

nr 2/2016

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Kämpfe um öffentliche Dienstleistungen

recht & gesellschaft

Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften
Sexarbeit in der Rechtsprechung des OGH
Antisemitismus vor Gericht

debatte legal gender studies

Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft

Für Context herausgegeben von Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer und
Andreas Wöckinger

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Speed kills

Andreas Wöckinger

Der vor.satz des juridikum 2016/1 widmete sich der sich ständig verschärfenden Rhetorik in der österreichischen Politik und der symbolhaften Gesetzgebung insb im Bereich Asyl- und Fremdenrecht. Die im Jänner 2016 von der Regierung präsentierte Novelle des AsylG kann dafür als Paradebeispiel gelten.¹

Nun hat die SPÖ-ÖVP Regierung zusätzlich zur bereits vorgesehenen RV noch eine weitere Verschärfung des Asyl- und Fremdenrechts vorgestellt, die sie mittels Abänderungsantrag zur ursprünglichen Novelle eingebracht hat.² Ursprünglich ohne Begutachtungsverfahren geplant, wurden nach breiter öffentlicher Kritik³ in der letzten Woche vor der endgültigen Beschlussfassung schließlich doch Stellungnahmen zugelassen. Der Nationalrat hat die neue Regelung schließlich am 27.4.2016 beschlossen.⁴ Die letzte umfassende Novelle des Asyl- und Fremdenrechts liegt indes nicht einmal ein Jahr zurück. Das sog Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015⁵, das va umfassende Änderungen im Verfahrensrecht brachte, trat mit 20.7.2015 in Kraft. Die aktuelle Novelle wird großteils mit 1.6.2016 wirksam. Damit wird die ohnehin kaum funktionierende Verfahrensstruktur, die durch die umfassenden Änderungen der letzten Novelle geschaffen wurde, abermals einer Radikalreform unterzogen. Der aktuelle Beschluss folgt somit der im Fremdenrecht scheinbar üblichen „Speed-Kills“-Gewohnheit der letzten Jahrzehnte.⁶

Die neueste, kurzfristig erfolgte Änderung betrifft ein sog Notstands-Verordnungsrecht: Wenn die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrats feststellt, dass die „öffentliche(n) Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind“ und gleichzeitig Grenzkontrollen gem GrenzkontrollG in Kraft sind, können mittels VO die Bestimmungen des neuen Abschnitts 5 des AsylG in Kraft gesetzt werden. Dieser Abschnitt 5 setzt praktisch sämtliche verfahrensrechtlich zentralen Be-

1 *Hinterberger*, Das österreichische Asylgesetzänderungsgesetz 2016 als Antwort auf die Migrationskrise, ZEuS – Beiheft 1 – 2016; *Die juridikum-Redaktion*, Etwas machen, juridikum 2016, 1f.

2 996 BlgNR 25. GP.

3 *Brickner*, Asylnovelle: Flüchtlingsrecht ade, <http://derstandard.at/2000034493293/Asylnovelle-Gefahrlicher-Tabubruch> (29.4.2016); *asylkoordination*, Asylpolitik ohne Maß und Ziel, Beispiellose Ausbeutung des Rechtsstaats, http://www.asyl.at/fakten_1/asyl_2016_04.htm (29.4.2016).

4 BGBl I 2016/24.

5 BGBl I 2015/70.

6 So bereits *Einwallner*, Asyl- und Fremdenrecht im Jahr 2010 – Bloß noch Spielball der Politik?, juridikum 2010, (68) 77.

stimmungen des AsylG außer Kraft; dies kommt einer Aushebelung des Asylrechts gleich.

Ua können nach diesen Bestimmungen Asylanträge nur bei Grenzbeamten_innen oder in sog. Registrierstellen gestellt werden.⁷ Antragsteller_innen kommt auch nicht, wie im regulären Verfahren, ab Antragstellung faktischer Abschiebeschutz zu. Mehrfach wird im Gesetz der Vorrang der „Prüfung der Zulässigkeit einer Hinderung an der Einreise, einer Zurückweisung (§ 41 FPG) oder einer Zurückschiebung (§ 45 FPG)“⁸ betont. Werden solche Maßnahmen gesetzt, können Antragsteller_innen zwar eine Maßnahmenbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erheben, die jedoch nur eine – in der Praxis denkbar schwierige – ex-post Prüfung der Zulässigkeit einer bereits gesetzten Zwangsmaßnahme ermöglicht.

Die Rechtmäßigkeit der nunmehr beschlossenen Regelung ist sowohl europarechtlich als auch vor dem Hintergrund des innerstaatlichen Verfassungsrechts äußerst fraglich, insb in Hinblick auf das gem Art 18 B-VG garantierte Legalitätsprinzip sowie das Recht der Antragsteller_innen auf eine effektive Beschwerde (Art 13 EMRK).⁹ Die nunmehr beschlossenen Änderungen stellen aber auch einen gravierenden Tabubruch dar. Nicht nur wird durch die Novelle auf rechtlich fragwürdigem Boden ein Notstandsverordnungsrecht eingeführt, es wird auch das Asyl- und Fremdenrecht weiter verkompliziert und sein Verständnis sogar für Expert_innen nahezu verunmöglicht, was die unmittelbar betroffenen Antragsteller_innen in Österreich umso härter trifft. Dass es sich hierbei um einen grundrechtsintensiven Bereich handelt, scheint vergessen worden zu sein.

Es steht auch zu befürchten, dass damit das Bedürfnis „etwas zu machen“ noch nicht gestillt ist. Die FPÖ stimmte etwa im Nationalrat geschlossen gegen die neuen Verschärfungen. Der Sicherheitssprecher der FPÖ wurde wie folgt zitiert: „Statt nun mit einem ‚Flickwerk‘ zur reagieren, wäre es seiner Meinung nach angebracht, das Asylrecht vollkommen neu aufzusetzen und intensiver darüber nachzudenken, wie man illegal in Österreich aufhältige Fremde so rasch wie möglich wieder außer Landes bringen kann.“¹⁰ Man wird also von einer weiteren Unternehmungslust der österreichischen Politik ausgehen können.

MMag. Andreas Wöckinger arbeitet als Jurist im Referat für Sozialpolitik der Österreichischen HochschülerInnenschaft und ist Mitherausgeber des *juridikum*; a.woeckinger@gmx.at

7 § 38 Abs 1 AsylG.

8 §§ 38 Abs 3, 40 Abs 2 AsylG.

9 Vgl. Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte im Begutachtungsverfahren, http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/bim-stellungnahme_asylg.pdf (29.4.2016).

10 *Parlamentsskorrespondenz*, Innenausschuss gibt grünes Licht für Notstandsregelung, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2016/PK0403/ (29.4.2016).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 141 Speed kills
Andreas Wöckinger

merk.würdig

- 145 Mogelpackung Opferrechte
Kritische Anmerkungen zur Umsetzung der Opferschutz-RL
Dina Nachbaur / Barbara Unterlerchner
- 150 Die Bemessung des Schmerzensgeldes durch Lai_innen: Ein Experiment
Ingo Weber/ Magdalena Flatscher-Thöni
- 155 Tun gegen Macht
Karol Felsner

recht & gesellschaft

- 158 Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften
Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte
Dominik Haider
- 168 ...und wer ist die „Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden“?
Überlegungen zur gesellschaftlichen Inklusion von Sexarbeiter_innen
Nora Eberharter
- 177 Antisemitismus vor Gericht
Kritische Anmerkungen zum Fall Elsässer gegen Ditzfurth
Christian Berger / Paul Hahnenkamp

debatte

- 188 Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterchaft
Michelle Cottier

thema

- 199 Vorwort: Kämpfe um öffentliche Dienstleistungen
Oliver Prausmüller / Alice Wagner
- 203 Öffentliche Dienstleistungen und Austeritätspolitik in Europa aus rechtlicher Perspektive
Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Druck
Britta Kynast
- 213 Beyond Austerity Europe: The role of public services in economic and social development
David Hall
- 221 TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen
Verena Madner
- 231 Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU
Stefan Mayr
- 241 PPPs: Ein Fall für theoretische Kontroversen?
Leonhard Plank

250 Reclaiming public water through remunicipalisation

Satoko Kishimoto / Olivier Petitjean / Emanuele Lobina

260 Problemzone Flüchtlingsbetreuung

Zwischen ambivalenter Privatisierung und staatlicher Grenzziehung

Ronald Frühwirth / Konrad Lachmayer

nach.satz

270 Gewaltschutz für alle!

Das Versprechen der Istanbul-Konvention an geflüchtete Frauen

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) herausgege-
 ben von: Philipp Hense, Eva Pentz, Caroline Voithofer,
 Andreas Wöckinger

Medieninhaber und Verleger:

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

Preis:

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

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Fabiane
 Baxewanos, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger,
 Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald
 Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Matthias
 C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Eva Pentz, Vale-
 rie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Caroline Voit-
 hofer, 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
 Holzleithner (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 Verschrägen (Wien/Bratislava), Ewald
 Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela
 Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Christian Berger, Michelle Cottier, Nora Eberharter,
 Karol Felsner, Magdalena Flatscher-Thöni, Ronald
 Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Dominik Haider, David
 Hall, Satoko Kishimoto, Britta Kynast, Konrad Lach-
 mayer, Emanuele Lobina, Verena Madner, Stefan Mayr,
 Dina Nachbaur, Olivier Petitjean, Leonhard Plank,
 Oliver Prausmüller, Valerie Purth, Barbara Unterlerchner,
 Alice Wagner, Ingo Weber, Andreas Wöckinger

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:

Philipp Hense: philipp.hense@riseup.net
 Eva Pentz: epentz@gmx.at
 Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at
 Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at
 Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Mogelpackung Opferrechte

Kritische Anmerkungen zur Umsetzung der Opferschutz-RL

Dina Nachbaur / Barbara Unterlerchner

1. Mengenlehre für Fortgeschrittene

„Tiere lassen sich folgendermaßen einteilen: dem Kaiser gehörige – einbalsamierte – gezähmte – Milchschweine – Sirenen – Fabeltiere – streunende Hunde – in diese Einteilung aufgenommene – die sich wie toll gebärden – unzählbare – mit feinstem Kamelhaarpinsel gezeichnete – und so weiter – die den Wasserkrug zerbrochen haben – die von weitem wie Fliegen aussehen.“ Dieses Ordnungssystem ist von *Jorge Luis Borges* frei erfunden, er schreibt es jedoch einer „gewissen chinesischen Enzyklopädie“¹ zu. *Foucault* bezieht sich auf dieses Bsp, das mit seiner offensichtlichen Willkür auf die Raum-Zeit-Gebundenheit von Categoriesystemen hinweist; von der Außenperspektive betrachtet seien diese oft nicht nachvollziehbar.² Auch in der StPO³ werden iSe Taxonomie Opfer von Straftaten nach bestimmten Kriterien klassifiziert, dies führt zu einem hierarchischen Ergebnis: besondere Opfergruppen – besondere Opferrechte. Aus der Sicht einer Opferhilfe-Einrichtung ist das Resultat nicht immer nachvollziehbar; hier bereitet offensichtlich die Innenperspektive Schwierigkeiten.

Bereits § 65 Z 1 StPOalt legte einen soliden Grundstein für die Festlegung unterschiedlicher Gruppen von Straftatopfern und ihren Bedürfnissen entsprechende Rechte: Lit a umfasste jede Person, die durch eine vorsätzlich begangene Straftat Gewalt oder gefährlicher Drohung ausgesetzt oder in ihrer sexuellen Integrität beeinträchtigt worden sein könnte. Gem lit b galt als „Opfer“ der „Ehegatte, der eingetragene Partner, der Lebensgefährte, die Verwandten in gerader Linie, der Bruder oder die Schwester einer Person, deren Tod durch eine Straftat herbeigeführt worden sein könnte, oder andere Angehörige, die Zeugen der Tat waren“. Diesen beiden Opfergruppen wurde in § 66 Abs 2 StPOalt – bei persönlicher Betroffenheit – besondere Unterstützung durch psychosoziale und juristische Prozessbegleitung zuerkannt. Alle anderen Personen, die durch eine Straftat einen Schaden erlitten haben könnten oder sonst in ihren strafrechtlich geschützten Rechtsgütern beeinträchtigt worden sein könnten, wurden in lit c des § 65 Z 1 StPOalt erfasst. Sie konnten sich wie die Opfer gem lit a und b durch die Opfer-

1 *Borges*, Die analytische Sprache John Wilkins', in *ders*, Das Eine und die Vielen. Essays zur Literatur (1966) 212.

2 *Foucault*, Die Ordnung der Dinge¹² (1994) 17.

3 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2016/26. StPOalt bezieht sich auf die StPO idF BGBl I 2015/112.

rechte des § 66 Abs 1 Z 1 bis 8 StPOalt am Strafverfahren beteiligen, lediglich der Anspruch auf Prozessbegleitung blieb ihnen verwehrt.

Bei dieser Einteilung blieb es in der StPOalt jedoch nicht, das Gesetz nahm weitere Differenzierungen vor. So waren bspw gesonderte, über § 66 Abs 1 und 2 StPOalt hinausgehende Rechte für „Opfer von Gewalt in Wohnungen“⁴ (§§ 70 Abs 1, 173 Abs 5 Z 3, 177 Abs 5, 206 Abs 1 StPOalt), Opfer, die in ihrer sexuellen Integrität verletzt worden sein könnten (§§ 70 Abs 2, 158 Abs 1 Z 2, 165 Abs 4 StPOalt), für minderjährige Opfer, psychisch Kranke und geistig Behinderte (§ 160 Abs 3 StPOalt) vorgesehen. Der Opferrechte-Katalog des § 66 Abs 1 StPOalt war also keineswegs abschließend, vielmehr fanden sich über die gesamte StPOalt verstreut immer wieder einzelne „Sonderrechte“ für bestimmte Opfergruppen. Die Rechtslage zu den Opferrechten war somit unübersichtlich und zudem verwirrend, da sich zwischen einzelnen Opfergruppen Schnittmengen ergaben (so waren etwa ein Großteil der Opfer von Gewalt in Wohnungen iSd § 38a SPG auch Opfer von Gewalt iSd § 65 Z 1 lit a StPOalt).

Europarechtlich ist in diesem Zusammenhang die Opferschutz-RL⁵ von Relevanz. Diese sieht eine Reihe von Maßnahmen vor, um die Situation von Opfern von Straftaten zu verbessern, und spannt dabei einen weiten Bogen von verständlicher Information der Betroffenen (Art 3) bis hin zu Sensibilisierungsmaßnahmen für Strafverfolgungsbehörden (Art 25). Grundsätzlich steht dabei allen Opfern von Straftaten eine Reihe von Rechten zu. Besondere Schutz- und Schonungsrechte sollen jene bekommen, die auf Grund einer individuellen Begutachtung als besonders bedürftig erkannt werden, wobei die RL vorsieht, dass auf bestimmte Opfergruppen „besondere Aufmerksamkeit“ zu legen ist (Art 22 Abs 3).

Mit der vor Kurzem erfolgten österreichischen Umsetzung der Opferschutz-RL wurde nunmehr eine weitere Gruppe von Opfern in der StPO geschaffen – die der „besonders schutzbedürftigen Opfer“. Der im Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016⁶ vorgesehene § 66a StPOneu beinhaltet dabei im Abs 2 eine bunte Zusammenstellung von Opferrechten, die ohnehin bereits in der StPO normiert waren. Lediglich der Kreis der berechtigten Opfer wird dadurch erweitert. In den Genuss dieser besonderen Schutz- und Schonungsrechte kommt demnach, wer bei einer individuellen Begutachtung als besonders schutzbedürftig erkannt wird oder wer einer Opfergruppe angehört, deren besondere Schutzbedürftigkeit bereits in der StPOneu festgelegt wird. Ex lege als besonders schutzbedürftig gelten gem § 66a Abs 1 2. Satz StPOneu Opfer, die in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung verletzt worden sein könnten (Z 1), die

4 Bei den „Opfern von Gewalt in Wohnungen“ wird in der StPO auf § 38a SPG (BGBl 1991/566 idF BGBl I 2013/161) Bezug genommen, welcher die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, ein Betretungsverbot auszusprechen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen, insb wegen eines vorangegangenen gefährlichen Angriffs, anzunehmen ist, es stehe ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit bevor.

5 RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, ABl L 2012/315, 57.

6 BGBl I 2016/26.

Gewalt in Wohnungen ausgesetzt gewesen sein könnten (Z 2) oder Opfer, die minderjährig sind (Z 3).

Die Opferschutz-RL nennt darüber hinaus ua Opfer, die infolge der Schwere der Straftat eine beträchtliche Schädigung erlitten haben; Opfer, die Hasskriminalität erlitten haben; Opfer von Terrorismus, organisierter Kriminalität, Menschenhandel sowie Opfer mit Behinderungen (Art 22). Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016 bleibt somit hinter den Vorgaben der Opferschutz-RL zurück und schafft mit der neuen Gruppe der „besonders schutzbedürftigen Opfer“ lediglich eine Vereinigungsmenge von ohnehin bevorrechteten Opfern (Gewalt in Wohnungen und Verletzung der sexuellen Integrität) und minderjährigen Opfern. Neu ist damit nur, dass bspw ein 17-jähriges Opfer eines Fahrraddiebstahls automatisch als besonders schutzbedürftig gelten würde und folglich verlangen könnte, auf schonende Weise – kontradiktorisch! – von einer Person gleichen Geschlechts vernommen zu werden; auch könnte im Hauptverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt werden.

Vollkommen unklar ist nach der Novelle die Stellung von Opfern, die „Gewalt in Wohnungen (§ 38a SPG)“ ausgesetzt gewesen sein könnten. Dieser 2004⁷ neu geschaffene Opfergruppe standen nach vorheriger Rechtslage bestimmte Schutzrechte zu, bspw mussten diese Opfer informiert werden, wenn die Untersuchungshaft, die über einen Beschuldigten verhängt worden ist, aufgehoben wird (§ 177 Abs 5 StPOalt). Davon zu unterscheiden sind besondere Schonungsrechte: Solche hatten laut StPOalt Zeug/inn/en, die im Verfahren gegen eine/n Angehörige/n (§ 72 StGB) aussagen sollen; § 156 Abs 1 Z 1 iVm § 165 Abs 4 StPOalt ermöglicht im Strafverfahren die kontradiktorische Vernehmung.

Die Novellierung vermischt nun diese beiden Ansätze: Nunmehr tauchen die „Opfer von Gewalt in Wohnungen“ in einem vollkommen neuen Zusammenhang auf und werden etwa im § 66a StPOneu als besonders schutzbedürftig hervorgehoben. Den ErläutRV⁸ lässt sich inhaltlich nichts zu dieser Klassifikation entnehmen. Zu vermuten ist, dass den Opfern von „Gewalt in engen Beziehungen“ besondere Rechte zuerkannt werden sollten, wie dies die Opferschutz-RL⁹ vorsieht. Gelungen ist diese Umsetzung damit allerdings nicht, denn die Gruppen sind nicht deckungsgleich: Nicht jede Gewalt im sozialen Nahraum geschieht in einer Wohnung, andererseits werden täglich Wohnungen zum Tatort von Gewalt durch familienfremde Personen.

Die praktischen Probleme dieser Regelung können an folgendem realen Bsp verdeutlicht werden: Eine Frau wird monatelang durch einen Ex-Lebensgefährten bedrängt und bedroht, ein Betretungsverbot durch die Polizei (§ 38a SPG) wurde nie ausgesprochen. Kann die Betroffene die besonderen Opferrechte von schutzbedürftigen Opfern im Strafverfahren ganz selbstverständlich in Anspruch nehmen oder braucht es

7 BGBl I 2004/19.

8 ErläutRV 1058 BlgNR 25. GP.

9 Art 22 Abs 3 Opferschutz-RL.

dafür eine individuelle Begutachtung ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit? Ältere Menschen wurden im Jahr 2015 in Niederösterreich in ihren Häusern und Wohnungen gefesselt, schwer verletzt und beraubt.¹⁰ Dies geschah in Wohnungen. Sind sie deshalb erst besonders schutzbedürftig? Wer durch dieselbe kriminelle Organisation in einer Tankstelle oder in einer Trafik – also am Arbeitsplatz – gequält und beraubt worden ist, braucht im Strafverfahren weniger Schutz? Auf eine Qualifikation des Tatortes darf es dabei wohl nicht ankommen.

2. How to do „Feststellung der besonderen Schutzbedürftigkeit“?

Alle Opfer sollen nunmehr das Recht auf „ehestmögliche Beurteilung ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit“ (§ 66 Abs 1 Z 1b StPOneu) haben. Die Umstände, die zu einer solchen führen, sollen entsprechend den ErläutRV beim Erstkontakt mit dem Opfer erhoben und dokumentiert werden, demnach durch die Kriminalpolizei im Vorfeld der ersten Vernehmung bzw Anzeigeerstattung. Die Erhebungen wären in „formalisierter“ Weise vorzunehmen. Die ErläutRV geben keine Hinweise zu deren konkreten Abläufen, Rahmenbedingungen und Inhalten. Aus Opferschutzgesichtspunkten ist eine Befragung zu besonderen Schutzbedürfnissen durch die Polizei bedenklich: Eine solche ergibt sich nach „Maßgabe ihres Alters, ihres seelischen und gesundheitlichen Zustands sowie der Art und konkreten Umstände der Straftat“ (§ 66a Abs 1 StPOneu). Demzufolge müssten sich Fragen der Polizei nicht nur auf den Hergang der Straftat beziehen, sondern höchstpersönliche Lebensbereiche der Opfer umfassen. Wie groß ist realistischerweise die Bereitschaft von Opfern, bei der ersten polizeilichen Vernehmung über psychische Erkrankungen Auskunft zu geben? Wie ratsam ist es, gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde darüber zu sprechen, wenn alle Details Akteninhalt werden? Gerade Angaben über Angststörungen oder psychische Krankheiten könnten für das Opfer bei der Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit nachteilige Auswirkungen haben. Die Erfahrungen von Opferhilfe-Einrichtungen zeigen jedenfalls, dass ein geschützter Rahmen und ein Vertrauensverhältnis Voraussetzung dafür sind, dass Opfer über belastende Einzelheiten der Straftat und über persönliche Betroffenheit sprechen (können). Wichtig wäre es daher die Möglichkeit zu schaffen, auf Verlangen des Opfers für entsprechende Feststellungen eine Opferhilfe-Einrichtung beizuziehen.¹¹

Auch hier gibt es Umsetzungsschwierigkeiten: Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz I 2016 pickt taxativ nur wenige Kriterien heraus, die in der RL zur Ermittlung der besonderen Schutzbedürftigkeit genannt werden. Andere Merkmale des Opfers (etwa Herkunft, Hautfarbe, Sprache, Religion, sexuelle Orientierung, Behinderung) und der Straftat (etwa Hassverbrechen, Terrorismus, organisierte Kriminalität oder eine

10 *Wammerl*, Der Feind im eigenen Schlafzimmer, *Kurier* v 3.4.2016; *Kurier*, Raubmord bei Einbruch: Bande zog durch Europa, *Kurier* v 17.9.2015.

11 Vgl Stellungnahme des Weissen Ringes zum Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015 (28/SN-171/ME), 7.

Begehung der Straftat in diskriminierender Absicht), die in der Opferschutz-RL (Art 22 Abs 3) ausdrücklich „besondere Aufmerksamkeit“ erhalten müssen, bleiben ohne ersichtliche Begründung in der StPOneu unberücksichtigt. Während die RL also eine rassistisch motivierte Straftat als besonders berücksichtigungswürdigen und erschwerenden Umstand für das betroffene Opfer anerkennt, spart die Novelle diese Kriterien aus. Diese Eingrenzung entspricht jedenfalls weder den Zielen der Opferschutz-RL noch den Bedürfnissen der Opfer von Hass- und Vorurteilsverbrechen.

3. Ceterum censemus

Abschließend sei angemerkt, dass der in Art 8 der Opferschutz-RL als Recht zugesicherte Zugang zu Opferunterstützungsdiensten – und zwar entsprechend dem Bedarf der Betroffenen – in Österreich momentan nicht allen Opfergruppen im selben Ausmaß offensteht. Der hohe Grad an Spezialisierung verschafft Österreich regelmäßig den rühmlichen Titel der “best practice” in ausgewählten Disziplinen der Opferhilfe: Opfer von Gewalt in der Familie oder weibliche Opfer von Sexualdelikten sowie junge Opfer von Gewaltdelikten können in Österreich auf ein engmaschiges Netz an Unterstützungsleistungen zurückgreifen. Opfer von Gewaltdelikten und Hinterbliebene können zumindest im Strafverfahren mit kostenloser psychosozialer und juristischer Prozessbegleitung rechnen. Der „allgemeine Opferunterstützungsdienst“, der allen Opfern von Straftaten in allen Belangen nach einer Viktimisierung zur Seite steht, wird in Österreich jedoch kaum mit öffentlichen Mitteln unterstützt und muss daher überwiegend von zivilgesellschaftlichem Engagement getragen werden¹². Eine endgültige Lösung kann dies nicht sein.

MMag.^a Dr.ⁱⁿ Dina Nachbaur, Juristin und Soziologin, ist Geschäftsführerin des Weissen Ringes – Kriminalitätsofferhilfe; d.nachbaur@weisser-ring.at

Mag.^a Barbara Unterlerchner, MA ist Juristin und Kriminologin. Sie leitet die Fachbereiche Opferhilfe und Opferrechte beim Weissen Ring – Kriminalitätsofferhilfe; b.unterlerchner@weisser-ring.at

12 Ebd 10f.

Die Bemessung des Schmerzensgeldes durch Lai_innen: Ein Experiment

Ingo Weber / Magdalena Flatscher-Thöni

1. Hintergrund

Es sind der Zugang zum Recht und unser Wissen über positives Recht, die unser Rechtsempfinden und das Verständnis von gerechten Urteilen prägen. Ein Bsp hierfür findet sich in der wieder aufgeflammt Diskussion zur Angemessenheit von Schmerzensgeldzusprüchen. Mit Titeln wie „Willkürlich und wenig: Was heißt hier angemessen? Wie Schmerzensgeld fair verteilt werden könnte“¹, „Absurd niedrig“² oder „Viel Leid, wenig Geld“³ wird das (frustrierte) gesellschaftliche Rechtsempfinden eingefangen und das Spruchverhalten der Zivilgerichte hinterfragt. Vor dem Hintergrund dieses sich verändernden Rechtsempfindens erscheint es lohnend, den Blickwinkel der juristischen Lai_innen einzunehmen und der Frage nachzugehen, welche Faktoren für die Nicht-Jurist_innen unserer Gesellschaft bei der Bemessung von Schmerzensgeld relevant sind/erscheinen.

Während Rechtsexpert_innen die entscheidungsrelevanten Kriterien der Rsp und Dogmatik für die Berechnung des Schmerzensgeldes, dem wichtigsten Fall der gerichtlichen Schadensschätzung des § 273 ZPO⁴, kennen⁵, sind diese den Lai_innen nicht immer bekannt oder zugänglich. Mit anderen Worten sind es die Berufsrichter_innen, die im deutschsprachigen Raum die Höhe der Entschädigungssumme bestimmen und damit definieren, wie Schmerzen (respektive eine veränderte Lebensqualität) tatsächlich monetarisiert werden.

Die daraus resultierende Informationsasymmetrie zwischen Rechtsexpert_innen und juristischen Lai_innen wird im Rahmen internationaler Studien belegt und diskutiert.

1 *Hassel*, Was heißt hier angemessen? Wie Schmerzensgeld fair verteilt werden könnte, www.focus.de/gesundheit/experten/jana_hassel/willkuerlich-und-wenig-was-heisst-hier-angemessen-wer-wie-viel-schmerzensgeld-bekommt_id_5111751.html (10.3.2016).

2 *Prinz*, Absurd niedrig, www.spiegel.de/spiegel/print/d-16525375.html (29.4.2016).

3 *Rippegather*, Viel Leid, wenig Geld, www.fr-online.de/rhein-main/schmerzensgeld-viel-leid--wenig-geld,1472796,4469334.html (29.4.2016).

4 *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² (2013) 277 (285).

5 Siehe hierzu ausführlich *Flatscher-Thöni/Leiter/Winner*, Schmerzensgeld in Österreich: Eine Empirische Analyse des Spruchverhaltens der Oberlandesgerichte, in *Barta/Ganner/Voitbofer* (Hrsg), 200 Jahre ABGB 1811-2011, Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung V (2012) 110.

Diese Studien⁶ weisen nach, dass Lai_innen dazu tendieren, juristisch nicht relevante Faktoren für die Bemessung von Schadenersatz und Schmerzensgeld anders zu bewerten, als dies gesetzlich bzw rechtsdogmatisch der Fall wäre.

Die vorliegende experimentelle Studie setzt an diesen Erkenntnissen an und will konkret der Fragestellung nachgehen, ob der sozioökonomische Status des Schädigers/der Schädigerin und die Schuldform Einfluss auf die Bemessungshöhe des Schmerzensgeldes haben.

