on terror“) ist mit der Verbreitung von antimuslimischem Rassismus von Beginn an eng verbunden.³² Die Angst vor religiös motivierter Gewalt ist im Kontext dieses rassistischen Diskurses zu sehen, den die Regierung in der RV übernimmt, indem sie die Ansicht zu teilen scheint, diese Art von Kriminalität sei für Staat und Gesellschaft gefährlicher als andere.³³

5. Was gefährdet die Verfassung?

Wann wird „normale Kriminalität“ so gefährlich, dass es nicht reicht – wie im kriminalpolizeilichen Verfahren vorgesehen –, die Ermittlungsbefugnisse an einen konkreten Tatverdacht zu knüpfen, der sich ja ohnehin auch auf eine strafbare Vorbereitungshandlung erstreckt? Im Diskurs über die Staatssicherheit wird der Fokus stark auf von Individuen ausgehende Gefahren gelegt, die Gefährdung des Rechtsstaats durch die unverhältnismäßige Ausweitung von Kompetenzen der Exekutive wird hingegen weitgehend außer Acht gelassen. Dabei sollte auf die Befugnisse der Polizei ganz bes. Augenmerk gelegt werden, ist diese doch mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet und Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols. Die Befugnisse im neuen PStSG sind eingriffsintensiv, dennoch unterliegen die auf sie gestützten Handlungen keiner gerichtlichen Kontrolle, wie es sowohl § 1 Abs 2 DSG als auch § 10a StGG hinsichtlich der Privatsphäre bestimmen. Auf den unzureichenden Rechtsschutz wurde bereits hingewiesen. Insgesamt stellt sich daher die Frage nach der Verfassungskonformität dieser Befugnisserweiterungen.³⁴ Auf dieses strukturell weitreichende Problem sollte genauso viel Aufmerksamkeit gelenkt werden wie auf individuelle Kriminalität.

30 Müller-Uri, Antimuslimischer Rassismus 106ff; Fekete, Race & Class 2004, 4.

31 Müller-Uri, Antimuslimischer Rassismus 104-110.

32 Rana, Souls 2007, 159.

33 In einer Podiumsdiskussion bringt der derzeitige BVT-Chef Gridling für die Notwendigkeit des neuen Gesetzes zwei Beispiele: Einerseits ein zurückgekehrter vermeintlicher ISIS-Kämpfer, andererseits die Proteste um den Akademikerball, NEOS Lab, Talk zum Staatsschutzgesetz Ist Österreich am Weg zum Spitzelstaat? www.youtube.com/watch?v=ROMR0ZV5vZk&feature=youtu.be (25.5.2015).

34 Siehe ähnliche Bedenken in: Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag, Stellungnahme 20 SN 110 ME 25. GP; Verein Arbeitskreis Vorratsdaten Österreich, Stellungnahme 2 SN 110 ME 25. GP; Verein der österreichischen Richterinnen und Richter/Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte, Stellungnahme 26 SN 110 ME 25. GP; Netzwerk Kritische Rechtswissenschaften, Stellungnahme 35 SN 110 ME 25. GP.

Nähme man den Begriff der Gefährdung „der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie [...] der Bevölkerung“ (§ 1 Abs 2 PStSG) ernst, müssten nämlich auch staatliche Handlungen in den Fokus geraten. Etwa die Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf Exekutivorgane ohne gerichtliche Kontrolle wie im neuen PStSG, die Gefährdung der Handlungsfähigkeit des Staates und seiner demokratischen Institutionen durch korruptionsbedingte finanzielle Einschnitte wie die HYPO-Auflösung, die Aushebelung der Menschenrechte an den EU-Außengrenzen oder auch das Eingehen von Investitionsschutzabkommen wie dem TTIP, in dem demokratische Souveränität an außerstaatliche Schiedsgerichte abgegeben werden soll. Hier werden Verfassungsprinzipien berührt und tw verletzt, ohne dass darum großes Aufsehen gemacht würde.

Wann argumentativ auf die Verfassung verwiesen wird und wann nicht, ist nichts anderes als eine politische Entscheidung. Die RV zum PStSG verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen die österreichische Verfassung, nicht zuletzt indem sie eine Vielzahl von Grundrechten (Art 6 EMRK, Art 8 EMRK, Art 13 EMRK, § 1 DSG, Art 2 StGG iVm Art 7 B-VG und Art 10a StGG) und das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit verletzt.³⁵ Sie widerspricht damit denjenigen aufklärerischen, liberalen Freiheitsprinzipien, die sie zu schützen vorgibt und die eine zentrale Rolle in der Erzählung über westliche Verfassungen spielen. Wie leise die Diskussion über das Staatsschutzgesetz in der Öffentlichkeit bislang geblieben ist, zeugt von einem geringen Bewusstsein für die Gefahren, die von einer immer weniger kontrollierbaren, potentiell auch politisch motivierten, mit Überwachungs- aber auch Zwangsbefugnissen ausgestatteten geheimen Polizei ausgehen können. Daher bleibt zu hoffen, dass das PStSG nicht in dieser Form in Kraft tritt.

Mag.^a Angelika Adensamer ist Juristin, juridikum-Redaktionsmitglied und studiert Criminology and Criminal Justice in Oxford, sie ist zudem Teil des Netzwerks Kritische Rechtswissenschaften; a.adensamer@gmail.com

MMag.^a Maria Sagmeister arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht und ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift *juridikum*, sie ist zudem Teil des Netzwerks Kritische Rechtswissenschaften; maria.sagmeister@univie.ac.at

35 Siehe *Netzwerk Kritische Rechtswissenschaften*, Stellungnahme 35 SN 110 ME 25. GP.

Das Verbot der Verwendung von Symbolen

Eine Analyse des Symbole-Gesetzes im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit

Rosa Duarte-Herrera

1. Aktuelle Situation

Der „Arabische Frühling“ 2011 hat in weiten Teilen Nordafrikas und des Nahen Ostens einschneidende Umwälzungen gebracht, die auch die internationale Staatengemeinschaft vor große Herausforderungen stellen. Da die bewaffneten Konflikte in Syrien und Libyen haben auf europäische Staaten unmittelbare Auswirkungen, die Europa zu überfordern scheinen. Weder ist es bislang gelungen, ein funktionierendes und menschenwürdiges Asylsystem auf europäischer Ebene einzurichten,¹ noch scheint Europa in der Lage, den grausamen Krieg in Syrien und dem Nordirak zu beenden oder zumindest europäische Bürger_innen davon abzuhalten, sich an den Kampfhandlungen zu beteiligen. Insb die Terrororganisation Islamischer Staat (IS), der gravierendste Menschenrechtsverletzungen – von Verbrechen gegen die Menschlichkeit über Kriegsverbrechen bis hin zu Völkermord – vorgeworfen werden,² vermochte eine weltweite Anziehungskraft zu entwickeln. Aufgrund ausgeklügelter Propaganda³ gelingt es dem IS, immer mehr Menschen für seine Organisation und die dahinterstehende Ideologie zu begeistern; allein aus Europa sollen sich mittlerweile in etwa 4.000 Foreign Fighter am Syrien-Konflikt beteiligt haben.⁴ Der IS setzt dabei intensiv auf das Internet und die Macht der Bilder. Österreich reagierte auf diese Entwicklungen Ende 2014 mit einem „Anti-Terror-Paket“,⁵ in dessen Rahmen ua das Symbole-Gesetz (SymboleG)⁶ beschlossen wurde. Die-

1 Dazu etwa *Lübbe*, Dublin ist gescheitert: Thesen zum Umbau des europäischen Asylsystems, www.verfassungsblog.de/dublin-ist-gescheitert-thesen-zum-umbau-des-europaeischen-asylsystems/ (19.5.2015).

2 Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups (A/HRC/28/18).

3 ZB *Bundesamt für Verfassungsschutz*, Die Propaganda des „Islamischen Staates“ (IS) nimmt verstärkt den Westen ins Visier, www.verfassungsschutz.de/de/aktuelles/schlaglicht/schlaglicht-2015-03-die-propaganda-des-is (23.7.2015); auch *Seeßlen*, Beginnend mit Worten, endend mit Blut, www.zeit.de/kultur/2015-02/islamischer-staat-dschihadisten-aus-europa-essay (15.2.2015).

4 *Neumann*, Foreign fighter total in Syria/Iraq now exceeds 20,000, <http://icrs.info/2015/01/foreign-fighter-total-syria-iraq-now-exceeds-20000-surpasses-afghanistan-conflict-1980s/> (26.1.2015).

5 Vgl Parlamentskorrespondenz Nr 1196 v 10.12.2014.

6 Bundesgesetz, mit dem die Verwendung von Symbolen der Gruppierung Islamischer Staat und anderer Gruppierungen verboten wird (Symbole-Gesetz) BGBl I 2014/103.

ses Gesetz verbietet die Verwendung von Symbolen des IS, der Al-Qaida und aller Organisationen, die mit diesen zusammenhängen.⁷

Im Folgenden werden nun zunächst Umfang und Reichweite dieses Verwendungsverbots⁸ ermittelt, um das SymboleG anschließend im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit gem Art 10 EMRK zu untersuchen; dabei geht der Beitrag insb auch der Frage nach, welche (extremen) Meinungen von Art 10 EMRK überhaupt noch geschützt werden.

2. Verwendungsverbot als ungewöhnliches Instrument?

Ein Verbot der Verwendung von bestimmten Symbolen erscheint auf den ersten Blick ungewöhnlich – im österreichischen Rechtsbestand einzigartig ist es aber nicht: Schon das 1960 erlassene Abzeichengesetz (AbzeichenG)⁹ untersagt die Verwendung ua von Abzeichen und Symbolen „einer in Österreich verbotenen Organisation“ (§ 1 Abs 1). Damit waren jedenfalls nach § 1 Verbotsgesetz (Verbotsg)¹⁰ verbotene Organisationen gemeint; auch Mat¹¹ und Rsp¹² sehen einen engen Zusammenhang zw § 1 AbzeichenG und § 1 Verbotsg.¹³ Das SymboleG setzt nun gegen IS, Al-Qaida und damit verbundene Organisationen das gleiche Instrument ein und ist auch sprachlich geradezu ein Zwilling des AbzeichenG: Die Verwendungsverbote beider Gesetze umfassen jeweils das Darstellen, Zur-Schau-Stellen, Tragen und Verbreiten der Symbole; auch die jeweiligen Ausnahmetatbestände sind fast ident.

Wie viel sich der Gesetzgeber vom SymboleG erhofft, zeigen RV und parlamentarische Debatte eindrücklich: So soll es Radikalisierungs- und Rekrutierungsaktivitäten in Österreich unterbinden¹⁴ und verhindern, dass Symbole des IS Teil einer angesagten Jugend-/Pop-/Protestkultur werden;¹⁵ es soll aber allgemein vorgehen, dass religiöse Sym-

7 § 1 SymboleG; die Benennung der terroristischen Organisationen, die neben IS und Al-Qaida noch unter das SymboleG fallen, obliegt der Bundesregierung und erfolgt gem § 2 Abs 2 leg cit mittels V – eine solche V wurde bis dato noch nicht erlassen.

8 Der Begriff „Verwendungsverbot“ erfasst im Folgenden sämtliche alternative Tathandlungen des § 2 Abs 1 SymboleG (darstellen, zur Schau stellen, tragen oder verbreiten).

9 Bundesgesetz vom 5. April 1960, mit dem bestimmte Abzeichen verboten werden (Abzeichengesetz 1960) BGBl 1960/84 idF BGBl I 2012/113.

10 Verbotsgesetz 1947 StGBl 1945/13 idF BGBl 1992/148.

11 In RV und AB zur Stammfassung wird der NS-Konnex nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber in StProtNR 9. GP 1251f und StProtBR 9. GP 3729f; auch in den Novellen zum AbzeichenG: IA 28/A BlgNR 15. GP; StProtNR 15. GP 2591f; IA 1701/A BlgNR 24. GP; StProtNR 24. GP 167ff.

12 VfSlg 9603/1983; VfSlg 9246/1981; VfSlg 9191/1981; VfSlg 9107/1981; VwGH 20.5.1994, 93/01/0792; VwGH 29.11.1993, 93/10/0159; VwGH 12.6.1985, 84/01/0396; VwGH 26.9.1984, 82/01/0171; VwGH 4.7.1984, 81/01/0227; VwGH 23.5.1984, 83/01/0094; VwGH 20.4.1983, 81/01/0116; VwGH 17.3.1982, 81/01/0123; VwGH 17.3.1982, 81/01/0257; VwGH 25.10.1977, 0661/77; VwGH 13.9.1977, 0777/77; VwGH 13.1.1968, 1108/67.

13 Bei Durchsicht der Rsp von VfGH und VwGH findet sich – soweit ersichtlich – kein einziger Fall, in dem das AbzeichenG auf andere als nach § 1 Verbotsg verbotene Organisationen angewandt wurde.

14 ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 3.

15 StProtNR 25. GP 239 243.

bole nicht für gewalttätige Zwecke missbraucht werden.¹⁶ Überdies will Österreich seine Werte haltung zum Ausdruck bringen¹⁷ und sich insb vom IS und seinen Gräueltaten distanzieren.¹⁸ Schließlich soll das SymboleG sogar ermöglichen, gegen Provokationen mit IS-Symbolen im öffentlichen Raum vorzugehen.¹⁹

3. Grundtatbestand und Strafbarkeit nach dem SymboleG

Die Fülle dieser Zwecke will das SymboleG verwirklichen, indem es in § 2 Abs 1 verbietet, durch V näher zu bestimmende Symbole²⁰ der genannten Organisationen in der Öffentlichkeit darzustellen, zur Schau zu stellen, zu tragen oder zu verbreiten. Das Verwendungsverbot umfasst ausdrücklich auch elektronische Kommunikationsmittel – insb das Internet.²¹ Bei Zuwiderhandeln droht eine Geldstrafe von € 4.000 bzw eine Freiheitsstrafe von einem Monat; anders als im AbzeichenG ist im Wiederholungsfall sogar eine Verschärfung auf eine Geldstrafe von € 10.000 bzw sechs Wochen Freiheitsstrafe vorgesehen (§ 3 Abs 1). Im Anhang der V sind derzeit 14 Symbole aufgelistet, jeweils mit Bild und kurzer Beschreibung. Diese fällt allerdings bisweilen recht unspezifisch aus: Symbole 1 und 5 werden zB lediglich mit den Worten „Schwarzer Hintergrund mit weißer arabischer Schrift“ beschrieben.

Auf den ersten Blick erweckt die Aufzählung des verbotenen Verhaltens den Eindruck, der Gesetzgeber wollte damit lediglich sicherstellen, dass alle denkbaren Formen der Verwendung dieser Symbole pönalisiert werden. Das legen auch die Mat nahe, nach denen das Verbot „jede Art des öffentlichen Aufscheinens der erwähnten Symbole“²² unterbinden soll.

3.1. Reichweite der Strafbarkeit

Doch bleibt fraglich, ob § 2 Abs 1 SymboleG nur Ungehorsamsdelikte²³ oder auch Erfolgsdelikte statuiert. Während Ungehorsamsdelikte eine bestimmte Handlung pönali-

16 ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 4.

17 ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 2.

18 StProtNR 25. GP 239.

19 S etwa die Wortmeldung des Abg *Amon*, nach dem das SymboleG „weit mehr [ist] als ein symbolischer Akt. Reden Sie doch mit den Polizistinnen und Polizisten, die [...] in den U-Bahn-Stationen mit Symbolen des Islamischen Staates provoziert werden [...]! Mit dem neuen Gesetz haben sie künftig die Möglichkeit, dagegen vorzugehen, und das ist richtig und wichtig“, StProtNR 25. GP 232.

20 S § 2 Abs 2 SymboleG und den Anhang der darauf basierenden Symbole-BezeichnungV BGBl II 2015/23; jedenfalls auch als Symbole gelten Darstellungen auf Abzeichen und Emblemen, Fahnen, Flaggen und sonstige versinnbildliche Zeichen: ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 5.

21 S ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 5.

22 Ebd.

23 Auch: schlichte Handlungsdelikte oder Tätigkeitsdelikte.

sieren,²⁴ muss bei Erfolgsdelikten neben die Tathandlung ein von ihr hervorgebrachter Erfolg treten.²⁵ Diese Differenzierung ist für die Reichweite der Strafbarkeit essentiell, denn nach § 2 VStG ist eine Verwaltungsübertretung nur strafbar, wenn jemand entweder im Inland gehandelt hat oder wenn der tatbestandliche Erfolg im Inland eingetreten ist.²⁶ Im Ausland gesetzte Handlungen unterliegen dem österreichischen Verwaltungsstrafrecht daher nur bei Erfolgsdelikten. Bei Ungehorsamsdelikten muss sich der_ die Täter_in hingegen bei der Tathandlung physisch im Inland befinden; das gilt nach hA auch für Delikte, die im Internet begangen werden.²⁷

Begreift man die Tatbestandsalternativen des § 2 Abs 1 SymboleG – „darstellen“, „zur Schau stellen“, „tragen“ und „verbreiten“ – als Ungehorsamsdelikte, wären also nur Handlungen strafbar, die auf österreichischem Territorium gesetzt werden. So erblickt auch der VwGH im „Tragen“²⁸ eines Abzeichens nach § 1 AbzeichenG und im „Verbreiten“²⁹ von nationalsozialistischem Gedankengut gem Art 9 Abs 1 Z 7 EGVG keinen Erfolg. Lehrmeinungen zum gerichtlichen Strafrecht folgend,³⁰ könnte das „Verbreiten“ verpöner Symbole aber auch ein Erfolgsdelikt sein: „Verbreiten“ wird nämlich als „Zugänglich-Machen“ verstanden,³¹ worin ein von der Tathandlung hervorgebrachter Erfolg gesehen wird. Folgt man dieser Auslegung, wäre es gleichgültig, wo sich der_ die Täter_in physisch befindet, wenn nur der Erfolg im Inland eintritt, dh wenn die von ihm_ ihr verbreiteten einschlägigen Symbole im Inland zugänglich sind, also abgerufen werden können.³²

Beide Auslegungen bergen jedoch Nachteile: Die Qualifikation als Ungehorsamsdelikt bedeutet, dass Handlungen, die nicht physisch in Österreich vorgenommen wurden, nach dem SymboleG nicht strafbar sind. Da va der IS das Internet – insb Social-Media-Plattformen – intensiv nützt, um seine Symbole (welt-)öffentlich zu verbreiten und dabei primär aus dem Ausland agiert, ginge das Verwendungsverbot des SymboleG regelmäßig ins Leere. Qualifiziert man das „Verbreiten“ hingegen als Erfolgsdelikt, führt gerade

24 Demnach ist das bloße tatbildliche Verhalten ohne Rücksicht auf einen Erfolg – eine Veränderung in der Außenwelt – strafbar; dazu zB *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹⁰ (2014) 560; *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilgumi*, *VStG* (2013) § 5 Rz 6.

25 ZB *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ (2014) 381.

26 § 2 Abs 2 VStG; s dazu zB *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilgumi*, *VStG* § 2 Rz 3.

27 So zB VwGH 22.11.2007, 2005/09/0181: Bei strafbaren Handlungen auf Internetseiten kommt es weder auf deren Abrufbarkeit (Verbreitung) noch auf den Sitz des Providers oder den Standort des Servers an, maßgeblich ist ausschließlich, wo die Initialhandlung erfolgte; dem folgend *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilgumi*, *VStG* § 2 Rz 11; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹⁰ 556; *Wessely* in *N. Raschauer/Wessely* (Hrsg), *VStG* (2010) § 2 Rz 5; aA *Fischerlehner*, *Territoriale Anknüpfung bei Internetdelikten im Verwaltungsstrafrecht*, *JAP* 2008/2009/4, 30 (32ff); ähnlich auch *Leitl/Mayrhofer*, *Internet und Verwaltungsstrafrecht*, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer* (Hrsg), *Internet-Recht* (2004) 337 (339ff).

28 VwGH 4.7.1984, 81/01/0227.

29 VwGH 4.8.1992, 89/10/0122.

30 Dazu ausführlich *Salimi* in *Höpfel/Ratz* *WK StGB*² (2014) § 67 Rz 49ff mwN.

31 *Salimi* in *Höpfel/Ratz* *WK StGB*² 67 Rz 50, 55.

32 *Salimi*, *Social Media Crime – Reformbedarf im StGB durch Facebook und Co?* Tagungsband zum 12. Rechtsschutztag, Schriftenreihe BM.I (in Druck) 8f.

der Fokus auf das Internet und die Möglichkeit, die allermeisten Inhalte in Österreich abzurufen, zu einer Globalzuständigkeit³³ Österreichs. Das Verwendungsverbot des SymboleG hätte dann zwar theoretisch eine enorme Reichweite, doch praktisch würde der Großteil der Verwaltungsübertretungen nach diesem Gesetz nicht geahndet werden können.

Beide Szenarien sind nicht befriedigend, ebenso, dass der Gesetzgeber die Reichweite der Strafbarkeit im SymboleG nicht ausdrücklich festgelegt hat. Zwar konnte der VwGH in der zit Entscheidung aus 1992 keinen Erfolg im „Verbreiten“ erkennen. Aus den Mat geht aber die deutliche Absicht des Gesetzgebers hervor, sämtliche Verwendungsformen zu unterbinden und damit ein umfassendes Verbot zu schaffen.³⁴ Das spräche dafür, zumindest das „Verbreiten“ der verpönten Symbole als Erfolgsdelikt zu qualifizieren.

3.2. Ausnahmen von der Strafbarkeit

Das SymboleG kennt von diesem umfassenden Verwendungsverbot auch Ausnahmen. Gem § 2 Abs 3 SymboleG gilt das Verbot nicht für Druckwerke und periodische Medien, bildliche Darstellungen, Theater- und Filmaufführungen und in bestimmten Fällen³⁵ auch nicht für Ausstellungen. Erstaunlicherweise fehlt in dieser Auflistung das Internet. Die RV verweist jedoch bzgl der Begriffe „Druckwerk“ und „periodische Medien“ auf die Legaldefinitionen in § 1 Abs 1 Z 4 und 5a MedienG:³⁶ Demnach sind neben klassischen Printmedien insb auch periodische elektronische Medien erfasst, worunter etwa auch Websites fallen.³⁷

Die Ausnahmetatbestände kommen jedoch nur zur Anwendung, „sofern nicht das Ideengut einer in § 1 genannten Gruppierung gutgeheißen oder propagiert wird“.³⁸ E contrario ist davon auszugehen, dass das Verwendungsverbot jenseits der Ausnahmetatbestände grundsätzlich unabhängig davon gilt, ob mit der Verwendung Ideengut genannter Organisationen gutgeheißen oder propagiert wird.

Im Ergebnis verbietet das SymboleG also die Verwendung von Symbolen bestimmter Organisationen umfassend – zT kann man sogar eine Globalzuständigkeit Österreichs annehmen. Untersagt ist nach der Struktur des Gesetzes grundsätzlich schon die schlichte Verwendung der Symbole. Allerdings reichen die Ausnahmen gem § 2 Abs 3 SymboleG

33 Um die Zuständigkeit einzuschränken, wurden verschiedene Begrenzungskonzepte entwickelt, s dazu *Salimi* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB² § 67 Rz 64ff; *Salimi*, Social Media Crime 8f.

34 ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 5.

35 Nämlich gem § 2 Abs 3 Z 4 SymboleG, wenn Ausstellungsstücke, die unter das Verwendungsverbot des § 2 Abs 1 SymboleG fallen, keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung bilden; sonstige Ausstellungen sind dann ausgenommen, wenn sich die Ausstellung bzw deren Zweckbestimmung eindeutig gegen das Ideengut der betreffenden Gruppierung richten (§ 2 Abs 4 SymboleG).

36 ErläutRV 346 BlgNR 25. GP 5.

37 *Noll* in *Berkal/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz Praxiskommentar³ (2012) § 1 Rz 24a.

38 § 2 Abs 3 SymboleG.

sehr weit: Va durch den Verweis auf periodische elektronische Medien in den Mat ist fast jede Verwendung der Symbole im Internet³⁹ nur strafbar, wenn damit das Ideengut der genannten Gruppierung gutgeheißen oder propagiert wird. Der Bereich, in dem also tatsächlich jegliche Verwendung der Symbole verboten ist, beschränkt sich – vereinfacht gesagt – auf einen physischen Kernbereich: insb auf Kleidung, Embleme, Flaggen und Transparente. Im Hinblick auf den regen Handel mit NS-Devotionalien macht dieser Fokus beim AbzeichenG, dem Zwilling des SymboleG, durchaus Sinn. In Anbetracht der unterschiedlichen Situation der vom SymboleG erfassten Symbole wirkt diese Abgrenzung hingegen etwas unglücklich.

4. Das SymboleG im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit

Die in Art 10 EMRK garantierte Meinungsäußerungsfreiheit⁴⁰ hat einen weiten Schutzbereich. Er umfasst sämtliche Formen⁴¹ der Meinungsäußerung, darunter auch die Verwendung von Symbolen,⁴² der Inhalt der Meinung ist grundsätzlich irrelevant:⁴³ Art 10 EMRK schützt nicht nur dem Mainstream angepasste, sondern gerade auch schockierende oder beunruhigende Meinungen und Äußerungen.⁴⁴ Prima facie scheint das Grundrecht also auch die Verwendung von IS-Symbolen zu schützen.

4.1. Verhinderung des Missbrauchs von Konventionsrechten

Umfassende Freiheit kann freilich missbraucht werden; deshalb schließt Art 17 EMRK Verhaltensweisen vom Schutzbereich der EMRK aus, die darauf abzielen, die in der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken als es die Konvention erlaubt.⁴⁵ Art 17 EMRK ist allerdings sehr restriktiv auszulegen und nur in extremen Konstellationen anwendbar.⁴⁶

Einen typischen Anwendungsbereich von Art 17 EMRK bilden bspw die Holocaustleugnung und bestimmte antisemitische oder rassistische Äußerungen.⁴⁷ Auch die Glo-

39 S zB *Gruber*, Medienrecht und neue Medien (2006) 8f.

40 Art 13 StGG, der ebenfalls die Meinungsfreiheit schützt, wurde durch die Rsp des EGMR zu Art 10 EMRK weitgehend verdrängt, s zB *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd VII/1: Grundrechte in Österreich² (2014) Rz 2.

41 MwN *Holoubek* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg) Rz 5.

42 Dazu zB *Schiedermair* in *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (2013) Art 10 Rz 17.

43 Dazu zB *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2012) 76f.

44 EGMR 7.12.1976, 5493/72, *Handyside/United Kingdom* Rz 49.

45 Dazu zB *Hinghofer-Szalkay*, Extreme Meinungen und Meinungsäußerungsfreiheit: Die Schranke des Art 17 EMRK, JRP 2012, 106 (107); *Frowein* in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention (2009) Art 17 Rz 1.

46 Dazu *Hinghofer-Szalkay*, JRP 2012, 106 (114); *Steiger* in *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK Art 17 Rz 2.

47 Dazu zB *Grote/Wenzel* in *Grote/Maraubn* Konkordanzkommentar² (2013) Kap 18 Rz 35 mwN.

rifizierung von Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Genozid stellt einen Anwendungsfall der Bestimmung dar.⁴⁸ Ferner zog der EGMR Art 17 EMRK bei der Forderung nach der gewaltsamen Einführung der Scharia heran: Die Konvention schütze nämlich keine Handlungen, mit denen zur gewaltsamen Errichtung eines Regimes aufgerufen wird, das fundamentale Freiheiten beseitigt und Rechte von Herkunft, Geschlecht oder Religion abhängig macht.⁴⁹

In dieser Hinsicht scheint Gewalt ein ausschlaggebender Faktor zu sein: Im Fall *Gündüz* forderte der Beschwerdeführer ebenfalls die Implementierung der Scharia – allerdings sollte sie nicht gewaltsam, sondern mit verbaler Überzeugung der Bevölkerung eingeführt werden.⁵⁰ Trotz prinzipieller Unvereinbarkeit der Scharia mit der Konvention⁵¹ stellte der EGMR fest, dass die Äußerung im konkreten Fall nicht vom Schutzbereich der EMRK ausgenommen, sondern durch Art 10 EMRK geschützt sei.⁵²

4.1.1. Was wird mit der Verwendung von Symbolen ausgedrückt?

Es stellt sich nun die Frage, wie die Verwendung der nach dem SymboleG verbotenen Symbole im Lichte dieser Rsp zu beurteilen ist. IdR wird man annehmen können, dass mit der Verwendung eines bestimmten Symbols die dahinterstehende Organisation und ihre Ziele unterstützt werden sollen. Diese Annahme liegt auch dem AbzeichenG und damit wohl ebenso dem SymboleG zugrunde: Nach den Mat zum AbzeichenG dienen Abzeichen ua „dem Zwecke, [...] Mitglieder[n] und Anhänger[n] der Organisation [...] Gelegenheit zu geben, sich in der Öffentlichkeit auf einfache und unmißverständliche Art und Weise zu der Organisation und deren Zielen zu bekennen“.⁵³

Was bedeutet dies nun bspw im Hinblick auf die Verwendung von IS-Symbolen? Der IS verfolgt ua die Einführung der Scharia und schreckt auch vor deren gewaltsamer Implementierung nicht zurück.⁵⁴ Außerdem verübt er schwerste Menschenrechtsverletzungen, mit denen er sich sogar öffentlichkeitswirksam inszeniert. Verwendet man IS-Symbole, bringt man damit idR wohl zum Ausdruck, dass man ua auch die gewaltsame Implementierung der Scharia unterstützt und die grausamen, menschenverachtenden Handlungen der Organisation gutheißt. Äußerungen mit einem derartigen Erklärungswert fallen unter Art 17 EMRK und sind sohin vom Schutzbereich der Konvention ausgenommen.

48 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary* Rz 58 mwN.

49 EGMR 14.3.2013, 26261/05, 26377/06, *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia* Rz 109ff.

50 EGMR 4.12.2003, 35071/97, *Gündüz/Turkey* Rz 50.

51 EGMR 13.2.2003 (GK), 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refab Partisi (The Welfare Party) and others/Turkey* Rz 123.

52 EGMR 4.12.2003, 35071/97, *Gündüz/Turkey* Rz 51ff.

53 ErläutRV 164 BlgNR 9. GP 1.

54 Dazu zB *Stalinski*, Die Ideologie des Terrors, www.tagesschau.de/ausland/is-ideologie-101.html (2.6.2015).

Es ist jedoch auch ein anderer Erklärungswert vorstellbar: Trägt jemand bspw ein T-Shirt, auf dem ein IS-Symbol im Mistkübel landet, wird keine Identifikation mit der IS-Ideologie, vielmehr das Gegenteil darunter verstanden werden. Gleiches gilt, wenn jemand eine IS-Flagge verbrennt, zerschneidet oder durchstreicht. Auch wenn eine Person als IS-Kämpfer_in verkleidet an einem Kostümfest mit dem Motto „verachtenswerte Herrschaftssysteme“ teilnimmt, mag das auf einen fragwürdigen Humor hinweisen, auf eine Unterstützung der Organisation und ihrer Ziele aber wohl nicht. In solchen Fällen kommt Art 17 EMRK nicht zur Anwendung, ein Missbrauch der Konvention liegt nicht vor.

4.1.2. Die Verwendung mehrdeutiger Symbole

Komplexer wird die Situation, wenn es sich um Symbole handelt, die (noch) nicht eindeutig mit einer Organisation bzw Ideologie konnotiert, sondern mehrdeutig sind. Gerade auch der IS gebraucht regelmäßig Zeichen, die im islamischen Glauben eine zentrale Rolle spielen und bereits seit langem von unterschiedlichen Organisationen und Gruppierungen verwendet werden.⁵⁵ So setzt er bei der Gestaltung seiner Symbole sehr häufig die *Schahada* ein, das Glaubensbekenntnis des Islam. Dies erklärt auch, warum Nr 12 des Anhangs der Symbole-BezeichnungsV der Flagge Saudi-Arabiens frappierend ähnlich sieht, mit dem Unterschied, dass die Hintergrundfarbe schwarz und nicht grün ist.

Mit mehrdeutigen Symbolen hatte sich der EGMR etwa im Fall *Fáber*⁵⁶ auseinanderzusetzen: Der Bf wurde dafür bestraft, öffentlich eine Árpád-Fahne zu schwenken. Dieses Symbol wurde ua auch von den nationalsozialistischen Pfeilkreuzler_innen verwendet, die in Ungarn 1944/1945 ein totalitäres Regime etablierten und maßgeblich an der Deportation und Ermordung hunderttausender Menschen beteiligt waren.⁵⁷ Der EGMR betonte, dass dies noch nicht automatisch dazu führe, dass die Verwendung dieses Symbols vom Schutzbereich der Konvention ausgenommen sei. Vielmehr sei der Kontext zu berücksichtigen, in dem es verwendet wird.⁵⁸ Im konkreten Fall habe der Beschwerdeführer durch das bloße Schwenken der Fahne weder die öffentliche Ordnung gestört, noch zu Gewalt aufgehetzt.⁵⁹ Seine Bestrafung verletzte daher Art 10 EMRK.⁶⁰

55 S Verbot von IS-Symbolen „kontraproduktiv“, <http://religion.orf.at/stories/2668565/> (15.9.2014).

56 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary*.

57 Die Pfeilkreuzler_innen erfanden dieses Symbol zwar nicht, sondern griffen auf historisches Material zurück, machten es aber zu einem zentralen Zeichen ihrer Organisation und Herrschaft, dazu zB *Standard Redaktion*, Wissen: Umstrittene Flagge, derstandard.at/2636026/Wissen-Umstrittene-Flagge (21.12.2006); auch *Olt*, Jüdische Verbände empört über paramilitärischen Verband, www.faz.net/aktuell/politik/ausland/ungarn-juedische-verbaende-empoert-ueber-paramilitaerischen-verband-1461231-p2.html (23.8.2015).

58 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary* Rz 54.

59 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary* Rz 56.

60 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary* Rz 59.

Ähnlich gelagert war der Fall *Vajnai*:⁶¹ Der EGMR wies hier das Argument der ungarischen Regierung zurück, das Tragen eines roten Sterns bedeute ausschließlich eine Identifikation mit totalitärem Ideengut und führe daher zur Anwendung des Art 17 EMRK.⁶² Der Gerichtshof erläuterte, dass es sich hierbei um ein mehrdeutiges Symbol handle, das auch völlig losgelöst von etwaigem totalitären Ideengut verwendet werde.⁶³ Da im konkreten Fall durch das Tragen des Sterns kein solches Gedankengut propagiert worden sei, falle die Verwendung nicht unter Art 17 EMRK, sondern werde von Art 10 EMRK geschützt.

Werden also Symbole verwendet, die nicht eindeutig und in erster Linie mit den Zielen oder der Ideologie einer Organisation konnotiert, sondern mehrdeutig sind, muss der Erklärungswert der Verwendungshandlung erst durch eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls ermittelt werden. Dabei ist *va* auf den Kontext der Verwendung abzustellen: Nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände lässt sich die jeweilige Bedeutung des Symbols bzw dessen Verwendung ermitteln.

4.1.3. Zusammenfassende Überlegungen zum Missbrauch von Konventionsrechten

Da mit der Verwendung von Symbolen neben dem Bekenntnis zur dahinterstehenden Organisation und deren Zielen auch ein anderer Erklärungswert vorstellbar ist, bedarf es also stets einer Prüfung des Einzelfalls: Wie bereits erwähnt, kommt Art 17 EMRK nur „on an exceptional basis and in extreme cases“ zur Anwendung.⁶⁴

Bei der unkritischen Verwendung von Symbolen, die eindeutig und vorrangig mit dem IS konnotiert sind, wird diese Schwelle regelmäßig überschritten. Bei Symbolen, die weniger eng mit dem IS verwoben sind und auch von anderen Gruppierungen und in anderen Zusammenhängen verwendet werden, kann Art 17 EMRK mit Blick auf die Rsp des EGMR hingegen nur mit höchster Zurückhaltung herangezogen werden.

Bei alledem muss freilich beachtet werden, dass der Erklärungswert von Symbolen nicht statisch ist, sondern sich im Laufe der Zeit wandeln und sogar zur selben Zeit je nach Verwendungsort divergieren kann; Ein- und Mehrdeutigkeit sind zeit- und ortsabhängige Klassifizierungen. Auch dieser Aspekt verdeutlicht, weshalb eine Einzelfallprüfung, die auf „timing and place“⁶⁵ abstellt, unerlässlich ist.

Nur wer mit der Verwendung der Symbole derartig extreme Meinungen zum Ausdruck bringt, wie etwa die Forderung nach der gewaltsamen Implementierung der Scharia oder die Glorifizierung von Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ähnlich

61 EGMR 8.7.2008, 33629/06, *Vajnai/Hungary*.

62 EGMR 8.7.2008, 33629/06, *Vajnai/Hungary* Rz 53.

63 EGMR 8.7.2008, 33629/06, *Vajnai/Hungary* Rz 52.

64 EGMR (GK) 6.1.2011, 34932/04, *Paksas/Lithuania* Rz 87.

65 EGMR 24.7.2012, 40721/08, *Fáber/Hungary* Rz 55, 58.

menschenverachtenden Handlungen, bewegt sich außerhalb des Schutzbereiches der Konvention.