2. Methodisches Vorgehen

Um zu untersuchen, wie Lai_innen Schmerzensgeldbeträge konkret bemessen würden, bieten sich unterschiedliche sozialwissenschaftliche Forschungsmethoden an.⁷ In der vorliegenden Studie wurde ein experimentelles Setting, das Mock-Jury-Design⁸ verwendet. Dieses experimentelle Studiendesign, iSe kontrollierten Interventionsstudie, ermöglicht eine experimentelle Anordnung, in der Proband_innen verschiedene Versionen eines fiktiven Rechtsfalls vorgelegt bekommen. Es wird dadurch die Möglichkeit geschaffen, die Einflussfaktoren der Entschädigungsbemessung systematisch zu verändern, sodass speziell darauf kontrolliert werden kann.⁹

In unserer Studie wurde der sozioökonomische Status des Schädigers manipuliert. Den Studienteilnehmer_innen wurde nachstehende Fallgeschichte vorgelegt, in der entweder ein Rechtsanwalt oder ein Maler als Schädiger, mit unterschiedlichen Einkommens- und Vermögenswerten, auftritt. Zusätzlich wurde der Grad des Verschuldens manipuliert, sodass der bedingte Vorsatz durch Fahrlässigkeit ersetzt wurde.

„Der Rechtsanwalt R (Maler M) fährt bei klarer Sicht und guten Straßenverhältnissen auf eine Kreuzung zu an welcher er rechts abbiegen möchte. Da er nicht bis zur nächsten Grünphase warten möchte, fährt er noch schnell bei grün blinkendem Ampellicht in die Kreuzung ein. Dabei ist ihm bewusst, dass er im Fall eines die Straße überquerenden Fußgängers nicht mehr rechtzeitig anhalten kann, dies nimmt er aber in Kauf. R fährt die 30-jährige F nieder, die den Zebrastreifen überquerte während ihre Fußgängerampel grün

6 Siehe ua *Bornstein*, From compassion to compensation: The effect of injury severity on mock jurors' liability judgements, *Journal of Applied Social Psychology* 1998, 1477ff; *Greene/Johns/Bowman*, The effects of injury severity on jury Negligence decisions, *Law and Human Behaviour* 1999, 675ff.

7 Angesprochene Forschungsmethoden sind hier ua die Archivanalyse oder (qualitative) Interviews. Für weitere Informationen siehe bspw zur Archivanalyse *Bovbjerg/Sloan/Dor/Hsieh*, Juries and Justice: Are malpractice and other personal injuries created equal, *Law and Contemporary Problems* 1991, 5ff; Zu Interviews mit Laienrichter_innen und Berufsrichter_innen vgl *Hastie/Schkade/Payne*, A study of juror and jury judgments in civil cases: Deciding liability for punitive damages, *Law and Human Behaviour* 1998, 287ff.

8 *Greene/Johns/Bowman*, *Law and Human Behaviour* 1999, 675ff; *Wissler/Evans/Hart/Morry/Saks*, Explaining „Pain and Suffering“ awards: The role of injury characteristics and fault attributions, *Law and Human Behaviour* 1997, 181; *Zickafoosell/Bornstein*, Double Discounting: The effects of comparative negligence on mock juror decision making, *Law and Human Behaviour* 1999, 577ff.

9 So auch *Fring*s, Die Zumessung von Schadenersatz und Schmerzensgeld (2000). In der Diplomarbeit wurden die Schuldform und die moralische Vertretbarkeit der Beweggründe manipuliert.

war. F konnte R im Zeitpunkt des Betretens des Zebrastreifens nicht bemerken. Fs Handy und ihre Uhr gehen dabei zu Bruch. Außerdem erleidet sie einen Armbruch.

R (M) hat ein Vermögen von € 200.000 (€ 3000) und ein monatliches Einkommen von € 6.500 (€ 1300) (netto, nach Abzug sämtlicher Steuern).“

Um den Einfluss des sozioökonomischen Status des Schädigers und der Schuldform auf das zuzusprechende Schmerzgeld bei juristischen Lai_innen empirisch zu überprüfen, wurden 60 Studierende unterschiedlicher Studienfächer in Tirol (42 Frauen und 18 Männer mit einem durchschnittlichen Alter von 23 Jahren) befragt. Dieser Gruppe wurden Rechtsexpert_innen gegenübergestellt, die sich aus 60 Studierenden der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in Innsbruck (35 Frauen und 25 Männer mit einem durchschnittlichen Alter von 25 Jahren) zusammensetzten. Damit umfasst die Stichprobe des Experiments insgesamt 120 Studierende.

3. Ergebnisse

Um zwischen den zwei Gruppen (Lai_innen und Rechtsexpert_innen) unterscheiden zu können, werden die relevanten Ergebnisse im Mittel in den Tabellen 1 und 2 präsentiert. Die Auswertung der erhobenen Daten fand unter den Annahmen statt, dass sich der sozioökonomische Status des Schädigers auf die Höhe des Schmerzgelds auswirkt¹⁰ und dass bei bedingt vorsätzlichem Handeln innerhalb des sozioökonomischen Status ein höheres Schmerzgeld zugesprochen wird als bei fahrlässigem Handeln.¹¹

Tabelle 1 zeigt, dass die Gruppe der Lai_innen den sozioökonomisch besser gestellten Anwalt stets finanziell schlechter stellt als den Maler, der Anwalt also mehr Schmerzgeld bezahlen muss. Die Hypothese, dass mit höherem Verschuldensgrad auch das Schmerzgeld ansteigen würde, kann nicht belegt werden.

In der Gruppe der Rechtsexpert_innen kann keine eindeutige Tendenz hinsichtlich der Bemessung des Schmerzgelds und dem Grad des Verschuldens beobachtet werden (Tabelle 2). Es kommt zu keiner eindeutigen Besserstellung des sozioökonomisch schlechter gestellten Malers, sodass hier von einer tendenziell rechtskonformen Begutachtung der Fallgeschichte ausgegangen werden kann.

| Tabelle 1: Lai_innen | <i>Schmerzgeld Mittelwert (€)</i> | <i>Schmerzgeld Minimum (€)</i> | <i>Schmerzgeld Maximum (€)</i> |
|---------------------------------|---------------------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| <i>Anwalt – Vorsatz</i> | 4.250 | 1.000 | 20.000 |
| <i>Maler – Vorsatz</i> | 1.750 | 300 | 5.000 |
| <i>Anwalt – Fahrlässigkeit</i> | 5.500 | 1.500 | 20.000 |
| <i>Maler – Fahrlässigkeit</i> | 2.460 | 100 | 10.000 |

10 Ähnlich *Bovbjerg/Sloan/Dor/Hsieh*, Law and Contemporary Problems 1991, 5ff.

11 Ähnlich *Frings*, Zumessung 57.

| Tabelle 2: Rechtsexpert_innen | <i>Schmerzensgeld Mittelwert (€)</i> | <i>Schmerzensgeld Minimum (€)</i> | <i>Schmerzensgeld Maximum (€)</i> |
|--|--|---------------------------------------|---------------------------------------|
| <i>Anwalt/Vorsatz</i> | 3.980 | 1.000 | 12.500 |
| <i>Maler/Vorsatz</i> | 1.775 | 250 | 8.000 |
| <i>Anwalt/Fahrlässigkeit</i> | 1.970 | 200 | 3.500 |
| <i>Maler/Fahrlässigkeit</i> | 2.720 | 500 | 9.000 |

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass entgegen der ständigen Rsp und herrschenden Lehre¹², jedoch durchaus vereinbar mit internationaler Literatur¹³ der sozioökonomische Status des Schädigers in der Gruppe der Lai_innen einen Einfluss zeigt. Demnach weisen diese ersten Ergebnisse darauf hin, dass Lai_innen andere als nur jene von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigen.

Diese ersten Erkenntnisse basieren auf einer selektierten Gruppe von Menschen, die sich systematisch von durchschnittlichen österreichischen Bürger_innen unterscheiden (können). Eine Generalisierung der beobachtbaren Effekte ist daher aufgrund der durch die Selektion potentiell verursachten Verzerrung der Ergebnisse nicht möglich.

Nichtsdestotrotz motivieren die vorliegenden Ergebnisse zu weiteren Analysen. Angesprochen ist hier va das Überprüfen systematischer und kausaler Einflüsse relevanter Variablen auf das Schmerzensgeld, wie etwa der Verschuldensgrad, das Verhältnis zwischen zugesprochenem Schmerzensgeld und zugesprochenem Vermögensschaden oder die kognitive und emotionale Bewertung des schädigenden Verhaltens.

4. Conclusio

Die vorliegenden, durchaus divergierenden Ergebnisse zeigen, dass die Bemessung von Schmerzensgeld, die in der Praxis auf der richterlichen Würdigung ärztlicher Gutachten mittels Schmerzensgeldtabelle oder Pauschalzuspruch erfolgt¹⁴, sowohl Lai_innen, als auch Rechtsexpert_innen vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Die große Bandbreite der genannten Schmerzensgeldbeträge weist wohl auf die Problematik hin, dass die Befriedigung eines erlittenen Leids, iSe veränderten Lebensqualität, ein hohes Maß an Subjektivität in der tatsächlichen Bemessung und Wahrnehmung mit sich bringt. Hinzu kommt, dass das Thema Schmerzensgeld juristischen Lai_innen meist solange fremd ist, bis es sie selbst betrifft. Aus Unkenntnis der Spruchpraxis kann sohin Unmut und Ver-

12 *Danzl*, Juristischer Teil, in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 62ff.

13 *Chin/Peterson*, Deep pockets, empty pockets – Who wins in Cook County jury trials? (1985) 58.

14 *Flatscher-Thöni/Leiter/Winner* in *Barta/Ganner/Voitbofer* 110; *Flatscher-Thöni/Leiter/Winner*, Schmerzensgeld in Österreich: Eine quantitative Betrachtung, *Journal für Rechtspolitik* 2014, 85ff.

wunderung über die im internationalen Vergleich niedrig erscheinenden Schmerzensgeldbeträge entstehen.

Es erscheint daher im Lichte der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zielführend, der interessierten Bevölkerung das Bemessungssystem sowie die durch die Rsp entwickelten und damit zu berücksichtigenden Variablen klar zu kommunizieren und zugänglich zu machen, um so eine realistische Erwartungshaltung zu schaffen.

Ingo Weber BSc ist studentischer Mitarbeiter am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und hat sich im Rahmen seiner Bachelorarbeit („Schadenersatz und Schmerzensgeld in Österreich: Gibt es einen Unterschied in der Bemessung zwischen Laien und Rechtsexperten?“) für das Studium Betriebswirtschaft im Gesundheitswesen an der UMIT mit dem Thema Schmerzensgeld auseinandergesetzt; ingo.weber@student.uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Magdalena Flatscher-Thöni ist Assistenzprofessorin am Department für Public Health, Versorgungsforschung und HTA an der UMIT – Private Universität für Gesundheitswissenschaften in Hall in Tirol; magdalena.flatscher-thoeni@umit.at

Tun gegen Macht

Karol Felsner

Rezension zu: *Wolfgang Kaleck*, Mit Recht gegen die Macht. Unser weltweiter Kampf für Menschenrechte, Hanser Berlin, Berlin 2015, 223 Seiten, ISBN 978-3-446-24944-8

Wolfgang Kaleck, der seit seiner anwaltlichen Vertretung von *Edward Snowden* international als deutscher Menschenrechtsanwalt bekannt ist,¹ schreibt ein Buch über sich selbst;² eine spannende Jurist_innenlektüre emanzipatorischer Art. Er beschreibt darin unaufgeregt, wie er in vielen Situationen, die bei ihm zunächst Ohnmacht und Überforderung hervorriefen, widerständig blieb. Seine Methode zur Selbstermächtigung ist auch die Kernaussage des Buches: Vernetzung und juristische Arbeit. Die Buchkapitel sind Episoden aus *Kalecks* Leben, eindrucksvolle Ausflüge in das Umfeld historischer Ereignisse, mit dem Ziel nachträglich Strafen für folternde Regimeverantwortliche u.a. zu bewirken. Doch das alles ist viel mehr als eine Nabelschau; eher ein Plädoyer dafür, sich des Rechts pragmatisch zu bedienen, bei aller Linksverortung und Kritikfähigkeit. Der Autor ist seit seiner Jugend politisch engagiert, situiert sich links und hat Empathie und Solidarität für Ausgegrenzte von den Eltern vermittelt bekommen (27). In zwei Monaten Grundwehrdienst lernte er „mit zu langen Haaren und Anti-Atomkraft-Aufklebern“ viel über „hierarchische und autoritäre Apparate“ (29), stellte den Kriegsdienstverweigerungsantrag und sammelte auch bei der Bestreikung einer detaillierteren Erfassung der Tätigkeiten von Zivildienstleistern in Köln Erfahrungen, die ihn „dazu bewogen Jura zu studieren“ (32). Davon erhoffte er sich, „die Normen zu beherrschen und zugunsten derer anwenden zu lernen, die von ihnen benachteiligt werden, um zugleich auf ihre Abschaffung oder Veränderung politisch hinwirken zu können.“ (32) Geschrieben ist das Buch aus einer Perspektive „zwischen allen Stühlen“, die große kritikable Zusammenhänge kennt, fundamentale Kritik (insb. am Strafrecht) geübt hat, sich mit *Carl Schmitt* auseinandergesetzt und *Marx*, *Luxemburg*, *Gramsci*, *Horkheimer*, *Adorno* als theoretische Anregungen der gescheiterten „großen gesellschaftlichen Visionen der 1968er Generation“ übernommen hat, sich „gegen autoritär-linke Anwandlungen“ immun fühlt; allen gegenüber kritisch (34).

1 Vgl. etwa Spiegel online v. 8.2.2014, www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/berliner-anwalt-wolfgang-kaleck-vertritt-edward-snowden-a-952322.html (22.4.2016).

2 Siehe auch heroisierendere Rezension und Kurzdoku: www.daserste.de/information/wissen-kultur/ttt/sendung/ttt-22112015-wolfgang-kaleck-106.html (22.4.2016).

Der Freundin folgend geht *Kaleck* 1990 nach Mexiko-Stadt, um dort ein Vierteljahr seines Rechtsreferendariats im Büro einer guatemaltekischen Menschenrechtsorganisation zu absolvieren (38). Von seinen Kolleg_innen, allesamt Exil-Guatemaltek_innen, erfährt er Oppositions- und Fluchtgeschichten aus erster Hand (41). In den 1980er Jahren waren in Guatemala unter den Diktatoren *Lucas García* und *Ríos Montt* hunderttausende Menschen ermordet worden. *Kaleck* schildert die historischen Geschehnisse nicht im Detail, sondern lässt seine eigene innere Unruhe und Fragen anklingen: Trägt nicht die drastische Schilderung von Grausamkeiten va dazu bei, die eigene Wichtigkeit zu steigern? „Nehmen wir nicht denen ihre Geschichten, die sie tatsächlich erleiden, um damit unsere eigenen Geschäfte – und seien sie von noch so hehren Motiven geleitet – zu betreiben?“ (39). Der junge *Kaleck* im Jahr 1990 war Beobachter und wollte eigentlich mehr sein. Er war sich seiner privilegierten Situation bewusst und haderte mit seiner Distanz zum Kampf derer, mit denen er sich solidarisierte (44). Er wird, weil er als Deutscher wohl sicher ist (und obwohl er sich insgeheim damit unwohl, vielleicht überfordert fühlt), nach Guatemala geschickt, um einen Bericht über den nationalen Verband der durch Repression zu Witwen gewordenen indigenen Frauen, *Conavigua*, zu schreiben. Am Sitz der *Coca-Cola*-Gewerkschaft findet zu dieser Zeit die Feier des zweiten Jahrestags der *Conavigua* statt; an den Wänden der Fabrikhalle hängen Fotos von ermordeten Gewerkschaftern. „Auf dem kleinen staubigen Platz vor der Fabrikhalle waschen die indigenen Frauen ihre langen schwarzen Haare, kämmen sie und binden sie zu Zöpfen.“(46) Seine ersten derartigen Begegnungen waren, so schreibt *Kaleck*, durchaus politische Selbsterfahrungstrips, seine damaligen Notizen handeln va von ihm selbst und der für ihn fremden Situation. Doch insb indem diese Menschen, die trotz hohen Risikos für eine gerechte Gesellschaft eintreten, ihn aufnahmen und zu „einem Teilnehmer ihres Kampfes“ (51) machten, wurde er zu einem ernsthafteren Menschen und lernte wirkliche Empathie für die Betroffenen zu entwickeln.

Das Buch erzählt weiter, von der Anwaltskanzlei, die *Kaleck* mit Kollegen 1991 in Berlin gründete – auf politische Mandate spezialisiert– und von der „Knastgruppe“, die Strafgefangene besucht, Rechtsberatung im Knast institutionalisieren will (53f, 67); von den Reisen nach Uruguay, Chile, Brasilien und Argentinien (55ff, 68ff, 83ff, 115ff); von New York und dem *Center for Constitutional Rights*, das Vorbild für das im März 2007 von *Kaleck* und anderen gegründete *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*, sein wird (97ff); von der Leitung einer Delegation der *Internationalen Liga der Menschenrechte* nach Liberia, der ersten Reise nach Afrika, inklusive Gefängnisbesichtigung (133ff); vom Blick auf das Große und Böse – *Mercedes-Benz*, *Guantánamo*, *Nestlé* und der Suche nach Wegen, etwas dagegen zu tun. Jedes Mal fließen persönliche Lebensgeschichten jener Menschen, denen der Autor begegnet, ein. Die Schilderungen sind tw romanhaft, tw dokumentarisch. Es sind jeweils diese Begegnungen, die juristische Verfahren auslösen. *Kaleck* ist Anwalt. Von *Ellen Marx*, einer der

Madres de Plaza de Mayo, die gegen die argentinischen Amnestiegesetze demonstrieren, lernt er, „dass es Dinge gibt, die getan werden müssen, unabhängig vom Erfolg, der zu erwarten ist.“ (81)

Als Menschenrechtsanwalt tut *Kaleck*, va von Berlin aus (wo das ECCHR seinen Sitz hat und wo – von einem nicht mehr ganz kleinen Pool an Mitarbeiter_innen getragen – Planung, Recherchen, Vernetzung und Veranstaltungen stattfinden), was er kann. Das Mittel seiner Wahl ist das Recht. „Mit Recht gegen die Macht“ ist keine Autobiografie, aber präsentiert viele kleine Auszüge aus der Entwicklung seines Denken und Handelns. Er ist inzwischen nicht mehr Strafverteidiger, sondern Kämpfer gegen die Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen.

Kaleck hat sein Buch in der „Ich“-Form geschrieben und wurde diesbezüglich ermahnt, sich dabei „von Narzissmus ebenso freizumachen wie von Scham.“ (224) Das Buch zieht seine Impulskraft aber noch mehr aus einem anderen Freimachen. Jenem, das einen FAZ-Rezensenten wohl sehr empört hat, dass nämlich *Kaleck* sich im Buch nicht auf Reflexionen darüber einlässt, „was denn die Gerechtigkeit ist, die *Kalecks* Protagonisten und er selbst beständig einfordern und in welchem Verhältnis sie zum Recht steht, das zu pflegen Aufgabe des Anwalts ist.“³ In gewisser Weise ist es vielleicht das Sich-Freimachen von der Frage nach dem Verhältnis zum Recht – dafür oder dagegen? –, das es kritischen Jurist_innen ermöglicht juristisch zu agieren. Dass nämlich etwa an einem präzisen Problem zu arbeiten sinnvoll ist, (auch wenn man den Eindruck haben mag, als Einzelne_r mit so kleiner Angriffsfläche nichts verändern zu können, weil doch alles mit allem zusammenhängt) begründet *Kaleck* an anderer Stelle damit, dass es natürlich zur Inszenierung von Macht dazugehört, dass sie sich als ein geschlossenes System darstellt.⁴

Das Buch ist ein Arschtritt – gerade weil der Autor weiß, dass da eine Kluft ist, zwischen ihm und dem „hageren, 65-jährigen *Mercedes* Gewerkschafter“ (214), dessen Rente nicht ausreicht, während *Kaleck* selbst, der Anwalt, durch die Welt reist und in materieller Sicherheit lebt (215), und weil er nicht weiß, ob es reicht, sich dessen bewusst zu sein. Im Zweifel liegt die vorübergehende Wahrheit. In „Mit Recht gegen die Macht“ wird dargelegt, wie 25 Jahre absichtliche Konfrontation mit Grausamkeiten und ihren Nachwirkungen und der Aufbau eines Netzwerkes und einer Organisation, die juristische Wege skizziert und tragbare Argumente ausarbeitet, lediglich Versuche, ein gemachter Anfang, sind; dass es aber ebensolche zu machen gilt.

Mag.^a Karol Felsner ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und lebt dissertationsumgetrieben in Berlin; karol.felsner@chello.at

3 *Hillgruber*, Unrecht haben immer die anderen, FAZ v 28.12.2015, www.faz.net/aktuell/politik/politische-buecher/menschenrechtsaktivisten-unrecht-haben-immer-die-anderen-13979222.html#electio (14.4.2016).

4 *Kaleck* im Kulturgespräch SWR2 am 28.9.2015, www.swr.de/swr2/kultur-infohttp://www.swr.de/swr2/kultur-info/jeder-kann-die-welt-verbessern/-/id=9597116/did=16225210/nid=9597116/1nbg8kd/index.html (14.4.2016).

Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften

Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte¹

Dominik Haider

1. Einleitung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nimmt immer wieder eine Vorreiterrolle bei der Entwicklung der Rechte gleichgeschlechtlicher Paare ein. Die Rechtsprechung des EGMR hat auch jene des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) mitbeeinflusst bzw den Startpunkt für eine Weiterentwicklung durch den VfGH gebildet.² Eine der Kernfragen ist nach wie vor jene nach einem Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Verrechtlichung bzw Institutionalisierung ihrer Lebensgemeinschaft – und zwar in Form der Ehe oder eines alternativen Partnerschaftsinstituts. Die Frage, ob nach der Rechtsprechung des EGMR solche Rechte bestehen, kann derzeit nicht mit einem klaren Ja oder Nein beantwortet werden.³

In der nachfolgenden Abhandlung soll der Stand der Rechtsprechung des EGMR erörtert und ein Ausblick auf die mögliche künftige Entwicklung gegeben werden. Den Ausgangspunkt dafür bilden die Urteile *Schalk und Kopf gegen Österreich* aus 2013⁴ und *Oliari gegen Italien* aus 2015.⁵ Im Zentrum standen dabei die Fragen, ob aus Art 12 (unten Punkt 2.1.) oder Art 14 iVm Art 8 EMRK (unten Punkt 2.2.) ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf *Eheschließung* ableitbar ist bzw ob aus Art 8 EMRK (unten Punkt 3.1.) bzw Art 14 iVm Art 8 EMRK (unten Punkt 3.2.) ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf *Begründung eines alternativen Partnerschaftsinstituts* folgt.

1 Der Autor dankt Melina Oswald für zahlreiche Diskussionen. Der Beitrag spiegelt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wider.

2 ZB VfSlg 19.824/2013 (Aufhebung von Bestimmungen, die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur verschiedengeschlechtlichen Paaren eröffneten); VfSlg 19.942/2014 (Aufhebung von Bestimmungen, die die gemeinsame Adoption des Kindes von Dritten durch eingetragene Partner ausschlossen).

3 In Österreich stellt sich die Frage nach einem Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf ein alternatives Partnerschaftsinstitut seit der Erlassung des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft, BGBl I Nr 135/2009, nicht mehr. Der VfGH verneinte bislang ein Recht auf Eheschließung (zuletzt VfSlg 19.682/2012).

4 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*.

5 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*.

2. Recht auf Eheschließung?

2.1. Art 12 EMRK

In *Schalk und Kopf gegen Österreich* ging der EGMR erstmals ausführlich auf die Frage ein, ob Art 12 EMRK ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung normiert, und verneinte dies im Ergebnis mit Verweis auf eine noch nicht ausreichend weit fortgeschrittene Entwicklung in den Staaten des Europarates.

Dabei ist es zunächst wenig überraschend, dass nach Ansicht des EGMR eine *systematische* Interpretation des Art 12 EMRK, verstanden in seinem *historischen Kontext*, eher gegen die Annahme eines Rechtes gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung spricht.⁶ Aus der Normierung auch eines Rechts auf Familiengründung in Art 12 EMRK sei interpretativ nichts zu gewinnen.⁷

Dennoch bemerkte er im Sinne einer *dynamisch-evolutiven* Interpretation des Art 12 EMRK und unter Einbeziehung des Rechtes, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen gemäß Art 9 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC), dass das Recht auf Eheschließung nach Art 12 EMRK nicht länger unter allen Umständen auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt sein müsse; es könne somit nicht gesagt werden, dass Art 12 EMRK auf die Beschwerde nicht anwendbar sei.⁸ Im Ergebnis bejahte der EGMR ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung offenbar nur deshalb nicht, weil im Urteilszeitpunkt diesbezüglich kein europäischer Konsens bestand, die nationalen Rechtsordnungen also entsprechende Rechte nicht mehrheitlich vorsahen.⁹ Aus dem Urteil ist daher eine *grundsätzliche* Bereitschaft des EGMR zu einer Interpretation des Art 12 EMRK in Richtung einer „Öffnung der Ehe“ für gleichgeschlechtliche Paare abzuleiten.¹⁰

Diese Wendung in der Begründung des Urteils ist bemerkenswert, hatte der EGMR doch davor festgehalten, dass Art 12 EMRK, in seinem systematischen und historischen Kontext verstanden, in die Richtung der Normierung eines Rechtes nur verschiedengeschlechtlicher Paare deute.¹¹ Zwar misst der EGMR allgemein einer dynamisch-evolutiven Interpretation der EMRK einen hohen Stellenwert bei.¹² Er betont aber auch, dass es ihm verwehrt sei, aus der Konvention Rechte abzuleiten, die nicht schon von

6 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 55.

7 Der EGMR nimmt seit längerem an, dass die Gründung einer Familie keine Voraussetzung für das Recht auf Eheschließung ist und die Unfähigkeit eines Paares, ein Kind zu bekommen oder großzuziehen, dieses Recht nicht per se beseitigt (zB EGMR 11.7.2002, 28957/97, *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*, Z 98). Art 12 EMRK enthält insofern zwei verschiedene Garantien (vgl *Pätzold in Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) Art 12 Rn 16), sodass aus dem Recht auf Familiengründung nichts für das Recht auf Eheschließung abgeleitet werden kann.

8 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 57ff.

9 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 58, 61f.

10 Vgl *Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie. Bemerkungen zu EGMR 24.6.2010, Appl Nr 30141/04, *Schalk und Kopf gg Österreich*, iFamZ 2010, 246.

11 Vgl nochmals EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 55.

12 Vgl allgemein etwa EGMR 25.4.1978, 5856/72, *Tyler/Vereinigtes Königreich*, Z 31; EGMR 29.4.2014, 33637/02, *Ternovskis/Lettland*, Z 49; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights (2014) 8ff.

Beginn an in dieser enthalten waren.¹³ Ob eine bestimmte Auslegung noch von der Konvention gedeckt ist oder schon eine Entwicklung zusätzlicher Rechte darstellt, kann zwar bei offener formulierten Konventionsrechten strittiger sein.¹⁴ Die Grenzen des Art 12 EMRK sind aber durch dessen Wortlaut wesentlich konkreter gezogen als jene verschiedener anderer Konventionsrechte, etwa des Art 8 EMRK.

Eine dynamisch-evolutive Interpretation könnte sich nur auf den vom EGMR erwähnten Umstand stützen, dass der Wortlaut des Art 12 EMRK für sich betrachtet das Recht auf Eheschließung nicht zwingend auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt.¹⁵ Tatsächlich lässt die Pluralform in Art 12 EMRK („Men and women [...] have the right to marry“; analog in der französischen Sprachfassung) für sich betrachtet die Deutung zu, dass schlicht Männer und Frauen ein Recht auf Eheschließung haben – ohne dass damit eine Aussage über das Geschlecht der Ehepartnerin/des Ehepartners getroffen würde.

Das interpretative Gewicht des vom EGMR ebenfalls herangezogenen Art 9 EGRC ist hingegen als moderat zu beurteilen:¹⁶ Zwar könnte der EGRC als einer nach dem Abschluss der EMRK entstandenen Staatenpraxis bzw einer zwischen den Staaten bestehenden Regelung grundsätzlich interpretatorische Relevanz zukommen.¹⁷ Bei der Interpretation des Art 12 EMRK kann es daher eine gewisse Rolle spielen, dass Art 9 EGRC im Grundsatz die Einschränkung des Rechtes auf Eheschließung auf verschiedengeschlechtliche Paare bewusst aufgibt.¹⁸ Art 9 EGRC überlässt die nationale Ausgestaltung des Rechtes auf Eheschließung – einschließlich einer „Öffnung“ der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare – aber ausdrücklich den Mitgliedsstaaten.¹⁹ Eine ausführlichere Begründung des Urteils wäre daher wünschenswert gewesen.²⁰

Freilich kam der EGMR in *Schalk und Kopf* ohnehin nicht zum Ergebnis, dass ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung bereits besteht: es gebe keinen Konsens zwischen den Staaten und der EGMR dürfe es nicht überstürzen, seine eigene Beurteilung über jene der nationalen Entscheidungsträger zu stellen.²¹ Mit Verweis auf *Schalk und Kopf* verneinte der EGMR auch in seiner späteren Judikatur noch das Bestehen eines solchen Rechtes.²² Bleibt aber der EGMR bei der eingeschlagenen Linie,

13 ZB EGMR 18.12.1986, 9697/82, *Johnston ua/Irland*, Z 53.

14 Vgl *Harris/O'Boyle/Warbrick* 8ff.

15 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 55.

16 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 60f; kritisch dazu das Sondervotum der Richter *Malinverni und Kovler*.

17 Vgl *Sorell/Boré Eveno* in *Corten/Klein*, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (2011) Art 31 Rn 45; *Schabas*, *The European Convention on Human Rights* (2015), 37ff; *Benke*, *iFamZ* 2010, 247 (FN 50).

18 Vgl die Erläuterungen zu Art 9 EGRC, *ABl C* 2007/303, 21.

19 Vgl die Erläuterungen zu Art 9 EGRC, *ABl C* 2007/303, 21.

20 Vgl auch *Benke*, *iFamZ* 2010, 247f.

21 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 58 und 61f.

22 Siehe zB EGMR 16.7.2014, 37359/09, *Hämäläinen/Finland*, Z 96.

wird konsequenterweise ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung anzunehmen sein, sobald ein europäischer Konsens in dieser Frage entstanden ist.

2.2. Art 14 EMRK

Die Beschwerdeführer *Schalk und Kopf* thematisierten auch, ob die Verweigerung der Eheschließung für gleichgeschlechtliche Paare eine Diskriminierung in Bezug auf das Recht auf Privat- und Familienleben darstellt (Art 14 iVm Art 8 EMRK).

In diesem Zusammenhang bejaht der EGMR zwar, dass gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften sowohl unter den Begriff des *Privatlebens* in Art 8 EMRK als auch unter jenen des *Familienlebens* fallen.²³ Gleichgeschlechtliche Paare seien überdies ebenso wie verschiedengeschlechtliche Paare in der Lage, stabile und verbindliche Lebensgemeinschaften zu begründen und damit in einer relativ ähnlichen Situation, was ihr Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und Schutz ihrer Beziehung angehe.²⁴

Der EGMR verneinte aber das Vorliegen einer konventionswidrigen Diskriminierung: Die EMRK sei als Ganzes zu lesen und die einzelnen Konventionsrechte weitestgehend miteinander in Einklang zu bringen. Da Art 12 EMRK kein Recht auf Eheschließung normiere, könne ein solches Recht auch nicht aus Art 14 EMRK (iVm Art 8 EMRK) abgeleitet werden, da letztere Bestimmung(en) einen weiteren Zweck und Anwendungsbereich habe(n).²⁵ In einem späteren Urteil „wiederholte“ der EGMR unter Verweis auf *Schalk und Kopf*, dass Art 12 EMRK eine „*lex specialis*“ für das Recht auf Eheschließung“ darstelle.²⁶

Nimmt man den EGMR beim Wort, bedeutet dies, dass sämtliche Fragen hinsichtlich eines Rechts auf Eheschließung allein nach Art 12 EMRK zu beurteilen sind und dass ein solches Recht nicht aus einem anderen Konventionsrecht, etwa Art 14 EMRK, abgeleitet werden kann.²⁷ Tatsächlich stellt sich die Frage, ob durch die Beschränkung des Rechtes auf Eheschließung auf verschiedengeschlechtliche Paare in Art 12 EMRK eine „Bevorzugung“ letzterer in der Konvention angelegt ist und insofern aus systematischen Gründen keine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare angenommen werden kann, wenn diesen die Eheschließung verweigert wird. Jedenfalls bestehen vor dem Hintergrund der Ausführungen des EGMR in *Schalk und Kopf* keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass er eine „Öffnung der Ehe“ auf das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK stützen wird.

23 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 90-95.

24 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 99.

25 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 101.

26 Vgl EGMR 16.7.2014, 37359/09, *Hämäläinen/Finnland*, Z 96; so auch *Pätzold in Karpenstein/Mayer*, EMRK² Art 12 Rn 1.

27 Dazu kritisch *Benke*, iFamZ 2010, 254.

3. Recht auf ein alternatives Partnerschaftsinstitut

3.1. Art 8 EMRK

Auch die Frage, ob die Konvention ein Recht auf eine rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften enthält, wurde an den EGMR herangetragen. Dies beurteilte der EGMR in *Oliari gegen Italien* zunächst nach Art 8 EMRK und stellte eine Verletzung dieses Konventionsrechtes fest, da keine ausreichende Anerkennungsmöglichkeit gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften nach der italienischen Rechtsordnung bestand.

Dabei wiederholte der EGMR zunächst die schon in früheren Urteilen getroffene Aussage, dass gleichgeschlechtliche ebenso wie verschiedengeschlechtliche Paare in der Lage seien, stabile und verbindliche Lebensgemeinschaften einzugehen, und daher auch ein ähnliches Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und Schutz ihrer Lebensgemeinschaft hätten.²⁸

Sodann setzte sich der EGMR – in einem der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgelagerten Schritt – mit jenen Kriterien auseinander, die er in seiner früheren Rechtsprechung zur Prüfung des Vorliegens einer positiven Verpflichtung entwickelt hatte. Zu diesen Kriterien zählen die (Un-)Stimmigkeit zwischen der sozialen Wirklichkeit und der Rechtsordnung im betreffenden Staat, die (In-)Kohärenz der Rechts- und Verwaltungspraxis, und die Auswirkungen der behaupteten positiven Verpflichtung auf den belangten Staat, wobei in die Beurteilung miteinzubeziehen ist, ob die Verpflichtung eng und präzise oder weit und unbestimmt ist, und in welchem Umfang die Verpflichtung dem Staat eine Belastung auferlegen würde.²⁹ Angewendet auf die konkrete Situation in Italien befand der EGMR zunächst, dass der rechtliche Schutz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften inhaltlich unzureichend sowie von unsicheren Faktoren (wie etwa einer ungewissen gerichtlichen oder behördlichen Anerkennung) abhängig sei und die Rechts- und Verwaltungspraxis daher inkohärent sei. Zudem bestehe eine Unstimmigkeit zwischen der sozialen Wirklichkeit, nämlich dem Bestehen gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, und der Rechtsordnung, die deren rechtliche Anerkennung nicht ermögliche. Die Anerkennung bzw der rechtliche Schutz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften würde auch keine besonderen Belastungen für den Staat bewirken.³⁰

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung befand der EGMR sodann, dass zwar bei sensiblen moralischen oder ethischen Fragen ein weiterer Gestaltungsspielraum der Staaten bestehe. Bei der in Rede stehenden Frage handle es sich aber nicht um bestimmte ergänzende, innerstaatlich möglicherweise tatsächlich sehr strittige Rechte gleichgeschlechtlicher Lebensgefährten, sondern um die Kernfrage der rechtlichen An-

28 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 165.

29 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 161 mwN.

30 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 172-174.

erkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften an sich. Von einer gewissen Bedeutung sei auch, dass eine dünne Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarates eine rechtliche Anerkennung bereits ermögliche und es auch global eine rasche Entwicklung in diese Richtung gebe. Auch sei ein Bedarf nach einer rechtlichen Anerkennung wiederholt von den italienischen Höchstgerichten anerkannt worden, worauf aber die Gesetzgebung nicht reagiert habe. Italien habe somit seinen Gestaltungsspielraum überschritten.³¹

Die Begründung des EGMR ist zwar im Ergebnis zu begrüßen; der EGMR hätte aber klarer ausführen können, ob die Feststellung der Konventionsverletzung nur der besonderen, in Italien vorliegenden Situation geschuldet war oder ob vielmehr aus dem Urteil folgt, dass die Konvention die Staaten allgemein zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften verpflichtet.

Möglicherweise ist die von den Richtern *Mahoney*, *Tsotsoria* und *Vehabović* im Sondervotum vertretene Ansicht zutreffend, dass die spezifische, von besonderer Rechtsunsicherheit und einer Untätigkeit der Gesetzgebung geprägte Situation in Italien bestimmend für das Urteil des EGMR war.³² Insbesondere der Umstand, dass die italienische Regierung keine Gründe für die gesetzgeberische Untätigkeit vorgebracht hatte,³³ und die positive Einstellung der italienischen Bevölkerung gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren und deren rechtlichen Bedürfnissen³⁴ stellten Besonderheiten des konkreten Falles dar. Die aktuelle europäische Entwicklung hin zu einer Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare wurde vom EGMR hingegen zwar thematisiert, aber nicht besonders in den Vordergrund gerückt.³⁵ Vieles deutet daher darauf hin, dass sich die Feststellung der Konventionsverletzung auf die besonderen Umstände des Falles sowie die spezifische Situation in Italien stützte.

Das Urteil enthält aber durchaus Aussagen, die nicht der spezifischen innerstaatlichen Situation geschuldet sind und insofern verallgemeinerbar erscheinen. Bereits aus der Auseinandersetzung des EGMR mit den von ihm entwickelten Kriterien zur Prüfung des Vorliegens einer positiven Verpflichtung³⁶ ist zu schließen, dass das Vorliegen einer Unstimmigkeit zwischen der sozialen Wirklichkeit (nämlich der Existenz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften) und der Rechtsordnung schon alleine aus dem Grund zu bejahen sein wird, dass keine Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften besteht. Die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare wird zudem wohl für keinen Staat eine besondere (materielle) Belastung bedeuten. Auch wird diese Anerkennung in jedem Staat einem wichti-

31 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 175-185.

32 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 183f; Vgl Punkt 11 des Sondervotums.

33 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 176, 185.

34 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 181f.

35 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 178.

36 Vgl oben bei FN 29f.

gen sozialen Bedürfnis einer nicht zu vernachlässigenden Zahl von Menschen dienen.³⁷ Angesichts dieser Umstände wird an einer solchen Anerkennung wohl stets ein besonderes Interesse bestehen, wie es der EGMR in seinem Urteil in Bezug auf Italien annahm.³⁸ Die *grundsätzlichen* Voraussetzungen für die Annahme einer positiven Verpflichtung zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare werden daher wohl in jedem Staat gegeben sein.

Auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw Prüfung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den Allgemein- und individuellen Interessen in *Oliari gegen Italien* lässt Rückschlüsse auf die zukünftige Beurteilung dieser Frage durch den EGMR zu.

So hielt der EGMR zunächst fest, dass der belangte Staat keine im Allgemeininteresse liegenden Gründe vorgebracht habe, die einen Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von einer rechtlichen Anerkennung rechtfertigen würden. Dies erscheint lediglich auf den ersten Blick ein Aspekt des konkreten Falles zu sein, stellt sich doch allgemein die Frage, ob stichhaltige und gewichtige Gründe für eine Nicht-Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften jemals bestehen können.³⁹ Der Schutz der sogenannten „traditionellen Familie“ wurde vom EGMR – im Rahmen von Art 14-Prüfungen – als mögliche Begründung für eine Differenzierung zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁰ Im Ergebnis gestand der EGMR den Staaten aber selten zu, dass die jeweils in Frage stehende Ungleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen Paaren tatsächlich notwendig war, um die „traditionelle Familie“ zu schützen, wobei es sich freilich jeweils um Fälle eines engen Gestaltungsspielraumes der Staaten handelte, da Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung in Frage standen.⁴¹ Hat sich der nationale Gestaltungsspielraum aufgrund der Rechtsentwicklungen in den Staaten aber in Bezug auf die Verrechtlichung der Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Paare erst einmal eingengt, wird der EGMR vermutlich auch bei Art 8-Prüfungen die von den Staaten vorgebrachten Gründe und deren Gewicht genauer prüfen. Dass die Staaten überzeugende Gründe für einen Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von jeglicher rechtlichen Anerkennung vorlegen können, ist schwer vorstellbar, ist doch nicht ersichtlich, wie die Einräumung solcher Rechte eine „Bedrohung“ für die „traditionelle Familie“ darstellen könnte. Als Rechtfertigungsansatz verbleibt daher wohl nur ein Verweis auf den staatlichen Gestaltungsspielraum – auf den sich der belangte Staat in *Oliari*

37 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 173.

38 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 174.

39 Zwar untersucht der EGMR idR nicht detailliert die vom belangten Staat vorgebrachten Gründe für sein Handeln bzw Unterlassen. Das Gewicht dieser Gründe ist allerdings bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant (vgl *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2003) 347ff; *Grabewarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (2012) 128).

40 Vgl zB EGMR 13.6.1979, 6833/74, *Marckx/Belgien*, Z 40.

41 Vgl noch EGMR 10.5.2001, 56501/00, *Mata Estevez/Spanien*; später aber EGMR 24.7.2003, 40016/98, *Karner/Österreich*, Z 41; 2.3.2010, 13102/02, *Kozak/Polen*, Z 98ff; 19.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*, Z 138ff; 7.11.2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Z 84ff.

gegen *Italien* auch vorrangig berief, und dem sich der EGMR in einem nächsten Schritt zuwendete.

Der EGMR unterschied bezüglich der Reichweite des staatlichen Gestaltungsspielraumes zwischen der *rechtlichen Anerkennung* gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften einerseits, und deren *näheren Ausgestaltung* andererseits (zu denken wäre hier wohl etwa an Adoption,⁴² medizinisch unterstützte Fortpflanzung⁴³ oder das Namensrecht⁴⁴). Nur hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft, nicht aber hinsichtlich der rechtlichen Anerkennung an sich, haben die Staaten nach Ansicht des EGMR einen erweiterten Gestaltungsspielraum.⁴⁵ Bleibt der EGMR bei dieser Differenzierung, wird er wohl auch in zukünftigen Fällen annehmen, dass sich die Staaten hinsichtlich des Rechts gleichgeschlechtlicher Paare auf Institutionalisierung ihrer Lebensgemeinschaft als Kernaspekt nicht auf einen erweiterten nationalen Gestaltungsspielraum berufen können.

Dies wird in Zukunft umso mehr gelten, als die – vom EGMR in *Oliari gegen Italien* noch lediglich als zusätzlichen Aspekt behandelte⁴⁶ – europäische und internationale Entwicklung hin zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare fortschreiten wird. Auf eine entsprechende politische Entwicklung auf der Ebene des Europarates hat der EGMR bereits wiederholt hingewiesen.⁴⁷

Bleibt der EGMR bei seiner in *Oliari und Italien* angelegten Auffassung, ist daher die Annahme eines allgemeinen Rechts gleichgeschlechtlicher Paare auf eine rechtliche Anerkennung ihrer Lebensgemeinschaft durch den EGMR zu erwarten.

3.2. Art 14 EMRK

Weiters stellte sich in der Judikatur die Frage, ob Art 14 EMRK (iVm Art 8 EMRK) gleichgeschlechtlichen Paaren ein Recht auf Institutionalisierung ihrer Lebensgemeinschaften vermittelt.

Diese Frage war für den EGMR einerseits – in *Vallianatos ua gegen Griechenland* – dort zu bejahen, wo ein Staat eine alternative Partnerschaftsform geschaffen hatte, diese aber nur verschieden-, nicht hingegen gleichgeschlechtlichen Paaren zur Verfügung stellte.⁴⁸ Eine solche – auf sexueller Orientierung beruhende – Ungleichbehandlung verlange gewichtige Rechtfertigungsgründe und könne nicht ohne weiteres unter Berufung auf den Schutz der „traditionellen Familie“ gerechtfertigt werden.⁴⁹ Der EGMR führte auch

42 Für Österreich vgl zuletzt VfSlg 19.942/2014.

43 Für Österreich vgl zuletzt VfSlg 19.824/2014.

44 Für Österreich vgl zuletzt VfSlg 19.623/2013.

45 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 177.

46 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 178.

47 EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 57 ff, 166; EGMR 7.11.2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Z 27ff.

48 EGMR 7.11.2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Z 36ff.

49 EGMR 7.11.2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Z 84ff.

aus, dass gleichgeschlechtliche Paare ein besonderes Interesse an einem Zugang zur in Frage stehenden Partnerschaftsform hätten, da es für sie die einzige Möglichkeit der Institutionalisierung ihrer Partnerschaft sei.⁵⁰

In *Schalk und Kopf* prüfte der EGMR auch, ob aus Art 14 iVm Art 8 EMRK ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf eine alternative rechtliche Anerkennung abgeleitet werden kann.⁵¹ Da allerdings Österreich in der Zeit zwischen Beschwerdeerhebung und Urteilsfällung mit der eingetragenen Partnerschaft eine solche Anerkennungsform geschaffen hatte, stellte sich nur mehr die Frage, ob diese Anerkennungsform nicht schon früher hätte ermöglicht werden müssen.⁵² Dies verneinte der EGMR mit Hinweis auf den diesbezüglich noch nicht bestehenden europäischen Konsens; es bestehe daher ein nationaler Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich der Frage des Zeitpunktes der Einführung einer solchen Institutionalisierung. Innerhalb dieses zeitlichen Gestaltungsspielraumes habe sich Österreich auch bewegt.⁵³ Auf die vorgebrachte Diskriminierung aufgrund bestimmter Unterschiede zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft erwiderte der EGMR, dass die Staaten die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten dürften und dass diese im Übrigen einen gewissen Gestaltungsspielraum hinsichtlich des genauen Status hätten, der durch eine alternative Anerkennungsform eingeräumt wird.⁵⁴

4. Schlussfolgerung und Ausblick

Mit *Vallianatos ua gegen Griechenland*, *Schalk und Kopf gegen Österreich* sowie *Oliari gegen Italien* leitete der EGMR eine Rechtsprechungsentwicklung ein, die, sofern der EGMR sie konsequent fortführt, in ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung bzw auf eine alternative Anerkennung ihrer Lebensgemeinschaft münden wird. Weitere Beschwerden zum Recht auf Eheschließung sind bereits beim EGMR anhängig.⁵⁵

Die Frage der Anerkennung ist aber nur der generelle Aspekt der Institutionalisierung des Zusammenlebens gleichgeschlechtlicher Paare. Darüber hinaus stellt sich die Frage der Ausgestaltung einer solchen Institutionalisierung, insbesondere in Bereichen, die nach nationalem Recht üblicherweise (verheirateten) verschiedengeschlechtlichen Paa-

50 EGMR 7.11.2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Z 90.

51 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 102ff.

52 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 103f.

53 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 105f.

54 EGMR 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Z 107ff. Vgl auch EGMR 14.3.2012, 25951/07, *Gas und Dubois/Frankreich*, und EGMR 19.2.2013, 19010/07, *X ua/Österreich*, wo der EGMR nicht nur seine Feststellungen aus *Schalk und Kopf* wiederholte, sondern zusätzlich aussprach, dass Art 12 EMRK einen besonderen Status einräume.

55 EGMR, 40183/07, *Chapin und Charpentier/Frankreich* (Eheschließung eines gleichgeschlechtlichen Paares, die später von den Gerichten für ungültig erklärt wurde); 26431/12, *Orlandi ua/Italien* (Weigerung der nationalen Behörden, im Ausland geschlossene Ehen gleichgeschlechtlicher Paare anzuerkennen).

ren vorbehalten sind (zB Adoption, medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder gemeinsame Namensführung).

Verpflichtungen der Staaten, soziale bzw rechtliche Bedürfnisse gleichgeschlechtlicher Paare anzuerkennen und diesen ein breites Spektrum entsprechender Möglichkeiten einzuräumen, können insbesondere aus Art 8 EMRK folgen; hier ist freilich vorerst von einem größeren nationalen Gestaltungsspielraum auszugehen.⁵⁶ Die Entwicklung in vielen Staaten geht aber in Richtung einer immer weitreichenderen rechtlichen Anerkennung der Bedürfnisse gleichgeschlechtlicher Paare und einer Gleichstellung mit verschiedengeschlechtlichen Paaren. Dies wird im Ergebnis zu einer Reduktion des nationalen Gestaltungsspielraumes und letzten Endes wohl dazu führen, dass gleichgeschlechtliche Paare nach der Konvention dieselben Rechte haben, wie sie verschiedengeschlechtlichen Paaren zukommen.

Selbst wenn sich hinsichtlich der Frage eines Rechts auf Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare nach Art 12 EMRK – entgegen der mit *Schalk und Kopf* begonnenen Judikatur – eine restriktivere Sichtweise durchsetzen sollte, könnte längerfristig eine wohl zu erwartende schrittweise Ausweitung der Rechte gleichgeschlechtlicher Paare bewirken, dass sich die Ehe von alternativen Formen der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare nur mehr durch die Bezeichnung unterscheidet.

Dr. Dominik Haider, LL.M., Referent im Kabinett des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie, zuvor im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst; dominik.haider@bmvit.gv.at

56 Vgl EGMR 21.7.2015, 18766/11 und 36030/11, *Oliari/Italien*, Z 177.

... und wer ist die „Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden“?

Überlegungen zur gesellschaftlichen Inklusion von Sexarbeiter_innen¹

Nora Eberharter²

1. Die Ausgangslage der Überlegungen

Im Jahr 2012 ging der OGH in seiner Entscheidung 3 Ob 45/12g³ vom Sittenwidrigkeitsverdict in Bezug auf Sexarbeit ab; seit dieser Entscheidung gilt die Vereinbarung von „sexuellen/erotischen Dienstleistungen gegen Geld“ nicht mehr als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Ausgegangen war diese Festschreibung der Sittenwidrigkeit von einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1989.⁴

Seither ist gesetzlich nicht viel passiert, das Thema Sexarbeit ist allerdings immer präsent im gesellschaftlichen Diskurs.⁵ Sexarbeit polarisiert, berührt, emotionalisiert. Bilder von Sexarbeit, die nicht immer die Komplexität der Realität umfassen (wie auch?) und die doch schnell einen normativen Anspruch bekommen, prägen den Diskurs. Und genau dieser Anspruch (oder ist es eher ein Bedürfnis?) ist mE eine der zentralen Schwierigkeiten – sowohl in einem gesamtgesellschaftlichen Diskurs als auch in Hinblick auf rechtliche Regelungen zu Sexarbeit. Alle Realitäten, die nicht diesen Bildern entsprechen, dürfen in der Folge nicht sein. Und um einer Verunsicherung (ob der Komplexität) zu entgehen, wird Berichten von diesen Realitäten kurzerhand jegliche Legitimation entzogen.⁶ Genau diese Mechanismen sind am Werk, wenn politisch aktiven, selbstorganisierten Sexarbeiter_innen vorgeworfen wird, sie würden nicht die gesamte Bandbreite der Branche repräsentieren, und noch mehr, sie würden Lebensrealitäten negieren

1 Der folgende Text ist eine überarbeitete Fassung eines Teils meiner Diplomarbeit: *Eberharter, Sitten, Sex und Sanktionen. Von der sittenwidrigen Prostitution zur reglementierten Sexarbeit?* (2015).

2 Ich halte es speziell bei diesem Thema für unabdingbar die eigene Position, aus der heraus man spricht, kurz zu umreißen. Denn Sexarbeiter_innen selbst kommen mE im aktuellen Diskurs nur viel zu selten zu Wort und viel zu selten werden sie als Expert_innen wahrgenommen. Dem „Über-sie-Sprechen“ könnte zumindest damit begegnet werden, dass die eigene Position kurz reflektiert wird. Ich selbst spreche aus einer juristisch-wissenschaftlichen Position, ohne die Lebensrealität der Sexarbeit aus eigener Erfahrung zu kennen.

3 OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.

4 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

5 Siehe zB *Zeit Online* www.zeit.de/thema/prostituierte (25.4.2016).

6 In diese Richtung gehend zB *Initiative Stoppsexkauf*, Positionspapier, www.stoppsexkauf.at/ueber-uns/positionspapier-der-initiative-stoppsexkauf/ (25.4.2016); *European Women's Lobby*, 18 Mythen über Prostitution, www.stoppsexkauf.at/ssk/wp-content/uploads/2015/11/18-Mythen-ueber-Prostitution.pdf (25.4.2016).

oder verdecken.⁷ Politisch aktive, selbstbewusste Sexarbeiter_innen passen nicht zu den Bildern, die in den Köpfen vieler Menschen vorhanden sind, und wohl doch in großem Ausmaß von Bildern der Zwangsprostitution geprägt werden.

Woher kommt dieses Wir, das Sexarbeiter_innen ausschließt? Wer ist dieses Wir und auf welchen verschiedenen Ebenen wird es bemüht? Im folgenden Beitrag möchte ich aufzeigen, wie sehr die Idee eines ausschließenden Wir in Entscheidungen des OGH zu finden ist – und zwar sowohl 1989 als auch 2012. Darauf folgend werde ich einen kurzen Blick auf einen beispielhaften Beitrag aus der Lehre werfen, um aufzuzeigen, wie auch hier ein Wir und auf der Gegenseite eine Gefahr von außen angenommen wird. Abschließen werde ich mit kurzen Überlegungen zu Konsequenzen zum ausschließenden Wir anhand von Entscheidungen von Verwaltungsbehörden.

2. Der OGH und das konstruierte Wir einer „Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden“

Im Jahr 1989 hat der OGH die Sittenwidrigkeit des „Prostitutionsvertrags“ festgeschrieben; knapp 25 Jahre später gelangt er durch einen neuerlichen Anlassfall zu einer rechtlichen Neubewertung. Der „Prostitutionsvertrag“ ist nun nicht mehr als sittenwidrig zu qualifizieren. Die Argumentationsweise des Gerichts entwickelte sich weiter: 1989 wird in der Argumentation des OGH der Schutz der Freier_innen in den Mittelpunkt gestellt, der Schutz der Sexarbeiter_innen aber mit keinem Wort erwähnt. 2012 urteilt der OGH, dass eine Nichtigkeitssanktion die Position der Sexarbeiter_innen nur schwächt und Freier_innen keines weitergehenden Schutzes bedürfen.⁸ Zentral geht es in allen Entscheidungen des OGH zur Sittenwidrigkeit des „Prostitutionsvertrags“ um die Frage, wer von der Rechtsordnung in welchem Ausmaß geschützt wird.

Das lange Zeit aufrechterhaltene Sittenwidrigkeitsverdikt bedeutete einerseits eine Verwehrung von Rechtsschutz für Sexarbeiter_innen und andererseits eine Verunmöglichung anderer/weiterer gesetzlicher Regelungen.⁹ Der Anlassfall, der 1989 zu einer Beschäftigung des OGH mit der Frage nach der Sittenwidrigkeit des „Prostitutionsvertrags“ führte, spielte sich zwischen dem Kunden eines Saunabetriebs (dessen Angebot auch sexuelle Dienstleistungen umfasste) und dem Besitzer desselben ab. Der Kunde konnte seine Schulden aus Getränkekonsumation und Inanspruchnahme sexueller Dienstleistungen nicht mehr bezahlen und wurde daraufhin vom Saunabetreiber geklagt. Im Ergebnis entschied der OGH, dass der Vertrag über die sexuellen Dienstleistungen sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB sei und dementsprechend eine Bezahlung der in Anspruch genommenen Leistungen nicht einklagbar war.

7 Siehe dazu zB den Dokumentarfilm „Sexarbeiterin“ von *Sobo Swobodnik*, in dem die Protagonistin *Lena Morgenroth* in einer Szene über diese Vorwürfe spricht.

8 Über den in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB normierten Schutz hinaus.

9 Insb von Interesse sind hier arbeits- und sozialrechtliche Neuregelungen.

Mit *Weitzenböck*¹⁰ soll im Folgenden kurz auf die einzelnen Argumente des OGH in der Entscheidung aus dem Jahr 1989 eingegangen werden. Darin beschäftigt sich der OGH zum ersten Mal explizit mit der Frage nach der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zwischen Sexarbeiter_in und Freier_in, und zeichnet dabei eindeutige Bilder: Es würden häufig „der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen“¹¹ ausgenutzt.¹² Daneben sei insgesamt im Bereich der Prostitution „die Gefahr der Ausnützung schutzwürdiger Personen“¹³ besonders groß, wobei offensichtlich Kund_innen von Sexarbeiter_innen als die „schutzwürdigen Personen“ identifiziert werden. Der OGH führt in seiner Entscheidung verschiedene Normen an, aus denen er erste Wertungsgesichtspunkte für seine Argumentationslinie zu ziehen versucht. Dabei betont er, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale in concreto nicht erfüllt sein müssen, und doch soll – offenbar auf dem Weg der Analogie – die dort vorgesehene Rechtsfolge eintreten: nämlich Nichtigkeit.