Das SymboleG stellt jedoch nur hinsichtlich seiner Ausnahmen darauf ab, ob mit der Verwendung der Symbole überhaupt das Ideengut der Organisation gutgeheißen oder propagiert wird, obwohl ein solcher Erklärungswert für die Anwendung von Art 17 EMRK entscheidend ist. Im Übrigen verbietet das Gesetz die Verwendung der Symbole schlechthin. Das Verbot umfasst also jedenfalls nicht ausschließlich Meinungen, die gem Art 17 EMRK vom Schutzbereich der Konvention ausgenommen sind. Es ist daher zu prüfen, ob das umfassende Verwendungsverbot Art 10 EMRK entspricht.

4.2. Verhältnismäßigkeit des SymboleG

Art 10 EMRK erlaubt Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit nur, wenn sie den in Abs 2 genannten Zielen dienen. Der EGMR überlässt den Konventionsstaaten diesbzgl einen weiten Gestaltungsspielraum.⁶⁶ Die im Gesetzgebungsprozess artikulierten Ziele lassen sich auch dem Zielkatalog des Art 10 Abs 2 EMRK zuordnen: Radikalisierungs- und Rekrutierungsaktivitäten zu verhindern, dient jedenfalls der öffentlichen Sicherheit. Die Unterbindung einer etwaigen Popkultur schützt die Jugend und sohin die Moral.⁶⁷ Indem der IS, wie erwähnt, wichtige islamische Symbole für seine Zwecke gebraucht, verletzt er möglicherweise auch religiöse Gefühle von Muslim_innen, sodass das Verwendungsverbot auch deren Rechte und Freiheiten schützt.⁶⁸

Eine größere Hürde als das Vorliegen eines erlaubten Eingriffsziels stellt die Notwendigkeit der Einschränkung dar. Nach der Rsp des EGMR sind Eingriffe nämlich nur gerechtfertigt, wenn dafür ein „dringendes gesellschaftliches Bedürfnis“ besteht.⁶⁹

Nach dem Wortlaut des SymboleG ist es nicht zulässig, ua Symbole des IS zu verwenden, um sich damit ausdrücklich gegen die Organisation und deren Ziele auszusprechen. Es ist also zB auch verboten, das erwähnte T-Shirt mit dem IS-Symbol im Mistkübel zu tragen oder ein Transparent mit durchgestrichener IS-Fahne. Hier wird man kaum annehmen können, dass es notwendig iSd Art 10 Abs 2 EMRK ist, dieses Verhalten zu verbieten.

Der Gesetzgeber wollte zwar vorgeblich ein absolutes Verwendungsverbot normieren, machte gleichzeitig aber die Strafbarkeit in der wohl wichtigsten Arena, dem Internet, davon abhängig, ob mit der Verwendung das Ideengut der Organisation gutgeheißen

⁶⁶ *Schiedermair in Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK Art 10 Rz 43; *Grote/Wenzel in Grote/Marauhn* Konkordanzkommentar² (2013) Kap 18 Rz 84.

⁶⁷ *Schiedermair in Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK Art 10 Rz 47; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 317f Rz 23.

⁶⁸ So auch ErläutRV 346 BgNR 25. GP 4.

⁶⁹ *Frowein in Frowein/Peukert*, EMKR Art 10 Rz 27; *Schiedermair in Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur EMRK Art 10 Rz 52.

oder propagiert wird. Eben ein solcherart bedingtes und gerade kein absolutes Verwendungsverbot erscheint auch in Anbetracht der anderen Ausnahmekategorien letztlich als de facto-Regelfall. Es leuchtet nicht ein, warum nicht stets auf den Erklärungswert der Verwendung der Symbole abgestellt wird.

Auch der Gefahr, dass das weitreichende Verwendungsverbot Symbole erfasst, die zu „muslimischem Allgemeingut“⁷⁰ gehören, kann vorgebeugt werden, indem für die Strafbarkeit stets ein Gutheißen oder Propagieren bestimmter Organisationen gefordert wird. Andernfalls überlässt man einschlägigen Organisationen zudem die Deutungshoheit über Symbole und ermöglicht, dass sie solche gänzlich für sich in Beschlag nehmen können.

Ein Verwendungsverbot, das stets darauf abstellt, ob mit der Verwendung ein Bekenntnis zur Organisation und deren Zielen vermittelt wird, scheint in Anbetracht der konkreten Situation in mehrerlei Hinsicht notwendig und damit gerechtfertigt: Allem voran gelingt es dem IS weiterhin eine große Zahl an Mitgliedern für seine Organisation zu akquirieren. Auch aus Österreich reisen immer mehr Menschen in das Konfliktgebiet, um für den IS und dessen Zwecke zu kämpfen.⁷¹ Durch die Omnipräsenz der Propaganda mit Bildern und Symbolik schaffen es der IS und seine Sympathisant_innen nicht nur, dessen (vermeintliche) Macht auszubauen, sondern auch seine Attraktivität zu steigern. Die Präsenz derartiger Symbole in Österreich schürt aber auch Angst in der Bevölkerung – insb unter jenen Menschen, die unter diesen Organisationen gelitten haben, zu denken ist dabei va an Flüchtlinge aus Syrien und dem Nordirak. Auch unter dem Aspekt des Schutzes dieser Menschen erscheint es vertretbar, die Propaganda mittels Symbolen zu verbieten.

Es ist allerdings höchst fraglich, ob es im Hinblick auf das proklamierte Ziel, die Entstehung einer Jugendkultur rund um IS-Symbole zu verhindern, zweckmäßig ist, die Verwendung derartiger Symbole zu verbieten: Entstehen solche jugendlichen Protestbewegungen doch oftmals gerade aus der Lust, Verbote zu überschreiten.

5. Anpassungsbedarf

Im Lichte des Art 10 EMRK scheint es geboten, auf den jeweiligen Erklärungswert abzustellen. Dem SymboleG ist dieser Gedanke nicht fremd, er wird allerdings nicht umfassend, sondern nur im Hinblick auf die Ausnahmetatbestände verwirklicht. Das Verwendungsverbot des § 2 Abs 1 SymboleG ist demnach überschießend und dahingehend

70 S FN 55.

71 Man geht von 100-150 Foreign Fighters aus Österreich aus, s *Neumann*, Foreign fighter total in Syria/Iraq now exceeds 20,000 <http://icsr.info/2015/01/foreign-fighter-total-syriairaq-now-exceeds-20000-surpasses-afghanistan-conflict-1980s/> (26.1.2015); ein Großteil von ihnen schließt sich dem IS an, dazu *Kraebenmann*, Foreign Fighters under International Law (2014) 10.

abzuändern, dass stets darauf abgestellt wird, ob mit der Verwendung Ideengut der einschlägigen Organisationen gutgeheißen oder propagiert wird.

Dennoch soll betont werden, dass es sich bei dem umfassenden Verbot von Symbolen um einen bedeutenden Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit handelt, die einen Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft⁷² bildet. Dieses Instrument bedarf daher in jedem Fall einer besonderen Begründung: Im Bezug auf die Symbole des IS lässt es sich mE in Anbetracht der aktuellen Situation in dem hier vorgeschlagenen Umfang rechtfertigen. Bereits bzgl der im gleichen Gesetz verbotenen Symbole der Al-Qaida ist es jedoch fraglich, ob eine ähnliche Situation besteht; va im Hinblick darauf, dass die Al-Qaida – zumindest aktuell – insb unter europäischen Foreign Fightern keine mit dem IS vergleichbare Anziehungskraft entwickelt hat.⁷³

Wie stets bei dem Einsatz besonderer Instrumente ist auch darauf zu achten, dass es dadurch zu keinem Dambruch kommt. Ehe man sich versieht, wird sonst der Ausnahme- zum Normalzustand, die rechtfertigungsbedürftige Spezialmaßnahme zum gewöhnlichen Mittel.

Mag.^a Rosa Duarte-Herrera ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; rosa.duarte@univie.ac.at

72 Grabenwarter/Pabel, EMRK³ 317 Rz 22.

73 Kraehenmann, Foreign Fighters 12f.

Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit

Daniela Grabovac / Clara Millner

1. Was ist Ethnic/Racial Profiling

Der Begriff des *Ethnic Profiling* (auch *Racial Profiling* genannt)¹ stammt ursprünglich aus der amerikanischen Kriminalistik. *Ethnic Profiling* ist zwar keine neue Methode in Europa, hat aber nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in New York einen Aufschwung erlebt und kam seither wieder verstärkt zur Anwendung.²

Ethnic/Racial Profiling liegt vor, wenn bspw. Polizei-, Sicherheits-, Einwanderungs- und Zollbeamtinnen und -beamte ihr Handeln auf allgemeine personenbezogene Kriterien wie die ethnische Zugehörigkeit, Hautfarbe, Religion oder auch nationale Herkunft statt auf das Verhalten von Personen und objektive Beweise als Verdachtsmomente stützen. Zum Ausdruck kommt diese Vorgehensweise meist bei der Entscheidung der Behörde, welche Personen für Ausweiskontrollen oder Durchsuchungen ausgewählt werden.³

Dabei ist es jedoch notwendig, diesen Begriff vom „kriminalistischen Profiling“ abzugrenzen: Damit wird ein rechtmäßiges Fahndungswerkzeug in der Kriminalistik beschrieben, bei dem die Behörden eine Reihe von Merkmalen zur Identifizierung von Personen, die einer kriminellen Handlung verdächtigt werden, nutzt. Dieses basiert „auf fundierten Annahmen, welche aus der Erfahrung und Ausbildung abgeleitet werden und bei denen der Schwerpunkt auf dem Verhalten und nicht auf rassischen, ethnischen oder religiösen Merkmalen liegt.“⁴ Dabei sind Profile, die sich stark auf Verhaltensweisen stützen, mit geringerer Wahrscheinlichkeit diskriminierend als solche, deren Grundlage die ethnische Herkunft oder Religion bilden.⁵

1 Die Begriffe sind synonym und werden idF kombiniert verwendet.

2 *Open Society Justice Initiative* (Hrsg), *Herkunftsbierte Personenprofile in der Europäischen Union: allgegenwärtig, ineffizient und diskriminierend* (2009) 2.

3 *Open Society Justice Initiative* (Hrsg), *ENAR Fact Sheet 40, Ethnisches Profiling* (2009) 2.

4 Kriminalistisches Profiling liegt demnach bspw vor, wenn Beamte/ Beamtinnen mit Profilen arbeiten, die sie anweisen, nach Personen zu suchen, die wiederholt bestimmte Orte aufsuchen, die sich mit anderen Personen treffen und mit diesen ein Päckchen austauschen, bevor sie sich wieder trennen, die sich unster oder nervös verhalten oder die wiederholt große Käufe tätigen und ausschließlich bar bezahlen. *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (Hrsg), *Diskriminierendes Ethnic Profiling – erkennen und vermeiden: Handbuch* (2010) 12.

5 Ebd.

2. Diskriminierendes Ethnic/Racial Profiling

Das diskriminierende Ethnic/Racial Profiling zeigt sich durch eine schlechtere Behandlung aufgrund der ethnischen Herkunft oder Hautfarbe einer Person im Vergleich zu anderen Personen, die sich in einer ähnlichen Situation befinden, bspw bei der Ausübung der Polizeibefugnisse wie etwa Durchsuchungen oder Kontrollen von Personalien. Weiters liegt diskriminierendes Ethnic/Racial Profiling vor, wenn die Entscheidung darüber, Polizeibefugnisse auszuüben, ausschließlich oder überwiegend auf teilweise zugeschriebenen, vermeintlichen Eigenschaften wie der ethnischen Herkunft, Hautfarbe oder Religion einer Person basiert. Die Diskriminierung im Kontext des Profiling kann sich in direkter, indirekter aber auch unbeabsichtigter Weise ergeben. So kann sie auf einem absichtlich rassistischen Verhalten einzelner Organe beruhen, oder aber auch durch die unbewusste Verwendung von Stereotypen durch die hoheitlich handelnden Personen gegeben sein.

Ein typisches Beispiel von Ethnic/Racial Profiling trug sich laut der Europäischen Grundrechteagentur in einer europäischen Hauptstadt zu: Die Polizei habe dort die Befugnis erhalten, „alle Personen anzuhalten und zu durchsuchen, von denen sie denkt, dass sie mit terroristischen Handlungen in Beziehung stehen könnte.“⁶ Spezielle Erkenntnisse über die Personen seien dafür nicht notwendig gewesen, außer der Vermutung, dass die Bedrohung von einer Gruppe ausgehe, die mit Al-Qaida in Verbindung stünde. Die Konsequenz: „Polizeibeamte halten junge Männer mit ‚islamischem‘ oder ‚asiatischem‘ Aussehen deutlich öfter an als Personen anderer ethnischer Gruppen, da dies dem Profil der Terrorist_innen entspricht, das sie von ihren Vorgesetzten erhalten haben.“⁷

Dabei ist festzuhalten, dass es im Zuge behördlichen Handels auch gerechtfertigt sein kann, Faktoren wie die ethnische Herkunft und Religion in die Entscheidungsfindung einzubeziehen; sie dürfen jedoch nicht der einzige oder überwiegende Grund für eine Kontrolle sein.

Unrechtmäßig ist es, wie das *EU-Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich Grundrechte* schon 2006 formulierte, „wenn einzelne Personen in ähnlichen Situationen aufgrund ihrer vermeintlichen ‚Rasse‘ oder ethnischen Zugehörigkeit unterschiedlich behandelt werden, hat dies [doch] (...) weitreichende Konsequenzen bei der Entstehung von Entzweiung und Ablehnung, der Förderung von Stereotypen und der Entstehung einer Überkriminalisierung bestimmter Kategorien von Personen, was wiederum derartige stereotype Assoziationen zwischen Straftaten und ethnischer Zugehörigkeit fördert, [so] dass eine unterschiedliche Behandlung wegen dieser Gründe grundsätzlich unter jeglichen Umständen als unrechtmäßig angesehen werden sollte.“⁸

6 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (Hrsg), Ethnic Profiling 20.

7 Ebd.

8 *Europäische Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht*, www.non-discrimination.net/content/media/Review%2011%20DE.pdf (6.6.2015).

Die Taktik des Ethnic Profiling hat also Auswirkungen auf die polizeiliche Effizienz, aber auch auf einzelne Personen und die Gesellschaft als solche, und somit ist diese Vorgehensweise als problematisch zu betrachten. Erfahrungen im Zusammenhang mit Ethnic/Racial Profiling können für die Betroffenen nicht nur traumatisierend und demütigend sein, sondern auch zu einer Stigmatisierung ganzer Bevölkerungsgruppen als Kriminelle, potenzielle Terroristinnen und Terroristen oder irreguläre Einwandererinnen und Einwanderer führen, womit auch die Gefahr verbunden ist, dass bestehende Stereotype in der Gesellschaft bekräftigt werden.⁹

3. Rechtlicher Rahmen von Ethnic/Racial Profiling

Auf internationaler Ebene haben das *Komitee der Vereinten Nationen zur Beseitigung der Rassendiskriminierung*¹⁰ (CERD), wie auch die *EU-Kommission gegen Rassismus und Intoleranz* (ECRI)¹¹ bereits im Jahr 2008 und 2010 festgehalten, dass Ethnic/Racial Profiling gegen das internationale Diskriminierungsverbot und somit gegen eine Vielzahl von internationalen Abkommen und Verträgen verstößt (EMRK, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte).

Der *UN-Menschenrechtsausschuss* hat in seiner Rechtssache *Rosalind Williams Lecraft gegen Spanien* festgestellt, dass Ethnic/Racial Profiling nicht einmal im Rahmen der Einwanderungskontrolle gerechtfertigt ist. In der Entscheidung wird zwar von einer Zulässigkeit von Ausweiskontrollen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, der Verbrechensverhütung und der Kontrolle der irregulären Einwanderung ausgegangen, jedoch betont, dass physische und ethnische Merkmale keineswegs ausschlaggebend für die Kontrolle sein dürfen. Erstmals wurde somit von einem UN-Gremium festgestellt, dass polizeiliche Personenkontrollen, die auf Grundlage der ethnischen Herkunft vorgenommen werden, menschenrechtswidrig sind.¹²

In Österreich ist die häufigste Form des Ethnic/Racial Profiling die „zufällige“ Kontrolle und Durchsuchung „ausländisch aussehender“ Personen durch Sicherheitsbehörden. Die Studie „Lebenssituation von ‚Schwarzen‘ in urbanen Zentren Österreichs“ des *Europäischen Trainings- und Forschungszentrums für Menschenrechte und Demokratie* (ETC)¹³ zeigt diesbezüglich eindeutige Ergebnisse: 57 % der befragten Schwarzen Menschen in Österreich geben an, dass sie innerhalb eines Jahres mindestens einmal von der Polizei zur Identitätsfeststellung angehalten worden sind. Knapp 11 % der bei der *Anti-*

9 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (Hrsg), Für eine effektivere Polizeiarbeit Diskriminierendes „Ethnic Profiling“ erkennen und vermeiden: ein Handbuch (2010) 18.

10 http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/AI_Austria_CERD81.pdf 11 (1.6.2015).

11 http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/ECRI_Recommendation_11_2007_EN.pdf (1.6.2015).

12 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (Hrsg), Polizeiarbeit (2010) 17.

13 *Philipp/Starl*, Lebenssituation von „Schwarzen“ in urbanen Zentren Österreichs. Bestandsaufnahme und Implikationen für nationale, regionale und lokale Menschenrechtspolitik (2013), www.etc-graz.at/typo3/fileadmin/user_upload/ETC-Hauptseite/publikationen/Selbststaendige_Publikationen/ETC-Neumin-Web.pdf (23.8.2015).

diskriminierungsstelle Steiermark im Jahr 2012 gemeldeten Fälle, die mit Behörden zu tun haben, betrafen polizeiliche Personenkontrollen.¹⁴ Dabei handelte es sich um Identitätsfeststellungen gegenüber Personen, die den Eindruck hatten, von den Beamtinnen und Beamten kontrolliert worden zu sein, da sie nicht österreichischer Herkunft sind.¹⁵ Eine rechtliche Auseinandersetzung mit Ethnic/Racial Profiling erfolgte in Österreich jedoch erst langsam insbesondere mit der verfassungsrechtlichen Entscheidung 2003.¹⁶ Im Folgenden wird exemplarisch ein Fall des Ethnic/Racial Profiling geschildert, in dem – aus der Beratung der Antidiskriminierungsstelle Steiermark kommend – eine Maßnahmenbeschwerde beim UVS Steiermark eingebracht wurde, die schließlich vom VwGH entschieden wurde. Die Problematik des Ethnic/Racial Profiling zeigt sich anhand dieses Falles deutlich.

4. Die Entscheidung des UVS Steiermark und des VwGH zu Ethnic/Racial Profiling

4.1. Sachverhalt

Die Betroffene ist österreichische Staatsbürgerin und von ethnisch-indischer Herkunft. Als sie im Jahr 2012 mit dem Zug von Graz nach Wien reiste, betraten zwei Polizeibeamte in Zivil das offene Zugabteil. Die Beamten führten in diesem Zug einen sicherheitspolizeilichen Streifendienst mit sog AGM-Kontrollen (Ausgleichsmaßnahmen)¹⁷ in Form von stichprobenartigen Personenkontrollen durch. Die Betroffene war die erste Person, die in dem Zugabteil kontrolliert wurde, und zeigte nach einer Aufforderung gleich ihren Führerschein vor. Als auch ein weiterer Passant den Führerschein herausholte und sich ausweisen wollte, verneinte die Polizei eine diesbezügliche Kontrolle bei ihm. Auf die Frage der Betroffenen, weshalb sie kontrolliert werde, meinte einer der Beamten, dass sie die erste Person gewesen sei, die er gesehen habe. Nachdem der Polizeibeamte den ausgefolgten Führerschein angeschaut hatte, gab er ihn zurück und sagte zu der Betroffenen, dass sie „eh österreichische Staatsbürgerin sei“. Keine weitere anwesende Person im Wagon wurde kontrolliert. Die Betroffene erhob Maßnahmenbeschwerde gem Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG iVm § 67a Abs 1 Z 2 AVG (aF)¹⁸ gegen die

14 *Antidiskriminierungsstelle Steiermark* (Hrsg), Antidiskriminierungsbericht 2012 (2013) 46.

15 Zu Racial Profiling in Deutschland und den dagegen gerichteten Aktivitäten der Initiative Schwarzer Menschen in Deutschland e.V. vgl *Washington*, Racial Profiling kostet. Eine Schwarze Selbstorganisation und ihr Einsatz gegen rassistische Polizeikontrollen, *juridikum* 2014, 9ff.

16 Vgl VfSlg 17017/2003.

17 Bei der Durchführung von Kontrollen im Rahmen der AGM handelt es sich um Ausgleichsmaßnahmen des Schengener Grenzkodex. Darunter sind all jene polizeilichen Maßnahmen zu verstehen, welche nach dem Wegfall der Grenzkontrollen zur Verhinderung und Bekämpfung spezifischer kriminalpolizeilicher, fremdenpolizeilicher und sonstiger verwaltungspolizeilicher Delikte, auf Grund eines begründeten Verdachtes oder stichprobenartig in Reaktion auf lagebedingte Entwicklungen, gesetzt und durchgeführt werden. http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_OeffentlicheSicherheit/2012/05_06/files/AGM.pdf (2.9.2015).

18 B-VG BGBl 1930/1 aufgehoben durch BGBl I 2012/51; AVG BGBl 1991/51 aufgehoben durch BGBl I 2013/33. Seit 1.1.2014 sind die Landesverwaltungsgerichte für Maßnahmenbeschwerden zuständig.

erkennungsdienstliche Behandlung bzw die Identitätsfeststellung, da sie dadurch im Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot sowie in durch § 31 Abs 2 Z 2 und Z 5 SPG¹⁹ vermittelten Rechten verletzt worden sei.

4.2. Rechtliches

In Österreich dienen sowohl die Regelungen des § 35 Abs 1 Z 6 und Z 7 als auch der § 39 Abs 4 SPG als Ausgleichsmaßnahmen zum Verzicht auf Grenzkontrollen. Demnach sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 35 Abs 1 Z 6 und Z 7 SPG zur Feststellung der Identität eines Menschen ermächtigt, wenn entweder nach den Umständen anzunehmen ist, der oder die Betroffene habe im Zuge einer noch andauernden Reisebewegung die Binnengrenze überschritten oder werde sie überschreiten; oder aber, wenn der oder die Betroffene entlang eines vom internationalen Durchzugsverkehr benützten Verkehrsweges unter Umständen angetroffen wird, die für grenzüberschreitende begangene, gerichtlich strafbare Handlungen typisch sind.

„Umstände“, die eine Identitätsfeststellung nach § 35 SPG verlangen würden, wären etwa ein typisches Reisegepäck auf einer typischen Reiseroute, schlechte Deutschkenntnisse usw.²⁰ Da die Kontrolle der Betroffenen in einem Zug durchgeführt wurde, der von Graz in Richtung Bruck startete, die Betroffene weder von dem einschreitenden Beamten danach gefragt wurde, ob sie ein Reisegepäck mit hätte noch woher sie komme und die Konversation zudem in einem perfekten Deutsch geführt wurde, lagen keine objektiven Gründe vor, die Umstände einer andauernden Reisebewegung vermuten ließen. Des Weiteren gab es keinerlei Anhaltspunkte im Verhalten der Betroffenen, die für eine grenzüberschreitend begangene gerichtlich strafbare Handlung typisch sind, und damit die Amtshandlung der einschreitenden Beamten gerechtfertigt hätten. Beispielhaft für typische grenzüberschreitende gerichtlich strafbare Handlungen wären der illegale Suchtmittelhandel oder die Schlepperei.

Der UVS stellte fest, dass keiner der taxativ festgelegten Gründe des § 35 SPG vorlag, und dass offensichtlich das einzige Indiz, welches die Beamten zur Kontrolle der Betroffenen veranlasst haben könnte, ihre Hautfarbe war. Auch ließ der Gehalt der Wendung des Beamten „ja eh österreichische Staatsbürgerin“ vermuten, dass ihnen die Betroffene wegen ihrer dunklen Hautfarbe als Ausländerin erschien, was nach § 35 Abs 1 Z 6 und Z 7 SPG die „Umstände“ an die Hautfarbe bindet. Stellt die Hautfarbe das einzige Kriterium der Personenkontrolle dar, handelt es sich um ein *Ethnic Profiling* und diskriminiert die Person in Bezug auf ihre Hautfarbe. Dies stellt eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art 7 B-VG, Art 2 StGG und Art 1 Abs 1 B-VG Rassendiskriminierung dar.

19 Sicherheitspolizeigesetz – SPG BGBl 1991/566 idgF.

20 UVS Stmk 9.10.2012, UVS 20.3-10/2012.

5. Das Erkenntnis des VwGH

Gegen die Entscheidung des UVS erhob das Bundesministerium für Inneres (BMI) eine auf § 91 Abs 1 Z 1 SPG gestützte Amtsbeschwerde. Der VwGH kam in seinem Erkenntnis²¹ zum Schluss, dass der Vorwurf, die Auswahl der Beschwerdeführerin bei der Kontrolle sei aufgrund ethnischer Diskriminierung erfolgt, nicht zutrifft; der angefochtene Bescheid wurde daher aufgehoben. Die Betroffene sei als einzige Person im Zugabteil kontrolliert worden; dies zeige, dass die Kontrolle den Schengener Grenzkodex nicht verletzt habe und keine innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedsstaats untersagte Kontrolle vorgelegen habe, die die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hätte. Die Beamten hätten stichprobenartig sicherheitspolizeiliche, kriminalpolizeiliche und fremdenpolizeiliche Kontrollen auf internationalen Durchzugsrouten durchgeführt, wobei die Auswahl der kontrollierten Personen nach einem vom Bundeskriminalamt wöchentlich herausgegebenen Lagebericht erfolgte.

Die Regelung des § 35 Abs 1 Z 7 SPG sei vor dem Hintergrund der Anforderungen des Unionsrechts und der Rspr des EuGH²² zur Auslegung des Schengener Grenzkodex dahin auszulegen, dass keine systematische, die Identität jeder Person erfassende Kontrolle durchgeführt werden dürfe. Kontrollen zur Überprüfung des rechtmäßigen Aufenthalts einer Person in einem Mitgliedsstaat dürften jedoch vorgenommen werden, wenn diese auf allgemeinen Informationen und Erfahrungen iZm dem illegalen Aufenthalt von Personen an den Orten der Kontrolle beruhen, wenn sie in begrenztem Umfang auch zu dem Zweck durchgeführt würden, solche Informationen und Daten über die Erfahrung in diesem Bereich zu erlangen, und wenn ihre Durchführung bestimmten Beschränkungen insb hinsichtlich Dauer und Häufigkeit unterliege. Das LVwG folgte der Rechtsauffassung des VwGH und kam zum Schluss, „dass die Auswahl der Beschwerdeführerin bei der Kontrolle aufgrund der ethnischen Diskriminierung erfolge, nicht zutrifft, da gerade eine derartige Kontrolle Art. 20 und 21 der Verordnung Nr. 562/2006 nicht verletze, da die Kontrolle nicht die gleiche Wirkung habe, wie Kontrollen bei Grenzübertrittsstellen. Des Weiteren sei die Auswahl stichprobenartig erfolgt, wobei dies nach dem Lagebild, das wöchentlich vom Bundeskriminalamt herausgegeben wird, erfolgte.“²³

6. Beurteilung der getroffenen Entscheidungen

Zur Entscheidung des VwGH ist anzuführen, dass unabhängig davon, ob es sich um eine Grenzkontrolle oder andere Kontrolle handelt, die Intensität des Eingriffes gemäß § 35 Abs 1 Z 6 SPG oder Z 7 SPG gleich bleibt und jegliche Diskriminierung gemäß

21 VwGH 25.2.2014, 201/01/0149.

22 EuGH 19.7.2012, C 278/12, *Atiqullah Adil/Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*.

23 LVwG Stmk 20.3-2795/2014.

Art 7 B-VG, Art 2 StGG und BVG Rassendiskriminierung sowie § 5 RLV ausgeschlossen ist. Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen²⁴ kam in einem ähnlichen Fall zum Schluss, dass Personenkontrollen legitimes Ziel des Sicherheitsschutzes, der Verbrechensprävention und der Kontrolle irregulärer Einwanderung seien. Jedoch dürfe es bei rechtmäßigen verdachtsunabhängigen Kontrollen keine unterschiedliche Behandlung von Personen nach Herkunft, Hautfarbe oder Religion geben. Die Hautfarbe dürfe nicht der einzige Indikator für die Personenkontrolle sein, dies entspreche dem Ethnic/Racial Profiling.

Auf die österreichische Gesetzeslage bezogen führen *Hauer/Keplinger*²⁵ zur Beurteilung des Grundes für bestimmte Tatsachen bzw nach den Umständen im Sinne des § 35 und § 40 des SPG aus, dass die einschreitenden Beamten und Beamtinnen keineswegs die Ermächtigung zu subjektivem Belieben für die Amtshandlung hätten, sondern die Annahme nach einem objektiven, freilich ex ante zu beurteilenden Maßstab möglich und zu begründen sei. Hierzu verlangt der Gesetzgeber, dass die Vermutung durch bestimmte Indizien erhärtet sein muss, wobei als solche Indizien die Umstände des Einzelfalles oder bestimmte Tatsachen oder bes Gründe im Einzelfall in Betracht zu ziehen sind. Das handelnde Organ muss in diesen Fällen im Rechtsschutzverfahren in der Lage sein, die Umstände, Tatsachen oder Gründe hinreichend darzutun, aus denen es die Annahme eines bestimmten Sachverhaltes abgeleitet hat.²⁶

Im Erkenntnis des VwGH wog der Gerichtshof nicht die Umstände, Tatsachen oder Gründe der Personenkontrolle bezogen auf den Einzelfall und die einzig kontrollierte Person, nämlich die Betroffene ab, die zudem auch noch die einzige Person mit dunkler Hautfarbe in diesem Zugabteil war. Es wurden nicht die Umstände der kontrollierten Person neben der Lagebildeinschätzung erörtert, weder ob ein typisches Reisegepäck auf einer typischen Reiseroute als Indikator erkannt wurde, noch ob schlechte bzw keine Deutschkenntnisse der betroffenen Person vorgelegen hätten.

Stellt die Hautfarbe das einzige Kriterium der Personenkontrolle dar, handelt es sich um ein Ethnic/Racial Profiling und diskriminiert die Person in Bezug auf die Hautfarbe. Angenommen die Betroffene hätte eine helle Hautfarbe gehabt, wäre sie nicht kontrolliert worden, da der einzig verbleibende Indikator, nämlich das Schreiben an ihrem Notebook, keine Kontrolle ausgelöst hätte. Die Aussage des Beamten, dass sie „ja eh österreichische Staatsbürgerin sei“ bestätigt diese Annahme: Der Satz enthält die beiden Modalpartikel „ja“ und „eh“. Diese beiden Partikel drücken nach dem üblichen Sprachgebrauch die Verwunderung über den Eintritt von etwas Unerwartetem aus. Das heißt, der Beamte hat nicht erwartet, dass sie Österreicherin ist und war über diese Tatsache erstaunt. Es ist eindeutig, dass der Grund für diese falsche Erwartung nur die Hautfarbe und das Aussehen sein konnte. Das heißt, die Betroffene wur-

24 Menschenrechtsausschuss der UN, CCPR/C/96/D/1493/2006, *Williams Lecraft/Spain*.

25 *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz Kommentar⁴ (2011) 325.

26 VfSlg 17017/2003..

de kontrolliert, weil der Beamte annahm, dass sie nicht Österreicherin sei und dies nahm der Beamte an, weil sie äußere Merkmale hatte, die der Vorstellung des Beamten von einer „typischen“ Österreicherin widersprachen. Dies erfüllt den Tatbestand des Ethnic/Racial Profiling.

Die grundrechtliche Frage, die in diesem Fall aufgeworfen wird, ist, ob in der Auslegung des VwGH bezüglich der Art 20 und 21 Schengener Grenzkodex eine gleichheitswidrige Personenkontrolle vorliegt, wenn aufgrund des Lagebildes, das wöchentlich vom Bundeskriminalamt herausgegeben wird, Personen mit dunkler Hautfarbe wegen ihrer Hautfarbe kontrolliert werden.

Hierbei kann der Lagebericht nicht als angemessener und objektiver Grund für die unterschiedliche Behandlung bei der Personenkontrolle im Zugabteil gewertet werden, da diesfalls die Vorgaben des Lagenberichtes selbst diskriminierend sind.

Der EGMR hat in seiner richtungsweisenden Entscheidung *Timishev/Russland*²⁷ festgestellt, „dass in einer zeitgemäßen demokratischen Gesellschaft, die auf den Grundsätzen des Pluralismus und des Respekts für verschiedene Kulturen basiert, eine unterschiedliche Behandlung, welche ausschließlich oder in entscheidendem Maße auf der ethnischen Herkunft einer Person basiert, nicht objektiv begründet werden kann.“ In diesem Sinn entschied der VfGH im Jahr 2003 über eine Beschwerde einer österreichischen Staatsbürgerin mit Schwarzer Hautfarbe.²⁸ Die Beschwerdeführerin wurde während und auch nach einer Zugreise aus den Niederlanden nach Wien mehrmals kontrolliert, durchsucht und sogar einer Röntgenuntersuchung unterzogen. Alle Kontrollen erfolgten verdachtsunabhängig und liefen ins Leere. Die Beamten gaben selbst an, die Anhaltung wäre va aufgrund der „afrikanischen Herkunft und auffälligen Hautfarbe“ erfolgt. Der VfGH hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Beschwerdeführerin in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger und Staatsbürgerinnen vor dem Gesetz verletzt worden sei.²⁹ Die Entscheidung des VwGH steht in eklatantem Widerspruch dazu.³⁰

27 EGMR 13.12.2005, 55762/00 und 55974/00, *Timishev/Russland*.

28 Vgl VfSlg 17017/2003.

29 VfSlg 17017/2003.

30 In Deutschland entschied im Jahr 2012 das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz über eine ähnlich gelagerte Beschwerde eines Schwarzen Studenten. Auch dieser wurde aufgefordert, seine Ausweispapiere in einem Zug vorzuweisen und auch hier gaben die Beamten vor Gericht zu, der Student sei nur wegen seiner Hautfarbe kontrolliert worden. Es wurde eine verbotene Diskriminierung festgestellt. OVG Rheinland-Pfalz, 29.10.2012, 7A 10532/12. OVG. Siehe *Amnesty International* (Hrsg), *Racial/Ethnic Profiling: Positionspapier zu menschenrechtswidrigen Personenkontrollen* (2014) 3; *Washington*, *juridikum* 2014, 9.

7. Resümee

Internationale Organisationen wie die OSCE,³¹ die EU-Grundrechteagentur,³² die UN³³, der Europarat³⁴ sowie auch Nichtregierungsorganisationen und Gerichte haben sich bereits gegen die Praktik des Ethnic/Racial Profiling ausgesprochen. Dennoch ist bis dato Großbritannien der einzige Staat in Europa, der systematisch Daten über Polizeikontrollen und ethnische Herkunft erfasst. Anlassfall war die Kritik am Verhalten der britischen Polizei im Falle eines rassistisch motivierten Mordes in den 1990er-Jahren, in deren Folge es zu großen Veränderungen innerhalb der Struktur und Arbeitsweise der Polizei kam.³⁵

Nunmehr werden dort polizeilich durchgeführte Personenkontrollen in einer Datenbank erfasst. Hierbei werden Daten der/des kontrollierenden Beamten/Beamtin, Angaben zur kontrollierten Person und Anlass der Kontrolle protokolliert. Persönliche Daten werden anonymisiert. Angaben in Bezug auf die Ethnie einer kontrollierten Person werden nur dann protokolliert, sofern die Person dies wünscht und ihre ethnische Zugehörigkeit auch selbst definiert. Dadurch wird die Transparenz gefördert. Es ist so möglich nachzuvollziehen, welche Personengruppen verstärkt kontrolliert werden; Betroffene kennen für den Fall einer Beschwerde den entsprechenden Beamten/die entsprechende Beamtin.

Großbritannien kommt auch gerade wegen der Beschwerdemöglichkeit gegen polizeiliches Handeln eine Vorreiterrolle zu. Es wurde eine unabhängige Beschwerdekommision und Menschenrechtskommission, die die Polizeipraxis von Personenkontrollen untersucht, eingerichtet, die strukturell von der Polizei unabhängig sind.³⁶

Auch in Österreich sollten Maßnahmen ergriffen werden, um entschieden gegen Ethnic/Racial Profiling vorzugehen. So sollte bereits bei der Ausbildung von Sicherheitsorganen angesetzt werden. Es ist unbedingt notwendig, dass Beamtinnen und Beamte intensiv mit dem (Anti-)Diskriminierungsrecht vertraut gemacht werden, um eine Sensibilisierung für das Thema an sich, aber auch für die Folgen von Diskriminierungen zu erreichen. Stereotype und Vorurteile sollten bereits im Rahmen der Ausbildung hinterfragt und reflektiert werden.

Die Entscheidung der Behörde, eine Person anzuhalten oder zu durchsuchen, darf bei sonstiger Unrechtmäßigkeit nicht ausschließlich oder überwiegend von rassistischen, eth-

31 www.osce.org/hcnm/32227?download=true (27.7.2015).