Bei der Analogie zu § 865 ABGB¹⁴ kritisiert *Weitzenböck*, dass durch diese Bestimmung nach hL zwar Volltrunkene geschützt werden,¹⁵ nicht herauszulesen sei jedoch ein Schutz für Personen, die „potentiell [...] in der Gefahr sind, sich zu betrinken.“¹⁶ Es sei „methodisch nicht einwandfrei, die Regelung des § 865 ABGB im Umweg über die Sittenwidrigkeit ausdehnen zu wollen.“¹⁷ Auch § 879 Abs 2 Z 4 ABGB¹⁸ zieht der OGH heran, um sein Sittenwidrigkeitsverdict zu stützen. Es reicht ihm auch hier wieder die potenzielle Gefahr des Ausnützens von potenziell vorliegenden Umständen. Auf das zweite Tatbestandsmerkmal, nämlich ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, geht er nicht weiter ein. So setzt er es wohl als entweder immer (zugunsten der_des Prostituierten) gegeben voraus oder hält es als Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit für verzichtbar. *Weitzenböck* wirft diesbezüglich die Frage auf, wie der daraus resultierende Vorteil für Freier_innen, die über die Voraussetzungen des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB geschützt werden, sinnvoll argumentiert werden kann. Auch das Argument, dass im Prostitutionsmilieu die Gefahr einer Verletzung von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB groß sei, kann nicht als Basis für die Nichtigkeitsfolge bestehen, müssten doch sonst auch andere Verträge¹⁹ – noch vor einer Überprüfung der Anwendbarkeit des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB – als sittenwidrig beurteilt werden. Auch die Möglichkeit einer

10 *Weitzenböck*, Die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt, JAP 1990, 14 ff.

11 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

12 Wobei mit „Personen“ Freier_innen gemeint sind.

13 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

14 Fähigkeiten, die Personen besitzen müssen, um einen gültigen Vertrag schließen zu können.

15 Diese haben zumindest vorübergehend nicht den Gebrauch ihrer Vernunft.

16 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

17 *Weitzenböck*, JAP 1990, Anzahl.

18 Ein besonderes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, entstanden durch Ausnützung einer nachteiligen Lage der einen Vertragspartei.

19 *Weitzenböck* führt als Bsp Privatkreditverträge von Versandhäusern an. *Weitzenböck*, JAP 1990, Anzahl.

Analogie zu § 1271 ABGB²⁰ wird diskutiert. Diese Bestimmung enthält zwar die Möglichkeit der Rechtsordnung, Verträge, die sie für per se „bedenklich“ hält, mit „geringerer Durchsetzungskraft auszustatten“. ²¹ Ein Grund, warum dies bei der Vereinbarung zwischen Prostituierten und Freier_innen zur Anwendung kommen sollte, ist jedoch aus der Norm nicht ersichtlich. Glücks- und Wettverträge werden va deswegen als bedenklich eingestuft, weil der Zufall eine maßgebliche Rolle für die Leistungsverpflichtung spielt. Bei der Vereinbarung zwischen der_dem Prostituierten und der_dem Freier_in gibt es jedoch eine klare Festsetzung der jeweiligen Leistungspflicht. Darüber hinaus ist, so *Weitzenböck*, § 1271 ABGB eine Ausnahmeregelung für einen bestimmten Vertragstypus, weshalb eine Analogie besonders zu begründen wäre. ²²

Somit ist *Weitzenböck* folgend eine Analogie über die §§ 865, 879 Abs 2 Z 4 und 1271 ABGB nicht zulässig. Im vorliegenden Fall hätte es eine Überprüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB geben müssen. Eine „Bewertung des Geschlechtsverkehrs“ ²³ scheine der OGH aber meiden zu wollen. Der OGH legt seiner Argumentation verschiedene Prämissen zugrunde: ua Gefährdung von familienrechtlichen Institutionen, Unsittlichkeit des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes. Sittenwidrigkeit liegt laut OGH auch deswegen vor, weil die Inanspruchnahme der Dienstleistung einer_s Prostituierten häufig Ehebruch aufseiten des_der Freiers_in konstituieren. Doch ist der Vertragszweck einer Vereinbarung zwischen Prostituiertem_m und Freier_in keineswegs der Ehebruch. Dieser kann höchstens eine Folge davon darstellen oder in Kauf genommen werden. Nicht jeder Vertrag, der durch seine Erfüllung die Möglichkeit bietet, Ehebruch zu begehen, kann wohl als nichtig angesehen werden. ²⁴ Das Argument der generellen Unsittlichkeit von außerehelichem Geschlechtsverkehr ist hier rechtlich nicht relevant; so auch das darauf aufbauende Argument, dass die_der Prostituierte „durch das Entgelt zu etwas seiner Natur nach Unsittlichem verführt“ werde. Dementsprechend kann auch das Entgelt für einen „juristisch wertneutralen Vorgang [...] nicht etwas Sittenwidriges darstellen“. ²⁵

Weiters begründet der OGH die Sittenwidrigkeit mit dem Persönlichkeitsschutz des_der Prostituierten. Durch Prostitution würden Menschen zu Objekten degradiert und ihrer Würde beraubt. Der OGH nimmt dabei Bezug auf eine E des BGH, in der dieser die Meinung vertritt, Prostituierte können auf ihre durch Art 1 Abs 1 Bonner Grundgesetz²⁶ gewährleistete Menschenwürde nicht verzichten. Auch wenn die österreichische Verfassung eine solche Bestimmung nicht enthält, „nimmt auch der OGH nun einen unverzichtbaren Anspruch des Staates dem Einzelnen gegenüber auf die Aufrechterhaltung der

20 Glücksverträge.

21 *Weitzenböck*, JAP 1990, Anzahl.

22 Ebd.

23 Ebd.

24 ZB Zimmervermietung, Urlaubsreisen („Sextourismus“) etc.

25 *Weitzenböck*, JAP 1990, Anzahl.

26 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, dBGBI 1949/1 idF dBGBI I 2014/2438.

menschlichen Würde an“.²⁷ Damit jedoch kommt es zur Gewährung des Schutzes der_ des Prostituierten vor sich selbst. Eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Integrität kann nur von außen passieren – durch den Schutz vor sich selbst kommt man, so *Weitzenböck*, zu „einem Ergebnis, das den wirklichen Interessen des einzelnen entgegenläuft“.²⁸ Prostitution an sich hat aus Sicht des OGH im Jahr 1989 in einer sittlichen Gesellschaft keinen Platz. Es scheint als ächte die Gemeinschaft aller „billig und gerecht Denkenden“²⁹ Prostitution und müsse vor dem Einfluss des Unsittlichen geschützt werden. Der OGH konstruiert so ein Wir, das von außen bedroht wird. Damit wird klar, dass Prostituierte nicht Teil des Wir sind, dass sie die Gefahr von außen darstellen. Dieses Wir, nämlich die „Gemeinschaft aller billig und gerecht Denkenden“³⁰, kann den Schutz der Rechtsordnung für sich in Anspruch nehmen. Freier_innen sind Teil des Wir, für sie gilt dementsprechend der Schutz der Gesetze. In der Entscheidung werden Bilder von schutz- und hilflosen jungen Männern, die von Prostituierten ausgenutzt werden, entworfen. Diesen schutz- und hilflosen Männern will der OGH mit dem sich angeblich aus dem Geist der Rechtsordnung ergebenden Sittenwidrigkeitsverdikt zur Seite stehen.³¹ 1989 argumentiert der OGH also klar über den Sittlichkeitsaspekt: Prostitution als äußere Gefahr für eine sittliche Gesellschaft.

3. Wer sich an Gesetze hält, ist Teil des Wir?

Im Jahr 1993³² beschäftigt sich der OGH mit einem Fall, bei dem eine Sexarbeiterin wettbewerbsrechtlichen Schutz einfordert. Sie selbst war in einem Bordell tätig und klagte eine andere Sexarbeiterin, die auf der Straße gleich neben dem Bordell arbeitete. Sie bzw der Bordellbetreiber warfen der zweiten Sexarbeiterin einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Schutzvorschriften vor. Explizit führt der erkennende Senat aus, dass allein entscheidend sei, dass Sexarbeit eine gesetzlich erlaubte (und in vielen Bereichen reglementierte) Tätigkeit sei. Es komme hier nicht darauf an, ob Sexarbeit an sich als sittenwidrig zu qualifizieren sei. So hätte die Sittenwidrigkeit der Vereinbarungen zwischen der Klägerin und ihren Kund_innen keine Auswirkung auf die Gewährung wettbewerbsrechtlichen Schutzes. Das Berufungsgericht hatte die Klägerin (zu Beginn des Verfahrens neben dem Bordellbetreiber Zweitklägerin) nämlich als nicht schutzwürdig erachtet, würde sie doch einer Tätigkeit nachgehen, die von der Rechtsordnung in keiner Weise gefördert oder gutgeheißen werde. Der OGH sieht jene Schutzwürdigkeit aber sehr wohl als gegeben an.

27 *Weitzenböck*, JAP 1990, Anzahl.

28 Ebd.

29 OGH 28.6.1989, 3 Ob 516/89.

30 Ebd.

31 Für ein kurzes Kommentar zur sexistischen Komponente dieser E siehe *Stuefer/Einwallner*, Sexarbeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, juridikum 2007, 100.

32 OGH 21.9.1993 4 Ob 78/93.

Interessant ist, dass in der Logik des OGH zwischen „gesetzstreu“ und gesetzeswidrig handelnden Sexarbeiter_innen klar unterschieden wird: Wer sich an die Gesetze hält, darf demnach deren Schutz für sich einfordern. Das bedeutet hier: Die Klägerin arbeitet, wie gesetzlich erlaubt, in einem Bordell und kann daher wettbewerbsrechtliche Schutzvorschriften gegen andere Sexarbeiter_innen, die gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften verstoßen, durchsetzen. Durch diese Entscheidung bekommen zumindest bestimmte Sexarbeiter_innen die Möglichkeit, sich als „gesetzstreu Prostituierte“ zu verhalten – für diese eine (tw) Inklusion in das schützenswerte Wir.

4. Eine Öffnung des Wir durch den Fall der Sittenwidrigkeit?

Im Jahr 2012 beschäftigte sich der OGH zum ersten Mal seit 1989 wieder explizit mit der Frage nach der Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung zwischen Sexarbeiter_in und Freier_in. Der OGH gelangt darin zu einer Neubewertung und geht von der bisherigen Rsp ab. Zentrale Gründe dafür sind ein vom OGH konstatiertes Wandel der gesellschaftlichen Moralvorstellungen und der Schutz von Sexarbeiter_innen. Der OGH macht in seinen Ausführungen deutlich, dass er ein Schutzbedürfnis und eine Schutzwürdigkeit auf Seiten der Sexarbeiter_innen wahrnimmt. Durch die Nichtigkeitssanktion werde, so der OGH, die Position der Sexarbeiter_innen lediglich geschwächt und in keiner Weise gestärkt. Ganz anders als in den Ausführungen 1989 ist für den OGH mittlerweile ein über § 879 Abs 2 Z 4 ABGB hinausgehendes Schutzbedürfnis der Freier_innen nicht mehr erkennbar. Prostitution wird offenbar nicht mehr als Gefahr von „außen“ gesehen, sondern es scheint eine Integration in ein Wir, das den Schutz der Gesetze beanspruchen kann, stattzufinden.³³

So mag es auf den ersten Blick scheinen, als wäre das konstruierte Wir, das von außen sittlich bedroht wird, aufgegeben worden. Der OGH sieht in sexuellen Dienstleistungen seit 2012 offenbar keine Gefahr mehr für eine sittliche Gesellschaft. Blickt man sich jedoch ein wenig um – in Beiträgen aus der Lehre, in länderspezifischen Verwaltungsgesetzen etc –, so wird schnell ersichtlich, dass die Grundlogik einer Gefahr von außen sehr wohl noch präsent ist. Es wird nur nicht mehr über eine sittliche Gefahr argumentiert, sondern mittlerweile primär über eine gesundheitliche.

4.1. Wer ist für sexuell übertragbare Krankheiten verantwortlich?

In einer Besprechung der genannten Entscheidung aus dem Jahr 2012 wirft *Schoditsch* die Frage nach einer Haftung von Sexarbeiter_innen für Körperverletzungen auf.³⁴ Dabei sei insb an Krankheiten zu denken, die durch sexuelle Kontakte übertragen werden,

33 Der Fall der Sittenwidrigkeit macht auch erst weiterführende arbeits- und sozialrechtliche Regelungen möglich.

34 *Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse, ÖJZ 2013, 57.

wie etwa HIV, Hepatitis oder Tripper. Wenn ein_e Prostituierte_r gewerbsmäßig und nicht als Arbeitnehmer_in in einem Bordell arbeiten würde, so würde sie_er wohl unter den Unternehmer_innenbegriff des § 1 Abs 2 KSchG fallen. Dementsprechend wäre gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein Haftungsausschluss für Körperverletzungen iSd §§ 1325 ff ABGB selbst bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Damit wäre die_der Prostituierte für die angesprochenen Körperverletzungen, also insb für alle Folgen dieser Geschlechtskrankheiten, voll haftbar. *Schoditsch* gibt allerdings zu bedenken, dass man – in Anbetracht der Tatsache, dass der_die Freier_in wohl typischerweise freiwillig und in vollem Bewusstsein potenzieller Gefahren Geschlechtsverkehr hat – von einem Fall des „Handels auf eigene Gefahr“³⁵ ausgehen könne: „Konsequenterweise müsste daraus viel eher ein Haftungsausschluss der Prostituierten für diese ‚quasi betriebstypischen‘ Gefahren folgen als ihre Haftung.“³⁶ Bei grob fahrlässigem Verhalten, *Schoditsch* denkt dabei etwa „an den Fall, dass die verwaltungsrechtlich vorgeschriebenen Kontrolluntersuchungen unterlassen werden“,³⁷ wäre die Frage anders zu beurteilen. Hier würde für den Autor vieles für eine Haftung für Körperverletzungen sprechen.

In seinen Ausführungen lässt *Schoditsch* jedoch mE einige wichtige Punkte außer Acht. Die Gefahr von Ansteckung mit sexuell übertragbaren Krankheiten ist im Bereich sexueller Dienstleistungen eine nicht zu unterschätzende. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Gefahr allein von Seiten der Sexarbeiter_innen ausgeht. Bezugnehmend auf die Ausführungen zu einem konstruierten „Wir“, stellt sich bei solchen Überlegungen doch die Frage, inwieweit Sexarbeiter_innen wirklich nicht mehr als „Gefahr von außen“ begriffen werden. Die Gefahr ist mittlerweile zwar keine sittliche mehr, aber ganz ähnlich wie bei der Entscheidung aus dem Jahr 1989 werden Sexarbeiter_innen auch hier klar als Gefahrenquelle identifiziert. Die Kund_innenseite hingegen wird wieder eindeutig als die zu schützende gesehen.

Wenn *Schoditsch* eine Ansteckung als „quasi betriebstypische Gefahr“ bezeichnet, dann scheint er vorauszusetzen, dass Sexarbeiter_innen Geschlechtskrankheiten haben. Weiters scheint er davon auszugehen, dass ein Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten nicht möglich sei. Eine durchaus praktikable Variante, eine von welcher Seite auch immer ausgehende Ansteckung zu vermeiden, sind Kondome. Freier_innen müssen die „quasi betriebstypische“ Gefahr nicht in Kauf nehmen, wenn sie sich (und den_die Sexarbeiter_in) durch Präservative schützen.

Schoditsch spricht auch die verwaltungsrechtlich verpflichtenden Untersuchungen an.³⁸ Ein großer Kritikpunkt an diesen Untersuchungen ist, dass damit ungeschützter Geschlechtsverkehr unterstützt wird, weil Freier_innen eine Ansteckung nicht fürchten

35 Ebd.

36 Ebd.

37 Ebd.

38 Ebd.

müssen. Dabei wird aber eine gefährliche Prämisse unterstützt: Nur Sexarbeiter_innen tragen sexuell übertragbare Krankheiten in sich.

Es stellt sich auch bei den rechtlichen Vorschriften ganz klar die Frage: Wer soll hier geschützt werden? Mit Argumentationen wie bei *Schoditsch* wird letztendlich sichtbar, wie sehr Sexarbeiter_innen nach wie vor als Gefahrenquelle (für die Gesellschaft) verstanden werden.

4.2. Ausweisungen von Unionsbürger_innen aufgrund von Gefahren für die öffentliche Gesundheit

Deutlich wird die Logik, dass Sexarbeiter_innen eine „Gefahr von außen“ seien, auch durch Aufenthaltsverbote gem § 67 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz (FPG).³⁹ Bis Ende des Jahres 2015 mussten sich Sexarbeiter_innen einer wöchentlichen Gesundheitsuntersuchung unterziehen, um das Freisein von sexuell übertragbaren Geschlechtskrankheiten bestätigt zu bekommen.⁴⁰ Die Untersuchungen wurden in einen Ausweis, den sog Deckel, eingetragen. Konnte bei einer polizeilichen Überprüfung entweder gar kein oder kein vollständiger Ausweis vorgelegt werden, so wurden Verwaltungsstrafen in meist empfindlicher Höhe verhängt. Seit Anfang 2016 müssen die Untersuchungen auf das Freisein von Geschlechtskrankheiten in einem Abstand von sechs Wochen durchgeführt werden.⁴¹

Im Herbst/Winter 2015 wurden in Tirol Aufenthaltsverbote über mehrere in der Sexarbeit tätige Frauen aus EU-Ländern verhängt, mit der Argumentation, sie stellten eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit dar.⁴² § 67 Abs 1 FPG erlaubt es in Ausnahmefällen, ein Aufenthaltsverbot gegenüber eigentlich aufenthaltsberechtigten EU-Bürger_innen auszusprechen; und zwar dann, wenn „auf Grund ihres persönlichen Verhaltens die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet ist.“ Weiters besagt die Bestimmung, dass die Gefahr, die von der Person ausgeht, ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren muss. In den Entscheidungen der Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl⁴³ wurde als Grund für das Aufenthaltsverbot eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit angeführt. Die öffentliche Gesundheit wird dabei als ein Grundinteresse der Gesellschaft identifiziert. Grund für die Argumentation einer Gefährdung derselben sind unterlassene Gesundheitsuntersuchungen von Seiten der beiden betroffenen Frauen. Auch hier werden Sexarbeiter_innen als Bedrohung für unsere Gesellschaft identifiziert –

39 Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2015/121.

40 Verordnung des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz über die gesundheitliche Überwachung von Personen, die der Prostitution nachgehen, BGBl 1974/314 idF BGBl 1993/591.

41 Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit über gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen, BGBl II 2015/198.

42 Auf den rassistischen Aspekt dieser Entscheidungen kann im Rahmen dieses Beitrags leider nicht weiter eingegangen werden.

43 Diese liegen der Autorin in zwei Fällen vor.

nicht als eine sittliche Bedrohung, sondern als eine gesundheitliche. Als Prämisse funktioniert auch hier, dass die primäre Ansteckungsgefahr bei Geschlechtskrankheiten von Sexarbeiter_innen ausgeht.

5. Abschließend

Sexarbeiter_innen sind nicht die anderen, sind nicht die von da draußen. Auf allen Ebenen – rechtlich, politisch, sozial-gesellschaftlich – sollte endlich die Möglichkeit geschaffen werden, sexuelle Dienstleistungen anzubieten, ohne deshalb aufhören zu müssen, Teil dieser Gesellschaft zu sein. Dafür braucht es kluge und sensible gesetzliche Rahmenbedingungen, in denen das allgemeine Anliegen der Gesellschaft zum Ausdruck kommen sollte, dass Arbeit wertgeschätzt wird, Menschen unter sicheren Bedingungen arbeiten können und sozialen Stigmatisierungen entgegengewirkt wird. Auslöser dieser Regelung sollte hingegen nicht sein, dass Sexarbeit als Gefahr von außen möglichst gut reglementiert, unter Kontrolle gebracht und in die Unsichtbarkeit gedrängt werden soll.

Mag.^a Nora Eberharter lebt und arbeitet in Innsbruck; nora.eberharter@gmail.com

Antisemitismus vor Gericht

Kritische Anmerkungen zum Fall *Elsässer gegen Ditfurth*

Christian Berger / Paul Hahnenkamp

„Wenn es keinen Juden gäbe, der Antisemit würde ihn erfinden.“¹

1. Einleitung

Der Titel dieses Textes ist unscharf, in gewisser Weise sogar unzutreffend, aber eine starke Metapher – und sich mit der Wirkmacht von Metaphern auseinanderzusetzen, ist schließlich unvermeidlich, wenn man sich mit modernen Formen des Antisemitismus beschäftigt. Im Mittelpunkt eines jeden Gerichtsprozesses stehen zunächst weder theoretische Abhandlungen oder Abwägungen, noch die Historiographie selbst, sondern konkrete Personen mit ihren Hoffnungen und Erwartungen an das Recht sowie ihren individuellen Eigenschaften, Lebensumständen und Weltanschauungen.²

Im deutschen Fall *Elsässer gegen Ditfurth* geht es daher zunächst um die Person *Jürgen Elsässer*, einen früheren Berufsschullehrer, Kommunisten und Journalisten, der mit seiner Zeitschrift *Compact*, seinen Verlagen *Compact* und *Kai Homilius* und digitalen Medienkanälen enge Verbindungen zu den neuen antisemitischen, rassistischen und rechtsextremen Bewegungen in Deutschland unterhält.³ 2014 stieg die Zahl antisemitischer Agitationen, welche in neuen organisatorischen Formen aufgingen (Montagsquerfront, Mahnwachen für den Frieden, Pegida, Hogesa usw).⁴ *Elsässer* wird als Teil des rechtspopulistischen Netzwerks und insb derjenigen Fraktion erachtet, die eng mit antisemitischen, homophoben, antifeministischen und sog eurasischen Ideolog_innen kooperiert.⁵ *Elsässers* Zielgruppe ist, wie er oft betont, das „Volk“,⁶ 2009 organisierte er die „Volksinitiative gegen das internationale Finanzkapital“, die vom

1 *Sartre*, Betrachtungen zur Judenfrage: Psychoanalyse des Antisemitismus (1948) 10.

2 *Arendt*, Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen (1964/2011) 54.

3 *Storz*, „Querfront“ – Karriere eines politisch-publizistischen Netzwerks (2015) 10, www.otto-brenner-shop.de/uploads/tx_mplightshop/API8_Storz_2015_10_19.pdf (18.4.2016).

4 *bpb*, Dossier „Rechtsextremismus“, www.bpb.de/politik/extremismus/rechtsextremismus/210325/verschwoerungstheorien (5.12.2015); *Brunns/Glösel/Strobl*, Die Identitären: Handbuch zur Jugendbewegung der Neuen Rechten in Europa (2014); *Geiges/Marg/Walter*, Pegida: Die schmutzige Seite der Zivilgesellschaft (2015); *Storz*, Querfront.

5 *Ditfurth*, „Darf man in Deutschland Antisemiten noch Antisemiten nennen?“, www.jutta-ditfurth.de/dl/dl.pdf?download=sind-Antisemiten-in-Deutschland-noch-Antisemiten-20150219.pdf (9.4.2016).

6 *Elsässer*, „Jeder anständige Deutsche hat die Pflicht, der Kriegshetze zu widerstehen“, www.compact-online.de/demonstration-auf-dem-alex (9.4.2016).

stellvertretenden Vorsitzenden der NPD, *Holger Apfel*, begrüßt wurde.⁷ Auf seinem Blog schrieb er zu dieser programmatisch: „Unsere Volksinitiative organisiert den Bruch mit der political correctness, den Widerstand gegen das internationale Finanzkapital und seine Kriegsbrandstifter in Washington, London und Jerusalem.“⁸

Jutta Ditfurth ist Soziologin, Publizistin und politische Aktivistin. Im Jahr 1980 gründete sie die deutschen Grünen mit, trat 1991 aus der Partei aus und war im selben Jahr an der Gründung der Ökologischen Linken beteiligt. Sie forscht und schreibt seit vielen Jahren über den modernen Antisemitismus und neue „völkische“ Bewegungen.⁹ Um die neuen antisemitischen Bewegungen zu analysieren, wurde sie am 16. April 2014 in der 3sat-Sendung „Kulturzeit“ interviewt.¹⁰ Sie benannte zentrale Organisator_innen und Ideolog_innen wie *Ken Jebsen* und *Lars Märholz* und bezeichnete *Elsässer* als „glühenden Antisemiten“.

Elsässer erwirkte daraufhin eine einstweilige Verfügung gegen *Ditfurth* auf Unterlassung, ihn weiter als „glühenden Antisemiten“ zu bezeichnen.¹¹ Nachdem *Ditfurth* gegen diese erfolgreich Widerspruch erhoben hatte, brachte *Elsässer* eine zivilrechtliche Klage auf Unterlassung gegen sie beim LG München I ein.¹² Er behauptete, durch *Ditfurths* öffentliche Bezeichnung, die eine „substanzarme unwahre Tatsachenbehauptung“ darstelle, in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt zu sein und machte einen Anspruch auf Unterlassung nach §§ 1004 analog, 823 Abs 1 Bürgerliches Gesetzbuch geltend.¹³ Vertreten wurde *Elsässer* von *Michael Hubertus von Sprenger*, dem ehemaligen Anwalt des bekannten britischen Holocaust-Leugners *David Irving*.¹⁴ *Ditfurth* verlor diesen Prozess, es wurde eine Persönlichkeitsrechtsverletzung *Elsässers* durch *Ditfurths* Meinungsäußerung festgestellt, woraufhin sie Berufung beim OLG München einbrachte.¹⁵

Zwischen erster und zweiter Instanz erklärten die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für beendet: In einer Teilerledigterklärung kamen sie darin überein, dass *Ditfurth* in Zukunft *Elsässers* Aussagen und Aktivitäten als antisemitisch charakterisieren darf, aber auf das Beiwort „glühend“ verzichtet.¹⁶ Das OLG hatte im Berufungs-

7 NPD, Presseaussendung vom 9.1.2009, www.npd-fraktion-sachsen.de/2009/01/09/eisbrecher-einer-antiglobalistischen-gerechtigkeitsbewegung (8.4.2016).

8 *Elsässer*, „Brecht die Diktatur der politisch Korrekten!“, www.juergensaesser.wordpress.com/2009/03/07/brecht-die-diktatur-der-politisch-korrekten (9.4.2016).

9 *Ditfurth*, Kurzbiographie, www.jutta-ditfurth.de/allgemein/kbiografiejd.htm (9.4.2016).

10 3sat, Kulturzeit vom 16.4.2014, www.youtube.com/watch?v=2g6DDiOE9kc (8.4.2016).

11 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 7.

12 Diese Auswahl des Gerichtsstands kann durchaus als *forum shopping* bezeichnet werden, denn medienrechtliche Klagen können nach dt Zivilprozessrecht überall dort eingebracht werden, wo die vermeintlich unerlaubte Handlung begangen wurde. Für Veröffentlichungen läuft diese „Begehung“ mit dem „Bekanntwerden“ des Medieninhalts gleich, womit sich der die Kläger_in den Gerichtsstand faktisch aussuchen kann („fliegender Gerichtsstand“, § 32 dZPO).

13 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 7, 11.

14 *Sowa*, „Die Querachse des Antisemitismus“, www.jungle-world.com/artikel/2014/42/50731.html (8.4.2016).

15 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 11.

16 OLG München 28.7.2015, Az 18 U 169/15 Pre, 2, 10; OLG München 28.9.2015, Az 18 U 169/15 Pre, 3f.

verfahren insofern darüber zu urteilen, inwieweit der Unterlassungsanspruch *Elsässers* bis zu dieser Einigung zulässig war, die inhaltlichen Prämissen des Rechtsstreits blieben daher dieselben. Der Pressesenat des OLG München hat *Ditfurths* Berufung – ohne mündliche Verhandlung – einstimmig mit Beschluss vom 28. September 2015, dem ein entsprechender Hinweisbeschluss vom 28. Juli 2015 vorausgegangen ist, abgelehnt. Der Fall ist mittlerweile am deutschen BVerfG in Karlsruhe anhängig, wo *Ditfurth* Verfassungsbeschwerde eingelegt hat. Ein anderes Rechtsmittel steht ihr nämlich nicht mehr offen, da das OLG eine Revision an den deutschen BGH nicht zugelassen hat.¹⁷ Im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens definierte die zuständige Münchner Richterin Antisemitismus in der einzigen mündlichen Verhandlung neu: „Ein glühender Antisemit in Deutschland ist jemand, der mit Überzeugung sich antisemitisch äußert, mit einer Überzeugung, die das Dritte Reich nicht verurteilt und ist nicht losgelöst von 1933-45 zu betrachten vor dem Hintergrund der Geschichte.“¹⁸ Folgt man dieser Logik, dann gibt es in Deutschland keine Antisemit_innen links von Hitler,¹⁹ denn selbst deklarierte Nazis vermeiden es, öffentlich Hitler, das „Dritte Reich“ und die NSDAP zu loben oder die Shoah zu leugnen. Wie kommt es zu so einem absurd engen Antisemitismusbegriff? Diese juristische Zurichtung und Bagatellisierung des Spektrums rezenter antisemitischer Artikulationsformen offenbart nicht nur den peinlichen Mangel an historischer Kenntnis und auffallende Ignoranz gegenüber Erkenntnissen der Antisemitismusforschung, sondern auch Defizite in der Jurist_innenausbildung. Im Prozess *Elsässer gegen Ditfurth* geht es im Kern darum, was im deutschen Rechtsdiskurs überhaupt (noch) als antisemitisch begriffen werden kann. Das Phänomen Antisemitismus wurde von *Theodor W. Adorno* treffend „Gerücht über die Juden“²⁰ genannt, weil es durch die Diskursmerkmale am Leben gehalten wird, die mittels Spekulationen, Verleumdungen und unbedachten kognitiv-kommunikativen Mustern durch die Zeit transportiert werden.²¹ Rezente Antisemitismen sind in gewisser Weise privatisiert, im Öffentlichen zeigen sie sich nur eruptiv und subtil – und va mit Verweis auf die freie Rede.²²

2. (Anti-)Moderne Judenfeindschaft

Entscheidend für den Ausgang des Rechtsstreits zwischen *Elsässer* und *Ditfurth* ist, ob die Gerichte *Ditfurths* Aussage als eine unwahre Tatsachenbehauptung oder gar Be-

17 Vgl § 543 Abs 1 Nr 1 dZPO.

18 *Broder*, „So schafft man den Antisemitismus juristisch ab“, www.welt.de/kultur/article133303492/So-schafft-man-den-Antisemitismus-juristisch-ab.html (8.11.2015). Im schriftlichen Urteil findet sich diese Definition in abgewandelter Form, aber in der Substanz beibehalten wieder, LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 12ff.