32 <http://fra.europa.eu/de/publication/2012/diskriminierendes-ethnic-profiling-erkennen-und-vermeiden> (27.7.2015).

33 www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16172&LangID=E (27.7.2015).

34 www.coe.int/de/web/portal/-/eu-border-control-policies-negatively-affect-human-rights;jsessionid=C67303BCEE19B93COEDD26242017149B (27.7.2015).

35 www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277111/4262.pdf (26.7.2015).

36 *Humanistische Union*, Polizeiarbeit auch ohne ‚Racial Profiling‘? www.humanistische-union.de/nc/publikationen/vorgaenge/online_artikel/online_artikel_detail/back/vorgaenge-201202/article/polizeiarbeit-auch-ohne-racial-profiling/ (24.7.2013); *Eigenbeger*, Aufmerksamkeit für diskriminierende Polizeikontrollen in Deutschland steigt, *vorgänge* 2013, 134-142.

nischen oder religiösen Merkmalen abhängig sein; das Hauptaugenmerk muss auf Faktoren gelegt werden, die einen konkreten Verdacht begründen. Die kontrollierte Person sollte darüber informiert werden, was sie konkret verdächtig gemacht hat, um Missverständnisse im Vorhinein auszuschließen.

Das Verhalten einer Person und nicht ihr Aussehen hat dabei im Mittelpunkt zu stehen.

Mag.^a Daniela Grabovac ist seit ihrer Gründung 2012 die Leiterin der Antidiskriminierungsstelle Steiermark; grabovac@adss.at

Clara Millner ist Diplomandin am Institut für öffentliches Recht in Graz und schreibt ihre Diplomarbeit zum Thema „Ethnic Profiling“; Clara.Millner@gmx.at

Thema: Legistik

Vorwort

Karol Felsner / Ronald Frühwirth / Philipp Hense

Eine juristische Grundannahme ist, dass für die Lösung von zwischenmenschlichen Problemen (institutionelle) Entscheidungen über Recht und Unrecht getroffen werden müssen. Dabei spannt sich ein Feld der Möglichkeiten allem Anschein nach zwischen den Polen *Ermessensspielraum* der Richter_in und detaillierter Determinierung der Entscheidungen durch exakte *Positivierung*. An beiden Polen geht es um das Finden von dem, was wahr oder richtig oder gut und stimmig ist. Rechtssetzung spielt sich dabei jeweils irgendwo zwischen dem Auffinden von abstraktem Recht und seiner konkreten Anwendung ab (eine richterrechtliche Wertgrenze oÄ gehört noch zum abstraktem Bereich, während die Subsumption eines Wertes unter eine Norm die schiere Anwendung ist). *Legistik* ist die Wahl der Form, in der determiniert wird, klassisch also entweder detailliert verschriftlichend oder die Feinrechtsetzung einer Entscheidungsperson mit ihrer größeren Nähe zur Situation und dem Prozess mit seiner Aufarbeitungsfunktion überlassend. Mit der legistischen Richtlinie: „Rechtsvorschriften sind knapp und einfach zu fassen. Jedes überflüssige Wort ist zu vermeiden.“¹ fangen daher die Probleme erst an.

Wie Legistik in Österreich konkret funktioniert und geschieht, wer versucht in Worte zu fassen, was die Legislative zu entscheiden und zu beschließen beabsichtigt, wer darauf wie Einfluss zu nehmen versucht (und damit allenfalls erfolgreich ist), wie es anders laufen könnte und ob das überhaupt wünschenswert ist – mit diesen Fragen befasst sich der Eingangsartikel von *Konrad Lachmayer*.

Der zweite Beitrag des Schwerpunkts stellt einen Gesetzesentwurf dar. Der ursprüngliche Plan war, eine überarbeitete, schlichtere Fassung der StVO zu schaffen und im Zuge dessen ein Konzept darzulegen, wie auch mit weniger Regelungen ein Auslangen gefunden werden könnte. Das Vorhaben der Publikation dieses Entwurfs wird allerdings auf eine spätere Ausgabe verlegt. Der Idee der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs treu bleibend, wurde das Asylgesetz überarbeitet, da das Thema derzeit (wieder) in aller Munde

1 Richtlinie 1 der Legistischen Richtlinien des Bundeskanzleramts (1990), <http://www.bundeskanzleramt.at/site/3513/default.aspx> (3.9.2015).

ist. *Ronald Frühwirth* stellt nun einen überarbeiteten Entwurf des Asylgesetzes vor – knapper, schlichter und fairer sollte das Gesetz ausfallen.

Im dritten Beitrag stellt *Ilse Koza* Überlegungen zu unbestimmten Rechtsbegriffen und ihrer Wirkung am Beispiel des Familienrechts an. Sie kommt dabei zum Schluss, dass die Unbestimmtheit Notwendigkeit einer sich der Sprache bedienenden Disziplin ist.

Daran schließt eine Darstellung der Grenzen der zumutbaren Anstrengungen an, die Rechtsanwender_innen unternehmen müssen, um den Inhalt einer Bestimmung zu ermitteln. *Christoph Kölbl* beschäftigt sich im Hinblick darauf mit dem wegweisenden *Denksporterkenntnis* des VfGH und seinen Nachwirkungen.

Einen direkten Einblick in die legistischen Herausforderungen der Umsetzung einer EU-Richtlinie in nationales Recht gibt *Savina Kalanjs* Artikel. Die Autorin stellt darin legistische Werkzeuge vor und weist auf bestehende Regeln und insbesondere auch auf europäischer Ebene bestehende Kontrollverfahren hin und zeigt schließlich, am konkreten Beispiel der Umsetzung einer unionsrechtlichen Richtlinie zum Vergaberecht in die österreichische Rechtsordnung, die Herausforderung der Arbeit mit verschiedenen Sprachfassungen auf.

Im letzten Beitrag des Schwerpunktes wird schließlich auf einen möglichen Ausbruch aus der zweipoligen Regulierungsmöglichkeit hingewiesen. Die Idee der teilweisen Auslagerung von Rechtssetzung an einen Algorithmus, der aus gesammelten Fakten Kategorien von Menschen bildet, mit denen unterschiedlich verfahren wird, wird präsentiert. *Hans-Georg Eilenberger* und *Karol Felsner* nennen dies empirische Rechtssetzung und orten (bedenkliche) erste Schritte einer Realisierung in der vorgeschlagenen europäischen Richtlinie zur Fluggastdatenverwendung.

Mag.^a Karol Felsner ist Juristin zwischen Wien und Berlin und Redaktionsmitglied des *juridikum*; karol.felsner@chello.at

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwalt in Graz und Redaktionsmitglied des *juridikum*; office@ronald-fruehwirth.at

DI (FH) Philipp Hense studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz und ist Mitherausgeber des *juridikum*; philipp.hense@edu.uni-graz.at

Legistik zwischen Wissen und politischer Entscheidungsfindung

Konrad Lachmayer

1. Herausforderungen für die Legistik

Die Vision der Legistik sind verständliche und klare Gesetze, die es dem/der NormadressatIn ermöglichen nachzuvollziehen, welche normativen Vorgaben die Gesetzgebung dem/der Einzelnen macht.¹ Die historischen Vorbilder aus dem Kodifikationszeitalter des 19. Jhdts werden gern als Beispiele für sprachliche Meisterwerke der Legistik herangezogen. Die Rechtsstaatlichkeit des 20. Jhdts hält die Verständlichkeit der Gesetze hoch² und sieht sie als Teil der Rechtssicherheit an. Die Ideale der Legistik werden heutzutage allerdings in besonderer Weise herausgefordert. Auch wenn noch immer bei zahlreichen Gesetzesprojekten, die durch ExpertInnenkommissionen bzw in der Verwaltung entwickelt werden, ein besonderes Augenmerk auf legistische Vorgaben gerichtet wird, so gestaltet sich die Berücksichtigung der Legistik im Alltag der Gesetzgebung aus unterschiedlichen Gründen zunehmend schwieriger.

Unter großem Zeitdruck müssen mit taktischem Geschick große Quantitäten an Gesetzesmasse durch das Parlament geschleust werden. Die legistische Ausarbeitung leidet oftmals unter diesen Rahmenbedingungen. Die legistischen Richtlinien des Bundeskanzleramts³ stellen zwar klare, richtige und wichtige Verhaltensregeln zur Textgestaltung auf, bleiben aber bedauerlicherweise zu oft unberücksichtigt. Bemühungen wie die wirkungsorientierte Folgenabschätzung⁴ stellen einen bedeutenden Schritt in Richtung einer gesellschaftsbezogenen Gesetzgebung dar, werden aber mehr zu einer administrativen Bürde denn zu einer Grundlage von öffentlichen Diskussionen über Gesetzesentwürfe.

Die Herausforderungen, mit denen Gesetzgebung heute konfrontiert ist, sind mannigfaltig und sollen einleitend an drei Beispielen in aller Kürze illustriert werden: das Einbringen von Gesetzesvorschlägen im Plenum des Parlaments, die Umsetzung von europäischen Richtlinien und die Konzeption von Budgetbegleitgesetzen. Alle drei Beispiele

1 Siehe Schäffer, Über Wert und Wirkungsmöglichkeiten von Legistischen Richtlinien, ÖJZ 1991, 1.

2 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 85f.

3 Siehe www.bundeskanzleramt.at/site/3513/default.aspx (3.9.2015).

4 § 17 BHG.

zeigen die Schwierigkeiten auf, legistische Grundlagen bei der Gesetzwerdung adäquat umzusetzen:

Werden Gesetzesvorschläge, zumeist aus politischen Gründen, erst im Ausschuss oder Abänderungsanträge gar im Plenum⁵ eingebracht, so leidet darunter nicht nur die demokratische Diskussion, sondern auch die Legistik. Gesetzestexte werden unter hohem Zeitdruck schnell formuliert und die Systematik dahinterstehender Gesetze bleibt dabei unberücksichtigt.⁶ Die Umsetzung europäischer Richtlinien folgt aus pragmatischen, aber auch euro-taktischen Gründen oft dem Wortlaut der europäischen Vorgaben, die schon naturgemäß (sollen sie doch für 28 Staaten als Vorlage dienen) die sprachlichen und konzeptionellen Besonderheiten des jeweiligen Mitgliedsstaats nicht berücksichtigen können. Die damit verbundene Formulierung der Gesetze lässt allzu oft eine konzeptionelle aber auch sprachliche Berücksichtigung innerstaatlicher Gegebenheiten vermissen. Schließlich schaffen Massengesetze, wie Budgetbegleitgesetze, alle Ressorts umfassende gesetzliche Änderungen, womit in einem Gesetz bis zu hundert Einzelgesetze teils punktuell teils breitflächig novelliert werden.⁷ Die Kompilation derartiger Gesetzeswerke kann vielmehr als Anti-Kodifikation verstanden werden; steht doch der fragmentierte Charakter der Gesetzesänderungen im Vordergrund – unter gleichzeitiger Vernachlässigung der systematischen Zusammenschau.

Der folgende Beitrag möchte unterschiedliche Gedanken zu Legistik zwischen Wissen und politischer Entscheidungsfindung formulieren, um die beschriebenen Herausforderungen zu thematisieren und Vorschläge zu entwickeln, wie legistischen Überlegungen unter den Bedingungen des 21. Jhdts eine größere Bedeutung eingeräumt werden könnte. Dem Finden von Generallösungen oder auch einem Vorschlag von Pauschalkonzepten zwecks Adressierung dieser Problemzonen muss bereits am Anfang dieses Beitrages eine Absage erteilt werden. Es erscheint ebenso wenig zielführend, den Gesamtzustand der Entwicklung der Gesetzgebung zu beklagen oder in den „guten alten Zeiten“ das Glück zu suchen. Es soll vielmehr ein Versuch unternommen werden, durch unterschiedliche Ansatzpunkte die tieferliegenden Spannungsfelder der Legistik zwischen fachlichem und rechtlichem Wissen einerseits, und politischer Entscheidungsnotwendigkeit andererseits zu verorten.

2. Funktion der Legistik und deren Bedeutungsverlust

Zu allererst ist festzuhalten, dass legistische Maßnahmen nicht politische Entscheidungsfindung und Willensbildung vorweg nehmen können. Inhaltliche Ausrichtung,

5 Siehe etwa den Fall des § 145b LFG sowie dazu die StPNR vom 13.7.2006, 22. GP 78.

6 Man denke etwa an die Sternstunde des Parlaments, siehe dazu http://diepresse.com/home/bildung/universitaet/413743/Nationalrat_Sondersitzung-mit-Hindernissen (3.9.2015).

7 Siehe dazu *Steiner*, Sammelgesetze und -novellen, in FS Lachmayer (2014) 627; *Willi*, Das Problem des „Sammelgesetzes“ vor dem Hintergrund der maßgeblichen „Baugesetze“ der österreichischen Bundesverfassung, ZÖR 2008, 321.

themenspezifischer Sachverstand und rechtliches Systemwissen gehen der Legistik voraus bzw begleitet die Legistik derartige Prozesse. Der Ansatzpunkt der Legistik ist demgegenüber bescheiden. Es steht die systematische Integration des neuen Gesetzestextes im Vordergrund. Dies betrifft sowohl begriffliche Konsistenz, sprachliche Formulierungen, systematische Strukturen und einen Blick für das Gesamtkonzept, sowie die Einbettung in die Rechtsordnung insgesamt.

Diese – in Hinblick auf die weiteren Vorgaben für die Erstellung eines Gesetzestextes bescheidenen bzw nachrangigen – Vorgaben erweisen sich als immer schwieriger umzusetzen. Der erste und entscheidende Mangel besteht in dem mangelnden Bewusstsein für legistische Potenziale. Diesem fehlenden Bewusstsein folgt die mangelnde Kenntnis bzw Kompetenz, derartige legistische Maßnahmen im Gesetzgebungsprozess zu ergreifen. Darüber hinaus ist aber auch die Bereitschaft, Legistik zu berücksichtigen teilweise verloren gegangen. Im Gegenteil wirkt es zuweilen politisch gewollt, sprachlich und strukturell unzugängliche Regelungen zu schaffen. Schließlich ist es aber auch eine pragmatische Gleichgültigkeit, die den legistischen Zusatzaufwand verhindert. Aus den langfristigen Effekten guter Legistik für die Rechtssicherheit und Zugänglichkeit einer Rechtsordnung lässt sich kurzfristig kein politischer Erfolg medial verwerten.

3. Die Stärkung der legistischen Kompetenzen des Parlaments

Unternimmt man den Versuch, legistische Kompetenzen im Gesetzgebungsprozess zu identifizieren, so liegt dieser primär in der Ministerialverwaltung. Das Zentrum ministerieller Legistik befindet sich dabei im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst,⁸ der nicht nur die Verfassungskonformität der Gesetzesentwürfe überprüft, sondern auch den Ministerien legistische Grundsatzkompetenz zur Verfügung stellt. Demgegenüber steht aber dem Parlament, das die politische Entscheidungsfindung und Willensbildung im Gesetzgebungsprozess repräsentiert, in Hinblick auf die Gesetzesentwürfe im gleichen Ausmaß weder Fachwissen noch entsprechende Legistikkompetenz zur Verfügung.

In diesem Zusammenhang bestehen immer wieder Überlegungen, inwieweit die Parlamentsverwaltung, konkret die Parlamentsdirektion, strukturell gestärkt werden sollte, um den Abgeordneten entsprechendes fachliches, rechtliches und legistisches Wissen zur Verfügung zu stellen. Auf diese Weise können die ParlamentarierInnen ermächtigt werden, ihre Willensbildung auf fundierte Grundlagen zu stellen. Die monarchische Tradition der Ansiedelung derartiger Kompetenzen im Zentrum der Ministerialverwaltung ist allerdings noch kein guter Grund für eine Beibehaltung des bestehenden Systems.⁹

8 *Lienbacher*, Der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt, in *Akyürek et al* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, in FS Schäffer (2006) 427; *ders*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, 71 VVdStRL (2012) 7 (40f).

9 Siehe *Lachmayer*, Eine Sprache, zwei Rechtskulturen: deutsches und österreichisches Verfassungsrechtsdenken, in: *Kischel* (Hrsg), Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven (2014) 65.

Bei näherer Betrachtung gilt es allerdings zu differenzieren. Ein verstärktes Kompetenzzentrum in der Parlamentsdirektion ist aus vielfältiger Perspektive sinnvoll.¹⁰ Auf diese Weise wäre es möglich, den Abgeordneten, die oftmals über ein Gesetz abstimmen müssen, dessen inhaltliche Dimensionen sie aber nur begrenzt erfassen können,¹¹ weitergehende Informationen zur Verfügung zu stellen. In diesem Zusammenhang könnten etwa auch rechtliche und legistische Verbesserungsvorschläge in die parlamentarische (Ausschuss-)Arbeit einfließen. Eine derartige institutionelle Verankerung wäre vor allem auch für die Oppositionsparteien vorteilhaft, da diese von den Wissensressourcen der Ministerien abgeschnitten sind.¹² Auf diese Weise könnten sie eigene Gesetzeskonzepte besser entwickeln und Gesetzesentwürfe der Regierung effektiver bewerten und diskutieren.

Es gilt aber auch umgekehrt zu betonen, dass das Parlament nicht der Ort des Verfassens neuer Gesetzestexte sein muss.¹³ Eine zu vorschnelle Kritik an der Konzeption der Regierungsvorlagen und dem Verfassen von Ministerialentwürfen übersieht, dass die Alternative dazu oftmals nicht das Verfassen von Gesetzeswerken und Novellen durch parlamentarische Abgeordnete ist, sondern vielmehr die Arbeit von LobbyistInnen oder ExpertInnen, die sodann den Abgeordneten entsprechende Gesetzesentwürfe zur Verfügung stellen. Als signifikantes Beispiel dafür seien die Gesetzgebungsprozesse auf europäischer Ebene genannt. Der Legistik ist mit derartigen Vorgehensweisen typischerweise auch nicht geholfen.

4. Die Stärkung der legistischen Kompetenzen der Verwaltung

In einem traditionellen Rollenverständnis übernimmt die Verwaltung die Legistik im Gesetzgebungsprozess.¹⁴ Die Möglichkeiten der Ministerialverwaltung, selbst legistisch tätig zu werden, werden aber zunehmend geringer. Die Ursachen dafür liegen – wie eingangs ausgeführt – etwa in einem immer größer werdenden Zeitdruck, politischem Misstrauen gegenüber der Verwaltung, europäischen Umsetzungsnotwendigkeiten und letztlich auch in der Einsparungspolitik, die die Anzahl der Legisten in der Bundesver-

10 Man denke auch an die Rechtsvergleichung; siehe *Lachmayer*, Verfassungsvergleichung und Gesetzgebung – System, JRP 2013, 98.

11 Es gilt an dieser Stelle zu betonen, dass es auch nicht Aufgabe eines/einer Abgeordneten ist, Fachkompetenz in allen Materien zu besitzen. Im Gegenteil: die demokratische Wahl soll es einer breiten Bevölkerung ermöglichen, gewählt zu werden und im Parlament repräsentiert zu sein; zu den Gefahren der Expertokratie siehe schon *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Band I Der Zauber Platons⁸ (2003).

12 *Konrath*, Parlamentarismus zwischen Recht und Politik, in *Ehs et al* (Hrsg), Politik und Recht. Spannungsfelder der Gesellschaft (2012) 107 (121ff) spricht vom Handlungsverbund zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit.

13 Auch wenn er dies sein kann. In diesem Sinne steht es den ParlamentarierInnen ja auch offen, eigene Gesetzesvorschläge in das Parlament einzubringen.

14 Siehe etwa *Neisser*, Bürokratieapparat und Verwaltungshandeln zwischen Politik und Recht, in *Ehs et al* (Hrsg), Politik 173 (183f), der von BeamtInnen als „Gatekeeper im Gesetzgebungsprozess“ spricht.

waltung Schritt für Schritt reduziert. Daraus ergibt sich verstärkt die Situation, dass auch externe Personen die Erstellung von Gesetzesentwürfen übernehmen; wobei dies oft über eine bloße Einbindung in ExpertInnenkommissionen weit hinausgeht.

Gesetzestexte haben keine Herkunftsbezeichnung; eine Regierungsvorlage, basierend auf einem Ministerialentwurf, scheint von der Verwaltung verfasst; so einfach ist der Entstehungsprozess von Gesetzen aber oftmals nicht. Regelmäßig sind die VerfasserInnen der Gesetzestexte aber ganz andere Personen als die BeamtenInnen der ministeriellen Legistikabteilungen. Die Möglichkeiten sind dabei beinahe unbegrenzt: von wissenschaftlichen ExpertInnen oder politischen Parteiangehörigen, über nachgeordnete Dienststellen, staatliche Selbstverwaltungskörper, private Vereine, RechtsanwältInnen, UnternehmensvertreterInnen, BeraterInnen (jeder Art) oder LobbyistInnen gibt es eine große Anzahl von Personen, die Gesetzesentwürfe entwickeln. Eben solche Personen-Gruppen werden sodann auch zur Überarbeitung und Veränderung von bestehenden Gesetzesentwürfen herangezogen.

Eine rechtliche Ausbildung ist dabei nicht erforderlich; sprachliche Sensibilität ist oftmals nicht gegeben und legistische Richtlinien sind in vielen Fällen nicht bekannt. Es wird damit aus einer Mischung von Interessen, Expertise (in welchen Sachmaterien auch immer) und rechtlicher sowie legistischer (Un-)Kenntnis heraus an Gesetzesentwürfen gearbeitet. Die damit verbundene Pluralität der Mitwirkenden mag aus einer demokratischen Perspektive vielleicht begrüßenswert wirken, soll aber nicht über die elitäre Konzeption, die mangelnde Transparenz, die fehlenden Kompetenzen sowie das Desinteresse an guter Legistik hinwegtäuschen. Der scheinbare Zeitdruck und die damit verbundene vorgebliche Notwendigkeit schneller Gesetzesproduktion, die mediale (Nicht-)Vermarktbarkeit von Gesetzesvorhaben als Antriebs- oder Verhinderungskraft von Gesetzesvorhaben lassen also rasch über derartige Defizite der Entstehung von Gesetzesentwürfen hinwegsehen.

Legistik als ein Konzept des Nachdenkens und der Muße ist etwas, das in einer schnelllebigen Zeit zunehmend an Bedeutung verliert. Der Bedarf an einer konzeptionellen und sprachlichen Qualität der Gesetze erscheint aufgrund der stetig sinkenden Halbwertszeit der Geltung von Gesetzen ohnedies nicht sehr groß. Dem permanente Wandel von Gesetzestexten steht dabei als Kontinuität die schlechte legistische Qualität eben dieser Texte gegenüber.

Der Ort für Legistik ist aufgrund der vielfältigen GesetzestextproduzentInnen ebenfalls verloren gegangen. Insoweit wäre eine Stärkung der legistischen Kompetenzen innerhalb der Verwaltung ein wichtiger und zielführender Weg, um die Qualität von Gesetzen strukturell zu verbessern. Damit verbunden sind aber auch entsprechende Weiterbildungsmaßnahmen sowie strukturelle Sensibilisierungsmaßnahmen erforderlich, um eine nachhaltige Integration der Legistik als zentralen Wert im Gesetzgebungsprozess zu garantieren.

5. Legistische Kompetenzen und direkt-demokratische Gesetzesinitiativen

Die Bedeutung der Kompetenz, Gesetzestexte (welcher Qualität auch immer) zu verfassen, soll indes nicht unterschätzt werden. Auch direkt-demokratische Gesetzesinitiativen setzen voraus, dass der aktiven Bevölkerung Personen zur Verfügung stehen, die in der Lage sind, entsprechende Gesetzestexte sinngerecht zu formulieren. Es kann nämlich der Bevölkerung nicht zugesonnen werden, die Kompetenz zum Verfassen von Gesetzesentwürfen selbst zu besitzen. Legistische Fähigkeiten, die JuristInnen zwar nicht für sich monopolisieren können, aber dennoch eine gewisse rechtliche, sprachliche und systematische Kompetenz verlangen, stellen eine demokratische Eintrittshürde dar, um Gesetze zu initiieren. Insoweit soll es auch kein Monopol der Verwaltung oder des Parlaments geben; es sind diese Kompetenzen vielmehr auch jenen Personen zu Verfügung zu stellen, die ein Interesse an der Formulierung eines Gesetzestextes besitzen.

Die legistische Kompetenz im engeren Sinne, nämlich nicht irgendeinen Text, sondern einen solchen Gesetzestext zu formulieren, der auch den Anspruch verfolgt, klare, verständliche und systematische Gesetze zu entwickeln, steht dabei oftmals nicht im Vordergrund, ja es ist diese besondere Kompetenz auch häufig gar nicht bekannt. Je weiter die ProtagonistInnen eines Gesetzesentwurfes von professioneller Gesetzeserstellung entfernt sind, umso weniger Kenntnis besteht hinsichtlich legistischer Konzepte. Auch hier fehlt es am Angebot und an Information über Legistik, die in der Öffentlichkeit ein Schattendasein führt.

6. Zur Notwendigkeit der Legistik jenseits der Gesetzgebung

Bei all der Diskussion über die Bedeutung von Legistik im Gesetzgebungsprozess sollen aber nicht Entwicklungen übersehen werden, die machtbezogene Entscheidungsprozesse insgesamt vom Parlament und damit vom Gesetzgebungsprozess entfernen. Unter dem nicht illegitimen Schlagwort der De-Regulierung¹⁵ werden oftmals Regelungen nicht abgeschafft, sondern verlagert.¹⁶ Dies kann etwa von der Gesetzgebung auf die Verwaltung erfolgen, aber ebenso weg von der staatlichen Rechtssetzungstätigkeit hin zu privaten Regelwerken, die in unterschiedlichen Formen immer mehr zunehmen.¹⁷ Durch europäische Rechtsentwicklungen gefördert, entstehen dabei Verhaltenskodizes, „Normen“ und andere private Regelwerke, die durch Vereine, Unternehmen oder andere „Institutionen“ erstellt, vertrieben und kontrolliert werden.¹⁸ Diese übernehmen gesetzgeberische Aufgaben, wobei sie oftmals viel detailliertere Bestimmungen beinhalten

15 So sind ParlamentarierInnen im Jahresdurchschnitt mit mehr Seiten an zu beschließenden Gesetzestext konfrontiert, als sie realistischer Weise lesen können.

16 Siehe *Steiner*, Normung aus der Sicht der Deregulierung, ZTR 2015, 2.

17 Siehe *Fuchs et al* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015).

18 Siehe *Lachmayer*, Technokratische Rechtssetzung Privater, *juridikum* 2013, 109.

– entgegen den ursprünglich erhobenen Forderungen der De-Regulierung. Eine Überprüfung derartiger Regelwerke auf „legistische Standards“ ist zwar nicht das zentrale Problem;¹⁹ es soll aber als eine wichtige Herausforderung für die zukünftigen Rechtsentwicklungen nicht unterschätzt werden. Durch die wachsende Bedeutung dieser privaten Regelwerke sind Einzelne oftmals in nicht geringerem Ausmaß – etwa von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – betroffen als von gesetzlichen Regelungen.²⁰ An der Verständlichkeit und Klarheit mangelt es aber auch oft in diesem Bereich. „Legistische“ Vorgaben für private Rechtssetzung bestehen indes nicht.

7. Schlussfolgerungen und Ausblick

7.1. Legistik im post-modernen Staat des 21. Jhdts

Der Gesetzgebungsprozess ist im post-modernen Staat zwischen europäischen und internationalen Vorgaben einerseits, und privatem, interessenbezogenem Einfluss andererseits dennoch das Herzstück demokratischer Entscheidungsfindung. Das komplexe Zusammenwirken unterschiedlicher AkteurInnen geht dabei weit über das klassische Modell österreichischer Sozialpartnerschaft hinaus.²¹ Die nationale Gesetzgebung auf Bundesebene ist institutionell, rechtlich und prozessual in ein komplexes Netzwerk von AkteurInnen verstrickt. Dies ist aber nicht *per se* als negative Entwicklung zu bewerten, sondern als Teil einer post-modernen Gesellschaft jenseits klassischer Staatlichkeit zu verstehen.²² Eindeutige Zuordnungen sind dabei zunehmend schwieriger.

In diesem Sinne ist der Gesetzgebungsprozess als arbeitsteiliges Vorgehen unterschiedlicher Personen und Institutionen zu begreifen. Dabei werden die für diesen Prozess notwendigen unterschiedlichen Kompetenzen, wie sowohl (fachliches, rechtliches, legistisches) Wissen als auch politische Entscheidungsfindung, von zahlreichen AkteurInnen eingebracht. Die Verfassung spiegelt den damit verbundenen Prozess und die involvierten AkteurInnen nur mehr in einem sehr begrenzten (wenn auch rechtlich relevanten) Bereich wider.

Für die Legistik bedeuten diese Entwicklungen nicht die bedauernde Einsicht des Verlusts an Bedeutung, sondern die Notwendigkeit, diesem Zustand der Komplexität gerecht zu werden. Diesem konstruktiven Gedanken folgend sollen abschließend konkrete Verbesserungspotenziale vorgestellt werden.

19 Diese betreffen vielmehr Fragen der demokratischen Legitimation und der Rechtsstaatlichkeit.

20 Radin, Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law (2014).

21 Siehe Táló, Sozialpartnerschaft, in *Dachs/Gerlich/Gottweis/Kramer/Laubert/Müller/Táló* (Hrsg), Politik in Österreich. Das Handbuch (2006) 425.

22 Siehe dazu etwa Crouch, Postdemokratie (2008).

7.2. Verbesserungspotenziale: Transparenz, Ausbildung und Qualitätskontrolle

Um legistischen Überlegungen eine größere Bedeutung zumessen zu können, bedarf es – bevor Überlegungen hinsichtlich institutioneller Verstärkungen, etwa im Parlament, angestellt werden können – grundlegender Rahmenbedingungen, die die Realitäten des Gesetzgebungsprozesses stärker berücksichtigen. Abschließend sollen daher drei Verbesserungsvorschläge in den Mittelpunkt gerückt werden: die Transparenz der Mitwirkenden beim Verfassen von Gesetzestexten, das Zur-Verfügung-Stellen einer legistischen Ausbildung und eine verstärkte Qualitätskontrolle der Legistik während des und nach dem Gesetzgebungsprozess.

Wie im Beitrag ausgeführt, werden Gesetzestexte von sehr unterschiedlichen Personengruppen erstellt. Diese Entwicklung gilt es aber nicht zu bekämpfen, sondern vielmehr transparent zu machen. Wie etwa Wikipedia die Beteiligten am Entstehungsprozess eines Beitrages offenlegt, so wäre es ein großer demokratischer Fortschritt, die Beteiligten am Gesetzeswerdungsprozess verstärkt bekanntzugeben. Eine schrittweise Verbesserung der diesbezüglichen Transparenz birgt viel Potenzial in sich. Erst wenn jene AkteurInnen bekannt sind, die Gesetzestexte verfassen, können diese auch in Hinblick auf legistisches Bewusstsein adressiert werden.

Als zweiter Schritt bedarf es aber auch der verstärkten Möglichkeiten, legistische Kompetenzen zu erwerben, die sich nicht nur durch die bloße Lektüre legistischer Richtlinien von selbst erschließen. Eine Form der legistischen Ausbildung kann dabei helfen, nicht nur Bewusstsein für Legistik zu schaffen, sondern auch die notwendigen Kompetenzen zu vermitteln. Eine derartige Ausbildung muss nicht Ausmaße eines postgradualen Studiums einnehmen, sondern kann auch durch mehrtägige Kurse bewerkstelligt werden. Diese würden zum *status quo* bereits eine signifikante Verbesserung darstellen. Entscheidend ist dabei aber auch, dass sich derartige Bildungsangebote nicht nur an JuristInnen und VerwaltungsbeamtenInnen, sondern generell an Personen aber auch EntscheidungsträgerInnen richten, die im Alltag mit dem Verfassen von Gesetzestexten befasst sind.

Als dritter Schritt könnte die bestehende Qualitätskontrolle der Gesetzesentwürfe im Gesetzgebungsprozess verstärkt werden. Eine derartige Kontrolle findet etwa bereits jetzt im Begutachtungsverfahren von Ministerialentwürfen durch die Rückmeldung der interessierten Kreise statt. Dabei ist insbesondere auf die Stellungnahmen des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes hinzuweisen, die die legistischen Richtlinien detailliert prüfen. Eine Überprüfung, ob die legistischen Vorschläge tatsächlich in dem vom Parlament beschlossenen Gesetz berücksichtigt wurden, findet sodann aber nicht mehr statt. Auch hier gäbe es Potenziale, verstärkt legistische Anliegen im konkreten Gesetzgebungsprozess zu berücksichtigen. Welche institutionellen AkteurInnen diese Aufgaben sodann übernehmen (etwa Parlamentsdirektion oder Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst), erscheint letztlich zweitrangig.

Abschließend sei betont, dass eine bessere Legistik nicht nur positive rechtsstaatliche Effekte auf die Zugänglichkeit von Recht für den/die Einzelne/n hat, sondern auch für die demokratischen Entscheidungen von entscheidender Bedeutung ist. Die öffentliche Diskussion über rechtliche Inhalte bereits im Gesetzgebungsprozess, aber auch nach Inkraft-Treten der Gesetze, hängt wesentlich davon ab, ob die rechtlichen Inhalte auch verständlich sind. Ohne klare Gesetzestexte ist die Wahrscheinlichkeit einer verzerrten Diskussion über rechtliche Reformvorhaben sehr groß. Die öffentliche Bewertung der parlamentarischen Arbeit stellt aber wiederum eine zentrale Voraussetzung für die nächsten Parlamentswahlen dar. Insoweit wirkt sich gute Legistik letztlich positiv auf die Demokratie insgesamt aus.

Priv.-Doz. Dr. Konrad Lachmayer ist selbstständiger Wissenschaftler in Wien. Er forscht an der Ungarischen Akademie der Wissenschaften und der Durham Law School; konrad@lachmayer.eu

Asylgesetz 2015 – Ein Entwurf

Ronald Frühwirth

Das derzeitige AsylG stammt aus dem Jahr 2005. Es ist seit Ende des 2. Weltkrieges die 4. Kodifikation eines Asylgesetzes in Österreich. Die Anzahl der Paragraphen ist dabei stark angestiegen. Verfügte das AsylG 1968 noch über 13, das AsylG 1991 über 28, das AsylG 1997 über 46, wies das AsylG 2005 in der Stammfassung 75 Paragraphen auf. Was hat das AsylG zu regeln? Es hätte zu klären, wann und unter welchen Voraussetzungen Personen das Recht auf Gewährung internationalen Schutzes zukommt. Das bezieht sich sowohl auf die Gewährung von Asyl iSd Genfer Flüchtlingskonvention, als auch auf Gewährung sog subsidiären Schutzes, sprich von Schutz vor Refoulement – also der Hintanhaltung einer Außerlanderschaffung, die zu einer Verletzung elementarer Grundrechte wegen verheerender Zustände im Herkunftsstaat führen könnte. Weiters bedarf es verfahrensrechtlicher Bestimmungen, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen ein Antrag gestellt werden kann, Formvorschriften, Rechtsmittelmöglichkeiten, Entscheidungsfristen etc. Viel mehr muss in einem AsylG nicht normiert werden. Der vorliegende Entwurf basiert auf dem AsylG 2005. Es wurde keine neue Textierung oder Aneinanderreihung von Paragraphen vorgenommen, sondern der Versuch unternommen, allein mit Streichungen und wenigen Anmerkungen das Auslangen zu finden. Dieser Gesetzesentwurf ist deutlich schlanker als die derzeit in Geltung befindliche Fassung, konkret um zirka die Hälfte der Zeichenzahl. Herausgestrichen wurden Angelegenheiten, die mit der Materie Asyl eigentlich nichts zu tun haben, wie die Bestimmungen zum humanitären Bleiberecht.

Der Entwurf verfolgt eine rechtspolitische Agenda. Das Gesetz wurde um all diejenigen Bestimmungen gekürzt, die Asylsuchenden unnötige Steine in den Weg und übertriebene Strenge und Anforderungen an deren Vorbringen an den Tag legen oder eine zu leichtfertige Aberkennung des Schutzstatus wegen Straffälligkeit normieren. Personen, die nicht außer Landes gebracht werden können, das Aufenthaltsrecht zu streichen und sie damit in prekäre Lebensverhältnisse zu drängen, bringt mehr Probleme als Lösungen. Weiters ermöglicht der Entwurf durch simple Anpassungen die schriftliche Asylantragstellung bzw die Antragstellung aus dem Ausland. Hinzu kommt, dass die Unzuständigkeitsregeln gestrichen wurden. Durch die Streichung der entsprechenden Passagen gibt es keine Bestimmungen, die die Dublin III VO der EU umsetzen. Menschen sollten das Recht haben, frei zu wählen, in welchem Staat sie Schutz vor Verfolgung suchen wollen und nicht mehr von einem Staat in den anderen hin- und hergeschoben werden. Konzepte wie Drittstaatssicherheit und innerstaatliche Fluchtalternative fielen ebenso Streichungen zum Opfer. Niemand braucht diese Konstrukte. Sie führen nur dazu, dass

Asylverfahren zu hochkomplexen Verwaltungsverfahren werden, deren Durchführung großen Fach- und Sachverstand erfordert. Dies überfordert die Betroffenen, die mit dem Vollzug betrauten Behörden und Gerichte und blockiert unfassbar viele Ressourcen. Das Asylrecht sollte keine hochkomplexe Fachmaterie, sondern einfach zugänglich sein. Derzeit müssen mit hohem Aufwand viele Rechtsfragen geklärt werden, die de facto für die Betroffenen bedeutende Schwierigkeiten mit sich bringen. Verwaltung und die Gerichtsbarkeit wären massiv entlastet, gäbe es weniger derart aufwändige Verfahren und könnten sich auf die Auseinandersetzung mit inhaltlichem Fluchtvorbringen konzentrieren anstatt Zuständigkeits- und verfahrensrechtlichen Fragen zu klären.