19 *Publikative*, „Keine ‚glühenden Antisemiten‘ links von Hitler?“, www.publikative.org/2014/10/10/keine-antisemiten-links-von-hitler/ (9.4.2016).

20 *Adorno*, *Minima Moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben* (1951/1980) 123.

21 *Schwarz-Friesel/Reinharz*, *Die Sprache der Judenfeindschaft im 21. Jahrhundert* (2013) 43.

22 *Gorelik*, „Man wird doch noch mal sagen dürfen...“: Antisemitismus in Hoch- und Populärkultur, APuZ 28-30/2014, 3f.

leidigung qualifizieren oder den Vorwurf des „glühenden Antisemitismus“ nachvollziehen. Um Rechtsextremismus zu erkennen und vorzubeugen, verweist die Rechtspraxis zwar auf die einschlägigen Tatbestände und Rsp, auf lange Sicht ist sie jedoch ua auf die moderne Antisemitismusforschung angewiesen.²³ Bereits im bahnbrechenden Beitrag von *Adorno/Horkheimer* aus dem Jahr 1969 markierten diese den Antisemitismus als „Ritual der Zivilisation“, das durch die Dialektik der Aufklärung im 19. Jhd zum Konzept jener wird, die die Umwälzungen der Modernisierung nicht verkräften oder wahrhaben wollen.²⁴ Die industriellen Revolutionen und die damit verbundenen gesellschaftlichen Implikationen begründeten eine neue Form des Antisemitismus, der Teil und konstitutives Element einer antiliberalen Weltanschauung wurde. „Jude“ stellt als Referenzobjekt für Diskriminierung und Hass dabei eher ein Abstraktum dar, auf das alles Negative projiziert werden kann, ohne in Konflikt mit der eigenen Position und Realität zu geraten.²⁵

Das Betonen des scheinbar „Fremden“ jüdischer Bürger_innen wurde schließlich durch sozialdarwinistische und eugenische Konzepte zu fundieren versucht.²⁶ Gegen Ende des 19. Jhd stand der offene Antisemitismus für ein Weltbild, das weder von Liberalismus noch von Sozialismus, Kapitalismus, Demokratie oder gar Emanzipation etwas wissen wollte.²⁷ Antisemitismus ist aber nicht nur ein historisches, sondern gegenwärtiges Phänomen.²⁸ Er ist Bestandteil einer antiliberalen, meist nationalistischen, rassistischen und/oder sexistischen Kritik an den sich ständig wandelnden Verhältnissen der (Post-)Moderne. Antisemitische Gruppen adaptieren ihre Feindbilder je nach politischer und wirtschaftlicher Lage: Finanzierten die „Juden“ in den 1930er Jahren angeblich den Bolschewismus, werden sie heute für die Auswüchse und Zerstörungen durch den Neoliberalismus verantwortlich gemacht. Trotz aller Umbrüche unserer Zeit bleibt jene konzeptuelle Funktion von Jüd_innen bestehen: sie werden zum „Bösen“ verklärt. Zudem stellt obsessiver Antisemitismus keine Eigenheit von Extremist_innen, Neonazis oder Unterprivilegierten dar, sondern ist auch ein Phänomen der Gebildeten, Feinfühlenden, (vermeintlich) Kritisch-Reflektierten.²⁹

3. Selbstverleugnung als Verteidigungsstrategie

Elsässer gegen Ditfurth bildet diesen Wandel ab und wird daher zu einer wichtigen Entscheidung in der juristischen Auseinandersetzung mit dem Antisemitismus in Deutschland. Aufgrund der bereits vorher skizzierten Prozessgeschichte lohnt es sich va die

23 Vgl ua *Ostendorf* (Hrsg), Rechtsextremismus: Eine Herausforderung für Strafrecht und Justiz (2009).

24 *Adorno/Horkheimer*, Dialektik der Aufklärung (1969/2006) 180f.

25 *Glucksmann*, Hass: Die Rückkehr einer elementaren Gewalt (2005) 98.

26 *Botsch*, Von der Judenfeindschaft zum Antisemitismus, APuZ 28-30/2014, 10 (14f).

27 *Volkov*, Antisemitismus als kultureller Code (2000) 23.

28 Vgl ua *Heitmeyer* (Hrsg), Deutsche Zustände: Folge 10 (2010).

29 *Glucksmann*, Hass 85; *Schwarz-Friesel* (Hrsg), Gebildeter Antisemitismus (2015).

Argumentation des Urteils erster Instanz zu analysieren, in dem das Gericht der Leugnung jeglicher antisemitischer Aktivitäten durch den Kläger folgte. *Ditfurths* Versuch, den Vorwurf des „glühenden Antisemiten“ durch *Elsässers* publizistisches Wirken sowie durch das Aufzeigen seiner Vernetzung mit ausgewiesenen rechtsextremen Personen zu untermauern, blieb vor Gericht erfolglos.

Einführend sei eine Aussage *Elsässers* von April 2014 auf der „Friedensdemo“ am Brandenburger Tor genannt, die *Ditfurth* als Beweis für seinen Antisemitismus zitiert: „[...] die internationale Finanzoligarchie, die die 99%, darunter Arbeiter, Arbeitslose, Elende und auch viele Unternehmen in ihrer Zinsschlinge erwürgt und erdrosselt [...] Wer gehört denn zu dieser Finanzoligarchie? Die Herren Rockefeller, Rothschild, Soros, Cholokowsk [sic], das englische Königshaus und das saudische Königshaus. Und warum soll es Antisemitismus sein, wenn man darüber spricht, wie diese winzig kleine Schicht von Geldaristokraten die Federal Reserve benutzen, um die ganze Welt ins Chaos zu stürzen“.³⁰

Neben der verwendeten Metapher der Zinsschlinge, die vom Gericht weitgehend ignoriert wird, von sensibilisierten Adressat_innen aber auch als Kontinuität zur „Zinsknechtschaft“ aus dem nationalsozialistischen Vokabular³¹ verstanden werden kann, implizieren va die Vorwürfe gegenüber der internationalen Finanzoligarchie einen antisemitischen Subtext. *Elsässer* nennt explizit vier Bankhäuser mit ursprünglich jüdischer Herkunft oder anderer jüdischer Konnotation, die laut ihm einen Gutteil der für alles Schlechte in der Welt Verantwortlichen stellen. Er präsentiert hier ein sehr vereinfachtes Narrativ für globale Ungerechtigkeiten – eine Vereinfachung gegenüber komplizierten sozialstrukturellen Prozessen, die Verschwörungstheorien immanent ist.³²

Das Erstgericht bedient sich bei der Analyse von *Elsässers* Aussagen einer strikten Wortlautinterpretation, die die Behauptungen als kritisch oder konspirativ, aber nicht als antisemitisch erscheinen lässt. So verweist es zB darauf, dass *Elsässers* Kritik an einer global tätigen Finanzbranche nicht antisemitisch zu verstehen sei, immerhin habe das saudische Königshaus keinerlei jüdische Konnotation.³³ Ob *Elsässer* bloß aus Verteidigungszwecken ein muslimisches Königshaus erwähnt, wird nicht hinterfragt. Solch isolierte Wortlautinterpretationen ermöglichen es Antisemit_innen, sich hinter dem liberalen Rechtsstaat zu verstecken. Es gehört zu ihren Vermeidungsstrategien, ostentative Selbstattributionen à la „Ich bin kein Antisemit!“ (so wie sie auch *Elsässer* in diesem Zitat betreibt) einzusetzen, die im Widerspruch zu den eigenen verschlüsselten antisemitischen Aussagen stehen.³⁴

30 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 5.

31 25-Punkte-Programm der NSDAP, 1920, www.web.archive.org/web/20140719024113/http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/nsdap25 (19.4.2016).

32 *bpb*, Dossier „Rechtsextremismus“, www.bpb.de/politik/extremismus/rechtsextremismus/210325/verschwörungstheorien (5.12.2015).

33 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 15.

34 *Schwarz-Friesel/Reinharz*, Judenfeindschaft 291ff.

Manifester Verbalantisemitismus ist weitgehend sozial geächtet und unterliegt (zumindest in Österreich und Deutschland) strafrechtlicher Sanktionierung. Im rechtsextremen Milieu sind daher sprachliche Äußerungen etabliert, die antisemitische Ressentiments nicht offen kommunizieren, sondern mittels Chiffren antisemitische Ideologie verbreiten – *Elsässer* bediente sich solcher „kommunikative[n] Vorsichtsmaßnahme[n]“³⁵. In populistischer Absicht nutzt er die emotionale Befangenheit von Bürger_innen gegenüber dem Finanzkapital, das er indirekt jüdisch konzipiert. Allzu eindeutige Aussagen könnten nämlich den Tatbestand „Volksverhetzung“ des § 130 dStGB erfüllen. Es ist daher folgerichtig gedacht, dass sich *Elsässer* vom (vulgären) Antisemitismus distanziert.

4. Die Legende von den „Ostküstenbankern“

Antisemitische sprachliche Äußerungen, über die judenfeindliche Denk- und Gefühlsstrukturen primär tradiert werden, können mit *Schwarz-Friesel* als verbale Realisierungen von Rassismus, Intoleranz und sprachlicher Diskriminierung verstanden werden.³⁶ Die geistig-konzeptuellen Stereotype, die teils unreflektiert, teils jedoch bewusst seit Jahrhunderten weitergegeben und so in der diskursiven Zirkulation gehalten werden, wurden zu einem „kulturellen und kommunikativen Code“.³⁷

Dass die Semantik von verbalen Antisemitismen oft nicht so leicht rezipiert werden kann, liegt an spezifischen Informationskomponenten, die sich auf zeitgenössische Geschehnisse beziehen (zB Nahostkonflikt oder Finanzkrise). Dadurch wird es schwierig, die antisemitischen Implikationen moderner Texte und Äußerungen als solche präzise zu erkennen. Erst die Kontextualisierung ermöglicht eine fundierte Analyse der einzelnen Aussagen im Rahmen dieser antiliberalen Weltanschauung, so, wie sie auch die Zuhörer_innen wahrnehmen. Und schließlich ist medienrechtlich das Verständnis des jeweiligen, unvoreingenommenen und verständigen Publikums entscheidend, nicht die Geisteswelt der Sprechenden.³⁸

Gleichzeitig werden judenfeindliche Stereotype in die konservativ-nationalistischen Erzählungen eingebettet und scheinbar wertneutral formuliert, die Antisemitismusforschung spricht methodisch von indirekten Sprechakten. Paraphrasen wie „Ostküstenbanker“, „amerikanische Finanzoligarchie“, „die FED ist schuld!“ und dgl stellen klare Referenzen zu stereotypen Bildern von Juden und Jüdinnen und vermeintlich jüdischen Institutionen dar. Dabei handelt es sich um fiktive Kategorien, um Feindbildkonstruktionen, die allerdings eine nahezu absolute, gruppenumfassende Verbindlichkeit besitzen, so zB bei der Gleichsetzung oder Vermischung von Jüd_innen mit Israel oder Zionismus und

35 *Schwarz-Friesel/Reinbarz*, Judenfeindschaft 37 Fn 9.

36 *Schwarz-Friesel*, Sprache und Emotion (2007) 327.

37 *Volkov*, Antisemitismus 29.

38 *Branahl*, Medienrecht (2009) 93.

den damit verbundenen Negativzuschreibungen.³⁹ Sprachproduzent_innen, die sich dieser Paraphrasen bedienen, setzen voraus, dass ihre Hörer_innen und Leser_innen diese Referenzen reflexartig erkennen bzw. entschlüsseln können.⁴⁰

Auch *Elsässer* erwähnte die „Ostküstenbanker“ öfters, er erzählt ua von den Angriffen der anglo-amerikanischen Finanzindustrie auf die Lebensgrundlagen der Menschheit mithilfe der EU-Institutionen und prophezeit im Zusammenhang mit der Finanzkrise, dass die deutschen Sparguthaben (seiner Schätzung nach 400 Billionen Euro) umgebucht werden: „Und es wird natürlich nicht bei den Griechen landen, sondern bei Goldman Sachs.“⁴¹

Elsässers Aussagen zur Beherrschung der Finanzwelt durch jüdische Banker setzen insofern das Narrativ vom geldgierigen und ausbeutenden „Ewigen Juden“ fort und stellen damit eine Kontinuität dieser Stereotype zu Pamphleten aus dem 19. und 20. Jhd. dar.⁴² Die verwendeten Sprachcodes rufen bei der Zielgruppe jene Assoziationen hervor, die sie aus der Meistererzählung kennen: Die Welt werde von einer neoliberalen und pluralistischen Bewegung unterjocht, es gelte als homogenes Volk zusammenzustehen. Verantwortlich dafür ist in dieser Logik der „Andere“, der „Jude“.

5. Ein Netz von „Friedenskämpfern“

Antisemitische Stereotype werden jedoch nicht bloß von Randfiguren wie *Elsässer* in die Öffentlichkeit transportiert. So singt etwa der deutsche Popsänger *Xavier Naidoo* in seiner Abrechnung mit dem Politik- und Finanzsystem der Bundesrepublik von „Baron Tothschild“, Schlagerstar *Christian Anders* offenbart seinen Hörer_innen die „Protokolle“, in denen jene sieben jüdischen Familien erwähnt werden, die laut ihm die Welt beherrschen.⁴³ Der rechtskonservative ungarische Premierminister *Viktor Orbán* sieht die Flüchtlingsbewegungen durch „große Geldmänner“ ausgelöst, die am treffendsten *George Soros* verkörpert, den auch *Elsässer* nennt.⁴⁴

Ein anderes zentrales Argument *Ditfurths* war daher schließlich die Vernetzung *Elsässers* im rechtsextremen Milieu mit Personen wie *Mährholz* oder *Jebsen*, die ua gemeinsam die „Montagsmahnwachen für den Frieden“⁴⁵ initiierten. Eine Studie der *Otto*

39 *Schwarz-Friesel*, Sprache 349f.

40 *Schwarz-Friesel/Reinharz*, Judenfeindschaft 34ff, 106.

41 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 5f.

42 *Schwarz-Friesel/Reinharz*, Judenfeindschaft 132f.

43 *Wittich*, „Rothschild, Zion, etc. Warum Gerichte oft den Antisemitismusvorwurf kassieren“, www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/23234 (8.1.2016).

44 *Mayer*, „Orbán profiliert sich als Verschwörungstheoretiker“, www.derstandard.at/2000024890401/Orban-profiliert-sich-als-Verschwoerungstheoretiker (8.1.2016).

45 Diese formierten sich ab dem Frühjahr 2014, ihr Charakter wird unterschiedlich bewertet: als Friedensbewegung, als Querfront, die rechts- und linkspopulistische Inhalte integriert oder als rechtsradikales Netzwerk. Die Teilnehmer_innen sind überwiegend jung und männlich, lehnen kommerzielle und öffentlich-rechtliche Medien ab, informieren und vernetzen sich über soziale Medien und positionieren sich anti-amerikanisch und verschwörungstheoretisch, antizionistisch-antisemitisch, autoritär, aber auch der Idee der Demokratie zugeneigt, *Storz*, Querfront 8, 23f.

Brenner Stiftung zeigt, dass diese und andere Personen aus der verschwörungstheoretischen und rechten Szene durch das von *Elsässer* mitherausgegebene nationalistische Magazin *Compact* sowie über den *Kopp Verlag* vernetzt sind.⁴⁶ Gemein ist ihnen laut Studie, dass sie die Ausgrenzung durch den medialen Mainstream für sich und ihre Anschauungen instrumentalisieren und damit versuchen, eine Gegenöffentlichkeit zu erzeugen. Eine Interaktion zwischen ihnen liege auf der Hand und so wurde *Elsässer* etwa auch häufiger Interviewpartner von *Jebsen*. Die Studie fasst die von diesem Netzwerk vertretenen Positionen mit Schlagwörtern wie „homogener Nationalstaat, tradierte Lebensweisen und eine rigide Abwendung von heutigen wirtschaftspolitischen, repräsentativ-parlamentarischen und liberalen Gesellschaftsentwürfen“⁴⁷ zusammen.

Sowohl *Mährholz* wie auch *Jebsens* Aktivitäten waren aufgrund des Vorbringens *Ditfurths* Gegenstand der erstinstanzlichen Verhandlung. So wurde folgende rhetorische Frage *Jebsens* an die Bundeskanzlerin analysiert: „Warum ist folgendes antisemitisch? Nationalzionisten haben Israel okkupiert wie Nazis '33 Deutschland okkupiert haben“. Das LG qualifizierte *Jebsen* als Antisemiten, sah aber darin keinen Grund, *Elsässer* wegen gelegentlicher Kooperation ebenfalls so einzuordnen. Ähnlich wurde in Bezug auf *Mährholz* und andere Mitstreiter_innen argumentiert.⁴⁸ Die Beurteilung von *Elsässers* Zusammenarbeit mit möglichen Antisemit_innen ist eine juristische Wertungsfrage, deren Beantwortung letztendlich nur das Gericht vornehmen kann. Trotzdem wird hier ein weiteres Mal deutlich, dass *Elsässers* Aussagen nur im Kontext seiner sonstigen Aktivitäten gedeutet werden können.

Die bereits erwähnte Parteeinigung nach dem Urteil des LG, dass *Ditfurth* in Zukunft *Elsässers* Aussagen und Aktivitäten ohne das Beiwort „glühend“ als antisemitisch charakterisieren darf, gibt der erstinstanzlichen Bewertung schließlich den symbolischen Todesstoß. Selbst *Elsässer* hat damit seine ursprüngliche Prozessstrategie aufgegeben, die antisemitische Qualifizierung seiner Person und Handlungen vollumfänglich abzuwehren.

6. Wann ist eine Aussage antisemitisch?

Die Fallgeschichte zeigt ein grundsätzliches Problem der Rechtspraxis: die Schwierigkeit, „das Politische mit Rechtsbegriffen einzufangen“.⁴⁹ Sowohl das Urteil des LG als auch der Beschluss des OLG wiesen gravierende Mängel in der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Begriff Antisemitismus auf. So bediente sich das LG zuerst einer Definition des *European Forum on Antisemitism*, nur um wenig später die skandalöse Gleichsetzung von nationalsozialistischer Ideologie und Antisemitismus

46 *Storz*, Querfront 10-14.

47 *Storz*, Querfront 28.

48 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 4, 14f.

49 *Arendt*, Hannah Arendt und Karl Jaspers, Briefwechsel 1926-1969 (1985) 452.

vorzubringen. An anderer Stelle im Urteil wurde die Judenfeindlichkeit wiederum nur auf die Religionszugehörigkeit reduziert.⁵⁰ Das OLG nutzte zur Definition des Begriffs das Duden-Fremdwörterbuch sowie den Brockhaus aus dem Jahr 1986.⁵¹ Welchen Aussagewert haben aber knapp 30 Jahre alte Wörter- und Sachbucheinträge zur heutigen Situation?

Dieser augenscheinliche Kritikpunkt führt jedoch zu einem tiefer sitzenden Problem, nämlich mangelnder Sensibilisierung von Jurist_innen für Macht- und Herrschaftsverhältnisse in der Sprache. Sprache drückt permanent Machtverhältnisse aus, „Hass spricht“⁵² und „Worte können töten“⁵³. Sprache ist „Handlung“; Handlung, die schaden kann und damit selbst zum Gewaltakt wird. Aussagen bloß nach deskriptiven Merkmalen zu untersuchen, verkennt diese Wirkmacht. Trotzdem dominiert dieser Zugang allzu oft den gerichtlichen Alltag.

Um den Blick der Rechtspraxis für antisemitische Sprachcodes zu schärfen und diese kontextgebunden zu analysieren, stellt die interdisziplinäre Antisemitismusforschung ein durchaus präzises Klassifikationsschema zur Verfügung, mit dessen Hilfe eine Entscheidung darüber, ob eine Äußerung als antisemitisch zu beurteilen ist, möglich wird:⁵⁴ Zuerst muss die antisemitische Äußerung von der sie tätigen Person als solche gewollt sein, damit diese sie rechtlich verantworten kann. Nicht sinnvoll ist allerdings ein subjektiver Maßstab, da implizite Sprechakte wie im Ausgangsfall eine Zurückweisung der Vorwürfe unter Berufung auf den „neutralen“ Wortgehalt ermöglichen. Vielmehr muss man sich objektiv fragen,

- ob eine antisemitische Konzeptualisierung in der Verbalisierung zum Ausdruck kommt;
- wo der Verbalantisemitismus geäußert wird, dh im privaten oder öffentlichen Raum, um zu bemessen, welches gesellschaftliche Wirkungspotential hinter der antisemitischen Äußerung steht;
- in welcher sprachlichen Form der Verbalantisemitismus realisiert wird: explizit oder implizit, und inwiefern die Rezipient_innen die Informationskomponenten der Äußerung überhaupt erschließen können, hier ist der Kontext des kollektiven Diskurswissens zu beachten.

Nach *Schwarz-Friesel* kann die Frage, ob eine Äußerung als antisemitisch zu charakterisieren ist, „unzweideutig mittels text- und diskursanalytischer sowie kognitionslinguistischer Kriterien“⁵⁵ beantwortet werden. In ihrem Privatgutachten im Rahmen des Prozesses vor dem OLG München für den Fall *Elsässer gegen Ditfurth*

50 LG München I 10.12.2014, Az 25 O 14197/14, 11ff, 16.

51 OLG München 7.8.2015, Az 18 U 169/15 Pre, 2.

52 *Butler*, Hass spricht: Zur Politik des Performativen (2006).

53 *Böll*, Sprache als Hort der Freiheit, in *Balzer* (Hrsg.), *Heinrich Böll Werke: Essayistische Schriften und Reden I* (1952-1963) (1978) 302f.

54 *Schwarz-Friesel*, Sprache 347-351; *Schwarz-Friesel/Reinharz*, Judenfeindschaft 50f.

55 *Schwarz-Friesel/Reinharz*, Judenfeindschaft 52.

kommt *Schwarz-Friesel* übrigens zu dem Schluss, dass *Elsässers* Äußerungen „alle wesentlichen und typischen Kennzeichen des modernen Verbal-Antisemitismus in der Variante der Umweg-Kommunikation“⁵⁶ enthalten.

Die fehlende Sensibilisierung für Machtverhältnisse kann jedoch nicht allein mit einem angepassten Prüfungsschema überwunden werden. Um Antisemitismus, aber auch anderen Phänomenen struktureller Diskriminierung rechtlich – in Theorie und Praxis – adäquat zu begegnen, bedarf es uE zunächst einer juristischen Ausbildung, die sich nicht in einem dogmatischen, anwendungsorientierten Training erschöpft.⁵⁷ Der Rechtsrealismus, aber auch andere, eher rechtssoziologisch, feministische und transdisziplinäre Ansätze betonen, dass der soziale und kulturelle Kontext eines Falles sowie die Reflexion der Bedingungen und Wirkungen des Rechts Voraussetzungen dafür sind, Recht als historisch, dynamisch und offen für sich wandelnde Verhältnisse – darunter moderne Antisemitismen – zu handhaben.

7. Ausblick

Angesichts von Klagen wegen Beleidigung, wie sie *Elsässer* gegen *Ditfurth* bisher erhoben hat, ist es für den Rechtsdiskurs von entscheidender Bedeutung, einen sachgerechten Antisemitismusbegriff für verbale Gewaltdelikte zu entwickeln. Den kommunikativen Umwegstrategien, über die antisemitische Weltbilder tradiert werden, wird sonst – zumindest rechtlich – nicht begegnet werden können.

Ditfurths Verfassungsbeschwerde kommt nun vor das BVerfG, wobei dort verfassungspolitische Erwägungen mehr Gewicht als vor den Zivilgerichten haben. Nach der Rsp des deutschen BVerfG besteht in Fällen, in denen die Öffentlichkeit wesentlich berührt wird bzw in denen zur öffentlichen Meinungsbildung beigetragen wird, eine Vermutung zugunsten der Meinungsfreiheit. Abweichungen davon bedürfen einer besonderen Begründung, die der konstitutiven Bedeutung der Freiheit der Rede für die Demokratie Rechnung trägt. Nach der Rsp des BVerfG stellt es eine überhöhte, mit Art 5 Abs 1 Grundgesetz (Meinungs- und Informationsfreiheit sowie Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit) nicht zu vereinbarende Anforderung an kritische Äußerungen im öffentlichen Meinungskampf dar, wenn mit diesen zugleich auch begründende Tatsachen genannt werden müssen. Eine solche wertende Meinungsäußerung ist nur dann unzulässig, wenn sie keine Anknüpfungspunkte im Verhalten des_der Betroffenen hat, es sich also um „unwahre Tatsachenbehauptungen“ handelt.⁵⁸ Eine überzogene Kritik macht eine Äußerung für sich genommen auch noch nicht zur Schmähung, wenn es sich bei dieser

56 *Schwarz-Friesel* zit n *Ditfurth*, „Warum ich vor das Bundesverfassungsgericht gehe“, www.jutta-ditfurth.de/dl/dl.pdf?download=Ditfurth-Verfassungsbeschwerde-Antisemitismus-Prozess-20151110.pdf (9.4.2016).

57 *Benke*, Ergänzende Bemerkungen zum Thema der JuristInnenausbildung, in *Flossmann* (Hrsg), Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit (1997) 467 (471).

58 Die Abgrenzung zwischen Meinungsäußerung bzw Wertung und Tatsachenbehauptung kann in Grenzfällen schwierig sein und muss stets im Gesamtzusammenhang der Äußerung betrachtet werden, BGH 22.9.2009 – VI ZR 19/08, 6.

Kritik um eine Auseinandersetzung in der Sache und nicht um eine Diffamierung der Person handelt.⁵⁹

Die verfassungsgerichtliche Beurteilung wird weisen, wie es um das Verhältnis von Persönlichkeits- und Freiheitsrechten, aber auch um das juristische Vermögen, moderne Formen des Antisemitismus als solche zu fassen, bestellt ist. Im Übrigen gilt es *Elsässer* rechtlich wohl bis auf weiteres auszuhalten.

Christian Berger, BA ist ehrenamtlicher juristischer Mitarbeiter beim Klagsverband und studiert Rechtswissenschaften und Gender Studies an der Universität Wien sowie Sozioökonomie an der Wirtschaftsuniversität Wien; christian.berger@s.wu.ac.at

Mag. Paul Hahnenkamp, BA studierte Rechtswissenschaften und Geschichte in Wien und Leuven und ist nun Universitätsassistent am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; paul.hahnenkamp@univie.ac.at

⁵⁹ Vgl ua BVerfGE 7, 198, *Lüth*; BVerfGE 93, 266, *Soldaten sind Mörder*; BVerfGE 42, 163, *Deutschlandstiftung*; BVerfG 28.7.2014, Az 1 BvR 482/13.

Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft¹

Michelle Cottier

1. Einleitung

Eine Frau erklärt sich dazu bereit, für verschieden- oder gleichgeschlechtliche Wunscheltern oder einen allein stehenden Mann ein Kind auszutragen. Vereinbart sie mit den Wunscheltern die „traditionelle“ Form, wird sie mit den Samenzellen des Wunschvaters inseminiert. Sie ist damit auch genetisch Mutter des Kindes. Vereinbart die Frau die sogenannte „gestationale“ Form, stammen die Eizelle und das Spermium von den Wunscheltern oder werden von Dritten gespendet. Der Embryo entsteht durch In-vitro-Fertilisation und wird ihr im Anschluss in den Uterus übertragen. Nach der Geburt übergibt die Frau das Kind den Wunscheltern. Soweit eine kurze Beschreibung der Praxis der Leihmutterschaft.²

Die Ingredienzen des Leihmutterschaftsverhältnisses sind Körper, Beziehungen, Gefühle, Geld. Es lässt sich unschwer erkennen, dass sich dieses Gemisch in der Lebenswirklichkeit wie auch rechtlich nicht ganz so nüchtern und unkompliziert bewältigen lässt. Wenn das Recht mit der Leihmutterschaft konfrontiert ist, so muss es sich zunächst ein Bild dieser komplexen und vielschichtigen Praxis machen. Die These, die ich vorliegend vertreten möchte, lautet, dass im Rechtsvergleich sehr unterschiedliche Bilder der Leihmutterschaft bestimmend sind, die divergierende rechtliche Regelungsmodelle zur Folge haben.

Drei rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft lassen sich im internationalen Vergleich identifizieren, die sich durch drei Konzeptionen der Leihmutter charakterisieren lassen: „die instrumentalisierte Frau“, „die altruistische Helferin“ und „die Reproduktionsdienstleisterin“. Es handelt sich dabei um Idealtypen im Weberschen Sinn.³ Das heißt, dass sie sich in keiner Rechtsordnung in der Reinform finden lassen, und dass oftmals Elemente der drei Bilder gemischt werden. Für analytische Zwecke lohnt es sich aber, die Konzeptionen in ihrer Idealform zu beschreiben und zu verstehen.

1 Aktualisierte und um Fussnoten erweiterte Fassung des Vortrags der Verfasserin auf der Tagung „Geschlecht im Handlungsraum des Rechts“ am 25. Juni 2015 an der Universität Wien. Der Vortragsstil wurde zum Teil beibehalten. Mit herzlichem Dank an Elisabeth Holzleithner für die Einladung.

2 *Bertschi*, Leihmutterschaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien (2014) 8f.

3 *Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in *Weber*, Methodologische Schriften (1968) 1 (42f).

Zunächst stellt sich die Frage, wie sich die Realitäten der Leihmutterschaft heute darstellen. Zwei sehr unterschiedliche Kontexte sollen nachfolgend als Illustration dienen: Indien und die USA.

2. Realitäten

2.1. Indien

Bis vor Kurzem war in Indien die kommerzielle Leihmutterschaft auch für ausländische Wunscheltern zugänglich. Die indische Anthropologin *Amrita Pande* hat in ihrer ethnographischen Studie „Wombs in Labor“⁴ folgendes Bild der Leihmutterschaft in Indien gezeichnet:

Das Motiv das Leihmutterschaftsverhältnis einzugehen ist in Indien immer finanziell – ob es sich um ein von den Frauen selbst gewähltes Arbeitsmodell handelt, sie von einer Vermittlerin oder ihrer Familie überzeugt wurden, oder von ihrer Familie in die Leihmutterschaft gedrängt oder gezwungen wurden.⁵ Die Bezahlung ist allerdings verhältnismäßig bescheiden und hängt vom Erfolg der Verhandlungen mit den Wunscheltern ab. Pande berichtet von einer Spannweite von 2.000 bis 10.000 US-Dollar. Dieser Betrag wird von den von Pande interviewten Leihmüttern als zu niedrig eingeschätzt: Nach ihrem Dafürhalten sollte die Entschädigung den Kauf von Wohneigentum ermöglichen, wozu umgerechnet 16.000 US Dollar notwendig wären.⁶

Die Leihmutterschaft ist in Indien gesellschaftlich stigmatisiert: Aus Unkenntnis der reproduktionsmedizinischen Technik wird angenommen, dass der Schwangerschaft auch Geschlechtsverkehr mit dem Bestellvater vorangehen muss, was die Praktik als Prostitution erscheinen lässt.⁷ Diese Stigmatisierung erleichtert den Kliniken die Kontrolle und Disziplinierung der Leihmütter. Das Ziel dieser Disziplinierung ist die perfekte Leihmutter, die Pande als „cheap, docile, selfless and nurturing“ beschreibt – „billig, fügsam, selbstlos, nährend“. Die Leihmütter sollen sowohl produktive Arbeiterinnen wie fürsorgliche Mütter sein.⁸ Die Techniken der Disziplinierung sind laut Pande eine Verbindung der Macht des Diskurses mit einer engmaschigen Kontrolle der Körper der Schwangeren in den „Surrogacy Hostels“, den Wohnheimen, in denen sich die Leihmütter aufhalten. Der Diskurs hält die Frauen dazu an, sich mütterlich für das Wohlergehen des heranwachsenden Kindes verantwortlich zu fühlen und sich gleichzeitig innerlich von mütterlichen Gefühlen zu distanzieren.

In der Praxis der Kliniken werden den Leihmüttern und ihren Ehemännern Verträge vorgelegt, die sie oft in ihrer Tragweite nicht überblicken und in denen die betroffenen

4 *Pande, Wombs in labor* (2014) (Kindle-Edition). Vgl auch den Dokumentarfilm *Ma Na Sapna, A Mother's Dream* (2013) der österreichisch-schweizerischen Filmemacherin *Valerie Gudenus*.

5 *Pande, Wombs*, Kap 3.

6 *Pande, Wombs*, Kap 4.

7 *Pande, Wombs*, Kap 4.

8 Ebd.

Frauen in weitgehende Beschränkungen ihrer Selbstbestimmungsrechte einwilligen.⁹ So verpflichtet sich die Leihmutter, gemäß den Empfehlungen der Ärztin oder des Arztes eine Abtreibung, eine Embryo-Reduktion, einen Kaiserschnitt oder eine intrauterine Operation des Fötus zu dulden.¹⁰

Die Kliniken wirken auf die Leihmütter ein, den Kontakt zu den Wunscheltern möglichst zu beschränken. Die Leihmütter wünschen sich dagegen eine Aufrechterhaltung der Verbindung und äußern besonders große Zufriedenheit, wenn die Wunscheltern ihnen in den Folgejahren regelmäßig Fotos des Kindes schicken oder sie sogar weiterhin finanziell unterstützen.¹¹

Die Situation hat sich seit Pandes Feldforschung insofern stark verändert, als Ende 2015 die indische Regierung die Kliniken angewiesen hat, die Leihmutterschaften auf die altruistische Form zu beschränken und ausländische Wunscheltern nicht mehr zuzulassen.¹² Gleichzeitig liegt ein Gesetzesentwurf vor, der der bisher rechtlich kaum regulierten Praxis einen gesetzlichen Rahmen geben soll.¹³

2.2. USA

Im Kontext der USA sind die Motive, eine Schwangerschaft für andere zu übernehmen, unterschiedlich. Ein wichtiger Anreiz für in den USA lebende Frauen, Leihmutter zu werden, besteht darin, dass sie dafür eine Bezahlung erhalten, die mit der Arbeit im Detailhandel oder in der Pflege vergleichbar ist, dies aber optimal mit der Betreuung der eigenen Kinder verbunden werden kann.¹⁴ Das Motiv besteht hier also in der Sicherstellung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familie. Es bestehen aber auch rein ideell motivierte Leihmutterschaften, indem zB eine Frau für ihren schwulen Bruder und seinen Partner oder für ihre Schwester und deren Mann eine Schwangerschaft übernimmt.¹⁵

Dort, wo es um finanzielle Motive geht, kommen auch kommerzielle Interessen der Vermittlungsagenturen und reproduktionsmedizinischen Kliniken ins Spiel. Es hat sich ein spezialisierter Markt für Rechtsdienstleistungen herausgebildet, und es bestehen Modelle für ausgefeilte Leihmutterschaftsverträge, die alle Eventualitäten regeln, von den vorgeburtlichen Untersuchungen bis hin zu den Kontaktrechten nach der Geburt.¹⁶

9 Pande, Wombs, Kap 4 und Anh B.

10 Pande, Wombs, Kap 6.

11 Pande, Wombs, Kap 9.

12 Kritisch zur neuen Regelung Pande, Women and Labour, The Indian Express v 18.11.2015; Bhattacharjee, Commercial Surrogacy in India, Economic & Political Weekly EPW v 2.4.2016.

13 Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill, 2014. Vgl die Informationen auf der Website der Library of Congress: www.loc.gov/law/foreign-news/article/india-draft-legislation-regulating-assisted-reproductive-technology-published/ (9.4.2016).

14 Twine, Outsourcing the womb (2015) 20.

15 Twine, Outsourcing 27.

16 Bertschi, Leihmutterschaft 129ff.

Eine Realität sind auch die großen Unterschiede der rechtlichen Rahmenbedingungen und der kulturellen Bewertung in den US-Bundesstaaten. Es existieren Bundesstaaten, die die Praxis der Leihmutterschaft verbieten, andere, die sie tolerieren aber nicht weiter rechtlich regulieren, und solche, die die rechtlichen Einzelfragen bis ins Einzelne geregelt haben.¹⁷ Das gleiche Bild wie in den USA auf der nationalen Ebene lässt sich auch weltweit beobachten: Es existieren eine Vielzahl von möglichen Regelungsmodellen, ein allgemeiner Trend der Rechtsentwicklung lässt sich nicht festmachen.

3. Rechtsvergleich: drei diskursive Konstruktionen der Leihmutter

Ausgehend von der eingangs eingeführten These sollen nachfolgend die drei im Rechtsvergleich identifizierbaren Bilder der Leihmutter und die darauf beruhenden rechtlichen Regelungsmodelle dargestellt werden.

3.1. „Die instrumentalisierte Frau“

Das Bild der instrumentalisierten Frau ist wohl der in Österreich, der Schweiz und in Deutschland dominant gewordene Diskurs über Leihmutterschaft, der sich rechtspolitisch im Rahmen von Verboten dieser Praxis hat durchsetzen können.

Die diesem Bild zugrundeliegende Annahme lautet, dass die Frau, die das Kind austrägt, für die Zwecke der Wunscheltern instrumentalisiert wird, dass sie also als lebendiger Brutkasten benutzt wird.¹⁸ Das Gegenüber der instrumentalisierten Frau und natürlichen Mutter ist die instrumentalisierende und widernatürliche Wunschmutter oder „Bestellmutter“, wie sie in einem solchen Diskurs pejorativer benannt wird. Diese Konzeption ist ua durch feministische Stellungnahmen geprägt, die seit den 1980er Jahren die Kommodifizierung des weiblichen Körpers in verschiedensten Zusammenhängen bekämpfen.¹⁹ Leihmutterschaft wird dabei als ebenso problematisch betrachtet wie Prostitution, Frauenhandel oder Pornographie.²⁰ Die Konzeption ist insofern paternalistisch ausgerichtet, als der Frau, die eine Schwangerschaft für andere verspricht, die Möglichkeit der Bildung eines freien Willens grundsätzlich abgesprochen wird.

Eine weitere Kritik ist die Behandlung des Kindes als Ware. Die Abgabe des Kindes aufgrund einer vorgeburtlichen Vereinbarung wird mit Kinderhandel gleichgesetzt, der ja auch im Kontext der Adoption verpönt ist. Durch die Kappung der Bindung zwischen

17 Snyder, United States of America, in *Trimmings/Beaumont* (Hrsg), *International surrogacy arrangements* (2013) 387ff.

18 Vgl für eine Diskussion dieser Argumentation *Bleich*, *Leihmutterschaft als persönliche Beziehung*, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2013, 5 (9ff); *Bertschi*, *Leihmutterschaft* 42ff.

19 Vgl *Rothmayr*, *Politikformulierung in der Fortpflanzungstechnologie: Partizipation und Einfluss feministischer Gruppierungen im internationalen Vergleich*, *Austrian Journal of Political Science* 2003, 189ff. Einflussreich war in den 1980er Jahren insb *Arditti/Klein/Minden*, *Retortenmütter* (1985).

20 Vgl etwa *Klein*, *From test-tube women to bodies without women*, *Women's Studies International Forum* 2008, 157ff und den internationalen Appell „Stop surrogacy now“, www.stopsurrogacynow.com (13.4.2016).

Geburtsmutter und Kind würden die Menschenwürde der Frau und das Recht auf Familienleben von Mutter und Kind verletzt.²¹ Kulturelle Grundlage ist der Vorrang der Geburtsmutter als natürliche Mutter und die Annahme der vorgeburtlichen Bindung, die sich wesentlich auf die historisch auf das 18. Jhd zurückgehende Erfindung der Mutterliebe zurückführen lassen.²²

Welche Folgen hat dieses Bild der Leihmutter für die rechtliche Regulierung der Praxis? Die Konzeption der instrumentalisierten Frau lässt sich in der Regel in den Rechtsordnungen finden, die Leihmutterschaft verbieten. Wie Österreich, die Schweiz und Deutschland²³ sehen auch Frankreich, Italien, Norwegen und Portugal, und zahlreiche Bundesstaaten der USA ein ausdrückliches Verbot der Leihmutterschaft vor.²⁴

Ein Verbot bedeutet, dass Verträge über die Schwangerschaft für Dritte nichtig sind, respektive die daraus fließenden Verpflichtungen insb auf Übergabe respektive Entgegennahme des Kindes gegen Entschädigung nicht rechtlich durchsetzbar sind.²⁵ Zumeist ist das Verbot hinsichtlich ärztlicher Unterstützung und Vermittlung strafbewehrt.²⁶

In familienrechtlicher Hinsicht gibt es keine Ausnahmen von den allgemeinen Regeln über die Entstehung rechtlicher Elternschaft. Die Anerkennung des Kindes durch den Wunschvater ist in der Regel möglich, wenn die Leihmutter nicht verheiratet ist und deshalb keine Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes greift.²⁷ Bei einer verheirateten Leihmutter muss zuerst die Vaterschaft des Ehemannes angefochten werden, wenn der Wunschvater oder ein Dritter der genetische Vater ist (was in der Regel der Fall sein wird), worauf eine Anerkennung durch den Wunschvater möglich wird.²⁸ Eine Anerkennung durch die Wunschmutter ist in den meisten Rechtsordnungen nicht möglich, da der Grundsatz der Mutterschaft der Geburtsmutter gilt (*mater semper certa est*).²⁹

21 Vgl für die Schweiz: Botschaft über die Volksinitiative „zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)“ und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG), BBl 1996 III 254; Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft, Bern 29. November 2013, Anhang Gutachten vom 15. Mai 2013 des Bundesamtes für Justiz, 6.

22 Bernard, Kinder machen (2014) 274; Badinter, Die Mutterliebe (1981); Shorter, Die Geburt der modernen Familie (1977).

23 Österreich: § 2 und 3 FMedG; Schweiz: Art 119 Abs 2 Bst d BV, Art 4 FMedG; Deutschland: § 1 Abs 1 Nr 7 Embryonenschutzgesetz, § 13c und § 13d iVm § 14b Adoptionsvermittlungsgesetz.

24 Vgl Cottier, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in Schwenger/Fankhauser (Hrsg), Siebte Schweizer Familienrechtstage (2014) 3 (19) mwN.

25 Trimmings/Beaumont, General Report on Surrogacy, in Trimmings/Beaumont (Hrsg), International surrogacy arrangements (2013) 439 (463).

26 ZB Österreich: § 23 FMedG; Deutschland: § 1 Abs 1 Nr 7 Embryonenschutzgesetz, § 13c und § 13d iVm § 14b Adoptionsvermittlungsgesetz; Schweiz: Art 31 und Art 37 Bst c FMedG.

27 Vgl rechtsvergleichend Trimmings/Beaumont in Trimmings/Beaumont 462; Cottier, Elternschaft 33.

28 Vgl rechtsvergleichend Trimmings/Beaumont in Trimmings/Beaumont 461f; Cottier, Elternschaft 33.

29 ZB Schweiz: Art 252 Abs 1 ZGB; Österreich: § 143 ABGB; Deutschland: § 1591 BGB. Vgl Büchler, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, 438 (448); Schwenger, General Report, in Schwenger (Hrsg), Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage (2007) 1 (3); Voithofer, Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetischer und sozialer Beziehungen: Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, FamPra.ch 2016, 422 (423f).

Eine andere Konzeption haben einzig Länder des romanischen Rechtskreises, wo auch die Mutterschaft auf Anerkennung gründet. Eine Anerkennung durch die Wunschmutter ist dort dann möglich, wenn die Leihmutter das Kind anonym geboren hat, was in Frankreich theoretisch möglich ist³⁰, oder wenn es den Beteiligten gelingt, einen Geburtsschein ohne Eintrag der gebärenden Frau zu erlangen, was offenbar in Belgien vereinzelt bereits der Fall war³¹. In den anderen Rechtsordnungen kann in der Regel dann, wenn der Wunschvater das Kind rechtsgültig anerkennen konnte, die Wunschmutter aufgrund einer Stiefkindadoption ebenfalls Elternstellung erlangen, bei einem schwulen Elternpaar in manchen Ländern auch der zweite Wunschvater³². Zum Teil wird auch eine gemeinsame Adoption durch beide Wunschelternteile durchgeführt, um das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern entstehen zu lassen³³.

Einige Länder lassen das Verbot auch in das internationale Privatrecht ausstrahlen. Der EGMR hat in diesem Zusammenhang im Jahr 2014 in zwei Fällen die Verletzung der EMRK festgestellt. So hatte Frankreich in diesen Fällen bei Geburten durch Leihmutterchaft im Ausland weder die Vaterschaft des genetischen Vaters noch die Mutterschaft der genetisch nicht mit dem Kind verwandten Wunschmutter anerkannt. Das aus Art 8 EMRK sich ergebende Recht des Kindes auf Privatleben (und nicht etwa das Recht auf Familienleben) verlangt nun laut EGMR die Herstellung des Kindesverhältnisses, allerdings einzig zum genetischen Elternteil.³⁴

Den Boden für diese Entscheidungen hat der österreichische VfGH bereitet. Er hat in zwei Urteilen festgehalten, dass das Verbot der Leihmutterchaft nicht Bestandteil des österreichischen *ordre public* sei. Die Verweigerung der Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern verstoße gegen das Kindeswohl.³⁵ Aus der Formulierung im Entscheid vom 11. Oktober 2012 wird deutlich, dass in diesen Fällen die Tatsache großen Einfluss hatte, dass die Wunscheltern auch die genetischen Eltern waren. So wird ausgeführt: „Es ist also in Fällen wie dem hier vorliegenden verfassungsrechtlich ausgeschlossen, für die Beurteilung der Abstammung (und in der Folge der Staatsbürgerschaft) des Kindes zwingend auf österreichisches Sachrecht und damit auf §137b ABGB³⁶ abzustellen. Nicht zuletzt wird das Kind dadurch von allen gegenüber leiblichen Eltern sonst bestehenden Obsorge-, Unterhalts- und sonstigen Vermögensrechten gerade gegenüber den genetischen Eltern (die auch als „faktische Eltern“ Teil des gemeinsamen Familien-

30 Vgl Art 326 CC. Allerdings scheint es in Frankreich aufgrund des Verbots der Leihmutterchaft (Art 16-7 CC) noch nicht zu entsprechenden Fällen gekommen zu sein.

31 *Verschelden/Verbellien*, Belgium, in *Trimblings/Beaumont* (Hrsg), *International surrogacy arrangements* (2013) 49 (62).

32 Vgl Cottier, *Elternschaft* 34 mwN.

33 Vgl ebd.

34 EGMR 26.9.2014, 65192/11, *Memesson ua/Frankreich*, Rz 96ff; EGMR 26.9.2014, 65941/11, *Labassee ua/Frankreich*, Rz 75 ff. Vgl auch EGMR, 27.1.2015, 25358/12, *Paradiso und Campanelli/Italien*.

35 VfGH 11.10.2012, B99/12 ua; VfGH 14.12.2011, B13/11; VfSlg 19.596/2011.

36 Nunmehr § 143 ABGB.

lebens sind) ausgeschlossen.³⁷ Die Entscheidungen des österreichischen VfGH anerkennen also zwar die Elternschaft beider Wunscheltern, in diesem Fall von heterosexuellen Paaren, die Begründung beruht aber bei genauerem Hinsehen stark auf der Tatsache, dass die Wunscheltern auch genetische Eltern waren, es sich also um die gestationale Form der Leihmutterschaft handelte.

Auch der deutsche Bundesgerichtshof hat in einem Entscheid vom 10. Dezember 2014 die Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern bejaht.³⁸ Allein aus dem Umstand, dass eine ausländische Entscheidung im Fall der Leihmutterschaft die rechtliche Elternschaft zu dem Kind den Wunscheltern zuweist, folge jedenfalls dann kein Verstoß gegen den *ordre public*, wenn ein Wunschelternteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist.³⁹ Nichts anderes ergebe sich daraus, dass die Elternstellung neben dem genetischen Vater auch dessen eingetragenen Lebenspartner zugewiesen wird.⁴⁰

Das Schweizer Bundesgericht hatte in einem im Mai 2015 ergangenen Entscheid den Fall von zwei in eingetragener Partnerschaft lebenden Männern zu beurteilen, die laut der kalifornischen Geburtsurkunde beide rechtlich Väter des von einer Leihmutter geborenen Kindes sind. Mit der Vaterschaft des genetischen Vaters hatte das Bundesgericht kein Problem, das kalifornische Recht stelle aber ein Rechtsverhältnis zum genetisch nicht verbundenen Vater her, das in der Schweiz nicht möglich sei, und das nicht anerkannt werden könne. Das Bundesgericht begründete dies mit einem *ordre public*-Verstoß infolge Rechtsumgehung.⁴¹ Dabei stellt es mit Blick auf die Straßburger Rechtsprechung fest, dass es sich mit den Garantien der EMRK vereinbaren lasse, wenn ein durch Leihmutterschaft begründetes Kindesverhältnis zu einem Elternteil ohne genetischen Bezug aus *ordre public*-Gründen nicht anerkannt wird.⁴²

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass Rechtsordnungen, die Leihmutterschaft verbieten, wenigstens bei einer im Ausland legal durchgeführten Leihmutterschaft zulassen, dass die Mutterschaft der im traditionellen Sinn natürlichen Mutter, der Geburtsmutter, durch eine andere natürliche Elternschaft ersetzt wird, in den meisten Fällen die Vaterschaft des genetischen Vaters. Nicht die Sorge um die instrumentalisierte Leihmutter steht im Vordergrund, sondern die Sorge um die Aufrechterhaltung der natürlichen Ordnung. Wo die Anerkennung der Elternschaft eines genetischen Elternteils in Frage steht, kann eine natürliche Elternschaft durch eine andere ersetzt werden, und die Ordnung ist wieder hergestellt.

37 VfGH 11.10.2012, B99/12 ua Rz 6.

38 BGH 10.12.2014, XII ZB 463/13.

39 BGH 10.12.2014, XII ZB 463/13, Rz 34.

40 BGH 10.12.2014, XII ZB 463/13, Rz 43.

41 BGE 141 III 312 (21.5.2015), E. 5.3.2. Vgl auch BGE 141 III 328 (14.9.2015).

42 BGE 141 III 312, E 6.3. Anders die Haltung der Rechtslehre, vgl BGE 141 III 312, E 4.3 und *Büchler/Bertschi*, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? *FamPra.ch* 2013, 33 (48) mwN.

3.2. „Die altruistische Helferin“

Die Konzeption der altruistischen Helferin betrachtet die Schwangerschaft als Spende, parallel zur Spende von Spermien oder Eizellen. Auf Französisch wird dafür der Ausdruck „don de gestation“ – „Spende einer Schwangerschaft“ verwendet.⁴³ Diese Konzeption geht davon aus, dass die Schwangerschaft für Dritte dann eine legitime Vereinbarung darstellt, wenn sie von der Leihmutter aus einer altruistischen Motivation heraus eingegangen wird. Kinderlosigkeit wird als große Not dargestellt, die Leihmutter erscheint als rettender Engel⁴⁴. Einzig eine hohe Entschädigung wird als problematisch betrachtet. Diese bilde einen zu großen Anreiz, der eine freie Entscheidung verunmögliche. Oder sie ermögliche umgekehrt den Leihmüttern, Druck auf die Wunscheltern auszuüben im Hinblick auf eine noch höhere Entschädigung. Zudem verstoße es gegen ethische Grundprinzipien, wenn Kinder als Ware gehandelt werden.⁴⁵ In diesem Punkt besteht also eine gewisse Überschneidung mit dem Bild der instrumentalisierten Frau. Explizit zugelassen und zum Teil bis in die Einzelheiten reguliert ist die altruistische Leihmutterschaft in Großbritannien, Griechenland, Israel, Südafrika, Indien, Neuseeland, den meisten Gliedstaaten Australiens und Kanadas und in einigen Bundesstaaten der USA.⁴⁶

Die Zulassung nur der altruistischen Form bedeutet, dass sich die Entschädigung der Leihmutter auf den Ersatz der schwangerschaftsbedingten Kosten beschränken muss.⁴⁷ In Europa wird dieses Kommerzialisierungsverbot aus Art 21 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates abgeleitet.⁴⁸

Für die Frage der Durchsetzbarkeit der Herausgabe und der Entgegennahme des Kindes bedeutet das altruistische Modell, dass die Leihmutter jederzeit zurücktreten kann.⁴⁹ Die Gabe ist freiwillig, ein Anspruch darauf besteht nicht.

Die familienrechtliche Frage des Übergangs der Elternschaft wird in diesem Modell an die Bedingung der Kostenlosigkeit und der nachgeburtlich wiederholten Zustimmung der Leihmutter geknüpft. Erst wenn gerichtlich festgestellt wurde, dass es sich tatsächlich um eine altruistisch motivierte Schwangerschaft für Dritte handelte, geht die Elternschaft über.⁵⁰

43 *Théry/Leroyer*, *Filiation, origines, parentalité* (2014) 153.

44 Zu diesem Narrativ vgl *Pande*, *Wombs*, Kap. 5.

45 Vgl bspw *Brazier/Campbell/Golombok*, *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation* (1998) 43ff.

46 *Cottier*, *Elternschaft* 21f mwN.

47 ZB Großbritannien: Section 54 Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008.

48 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin CETS 164.

49 ZB Großbritannien: Section 1A Surrogacy Arrangements Act 1985: „No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.“; New Hampshire (USA): NH Rev Stat Ann § 168-B 25 IV. Vgl auch *Cottier*, *Elternschaft* 25f mwN.

50 ZB Großbritannien: Section 54 (8) Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008; Australien: zB Section 12ff Surrogacy Act 2010 (NSW), vgl *Keyes*, *Australia*, in *Trimblings/Beaumont* (Hrsg), *International surrogacy arrangements* (2013) 25 (27ff) mwN.

Die Anerkennung des im Ausland begründeten Kindesverhältnisses wird in diesem Modell ebenfalls an die Einhaltung des Kommerzialisierungsverbots geknüpft.⁵¹

3.3. „Die Reproduktionsdienstleisterin“

Im Bild der Reproduktionsdienstleisterin folgt die Leihmutterschaft einer vertraglichen Logik. Ausgetauscht werden Schwangerschaft und Geburt gegen finanzielle Entschädigung. Die Leihmutterschaft reiht sich ein in andere Dienstleistungen im Bereich der Reproduktionsmedizin, wie namentlich die Eizellspende gegen Entgelt. Es wird aber auch eine Parallele zu bezahlter Care-Arbeit – als Nanny oder Altenpflegerin – gezogen.⁵²

Im Hinblick auf die rechtliche Regulierung führt auch dieses Modell zu einer Zulassung der Leihmutterschaft. Im Unterschied zum altruistischen Modell, wo die Logik der Gabe im Vordergrund steht, liegt hier das Gewicht auf der vertraglichen Aushandlung der Einzelheiten des Vertragsverhältnisses.

Besonders weit entwickelt ist dieses Modell in den USA, wo sich wie erwähnt spezialisierte rechtliche Dienstleistungen entwickelt haben, die Vertragsvorlagen zur Verfügung stellen. Diskutiert werden dabei alle möglichen Konfliktpunkte, zB ob die Leihmutter die Wunscheltern konsultieren muss, wenn es darum geht, über einen Schwangerschaftsabbruch wegen einer Behinderung des Kindes zu entscheiden.⁵³

Die Entschädigung für die Leihmutter ist nicht gegen oben begrenzt, sondern wird in einem zunehmend globalisierten Markt zwischen Leihmutter und Wunscheltern ausgehandelt.⁵⁴ In der Reinform bedeutet das Vertragsmodell zudem, dass die Herausgabe des Kindes gerichtlich durchsetzbar ist. Dies ist bspw die Rechtslage in Kalifornien seit dem Leading Case *Johnson/Calvert* des California Supreme Court aus dem Jahr 1993.⁵⁵ Die Elternschaft beruht hier auf einem rein intentionalen Modell: Die bei der Einpflanzung des Embryos intendierte Elternschaft wird rechtlich geschützt. In Kalifornien wird dies so bewerkstelligt, dass gerichtlich ein *pre-birth parentage order* erlangt werden kann, ein vorgeburtliches Feststellungsurteil, welches die Elternschaft der Wunscheltern feststellt und als Grundlage für die später ausgestellte Geburtsurkunde dient.⁵⁶

4. Diskussion

Wie sind diese drei Konzeptionen zu bewerten? Wie lösen sie die Regulierungsaufgabe, die Rahmenbedingungen für den Austausch in Bezug auf die Aspekte Körper, Be-

51 ZB Großbritannien: *Wells-Greco*, United Kingdom, in *Trimblings/Beaumont* (Hrsg), International surrogacy arrangements (2013) 367 (377ff).