Die dadurch erreichte Entlastung würde allen in dem Bereich tätigen Akteur_innen behilflich sein. Der nachstehende Entwurf versteht sich daher als Vorschlag, die Materie short and simple zu halten, Asylsuchenden keine Hürden in den Weg zu legen und Ressourcen aller zu schonen.

Hier nun der Entwurf:¹ Streichungen sind zT ersichtlich, nur bei längeren Passagen wird auf die Streichungen hingewiesen; Hinzufügungen sind unterstrichen. Die Übergangs- und Schlussbestimmungen werden nicht abgedruckt.

1. Hauptstück Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt

1. die Zuerkennung und die Aberkennung des Status des Asylberechtigten und des subsidiär Schutzberechtigten an Fremde in Österreich;
2. in welchen Fällen eine Entscheidung nach diesem Bundesgesetz mit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gemäß dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, zu verbinden ist;
3. ~~die Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen;~~
4. die besonderen Verfahrensbestimmungen zur Erlangung einer Entscheidung gemäß Z 1 bis 3.

Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

1. die Genfer Flüchtlingskonvention: die Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, in der durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Jänner 1967, BGBl. Nr. 78/1974, geänderten Fassung;
2. die EMRK: die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958;
3. das Protokoll Nr. 6 zur Konvention: das Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, BGBl. Nr. 138/1985;

1 Die Gelegenheit könnte freilich genutzt werden, um geschlechtergerechten Sprachgebrauch im Gesetz zu verwenden.

4. das Protokoll Nr. 11 zur Konvention: das Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus, BGBl. III Nr. 30/1998;
5. das Protokoll Nr. 13 zur Konvention: das Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, BGBl. III Nr. 22/2005;
6. der EU-Vertrag: der Vertrag über die Europäische Union in der Fassung BGBl. III Nr. 132/2009;
7. das Dublin Übereinkommen: das am 15. Juni 1990 in Dublin unterzeichnete Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags, BGBl. III Nr. 165/1997;
8. die Dublin-Verordnung: die Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABL. L 180 vom 29.06.2013, S. 31;
9. die Statusrichtlinie: die Richtlinie 2011/95/EU über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes; ABL. L 337 vom 20.12.2011, S. 9;
10. die Grundversorgungsvereinbarung: die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich, BGBl. I Nr. 80/2004;
11. Verfolgung: jede Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 9 Statusrichtlinie bzw des Art. 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention;
12. ein Verfolgungsgrund: ein in Art. 10 Statusrichtlinie genannter Grund;
13. ein Antrag auf internationalen Schutz: das – auf welche Weise auch immer artikuliert – Ersuchen eines Fremden ~~in Österreich~~, sich dem Schutz Österreichs unterstellen zu dürfen; der Antrag gilt als Antrag auf Zuerkennung des Status des Asylberechtigten und bei Nichtzuerkennung des Status des Asylberechtigten als Antrag auf Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten;
14. ein Asylwerber: ein Fremder ab Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz bis zum rechtskräftigen Abschluss, zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens;
15. der Status des Asylberechtigten: das dauernde Einreise- und Aufenthaltsrecht, das Österreich Fremden nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gewährt;
16. der Status des subsidiär Schutzberechtigten: das vorübergehende, verlängerbare Einreise- und Aufenthaltsrecht, das Österreich Fremden nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gewährt;
17. ein Herkunftsstaat: der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Fremde besitzt, oder – im Falle der Staatenlosigkeit – der Staat seines früheren gewöhnlichen Aufenthaltes;
18. ein Mitgliedstaat: jeder Staat, der Vertragspartei des EU-Vertrages (Z 6) ist;

19. ein EWR-Staat: jeder Staat, der Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) ist;
20. ein Drittstaat: jeder Staat, außer ein Mitgliedstaat des EWR-Abkommens oder die Schweiz;
- 20a. Fremder: wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt;
- 20b. Drittstaatsangehöriger: ein Fremder, der nicht EWR-Bürger oder Schweizer Bürger ist;
- 20c. begünstigter Drittstaatsangehöriger: ... (*gestrichen, nicht notwendig*)
21. EWR-Bürger: jedermann, der Staatsangehöriger eines EWR-Staates (Z 19) ist;
22. Familienangehöriger: wer Elternteil eines minderjährigen Kindes, Ehegatte oder zum Zeitpunkt der Antragstellung minderjähriges lediges Kind eines Asylwerbers oder eines Fremden ist, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten oder des Asylberechtigten zuerkannt wurde, ~~sofern die Ehe bei Ehegatten bereits im Herkunftsstaat bestanden hat~~, sowie der gesetzliche Vertreter der Person, der internationaler Schutz zuerkannt worden ist, wenn diese minderjährig und nicht verheiratet ist; ~~sofern dieses rechtserhebliche Verhältnis bereits im Herkunftsland bestanden hat~~; dies gilt weiters auch für eingetragene Partner ~~sofern die eingetragene Partnerschaft bereits im Herkunftsstaat bestanden hat~~;
- ~~23. ein Folgeantrag: jeder einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Antrag;~~
24. Zivilperson: jede Person, die Teil der Zivilbevölkerung im Sinne der Art. 50 Abs. 1 des Zusatzprotokolls vom 10. Dezember 1977, BGBl. Nr. 527/1982, zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, BGBl. Nr. 155/1953, ist;
- ~~25. multifaktorielle Untersuchungsmethodik: ein auf drei individuellen medizinischen Untersuchungen (insbesondere körperliche, zahnärztliche und Röntgenuntersuchung) basierendes Modell zur Altersdiagnose nach dem Stand der Wissenschaft;~~
26. eine Patenschaftserklärung: ... (*gestrichen, nicht notwendig*)
27. eine aufenthaltsbeendende Maßnahme: eine Rückkehrentscheidung (§ 52 FPG), eine Anordnung zur Außerlandesbringung (§ 61 FPG), eine Ausweisung (§ 66 FPG) und ein Aufenthaltsverbot (§ 67 FPG).
- (2) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind erkennungsdienstliche Daten: Lichtbilder, Papillarlinienabdrücke der Finger, äußerliche körperliche Merkmale und die Unterschrift.
- (3) Ein Fremder ist im Sinne dieses Bundesgesetzes straffällig geworden, wenn er ~~1.~~ wegen einer vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die in die Zuständigkeit des Landesgerichtes fällt, rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt worden ist.

2. Hauptstück

Status des Asylberechtigten und des subsidiär Schutzberechtigten

1. Abschnitt

Status des Asylberechtigten

§ 3. (1) Einem Fremden, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, ist ~~soweit dieser Antrag nicht bereits gemäß §§ 4, 4a oder 5 zurückzuweisen ist~~, der Status des Asylberechtigten zuzuerkennen, wenn glaubhaft ist, dass ihm im Herkunftsstaat Verfolgung im Sinne des Art. 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht.

(2) Die Verfolgung kann auch auf Ereignissen beruhen, die eingetreten sind, nachdem der Fremde seinen Herkunftsstaat verlassen hat (objektive Nachfluchtgründe) oder auf Aktivitäten des Fremden beruhen, die dieser seit Verlassen des Herkunftsstaates gesetzt hat, die insbesondere Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung sind (subjektive Nachfluchtgründe). ~~Einem Fremden, der einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23) stellt, wird in der Regel nicht der Status des Asylberechtigten zuerkannt, wenn die Verfolgungsgefahr auf Umständen beruht, die der Fremde nach Verlassen seines Herkunftsstaates selbst geschaffen hat, es sei denn, es handelt sich um in Österreich erlaubte Aktivitäten, die nachweislich Ausdruck und Fortsetzung einer bereits im Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung sind.~~

(3) Der Antrag auf internationalen Schutz ist bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abzuweisen, wenn

1. dem Fremden eine innerstaatliche Fluchtalternative (§ 11) offen steht oder
2. der Fremde einen Asylausschlussgrund (§ 6) gesetzt hat.

(5) Die Entscheidung, mit der einem Fremden von Amts wegen oder auf Grund eines Antrags auf internationalen Schutz der Status des Asylberechtigten zuerkannt wird, ist mit der Feststellung zu verbinden, dass diesem Fremden damit kraft Gesetzes die Flüchtlings-eigenschaft zukommt.

Internationaler Schutz von Amts wegen

§ 3a. Einem Fremden ist von Amts wegen und ohne weiteres Verfahren der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wenn sich die Republik Österreich völkerrechtlich dazu verpflichtet hat.

2. Abschnitt Unzuständigkeit Österreichs Drittstaatsicherheit

§ 4. ... *(gestrichen, nicht notwendig)*

Schutz im EWR-Staat oder in der Schweiz

§ 4a. ... *(gestrichen, nicht notwendig)*

Zuständigkeit eines anderen Staates

§ 5. ... *(gestrichen, nicht notwendig)*

3. Abschnitt Ausschluss von der Zuerkennung und Aberkennung des Status des Asylberechtigten Ausschluss von der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten

§ 6. (1) Ein Fremder ist von der Zuerkennung des Status eines Asylberechtigten ausgeschlossen, wenn

1. und so lange er Schutz gemäß Art. 1 Abschnitt D der Genfer Flüchtlingskonvention genießt;

2. einer der in Art. 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Ausschlussgründe vorliegt;
 3. aus stichhaltigen Gründen angenommen werden kann, dass der Fremde eine Gefahr für die Sicherheit der Republik Österreich darstellt, oder
 4. er von einem inländischen Gericht wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden ist und wegen dieses strafbaren Verhaltens eine Gefahr für die Gemeinschaft bedeutet. Einer Verurteilung durch ein inländisches Gericht ist eine Verurteilung durch ein ausländisches Gericht gleichzuhalten, die den Voraussetzungen des § 73 StGB, BGBl. Nr. 60/1974, entspricht.
- (2) Wenn ein Ausschlussgrund nach Abs. 1 vorliegt, kann der Antrag auf internationalen Schutz in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten ohne weitere Prüfung abgewiesen werden. § 8 gilt.

Aberkennung des Status des Asylberechtigten

§ 7. (1) Der Status des Asylberechtigten ist einem Fremden von Amts wegen mit Bescheid abzuerkennen, wenn

1. ein Asylausschlussgrund nach § 6 vorliegt;
2. einer der in Art. 1 Abschnitt C der Genfer Flüchtlingskonvention angeführten Endigungsgründe eingetreten ist oder
3. der Asylberechtigte den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen in einem anderen Staat hat.

(2) Ein Verfahren zur Aberkennung des Status des Asylberechtigten ist jedenfalls einzuleiten, wenn der Fremde straffällig geworden ist (§ 2 Abs. 3) und das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 wahrscheinlich ist.

(3) Das Bundesamt kann einem Fremden, der nicht straffällig geworden ist (§ 2 Abs. 3), den Status eines Asylberechtigten gemäß Abs. 1 Z 2 nicht aberkennen, wenn die Aberkennung durch das Bundesamt – wenn auch nicht rechtskräftig – nicht innerhalb von fünf Jahren nach Zuerkennung erfolgt und der Fremde seinen Hauptwohnsitz im Bundesgebiet hat. ~~Kann nach dem ersten Satz nicht aberkannt werden, hat das Bundesamt die nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, zuständige Aufenthaltsbehörde vom Sachverhalt zu verständigen. Teilt diese dem Bundesamt mit, dass sie dem Fremden einen Aufenthaltstitel rechtskräftig erteilt hat, kann auch einem solchen Fremden der Status eines Asylberechtigten gemäß Abs. 1 Z 2 aberkannt werden.~~

(4) Die Aberkennung nach Abs. 1 Z 1 und 2 ist mit der Feststellung zu verbinden, dass dem Betroffenen die Flüchtlingseigenschaft kraft Gesetzes nicht mehr zukommt. Dieser hat nach Rechtskraft der Aberkennung der Behörde Ausweise und Karten, die den Status des Asylberechtigten oder die Flüchtlingseigenschaft bestätigen, zurückzustellen.

4. Abschnitt

Status des subsidiär Schutzberechtigten

§ 8. (1) Der Status des subsidiär Schutzberechtigten ist einem Fremden zuzuerkennen,

1. der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, wenn dieser in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abgewiesen wird oder
2. dem der Status des Asylberechtigten aberkannt worden ist, wenn eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.
- (2) Die Entscheidung über die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten nach Abs. 1 ist mit der abweisenden Entscheidung nach § 3 oder der Aberkennung des Status des Asylberechtigten nach § 7 zu verbinden.
- (3) Anträge auf internationalen Schutz sind bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abzuweisen, wenn eine innerstaatliche Fluchtalternative (§ 11) offen steht.
- (3a) Ist ein Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht schon mangels einer Voraussetzung gemäß Abs. 1 oder aus den Gründen des Abs. 3 oder 6 abzuweisen, so hat eine Abweisung auch dann zu erfolgen, wenn ein Aberkennungsgrund gemäß § 9 Abs. 2 vorliegt. Diesfalls ist die Abweisung mit der Feststellung zu verbinden, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat unzulässig ist, da dies eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde. Dies gilt sinngemäß auch für die Feststellung, dass der Status des subsidiär Schutzberechtigten nicht zuzuerkennen ist.
- (4) Einem Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wird, ist vom Bundesamt oder vom Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigter zu erteilen. Die Aufenthaltsberechtigung gilt ein Jahr und wird im Falle des weiteren Vorliegens der Voraussetzungen über Antrag des Fremden vom Bundesamt für jeweils zwei weitere Jahre verlängert. Nach einem Antrag des Fremden besteht die Aufenthaltsberechtigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verlängerung des Aufenthaltsrechts, wenn der Antrag auf Verlängerung vor Ablauf der Aufenthaltsberechtigung gestellt worden ist.
- (5) In einem Familienverfahren gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 gilt Abs. 4 mit der Maßgabe, dass die zu erteilende Aufenthaltsberechtigung gleichzeitig mit der des Familienangehörigen, von dem das Recht abgeleitet wird, endet.
- (6) Kann der Herkunftsstaat des Asylwerbers nicht festgestellt werden, ist der Antrag auf internationalen Schutz bezüglich des Status des subsidiär Schutzberechtigten abzuweisen. Diesfalls ist eine Rückkehrentscheidung zu verfügen, wenn diese gemäß § 9 Abs. 1 und 2 BFA-VG nicht unzulässig ist.
- (7) Der Status des subsidiär Schutzberechtigten erlischt, wenn dem Fremden der Status des Asylberechtigten zuerkannt wird.

Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten

§ 9. (1) Einem Fremden ist der Status eines subsidiär Schutzberechtigten von Amts wegen mit Bescheid abzuerkennen, wenn

1. die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten (§ 8 Abs. 1) nicht oder nicht mehr vorliegen;
2. er den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen in einem anderen Staat hat oder
3. er die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates erlangt hat und eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen neuen Herkunftsstaat keine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention oder für ihn als Zivilperson keine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

(2) ... *(gestrichen, nicht notwendig)*

5. Abschnitt

Gemeinsame Bestimmungen

Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme

§ 10. ... *(gestrichen, hat nichts im Asylgesetz verloren)*

Innerstaatliche Fluchtalternative

§ 11. ... *(wegen Unnötigkeit gestrichen)*

3. Hauptstück

Rechte und Pflichten der Asylwerber

1. Abschnitt

Aufenthalt im Bundesgebiet während des Asylverfahrens

Faktischer Abschiebeschutz

§ 12. (1) Ein Fremder, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, kann, außer in den Fällen des § 12a, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 nicht mehr zulässig ist, weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschieden werden (faktischer Abschiebeschutz); § 32 bleibt unberührt. Sein Aufenthalt im Bundesgebiet ist zulässig. Ein auf Grund anderer Bundesgesetze bestehendes Aufenthaltsrecht bleibt unberührt. § 16 Abs. 4 BFA-VG gilt.

(2) ... *(gestrichen, Einschränkungen nicht notwendig)*

Faktischer Abschiebeschutz bei Folgeanträgen

§ 12a. ... *(gestrichen, Einschränkungen nicht notwendig)*

Aufenthaltsrecht

- § 13. (1) Ein Asylwerber ~~dessen Asylverfahren zugelassen ist~~, ist bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ~~oder bis zum Verlust des Aufenthaltsrechtes (Abs. 2)~~ zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Ein auf Grund anderer Bundesgesetze bestehendes Aufenthaltsrecht bleibt unberührt.
- (2) ... (*gestrichen, Einschränkungen nicht notwendig*)

Wiedereinreise

- § 14. ... (*gestrichen, nicht notwendig, da nach dem vorliegenden Entwurf während eines laufenden Asylverfahrens ohnehin nicht abgeschoben werden darf*)

2. Abschnitt

Mitwirkungs- und Meldepflichten

Mitwirkungspflichten von Asylwerbern im Verfahren

- § 15. ... (*gestrichen, Einschränkungen nicht notwendig*)

Meldeverpflichtung im Zulassungsverfahren

- § 15a. ... (*gestrichen, Einschränkungen nicht notwendig*)

4. Hauptstück

Asylverfahrensrecht

1. Abschnitt

Allgemeines Asylverfahren

Verfahrensablauf

- § 17. (1) Ein Antrag auf internationalen Schutz ist ~~gestellt~~ eingbracht, wenn ein Fremder in Österreich vor einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes oder einer Sicherheitsbehörde um Schutz vor Verfolgung ersucht.
- (2) ~~Der Antrag auf internationalen Schutz gilt mit Anordnung des Bundesamtes gemäß § 43 Abs. 1 BFA-VG als eingebracht, soweit sich aus diesem Bundesgesetz oder dem BFA-VG nichts anderes ergibt.~~
- (3) Ein Antrag auf internationalen Schutz von einem in Österreich nachgeborenen Kind eines Asylwerbers oder Fremden, dem der Status des Asylberechtigten oder der Status des subsidiär Schutzberechtigten zukommt, kann auch bei einer Regionaldirektion oder einer Außenstelle der Regionaldirektion eingebracht werden; diese Anträge können auch schriftlich gestellt und eingebracht werden. ~~Das Familienverfahren (§ 34) eines minderjährigen, ledigen Kindes eines Fremden, dem der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zukommt oder dessen Verfahren zugelassen und noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, ist mit Einbringen des Antrags zugelassen.~~

- (4) Nach Einbringung des Antrages auf internationalen Schutz ist das Verfahren mit dem Zulassungsverfahren zu beginnen.
- (5) Ersucht ein Fremder vor einer Behörde im Inland, die nicht in Abs. 1 genannt ist, um internationalen Schutz, hat diese Behörde die örtlich zuständige Sicherheitsbehörde oder das nächste Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu verständigen.
- (6) In den Fällen des § 43 Abs. 2 BFA-VG gilt der Antrag auf internationalen Schutz nach Durchführung der Befragung und gegebenenfalls der Durchsuchung und der erkenntnisdienlichen Behandlung als eingebracht; dem Asylwerber ist binnen drei Tagen eine Verfahrenskarte auszustellen.
- (7) Ein in der Rechtsmittelfrist gestellter weiterer Antrag auf internationalen Schutz gilt als Beschwerde oder Beschwerdeergänzung gegen den zurückweisenden oder abweisenden Bescheid des Bundesamtes.
- (8) Wird während eines anhängigen Beschwerdeverfahrens ein weiterer Antrag auf internationalen Schutz gestellt oder eingebracht, wird dieser Antrag im Rahmen des anhängigen Beschwerdeverfahrens mitbehandelt. Ein diesfalls gestellter schriftlicher Antrag auf internationalen Schutz gilt als Beschwerdeergänzung; das Bundesamt hat diesen Antrag unverzüglich dem Bundesverwaltungsgericht zu übermitteln.
- (9) Der Bundesminister für Inneres hat ein Merkblatt über die einem Asylwerber obliegenden Pflichten und zustehenden Rechte aufzulegen. Dieses ist spätestens bei Antrags einbringung in einer dem Asylwerber verständlichen Sprache zu übergeben. Dieses Merkblatt ist in jenen Sprachen bereitzuhalten, von denen anzunehmen ist, dass die Asylwerber sie verstehen. In diesem Merkblatt ist insbesondere auf die Verpflichtung des Asylwerbers, sich den Behörden für Zwecke eines Verfahrens nach diesem Bundesgesetz zur Verfügung zu halten und, auf die Rechtsfolgen einer Verletzung hinzuweisen.

Ermittlungsverfahren

- § 18. (1) Das Bundesamt und das Bundesverwaltungsgericht haben in allen Stadien des Verfahrens von Amts wegen darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen Angaben gemacht oder lückenhafte Angaben über die zur Begründung des Antrages geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweismittel ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur Begründung des Antrages notwendig erscheinen. Erforderlichenfalls sind Beweismittel auch von Amts wegen beizuschaffen.
- (2) Das Bundesamt hat, sofern es sich bei einem Asylwerber um einen unbegleiteten mündigen Minderjährigen handelt, eine Suche nach dessen Familienangehörigen im Herkunftsstaat, in einem Drittstaat oder Mitgliedstaat nach Maßgabe der faktischen Möglichkeiten durchzuführen. Das Bundesamt hat im Falle von unbegleiteten unmündigen Minderjährigen diese auf deren Ersuchen bei der Suche nach Familienangehörigen zu unterstützen.
- (3) Im Rahmen der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Vorbringens eines Asylwerbers ist auf die Mitwirkung im Verfahren Bedacht zu nehmen.

Befragungen und Einvernahmen

§ 19. (1) Ein Fremder, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, ist durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach Antragstellung oder im Zulassungsverfahren zu befragen. Diese Befragung dient insbesondere der Ermittlung der Identität und der Reiseroute des Fremden und hat sich nicht auf die näheren Fluchtgründe zu beziehen. Diese Einschränkung gilt nicht, wenn es sich um einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23) handelt. Die Befragung kann in den Fällen des § 12a Abs. 1 sowie in den Fällen des § 12a Abs. 3, wenn der Folgeantrag binnen zwei Tagen vor dem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt wurde, unterbleiben.

(2) Ein Asylwerber ist vom Bundesamt, soweit er nicht auf Grund von in seiner Person gelegenen Umständen nicht in der Lage ist, durch Aussagen zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes beizutragen, zumindest einmal im Zulassungsverfahren und – soweit nicht bereits im Zulassungsverfahren über den Antrag entschieden wird – zumindest einmal nach Zulassung des Verfahrens einzuvernehmen. Eine Einvernahme kann unterbleiben, wenn dem Asylwerber, ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt (§ 12a Abs. 1 oder 3). Weiters kann eine Einvernahme im Zulassungsverfahren unterbleiben, wenn das Verfahren zugelassen wird. § 24 Abs. 3 bleibt unberührt.

(3) Eine Einvernahme kann unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Tonaufzeichnung dokumentiert werden.

(4) Vor jeder Einvernahme ist der Asylwerber ausdrücklich auf die Folgen einer unwahren Aussage hinzuweisen. Im Zulassungsverfahren ist der Asylwerber darüber hinaus darauf hinzuweisen, dass seinen Angaben verstärkte Glaubwürdigkeit zukommt.

(5) Ein Asylwerber darf in Begleitung einer Vertrauensperson sowie eines Vertreters zu Einvernahmen vor dem Bundesamt oder dem Bundesverwaltungsgericht erscheinen; auch wenn ein Rechtsberater (§ 49 BFA-VG) anwesend ist, kann der Asylwerber durch eine Vertrauensperson oder einen Vertreter begleitet werden. Minderjährige Asylwerber dürfen nur in Gegenwart eines gesetzlichen Vertreters einvernommen werden.

Einvernahmen von Opfern bei Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung

§ 20. (1) Gründet ein Asylwerber seine Furcht vor Verfolgung (Art. 1 Abschnitt A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention) auf Eingriffe in seine sexuelle Selbstbestimmung, ist er von einem Organwahrer desselben Geschlechts einzuvernehmen, es sei denn, dass er anderes verlangt. Von dem Bestehen dieser Möglichkeit ist der Asylwerber nachweislich in Kenntnis zu setzen.

(2) Für Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt Abs. 1 nur, wenn der Asylwerber den Eingriff in seine sexuelle Selbstbestimmung bereits vor dem Bundesamt oder in der Beschwerde behauptet hat. Diesfalls ist eine Verhandlung von einem Einzelrichter desselben Geschlechts oder einem aus Richtern desselben Geschlechts bestehenden Senat durchzuführen. Ein Verlangen nach Abs. 1 ist spätestens gleichzeitig mit der Beschwerde zu stellen.

(4) Wenn der betroffene Asylwerber dies wünscht, ist die Öffentlichkeit von der Verhandlung eines Senates oder Kammersenates auszuschließen. Von dieser Möglichkeit ist er nachweislich in Kenntnis zu setzen. Im Übrigen gilt § 25 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013.

Beweismittel

§ 21. Gemäß § 15 Abs. 1 Z 5 übergebene Dokumente und Gegenstände sind dem Asylwerber so schnell wie möglich zurückzustellen, wenn sie für das Verfahren nach diesem Bundesgesetz, ~~in einem Verfahren nach einem Vertrag über die Zuständigkeit zur Prüfung des Asylantrags oder des Antrages auf internationalen Schutz oder der Dublin-Verordnung~~ nicht mehr benötigt werden. Die Sicherstellung nach anderen Bundesgesetzen bleibt unberührt. Die Beweismittel sind erforderlichenfalls der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Gericht zu übergeben. Dem Betroffenen ist über Verlangen Auskunft zu geben und die Übergabe nach Satz 3 zu bestätigen.

Entscheidungen

§ 22. ... *(gestrichen, nicht notwendig)*

Einstellung des Verfahrens

§ 24. (1) Ein Asylwerber entzieht sich dem Asylverfahren, wenn

1. dem Bundesamt oder dem Bundesverwaltungsgericht sein Aufenthaltsort ~~wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflichten gemäß § 13 Abs. 2 BFA-VG, §§ 15 oder 15a~~ weder bekannt noch sonst durch das Bundesamt oder das Bundesverwaltungsgericht leicht feststellbar ist oder
2. er das Bundesgebiet freiwillig verlässt, ~~und das Verfahren nicht als gegenstandslos abzugeben ist (§ 25 Abs. 1) oder~~
3. er trotz Aufforderung zu den ihm vom Bundesamt im Zulassungsverfahren gesetzten Terminen nicht kommt.

(2) Asylverfahren sind einzustellen, wenn sich der Asylwerber dem Verfahren entzogen hat (Abs. 1) und eine Entscheidung ohne eine allenfalls weitere Einvernahme oder Verhandlung nicht erfolgen kann. Ein eingestelltes Verfahren ist von Amts wegen fortzusetzen, sobald die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes möglich ist. Mit Fortsetzung des Verfahrens beginnt die Entscheidungsfrist nach § 73 Abs. 1 AVG zu laufen. Nach Ablauf von zwei Jahren nach Einstellung des Verfahrens ist eine Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr zulässig. Ist das Verfahren vor dem Bundesamt einzustellen, ist nach § 34 Abs. 4 BFA-VG vorzugehen.

(2a) Bei freiwilliger Abreise des Fremden in den Herkunftsstaat ist das Asylverfahren mit seiner Ausreise einzustellen, es sei denn der Sachverhalt ist entscheidungsreif. Ein eingestelltes Verfahren ist von Amts wegen fortzusetzen, wenn sich der Fremde nach Einstellung nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder einen Antrag auf internationalen Schutz stellt. Mit Fortsetzung des Verfahrens beginnt die Entscheidungsfrist nach § 73 Abs. 1 AVG oder § 34 Abs. 1 VwGVG zu laufen. Nach Ablauf von zwei Jahren nach Einstellung des Verfahrens ist eine Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr zulässig.

(3) ~~Steht der entscheidungsrelevante Sachverhalt fest und hat sich der Asylwerber dem Verfahren entzogen (Abs. 1), steht die Tatsache, dass der Asylwerber vom Bundesamt oder vom Bundesverwaltungsgericht bisher nicht einvernommen wurde, einer Entscheidung nicht entgegen.~~

Gegenstandslosigkeit und Zurückziehen von Anträgen

§ 25. (1) Ein Antrag auf internationalen Schutz ist als gegenstandslos abzulegen

1. in den Fällen des § 12a Abs. 3, wenn der Folgeantrag binnen zwei Tagen vor dem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt wurde, der faktische Abschiebeschutz nicht gemäß § 12a Abs. 4 zuerkannt wurde und der Asylwerber nicht mehr im Bundesgebiet aufhältig ist oder

2. wenn der Antrag, soweit dies nicht gemäß § 17 Abs. 3 zulässig war, schriftlich gestellt wurde.

(2) Das Zurückziehen eines Antrags auf internationalen Schutz ist im Verfahren vor dem Bundesamt nicht möglich, es sei denn, der Asylwerber ist in Österreich rechtmäßig niedergelassen (§ 2 Abs. 2 NAG). Das Zurückziehen eines Antrags auf internationalen Schutz im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt als Zurückziehung der Beschwerde. Anbringen, mit denen Anträge auf internationalen Schutz zurückgezogen werden sollen, sind nach Belehrung des Asylwerbers über die Rechtsfolgen als gegenstandslos abzulegen, wenn das Anbringen nicht als Zurückziehen der Beschwerde gilt.

Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme

§ 27. ... (*gestrichen, nicht notwendig*)

Beschleunigtes Verfahren

§ 27a. ... (*gestrichen, nicht notwendig*)

2. Abschnitt

Sonderbestimmungen für das Zulassungsverfahren

(*gestrichen, nicht notwendig*)

3. Abschnitt

Sonderbestimmungen für das Flughafenverfahren

(*gestrichen, nicht notwendig*)

4. Abschnitt

Sonderbestimmungen für das Familienverfahren Familienverfahren im Inland

§ 34. (1) Stellt ein Familienangehöriger von

1. einem Fremden, dem der Status des Asylberechtigten zuerkannt worden ist;
2. einem Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten (§ 8) zuerkannt worden ist oder
3. einem Asylwerber

einen Antrag auf internationalen Schutz, gilt dieser als Antrag auf Gewährung desselben Schutzes.

(2) Die Behörde hat auf Grund eines Antrages eines Familienangehörigen eines Fremden, dem der Status des Asylberechtigten zuerkannt worden ist, dem Familienangehörigen mit Bescheid den Status eines Asylberechtigten zuzuerkennen, wenn

1. dieser nicht straffällig geworden ist;
2. die Fortsetzung eines bestehenden Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK mit dem Fremden, dem der Status des Asylberechtigten zuerkannt wurde, in einem anderen Staat nicht möglich ist und
3. gegen den Fremden, dem der Status des Asylberechtigten zuerkannt wurde, kein Verfahren zur Aberkennung dieses Status anhängig ist (§ 7).

(3) Die Behörde hat auf Grund eines Antrages eines Familienangehörigen eines Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt worden ist, dem Familienangehörigen mit Bescheid den Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wenn

1. dieser nicht straffällig geworden ist;
2. die Fortsetzung eines bestehenden Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK mit dem Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, in einem anderen Staat nicht möglich ist;
3. gegen den Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, kein Verfahren zur Aberkennung dieses Status anhängig ist (§ 9) und
4. dem Familienangehörigen nicht der Status eines Asylberechtigten zuzuerkennen ist.

(4) Die Behörde hat Anträge von Familienangehörigen eines Asylwerbers gesondert zu prüfen; die Verfahren sind unter einem zu führen; unter den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3 erhalten alle Familienangehörigen den gleichen Schutzzumfang. Entweder ist der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wobei die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten vorgeht, es sei denn, alle Anträge wären als unzulässig zurückzuweisen oder abzuweisen. Jeder Asylwerber erhält einen gesonderten Bescheid. Ist einem Fremden der faktische Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs. 4 zuzuerkennen, ist dieser auch seinen Familienangehörigen zuzuerkennen.

(5) Die Bestimmungen der Abs. 1 bis 4 gelten sinngemäß für das Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht.

(6) Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind nicht anzuwenden:

1. auf Familienangehörige, die EWR-Bürger oder Schweizer Bürger sind;
2. auf Familienangehörige eines Fremden, dem der Status des Asylberechtigten oder der Status des subsidiär Schutzberechtigten im Rahmen eines Verfahrens nach diesem Abschnitt zuerkannt wurde, es sei denn es handelt sich bei dem Familienangehörigen um ein minderjähriges lediges Kind.

Anträge auf Einreise bei Vertretungsbehörden

§ 35. ... (gestrichen, nicht notwendig, da § 34 auch für im Ausland gestellte Anträge gilt)

6. Hauptstück

Karten für Asylwerber und subsidiär Schutzberechtigte

Verfahrenskarte

§ 50. (1) Einem Asylwerber ist nach Einbringung des Antrages ohne unnötigen Aufschub eine Verfahrenskarte auszustellen. Diese berechtigt bei Versorgung in einer Betreuungseinrichtung des Bundes zum Aufenthalt in dieser und zur Teilnahme an der Versorgung nach Maßgabe der Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird – GVG-B 2005, BGBl. Nr. 405/1991. Darüber hinaus können durch die Verfahrenskarte jene Verfahrensschritte dokumentiert werden, die erforderlich sind, um das Zulassungsverfahren abzuschließen. Wenn die Zulassung des Verfahrens vor Ausstellung der Karte erfolgt, kann die Ausstellung unterbleiben.

(2) Die nähere Gestaltung der Verfahrenskarte hat der Bundesminister für Inneres durch Verordnung zu regeln. Die Verfahrenskarte hat insbesondere zu enthalten: Die Bezeichnung „Republik Österreich“ und „Verfahrenskarte“, Namen, Geschlecht und Geburtsdatum sowie ein Lichtbild des Asylwerbers.

Aufenthaltsberechtigungskarte

§ 51. (1) Einem Asylwerber, ~~dessen Verfahren zuzulassen ist und~~ dem ein Aufenthaltsrecht gemäß § 13 Abs. 1 zukommt, ist eine Aufenthaltsberechtigungskarte auszustellen. Die Karte ist bis zu einer durchsetzbaren Entscheidung, zur Einstellung oder zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens gültig.

(2) Die Aufenthaltsberechtigungskarte dient dem Nachweis der Identität für Verfahren nach diesem Bundesgesetz und der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet. Nach Beendigung des Verfahrens oder bei Verlust des Aufenthaltsrechts ist die Aufenthaltsberechtigungskarte vom Fremden dem Bundesamt zurückzustellen.

(3) Die nähere Gestaltung der Aufenthaltsberechtigungskarte hat der Bundesminister für Inneres durch Verordnung zu regeln. Die Aufenthaltsberechtigungskarte hat insbesondere zu enthalten: Die Bezeichnung „Republik Österreich“ und „Aufenthaltsberechtigungskarte“, Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Lichtbild und Unterschrift des Asylwerbers sowie Bezeichnung der Behörde, Datum der Ausstellung und Unterschrift des Genehmigenden.

Karte für subsidiär Schutzberechtigte

§ 52. (1) Einem Fremden, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, ist eine Karte für subsidiär Schutzberechtigte auszustellen. Diese Karte dient dem Nachweis der Identität und der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet. Die Karte ist nach Aberkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten dem Bundesamt zurückzustellen.

(2) Die nähere Gestaltung der Karte für subsidiär Schutzberechtigte hat der Bundesminister für Inneres durch Verordnung zu regeln. Die Karte für subsidiär Schutzberechtigte hat insbesondere zu enthalten: Die Bezeichnung „Republik Österreich“ und „Karte für subsidiär

Schutzberechtigte“, Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Lichtbild und Unterschrift des subsidiär Schutzberechtigten sowie Bezeichnung der Behörde, Datum der Ausstellung und Unterschrift des Genehmigenden.

Entzug von Karten

§ 53. (1) Das Bundesamt hat Karten nach diesem Bundesgesetz mit Bescheid zu entziehen, wenn

1. deren Gültigkeitsdauer abgelaufen ist;
2. die durch die Karte bestätigten Umstände nicht oder nicht mehr den Tatsachen entsprechen;
3. das Lichtbild auf der Karte den Inhaber nicht mehr zweifelsfrei erkennen lässt oder
4. andere amtliche Eintragungen auf der Karte unlesbar geworden sind.

~~Gegen den Entzug ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.~~

(2) Asylwerber haben Karten nach diesem Bundesgesetz dem Bundesamt zurückzustellen, wenn diese entzogen wurden oder Umstände vorliegen, die eine Entziehung rechtfertigen würden.

3. Abschnitt

Aufenthaltsrecht für Vertriebene

§ 62. (1) Für Zeiten eines bewaffneten Konfliktes oder sonstiger die Sicherheit ganzer Bevölkerungsgruppen gefährdender Umstände kann die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates mit Verordnung davon unmittelbar betroffenen Gruppen von Fremden, die anderweitig keinen Schutz finden (Vertriebene), ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet gewähren. Bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung ist der Aufenthalt von Vertriebenen im Bundesgebiet geduldet. Dies ist dem Fremden durch die Behörde zu bestätigen.