52 Vgl *Hochschild*, The outsourced self (2012).

53 Vgl *Bertschi*, Leihmutterschaft 144.

54 *Twine*, Outsourcing 35.

55 California Supreme Court, *Johnson/Calvert*, 5 Cal 4th 84, 19 Cal Rptr 2d 494, 851 P 2d 776.

56 Vgl *Trimblings/Beaumont* in *Trimblings/Beaumont* 450.

ziehungen, Gefühle und Geld so zu gestalten, dass die Grundbedürfnisse Selbstbestimmung und Kontrolle, Transparenz und Information, Anerkennung und Respekt, Sicherung materieller Existenz und Beziehung der Leihmütter bestmöglich geschützt sind und in einen gerechten Ausgleich mit den Grundbedürfnissen und Interessen der anderen Beteiligten (Wunscheltern, Kind, medizinische Dienstleister) gebracht werden?

4.1. „Die instrumentalisierte Frau“

Die Konzeption der instrumentalisierten Frau hat das Ziel, vulnerable Frauen vor Ausbeutung zu schützen. Wird allerdings das Verbot umgangen, willigt also bspw eine in Wien lebende Frau in ein Leihmutterchaftsverhältnis ein, so besteht keinerlei Rechtsschutz im Fall von Konflikten. Sie könnte zB mit den Wunscheltern in die Ukraine reisen, sich dort den nicht genetisch mit ihr verwandten Embryo einpflanzen lassen und das Kind danach im Rahmen einer Hausgeburt in Österreich zur Welt bringen. Die Wunscheltern könnten es als ihr Kind bei den zuständigen Behörden anmelden. Doch welchen Schutz hat die Leihmutter, wenn beim Neugeborenen eine Behinderung festgestellt wird und die Wunscheltern es jetzt doch nicht als ihr eigenes Kind aufnehmen möchten? Schliesslich führt das Verbot in westlichen Industrienationen, wie die Erfahrung zeigt, zu einem ausweichenden reproduktionsmedizinischen Tourismus.

4.2. „Die altruistische Helferin“

Das Bild der altruistischen Helferin wertet zweifellos die Spenderin moralisch auf; ein Engel zu sein kann zu gesellschaftlicher Anerkennung führen. Dieser Diskurs erleichtert auch die Äußerung von Wünschen nach Beziehung und Kontakt der Leihmutter. Als Helferin kann sie Mitglied der erweiterten Familie werden, erhält einen Platz in der Biographie des Kindes und der Wunschfamilie.⁵⁷ Die Betonung der Freiwilligkeit schützt zudem die Selbstbestimmungsrechte der Schwangeren, es ist klar, dass alle medizinischen Entscheidungen alleine von ihr getroffen werden müssen.

Negativ ins Gewicht fällt, dass das Entschädigungsverbot zu fehlender Anerkennung der Reproduktionsarbeit führt. Die Kritik kann sich hier in eine lange feministische Tradition der Einforderung fairer finanzieller Entschädigung und Absicherung von Reproduktionsarbeit einreihen, von der Forderung nach einem Hausfrauenlohn bis zum Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile in Lebensgemeinschaften.⁵⁸ So stellt Pande angesichts der vor Kurzem erfolgten Beschränkung der Leihmutterchaft in Indien auf altruistische Formen fest: „Altruism is a gendered notion – it reinforces the stereotype of women as „naturally“ nurturant and selfless. In essence altruistic surrogacy forces

57 Vgl die Bsp bei *Bertschi*, Leihmutterchaft 149ff.

58 Vgl zur Gerechtigkeit in Nahbeziehungen *Holzleithner*, Gerechtigkeit (2009) 59ff.

women to provide services for free, under the guise of a moral celebration of their altruism".⁵⁹ Aus Großbritannien wird zudem berichtet, dass der Zwang zum Altruismus auch dazu führt, dass sich gar keine professionellen Dienstleistungen herausbilden können, dass es also durch das Verbot der kommerziellen Vermittlung auch an Beratungsdienstleistungen fehlt.⁶⁰

4.3. „Die Reproduktionsdienstleisterin“

Der Vorteil des Modells der „Reproduktionsdienstleisterin“ ist eindeutig: Die Logik des Vertrags schafft Raum für die Artikulierung von Interessen und die Thematisierung möglicher Konfliktpunkte. Was Pande oder auch die feministische Rechtswissenschaftlerin *Prabha Kotiswaran* betonen, ist die Möglichkeit der kollektiven Organisation, die sich dadurch öffnet, wenn sich Leihmütter als Lohnarbeiterinnen verstehen, die gemeinsame Interessen gewerkschaftlich vertreten können.⁶¹

Es bleibt in diesem Modell die Problematik der ungleichen Verhandlungspositionen bei Ungleichgewicht von materiellen Ressourcen und Bildung bestehen. Zudem müssen gerade im Hinblick auf den Schutz der Selbstbestimmungsrechte die Grenzen der vertraglichen Bindung rechtlich gezogen werden. Eine staatliche Regulierung, die insb die medizinische Praxis einer Kontrolle unterstellt, ist also notwendig.⁶² Schließlich bilden die Beziehungsaspekte eine Herausforderung für die vertragliche Logik.

5. Fazit

Im Ergebnis erscheint das Vertragsmodell der Reproduktionsdienstleisterin als Grundlage für die Regulierung der Leihmutterschaft am vielversprechendsten, wenn begleitend die Verhandlungsposition der Leihmütter durch Information gestärkt wird, die medizinische Praxis im Hinblick auf den Schutz der Selbstbestimmungsrechte der Schwangeren einer funktionierenden Kontrolle unterstellt wird und kreative Modelle für die Integration von Beziehungsaspekten in die Vertragsbeziehung zwischen Wunscheltern und Leihmutter entwickelt werden.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Michelle Cottier ist ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Genf; michelle.cottier@unige.ch

⁵⁹ *Pande*, The Indian Express v 18.11.2015.

⁶⁰ *Horsey/Sheldon*, Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy, *Medical Law Review* 2012, 67 (75).

⁶¹ *Pande*, *Wombs*, Kap 9; *Kotiswaran*, *Abject Labours*, *Informal Markets: Revisiting the Law's (Re)Production Boundary*, *feminists@law* 2014.

⁶² So auch *Pande*, *Wombs*, Kap 9; *Bhattacharjee*, *EPW* v 2.4.2016 mwN.

Thema: Kämpfe um öffentliche Dienstleistungen

Vorwort

Oliver Prausmüller / Alice Wagner

Bereits im Jahr 2005 hat das juridikum dem Thema der öffentlichen Dienstleistungen einen Schwerpunkt gewidmet.¹ Schon damals umschrieb *Stephen Gill* in seinem Beitrag einen Prozess der globalen Restrukturierung öffentlicher Dienstleistungen im Sinne eines „neuen Konstitutionalismus“.² Das dort umrissene Projekt, eine „neoliberal-disziplinierende“ Gesellschaftsordnung zu konstitutionalisieren, hat im Zuge der Krise 2008ff noch schärfere Konturen angenommen. Das mittlerweile geflügelte Wort von der „marktkonformen Demokratie“ verdeutlicht nicht zuletzt die fortgesetzte Wirkmächtigkeit der Versuche, den Handlungsradius sozialstaatlicher Politiken in ein Korsett aus rechtlichen und ökonomischen Rahmenvorgaben zu zwingen. Damit finden auch Auseinandersetzungen zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen in einem neoliberal durchwachsenen Konfliktfeld statt: Dieses lässt sich zum einen durch den Widerstreit zwischen einer ordnungspolitischen Orientierung auf Sozial- versus Wettbewerbsstaatlichkeit dimensionieren, zum anderen finden diese Auseinandersetzungen entlang fortlaufender „boundary adjustments“ der Kompetenzverteilungen zwischen unterschiedlichen räumlichen Ebenen statt (wie zB im Rahmen der EU und des Welthandelsregimes). Dabei zeigt sich eine wiederkehrende Dynamik zwischen immer weiter reichenden Liberalisierungsprojekten, ihrer teilweisen Abschwächung nach Protest und ihrer neuerlichen Aufnahme. Diese beharrliche Dynamik zugunsten „neu konstitutionalistisch“ privilegierter Interessen an marktschaffenden Maßnahmen, verschärfter Wettbewerbsregulierung und verstärktem Privatisierungsdruck ist auch bei der Einordnung von vergleichsweise erfolgreicheren Protesten – wie etwa gegen die bereits im juridikum 2/2005 adressierten radikalisierten Liberalisierungsziele des WTO-Dienstleistungsabkommens GATS oder die EU-Dienstleistungsrichtlinie – im Blick zu behalten.

1 S juridikum-Schwerpunktheft 3/2005, Öffentliche Dienstleistungen, www.juridikum.at/archiv/juridikum-32005/ (30.4.2016).

2 *Gill*, Conceptualizing the Global Restructuring of Public Services, juridikum 2005, 127ff.

Eine Zusammenschau mit der damaligen Ausgabe bietet an dieser Stelle zudem einen zweiten Ausgangspunkt zur Reflexion: Damals wurden diese Auseinandersetzungen vornehmlich im Rahmen des Europarechts verortet: Hier ging es etwa um Fragen sektoraler Liberalisierungen oder die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH sowie des europäischen Sekundärrechts wie des Beihilfenrechts oder der Dienstleistungsrichtlinie auf öffentliche Dienstleistungen³. Zehn Jahre später haben sich die Arenen der Auseinandersetzung verlagert: Die Krise 2008ff [vgl Zeileb, S 199] und die neoliberale Krisenstrategie der EU, welche durch Austeritätsfixierung und die Ideologie der Wettbewerbsfähigkeit geprägt ist, haben den Druck auf die öffentlichen Systeme noch weiter erhöht. Insb auch bei den Krisenmaßnahmen der Troika muss die Frage aufgeworfen werden, ob sich diese überhaupt noch im Rahmen des europäischen Primärrecht bewegen. Die von der Europäischen Kommission zusätzlich vorangetriebene Forcierung von PPP sowie die rezenten Vorhaben in der Handelspolitik haben horizontale Auswirkungen auf die unterschiedlichen Sektoren öffentlicher Dienstleistungen, die darüber hinaus nach einer Perspektivenverschiebung verlangen. Aus Sicht der AutorInnen zeigt sich umso mehr der Bedarf, über eine rein rechtliche Blickweise hinauszugehen. Das spiegelt sich in dem Entschluss, diesen Schwerpunkt vermehrt interdisziplinär auszurichten.

Die gegenwärtige Konjunktur dieser Auseinandersetzungen fördert neuerlich zu Tage, dass sich ihre Verlaufsformen nicht entlang der irreführenden Gleichung „mehr Markt = weniger Staat“ fassen lassen. Vielmehr ist ein markt- und wettbewerbszentrierter Umbau staatlicher Strukturen zu verzeichnen, in dem starke Tendenzen zur „Hybridisierung“ zwischen privaten und öffentlichen AkteurInnen und zu einer „Privatisierung des Politischen“ auftreten⁴. So besteht auch aktuell eine starke Verwobenheit zwischen Maßnahmen zum Zurückdrängen („roll back“) sozialstaatlicher Einhegungen öffentlicher Dienstleistungen und Maßnahmen zum Ausbau und Befestigung („roll out“) markt- und wettbewerbszentrierter Regelwerke⁵: Gelingt es auf diesem Wege bspw noch mehr, sozialstaatliche Einhegungen öffentlicher Dienstleistungen als „Wettbewerbs-“ und „Handelshemmnisse“ unter Druck zu setzen? Welche Veränderungen durchläuft das Verständnis öffentlicher Dienstleistungen selbst in diesem Zusammenhang? Wird sukzessive ein „residuales“ Rumpfkonzentrat öffentlicher Dienstleistungen verallgemeinert (das mithin stark liberalisierte Bereiche wie ua Energie oder Verkehr ausspart)? Oder können die Gegenströmungen⁶ der jüngsten Vergangenheit die Regelwerke der „roll out“ – Neoliberalisierung und des neuen Konstitutionalismus stärker

3 Vgl die Beiträge von *Damjanovic/Fuchs, Oberndorfer, Wagner, Marx* in *juridikum* 3/2005.

4 *Brand*, Post-Fordist Hybridization. A Historical-Materialist Approach to two Modes of State Transformation, in *Lipschutz/Hurt* (Hrsg), *Hybrid Rule and State Formation: Public-Private Power in the 21st Century* (2016) 79ff.

5 *Brenner/Peck/Theodore*, New Constitutionalism and variegated neo-liberalization, in *Gill/Cutler* (Hrsg), *New Constitutionalism and World Order* (2014) 126ff.

6 Vgl dazu ausführlicher *Prausmüller/Wagner* (Hrsg), *Reclaim Public Services, Bilanz und Alternativen zur neoliberalen Privatisierungspolitik* (2014).

herausfordern? Ein Erfolg des Protestes von Gewerkschaften, sozialen Bewegungen und NGOs manifestierte sich etwa in der europäischen BürgerInnen-Initiative *Right2Water*, welche 2013 beinahe 2 Mio Unterschriften erreichte. Diese hatte maßgeblichen Einfluss auf die Ausnahme des Wassersektors und Überarbeitung des Vorschlags für eine Konzessionsrichtlinie durch die Europäische Kommission. Anhaltend ist auch der Trend zur „Rekommunalisierung“ – jene Initiativen, welche von kommunaler Ebene ausgehen und darauf abzielen, ausgelagerte oder privatisierte Leistungen wieder durch die öffentliche Hand zu erbringen. Dazu kommt die bemerkenswerte Dynamik, die aktuelle Proteste von Städten und Gemeinden europaweit gegen Freihandelsabkommen der neuen Generation wie TTIP, CETA oder TiSA angenommen haben.⁷

Vor dem Hintergrund dieser Terrainverschiebungen erläutert zunächst *Britta Kynast* nach einem Einstieg in die europarechtlichen Begriffe der Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse die Ausgestaltung und Wirkweise der EU-Krisenpolitik in diesem Bereich. Dabei zieht die Autorin in Zweifel, ob diese Maßnahmen im Einklang mit dem europäischen Primärrecht, insb dem in Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse normierten „weiten Ermessensspielraum“ der Mitgliedstaaten, stehen. Daran schließt *David Hall* an, der die politische Ökonomie der europäischen Austeritätspolitik mit dem sozialen und ökonomischen „Mehrwert“ stark entwickelter öffentlicher Dienstleistungen kontrastiert. Er sieht eine weitere Zuspitzung dieser Konfliktkonstellation angesichts der verschärften europäischen Regelgebundenheit dieser Austeritätspolitiken. Die Beiträge von *Verena Madner* und *Stefan Mayr* führen hingegen auf ein international erweitertes Terrain der Auseinandersetzung: Die EU-Freihandelsabkommen der neuen Generation, die medial derzeit am präsentesten unter dem Kürzel „TTIP“ firmieren. *Madner* nimmt insb den bereits vorliegenden Vertragstext des EU-Kanada Abkommens „CETA“ als Ausgangspunkt dafür, die vielschichtigen Implikationen dieser Abkommen für öffentliche Dienstleistungen näher zu beleuchten. *Mayr* fokussiert zudem auf die Debatte zu den besonders strittigen Investitionsschutzbestimmungen und ihre jüngsten Modifikationen im Rahmen des CETA. *Leonhard Planks* Beitrag führt wiederum auf eine stärker theoriegeladene Ebene der Auseinandersetzung: Seine Kontrastierung der finanziellen mit der gesellschaftsbezogenen Debatte um PPPs kann insb auch als kritische Reflexionsfolie auf die austeritätspolitisch motivierten Neuaufgaben von Öffentlich-Privaten Partnerschaften dienen. Einen Ausblick auf Alternativen bietet der Beitrag von *Satoko Kishimoto*, *Emanuele Lobina* und *Olivier Petitjean* zum Thema Rekommunalisierung, welcher auf den Erfahrungen der AktivistInnen des *Reclaiming Public Water Network* – einem Zusammenschluss öffentlicher Wasserunternehmen, Gewerkschaften, AkademikerInnen und BürgerInnen aus 58 Ländern – basiert. *Ronald Frühwirth* und *Konrad Lachmayer* er-

7 Vgl dazu zB die europaweite Initiative unter www.ttip-free-zones.eu (30.4.2016).

weitem den Schwerpunkt wiederum um ein aktuelles Beispiel aus der österreichischen Praxis; der Betreuung von Flüchtlingen. Hier diagnostizieren die Autoren zum einen den Wandel vom „Leistungs- zum Sicherheitsstaat“, und fordern zum anderen einen differenzierteren Blick auf die Dichotomie öffentlich vs privat in der Daseinsvorsorge. Denn gerade im Bereich der Flüchtlingsbetreuung haben sich Private – in der Form sozialer Einrichtungen und privater Initiativen, jedoch nicht in Form privater Unternehmen – als „Hoffnungsträger“ erwiesen.

Mag. Oliver Prausmüller ist Referent in der Abteilung EU & Internationales der Arbeiterkammer Wien und Redakteur der Zeitschrift Kurswechsel; oliver.prausmueller@akwien.at

Mag.^a Alice Wagner, LL.M. (Columbia) ist Referentin der Abteilung EU & Internationales der Arbeiterkammer Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; alice.wagner@akwien.at

Öffentliche Dienstleistungen und Austeritätspolitik in Europa aus rechtlicher Perspektive

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Druck

Britta Kynast

1. Einführung

Seit dem Jahr 2007 beschäftigt sich die europäische Politik mit der sogenannten Eurokrise. Diese entstand aus einer internationalen Bankenkrise, die sich sodann in eine Wirtschaftskrise des Euroraums entwickelte. Obwohl es um die Eurokrise in letzter Zeit ruhiger geworden ist, ist deren Überwindung nicht nur im Hinblick auf ökonomische Stabilität, sondern auch auf einen für die Bürger_innen fühlbaren wiederkehrenden Wohlstand noch nicht sicher absehbar.

Im Zentrum der öffentlichen Diskussion um die Eurokrise stehen neben im weitesten Sinne fiskalpolitischen Fragen – Stichworte Schuldenschnitt und „(no) bail out“ – va die sogenannten Austeritätsmaßnahmen. Dieser Ausdruck bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch die Maßnahmen, die die betroffenen Mitgliedstaaten ergriffen haben, um langfristig ihre Haushalte wieder zu konsolidieren, zB durch Einsparungen oder Privatisierungen. Viele der ergriffenen Maßnahmen spiegeln dabei auch die Forderungen der europäischen und internationalen Geldgeber wider.

Aus einem rechtlichen und rechtspolitischen Blickwinkel ist insb interessant, dass va in den Anfängen viele der europäischen Reaktionen auf die Eurokrise wie die Notkredite an die betroffenen Mitgliedstaaten sowie die damit zusammenhängenden Vereinbarungen einen nahezu spontanen Charakter hatten und sich nicht innerhalb der im Primärrecht angelegten Verfahren bewegten. Auch ist auffällig, dass Organe der EU, wie die Europäische Kommission, bisher nicht dagewesene Funktionen übernahmen.

Im öffentlichen Diskurs standen und stehen Auswirkungen der Austeritätspolitik auf öffentliche Dienstleistungen besonders in der Kritik. Als Bsp können hier (tw bisher lediglich versuchte) Privatisierungen der öffentlichen Wasserversorgung in Portugal und Griechenland und tiefgreifende Reformen des Gesundheitssystems in Griechenland genannt werden. Diese Maßnahmen sind nicht nur vor dem Hintergrund sozial- und gesellschaftspolitischer Fragestellungen zu betrachten, sondern auch im Hinblick auf die bisher noch nicht erfolgte Aufarbeitung des Spannungsfelds zwischen dem primärrechtlichen DAI *acquis* und Austerität. Denn was in diesem Zusammenhang offensichtlich außer Acht gelassen wird: Auf primärrechtlicher Ebene gibt es mit verschiedenen Vor-

schriften zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ durchaus Regelungen, die potenziell die EU, ihre Institutionen und die Mitgliedstaaten bei ihren Handlungen binden könnten.

2. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Austeritätsmaßnahmen – Grundlagen

Für die Leser_innen, die bisher nur mit einem der beiden in diesem Beitrag angesprochenen Themen – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) oder Austeritätsmaßnahmen im Rahmen der Eurokrise – in Berührung gekommen sind oder auch mit keinem der beiden Themen, soll zunächst auf einige für die Analyse wichtige Grundlagen eingegangen werden.

2.1. Überblick: Hauptakteure in der Eurokrise

Hauptakteure in der Eurokrise sind zunächst die Mitglieder der sogenannten Troika bzw der „Institutionen“ wie sie sich seit Februar 2015 nennen lassen¹, das heißt die Europäische Kommission, die Europäische Zentralbank (EZB) als Organe der EU und der Internationale Währungsfond (IWF).

Daneben ist insb die „Eurogruppe“ im Rat der EU zu nennen. Dies ist eine Ratsformation, die sich aus den zuständigen Fachministern der Mitglieder der Eurozone zusammensetzt, sie ist damit ein von den Mitgliedstaaten getragenes Entscheidungsgremium.²

2.2. Grundzüge der Abläufe zwischen Geldgebern und -nehmern in der Eurokrise

In der Regel handeln die „Institutionen“ (vormals die sog Troika), also Europäische Kommission, EZB und IWF, ein sogenanntes Memorandum of Understanding (MoU) mit den kreditnehmenden Mitgliedstaaten aus. Dieses kann auch in ein sog Memorandum of Economic and Financial Policies und ein Memorandum of Technical Understanding unterteilt sein.³ Hierin werden konkrete Strukturreformen benannt, die von den Kreditnehmern befolgt werden sollen, wobei das Memorandum of Technical Understanding va zur einheitlichen Definition von Kriterien zur Einhaltung der vereinbarten Ziele dient.

Darüber hinaus senden die betroffenen Mitgliedstaaten flankierend einen Letter of Intent, in dem sie grundsätzlich ihre Reformbereitschaft erklären. Der Letter of Intent

1 Vergleich zB *Eurogruppe*, Statement 71/15 v 20.2.2015, www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/02/150220-eurogroup-statement--greece/ (26.4.2016).

2 Auch das Europäische Parlament hat sich im Laufe der Krise eine immer stärkere Beteiligung erkämpft. Auf besonders relevante Punkte wird an geeigneter Stelle in diesem Beitrag eingegangen.

3 Siehe zB IWF, MoU mit Griechenland v 14.5.2015, www.imf.org/external/np/loi/2014/grc/051414.pdf (26.4.2016).

wird dabei – wie der Name es bereits voraussetzt – nur seitens Vertreter_innen der kreditnehmenden Staaten unterzeichnet.

Die Unterzeichnung eines Letter of Intent und die Vereinbarung eines MoU waren und sind Voraussetzung für die Freigabe von sog Tranchen, also einzelnen Krediten aus den sog Rettungspaketen durch die Institutionen bzw früher durch die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF), nun durch den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) als direkten Geldgeber.⁴

Während ein Letter of Intent sehr allgemein gehalten ist, variieren die MoU in ihrer Detailtiefe und sind tw von sehr konkreten Arbeitspapieren der beteiligten Akteure begleitet.⁵

Die Mechanismen zur Freigabe von Krediten und zur Überwachung der sog Rettungsprogramme wurden – nachdem sie in der Anfangsphase regelrecht „improvisiert“ wurden – im Laufe der Zeit immer wieder überarbeitet und um verschiedene Details ergänzt.

In der öffentlichen Diskussion wird oft nicht thematisiert, wie sehr sich die Instrumente in der Eurokrise gewandelt haben. Während ganz zu Beginn noch bilaterale Kredite von Mitgliedstaaten unter der Bedingung der Beachtung eines Ratsbeschlusses nach Art 136 und 126 Abs 9 AEUV⁶ gewährt wurden, wurde nach und nach insb mit den temporären Schutzschirmen (EFSF und EFSM) und dem permanenten ESM eine immer komplexere Struktur zum Management der Krise geschaffen.

All diesen unterschiedlichen Instrumenten ist jedoch gemeinsam, dass sie ein Element von strenger Konditionalität im Hinblick auf die Gewährung von Hilfen beinhalten. Nur bei Durchführung von bestimmten Maßnahmen im Empfängerland bzw Erreichung bestimmter Ziele werden die jeweiligen Hilfen gewährt.

2.3. Kurze Einführung zum Begriff der DAI

Zunächst ist zu klären, was unter „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ zu verstehen ist, da dieser Ausdruck außerhalb des europarechtlichen Kontextes nicht in der deutschen Sprache gebraucht wird. Man kann sich dem Begriff der DAI annähern, indem man feststellt, dass dieser dem ähnlich ist, was in Deutschland und Österreich unter Leistungen der „Daseinsvorsorge“ verstanden wird. Dies ist allerdings eine nur pragmatische Annäherung, denn auch der Begriff der Daseinsvorsorge ist nicht un-

4 Siehe „Timeline“ der Verhandlungen zum MoU v August 2015, http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm (26.4.2016).

5 Siehe Anh I und II zum MoU v 19.08.2015 (Annex I: „Asset Development Plan“, http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_annex1_20150730_en.pdf (26.4.2016), Annex II: „Government Pending Actions“, http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_annex2_20150730_en.pdf (26.04.2016)).

6 Siehe Beschluss (EU) 2010/320 des Rates vom 8. Juni 2010 gerichtet an Griechenland zwecks Ausweitung und Intensivierung der haushaltspolitischen Überwachung, ABl 2010 L 145/6.

umstritten und wird national unterschiedlich ausgelegt; noch wichtiger ist allerdings, dass DAI einen eigenständigen europarechtlichen Regelungsgehalt haben, der wiederum je nach den Begebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten verschiedene Ausprägungen erfährt.⁷

Im Primärrecht wird bei den DAI zwischen zwei Unterkategorien differenziert „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) und „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (NDAI).

2.3.1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)

Der Begriff der DAWI ist ein originärer Begriff des europäischen Primärrechts. Eine primärrechtliche Definition von DAWI wurde allerdings bis heute nicht in die Verträge eingefügt. Weder der EuGH noch die Kommission haben in ihren Entscheidungen eine abschließende Definition entwickelt.

Dennoch lassen sich insb aus der beihilferechtlichen Rechtsprechung einige anerkannte Merkmale ableiten. In einem neueren Urteil des EuGH⁸ werden diese noch einmal zusammengefasst: Um eine Dienstleistung als solche von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse definieren zu können, müsse an dieser ein allgemeines wirtschaftliches Interesse bestehen, das gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale aufweise.⁹ Das Gericht hat hier allerdings nicht präzisiert, welche Merkmale dies sein sollen. Die Formulierung „andere Tätigkeiten des Wirtschaftslebens“ impliziert aber, dass es sich bei der erbrachten Dienstleistung um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln muss. Darüber hinaus bekräftigt das Gericht, dass die Mitgliedstaaten „bei der Definition dessen, was sie als DAWI ansehen, über ein weites Ermessen“ verfügen und diese Einschätzung von der Europäischen Kommission „lediglich im Fall eines offenkundigen Fehlers in Frage gestellt werden kann“. Insofern es auf einem Gebiet keine Unionsregelung gebe, sei die Europäische Kommission nicht befugt, „über den Umfang der dem öffentlichen Betreiber obliegenden Aufgaben, also über die Höhe der Kosten für diesen Dienst, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen politischen Entscheidungen oder über die wirtschaftliche Effizienz des öffentlichen Betreibers in dem ihm vorbehaltenen Sektor zu entscheiden“.¹⁰

Die Europäische Kommission beschreibt DAWI als „wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen“, schränkt dies aber durch ein Marktversagenskriterium auf Dienste ein, die „ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug

7 Mitteilung der Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg v 20.12.2011, 5.

8 EuGH 16.7.2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg/Europäische Kommission*.

9 Ebd, Rn 106.

10 Ebd, Rn 104.

auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden“.¹¹ Auch von Seiten der Kommission wird den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen, dessen Ausübung nur auf offenkundige Fehler überprüft werden kann, eingeräumt.¹²

Bsp für Dienste, die nach Auffassung des EuGH oder der Europäischen Kommission als solche von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gelten, sind: staatliche Arbeitsvermittlung¹³, ein Betriebsrentenfonds, der ohne vorherige medizinische Untersuchung zugänglich war¹⁴, bestimmte Arten von Postdienstleistungen¹⁵, Notfalltransporte mit einem Krankenwagen¹⁶, medizinische Dienstleistungen¹⁷ und die Bereitstellung von Sozialwohnungen¹⁸.

2.3.2. Nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse (NDAI)

NDAI unterliegen der ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten. Als NDAI sind bspw anerkannt: Dienste der Armee oder Polizei¹⁹, Überwachung zur Bekämpfung von Umweltverschmutzung im Bereich eines Hafens²⁰ und gesetzliche Krankenkassen, die zu Leistungen an ihre Mitglieder unabhängig von der Beitragshöhe verpflichtet sind²¹.