(2) In der Verordnung gemäß Abs. 1 sind Einreise und Dauer des Aufenthaltes der Fremden unter Berücksichtigung der Umstände des besonderen Falles zu regeln.

(3) Wird infolge der längeren Dauer der in Abs. 1 genannten Umstände eine dauernde Integration erforderlich, kann in der Verordnung festgelegt werden, dass bestimmte Gruppen der Aufenthaltsberechtigten einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels wirksam im Inland stellen können und dass ihnen der Aufenthaltstitel trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes erteilt werden kann.

(4) Die Behörde hat das durch die Verordnung eingeräumte Aufenthaltsrecht durch Ausstellung eines Ausweises für Vertriebene von Amts wegen zu bestätigen. Der Ausweis ist als „Ausweis für Vertriebene“ zu bezeichnen, kann verlängert werden und genügt zur Erfüllung der Passpflicht. Der Bundesminister für Inneres legt durch Verordnung die Form und den Inhalt des Ausweises sowie der Bestätigung gemäß Abs. 1 fest.

8. Hauptstück

Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge, Rückkehr- und Integrationshilfe Internationaler Schutz der Asylwerber und Flüchtlinge

§ 63. (1) Einem Asylwerber ist jederzeit Gelegenheit zu geben, sich an den Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge zu wenden.

(2) Der Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge ist unverzüglich zu verständigen,

1. von der Einleitung eines Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz;

~~2. wenn gegen einen Asylwerber ein Verfahren zur Zurückweisung, Zurückschiebung, Ausweisung oder Rückkehrentscheidung, Anordnung zur Außerlandesbringung, Abschiebung oder Aberkennung des Status des Asylberechtigten geführt wird.~~

(3) Der Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge ist in allen diesen Verfahren berechtigt, Auskunft zu verlangen, Akteneinsicht zu nehmen (§ 17 AVG), bei Befragungen, Einvernahmen und mündlichen Verhandlungen vertreten zu sein und jederzeit mit den Betroffenen Kontakt aufzunehmen.

(4) Verwaltungsvorschriften zur Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind dem Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge zur Erfüllung seiner Aufgaben im Rahmen seines Mandats unverzüglich zuzuleiten. Dasselbe gilt für Verwaltungsvorschriften zur Vollziehung des FPG und des NAG, soweit sie für Asylwerber oder Fremde, denen der Status eines Asylberechtigten oder eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, von Bedeutung sind.

Integrationshilfe

§ 68. (1) Einem Fremden, dem der Status eines Asylberechtigten zuerkannt wurde, kann Integrationshilfe gewährt werden. Durch Integrationshilfe soll ihre volle Einbeziehung in das österreichische wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben und eine möglichst weitgehende Chancengleichheit mit österreichischen Staatsbürgern in diesen Bereichen herbeigeführt werden.

(2) Integrationshilfe sind insbesondere

1. Sprachkurse;

2. Kurse zur Aus- und Weiterbildung;

3. Veranstaltungen zur Einführung in die österreichische Kultur und Geschichte;

4. gemeinsame Veranstaltungen mit österreichischen Staatsbürgern zur Förderung des gegenseitigen Verständnisses;

5. Weitergabe von Informationen über den Wohnungsmarkt und

6. Leistungen des Österreichischen Integrationsfonds – Fonds zur Integration von Flüchtlingen und Migrantinnen.

(3) Zur Durchführung der Integrationshilfe sind möglichst private, humanitäre und kirchliche Einrichtungen und Institutionen der freien Wohlfahrt oder der Gemeinden heranzuziehen. Die zu erbringenden Leistungen sind in einem privatrechtlichen Vertrag Form eines Bescheides festzulegen. der auch den Kostenersatz zu regeln hat. Die Kosten trägt der Bund.

Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention

§ 74. Die Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention bleiben unberührt.

Unbestimmt

Überlegungen zu unbestimmten Gesetzesbegriffen am Beispiel des Familienrechts¹

Ilse Koza

1. Einleitung

Kindeswohl? Angemessener Unterhalt? Billigkeit? Sittenwidrigkeit? Sie sind allesamt unbestimmte Gesetzesbegriffe.² Juristischen Termini, denen diese Zuschreibung zuteil wird, werden von den Einen vorwurfsvoll und mit einer gewissen Skepsis beäugelt, von den Anderen wiederum als unverzichtbare Bestandteile unserer Rechtsordnung betrachtet. Ich möchte mich im folgenden Beitrag ohne Anspruch auf Vollständigkeit insbesondere anhand von Beispielen aus dem Familienrecht mit der Frage beschäftigen, was wir JuristInnen als „unbestimmt“ definieren und welche Ursachen und Konsequenzen damit verbunden sind. Dabei soll aufgezeigt werden, dass beiden Positionen eine gewisse Berechtigung zukommt und die Lösung, wie so oft, in der goldenen Mitte zu verorten ist.

2. Definitionsmacht

Ab wann ist etwas unbestimmt? Wie sagen wir JuristInnen so schön: Es kommt darauf an. Unbestimmt ist also nicht gleich unbestimmt. So variiert die Anforderung an die Präzision und den Bestimmtheitsgrad in den verschiedenen Rechtsbereichen. Während im Strafrecht die eindeutige Unterscheidung von schwarz oder weiß als unumstößlicher Grundsatz vorgeschrieben ist (*nulla poena sine legem*) und auch im öffentlichen Recht ein erhöhter Determinationsgrad gefordert wird, sind im Zivilrecht Graustufen auszumachen. Wenn das Familienrecht die Fülle an unterschiedlichen Lebensrealitäten widerspiegeln soll – oder ihnen einen rechtlich sicheren Rahmen bieten soll –, dann stellt sich die Frage: Ist es überhaupt möglich, verschiedensten Lebensentwürfen in einer Bestimmung gerecht zu werden?

1 Für wertvolle Anregungen herzlich gedankt sei Caroline Voithofer.

2 Vgl. *Kamanabrou*, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 2002, 664f.

2.1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Beginnen wir entsprechend dem Stufenbau unserer Rechtsordnung mit der österreichischen Verfassung. Das in Art 18 B-VG³ normierte Legalitätsprinzip „*Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden*“ impliziert die Verpflichtung des Gesetzgebers, das Handeln der Verwaltung inhaltlich ausreichend zu determinieren. Gesetze, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, da sie zu unbestimmt sind oder das Handeln der Verwaltungsorgane nicht hinreichend genau bestimmen, sind demnach verfassungswidrig.⁴

Dieser Grundsatz kann als Ausdruck des liberalen Abwehranspruchs des/der Einzelnen gegen willkürliches Handeln des Staates verstanden werden und als ein Grundstein der vielzitierten *rule of law*. In den Worten des VfGH: „*Von der ausreichenden Determinierung hängt in beträchtlichem Maße die Effektivierung des Rechtsstaates ab*“.⁵ Zweck ist somit, den Handlungsspielraum öffentlichrechtlicher Organe in gelenkten Bahnen zu halten.

Aufgrund der in Art 18 Abs 2 B-VG festgelegten Ermächtigung zum Erlassen von Verordnungen „auf Grund der Gesetze“ erstreckt sich das Erfordernis der genauen gesetzlichen Determinierung auch auf Verordnungen.⁶

Wie schwierig es oft ist, auszumachen, ob ein Gesetz oder eine VO den erforderlichen Bestimmtheitsgrad erfüllt, davon können VerfassungsrechtlerInnen ein Lied singen. Auch der VfGH teilt dieses offene Geheimnis, wenn er sagt „*mag auch die Grenzziehung zwischen einer noch ausreichenden Determination und einer verfassungsrechtlich unzulässigen formalgesetzlichen Delegation im Einzelfall schwierig sein*“.⁷

Abhilfe schafft Art 130 Abs 3 B-VG,⁸ der die Rechtswidrigkeit verwaltungsbehördlichen Handelns verneint, wenn gesetzliches Ermessen eingeräumt wurde. Wobei auch hier eine Fülle an Entscheidungen zeigen: wie groß dieser Spielraum ist, lässt sich nicht eindeutig beantworten.⁹

Auch der VfGH verlangt nichts Unmögliches. Denn er ist sich der Schwierigkeit der präzisen Determination in gewissen Bereichen bewusst. Er vertritt daher einlenkend, dass eine Rechtsvorschrift, die nicht für alle nur denkbaren Sachverhalte eine ausdrück-

3 IdF BGBl 1930/1 zuletzt geändert durch BGBl I 2012/51.

4 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 601. Sowie den Beitrag von *Kölbl* in dieser Ausgabe.

5 Vgl VfSlg 4139/1962.

6 Das war nicht immer so. Realiter ist die Judikatur zur hinreichenden Determinierung von Verordnungsermächtigungen ausgegangen (vgl VfSlg 176/1923) und wurde erst weitaus später, in den 1960er Jahren, auf individuelle Verwaltungsakte ausgedehnt. Vgl *Novak*, Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in FS Adamovich (1992) 493.

7 Vgl VfSlg 4139/1962.

8 Art 130 Abs 3 B-VG: Außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gehörenden Rechtssachen liegt Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. (Sinngemäß Art 130 Abs 2 B-VG aF).

9 Vgl mwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 603.

liche Regelung vorsieht, deshalb noch nicht Art 18 B-VG widerspricht.¹⁰ Die Grenze, so könnte man zusammenfassen, markiert ein allzugroßes Ermessen für Behörden und Gerichte (Gefahr der Willkür) auf der einen Seite und das Erfordernis der Rechtssicherheit auf der anderen Seite. Jede/r soll wissen, was er/sie darf und was nicht.

2.2. Interpretationsmethoden

Ob eine Norm dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht, richtet sich nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrer Entstehungsgeschichte, dem Gegenstand und dem Zweck der Regelung. Bei der Ermittlung einer gesetzlichen Regelung sind daher alle Interpretationsmethoden heranzuziehen. Nur wenn sich nach Heranziehen aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.¹¹

Damit sind wir im Kern der Problematik angelangt. Wie steht es um die juristische Methodenlehre? Einschlägig sind hier die §§ 6f ABGB, die eine positivrechtliche Teilerfassung der Regeln der juristischen Methodenlehre enthalten und analog auch in allen anderen Rechtsgebieten außerhalb des Privatrechts anwendbar sind.¹² Hierbei gilt grundsätzlich¹³: wenn die Wortinterpretation (bei unbestimmten Begriffen naturgemäß) nicht weiterhilft, ist der Blick auf die damit in Zusammenhang stehenden Bestimmungen auszudehnen und die systematische Interpretation anzuwenden; bleibt auch diese ergebnislos, ist der Wille des historischen Gesetzgebers im Wege der heranzuziehenden Materialien zu erforschen (historische Interpretation); trifft dieser keine Aussage über den Bedeutungsinhalt, bleibt noch die Frage, welchen Zweck die Regelung verfolgt und ob der jeweilige Sachverhalt folgerichtig davon umfasst sein soll oder nicht (teleologische Interpretation).¹⁴ Die Frage, welcher Zweck einer Regelung zukommt, kann freilich ebenso wenig immer eindeutig beantwortet werden. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen sind zur erforderlichen Konkretisierung überdies allgemein anerkannte rechtsethische Maximen und Standards sowie Verkehrssitten heranzuziehen, schließlich bleibt die richterliche Eigenwertung.¹⁵ Die Objektivität juristischer Methodenlehre entbehrt faute de mieux nicht einer gewissen Paradoxie, da die Gewichtung der Auslegungsregeln im Einzelfall von der Wertung der jeweiligen RechtsanwenderInnen abhängt, die

10 Vgl VfSlg 15.110/1998.

11 Vgl VfSlg 11.859/1988.

12 Je nach Wertungsprinzipien der verschiedenen Rechtsgebiete können sich hierbei freilich Abweichungen ergeben. Vgl F. Bydlinski in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 6 ABGB Rz 2.

13 Vgl zum Rang der Auslegungskriterien anstelle vieler: F. Bydlinski in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 6 ABGB Rz 25.

14 Als weitere „universelle Interpretationsmethode“ ist zudem noch an die Rechtsvergleichung zu denken, die zwar im Gesetz nicht explizit genannt wird, aber in der Rechtspraxis durchaus eine Rolle spielt. Vgl *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 16.

15 Vgl F. Bydlinski in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 6 ABGB Rz 25.

sich unterscheiden kann. Hier zeigt sich einmal mehr, dass RichterInnen keine Paragraphen-Automaten sind, da die Auslegung von Gesetzen kein Automatismus ist. Dies soll in Folge an einigen Beispielen aus dem Familienrecht skizziert werden.

3. Beispiele für unbestimmte Gesetzesbegriffe im Familienrecht

3.1. Charakteristika des Außerstreitrechts

JedeR kommt zumindest zu Beginn und am Ende seines/ihrer Lebens mit dem Familienrecht in Berührung und idR treten auch zwischen der Wiege und der Bahre eine Reihe von Ereignissen auf, die familienrechtlich relevant sind.¹⁶

Da das Familienrecht die persönlichen Beziehungen betrifft, steht es vor der besonderen Herausforderung ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Rechtsnormen, die zwar einen sicheren Rechtsrahmen und auch Rechtsschutz bieten und solchen, die eine freie Gestaltung der Beziehungen ermöglicht, bereit zu stellen. Das Familienrecht ist zwar Teil des Zivilrechts, weist aber etliche öffentlichrechtliche Elemente auf. So sind der freien Vertragsgestaltung im Familienrecht Schranken gesetzt und es gilt anders als im restlichen Zivilrecht der Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung (§ 16 AußStrG).¹⁷ Demnach hat das Gericht alle wesentlichen Entscheidungsgrundlagen von Amts wegen zu erheben und kann sich nicht auf das von den Parteien Vorgebrachte beschränken (Dispositionsgrundsatz).

Rechtsgrundlage für diese verfahrensrechtlichen Besonderheiten ist das Außerstreitgesetz, das seinen Namen einzig dem Umstand verdankt, dass es Regeln für die außerhalb des streitigen Verfahrens liegenden Materien aufstellt und nicht etwa weil in diesen Bereichen weniger gestritten würde. Die eingeschränkte Parteienautonomie und die verstärkte Kontrollfunktion gerichtlicher Organe resultiert aus der staatlichen Schutz- und Fürsorgefunktion, die dem Familienrecht va im Kindschaftsrecht zukommt,¹⁸ auch wenn die heutige Rechtslage viel von ihren paternalistischen Wurzeln abgestreift hat.

Vor diesem Hintergrund sind daher die Auslegungen verschiedener unbestimmter Termini im Außerstreitrecht zu lesen.

16 Von der Begründung einer rechtlich wirksamen PartnerInnenschaft über Fragen rund um die Betreuung und den Kontakt zu Kindern hin zu Unterhaltsregelungen um nur einige Beispiele zu nennen.

17 Die im außerstreitigen Verfahren geltende Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitsforschung findet eine natürliche Grenze, sobald Anhaltspunkte für eine weitere Aufklärungsbedürftigkeit fehlen. Vgl Ris-Justiz RS0029344.

18 Vgl ausführlich zu den Charakteristika des Außerstreitgesetzes *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG (2013) § 1 Rz 49.

3.2. Kindeswohl

Bei dem seit dem KindNamRÄG 2013 in § 138 ABGB ansatzweise definierten Grundsatz des Kindeswohls handelt es sich nicht einfach um eine leere programmatische Floskel, sondern um den wohl wesentlichsten Rechtsbegriff des Kindschaftsrechts. Diese die alle Fragen des Kindschaftsrechts leitende Maxime ist zugleich einer der schwer fassbarsten Rechtsbegriffe.

Es war ein weiter Weg zu § 180 ABGB, wonach ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragen kann und das Gericht sodann – in der Praxis öfter ohne als mit der Einleitung einer Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung¹⁹ – nach dem Kindeswohl zu entscheiden hat, ob eine Obsorge beider Elternteile (meist als gemeinsame Obsorge bezeichnet) oder die alleinige Obsorge eines Elternteils diesem eher entspricht. Drei Jahre nach der EGMR-Entscheidung im Fall *Zaunegger gg Deutschland*²⁰ und knapp eineinhalb Jahre nach *Sporer gg Österreich*²¹ wurde die auch vom VfGH²² monierte konventions- und damit verfassungswidrige Rechtslage zum mangelnden Antragsrecht jener Elternteile – meist außereheliche Väter – die die Obsorge nicht innehatten, mit dem KindNamRÄG 2013 schließlich behoben. Mit der theoretischen Möglichkeit eines Antrags ist in vielen Fällen noch nichts gewonnen, denn eine Wunschregelung scheidet oftmals an tatsächlichen Hürden. Nach der jüngsten Rspr setzt eine sinnvolle Ausübung der Obsorge beider Elternteile ein „gewisses Mindestmaß an Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit beider voraus“, denn, so der OGH in weiser Voraussicht, „[u]m Entscheidungen gemeinsam im Sinne des Kindeswohls treffen zu können, ist es erforderlich, in entsprechender sachlicher Form Informationen auszutauschen und einen Entschluss zu fassen.“²³ Dem Gericht kommt dabei die schwierige Aufgabe zu, eine Einschätzung zu treffen, ob eine entsprechende Gesprächsbasis zumindest in absehbarer Zeit bestehen wird.

3.3. Angemessener Unterhalt

Nicht minder bedeutsam für die familienrechtliche Praxis ist das Begriffspaar des „angemessenen Unterhalts“. Was die eine als angemessen empfindet, ist für den anderen zu niedrig oder zu hoch. Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich die Relativität des Anspruchs. So wird beim Kindesunterhalt nach § 231 ABGB zum einen auf die Lebensverhältnisse

19 Die in § 180 ABGB vorgesehene Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung wird bisher in der Praxis nach einem Stimmungsbild am letzten FamilienrichterInnentag 2014 kaum angeordnet. Vielmehr werden durchaus in Zusammenarbeit mit der Familiengerichtshilfe Erhebungen durchgeführt. Dies gelte es freilich noch empirisch zu überprüfen.

20 Vgl EGMR 3.12.2009, 22028/04, *Zaunegger gg Deutschland*.

21 Vgl EGMR 3.2.2011, 35637/03, *Sporer gg Österreich*.

22 Mit Erkenntnis vom 28.6.2012, G 114/11 wurde der Satz „Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut“ in § 166 ABGB idF KindRÄG 2001 als verfassungswidrig aufgehoben.

23 Vgl RIS-Justiz RS0128812.

der Eltern und zum anderen auf die Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes abgestellt.

Auch beim nachehelichen Unterhalt sind nach dem Gesetzeswortlaut (§ 66 EheG) die Lebensverhältnisse der EhegattInnen für die Höhe der Unterhaltsleistung ausschlaggebend.²⁴ Dass damit nicht das Auslangen gefunden werden kann, zeigt die Fülle der dazu ergangenen Judikatur.²⁵ Die in der Rspr zum Unterhalt entwickelten Versuche zur Systematisierung der Grundsätze füllen eigene Monographien.²⁶ Ähnlich wie beim „angemessenen Schmerzensgeld“ nach § 1325 ABGB gilt letztlich doch: (auch im wahrsten Sinne des Wortes): Zahlen bitte! Eine rechnerische Vorhersehbarkeit in Form von Prozentsätzen und Tarifen sowie Mindest- und Höchstgrenzen (Regelbedarf, Sonderbedarf, „Playboygrenze“, ...) kommt diesem Bedürfnis entgegen, auch wenn die Orientierungshilfen mit der Ausnahme von der Ausnahme bisweilen auch schon zu einem undurchschaubaren Irrgarten geworden sind. Der Weisheit letzter Schluss ist am Ende doch: Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an.

3.4. Verschuldensscheidung: Eheverfehlung und unsittliches Verhalten

Ähnlich ausführlich, wengleich widerwilliger²⁷ befasst sich die Judikative mit der Frage des Verschuldens im Scheidungsrecht. § 49 EheG²⁸ strotzt nur so vor Begriffen, deren Bedeutung sich nicht auf den ersten Blick erschließen lässt. An der Frage, wann einE PartnerIn allein oder überwiegend am Scheitern einer Ehe schuld ist, scheiden sich die Geister.²⁹

Die Lebenserfahrung sagt uns allen, dass in den seltensten Fällen nur eine Person für das Ende einer Beziehung verantwortlich gemacht werden kann und sprichwörtlich idR mindestens „zwei dazu gehören“. Da wir aber so gern an dem Grundsatz festhalten, dass „ana immer das Bummerl hat“, sind die mit dieser Frage befassten RichterInnen

24 Dies gilt ebenso für PartnerInnen nach dem § 12 EPG.

25 Allein zu § 66 EheG finden sich im RIS 128 Rechtssätze.

26 Vgl etwa die kürzlich erschiene Monographie von *Caroline Voithofer*, *Frau & Mann im Recht* (2013).

27 So war der FamilienrichterInnentag 2014 dem Thema gewidmet: Verschuldensscheidung noch zeitgemäß? Der Gesetzgeber kam dem (einer langjährigen Kritik vorausgehenden) Appell von Seiten der Lehre und Praxis, die Verschuldensscheidung (wie die überwiegende Mehrheit der europäischen Staaten seit vielen Jahrzehnten) abzuschaffen, bisher leider nicht nach.

28 Vgl den Wortlaut des § 49 EheG idF BGBl I 2013/15: „Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine *schwere Eheverfehlung* oder durch *ehrloses oder unsittliches Verhalten* die Ehe *schuldhaft* so tief *zerrüttet* hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem *Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft* nicht erwartet werden kann. Eine schwere Eheverfehlung liegt insbesondere vor, wenn ein Ehegatte die Ehe gebrochen oder dem anderen körperliche Gewalt oder *schweres seelisches Leid* zugefügt hat. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe *sittlich nicht gerechtfertigt* ist.“ [Hervorhebungen durch die Autorin].

29 Vgl etwa die Entwicklung der Judikatur zum Scheidungsgrund des Ehebruchs, RIS-Justiz RS0056496.

gefordert, die Begriffe der „schweren Eheverfehlung“ und des „unsittlichen Verhaltens“ in der Ehe mit Inhalten zu füllen.

So bunt wie die Lebensrealitäten ist auch die Palette an gefundenen Antworten. Die Ergebnisse reichen von der Vernachlässigung der Haushaltsführung³⁰ und übermäßigem Alkoholgenuss³¹ über die beispielhaft im Gesetz genannte Verletzung der ehelichen Treue zur beharrlichen grundlosen (Migräne sei Dank!) Verweigerung des Geschlechtsverkehrs.³²

Freilich kommt es dabei wieder auf die Umstände des Einzelfalls an. Der OGH präzisiert etwa in Bezug auf den übermäßigen Alkoholgenuss als Scheidungsgrund: *„Der unbestimmte Begriff bedarf einer näheren Umschreibung des Beginns, der Ursachen, des Ausmaßes und allfälliger Folgen des regelmäßigen Alkoholkonsums. Drei bis vier Flaschen Bier täglich müssen selbst bei einer Frau kein absoluter Scheidungsgrund sein.“*³³ Polemisch gesprochen bestätigt diese freigiebige Haltung in Bezug auf Alkohol die allgemein vorherrschende gesellschaftliche Toleranz diesbezüglich, denn nicht nur im Wien *Mundl Sackbauers* gilt: „Mei Bier is net deppat!“.

Weniger Verständnis hat man hingegen für platonische Beziehungen. Dass der exemplarisch in der Bestimmung erwähnte Ehebruch als Scheidungsgrund qualifiziert wird, wundert nicht; dass jedoch bereits *„in der Aufrechterhaltung auch nur freundschaftlicher Beziehungen zu einer Person des anderen Geschlechtes [...] dann eine schwere Eheverfehlung zu erblicken [ist], wenn sie gegen den ausdrücklichen und erkennbaren Willen des anderen Ehegatten erfolgt und geeignet ist, eine Entfremdung zwischen den Ehepartnern herbeizuführen oder zu vertiefen“*³⁴, zeugt doch von einer nach wie vor bestehenden Skepsis gegenüber verschiedengeschlechtlichen Freundschaften und dem Wunsch nach der Exklusivität des Ehepartners/der Ehepartnerin.

Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass unbestimmte Gesetzesbegriffe oftmals zu einzelfallabhängigen Entscheidungen führen und mitunter weniger Rechtssicherheit vermitteln.

Das führt zur Frage nach den möglichen Ursachen für unbestimmte Gesetzesbegriffe.

4. Faktische und praktische Ursachen für unbestimmte Gesetzesbegriffe

4.1. Recht und Sprache

Eine der Ursachen von Uneindeutigkeiten liegt schlicht am dafür verwendeten Medium. Die Rechtswissenschaft bedient sich des Instruments der Sprache und man muss kein/e

30 Vgl RIS-Justiz RS0056618, RS0056542.

31 Vgl RIS-Justiz RS0056345.

32 Vgl EFSlg 63.355, 63.153, 54.376.

33 Vgl OGH 3.9.1975, 1 Ob 160/75.

34 Vgl RIS-Justiz RS0056290 TS 2.

Kommunikationsexperte/Kommunikationsexpertin sein, um zu wissen, dass nicht alle alles gleich verstehen. Die komplexe Beziehung von Recht und Sprache kann in verschiedene Richtungen zerpfückt werden. Dies beginnt bei der Wortwahl und Verständlichkeit der gewählten Begriffe und geht weiter zur Frage, welche Bedeutungen diesen Begriffen schließlich zugeschrieben werden.

Oft wird der Vorwurf erhoben, JuristInnen bedienen sich einer für Außenstehende unverständlichen Geheimsprache – dem juristischen Amtsdeutsch – einer Herrschaftssprache, die nur mit Hilfe von Eingeweihten übersetzt werden könne.³⁵ Von den teilweise antiquierten Formulierungen des ABGB gar nicht zu sprechen, genügt es etwa einem/einer Rechtslaien/Rechtslaiin eine höchstgerichtliche Entscheidung zur Lektüre zu geben. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wäre der/diejenige rasch überfordert.

Liegt die Lösung daher in der sprachlichen Vereinfachung von Gesetzestexten? Ein kurzes Gedankenexperiment zum Strafrecht soll dies veranschaulichen. Gerade in diesem Rechtsbereich ist es essentiell, zu wissen, was man darf und was man nicht darf.

Während es um 1220 im Sachsenspiegel, einem Rechtsbuch des deutschen Mittelalters, noch schlicht hieß „*Den Dieb soll man hängen*“³⁶ lautet § 127 StGB heute etwas präziser: „*Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen mit dem Vorsatz wegnimmt, sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*“

Wer nach der mittelalterlichen Version im Volksmund aller als „Dieb“ gelten kann, sei in den Worten eines deutschen Strafrichters am BGH beantwortet: „*[K]ein Mensch weiß, was [ein Dieb] letzten Endes [tun/entwenden muss]: Geld? Die Freundin? Einen Sitzplatz in der U-Bahn? Eine Idee?*“³⁷ Unter allen in der heutigen Bestimmung genannten objektiven Tatbestandsmerkmalen (Sache, fremd, beweglich, anderen, wegnehmen) kann man sich hingegen etwas Konkretes vorstellen: Sache ist zB ein körperlicher Gegenstand; fremd bedeutet sie gehört einem/einer jedenfalls nicht allein; beweglich impliziert, dass sie fortbewegt werden kann etc. Der damalige Tatbestand wäre somit heute verfassungswidrig. Einfacher (formulieren) macht es also nicht immer einfacher. Dass sich eine entwickelte Disziplin wie jene der Rechtswissenschaften einer Fachsprache bedient, ist auch durchaus legitim. Es gilt daher die Verwendung von Fachtermini und die Art, wie sich JuristInnen ausdrücken, auseinanderzuhalten. Fachtermini haben primär den Zweck, Relevantes exakter zu bezeichnen. Sie sind notwendig und haben

35 Bereits die Redakteure des ABGB waren sich uneinig, ob dieses ein Volksgesetzbuch (nach dem Verständnis von *Karl Anton von Martini*) oder ein für gebildete BürgerInnen verständliches Gesetzeswerk sein soll (nach dem Verständnis von *Franz von Zeiller*). Vgl dazu *Voithofer/Laimer*, Gesetzessprache & Zugang zum Recht, in *Clavoral/Garber* (Hrsg), Sprache und Zivilverfahrensrecht (2013) 63.

36 Vgl *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht. Allgemeiner Teil¹² (2007) 18.

37 Vgl auch *Fischer*, Von Mäusen und Mördern, Die Zeit Online, 28.7.2015, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-07/recht-gesetz-justiz-irrtum-fischer> (29.7.2015).

einen gewissen Rationalisierungseffekt. So wissen Fachkundige sofort, was gemeint ist. Durchaus verbesserungswürdig und zu kritisieren ist hingegen die umständliche Sprache mit überflüssigen Wiederholungen, langen Schachtelsätzen, dem inflationären Einsatz von Passivkonstruktionen etc.³⁸

4.2. Rahmenbedingungen der Legistik und der Rechtspolitik

Die Gesetzgebung sollte sich daher bemühen, Gesetze so klar und verständlich als möglich zu formulieren. Denn Gesetze sind in der Regel auf Dauer angelegt und wollen Verhaltensregeln für mehrere Generationen aufstellen.³⁹

Auch hier bietet der rechtshistorische Blick Erklärungsansätze. Der Grundstein für eine Vielzahl juristischer Termini im Bereich des Zivilrechts und deren Systematik wurde vor 150 Jahren mit der Begründung der großen Gesetzesbücher wie dem ABGB, BGB und Code Civil gelegt.⁴⁰ Diese Kodifikationen sind auch heute in ihren jeweiligen Ländern noch in Geltung und die damals gewählten Begrifflichkeiten prägen auch heutige Generationen von JuristInnen. Der historische Gesetzgeber hat gerade durch die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe versucht, Vorsorge dafür zu treffen, gesellschaftliche Veränderungen zu berücksichtigen und dem ABGB Möglichkeiten eingehaucht, *law in action* zu bleiben.⁴¹

Wenn heute bei manchen Formulierungen daneben gegriffen wird, so kann dies auch daran liegen, dass sich die Gesetzestechnik und die diesbezüglichen Rahmenbedingungen geändert haben. Während Gesetzesbücher damals in jahrzehntelangen Vorarbeiten oft fernab tagespolitischer Auseinandersetzungen konzipiert wurden, arbeiten LegistInnen heutzutage meist unter großem politischem und zeitlichem Druck. Der Gesetzestext und die konkreten Formulierungen sind somit in einer Demokratie nicht selten auch das Ergebnis eines politischen Kompromisses.⁴²

Als rezentes Beispiel für politische Sachzwänge kann wiederum das KindNamRÄG 2013 genannt werden. Die meisten sind sich heute einig, dass Obsorgefähigkeit keine geschlechtsspezifische Eigenschaft ist. Trotzdem finden sich im Endprodukt dieser letzten großen familienrechtlichen Reform Zugeständnisse an die VertreterInnen „der“ Frauen- als auch „der“ Männerinteressen. Für die einen wurde etwa klargestellt, dass das Gesetz nicht von einer „automatischen gemeinsamen Obsorge“ ausgehe und

38 Vgl. ua die ebenso in diesem Heft erschienenen Beiträge von *Schacherreiter*, Falsch, schlecht, schwer verständlich, Über einige Ärgernisse des Satzbaus in der juristischen Fachsprache, *juridikum* 2006, 115; *Voithofer*, Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, *juridikum* 2012, 86.

39 *Schönherr*, Zur österreichischen Gesetzessprache und -technik, *AnwBl* 1981, 346.

40 Vgl. *Voithofer*, Das ABGB als *law in books* und *law in action* in *Barta/Ganner/Voithofer* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB 1811-2011 (2012) 47; *Voithofer*, Sprachbewusstsein & ABGB: Kontinuität im Wandel? in *Barta/Lehne/Niedermayr/Schennach* (Hrsg.), Kontinuität im Wandel. 200 Jahre ABGB (1811-2011) (2012) 251.

41 Vgl. *Voithofer*, in *Barta/Ganner/Voithofer* (Hrsg.), Kontinuität 54.

42 Vgl. *Fucik/Neumayr*, Einander recht verstehen, *RZ* 2013, 155.

der überwiegend betreuende Elternteil über Wohnsitzverlegungen bestimmen darf, für die anderen, dass die gemeinsame Obsorge nach der Scheidung ausgebaut werden soll und eine Antragsmöglichkeit auf Beteiligung an der Obsorge installiert und betont wird, dass die Beziehungen zu beiden Elternteilen für die Entwicklungsinteressen des Kindes förderlich seien.⁴³

4.3. Erfordernis der Reflexivität von Recht

Recht und gesellschaftliche Bedürfnisse und Werthaltungen stehen in einem kontinuierlichen Spannungsverhältnis. Insbes Rechtssnormen, die von gesellschaftlichen Veränderungen stark betroffen und ausreichend offen ausgestaltet sind, ermöglichen Gerichten, auf gesellschaftlichen Wandel zu reagieren. Dies kann durch Abstraktion oder Einräumung von Ermessensspielräumen passieren. Idealerweise spiegelt die Rspr dann auch den vorherrschenden gesellschaftlichen Konsens wider.

4.3.1. Privatautonomie und Ermessen

Ob bewusst oder unbewusst, gewisse Bereiche überlässt der Gesetzgeber im Wege unbestimmter Gesetzesbegriffe den Parteien selbst oder im Konfliktfall gerichtlichen Ermessensentscheidungen.

Der Vertragsfreiheit im Zivilrecht ist es eigen, dass Betroffene selbst vereinbaren können, welchen Rechten und Pflichten sie sich unterwerfen wollen. Den Dispositionen Privater sind bis zur Sittenwidrigkeit oder der Berücksichtigung zwingender Schutznormen, die meist Hierarchieverhältnisse ausgleichen sollen, keine Schranken gesetzt.

Der eingangs skizzierte Anspruch der Rechtsordnung an den Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgrad kann in den verschiedenen Rechtsbereichen variieren. In vielen Fällen durchschiffen Normunterworfenen sehr lange und auch sehr gut rechtliche Meere ohne in Gesetzesbücher blicken zu müssen oder sich beraten zu lassen:⁴⁴ Sie schließen Kaufverträge, Mietverträge, Arbeitsverträge ab, werden unternehmerisch tätig etc. Hier schaltet sich die Berufung auf das Recht erst dann ein, wenn Vereinbartes nicht mehr funktioniert. Erst dann füllen die zwingenden Normen des Zivilrechts die entstehenden Rechtsschutzlücken.

43 Vgl mwN und Bspen Beck, KindNamRÄG 2013: Zwischen Verfassungsrecht und Geschlechterkampf. Zehn Anmerkungen zu einem politischen Kompromiss, iFamZ 2013, 41. Vgl dazu auch *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive: Obsorge- und Kontaktrecht sowie verfahrensrechtliche Aspekte, iFamZ 2014, 96.

44 *Fucik/Neumayr*, RZ 2013, 154.

Dafür lassen sich im Familienrecht ebenso einige Beispiele ausmachen:

Etwa § 190 Abs 1 ABGB:⁴⁵ „Die Eltern haben bei Vereinbarungen über die Obsorge, die persönlichen Kontakte sowie die Betreuung des Kindes das Wohl des Kindes bestmöglich zu wahren.“

Wie am Beispiel der Änderungen zum Obsorgerecht gezeigt, sind gerade im Familienrecht verschiedene Werthaltungen und Interessen miteinander zu vereinbaren. Zu denken ist des Weiteren an Eheverträge, Unterhaltsvereinbarungen, Kontaktrechtsregelungen, letztwillige Verfügungen etc. Die Familienrechtsreform 2013 zielte erklärterweise ua darauf ab, die Familienautonomie auszubauen.⁴⁶ Für die genannten Obsorgevereinbarungen bedarf es zB anders als nach der alten Rechtslage keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung mehr (§ 190 Abs 2 ABGB).

Wo im Wege des demokratischen Entscheidungsprozesses kein Kompromiss erzielt werden kann, steht am Ende oftmals eine unbestimmte Regelung, deren Präzisierung den Gerichten überlassen wird. Es handelt sich hierbei um Vagheitsspielräume, die oft Interessensgegensätze zum Ausdruck bringen. Bei der Rechtsanwendung sind sodann wertorientierte Abwägungen zu treffen. Als Orientierung können Grundprinzipien (etwa die Grundrechte) dienen.⁴⁷

4.3.2. Rechtsfortbildung durch Gerichte

Es ist – wie bereits angedeutet – nicht immer möglich, Tatbestandselemente exakt und bestimmt zu determinieren. Deutungen sind insbes auch umstände- und zeitbedingt. Was heute unangemessen ist, könnte morgen bereits angemessen sein.⁴⁸ Unbestimmte Gesetzesbegriffe räumen Gerichten rechtsschöpferisches Potential ein, um auf die jeweiligen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen zu reagieren.

Dies ist aus demokratiepolitischer Perspektive nicht unproblematisch. Denn die Kompetenz über Interessens- und Wertefragen zu entscheiden, wird somit vom dazu legitimierten Gesetzgeber auf weder unmittelbar noch mittelbar gewählte RichterInnen verlagert.⁴⁹ Trotzdem kommt eine sich im Wandel befindende Gesellschaft, die an rechtlicher Kontinuität interessiert ist, nicht ohne gewisse Ermessensspielräume und Abstraktionen im Gesetz aus. Auch so kommt es bereits oft genug zu Anlassgesetzgebungen und häufigen Novellierungen.

45 IdF BGBl I 2013/15.

46 Dass dies nur ansatzweise und unsystematisch gelingt kritisiert Beck, iFamZ 2013, 38. Positiv zu vermerken ist, dass sich für die Anerkennung des so genannten „Doppelresidenzmodells“ in der jüngsten Rspr Ansätze finden. Vgl LG für ZRS Wien 3.9.2014, 42 R 321/14p.

47 Vgl Kunz/Mona, Rechtsphilosophie. Rechtstheorie. Rechtssoziologie (2006) 155.

48 Vgl Fucik/Neumayr, RZ 2013, 154.

49 Krit dazu auch Voithofer, juridikum 2012, 96.

Ein Beispiel, dass die Judikatur gesetzgeberischen Unwillen auszugleichen sucht, ist etwa in der jüngeren Rspr zum Kindesunterhalt auszumachen. Diese tendiert dazu, das so genannte „Doppelresidenzmodell“, zu dessen Umsetzung der Gesetzgeber sich nicht durchringen konnte, anzuerkennen.⁵⁰ § 179 Abs 2 ABGB⁵¹ verpflichtet die Elternteile im Fall der gemeinsamen Obsorge zur Festlegung eines hauptsächlichen Aufenthalts des Kindes. Diese die Familienautonomie einschränkende Bestimmung wird in der derzeitigen Herbst-Session vom VfGH geprüft.⁵² Nach der Rspr soll in Fällen, wo beide Eltern nach einer Trennung trotz Auflösung der häuslichen Gemeinschaft Betreuungsleistungen in annähernd gleichem Umfang erbringen, dies im Unterhaltsrecht entsprechende Berücksichtigung finden. Wenn Kinder nachweislich gleich viel Zeit im Haushalt beider Elternteile verbringen und beide ein annähernd gleiches Einkommen erzielen, entfällt die Geldunterhaltspflicht für den Elternteil, bei dem das Kind sich (zumindest am Papier) nicht hauptsächlich aufhält.⁵³

Oft zeigt sich auch, dass ein bestimmter Wortlaut dem Wunsch nach progressiven Rechtsentwicklungen gar entgegensteht. So war der Wortlaut der alten Fassung des § 182 Abs 2 ABGB⁵⁴, wonach im Fall einer Stiefkindadoption jeweils nur der Elternteil des gleichen Geschlechts ersetzt werden kann, einer grundrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich und es war die Anrufung des EGMR notwendig, um eine Änderung der Rechtslage herbeizuführen und damit auch de facto bestehende Eltern-Kind-Verhältnisse gleichgeschlechtlicher Paare rechtliche Anerkennung zu gewähren.⁵⁵

5. Schranken gerichtlichen Ermessens: Rechtsschutzinstrumente

Eine Reihe von Rechtsschutzgarantien gewährleisten, dass Gerichten in Ausübung ihres rechtsschöpferischen Potentials Grenzen gesetzt sind.

Wenn davon ausgegangen werden könnte, dass jedeR gleich entscheidet, warum sollte es möglich sein, Entscheidungen eines Gerichts zu bekämpfen? Die Tatsache, dass im Zivilrecht über drei Instanzen und im Strafrecht über zwei Instanzen an der „richtigen“ Auslegung gefeilt werden kann, bis schließlich eine einzige Institution dafür Sorge zu tragen hat, dass eine einheitliche Auslegung gewährleistet ist, entspringt wohl ua diesem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtseinheit.

50 Vgl LGZ Wien 26.9.2011, 42 R 138/11 x = EF-Z 2012/17; zum Modell der Doppelresidenz jüngst auch LGZ Wien 3.9.2014, 42 R 321/14p (*Thoma-Twaroch*, iFamZ 2014, 217).

51 IdF BGBl I 2013/15.

52 Am 23.09.2015 fand dazu eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Vgl Presseinformation des VfGH vom 16.09.2015 <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/6/7/5/CH0003/CMS1442390662511/herbstsession15presseinfo.pdf> (24.09.2015).

53 Vgl LGZ Wien 26.9.2011, 42 R 138/11x.

54 IdF BGBl 1960/58; nunmehr § 197 ABGB idF BGBl I 2013/15.

55 Dieser entschied im Fall *X ua gg Österreich*, dass darin eine Verletzung des Art 14 iVm 8 EMRK zu erblicken ist. Vgl EGMR 19.2.2013, 19010/07, *X ua gg Österreich*.

Va entscheiden Gerichte auch in Ausübung ihres rechtsgestaltenden Potentials nicht im luftleeren Raum. Sie haben sich in Wert- und Interessensfragen an den Grundrechten und insbes auch an der Rspr des EGMR zu orientieren.⁵⁶ Einschlägig im Familienrecht ist insbes Art 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben), der die Mitgliedsstaaten auch positiv verpflichtet und in Verbindung mit Art 14 EMRK einen breiten Diskriminierungsschutz bietet. Dies belegen zahlreiche Beispiele. Um beim Adoptionsrecht zu bleiben: Der Rspr des EGMR ist es zu verdanken, dass die sexuelle Orientierung für die Eignungsprüfung bei der Einzelannahme eines Kindes nicht zu berücksichtigen ist.⁵⁷ Die Rolle der ordentlichen Gerichte im Grundrechtsschutz im Bereich der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit erfuhr insbesondere durch die EMRK und den EU-Beitritt eine große Aufwertung und trug dazu bei, dass sich diese auch als HüterInnen der Grundrechte verstehen.⁵⁸ Im Rahmen der vorgesehenen Rechtsmittel sind Grundrechtsverletzungen daher ebenso aufzugreifen wie „einfache“ Gesetzesverletzungen. Seit 1.1.2015 ist es zudem auch für Parteien möglich, einen Antrag beim VfGH auf Normenkontrolle zu stellen.⁵⁹ Dieser Rechtsbehelf ermöglicht es jeder Partei eines Verfahrens vor einem ordentlichen Gericht im Wege eines Rechtsmittels gegen die in erster Instanz getroffene Entscheidung beim VfGH die Aufhebung von Bestimmungen zu beantragen, die in dem jeweiligen gerichtlichen Verfahren anzuwenden sind.⁶⁰ Diese Neuerung stellte eine bedeutende und lang geforderte Erweiterung des individuellen Rechtsschutzes dar.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich daher folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- Die Rechtstexte sollten zumindest so (un)bestimmt abgefasst sein, dass der/die Einzelne noch versteht, was er/sie darf und was nicht (Stichwort: Rechtssicherheit);
- wenn; den Gerichten Ermessen und Interpretationsspielraum eingeräumt wird, ist dieses im Rahmen gewisser Orientierungsschranken wie etwa den Grundrechten auszuüben (Stichtwort: Rechtseinheit);
- die Rechtsordnung hat durch verschiedene Instrumentarien Vorsorge zu treffen, dass Willkürentscheidungen eingedämmt werden, etwa durch Instanzenzug und Verfahrensgarantien (Stichwort: Rechtsschutz).

56 Vgl F. Bydliński in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 6 ABGB Rz 21.

57 Vgl EGMR 22.1.2008, 43547/02, *E.B./Frankreich* iFamZ 2008/64, 126 = EF-Z 2008/30, 55 (*Raptis*) = ÖJZ 2008/14, 4. Frankreich wurde weil es einer lesbischen Antragstellerin die Adoption versagte wegen Verstoßes gg Art 8 EMRK verurteilt. Der EGMR hat damit inhaltlich seine Vorentscheidung zu EGMR 26.2.2002, 36515/97, *Fretté/Frankreich* „overruled“, in der er eine Verletzung von Art 8 EMRK unter Berufung auf den Ermessensspielraum nach Art 14 EMRK verneint hat (*Raptis*, EF-Z 2008/30, 56).

58 Vgl dazu jüngst *Öblinger*, Unabhängigkeit der Gerichte – Zwei Seiten einer Medaille, RZ 2015, 83.

59 Die so genannte „Gesetzesbeschwerde“, vgl Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG.

60 Für bestimmte familienrechtliche Verfahren wurden insbes auf Grund der Dringlichkeit gewisser Entscheidungen Ausnahmetatbestände geschaffen: zB Kindesrückführungsverfahren, Unterhaltsvorschussverfahren, einstweilige Verfügungen. Ausführlich dazu *Barth*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle im Familienrecht, iFamZ 2014, 280.

Die Unbestimmtheit ist somit weder Segen noch Fluch, sondern schlicht Realität jeder positivistischen Rechtsordnung. Es handelt sich um eine Notwendigkeit einer sich dem Instrument der Sprache bedienenden und somit deren Relativität unterliegenden Disziplin. Als RechtsanwenderIn gilt es einmal mehr, sich die Unexaktheit der Rechtstexte und deren Anwendung jeweils bewusst zu machen und eine Sensibilität dafür zu entwickeln.

MMag.³ Ilse Koza hat Rechts- und Politikwissenschaften und Romanistik in Wien und Paris studiert und arbeitet als Richteramtswärterin im Sprengel des OLG Wien; ilse.koza@univie.ac.at

Ein Recht auf verständliche Rechtstexte/-normen?

Christoph Kölbl

1. Einleitung¹

Bei der Anwendung von Normen stellt sich für viele Jurist_innen und wohl noch mehr für die „sorgfältigen Durchschnittsleser_innen“ von Rechtstexten die Frage, warum Regelungen zum Teil mit einem so hohen Maß an Unverständlichkeit formuliert werden. Mit einem geringen Mehraufwand an Mühe und überlegtem Einsatz der deutschen Sprache sowie hermeneutischer Präzision würde man schlichtweg zu wesentlich besseren, vor allem verständlicheren Gesetzen gelangen.² *Knigge* meint in Bezug auf Juristen etwa, dass ihr „barbarischer Stil, ihre bogenlangen Perioden, ihre Gabe, die einfachste, deutlichste Sache weitschweifig und unverständlich zu machen“ jeden, der „Geschmack und Gefühl für Klarheit hat“, mit Ekel und Ungeduld erfülle.³ In diesem Zusammenhang sei *De Gaulle* erwähnt, der gemeint haben soll, dass die Zehn Gebote deswegen so kurz und logisch sind, weil sie ohne Mitwirkung von Juristen zustande gekommen sind.⁴ Oft scheint vergessen zu werden, dass die Äußerungen von Jurist_innen in aller Regel für Nicht-Jurist_innen bestimmt sind: Rechtsakte (Bescheide, Urteile) sowie Rechtsnormen (Verordnungen, Gesetze) richten sich an Lai_innen und sollen daher auch von diesen verstanden werden.⁵

Bereits im Erkenntnis VfSlg 3130/1956 hat der VfGH die Verständlichkeit von Normen zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen genommen. Das Höchstgericht reduzierte in dieser Entscheidung seine allgemein am Rechtsstaatsgedanken orientierten Überlegungen jedoch auf das Publikationsgebot.⁶ Mit dem „Denkspporterkenntnis“⁷ legte der VfGH sodann erstmals legistische Kriterien für die Verständlichkeit von Normen fest, indem er ein Zeichen setzte und eine Bestimmung des Arbeitslosenversicherungsgeset-

1 Den Anstoß zur Frage nach einem Recht auf verständliche Rechtstexte/-normen gab mir ein Seminar zur Klarsprache des Rechts, welches von Staudegger gemeinsam mit Muhr, einem Grazer Germanisten, der sich bereits intensiv mit der sprachlichen Überarbeitung von Gesetzen beschäftigt, an der Karl-Franzens Universität in Graz abgehalten wurde.

2 *Knigge*, Ueber den Umgang mit Menschen. Bd. 2 (1788), 116, www.deutschestextarchiv.de/knigge_umgang02_1788/138 (13.10.2015).

3 *Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (1788) 331.

4 Vgl *Leitner*, Deutsch als Amtssprache, ÖJZ 2014, 287.

5 *Schönherr*, Sprache und Recht (1985) 50.

6 Vgl *Tomandl*, ZAS 1990, 182.

7 VfSlg 12420/1990.

zes⁸ und eine damit verbundene Norm der Notstandshilfenverordnung⁹ wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatlichkeitsprinzip aufhob. Für die Rechtsunterworfenen seien sie schier unverständlich, weshalb sie eine Verfassungswidrigkeit darstellen.

2. Verständlichkeit von Rechtsnormen im Lichte der Verfassung

Österreich ist eine demokratische Republik, deren Recht vom Volk ausgeht. Der demokratische Gedanke dahinter ist, dass das Recht vom Rechtsunterworfenen erzeugt werden soll.¹⁰ Dem österreichischen Verfassungsrecht liegt ein mittelbar demokratisch parlamentarisches System zugrunde.¹¹ Dementsprechend wird das Recht nicht unmittelbar vom Volk gesetzt, sondern vom Volk gewählte Repräsentant_innen üben diese Funktion als deren gewählte Vertreter_innen aus. Welche Grundsätze der Verfassung überhaupt die notwendige rechtliche Stütze geben, um die Frage, ob ein Recht auf verständliche Rechtsnormen besteht, beantworten zu können, soll nun anhand des Rechtsstaatsprinzips und dessen Kern, dem Legalitätsprinzip, skizziert werden.

2.1. Das rechtsstaatliche Prinzip

Unter einem Rechtsstaat ist ein Staat zu verstehen, dessen Rechtsordnung inhaltlich ausreichend bestimmt ist und der entsprechende Einrichtungen zur Sicherung der Einhaltung der Rechtsvorschriften vorsieht.¹² Zentrales Element des rechtsstaatlichen Prinzips bildet dabei die Zuständigkeit des VfGH, der die Rechtsnormen auf deren Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit hin überprüft.¹³ Um dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung tragen zu können, muss der Rechtsstaat als Verfassungsstaat Normen aufweisen, mit denen die Gesetzgebung geregelt wird. Zudem muss die Einhaltung der Gesetze sowie der Verfassung garantiert werden. Laut *Ringhofer* stellt Art 18 B-VG einen wesentlichen Beitrag zur Demokratie dar, indem nichts ohne oder gar gegen den im Gesetz in Erscheinung tretenden Volkswillen geschehen darf.¹⁴ Wesentliche Beachtung gilt es

8 Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) BGBl 1977/609 idF BGBl 1987/615.

9 Verordnung des BM für soziale Verwaltung vom 10. Juli 1973 betreffend Richtlinien für die Gewährung der Notstandshilfe (Notstandshilfeverordnung – NHV) BGBl 1973/352 idF BGBl 1988/319.

10 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 148; vgl auch Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht Band I: Grundlagen² (2011) Rz 14.001ff.

11 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss¹¹ Rz 149; s auch Öhlinger/Eberhardt, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 66, 332; Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht I² Rz 11.004f.

12 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss¹¹ Rz 165; s auch Öhlinger/Eberhardt, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 74; Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht I² Rz 14.014.

13 Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht I² Rz 14.014.

14 Ringhofer, Die österreichische Bundesverfassung: Das Bundes-Verfassungsgesetz mit Kommentar, die wichtigsten verfassungsrechtlichen Nebengesetze und Staatsverträge sowie einfachgesetzliche Durchführungsvorschriften (1977) 81.

auch der Zugänglichkeit des Rechts als Element der Rechtsstaatlichkeit zu schenken.¹⁵ In jüngerer Judikatur¹⁶ hat der VfGH in verschiedenen Entscheidungen auf das rechtsstaatliche Prinzip Bezug genommen.¹⁷ Dementsprechend misst der VfGH den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Zugänglichkeit des Rechts erhebliche Bedeutung zu. Auch sein „Denksporterkennntnis“ hat der VfGH aus dem rechtsstaatlichen Prinzip abgeleitet. Diesem zur Folge sei ein Gesetz verfassungswidrig, wenn für das Verständnis von Gesetzen „archivarischer Fleiß“ oder eine „Lust zum Lösen von Denksportaufgaben von Nöten ist“.¹⁸

2.2. Legalitätsprinzip

„Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“¹⁹ Kern des rechtsstaatlichen Prinzips ist die Bindung der Verwaltung an das Gesetz im Sinne des Legalitätsprinzips (Art 18 Abs 1 B-VG), das von der älteren Lehre mit dem Rechtsstaatsprinzip schlechthin identifiziert wurde (formeller Rechtsstaatsbegriff).²⁰ Eine Beseitigung der Gesetzesbindung der Vollziehung sowie der Bindung des Gesetzgebers an die Verwaltung wäre als Gesamtänderung der Verfassung einer Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG zu unterziehen.²¹ Der Gesetzgebung ist aufgetragen, die wesentlichen Voraussetzungen und Inhalte des behördlichen Handelns der Verwaltung so zu bestimmen, dass es den Normadressat_innen möglich ist, bereits aus dem Gesetz seine Rechtsposition zu entnehmen und dass Verwaltungsgerichte sowie Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in der Lage sind zu überprüfen, ob Verwaltungsakte mit dem Gesetz übereinstimmen.²² Verfassungskonforme Grundlagen der Tätigkeit der Vollziehung müssen ein gewisses Ausmaß an Bestimmtheit haben.²³ Diese aus Art 18 Abs 1 B-VG geforderte Bestimmtheit von Normen beschränkt auch die Zulässigkeit von Verweisungen in verfassungsrechtlicher Hinsicht.²⁴

15 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I² Rz 14.014; vgl auch *Öhlinger/Eberhardt*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 85.

16 VfSlg 18886/2009; VfSlg 19530/2011.

17 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss¹¹ Rz 167; vgl auch *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I² Rz 14.014.

18 VfSlg 12420/1990.

19 Art 18 Abs 1 B-VG.

20 *Öhlinger/Eberhardt*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 74, 598; vgl auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss¹¹ Rz 569; s auch *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band II: Staatliche Organisation³ (2014) Rz 27.030f; *dieselben*, Staatsrecht I² Rz 14.001, 14014.

21 *Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵: Kurzkomentar (2015) Art 18 B-VG I.1.

22 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II³ Rz 27.031; vgl auch *Öhlinger/Eberhardt*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 601.

23 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss¹¹ Rz 569; s auch *Öhlinger/Eberhardt*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 86.

24 VfSlg 13740/1994.

3. Das Denksporterkenntnis des VfGH

1990 setzte der VfGH einen Meilenstein in Richtung Verständlichkeit von Rechtsnormen. Im sogenannten „Denksporterkenntnis“ hat er, das Arbeitslosenversicherungsrecht betreffend, eine Verordnungsbestimmung als gesetzwidrig qualifiziert, die das rechtstaatlich gebotene „Mindestmaß an Verständlichkeit“ nicht aufwies.²⁵ Er ging noch weiter und sprach aus, dass *„nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denkport-Aufgaben überhaupt verstanden werden kann, welche Anordnungen hier getroffen werden sollen.“*²⁶

Schon 1956 hatte der VfGH ein Fundament geschaffen, welches durch das „Denksporterkenntnis“ erweitert wurde.²⁷ Im jüngeren Erkenntnis setzte das Höchstgericht seinen damaligen Ansatz fort und ordnet nun dem Rechtsstaatsprinzip auch einen Anspruch auf Verständlichkeit der Norm zu.²⁸ Diese Entscheidung sollte weitgehende Auswirkungen haben und den auf dem Gebiete der Legistik tätigen Beamt_innen den Rücken stärken, insbesondere in Bezug auf sorgfältigere Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen.²⁹

3.1. Sachverhaltsdarstellung

Anlass für die amtswegige Prüfung der für unverständlich befundenen Verordnungsbestimmung waren Bescheidbeschwerden nach Art 144 B-VG gegen die Kürzung bzw Einstellung der Notstandshilfe.³⁰ Gegenständlich war ua ein Rechtsstreit zwischen der Verwaltungsbehörde und einem Bezieher von Notstandshilfe. Dessen Ehefrau erhielt ebenfalls Notstandshilfe, welche durch neuerlichen Bescheid jedoch gekürzt wurde. Dadurch kam es auch zu einer Neubemessung der Notstandshilfe des Ehegatten. Die Rechtsgrundlage für die Entscheidung der Behörde war die Notstandshilfeverordnung (BGBl 1973/352 idF BGBl 1988/319). Der beschwerdeführenden Partei wurde nur mehr vermindert Sozialleistung zugesprochen.

3.2. Überlegungen im Lichte der gestellten Rechtsfrage

Die näheren Bedingungen, unter denen eine Notlage als gegeben angesehen wird, sind durch Verordnung des Bundesministers des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales

²⁵ Jabloner, Das „Denksporterkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in FS Adamovich (1992) 189 (189).

²⁶ VfSlg 12420/1990.

²⁷ VfSlg 3130/1956.

²⁸ Vgl Tomandl, ZAS 1990, 183.

²⁹ S dazu Tomandl, ZAS 1990, 181.

³⁰ Huber, Verständlichkeit als Gebot der Verfassung, Eine Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes von weitreichender Bedeutung, Zeitschrift für Gesetzgebung 1990, 355 (355f).

und Konsumentenschutz (damals: BM für soziale Verwaltung) zu regeln. Hierbei ist nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz³¹ sowohl das Einkommen der Arbeitslosen (gem § 36 Abs 3 lit A AIVG) als auch das Einkommen ihrer Angehörigen (gem § 36 Abs 3 lit B AIVG) zu berücksichtigen.³² Die klagende Partei sah in der Anwendung von § 4 Abs 2 NHV³³ in einigen Punkten eine Rechtswidrigkeit gegeben, welche der Verfassungsgerichtshof nun zu untersuchen hatte.

§ 4 Abs 2 NHV BGBl 1973/352 idF BGBl 1988/319 lautete wie folgt:

„Wenn seit der Zuerkennung der Notstandshilfe mehr als drei Jahre vergangen sind [...] so sind ab dem folgenden 1. Jänner die Notlage und das Ausmaß der Notstandshilfe unter Berücksichtigung des Familieneinkommens wie folgt zu beurteilen:

1. Unter Familieneinkommen ist das jeweilige Einkommen nach Abzug der Steuern und sozialen Abgaben der im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten bzw. Lebensgefährten zu verstehen. Handelt es sich um Einkommen des Ehegatten bzw. der Ehegattin [...] des Arbeitslosen, so finden die §§ 3, 6 Abs 2, Abs 5, soweit auf § 5 Abs 3 und 6 verwiesen wird, Abs 6 und Abs 7, handelt es sich um Einkommen des Arbeitslosen selbst die §§ 3, 5 Abs 2 bis 6, sinngemäß Anwendung.

2. Übersteigt das Einkommen des Ehegatten bzw. der Ehegattin [...] des Arbeitslosen zusätzlich allfälliger Einkommen des Arbeitslosen selbst im Monat die doppelte Freigrenze nach § 6 Abs 3 erster Satz, so liegt Notlage nicht vor [...].“

3. In den übrigen Fällen darf die nach Durchführung allfälliger Anrechnungen gebührende Notstandshilfe gemeinsam mit dem Einkommen nach Z 1 die Betragsgrenzen nach Z 1 nicht übersteigen.“

Das Höchstgericht untersuchte die Norm auf Verfassungskonformität und sprach dabei aus: „Gegen die in Prüfung gezogene Ordnungsbestimmung besteht ferner das Bedenken, dass sie nicht jenes Mindestmaß an Verständlichkeit aufweist, das jedes – im Lichte des Rechtsstaatsprinzips anzuwendende – Gesetz von einer Verordnung verlangt.“³⁴ Die daraus abgeleitete Rechtsfrage setzt sich somit mit dem Thema auseinander, ob die gegenständliche Notstandshilfeverordnung eben genau jenes Mindestmaß an Verständlichkeit erfüllte.

Der VfGH sprach dieser Norm nicht einmal ein Mindestmaß an Verständlichkeit zu. Er nahm zunächst im Einleitungssatz Bezug auf sein Erkenntnis VfSlg 3130/1956, in dem der Gerichtshof aus dem rechtstaatlichen Prinzip abgeleitet hat, dass „(...) der Inhalt eines Gesetzes der breiten Öffentlichkeit in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis zu bringen ist, weil der Normunterworfenen die Möglichkeit haben muss, sich der Norm gemäß zu verhalten.“³⁵ Vorschriften, „zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und geradezu archivari-scher Fleiß von Nöten ist“³⁶, trügen dem Erfordernis ebenso wenig Rechnung.

Neben der Gesetzswidrigkeit der Norm, die dem Beschwerdeverfahren zugrunde lag, ist in erster Linie der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit, den der VfGH aus diesem Erkennt-

31 § 36 AIVG idF BGBl 1987/615.

32 Huber, Zeitschrift für Gesetzgebung 1990, 356.

33 § 4 Abs 2 NHV idF BGBl 1988/319.

34 VfSlg 12420/1990.

35 VfSlg 3130/1956.

36 VfSlg 3130/1956.

nis hervorhebt, ins Licht zu rücken. Bezugnehmend auf das Gebot der Verständlichkeit fand das Höchstgericht in VfSlg 12420/1990 die Worte, dass eine Norm, die „[n]ur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denkport-Aufgaben“ überhaupt verstanden werden kann, nolens volens diese Anforderung nicht erfüllen kann. Dadurch stellt der Gerichtshof klar, sei es schlichtweg unvermeidlich, gewisse Bedingungen an die Verständlichkeit einer Norm zu stellen. Er betont sehr klar, dass „solche rechtsstaatlichen Anforderungen nicht nur [...] an die Kundmachung des Normtextes, sondern auch an dessen Formulierung zu stellen sind, und [...] nicht nur für Gesetze, sondern für jede Norm [...]“ gelten müssen. Nunmehr folgert er aus dem Rechtsstaatsprinzip einerseits, dass der Normunterworfene einen verfassungsmäßigen Anspruch darauf besitzt, einen zumutbaren Zugang zu den Normtexten zu finden. Er ordnet dem Rechtsstaatsprinzip andererseits auch einen Anspruch auf Verständlichkeit der Norm zu.³⁷ Mit anderen Worten muss eine Norm für Adressat_innen inhaltlich verständlich sein und zwar soweit, dass überhaupt verstanden werden kann, was der Gesetzgeber mit dieser Norm aussagen vermag.

Somit hob der VfGH erstmals eine Verordnung auf, welche aufgrund ihrer Unverständlichkeit gegen das rechtsstaatliche Prinzip als Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung verstößt.

In der Lehre wurde das Denksporterkenntnis kritisch diskutiert. *Jabloner* kann dem VfGH darin nicht zustimmen, dass „schwer verständliche“ generelle Normen verfassungswidrig sind.³⁸ *Tomandl* meint dazu, dass durch die Entscheidung des VfGH kein abschließendes Bild von den rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Gesetz im materiellen Sinn vermittelt wird.³⁹ Somit ginge es in der Sache um dasselbe Problem, ob man auf schwierige Weise einen leicht verständlichen Gesetzestext findet oder einen leicht zugänglichen Text schwer versteht, was in Summe einer verfassungsrechtlichen Betrachtung nicht standhält.⁴⁰

4. Rechtspolitische Überlegungen

Grundsätzlich ist das „Denksporterkenntnis“ des VfGH sehr zu begrüßen, da es gewährleistet, dass gewisse inhaltliche Anforderungen an die Verständlichkeit einer Norm zu stellen sind. In einer Flut an Gesetzen, stellt es mE ein Grundelement der Rechtsstaatlichkeit dar, eine Norm so zu verfassen, dass sie in sich selbst verständlich ist. Zu überlegen ist allerdings, aus welcher Bestimmung dieses Erfordernis abzuleiten ist.

37 *Tomandl*, ZAS 1990, 183.

38 Vgl *Jabloner* in FS Adamovich 189; *derselbe*, Vorbemerkungen zu einer rechtstechnischen Reform der Sozialversicherungsgesetze, SozSi 1994, 75 (77).

39 *Tomandl*, ZAS 1990, 185.

40 *Tomandl*, ZAS 1990, 181.

4.1. Mögliche verfassungsrechtliche Grundlagen

Das rechtsstaatliche Prinzip wurde vom VfGH sehr deutlich ins Licht gerückt. Zu prüfen ist aber auch, ob eine Norm, die nur mit *außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denkport-Aufgaben überhaupt verstanden werden kann*, nach Art 49 B-VG überhaupt einer ordnungsgemäßen Kundmachung entspricht. Denn eine unvollständige Kundmachung des im Nationalrat beschlossenen Gesetzestextes bewirkt einen Publikationsmangel und ist in weiterer Folge verfassungswidrig.⁴¹ Ein wesentliches Element der Rechtstaatlichkeit ist es, die Rechtsunterworfenen durch die Kundmachung in die Lage zu versetzen, ihr Verhalten an den rechtlichen Geboten zu orientieren.⁴² Art 18 B-VG fordert im Zusammenhang mit Art 49 und 97 B-VG eine Bindung an gesetzliche Bestimmungen, die der Allgemeinheit zugänglich sind. Nur in Verbindung mit den Publikationsvorschriften kommt das rechtsstaatliche Legalitätsprinzip voll zum Tragen, zumal dadurch staatliches Handeln erst vorhersehbar und überprüfbar wird.⁴³

Offen bleibt, ob eine nicht erkennbare bzw eine bloß schwer erkennbare Regelung dem Kriterium einer gehörigen Verlautbarung standhält. Nach der Ansicht *Jabloneers* sei der Rückgriff auf die Entscheidung aus den 50er Jahren nicht nachvollziehbar, zumal der der VfGH in seinem Denksporterkenntnis zwei nicht miteinander harmonisierende Betrachtungsweisen vermengte. „*Thema des ‚Denksporterkenntnis‘ ist ja nicht die Unzulänglichkeit des Normtextes infolge einer bestimmten Verweisungstechnik (Erkenntnis VfSlg 3130/1956), sondern die Unverständlichkeit der Norm.*“⁴⁴ Das Höchstgericht hätte seiner Meinung nach bloß den mangelnden Normcharakter feststellen müssen, anstatt die Verweisung aufzuheben.⁴⁵ Es sei daher offenkundig, dass im Falle eines schwer verständlichen Gesetzesinhalts die Frage der Verständlichkeit nicht mehr am Maßstab des Art 49 B-VG gemessen werden könne. Deshalb wurde die Frage vom VfGH in seiner Entscheidung auch nicht mehr aufgegriffen.⁴⁶ So scheidet mE Art 49 B-VG als Grundlage für die Beantwortung des Rechts auf verständliche Rechtstexte aus. Ferner ist zu prüfen, inwieweit eine derartig unverständliche Norm nach Art 47 B-VG vom Bundespräsidenten unterfertigt werden darf bzw ob dieser die Beurkundung verweigern kann. Nach Art 47 B-VG ist das verfassungsmäßige Zustandekommen von Bundesgesetzen durch die Unterschrift des BPräs zu beglaubigen. Die Frage, ob sich die Prüfungsbefugnis des BPräs auf die Einhaltung der formalen Erzeugungsvorschriften beschränkt oder der Bundespräsident auch die inhaltliche Verfassungsmäßigkeit prüfen

41 VfSlg 16152/2001.

42 Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 49 B-VG I.3.

43 Potacs, Auslegung und Legalitätsprinzip, ZfV 2015, 230 (231).

44 Jabloner in FS Adamovich 192.

45 Jabloner in FS Adamovich 191; aA Tomandl, ZAS 1990, 183.

46 In diesem Sinne Jabloner in FS Adamovich 191.

darf, ist umstritten. Die heute wohl übermäßig hL⁴⁷ spricht sich für ein materielles Prüfungsrecht des BPräs aus. Nach Ansicht *Jabnells*⁴⁸ hat der Bundespräsident bei offenkundiger Verfassungswidrigkeit die Beglaubigung zu versagen. So überdachte auch *Rill* seine Ansicht und misst Art 47 B-VG nunmehr eine rechtstaatliche Legitimation zu.⁴⁹ Entgegen der hL sieht *Rill* jedoch keinen Grund, die Befugnis des BPräs lediglich auf offenkundige und schwerwiegende Fehler im Sinne einer Grobprüfung zu beschränken und Verfassungswidrigkeiten geringeren Gewichts außen vor zu lassen.⁵⁰ Aus dem eben Gesagten ist der BPräs im Falle einer Norm, die offenkundig, die vom VfGH aufgestellten Anforderungen an die Verständlichkeit einer Norm, nicht erfüllt, gehalten, die Beurkundung zu verweigern.

4.2. Rechtspolitische Überlegungen

In den wenigsten Fällen liegt es am komplizierten Inhalt, wenn ein Text schwer zu verstehen ist. Vielmehr liegt es daran, dass dieser kompliziert verfasst wurde.⁵¹ Nach Ansicht *Potacs* sei für das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip entscheidend, den Sinngehalt Leser_innen zugänglich zu machen, die mit dem juristischen Sprachgebrauch vertraut sind.⁵² Dies mag wenig überzeugen. Wie eingangs erwähnt, scheint eben gerade vielfach vergessen zu werden, dass die Äußerungen von Jurist_innen an Nicht-Jurist_innen adressiert sind.⁵³ Von „sorgfältigen Durchschnittsleser_innen“ kann mE nicht erwartet werden, eine Norm zu verstehen, welcher das Höchstgericht die Verständlichkeit abspricht und diese mit einer „Denksport-Aufgabe“ vergleicht. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, auch eine gewisse legistische Sorgfalt in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen. Denn das rechtsstaatliche Erfordernis der Publizität schließt das rechtsinhaltliche Kriterium einer gewissen Klarheit der Formulierung ein.⁵⁴ Für Adressat_innen muss auch ohne kompliziertes Denken klar sein, was eine Norm aussagt. Es ist zwar nicht Aufgabe des Gesetzgebers die am leichtesten verständliche Form der Gesetzgebung zu finden. Dennoch dürften solche legistische Mängel – wie jener im Anlassfall des Denksporterkenntnisses –, die leicht und ohne bedeutenden Aufwand ver-

47 *Rill*, Die Rolle des Bundespräsidenten als Hüter der Verfassung, ZfV 2008, 314; so auch *Jabnel*, Die Gesetzesbeurkundung durch den Bundespräsidenten – der aktuelle Stand der Diskussion, in GS Walter (2013) 203; *Sonntag*, Präventive Normenkontrolle in Österreich (2010) 103ff; aA und für eine formelle Prüfungsbefugnis des BPräs *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 47 B-VG II.1.

48 *Jabnel* in GS Walter 218.

49 *Rill*, ZfV 2008, 315.

50 *Rill*, ZfV 2008, 314.

51 So *Kirchhof*, Rechtsprechen ist mehr als Nachsprechen von Vorgesprochenem, in *Haß-Zumkehr* (Hrsg), Sprache und Recht (2002) 119 (122).

52 *Potacs*, ZfV 2015, 232.

53 *Schönherr*, Sprache 50.

54 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss¹¹ Rz 167.

meidbar gewesen wären, nicht toleriert werden.⁵⁵ Die Skepsis mancher Jurist_innen gegenüber einer „vereinfachten oder volkstümlicheren Gesetzessprache“ ist größtenteils unbegründet.⁵⁶ Eine Vereinfachung ist in vielen Fällen möglich.⁵⁷ Oftmals wird diese Skepsis mit dem Argument begründet, die Komplexität der Sprache der Jurist_innen sei auf die Fachsprache zurückzuführen. Dem ist jedoch die überzeugende Ansicht *Schönherr*s entgegenzuhalten, der strikt zwischen juristischen Fachausdrücken und der Art, wie Jurist_innen einen Satz nach Außen tragen, differenziert.⁵⁸ Ebenso ist es Aufgabe des Gesetzgebers jene Anforderungen, welche der VfGH an eine Norm stellt, hinsichtlich bevorstehender Novellen zu berücksichtigen.

Gerade das ASVG als Kerngesetz im Bereich des Sozialrechts ist ein gutes Beispiel für einen Vorschriftenkomplex größten Umfanges und unvergleichbarer Dichte. Quantitativ ist das ASVG mit 669 Paragraphen ein legistischer Kontinent. Hinzu kommt die Kompliziertheit und Kasuistik dieses Regelungswerkes. Das ASVG gilt als „*unverständlich und unzulänglich*“.⁵⁹ Zwar betraf das Erkenntnis des VfGH einen besonders krasen Fall einer legistischen Fehlleistung, doch lässt sich der Tenor des Erkenntnisses un schwer auf weite Bereiche des Sozialversicherungsrechtes erstrecken.⁶⁰ Dennoch müssen diese Anforderungen auch auf andere wichtige Rechtsbereiche umgesetzt werden. *Jabloner* stellt klar, es sei zwingend notwendig, zumindest im Sozialversicherungsrecht, jene Anforderungen an die Verständlichkeit mit zu berücksichtigen, die die Bürger_innen im täglichen Leben betreffen. Normen richten sich primär an „Durchschnittsbürger_innen“, von denen die Einhaltung der Gesetze auch rechtlich gefordert wird. Demnach scheint es mE umso weniger überzeugend, dass sich der Sinngehalt jener Normen ausschließlich an die mit dem juristischen Sprachgebrauch vertrauten Leser_innen richten soll. Gerade die Bürger_innen, die mit diesem Sprachgebrauch nicht vertraut sind, sind es schließlich, die mit den Bereichen wie dem Miet- oder Sozialrecht tagtäglich konfrontiert sind und die sich auch nicht auf die Unkenntnis des Gesetzes berufen können.⁶¹ Bemerkenswerterweise findet sich auch in der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz⁶² eine Bestimmung, die eine verständliche Gerichtssprache fordert. Gemäß § 53 Abs 3 Geo sind in der schriftlichen Erledigung „*entbehrliche Fremdwörter und eine von der Umgangssprache abweichende Amtssprache zu vermeiden; die Erledigung muss verständlich*“ sein. Somit sind Gerichte (mit Ausnahme des Höchstgerichtes) gehalten, sich einer verständlichen Sprache zu bedienen. Denn individuelle Rechtsakte wie Urteile, Bescheide oder Beschlüsse richten sich an Leser_innen, die mit dem juristischen

55 *Tomandl*, ZAS 1990, 185f.