3. Spannungsfeld DAI und Austeritätsmaßnahmen

3.1. Besondere Situation von DAI in Eurokrisenstaaten

DAI stehen als Leistungen, die klassischerweise durch den Staat erbracht werden, in einem besonderen Spannungsfeld zu Austeritätsmaßnahmen. Zum einen bieten sie sich als „Streichposten“ bei Budgetkürzungen an, zum anderen scheint bei Verkauf von im Eigentum der öffentlichen Hand liegenden Unternehmen sogar ein Gewinn möglich. Diesen budgetären Überlegungen steht ein mit der Austeritätspolitik wohl in den meisten Fällen steigender Bedarf an einigen DAI, wie zB Sozialwohnungen, gegenüber. Da-

11 KOM(2011) 900 endg 4.

12 Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2, 22f.

13 EuGH 23.04.1991, C-41/90, *Höfner und Elser/Macrotron*, Rn 24.

14 EuGH 21.09.1999, C-67/96, *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Rn 105ff.

15 EuGH 09.2.1993, C-320/91, *Corbeau*, Rn 15.

16 EuGH 25.10.2001, C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*, Rn 55.

17 Europäische Kommission, Arbeitsunterlage, SWD(2013) 53 final/2, 33, mit uneindeutigen Hinweisen auf europäische Rechtsprechung.

18 Europäische Kommission vom 30.06.2004, State Aid N 89/2004 – Ireland, Guarantee in favour of the Housing Finance Agency (HFA), C (2004) 2205 fin.

19 Europäische Kommission, Arbeitsunterlage, SWD(2013) 53 final/2, 34.

20 EuGH 18.3.1997, C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl/Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, Rn 22f.

21 EuGH 16.5.2014, verbundene Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband ua/lchthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co ua*, Rn 51-55.

neben verfügt eine signifikant erhöhte Anzahl von Bürger_innen über deutlich eingeschränkte finanzielle Mittel und reagiert daher besonders sensibel auf mögliche Preiserhöhungen, zB als Folge von Privatisierungen.

Aktuelle Bsp von DAI, die von Austeritätsmaßnahmen betroffen sind, gibt es einige. Die Wasserversorgung bspw ist als DAWI unumstritten anerkannt.²² Schon seit Beginn der Eurokrise ist diese Ziel von Austeritätsmaßnahmen. In einer Antwort²³ der Europäischen Kommission auf einen Brief verschiedener NGOs²⁴, in dem geplante Privatisierungen der Wasserversorgung in Griechenland und Portugal kritisiert wurden, gibt die Kommission offen zu, dass diese als wirksames Mittel insb zum Abbau von Schulden und zum Anziehen ausländischer Direktinvestitionen angesehen werden. Auch der dem im Sommer 2015 vereinbarten griechischen MoU angefügte „Asset Development Plan“ zeigt, dass die zunächst gescheiterten Privatisierungen der Wasserversorgung von Thessaloniki und Athen erneut versucht werden sollen.²⁵

Daneben haben die Austeritätsmaßnahmen in Griechenland ua Gesundheitsdienstleistungen und die dazugehörige Infrastruktur in erhöhtem Maße getroffen. Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob und inwieweit Leistungen des Gesundheitssektors und damit verbundene Aktivitäten als DAI eingeordnet werden können²⁶. Allerdings kann ein hoher Grad der staatlichen Beteiligung und Federführung an einzelnen Mechanismen im Gesundheitssystem wohl als ein erstes Indiz für ein Vorliegen von DAI angesehen werden, da der betreffende Staat damit deutlich macht, dass er bestimmte Leistungen außerhalb des Marktes für seine Bürger_innen vorhalten möchte.

In Griechenland wurde (und wird) insb die Krankenversicherung im weit überwiegenen Maße staatlich organisiert, daneben auch die Krankenhausinfrastruktur. In Folge der Eurokrise und verschiedenen Vereinbarungen mit den Kreditgebern wurden tiefgreifende Reformen im Hinblick auf die Struktur des Gesundheitssektors vorgenommen. So wurden zB die öffentlichen Krankenkassen umstrukturiert. Im MoU vom Juli 2011 wird die Einrichtung des EOPPY-Gesundheitsfonds angeführt.²⁷ In diesem wurden die vier größten Gesundheitsfonds des Landes fusioniert, sodass faktisch eine einheitliche öffentliche Krankenversicherung geschaffen wurde.²⁸ Auch die Frage, welche Medikamente verschrieben werden können, und Zuzahlungen werden in verschiedenen MoU

22 Vgl zB Mitteilung der Europäischen Kommission, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725 endg v 20.11.2007.

23 Brief der Europäischen Kommission v 26.9.2012, http://corporateeurope.org/sites/default/files/reply_to_mrs_zanzanaini.pdf1_0.pdf (26.4.2016).

24 Brief von *Água é de todos ua* v 15.5.2011, <http://corporateeurope.org/water-justice/2012/05/open-letter-eu-commission-water-privatisation> (26.4.2016).

25 Siehe Asset Development Plan, 24, http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_annex1_20150730_en.pdf, 30.07.2015 (26.4.2016).

26 So zurecht auch *Neergard*, EU Healthcare Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notions of ‚Solidarity‘ and ‚Social Europe‘, in *van de Gronden/ Szyszczak/Krajewski/Neergard* (Hrsg), Health Care and EU Law (2011) 19, 42.

27 MoU betreffend Griechenland, 53, www.imf.org/external/np/loi/2011/grc/070411.pdf (26.4.2016).

28 Vgl hierzu zB Antwort der deutschen Bundesregierung, BT-Drs 17/10794, Frage 9, 26.9.2012.

angesprochen.²⁹ Als Folgen dieser Reformen gelten ua der Verlust der Krankenversicherung für viele – va arbeitslose – griechische Bürger_innen³⁰, Knappheit an Medikamenten³¹ und zu hohe Zuzahlungserfordernisse.³²

3.2. Rechtliches Spannungsfeld DAI und Austeritätsmaßnahmen

3.2.1. Stärkung der DAI nach dem Vertrag von Lissabon

Eine wichtige Stärkung haben DAI durch die im Vertrag von Lissabon vollzogene Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens für solche Dienste erfahren. In Art 14 AEUV auf den im Protokoll Nr 26 Bezug genommen wird, heißt es „[...] die Union und die Mitgliedstaaten [tragen] im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“

Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, das ausweislich seines Wortlauts in dem Wunsch geschaffen wurde, die Bedeutung der DAI hervorzuheben, nimmt auf Art 14 AEUV Bezug und zählt in Abs 1 als gemeinsame Werte „in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 14“ in nicht abschließender Aufzählung („insbesondere“) ua auf: „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“ und „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“.

Art 2 des Protokolls Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse formuliert dahingegen klar die Nichtzuständigkeit der Union im Bereich von NDAI: „Die Bestimmungen der Verträge berühren in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, nicht-wirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag

29 Vgl MoU betreffend Griechenland vom 8.12.2010, 9, www.imf.org/external/np/loi/2010/grc/120810.pdf (26.4.2016), vom 28.2.2011, 7, www.imf.org/external/np/loi/2011/grc/022811.pdf (26.4.2016) und vom 4.7.2011, 54f, www.imf.org/external/np/loi/2011/grc/070411.pdf (26.4.2016).

30 Siehe zB Antwort deutsche Bundesregierung Frage 10, 26.9.2012.

31 Vergleich zB zur Umstrukturierung der öffentlichen Krankenkassen und damit einhergehenden Änderungen bspw bei der Beschaffung von Medikamenten: *World Health Organization*, Barriers and facilitating factors in access to health services in Greece, (2015) 51ff, www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0006/287997/Barriers-and-facilitating-factors-in-access-to-health-services-in-Greece-rev1.pdf?ua=1 (26.04.2016); Referenz zu Medikamentenknappheit wegen fehlender Erstattungszahlungen des Staates an die Apotheken zB *Karanikolos/Mladovsky/Cylus et al*, Financial crisis, austerity, and health in Europe, *Lancet* 2013/381, 1323ff.

32 Siehe zB der Bericht des von den Vereinten Nationen entsandten Experten *Cephas Luminas*. *Luminas*, Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, A/HRC/25/50/Add.1, Rn 68f.

zu geben und zu organisieren.“³³ Die Mitgliedstaaten können damit bei Fragen der Bereitstellung von NDAI weiterhin eigenverantwortlich und in alleiniger Zuständigkeit handeln.

Protokoll Nr 26 steht gem Art 51 EUV im Rang von Primärrecht. Dahinter steht eine interessante Entstehungsgeschichte: Protokoll Nr 26 war zwar noch nicht im Entwurf zur – gescheiterten – europäischen Verfassung enthalten³⁴, es findet sich dann allerdings bereits im Mandat für die Regierungskonferenz, die zur Erarbeitung des Vertrages von Lissabon einberufen wurde³⁵. Das Protokoll war damit offensichtlich eine Art von Zugeständnis als Reaktion auf die zuvor in einzelnen Mitgliedstaaten erfolgte Kritik und in letzter Konsequenz Ablehnung der europäischen Verfassung.³⁶

Richtig ist, dass über den genauen Bedeutungsgehalt von Protokoll Nr 26 noch keine Einigkeit besteht. Die die Verfassung verhandelnden Mitgliedstaaten haben hier allerdings ein starkes Signal gesandt, indem sie diesem den Rang von Primärrecht wie den Verträgen selber zuerkannt und keine rein unverbindliche Erklärung angefügt haben. Insofern ist von einem eigenen Sinngehalt des Protokolls auszugehen. Einer Bedeutungslosigkeit des Protokolls Nr 26 steht auch entgegen, dass die nationalen und europäischen Gerichte nunmehr auch beginnen sich auf dieses in ihrer Rechtsprechung zu beziehen.³⁷

3.2.2. Druck auf DAI durch Austeritätsmaßnahmen – Verstoß gegen europäisches Primärrecht?

Im Grundsatz besteht sowohl eine Bindung der Mitgliedstaaten gem Art 52 EUV³⁸, 355 AEUV³⁹, als auch der europäischen Institutionen, insb gem Art 13 Abs 2 EUV, an das europäische Primärrecht. Damit kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die primärrechtlichen Regelungen zu DAI auch im Hinblick auf Handlungen im Zusammenhang mit der Eurokrise bzw sogenannten Austeritätsmaßnahmen anwendbar sind. Allerdings ist im Fall der aus der Eurokrise resultierenden Austeritätspolitik zu beachten, dass sowohl die Mitgliedstaaten als auch die europäischen Institutionen tw noch nie zuvor wahrgenommene Aufgaben übernommen haben.

Deutliche Kritik grundsätzlicher Natur an den verschiedenen Betätigungen der EU-Organe, die europarechtlich so ursprünglich nicht vorgesehen waren, äußerte das

33 Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, ABl 2007/C 306/01, 159.

34 ABl 2004/C 310/01.

35 Ratsdokument Nr 11218/07, POLGEN 74, 26.6.2007.

36 *Bauby* geht davon aus, dass das Protokoll ein Zugeständnis an die Forderungen der Niederlande gewesen sei, siehe *Bauby/Similie*, Providing high-quality public services in Europe based on the values of Protocol n°26 of the Lisbon Treaty on Services of General Interest (Studie für die European Confederation on Independent Trade Unions) (2012).

37 Siehe aktuell zB EuGH, 23.12.2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler/Walter Schlagbauer*; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, 26.1.2016, 20 A 319/14.

38 *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, (57. EL 2015) Art 52 EUV Rn 3.

39 *Jaeckel* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 355 AEUV, Rn 1.

Europäische Parlament in einem Initiativbericht im Frühjahr 2014.⁴⁰ So hinterfragte das Parlament die „Doppelrolle der Kommission in der Troika als Vertreter der Mitgliedstaaten und als Gemeinschaftsorgan“. Nach Auffassung des Parlaments komme es hierdurch zu einem Interessenkonflikt mit ihrer Rolle als Hüterin der Verträge und des „acquis communautaire“.⁴¹

Es ist zwar richtig, dass viele der Instrumente und Verfahren im Rahmen der Eurokrise sich auf Absprachen, Mechanismen oder Verfahren gründen, die dem europäischen Recht fremd waren. Daraus lässt sich jedoch nicht automatisch schließen, dass die Institutionen und Mitgliedstaaten daher nicht an Primärrecht gebunden waren – insb im Hinblick darauf, dass die primärrechtlichen Verträge für Vorgänge im Hinblick auf die Eurozone zB auch eine Ausnahme hätten vorsehen können, hätten deren Unterzeichner sich diesbezüglich nicht binden wollen, anstatt diese in die Architektur der EU-Verträge einzubetten. Auch von einer Suspendierung des Rechts aufgrund einer Notstandslage ist nicht auszugehen.⁴²

Selbst abseits des politischen Diskurses wird in Teilen der juristischen Literatur davon ausgegangen, dass die enge Überwachung und die Einmischung in die nationale Politik der Eurokrisenstaaten einen einmaligen Vorgang darstellt.⁴³ Insofern liegt es nahe, hier auch die Frage nach möglichen primärrechtlichen Grenzen im Hinblick auf Austeritätsmaßnahmen, die DAI betreffen, zu stellen.

Insb das Protokoll Nr 26 betont den weiten Ermessungsspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden bei der Organisation von DAWI. Diese dort festgesetzte Grenze müsste zumindest erwogen werden, bevor durch Regelungen in Vereinbarungen über Finanzhilfen möglicherweise in primärrechtlich anerkannte Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten eingegriffen wird. Insb ist auch der erhebliche Druck auf die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhandlungen und der Programme („strict conditionality“) zu beachten. Auch im Hinblick auf das in Protokoll Nr 26 vorgegebene hohe Niveau an Bezahlbarkeit und Qualität ist zu denken, wenn durch Privatisierungen Kostensteigerungen erfolgen oder Reformen zur Senkung der Qualität in der medizinischen Versorgung führen. Wie auch der zweite Abs des Protokolls Nr 26 ausführt, besteht für NDAI sogar eine alleinige Kompetenz der Mitgliedstaaten.

Immer wieder betont die Europäische Kommission zwar die Wichtigkeit der Sozialpolitik, sei es mit dem aktuellen Projekt der „Europäischen Säule sozialer Rechte“⁴⁴ oder

40 Bericht des Europäischen Parlaments zu der Untersuchung über die Rolle und die Tätigkeiten der Troika (EZB, Kommission und IWF) in Bezug auf die Programmländer des Euroraums, 13.3.2014, P7_TA(2014)0239 Rn 50-55.

41 Ebd, Rn 53.

42 Zur Frage einer Notstandslage s *Fischer-Lescano*, Austerität und Menschenrechte. Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding (2013) 2f, https://media.arbeiterkammer.at/PDF/Studie_Austeritaetspolitik_und_Menschenrechte.pdf (26.4.2016).

43 *Ioannidis*, EU Financial Assistance Conditionality after “Two Pack“, *ZaöRV* 2014, 61 (63).

44 Mitteilung „Einleitung einer Konsultation über eine europäische Säule sozialer Rechte“, KOM(2016) 127 endg v 8.3.2016.

auch ganz konkret auf Austeritätsmaßnahmen bezogen mit der erstmalig durchgeführten „sozialen Folgenabschätzung“ zum im Sommer 2015 mit Griechenland vereinbarten Rettungspaket⁴⁵. Diesen beiden Bekenntnissen zur Wichtigkeit sozialer Komponenten in der europäischen Politik ist allerdings gemeinsam, dass auf DAI an keiner Stelle explizit eingegangen wird.

Dies verwundert umso mehr, als doch die Europäische Kommission die Wichtigkeit von DAI in Zeiten der Eurokrise besonders hervorgehoben hat. So heißt es in den Schlussfolgerungen ihrer Mitteilung „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“: „Die derzeitige Wirtschafts- und Finanzkrise ruft uns in Erinnerung, dass Dienstleistungen in allgemeinem Interesse für den sozialen und territorialen Zusammenhalt eine zentrale Rolle spielen.“⁴⁶

Es drängt sich damit der Gedanke auf, dass dieses möglicherweise „heiße Eisen“ – da es um primärrechtlich verbürgte Rechte geht – bewusst nicht angefasst werden soll.

4. Conclusio

Im Hinblick auf die gestärkte Stellung von DAI und insb die Wertungen im Protokoll Nr 26 erscheint es möglich, dass es durch Austeritätsmaßnahmen im Kontext der Eurokrise zu Verletzungen des primärrechtlich geschützten DAI acquis gekommen ist.

Im Besonderen gibt die starke Einflussnahme der Geldgeber und sonstiger europäischer Institutionen auf nationale Reformprozesse in den Eurokrisenstaaten Anlass zur Sorge. Diese steht in einem direkten Spannungsfeld zu dem in Protokoll Nr 26 als gemeinsamen Wert der Union geschützten „weiten Ermessensspielraum“ der Mitgliedstaaten bei der Organisation von DAWI, dem ebenfalls festgeschriebenen hohen Niveau in Bezug auf Qualität und Bezahlbarkeit derselben und erst Recht zur dort garantierten alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für NDAI.

Dass eine rechtliche Aufarbeitung hierzu seitens der involvierten Institutionen bisher nicht geschehen ist, ist auch vor dem Hintergrund misslich, dass die Eingriffe in die Politiken der einzelnen Mitgliedstaaten durch die betroffenen Bürger_innen als besonders weitgehend empfunden wurden.

Britta Kynast arbeitet als Rechtsanwältin für eine NGO in Brüssel und forscht zu den aufgeworfenen Fragen im Rahmen ihrer Dissertation an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; die in dieser Veröffentlichung geäußerten Ansichten sind die der Verfasserin; britta.kynast@gmail.com

45 Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen „Assessment of the Social Impact of the new Stability Support Programme for Greece, SWD(2015) 162, 19.8.2015.

46 Mitteilung „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“, KOM(2011) 900, 16.

Beyond Austerity Europe: The role of public services in economic and social development

David Hall

1. The political economy of austerity

Although austerity is presented as a necessary economic remedy, an inevitable response to the global financial crisis and recession, and specifically the fiscal and economic crises of countries in the Euro zone, this is demonstrably untrue: austerity policies are promoted even without the context of recessions or currency crisis, and austerity is not the only, or best, option to choose in response to a crisis. Even before the crisis, the IMF, OECD, EU and national governments had been arguing that a continuous reduction in public spending up to the year 2030 is necessary, partly because ageing populations lead to higher spending on healthcare and pensions. Austerity policies have been a central feature of IMF “structural adjustment” programmes since the 1970s, with cuts in public spending and employment required of many countries in that time, and are used by states outside the Euro zone, for example the UK, and also many developing countries, especially those subject to IMF programmes (Ortiz and Cummins 2015).

There are other economic and political options available. If the key objective is to restore and sustain economic growth and employment, then long-term evidence strongly supports the adoption of Keynesian policies of expanding public spending and employment through deliberately increasing government deficits. And the initial response to the crisis was quite the opposite of austerity: in the immediate aftermath of the great recession of 2008, there was a coordinated global programme of expansionary policies in 2009, deliberately increasing government deficits to boost demand, which succeeded in controlling the recession. It was a year later when the IMF and others actively promoted a general austerity strategy, with the sole objective of containing future growth of public spending (IMF 2010).

Austerity policies thus represent a political choice, in which the achievement of full employment is implicitly subordinated to the attempt to create a more market-friendly economy, based on the principle of reducing the role of the state in general, reducing “unproductive” public sector employment, privatising and liberalising public services, minimising the “distortionary” effects of taxation and benefits, and reducing the protection of workers in order to create more liberalised labour markets. There are two major problems with the adoption of austerity policies in Europe. The first is that the economic and social consequences have been, and continue to be, severely damaging. The second

is that these policies are now enshrined as a pillar of the Eurozone itself, through a system of complex and draconian rules which weakens democratic political processes within member states.

2. Economic growth

There is now a large body of evidence, from many countries over long periods of time, that austerity policies hinder, rather than help, the restoration of economic growth. Two of the most damning reports were published by the IMF itself, and another concerned the IMF's own track record. An analysis of previous austerity programmes in the USA, Japan and European countries concluded that: "withdrawing fiscal stimuli too quickly in economies where output is already contracting can prolong their recessions without generating the expected fiscal saving. This is particularly true if the consolidation is centred around cuts to public expenditure ... and if the size of the consolidation is large" (IMF 2012a). A further study of the growth forecasts attached to austerity programmes found that actual economic performance was systematically worse, by a large margin, and that the relationship between forecasts and actual outcomes is "large, negative, and significant" (IMF 2012b).

Others have reinforced these conclusions. An analysis by UNCTAD of IMF austerity programmes in transition and developing economies found the same failure to deliver growth in nearly every case: it concluded brutally that such repeated failure "suggests that they [the programmes] are based on a fundamental macroeconomic misconception" (UNCTAD 2011: 65). Nobel prizewinning economist Paul Krugman has demonstrated that the EU austerity programmes show the same negative relationship with economic performance: "every country that introduced significant austerity has seen its economy suffer, with the depth of the suffering closely related to the harshness of the austerity", while research by Harvard economists that claimed to find economic benefits from austerity was found to be based on simple errors (Krugman 2015). A recent estimate of the effect of austerity programmes already planned is that global GDP will be 5.5 per cent lower by 2020 with a net loss of 12 million jobs, compared with a scenario without austerity (Ortiz and Cummins 2015).

3. Social and economic development

There is also a very long-term link between growth in public expenditure as a proportion of GDP, and growth in the economy, as well as improvement in social conditions. Far from being a burden on the economy, public spending has had a consistent positive effect for over a century. The role of government in providing services and benefits has thus become steadily more important, so that government spending now represents on average about 50% of GDP in Europe (Hall 2014).

Growth in public spending is not a handicap to economic growth, but seems to be an essential part of economic growth and development, in all countries. Explanations for this link identify a range of ways in which a rising proportion of public spending helps economies (for an overview see Hall 2014):

- Public spending has a crucial role in investment in infrastructure. There are benefits to the whole economy from having good roads, railways, electricity and water supplies, but it is not profitable for private investors to build them. In all countries, infrastructure investment has been driven by the public sector: the EU itself has a substantial budget for environmental, transport and energy infrastructure.
- Public spending is a more efficient way of producing many services. Public spending on healthcare, for example, is much more efficient, in economic terms, and more effective, in terms of public health objectives, than private spending on healthcare.
- A healthy, well-educated workforce is more productive: “when oriented towards health and education, such redistributive programs contribute as well to the quality of the labor force, and hence the growth potential of the economy” (Gintis and Bowles 1982: 341).
- Re-distribution of income increases consumer demand, because poorer people spend a much higher proportion of their income: “State-sponsored redistribution policies ... place additional income in the hands of families with relatively high marginal propensities to consume” (ibid.).
- Public services are an efficient collective long-term insurance mechanism. In industrialised economies, a public system of collective support in sickness, unemployment, old age etc, replaces the role of the extended family in agricultural societies. Provision of public services and social security allows people to spend more instead of using savings to protect themselves.
- There is a general benefit to social and economic stability: “The possible patterns of economic evolution consistent with the no-welfare-state option include chaos, stagnation, and the development of new and perhaps unprecedented economic systems” (ibid: 344).

4. Public services and equality

The effects of austerity have been felt in terms of higher unemployment, greater risk of poverty and lack of basic goods and services and insecurity (ETUI 2015), illness and even higher mortality rates: “austerity is not only self-defeating but fatal” (Stuckler and Basu 2013).

Austerity programmes also have the effect of increasing inequality. Most discussions of inequality focus almost entirely on the distribution of disposable income, the net result of market incomes, taxation, and redistribution through social security benefits.

The value of public services, however, is remarkably equal across all income groups, and, in OECD countries, the total value of public education, healthcare, social care for

children and older people, and social housing is equivalent to 13% of GDP – more than the total value of social security benefits (Verbist et al 2012).

Because of the equality of distribution of these benefits, they are proportionately of greater value for poorer groups relative to their disposable income. For poorer households, they are equivalent to a substantial proportion of their disposable income – worth 76% of disposable income for the poorest 20%, and even for households around average income, they are worth an extra one-third on top of disposable income. A study of 150 countries from 1970 to 2009 found that spending on public health and housing has an even greater impact on improving equality than the same spending through social security benefits (Martinez-Vazquez et al 2012).

And through employing more people on better pay and conditions, public services also improve income equality.

5. New powers for the EU

The Euro has always been underpinned by rules restricting the fiscal scope of member states. The Maastricht treaty in the 1990s laid down that government deficits should not exceed 3% of GDP, and government debt should not exceed 60% of GDP – the actual levels were the result of bargaining, not based on a technical calculation. These limits came under stress in the early 2000s, when a number of countries, including Germany and France, breached those limits with impunity. But the crisis of 2009 led to new problems with the debt of some specific Eurozone countries, and the chosen policy response was through specific rescue package. The conditionalities in these EC-IMF-ECB “Troika” packages provided the first occasion when the EU could impose specific policy requirements on member states in relation to non-fiscal issues, albeit in conjunction with the IMF. The support packages also led to demands for much stricter EU controls as a condition of assuring such support for the future. These demands were modelled on the new constitutional law requiring a balanced budget which had been introduced by the conservative government in Germany.

These demands have led to the EU creating a series of new mechanisms, which place severe constraints on the economic and fiscal policies of member states. It has increased the scope of its economic surveillance, through the European semester; the Fiscal Compact requires countries to be constitutionally or at least statutorily bound to a balanced budget; and in return, the European Stabilisation Mechanism (ESM) was created to provide financial support for countries in crisis (Hall 2015).

The “European Semester” is a cycle of monitoring and coordination of the economic policies of member states, based on the annual submission of draft budgets and macro-economic plans by governments. This semester was reinforced by further legislation known as the “Six-pack” and “Two-pack”. The fiscal rules are defined by reference to medium-term objectives for budget deficits (MTOs) for each member state, which are

set following detailed formulae, and which member states are obliged to follow. The formulae for MTOs refer not only to targets for deficit and debt, but also to targets for expenditure levels as a % of GDP, calculated by reference to EU reports on the cost of age-related public expenditure. Public spending must not rise faster than medium-term potential GDP growth, unless it is matched by adequate revenues. There are new stricter sanctions for breaching the deficit and debt targets (EU 2013A; Kocharov 2012). There is also a new Macroeconomic Imbalances Procedure (MIP), which allows the Commission to issue ‘alerts’, and preventive and corrective recommendations to member states. Member states who repeatedly fail to take action required can be fined 0.1% of GDP per year. The procedure uses a ‘scorecard’ for macro-economic policies concerning trade deficits, investment, labour costs, exchange rates, private and public sector debt, and house prices.

The Treaty on Stability, Coordination and Governance (TSCG, also known as the Fiscal Pact), signed by all member states except the UK, reinforces these fiscal rules by requiring Member States to enshrine balanced budget rules in national binding law, preferably of constitutional nature. The obligation applies not only to the balanced budget principle but also to the specific rules for calculating this and ‘automatic’ correction of policies. The treaty (article 3) specifies that “the budgetary position of the general government of the Contracting parties shall be balanced or in surplus” as defined by a “country-specific medium-term objective”, but in any case the structural deficit should not exceed 0.5 per cent of the GDP. All of these rules must be incorporated in national legislation “through provisions of binding force and permanent character, preferably constitutional, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to throughout the national budgetary processes” (EU 2012A; EU 2012B).

Finally, the European Stability Mechanism (ESM) was established in 2012 by a new treaty amongst the 17 member states of the Eurozone to create a fund to provide stability support under strict conditionalities, which are to be determined by the EU-ECB-IMF Troika, and agreed by governments (EU 2012D).

These new powers work by constraining the decisions which can be taken by future elected governments, especially on economic policy. They are intended to work this way: when the Fiscal Compact was agreed, Angela Merkel was reported as saying: “The debt brakes will be binding and valid forever. Never will you be able to change them through a parliamentary majority” (Guardian 2012). Thus right-wing political policies on public finance become permanent and immutable parts of EU membership and “outlaws Keynesianism and its counter-cyclical economic policies and constitutionalizes austerity and balanced budgets as new fundamental principles of the EU constitutional order” (Bugarcic 2013: 2).

It is worth noting that the new powers of the EU are far greater than those of the USA federal government, which has no powers either to rescue or sanction states with fiscal crises, or monitor and direct economic policies in general. There is no legal requirement

for states in the USA to adopt balanced budget rules, although since the mid-19th century, most states have adopted a balanced budget rule, as a matter of fiscal prudence, partly to make it easier to access financial markets to borrow money. In 35 states this is enshrined in the constitution, in varying terminology, in 14 cases there are statutory or de facto requirements for a balanced budget: only one state, Vermont, has no such constraint. In both Europe and the USA, the balanced budget rules mean that the states prevent themselves from countering economic downturns by borrowing money to finance economic stimulus – in effect, Keynesian economic policies are illegal. In the USA, the federal government can still borrow and create money to finance reflationary Keynesian policies in times of recession, but the EU itself has no comparable ability, and so the entire Eurozone is left unable to do so (Fabbrini 2013).

It is not certain that the EU will in fact be able to enforce these rules and policies. These rules have already created political tensions with democratically elected governments