56 So etwa *Kohlegger*, Mehr Chancengleichheit und Rechtsverfolgung in Zivilrechtsangelegenheiten, NZ 1978, 68 (70).

57 *Schönherr*, Sprache 50.

58 *Schönherr*, Sprache 50.

59 *Jabloner*, SozSi 1994, 75.

60 *Jabloner*, SozSi 1994, 77.

61 Vgl dazu § 2 ABGB.

62 Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo) BGBl 1951/264 idGF.

Sprachgebrauch nicht vertraut sind. Aus diesen Erwägungen scheint es mE nicht nachvollziehbar, weshalb dies zwar für individuelle nicht aber für generelle Rechtsakte wie Gesetze bzw Verordnungen gelten soll.

Wichtige Bedeutung kommt hinsichtlich der Gesetzesgestaltung den Legistischen Richtlinien 1990⁶³ zu, die nach wie vor das Fundament für Arbeit der auf dem Gebiet der Legistik tätigen Beamt_innen bilden. Sie sind das Ergebnis einer lange fortdauernden Diskussion zwischen den Ausschüssen des Nationalrats und den Legist_innen. In der Anwendung dieser Richtlinien stellt sich aber folgendes Problem: Die Legistischen Richtlinien 1990 wirken bloß als regierungsinterne Empfehlung (Richtlinie) und auch wenn es gelänge, sie in der einen oder anderen Form in die Geschäftsordnung der parlamentarischen Körperschaften zu integrieren, blieben Verstöße gegen diese Regeln dennoch sanktionslos.⁶⁴

Schönherr arbeitet in einem umfassenden Katalog die Kritikpunkte und Verbesserungsmöglichkeiten heraus, welche bestehen, um einer verständlicheren Sprache der Gesetzestexte gerecht zu werden.⁶⁵ Er setzt insbesondere bei der Gesetzesvorbereitung und -technik an und stellt dabei die zentrale Rolle der Legist_innen in den Vordergrund. Legist_innen müssen ihr Sachgebiet kennen und über das nötige Abstraktionsvermögen verfügen.⁶⁶ Kritik an Entwürfen dürfe nicht als persönliche Beleidigung empfunden werden, denn dies stünde einer Verbesserung der Gesetzesvorbereitung entgegen. Federführende Legist_innen müssen vielmehr geistig offen sein und dürfen sich Anregungen nicht verschließen, sie müssen für diese empfänglich sein.⁶⁷ Nur so kommt man einer verständlicheren Sprache ein Stück näher. Weiters greift *Schönherr* die Besonderheit der Rechtsbereinigung auf. Novellen dürfen nicht nur punktuell auf den unmittelbaren Anlass beschränkt bleiben, sondern müssen auch dazu dienen, überholte Bestimmungen zu entfernen.⁶⁸ So käme man auch zugleich einer spürbaren Rechtsbereinigung ein Stück näher.

5. Schlussbemerkung

Gerade das Denksporterkenntnis führt vor Augen, welche bedeutende Rolle der VfGH für die einzelnen Bürger_innen spielt.⁶⁹ Schließlich entschied das Höchstgericht betreffend die Verständlichkeit von Rechtsnormen zu Gunsten der Bürger_innen. Andererseits hat das Erkenntnis in rechtspolitischer Hinsicht zweifellos eine positive Wirkung auf das legisti-

63 *Bundeskanzleramt*, Legistische Richtlinien 1990, <http://www.bundeskanzleramt.at/site/3513/default.aspx> (31.8.2015).

64 *Jablonek*, *SozSi* 1994, 77f.

65 *Schönherr*, *Sprache* 54.

66 *Schönherr*, *Sprache* 59.

67 *Schönherr*, *Sprache* 56.

68 *Schönherr*, *Sprache* 57.

69 So *Tomandl*, *ZAS* 1990, 186.

sche Problembewusstsein ausgeübt.⁷⁰ Ob es wirklich möglich ist, Fälle rein legistischer Fehler und Fälle einer sich aus den Regelungsgegenständen selbst ergebenden Kompliziertheit auseinanderzuhalten, kann bezweifelt werden.⁷¹ Dennoch setzte der VfGH mit seinem Denksporterkenntnis ein Zeichen, indem das Höchstgericht der Legistik ihre Aufgabe unzweideutig vor Augen geführt und damit einen entscheidenden Anstoß zur Verbesserung der österreichischen Rechtskultur gegeben hat. Umso mehr muss der legistischen Ausgestaltung mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden, um solche legistischen Fehlleistungen wie im Anlassfall der Entscheidung *VfSlg 12420/1990* zu vermeiden.

Ebenso müsse auch der Bundespräsident in seiner Rolle als Hüter der Verfassung sich bei der Beurkundung eines Gesetzesentwurfes die Frage der Verständlichkeit stellen. Im Falle eines Gesetzesentwurfes, der die vom VfGH geforderten Anforderungen an die Verständlichkeit objektiv nicht erfüllt und in weiterer Folge gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstößt, müsse er von seiner Befugnis Gebrauch machen und die Beurkundung eines derartigen Gesetzesentwurfes verweigern. Somit wird schließlich sichergestellt, dass der Gesetzesentwurf einer erneuten Überarbeitungsphase unterzogen werden müsse, bevor dieser in Kraft tritt und Geltung erlangt. *Tomandl* ist mE zuzustimmen, dass unabhängig davon der VfGH im Bestreben nach Bereinigung legistischer Mängel nicht nachlassen darf und weiterhin für eine bürgernahe Gesetzgebung kämpfen muss.⁷²

Christoph Kölbl studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens Universität in Graz und absolviert zurzeit ein Praktikum bei RA Dr. Günter Schmid in Linz; christoph.koelbl@edu.uni-graz.at

70 Vgl. Jabloner, SoZi 1994, 77.

71 *Jabloner* in FS Adamovich 194.

72 So *Tomandl*, ZAS 1990, 186.

Checkliste zur Umsetzung einer EU-Richtlinie

am Beispiel der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU

Savina Kalanj

1. Einleitung

Wenn man eine frisch veröffentlichte EU-Richtlinie in Händen hält und sich an die Umsetzung machen möchte, stehen verschiedene Mittel der Legistik zur Verfügung – andere muss man sich selbst verschaffen. Eine kurze Checkliste soll den Weg zum unionsrechtskonformen Gesetz und zur zeitgerechten Umsetzung darstellen. Als Beispiel soll die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe dienen.¹ Gemäß Art 90 Abs 1 RL 2014/24/EU ist die Umsetzung bis 18. April 2016 vorzunehmen (mit Möglichkeiten für eine spätere Umsetzung in Teilbereichen, siehe Art 90 Abs 2 bis 5 der RL). Gleichzeitig umzusetzen sind die Richtlinien 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe² (siehe Art 51 Abs 1 RL 2014/23/EU), und die Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste³ (siehe Art 106 Abs 1 RL 2014/25/EU).

2. Kompetenzen beachten

Im Bereich des Vergaberechts macht es einem Art 14b B-VG verhältnismäßig einfach, die Kompetenz zur Umsetzung des Bundesvergabegesetzes 2006⁴ zu bestimmen. Gemäß Art 14b Abs 1 B-VG ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache, soweit diese nicht unter Abs 3 fallen. Art 14b Abs 3 B-VG legt fest, dass die Gesetzgebung (und Vollziehung) in den Angelegenheiten der Nachprüfung⁵ von Vergabeverfahren, die in die Landesvollziehung fallen, Landessache ist.

1 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 2014/94, 65.

2 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 2014/94, 1.

3 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl L 2014/94, 243.

4 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) BGBl I 2006/17 idgF.

5 Zum Begriff der Nachprüfung vgl AB 1118 BIGNR 21. GP 10, und *Denk* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar² (2014) Artikel 14b Rn 32ff.

Gemäß Art 14b Abs 4 B-VG hat der Bund den Ländern aber auch Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in Angelegenheiten des Abs 1 mitzuwirken.⁶ Diese Mitwirkung erfolgt über die bereits im Jahr 2002 eingerichtete Bund-Länder-Arbeitsgruppe.⁷

Die Zuständigkeit ist jedoch nicht immer so eindeutig festlegbar – so behandelt etwa die Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen⁸ zwar spezifisch die Rechnungslegung im Beschaffungswesen, betrifft jedoch die Zahlung nach Vertragsabschluss bzw Leistungserbringung und bewegt sich damit wohl außerhalb des Rahmens dessen, was noch zum Vergaberecht zu zählen ist.⁹ Auch ist die elektronische Rechnungslegung (nur) an Bundesdienststellen in § 5 Abs 2 des IKT-Konsolidierungsgesetzes¹⁰ bereits allgemein umgesetzt, also ohne spezifischen Bezug zum Vergaberecht; hinsichtlich § 5 IKTKonG ist der Bundesminister oder die Bundesministerin für Finanzen mit der Vollziehung betraut. Im Normalfall wird jedoch schon zum Zeitpunkt der Verhandlungen der Richtlinie in Brüssel aufgrund der Kompetenzverteilung bzw des Bundesministeriengesetzes 1986 ganz klar sein, wer diese später wird umsetzen müssen.

3. Vorhandene Tools nutzen

In der Eigenlegistik gibt es grundsätzlich eine ganze Reihe von Tools, von der Textgestaltung zum Textlayout, die heranzuziehen sind bzw als Hilfsmittel dienen können (wie etwa das E-Recht). Auf der Webseite des Bundeskanzleramtes¹¹ kann man sich etwa, sofern man nicht ohnehin ein Profi der Eigenlegistik ist, mit den Legistischen Richtlinien 1990 näher vertraut machen, die, obschon ein wenig in die Jahre gekommen, zu den üblichen Fragen präzise Antworten bieten. Ein neueres Tool für Textgegenüberstellungen, das zumindest einen Teil der langwierigen Arbeit der textlichen Hervorhebung und Gegenüberstellung erspart, ist seit jüngerer Zeit auch auf der Webseite verlinkt.¹²

4. Eigene Tools erstellen

Wie erwähnt, sind die Legistischen Richtlinien 1990 teilweise nicht mehr aktuell bzw können sie auch nicht alle Detailprobleme der Eigenlegistik erfassen. Allerdings werden

6 AB 1118 BlgNR 21. GP 10.

7 Vgl RV 776 BlgNR 25. GP 2.

8 Richtlinie 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl L 2014/133, 1.

9 Vgl dazu allgemein *Rill* in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (12. Lfg 2013) B-VG Art 14b Rn 19; *Denk* in *Schramml/Aicher/Fruhmann*, Bundesvergabegesetz² B-VG Art 14b Rn 18.

10 Bundesgesetz, mit dem IKT-Lösungen und IT-Verfahren bundesweit konsolidiert werden (IKT-Konsolidierungsgesetz – IKTKonG) BGBl I 2012/35 idgF.

11 Unter: Fachinhalte – Verfassungsdienst – Legistik. <http://bka.gv.at/site/3513/default.aspx> (22.8.2015).

12 Textgegenüberstellung; <https://www.ag.bka.gv.at/at.gv.bka.wiki-bka/index.php/Textgegenüberstellung> (22.8.2015).

üblicherweise – vor allem bei einem größeren Neuerungsbedarf wie bei der vorliegenden Richtlinie gegeben (auch im Hinblick auf die Notwendigkeit der Umsetzung der RL 2014/23/EU und RL 2014/25/EU, wobei die erstgenannte Richtlinie keine Vorgängerrichtlinie hat) – mehrere Personen an einem Gesetz arbeiten, von denen jede ihren eigenen Schreibstil hat.

Die Abweichungen können weniger wichtig sein, wenn es etwa darum geht, wie bestimmte Artikel der Richtlinie in den Erläuternden Bemerkungen korrekt und vor allem übereinstimmend zu zitieren sind. Jedoch sollten etwa Formulierungsabweichungen bei Umschreibungen derselben Tatbestände jedenfalls vermieden werden, um eine unterschiedliche Interpretation durch die Anwender und Anwenderinnen oder die Gerichte zu vermeiden. Dem kann man beispielsweise dadurch begegnen, dass Textblöcke, die sich wiederholen und auf einen Artikel der Richtlinie zurückgeführt werden können, von einer Person „betreut“ werden. Falls sich aber im Gesetz häufige Verschiebungen (insbesondere von Paragraphenbezeichnungen) ergeben, kann die Erfassung aller Textblöcke schwierig sein, insbesondere wenn im Endspurt noch in kürzester Zeit zahlreiche Änderungen zu machen sind (vgl etwa die §§ 102 Abs 3, 103 Abs 6, 154 Abs 2, 160 Abs 6 BVergG 2006; für den Sektorenbereich siehe die §§ 250 Abs 3, 252 Abs 6 und 286 Abs 1 BVergG 2006). Allerdings ergibt sich eine solche Zuteilung nach Artikeln der Richtlinie schon zwangsläufig daraus, dass man eine Aufteilung der Arbeitsbereiche wohl nach Artikeln vornimmt (und nicht nach den Paragraphen eines schon bestehenden Gesetzes), um eine vollständige Umsetzung der Richtlinien sicherzustellen.

Ein ideales Tool, welches wohl schon bei der Erstfassung des Gesetzes erstellt werden sollte, wäre ein Glossar, da sich gewisse sprachliche Eigenheiten des jeweiligen Gesetzes (bzw der ursprünglichen Autoren und Autorinnen) nicht sofort und eindeutig aus dem Text erschließen. So ist etwa ein Angebot nach dem BVergG 2006 „auszuscheiden“ (vgl etwa § 129 BVergG 2006), ein Bieter ist jedoch „auszuschließen“ (siehe § 69 BVergG 2006). Es ist allerdings zuzugestehen, dass ein Glossar aufgrund allgemeinen Personal- und Zeitmangels in den meisten Fällen wohl unerschwinglicher Luxus ist.

Leichter zu erstellen – wenn auch vielleicht weniger leicht umfassend zu berücksichtigen, insofern es dem eigenen Sprachstil widerstrebt – ist ein Stylesheet bzw Style Guide. Dabei handelt es sich um stilistische Regeln, die nicht von den Legistischen Richtlinien 1990 erfasst sind, aber im Rahmen des jeweiligen Gesetzes notwendig werden können, oder von den Legistischen Richtlinien 1990 nicht bedacht wurden bzw bedacht werden konnten. Wenn möglich, kann man auch auf bereits bestehende Anleitungen zurückgreifen.¹³

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie ist es schließlich unerlässlich, eine möglichst detaillierte Entsprechungstabelle zu erstellen, damit nachvollziehbar ist, welche Artikel durch welchen Paragraphen umgesetzt werden. Auch hier ist die Aktualisie-

13 Vgl zB http://ec.europa.eu/translation/german/german_de.htm (22.8.2015).

rung im Zuge von Paragraphenumstellungen unter Zeitdruck schwierig zu gewährleisten. Dennoch sollte man sich bemühen, sich schon früh klarzuwerden, welche Bestimmungen wo umgesetzt werden, vor allem da die Systematik des Gesetzes nicht zwangsläufig jener der Richtlinie folgen soll oder kann. Dadurch kann bei einer Kontrolllesung überprüft werden, ob die Bestimmung tatsächlich umgesetzt wurde oder ein weiterer Umsetzungsbedarf besteht. Darüber hinaus ist die nachträgliche Erstellung einer Entsprechungstabelle weit mühsamer.

Was die Pflicht zur Übermittlung solcher Dokumente wie Entsprechungstabellen im Rahmen der Notifikation betrifft,¹⁴ ist auf die Gemeinsame Politische Erklärung der Mitgliedstaaten und der Kommission zu erläuternden Dokumenten¹⁵ und die Gemeinsame Politische Erklärung vom 27. Oktober 2011 des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zu Erläuternde Dokumente,¹⁶ zu verweisen. Zu diesen Erklärungen erfolgte auch ein Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst.¹⁷ Im Wesentlichen wurde auf europäischer Ebene vereinbart, dass die Übermittlung von Entsprechungstabellen oder anderen Dokumenten, die dem gleichen Zweck dienen, nur in begründeten Fällen zusätzlich zur Mitteilung der Umsetzungsmaßnahmen an die Kommission zu übermitteln sind. Die Richtlinien, bei denen dies der Fall ist, enthalten einen dementsprechenden Erwägungsgrund (vgl. den Text in der Gemeinsamen Politischen Erklärung vom 27. Oktober 2011 und Erwägungsgrund 138 der Richtlinie 2014/24/EU). Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst führt im Rundschreiben zu den „anderen Dokumenten“ weiter aus, dass darunter auch die Erläuternden Bemerkungen zu Gesetzen und Verordnungen zu verstehen sind, „sofern im Besonderen Teil auf die betroffene(n) Richtlinie(n) ausreichend Bezug genommen wird.“ Darunter werden wohl nur Verweise zu verstehen sein, die (mindestens) auf einzelne Artikel der jeweiligen Richtlinie verweisen (wobei Abweichungen im Einzelfall denkbar sind, solange die Nachvollziehbarkeit jedenfalls gewährt bleibt).

Auch die Erläuternden Bemerkungen zum Gesetz sollten parallel zur Gesetzeserstellung verfasst werden, da auch hier eine spätere Nachvollziehbarkeit der ursprünglichen Gedanken schwierig und mitunter lückenhaft sein kann. Die Überlegungen, warum man eine Bestimmung der Richtlinie auf eine bestimmte Art umsetzt, ergeben sich schließlich während der Arbeit am Text. Für den Verfasser oder die Verfasserin selbst, als auch für Lektoren und Lektorinnen, Anwender und Anwenderinnen wird es einfacher, den Text nachzuvollziehen bzw. zu hinterfragen, wenn nähere Überlegungen gleichzeitig schrift-

14 Vgl. dazu allgemein *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 315f.

15 Gemeinsame Politische Erklärung vom 28. September 2011 der Mitgliedstaaten und der Kommission zu Erläuternde Dokumente, ABl C 2011/369, 14.

16 Gemeinsame Politische Erklärung vom 27. Oktober 2011 des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zu Erläuternde Dokumente, ABl C 2011/369, 15.

17 Rundschreiben betreffend die Übermittlung von Erläuternden Dokumenten oder Tabellen im Zusammenhang mit nationalen Maßnahmen zur Umsetzung von EU-Richtlinien v. 19.6.2012, BKA-672.612/0004-V/7/2012; <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=48035> (22.8.2015).

lich festgehalten wurden und man auf dieser Grundlage diskutieren kann. Was davon tatsächlich Eingang in die Erläuternden Bemerkungen findet, kann später immer noch überdacht werden.

5. Den Richtlinien text umsetzen – Sprachfassungen

Wenn man nun die Richtlinie umsetzt, ist zu berücksichtigen, dass die deutsche Sprachfassung in ein bestehendes innerstaatliches Sprachgefüge einzuarbeiten ist. Auch ist das ganz praktische Problem zu beachten, dass die Sprachfassung – wie leider im Fall der Richtlinie 2014/24/EU¹⁸ – teilweise unzureichend sein kann. Aufgrund der gleichberechtigten Stellung aller Sprachfassungen in den Amtssprachen der Europäischen Union¹⁹ kann man bei Auslegungsschwierigkeiten grundsätzlich jede der offiziellen Sprachfassungen heranziehen. Hilfreich ist es, neben der deutschen Sprachfassung jedenfalls jene Sprachfassung zu verwenden, mit welcher im Rahmen der Verhandlungen zur Richtlinien erlassung gearbeitet wurde (im Fall der Vergaberichtlinien ist das die englische Sprachfassung). Darüber hinaus empfiehlt sich aber auch der Kontrollvergleich mit jeder weiteren Sprachfassung, die von der Sprachkompetenz der zuständigen Legisten und Legistinnen erfasst ist. Wenn Fehler der Sprachfassung bemerkt werden, sollten diese darüber hinaus auch zentral in einem Dokument gesammelt werden, um diese für ein späteres Korrigendum an die Sprachjuristen und Sprachjuristinnen der Europäischen Union übermitteln zu können. Schließlich liefern die Leitfäden und sonstigen Übersetzungsressourcen der Europäischen Union mögliche Anhaltspunkte.²⁰

5.1. Beispiele – Vergleiche der Sprachfassungen:

Im Folgenden soll anhand zweier Beispiele aufgezeigt werden, wo in der RL 2014/24/EU Probleme mit der deutschen Sprachfassung bestehen und wie diesen begegnet werden kann:

5.1.1. Artikel 33 (Rahmenvereinbarung)

Art 32 Abs 2 vierter Unterabsatz RL 2004/18/EG lautet (englische Sprachfassung, Unterstreichungen bei allen zitierten Sprachfassungen nicht im Original): “The term of

18 Siehe dazu die Protokollerklärung Österreichs zur Verabschiedung der Vergaberichtlinien (in englischer Sprache): <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%205860%202014%20ADD%201%20REV%201> (22.8.2015).

19 Siehe zur Auffassung des EuGH, wonach bei Textdivergenzen alle Sprachfassungen zu vergleichen sind, die Nachweise in *Lenz/Borhardt*, EU-Verträge Kommentar⁶ (2013) AEUV Art 342 Rn 7.

20 http://ec.europa.eu/translation/german/guidelines/de_guidelines_de.htm (22.8.2015).

a framework agreement may not exceed four years, save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement.”

Art 33 Abs 1 dritter Unterabsatz RL 2014/24/EU lautet (englische Sprachfassung): „The term of a framework agreement shall not exceed four years, save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement.“

Art 32 Abs 2 vierter Unterabsatz RL 2004/18/EG lautet in der deutschen Sprachfassung: „Mit Ausnahme von Sonderfällen, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann, darf die Laufzeit der Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten.“

Art 33 Abs 1 dritter Unterabsatz RL 2014/24/EU lautet (deutsche Sprachfassung): „Mit Ausnahme angemessen begründeter Sonderfälle, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann, beträgt die Laufzeit der Rahmenvereinbarung maximal vier Jahre.“

Die französischen Sprachfassungen enthalten folgende Texte in den bereits genannten Bestimmungen: „La durée d’un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l’objet de l’accord-cadre.“ (RL 2004/18/EG) und „La durée d’un accord-cadre ne dépasse pas quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l’objet de l’accord-cadre.“ (RL 2014/24/EU).

Wenn man nur die deutschen Sprachfassungen der Richtlinien 2004/18/EG und 2014/24/EU vergleicht, könnte man zum Schluss kommen, hier hätte es auch insofern eine Änderung gegeben, als dass nunmehr Sonderfälle auch „angemessen begründet“ werden müssten, woraus vielleicht ein Anpassungsbedarf folgen würde. Beim Vergleich mit der englischen und der französischen Sprachfassung wird jedoch klar, dass anscheinend bei der deutschen Sprachfassung der Richtlinie 2004/18/EG ein Satzteil vergessen worden war, nämlich hinsichtlich der „duly justified“ cases, was aber nunmehr in der Richtlinie 2014/24/EU nachgeholt wurde. Vorliegend erfasst der geltende § 151 Abs 6 BVergG 2006 zur Laufzeit der Rahmenvereinbarung aber wohl ohnehin die verlangte angemessene Begründung, da eine Verlängerung nur in „sachlich gerechtfertigt[en]“ Fällen zulässig ist, welche auch festzuhalten sind.

5.1.2. Artikel 12 (Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors)

In Art 12 Abs 1 zweiter Unterabsatz RL 2014/24/EU lautet der erste Satz: „Bei einem öffentlichen Auftraggeber wird davon ausgegangen, dass er über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle im Sinne von Unterabsatz 1 Buchstabe a ausübt wie über seine eigenen Dienststellen, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt.“

Art 12 Abs 3 zweiter Unterabsatz lit ii RL 2014/24/EU lautet: „[...] diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben [...]“.

Die Satzteile sind abgesehen von einem abweichenden Wort ganz gleichlautend. Es stellt sich die Frage, ob die (hier auch inhaltliche) Abweichung tatsächlich beabsichtigt ist. Hier ist ebenso der Blick auf die englische Sprachfassung hilfreich, die in beiden Fällen das Wort „decisive“ (statt etwa „decisive“ und „significant“) verwendet. Damit kann man hier dem Wort „ausschlaggebend“ als korrekter Übersetzung den Vorzug geben, dies auch im Fall von Art 12 Abs 3 zweiter Unterabsatz lit ii 2014/24/EU. Das wird auch bestätigt durch das hier zugrunde liegende Urteil des EuGH,²¹ das von „decisive influence“ bzw „ausschlaggebendem Einfluss“ spricht (siehe jedoch im Hinblick auf die Arbeitssprache Französisch des EuGH²² die Abweichung der französischen Sprachfassung der Richtlinie: jeweils „influence décisive“, während es beim EuGH „influence déterminante“ heißt).

6. Den Richtlinientext umsetzen – weitere Unterlagen

Wie man im oben angeführten ersten Beispiel sehen kann, ist auch die Vorgängerrichtlinie, sofern es eine solche gibt, eine wertvolle Unterlage, um Änderungen nachvollziehen zu können und um in Erfahrung zu bringen, inwiefern eine Änderung der nationalen Bestimmungen aus unionsrechtlicher Sicht überhaupt notwendig ist. Die Europäische Kommission unterstützt während der Umsetzungsperiode die Mitgliedstaaten in Fragen der Interpretation bei der Umsetzung. Dies geschieht bei eigenen Sitzungen der Experten und Expertinnen im jeweiligen Rechtsbereich (im Vergaberecht die Kommissionsarbeitsgruppe Regierungsexperten im Bereich Vergabewesen, kurz EXPP). Seit einiger Zeit gibt es darüber hinaus ein Wiki, in welchem in einem Forum Fragen gestellt werden können und Unterlagen zur Verfügung gestellt werden (wie etwa eine Zuordnungstabelle der Erwägungsgründe zu den Artikeln der Richtlinie).²³ Schließlich ist es manchmal auch hilfreich, auf die Berichte im Rat bzw die Erläuterungen der Kommission im Entstehungsverfahren zur Richtlinie zurückzugreifen, um nachvollziehen zu können, wann welche Änderung warum erfolgt ist.

21 EuGH 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen* Rz 65.

22 Vgl dazu *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht* (2011) § 5 Rn 12, wonach die interne Beratungssprache in aller Regel Französisch ist, die englische Sprache aber an Bedeutung gewinnt.

23 Das Wiki ist nicht öffentlich zugänglich.

7. Resümee

Die Umsetzung von Richtlinien fügt dem ohnehin mehrschichtigen Gesetzgebungsprozess noch einige Ebenen hinzu, die im Umsetzungsprozess zu berücksichtigen sind. Die angeführten Werkzeuge und allgemeinen Tipps sollen zu einer übersichtlichen, strukturierten Umsetzung führen, die vor allem bei der Zusammenarbeit mehrerer Legisten und Legistinnen an der Umsetzung einer Richtlinie im nationalen Recht dazu beitragen können, im Gesetzwerdungsprozess zu einem kohärenten Ganzen zu kommen.

Mag.^a Savina Kalanj ist Referentin im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst; savina.kalanj@bka.gv.at

Fluggastdatenverwendung

Empirische Rechtsetzung und der Mythos der Objektivität

Hans-Georg Eilenberger / Karol Felsner

1. Einleitung

Im Juli dieses Jahres hat der Innenausschuss des EU-Parlaments für die Speicherung und Verwendung von Fluggastdaten gestimmt. Die Diskussion um die geplante RL 2011/0023¹ findet hauptsächlich vor dem Hintergrund des Datenschutzrechtes statt und wird als Fluggastdatenspeicherung oder PNR (Passenger Name Record) verhandelt.² Mit der Konzentration auf die Speicherung werden die Parallelen zur Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie betont, die im April 2014 vom EuGH wegen Unverhältnismäßigkeit für ungültig erklärt wurde.³ Tatsächlich zielt das aktuelle Richtlinienvorhaben aber nicht primär auf die *Speicherung*, sondern auf die *Verwendung* der entsprechenden Daten ab. „Verwendung“ bedeutet in diesem Zusammenhang die Aufbereitung der Daten für Strafverfolgung und Prävention. Algorithmen sollen das Reiseverhalten von Fluggastpassagier_innen analysieren, indem sie die bei der Buchung angegebenen Daten mit Daten aus anderen Quellen kreuzen (mit welchen, ergibt sich aus dem Vorschlag der RL nicht) und Korrelationen finden. Damit bereiten sie die Entscheidungen der Behörden vor, die etwa Kontrollen oder langfristige Überwachungsmaßnahmen für Terrorverdächtige oder mutmaßlich illegal Migrierende anordnen. Das Neuartige und besonders Problematische an der geplanten RL ist uE genau dieser Aspekt der *Verwendung* der Fluggastdaten. Im Blickpunkt des vorliegenden Beitrags steht demnach die *Fluggastdatenverwendung* mitsamt den Problemen, die sie aufwirft.

1 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, KOM(2011) 32 endgültig, 2011/0023 (COD) C7-0039/11.

2 Vgl etwa *Beuth*, Die nächste Vorratsdatenspeicherung naht, zeit online v 15.7.2015, www.zeit.de/digital/datenschutz/2015-07/fluggastdaten-eu-parlament-libe-ausschuss (14.8.2015) oder *Sander*, Stoppt die Fluggastdaten-Speicherung, nopnr blog v 14.7.2015, www.nopnr.org/stoppt-die-fluggastdaten-speicherung/ (15.8.2015).

3 EuGH 8.4.2014, C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland* und *Seitlinger*. Laut EuGH ergab sich die Ungültigkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie wegen Unverhältnismäßigkeit ua daraus, dass sie sich generell auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstreckte, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Ziels der Bekämpfung schwerer Straftaten vorzusehen (RZ 57), sowie auch daraus, dass sie den Zugang der Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten und deren spätere Nutzung nicht strikt auf Zwecke der Verhütung und Feststellung genau abgegrenzter schwerer Straftaten oder der sie betreffenden Strafverfolgung beschränkte (RZ 62). Beide Kritikpunkte, die Betroffenheit der gesamten Bevölkerung sowie die Nützlichkeit der gespeicherten Daten für nicht vom Speicherzweck umfasste Strafverfolgung (vgl insbesondere Art 5 Abs 5 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung), lassen sich auch gegen die neue RL zu den Fluggastdaten ins Treffen führen.

Das intuitive Unbehagen, das der Fluggastdatenverwendung anhaftet, gründet in der Zurückdrängung des Faktors Mensch; darin, dass wir einen sensiblen Bereich von Freiheit und Handlungsfähigkeit dem Urteil einer Maschine überantworten. Wenn hier vom menschlichen Faktor der Rechtsentscheidung die Rede ist, geht es jedoch nicht um die sentimentale Überhöhung menschlicher Rationalität. Tatsächlich entscheiden Menschen allzu oft un-menschlich, geprägt von diskriminierenden Vorurteilen. Wie im RL-Vorschlag zu lesen ist, soll die Fluggastdatenverwendung demgegenüber auf objektive Prüfkriterien abstellen.⁴ Der Auftrag an die Maschinenlogik der Fluggastdatenverwendung besteht nicht zuletzt darin, menschliche Willkür als Störfaktor rationalen Entscheidens auszuschalten. „PNR reduces the need for profiling“, lautet das Argument der RL-Befürworter_innen.⁵ Das Schließen aus der Empirie heraus soll als Garant von Objektivität und Effizienz bei der Bekämpfung von Kriminalität wirken.

Wir wollen mit diesem Artikel die Überlegenheit technischer Lösungen als Mythos problematisieren und auf die allzu „menschlichen“ Schwächen der Fluggastdatenverwendung hinweisen. Zunächst werden die Inhalte und Versprechungen der geplanten RL betrachtet (2.), dann werden Funktion und Einsatz maschinellen Lernens zur Datenverwendung umrissen (3.). Daran anknüpfend thematisiert der vierte Abschnitt die Idee einer weniger hypothesengeleiteten Wissenschaft und – damit im Zusammenhang – das Problem einer *empirischen Rechtssetzung* (4.). Im fünften Abschnitt wird schließlich die Fehlbarkeit des Technik-Mythos anhand der Diskriminierungsschutzes in den Blick genommen (5.). Die darauffolgende Conclusio enthält den Ausblick: menschliche Skepsis und politisches Handeln als Bollwerk gegen die konformistischen Untertöne der Technisierung.

2. Fluggastdatenverarbeitung

Seit etwa zehn Jahren gibt es Abkommen mit den USA, Australien und Kanada, die europäische Fluglinien zur Weiterleitung ihrer Informationen über Fluggäste an amerikanische oder kanadische Behörden verpflichten.⁶ Auf EU-Ebene war die Verwendung solcher Daten bislang nicht vorgesehen, wengleich seit 2007 in Verhandlung.⁷ Als zentraler Teil der nach den Anschlägen auf die Redaktion von *Charlie Hebdo* angekündigten Anti-

4 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 6.

5 Timothy Kirkhope, konservativer englischer Abgeordneter im europäischen Parlament und Mitglied des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres bei der Präsentation der leicht veränderten Version der RL von 2011 im Februar 2015; vgl. Levy-Abegnoli, PNR ‚reduces the need for profiling‘, 26.2.2015, www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/pnr-reduces-need-profiling (18.8.2015).

6 Vgl. Hornung/Boehm, Comparative Study on the 2011 Draft Agreement between the United States of America and the European Union on the use and transfer of Passenger Name Records (PNR) to the United States Department of Homeland Security (2012).

7 Eine umfassende Darstellung der Geschichte des Richtlinienprojekts zur PNR-Verwendung sowie eine Übersicht über bestehende nationale Verwendungssysteme und eine Zusammenschau wesentlicher Kritikpunkte finden sich im Briefing Paper des Wissenschaftlichen Dienstes des europäischen Parlaments, PE 554.215, abrufbar unter www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-Briefing-554215-The-EU-PNR-Proposal-FINAL.pdf (18.8.2015).

Terror-Maßnahmen wurde die Fluggastdatenverarbeitung ins Treffen geführt.⁸ Am 11. Februar 2015 wurde in einer Resolution des EU-Parlaments das Vorhaben erklärt, bis Ende 2015 die RL über die Verarbeitung von Fluggastdaten in der EU zu erarbeiten.⁹ Am 15. Juli hat nun der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des EU-Parlaments den Entwurf von 2011 mit kleinen Änderungen angenommen.¹⁰ Demnach sollen sämtliche Informationen, die eine Flugesellschaft über ihre Passagier_innen hat (jene, die im Hoheitsgebiet der EU eintreffen oder dieses verlassen), an eine neu einzurichtende Speicherinstanz der nationalen Sicherheitsbehörden, die besagte *PNR-Zentralstelle* (oder englisch *Passenger Information Unit*), weitergegeben werden, dies 24 bis 48 Stunden vor Abflug.¹¹ Aus den Informationen über das Buchungs-, Zahlungs- und Sitzplatzwahlverhalten sowie über Gepäckorganisation, Anschlussflüge, gebuchte Hotels, Essensvorlieben¹² – also das gesamte Reiseverhalten – sollen Kenntnisse über Verhaltensmuster gewonnen werden.¹³ Die Auswertung dieser Daten ermöglicht „unter Umständen Rückschlüsse auf die üblichsten Routen des Menschen- oder Drogenhandels“¹⁴ zu ziehen. In der Folge können daraus Prüfkriterien abgeleitet werden. Weiters heißt es in der Begründung der Kommission: „Durch einen Echtzeit-Abgleich von PNR-Daten anhand solcher Kriterien können Straftaten verhindert oder aufgedeckt werden.“¹⁵

8 Vgl. „Paris Declaration“, 11.1.2015, 52806/EU 25.GP, 5322/15 RAT, Punkt 4, 4. Abs; zu dem auf die Anschläge folgenden Sicherheitsdiskurs *Felsner/Bouteau*, Charlie und die Einheitsfabrik, juridikum 2015, 140.

9 Resolution des EU-Parlaments 2015/2530 (RSP), Richtlinienprojekt 2011/0023 (COD).

10 *Europäisches Parlament*, Pressemitteilung v 15.7.2015 „Passenger Name Records: MEPs back EU system with data protection safeguards“, www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20150714IPR81601/html/Passenger-Name-Records-MEPs-back-EU-system-with-data-protection-safeguards (13.8.2015).

11 Art 6 Abs 2 lit a Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung.

12 Eine taxative Aufzählung der zu verarbeitenden Datenkategorien findet sich im Anhang des Vorschlags zur RL Fluggastdatenverwendung: „(1) PNR-Buchungscode, (2) Datum der Buchung/Flugscheinausstellung, (3) Planmäßiges Abflugdatum bzw. planmäßige Abflugdaten, (4) Name(n), (5) Anschrift und Kontaktangaben (Telefonnummer, E-Mail-Adresse), (6) Alle Arten von Zahlungsinformationen einschließlich Rechnungsanschrift, (7) Gesamter Reiseverlauf für eine bestimmte Buchung, (8) Vielflieger-Eintrag, (9) Reisebüro/Sachbearbeiter, (10) Reisestatus des Fluggastes mit Angaben über Reisebestätigungen, Eincheckstatus, nicht angetretene Flüge (No Show) und Fluggäste mit Flugschein, aber ohne Reservierung (Go show), (11) Angaben über gesplittete/geteilte Buchungen, (12) Allgemeine Hinweise (einschließlich aller verfügbaren Angaben zu unbegleiteten Minderjährigen unter 18 Jahren, wie beispielsweise Name und Geschlecht des Minderjährigen, Alter, Sprache(n), Name und Kontaktdaten der Begleitperson beim Abflug und Angabe, in welcher Beziehung diese Person zu dem Minderjährigen steht, Name und Kontaktdaten der abholenden Person und Angabe, in welcher Beziehung diese Person zu dem Minderjährigen steht, begleitender Flughafenmitarbeiter bei Abflug und Ankunft), (13) Flugscheindaten (Flugscheinnummer, Ausstellungsdatum, einfacher Flug (One-way), automatische Tarifanzeige [...]), (14) Sitzplatznummer und sonstige Sitzplatzinformationen, (15) Code-Sharing, (16) Vollständige Gepäckangaben, (17) Zahl und Namen der Mitreisenden im Rahmen einer Buchung, (18) Erwaige erweiterte Fluggastdaten (API-Daten) [*Advanced passenger information* sind jene Daten, die bereits nach der RL 2004/82/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln Grenzkontrollbehörden übermittelt werden und grundsätzlich 24 Stunden später zu löschen sind.], (19) Historie aller Änderungen in Bezug auf die unter den Nummern 1 bis 18 aufgeführten PNR-Daten.“ – Sollten über diese sehr umfassende Liste hinausgehende Daten von den Fluggesellschaften übermittelt werden, sind diese „überzähligen Daten von der PNR-Zentralstelle unmittelbar bei ihrem Eingang“ zu löschen, so Art 4 Abs 1 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung.

13 Vgl. Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 5f.

14 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 5.

15 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 5.

Die „Auswertung von PNR-Daten zwecks Aktualisierung oder Aufstellung neuer Kriterien für die Durchführung von Überprüfungen“ ist in Art 4 Abs 2 lit d des RL-Vorschlages vorgesehen. Hier liegt die Basis zur Erstellung von abstrakten Profilen Verdächtiger. Personen, die diesen Profilen entsprechen, werden dann automatisch für genauere Kontrollen vorgeschlagen. „Mit Hilfe von PNR-Daten können Strafverfolgungsbehörden Personen ermitteln, die ihnen bislang nicht ‚bekannt‘ waren, d.h. Personen, die bis dahin nicht im Verdacht standen, an einer schweren oder terroristischen Straftat beteiligt zu sein, bei denen eine Datenauswertung aber Anhaltspunkte dafür liefert, dass sie an einer solchen Straftat beteiligt sein könnten, und die daher von den zuständigen Behörden genauer überprüft werden sollten.“¹⁶ Im Zuge der Verwendung der Fluggastdaten sollen nicht mehr lediglich vorliegende Datenmassen nach bereits bekannten Kriterien durchsucht werden, wie es etwa bei einer Rasterfahndung getan wird. Es sollen vielmehr erst solche Muster aufgefunden werden, die verdächtige Personen kennzeichnen, die sich – wegen der überwältigenden Masse an Information oder ihrer Konstraintuitivität – dem menschlichen Verstand aber nicht erschließen.¹⁷

Schenkt man den Befürworter_innen der Fluggastdatenverwendung Glauben, dann soll sie nur diejenigen treffen, deren Verhalten tatsächlich Grund dafür gibt. Unter Zuhilfenahme objektiver Prüfkriterien sollen unsachliche Diskriminierung und intrusive Kontrollmaßnahmen auf ein Minimum reduziert werden: „Bei Verwendung von PNR-Daten vor Ankunft der Fluggäste können die Strafverfolgungsbehörden außerdem eine Überprüfung vornehmen und nur diejenigen Personen genauer kontrollieren, von denen – unter Berücksichtigung objektiver Prüfkriterien und der bisherigen Erfahrungen – am ehesten eine Gefahr für die Sicherheit ausgeht. Dies erleichtert allen anderen Fluggästen das Reisen und verringert das Risiko, dass Fluggäste bei der Einreise in die EU aufgrund unzulässiger Kriterien wie der Staatsangehörigkeit oder der Hautfarbe überprüft werden, die unter Umständen von Strafverfolgungsbehörden und Zoll- und Grenzschutzbeamten fälschlicherweise mit Sicherheitsrisiken assoziiert werden.“¹⁸

3. Die Verarbeitung von Datenmassen

Big Data steht für einen technologisch-gesellschaftlichen Entwicklungstrend, hervorgerufen durch exponentiell wachsende Datenvolumina. Der rasant steigenden Verfügbarkeit von Daten verschiedenster Art steht eine ständig steigende Rechengeschwindigkeit gegenüber, mit der Daten produziert und verarbeitet werden. Zusammenfassend werden diese Charakteristika von *Big Data* häufig als die drei Vs umschrieben: Volume,

16 Erwägungsgrund 7 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung.

17 Siehe zur Illustration dieser Idee auch die Slideshow *Röniger*, Predictive Policing – Intelligente Handlungsempfehlungen vom Computer: Muster, Regeln, Zusammenhänge [Input der Firma *Oracle* am Europäischen Polizeikongress 2014, www.european-police.eu/Review/2015/Speeches/ (20.8.2015)].

18 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 6.

Velocity und Variety.¹⁹ *Boyd* und *Crawford* betonen neben diesem technologischen Aspekt auch die Bedeutung der Datenanalyse als Stütze wirtschaftlicher, sozialer, technischer und rechtlicher Ansprüche.²⁰ Der springende Punkt ist nicht die bloße Quantität der Daten, sondern die Art und Weise ihrer Weiterverarbeitung. Nach dem Sammeln und Aufbereiten der Daten folgt ihre Nutzbarmachung mittels diverser Analysemethoden.²¹ Dabei kommen Schlüsseltechnologien zum Einsatz, die unter dem Schlagwort *Data Mining* zusammengefasst werden; Ziel ist die Verwandlung von „Datengräbern“ in „Goldnuggets des Wissens“.²² Dabei sollen aber nicht nur Hypothesen geprüft – also nach vermuteten Zusammenhängen gesucht – werden, sondern am besten Wahrheiten von selbst auftauchen, die Maschine selbst so kompetent sein, dass sie Unwahrheiten eliminiert, bevor sie zur Hypothese werden können. Das ist dann auch das Ziel maschinellen Lernens: „Machine learning can be broadly defined as computational methods using experience to improve performance or to make accurate predictions. Here, experience refers to the past information available to the learner, which typically takes the form of electronic data collected and made available for analysis.“²³

Intelligente Algorithmen können in unbekanntem Datensätzen Muster wiedererkennen, mit denen sie zuvor (in einer Trainingsphase) „gefüttert“ wurden. Zur Anwendung gelangen sie etwa beim Aussortieren von Spam-Nachrichten oder bei der Erfassung handgeschriebener Adress-Daten im US-amerikanischen Postwesen.²⁴ Zukunftsweisende Varianten des maschinellen Lernens gehen über die vorhandenen Daten hinaus, indem sie Prognosen erstellen oder präskriptiv wirken, dh Verhaltensregeln vorschreiben.²⁵ Besonders interessant sind solche Algorithmen, die nicht erst im Regelbetrieb, sondern bereits in der Trainingsphase autonom agieren. Instanzen dieses „unsupervised learning“, sogenannte Bottom-up-Algorithmen, werden mit Trainingsdatensätzen gefüttert, deren innerer Zusammenhang nicht bekannt ist.²⁶ Die Korrelationen und Muster, die sie daraufhin entdecken, sind naturgemäß neuartig und unerwartet.²⁷ „This concerns a type of ‚knowledge‘ that cannot be calculated by the human mind because of its limited ‚working memory‘ and limited ‚computing powers‘.“²⁸ Grundsätzlich steht für die verschiedenen Anwendungsbereiche des maschinellen Lernens eine Vielzahl an Rechenverfahren, einfachen und komplexen Programmstrukturen zur Verfügung. Das Um und Auf ist

19 „Gartner Says Solving ‚Big Data‘ Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data“, Presseausendung des Unternehmens *Gartner* v 27.6.2011, www.gartner.com/newsroom/id/1731916 (13.8.2015).

20 *Boyd/Crawford*, „Critical Questions for Big Data“, *Information, Communication & Society* 2012, 663.

21 Vgl *Dorschel* (Hrsg), *Praxishandbuch Big Data. Wirtschaft – Recht – Technik* (2015) 55ff.

22 *Han/Kamber/Pei*, *Data Mining. Concepts and Techniques* (2012) 5.

23 *Mohri/Rostamizadeh/Talwalkar*, *Foundations of Machine Learning* (2012) 1.

24 *Hastie/Tibshirani*, *The Elements of Statistical Learning. Data Mining, Inference, and Prediction* (2001) 2ff.

25 *Dorschel* (Hrsg), *Praxishandbuch Big Data* 62.

26 *Hastie/Tibshirani*, *Elements of Statistical Learning* 2.

27 *Hildebrandt/Koops*, *The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era*, *The Modern Law Review* 2010, 432.

28 *Hildebrandt/Koops*, *Challenges of Ambient Law* 432.

in jedem Fall die richtige Generalisierung der Daten in der Trainingsphase: „The fundamental goal of machine learning is to generalize beyond the examples in the training set. This is because, no matter how much data we have, it is very unlikely that we will see those exact examples again at test time.“²⁹ Da aber jede Verallgemeinerung mit einem Verlust an realer Komplexität verbunden ist, können algorithmisch berechnete Korrelationen stets nur eine Annäherung an die Wirklichkeit liefern.

4. Korrelationen, Hypothesen und Schnupfen

Weil die empirische Grundlage für Datenanalysen riesig ist und weil die analysierende Rechenmaschine keine Fehler macht, blinkt vor dem verklärend empiristischen Auge Objektivität. Eine neue Wissenschaft wird postuliert: „The new availability of huge amounts of data, along with the statistical tools to crunch these numbers, offers a whole new way of understanding the world. Correlation supersedes causation, and science can advance even without coherent models, unified theories, or really any mechanistic explanation at all.“³⁰

Das 2008 gestartete Projekt *Google Grippetrends* (GFT, *GoogleFluTrends*) ist die international wohl bekannteste *Big Data* Anwendung. Mit einem Prinzip ähnlich wie es nun auch in der europäischen RL zur Fluggastdatenverwendung beschrieben wird, wurde ein Filter aus Datenkorrelationen entwickelt. Daten über vergangene Suchanfragen wurden mit Daten aus der Überwachung von Grippeepidemien gekreuzt und Korrelationen gefunden.³¹ Die Selektion der Schlagworte erfolgte aus einem Pool von 50 Millionen Begriffen, die periodisch wiederkehrten. Die Entwicklungskurve der Eingabehäufigkeit jedes einzelnen Begriffs wurde dabei mit der Entwicklungskurve des Grippeauftretens (bzw den entsprechenden Messdaten des US Centers for Disease Control and Prevention [CDC]) abgeglichen. Im Anschluss wurden die 100 Schlagworte, die am besten mit dem Auftreten der Grippe korrelierten, in Sets verschiedener Größe weitergetestet. Schlussendlich wurde das Optimum der Korrelation beim Zusammenspiel von 45 Suchbegriffen gefunden. Unter den Top 100 waren auch noch Suchbegriffe wie „oscar nominations“ und „high school basketball“ vertreten, doch die letztlich beibehaltenen Begriffe haben alle zumindest mit grippeähnlicher Erkrankung zu tun.³²

Das Unterfangen, das doch so nah an der Grundkompetenz des datenverarbeitenden Unternehmen *Google* lag, ging fehl. Die Schweinegrippe 2009 war nicht saisonal und

29 Domingos, „A Few Useful Things to Know About Machine Learning“, *Communications of the ACM* 55/10 (2012) 80.

30 Anderson, *The End of Theory – The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, *Wired* v 27.6.2008, online abrufbar unter archive.wired.com/science/discoveries/magazine/16-07/pb_theory (20.8.2015).

31 Das US Centers for Disease Control and Prevention (CDC) veröffentlicht wöchentlich Daten über mit Grippe in Verbindung stehenden Arztbesuchen etc: www.cdc.gov/flu/weekly (20.8.2015).

32 Vgl Erläuterungen des Projekts und seiner Methoden im von Google-Mitarbeiter_innen verfassten Artikel: *Ginsberg et al*, *Detecting influenza epidemics using search engine query data*, *Nature* 2009, 1012-1014.

GoogleFluTrends sah sie nicht. „GFT was part flu detector, part winter detector“, schreiben die Autoren eines Science Artikels, der die *GoogleFluTrends* als wichtige Fallstudie des Umgangs mit *Big Data* darstellt.³³ Welche Gründe genau dazu geführt haben, dass GFT in den Folgejahren dann die Grippefälle ständig überschätzte, sei ihnen nicht klar.³⁴ Jedenfalls sei die mangelnde Reproduzierbarkeit von *Googles* Experimenten bedenklich (*Google* lege die tatsächlich verwandten Filterbegriffe nämlich nicht offen – man frage sich warum) und solle ein privates Unternehmen, das die Daten der Menschen gewissermaßen treuhändig innehat, nicht nur Geld machen *without doing evil*, sondern auch wissenschaftliche Standards einhalten. Wissenschaft sei ein gemeinschaftliches Unterfangen, bei dem Wissenschaftler_innen die Arbeiten, auf die sie sich stützen, zu evaluieren im Stande sein müssten.³⁵

Der Mangel an intersubjektiver Nachprüfbarkeit sowie die Arbeit ohne eigentliche Hypothese sind Momente der Datenverarbeitung im großen Stil, deren Wissenschaftlichkeit nach klassischer Auffassung sehr fraglich scheint. Aber die Suche nach objektiven Antworten scheint eher dem Geist dieser Zeit zu entsprechen, als die Suche nach Fehlern in postulierten Objektivitäten. Firmen bieten *ready-made* Verarbeitung und Analyse von Datensammlungen an, um damit kund_innenorientierte Produktoptimierung³⁶ oder erleichterte Polizeiarbeit³⁷ zu erreichen. Das EU-Parlament hat dafür gestimmt, ein System für die Verwendung von Fluggastdaten zu beschließen.³⁸ Damit wird eine Absage an das legislative Aufstellen von Regeln erteilt, die festlegen, welches Verhalten im Vorfeld einer Straftat so plausibel mit einem schwersten Verbrechen in Zusammenhang steht, dass es an sich schon Grund für staatliche Eingriffsmaßnahmen sein soll. Das Auffinden solcher Kriterien wird der Maschine überlassen, ein Teil der Rechtssetzung an diese übertragen.

Tatsächlich sollen die technischen Programme der Fluggastdatenverwendung nicht bloß durch Informationsverarbeitung bei der rechtlichen Subsumtion helfen, wo die Rechenkapazität des menschlichen Gehirnes nicht mehr ausreicht. Obwohl formal die Behörden über Flugrechte oder die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens urteilen, dürfte die Fluggastdatenverwendung einen überragenden Einfluss auf die behördliche Entscheidungstätigkeit entfalten. Gefundene (Filter-)Kriterien verdichten die Fakten derart, dass Entscheiden auf die Bestätigung der hyperplausiblen Maschinen-Hypothesen reduziert wird.³⁹ Die technischen Programme bilden selbstständig Kategorien und lösen

33 *Lazer/Kennedy/King/Vespignani*, The Parable of Google Flu, Science 2014, 1203.

34 *Lazer/Kennedy/King/Vespignani*, The Parable of Google Flu 1204.

35 *Lazer/Kennedy/King/Vespignani*, The Parable of Google Flu 1205.

36 www.teradata.at/Teradata-Aster/overview?LangType=3079&LangSelect=true (20.8.2015), siehe auch das Video „What Would You Do If You Knew?“ auf derselben Website und vgl www.oracle.com (20.8.2015).

37 Vgl hierzu Slideshow *Röniger*, Predictive Policing, FN 17.

38 Resolution des EU-Parlaments 2015/2530 (RSP), Richtlinienprojekt 2011/0023 (COD).

39 Vgl *Hildebrandt/Koops*, Challenges of Ambient Law 435; oder auch *Moses/Chan*, „Using Big Data for Legal Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools“, UNSW Law Journal 2014, 644.

Rechtsfolgen aus (etwa genauere Kontrollen für Personen, „von denen – unter Berücksichtigung objektiver Prüfkriterien und der bisherigen Erfahrungen – am ehesten eine Gefahr für die Sicherheit ausgeht“⁴⁰). Dies entspricht der Setzung von abstraktem Recht aus den Fakten selbst und führt im Ergebnis zu einer Art empirischen Rechts – im Gegensatz zum positiven Recht und zum Richter_innenrecht, seinen traditionellen Formen. Politisch gefordert muss die Vorverlagerung der Strafbarkeit dann nicht mehr werden. Denn wenn Filter auf Grundlage empiriegestützter *objektiver Kategorien* Menschen im potentiellen Anbahnungsprozess einer Straftat erkennen, braucht es keine Positivierung der vermuteten Gefährlichkeit von Vorfeldhandlungen.

5. Zukunft und Diskriminierung

Wenn schon der menschliche Verstand anhand seiner beschränkten Beobachtung der Welt überzeugende Hypothesen aufstellen und an Stichproben prüfen kann, wie muss dann erst eine Maschine, deren Rechenkapazität nach oben nur vom technologischen Fortschritt beschränkt wird, und deren induktive Basis quasi-komplett ist, Wahrheiten und große Strukturen erkennen können! *Big Data*-Forscher_innen schreiben vom mythologischen Aspekt dieser Idee als „widespread belief that large data sets offer a higher form of intelligence and knowledge that can generate insights that were previously impossible, with the aura of truth, objectivity, and accuracy“.⁴¹

Auf die Bereitschaft auch noch des aufgeklärten Menschen einem Mythos anzuhängen haben schon 1944 *Adorno* und *Horkheimer* hingewiesen.⁴² Eine solche Analyse ist jedoch nicht zwangsläufig der Vorwurf einer kulturgeschichtlichen Fehlentwicklung. Bspw hielt sich die *Leberschau*⁴³ während zweier Jahrtausende als Verfahren zur Prüfung der Zukunftsfähigkeit geplanter Vorhaben. An diesem Bsp zeigt sich, dass prognostische Verfahren bestandfest und effektiv sein können, auch wenn sie „in Wahrheit keinerlei Einblicke in Zukünftiges zu liefern in der Lage“⁴⁴ sind.

40 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 6.

41 *Boyd/Crawford*, Critical Questions for Big Data 663.

42 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung (1969/2010) 48: „Der mythische wissenschaftliche Respekt der Völker vor dem Gegebenen, das sie doch immerzu schaffen, wird schließlich selbst zur positiven Tatsache, zur Zwingburg, der gegenüber noch die revolutionäre Phantasie sich als Utopismus vor sich selber schämt und zum fügsamen Vertrauen auf die objektive Tendenz der Geschichte entartet.“

43 Danke *Jakob Rendl* für dieses Bsp – Die Institution der Leberschau bestand ab dem 18. Jhd vor unserer Zeitrechnung in Mesopotamien, fand aber ihren Weg als Mittel des political decision making bis nach Rom und Griechenland. Die Annahme des von einer Gottheit garantierten Zusammenhangs der Welt erlaubt es, ohne nachvollziehbaren oder sichtbaren Kausalzusammenhang, aus Form und Zustand der Leber eines Opfertieres Schlüsse über die Tauglichkeit großer Vorhaben zu ziehen. Vgl *Maul*, Die Wissenschaft von der Zukunft. Überlegungen zur Bedeutung der Divination im Alten Orient, in *Cancik-Kirschbaum/Van Ess/Mahrzahn* (Hrsg), Babylon. Wissenskultur in Orient und Okzident (2011) 142f.

44 *Maul*, Die Wissenschaft von der Zukunft 148.

Zwei Jahrtausende später scheint mit Datenanalysen im großen Stil ein neues Mittel vorzuliegen, das die Zukunft vorhersagen bzw objektive Kriterien entwickeln kann, die das Gefährdungspotenzial einer Person bestimmen.⁴⁵ „The rhetoric of objectivity can be very seductive to public policy makers traversing the complex world of social phenomena.“⁴⁶ Dabei nimmt der Mensch schon bei der „Ausbildung“ des Algorithmus Einfluss auf das Lernergebnis, etwa durch Auswahl der Test-Datensätze. Die so erzeugten Tendenzen schlagen auf die spätere Funktionsweise des Algorithmus durch.⁴⁷ Unerwünschte Vorurteile können auf die gleiche Weise freilich auch – zumindest oberflächlich – ausgeschaltet werden. Nach dem RL-Vorschlag sollen objektive Kriterien jene unzulässigen Kriterien ersetzen, auf Grund derer Fluggäste bei der Einreise in die EU laut Kommission oft überprüft werden, etwa weil diese „von Strafverfolgungsbehörden und Zoll- und Grenzschutzbeamten fälschlicherweise mit Sicherheitsrisiken assoziiert werden“⁴⁸. Art 4 Abs 3 der vorgeschlagenen RL Fluggastdatenverwendung nennt als verpönte Kriterien etwa die Rasse oder ethnische Herkunft einer Person, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihre politische Einstellung, ihre Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ihr Gesundheitszustand oder ihr Sexualleben. Zusätzliche Absicherungen gegen unmittelbare Diskriminierung, das ist die Schlechterbehandlung auf Grund eines verpönten Merkmales, finden sich in Art 5 Abs 6 (Entscheidungen, aus denen sich nachteilige Rechtsfolgen ergeben, dürfen nicht aufgrund der oben genannten Merkmale getroffen werden) und Art 11 Abs 3 (Fluggastdaten, die die rassische oder ethnische Herkunft einer Person, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihre politische Einstellung, ihre Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ihren Gesundheitszustand oder ihr Sexualleben erkennen lassen, dürfen nicht verarbeitet werden).

Unmittelbare Diskriminierung aufgrund ausgewählter Merkmale⁴⁹ ist also im Vorschlag der RL über die Fluggastdatenverwendung weitgehend verboten; das Risiko mittelbarer Diskriminierung bleibt dagegen bestehen.⁵⁰ Mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn neutrale, *objektive* „Kriterien oder Verfahren, für eine Gruppe mit einem als ‚Schutzgrund‘ definierten Merkmal erheblich stärkere Nachteile mit sich bringen als für andere Personen, die sich in einer ähnlichen Situation befinden“;⁵¹ sie ist nach Art 21 GR-Charta ebenso verboten wie die unmittelbare Diskriminierung, allerdings wesentlich schwerer festzustellen. Die FRA (Europäische Grundrechteagentur) hat in ihrem Gutachten deshalb die Einführung von passenden Statistiken über die Kriterienanwen-

45 Vgl Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 6.

46 *Crauford/Miltner/Gray*, Critiquing Big Data-Special Section Introduction, *International Journal of Communication* 2014, 1667.

47 *Moses/Chan*, Using Big Data for Legal Law Enforcement Decisions 666.

48 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung, Begründung 6.

49 Es sind nicht alle in Art 21 GRC untersagten Diskriminierungsgründe von den Aufzählungen in den RL-Artikeln abgedeckt, vgl *FRA*, Opinion on the Proposal of a Directive on the use of PNR (2011) 7, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1786-FRA-PNR-Opinion-2011_EN.pdf (20.8.2015).

50 Vgl *FRA*, Opinion 10.

51 *FRA*, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht (2010) 35.

derung gefordert, um mittelbar diskriminierende Muster aufzudecken. Dafür müssen uE allerdings wiederum Fluggastdaten, die verpönte Diskriminierungsmerkmale enthalten, verarbeitet werden. Nur so ist die Messung stärkerer Nachteile für Mitglieder einer geschützten Gruppe möglich. In Anbetracht des Verarbeitungsverbots⁵² für Daten, die solche Merkmale erkennen lassen, erscheint dies allerdings unzulässig.

6. Im Zweifel für den Zweifel

Immer wieder werden die alten Gottheiten vom Thron geworfen. Immer wieder wird ein neuer Gott oder eine neue Göttin gesucht. Diesmal wird an den Gründen des alten Rechts gezweifelt. Das positive Recht braucht Zeit zum Werden und später trotzdem noch Interpretation. Jetzt soll es ersetzt werden, durch eine Rechtsmaschine, die der Zwischenschritte der Verschriftlichung und Evaluierung nicht mehr bedarf, die Beobachtungen direkt anhand politischer Zielsetzungen zu Filterkategorien werden lässt. Niemand soll mehr glauben, dass wir es sind, „die allein die Ursachen, das Nacheinander, das Für-einander, die Relativität, den Zwang, die Zahl, das Gesetz, die Freiheit, den Grund, den Zweck erdichtet haben.“⁵³ Die *objektiven Kategorien* kommen mit solch einem Belegfundament daher, dass schon die Suche nach einer Widerlegung anmaßend wäre. Und die Beteiligung an der Belegproduktion wird Teil des guten Tones: „In an ‚informatics of domination‘ that gathers all the data it can to unlock some presumed or as-yet-unknown value down the road, data generation and collection are equated with innovation and scientific breakthroughs. As such, participation in the big data project—offering up the data we generate through the social interactions that shape our everyday lives—becomes the ‚responsibility‘ of all good citizens.”⁵⁴

Der politische Aushandlungsprozess ist die wahrscheinlich größte Bremse der Rechtssetzung und Bollwerk gegen die direkte Formung der Welt durch das *Gute*. Gerade dadurch aber, dass darin sichtbar ist, wie bei der Suche nach *richtigem, gutem* Handeln, Ordnen, Gesetzmachen im Dunkeln getappt wird, bleibt die Gesellschaft dynamisch, die Menschen inmitten gesetzlicher Regeln potentiell frei. Skepsis gegenüber vorherrschenden Ansichten und geltenden Regeln setzt Zweifel an den von ihnen verfolgten Zielen und/oder ihren Mechanismen voraus. Diese Skepsis zu erhalten ist dann die eigentliche Aufgabe „of all good citizens“.

Mag. Hans-Georg Eilenberger hat in Wien Rechtswissenschaften und Sinologie studiert; er lebt und arbeitet in Löwen, Belgien; hans-georg.eilenberger@hotmail.com

Mag.^a Karol Felsner ist Juristin zwischen Wien und Berlin und Redaktionsmitglied des juridikum; karol.felsner@chello.at

52 Art 11 Abs 3 Vorschlag RL Fluggastdatenverwendung.

53 Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse: Vorspiel einer Philosophie der Zukunft* (1886/2013) 21.

54 Crawford/Miltner/Gray, *Critiquing Big Data* 1666.

„Bildet Banden!“

Bericht vom 41. Feministischen Juristinnentag
(8.-10.5.2015 in Landshut/Bayern)

Valerie Purth

Am Wochenende des 8. bis 10.5.2015 ging in Landshut der 41. Feministische Juristinnentag, kurz FJT, über die Bühne.¹ Der FJT bietet seit 1978 Juristinnen einen selbstorganisierten Raum, um die Verbindungen zwischen Macht- und Geschlechterverhältnissen im Rechtsdiskurs auszuloten und gemeinsam rechtspolitische Strategien zu entwickeln. Unter dem Motto „Alle und alles unter einem Dach“ fand der FJT in der Landshuter Sparkassenakademie statt. Rund 180 Teilnehmerinnen – Studentinnen wie Professorinnen und Wissenschaftlerinnen, Anwältinnen wie Richterinnen, Aktivistinnen wie Theoretikerinnen – kamen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz nach Landshut gereist, um in der pittoresken niederbayrischen Landschaft ein Wochenende lang zu diskutieren, sich zu vernetzen, auszutauschen und zu feiern.

Jene, die schon am Nachmittag den Tagungsort erreichten, konnten an einem geführten Stadtpaziergang durch Landshut teilnehmen. Besonders an FJT-Neueinsteigerinnen richtete sich der erste Vortrag der Tagung über Geschichte und Struktur des FJT (*Lena Foljanty*, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main). Hier wurde ua die Bedeutung des FJT als Frauen*raum² unterstrichen: Der FJT bietet Juristinnen als Expertinnen ihrer eigenen Situation, als Frauen* in einer patriarchal organisierten Gesellschaft und als Akteurinnen in einer männerdominierten Branche zumindest einmal im Jahr die Möglichkeit, sich mit anderen Juristinnen auszutauschen und ein Selbstverständnis als politisch handelnde Subjekte zu erlangen.

Nach einem gemeinsamen Abendessen und eröffnenden Worten durch das Landshuter Organisationsteam betrat *Ulrike Lembke*, zum Zeitpunkt des Vortrags Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Uni Hamburg, das Podium. Ihrem Eröffnungsvortrag mit dem bewusst breit angelegten Thema „Dangerous Desires: Feminismus und Sexualität“ stellte sie die These voran, dass feministische Zugriffe auf Sexualität ungewollt gerade jene Stereotypen reproduzieren, die abgebaut werden sollen – jedes Reden über Sexualität sei somit zum Scheitern verurteilt. In den folgenden eineinhalb Stunden widerlegte sie völlig ungezwungen diese These: Anekdotisch und

1 www.feministischer-juristinnentag.de (30.6.2015).

2 Zugelassen sind Frauen, alle, die sich als Frau identifizieren sowie alle, die sich mit keinem der herkömmlichen Geschlechter identifizieren können oder wollen.

von persönlichen Anmerkungen gespickt, spannte sie vor einem vergnügten Auditorium einen großen Bogen über Sexualitätsdiskurse innerhalb feministischer Bewegungen, in dem sie Sexualität als Feld feministischer Interventionen, Theoriebildung und Identitäten zeichnete und ihre unbestreitbare Relevanz für das feministische Subjekt aufzeigte.

Am nächsten Tag standen in zwei aufeinanderfolgenden Blöcken den Tagungsteilnehmerinnen jeweils sechs unterschiedliche Arbeitsgruppen (AGs) zur Auswahl. Die Themen waren breit gefächert, insgesamt herrschte aber – dem rechtspolitischen Impetus des FJT entsprechend – ein großer Praxisbezug sowie ein starker Fokus auf die deutsche Rechtslage. Im ersten Block bot ua eine AG einen Einstieg in feministische Rechtstheorien (*Anja Schmidt*, Uni Leipzig), eine AG setzte sich mit der Herausforderung, im Rahmen des Sexualkundeunterrichts die Rechtspositionen von Eltern, Kindern und dem Staat angemessen zu verhandeln, auseinander (*Ulrike A.C. Müller*, Uni Kassel); die Freiburger Rechtsanwältin und Aktivistin *Siba Irsheid* (Anwältinnen ohne Grenzen) öffnete in ihrer AG den Blick auf außereuropäische Zusammenhänge und rückte die spezifische Situation von Frauen und Anwältinnen in Jordanien, ihre Widerstände und Vernetzungsstrategien in den Fokus. Im zweiten AG-Block gab es ua eine AG, geleitet von der Bielefelder Anwältin und Aktivistin *Zübeyde Duyar* (AK Asyl), zu frauenspezifischen Fluchtgründen im Asylverfahren und wie diese von den Verwaltungsgerichten (nicht oder nur unzureichend) gewürdigt werden; in einer anderen AG stand die Auseinandersetzung mit der insb von feministischen Anwältinnen verteidigten und weiter entwickelten Praxis der Nebenklagevertretung im Strafverfahren im Mittelpunkt (geleitet von den Rechtsanwältinnen *Petra Ladenburger*, Köln, und *Martina Lörsch*, Bonn); *Elisabeth Holzleithner*, Professorin für Legal Gender Studies an der Uni Wien, bot in einer weiteren AG gemeinsam mit der Anwältin *Katrin Niedenthal* (Bielefeld) eine queere Perspektive auf das Personenstandsrecht und das emanzipatorische Potential der „dritten Option“.

Die Kaffeepausen sowie das gemeinsame Mittagessen gaben anschließend ein wenig Raum zum informellen Austausch über die Inhalte und Diskussionsergebnisse anderer AGs. Am Nachmittag boten drei als Podiumsdiskussionen angelegte Foren die Gelegenheit, jeweils ein Themengebiet aus mehreren Perspektiven zu beleuchten. Im Forum 1 diskutierten *Johanna Wenckebach* (Potsdam), *Barbara Thiessen* (FH Landshut) sowie die Rechtsanwältin *Malin Bode* (Bochum) unter der Moderation von Rechtsanwältin *Susette Jörk* (Leipzig) zum Thema „Frauen denken Arbeit neu“.

Das Forum 2 beschäftigte sich mit der „Revision des Familienrechts – Familie als Wahlverwandtschaft?“. Das Podium, bestehend aus *Friederike Wapler* (Uni Frankfurt), *Karin Neuwirth* (Uni Linz), der Rechtsanwältin *Sandra Hotz* (Uni Fribourg), moderiert von *Doris Liebscher* (HU Berlin), skizzierte zunächst in einer Drei-Länder-Perspektive die aktuelle Rechtslage rund um Abstammungs- und Sorgerecht, um in einer zweiten Runde Visionen und Utopien zum Familienrecht darzulegen. Der Rechtsvergleich erwies sich als äußerst produktiv; mE wäre es wünschenswert, das Potential einer solchen rechtsvergleichenden Diskussion auch für zukünftige FJTs fruchtbar zu machen. Die Frage, wie Recht

mit Familienkonstellationen, die nicht der (Hetero-)Norm entsprechen, umgeht und umgehen kann, wie Eltern- und Partner_innenschaft(en) rechtlich neu gedacht werden könnten, sowie die Ambivalenzen der Institutionalisierung von nicht-heteronormativen Beziehungen waren neben der Frage nach medizinischer Fortpflanzung und deren Zulässigkeit Herausforderungen, die in diesem Forum angeschnitten und kontrovers diskutiert wurden. Im Forum 3 diskutierten die Teilnehmerinnen Strategien gegen Frauenhandel in Europa. Am Podium – moderiert von *Nora Markard* (Uni Hamburg) – saßen *Monika Cissek-Evans* (Jadwiga München), *Bärbel Heide Uhl* (datACT/KOK e.V. Berlin) und die Wiener Rechtsanwältin *Gabriele Vana-Kowarzik*. Auch hier wurde ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich gezogen und insb die mangelnde nationale Umsetzung der CEDAW sowie der EU-Richtlinie gegen Menschenhandel³ diskutiert. Die Frage, ob Neuerungen im Prostitutionsgesetz – va eine Anmeldepflicht – Menschenhandel entgegenwirken könnten, wurde verneint.

Beim Zwischenplenum wurden Fachstellungnahmen und Resolutionen der einzelnen AGs und Foren vorgestellt und nach Möglichkeit beschlossen. Resolutionen sind idealtypisch als konkrete Forderungen an die Politik, die Verwaltung und/oder Gesetzgebung formuliert, Fachstellungnahmen spiegeln die teilweise sehr spezifischen inhaltlichen Diskussionen aus einzelnen Arbeitsgruppen wider und werden im Nachhinein auf der FJT-Homepage veröffentlicht.

Am Sonntag konnten sich interessierte Teilnehmerinnen in zwei praktisch angelegten Austausch-AGs über die Möglichkeiten und Schwierigkeiten einer feministischen Jurist_innen-Ausbildung oder einer Kanzleigründung austauschen. Ein Großteil besuchte jedoch den von der Schweizer Juristin und Equality-Trainerin *Zita Küng* geleiteten Workshop mit dem Titel „Was wird hier eigentlich gespielt?“, in dem die Teilnehmerinnen mithilfe einer aus der praktischen Organisationsanalyse entlehnten Spiele-Metapher Strategien entwickelten, um mit gruppenspezifischen Situationen im beruflichen Kontext besser bzw anders umgehen zu können.⁴

Mit Applaus wurde am Sonntag im Abschlussplenum das Gerücht, das schon das ganze Wochenende umging, bestätigt: Der nächste FJT wird am Wochenende vom 6. bis 8.5.2016 in Wien stattfinden! Die Veranstalterinnen, der Verein österreichischer Juristinnen sowie die Abteilung für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies an der Universität Wien, freuen sich schon sehr auf die Österreich-Premiere des FJT. O kommt, ihr Juristinnen aller deutschsprachigen Länder, und bildet Banden!

Mag.^a Valerie Purth, BA ist Juristin in Wien und im Vorstand des Vereins österreichischer Juristinnen (www.juristinnen.at); purth@kritische-rechtswissenschaften.at

3 Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates.

4 *Küng*, Praktische Organisationsanalyse. Strategien verstehen und gestalten – erkennen, was gespielt wird² (2015).

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Die juristische Fachzeitschrift, die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

JURIDIKUM
**zeitschrift für
kritik | recht | gesellschaft**

ISSN 1019-5394
Jahresabo (4 Hefte) € 64,-
für Studierende, Zivil- und
Präsenzdiener € 25,-
Einstiegsabo (2 Hefte) € 11,-
zzgl. Versandkosten

Online bestellen auf:
www.juridikum.at



Online bestellen unter:
www.juridikum.at

Herausgeber_innen

Marion Guerrero, Philipp Hense, Eva Pentz,
Caroline Voithofer

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH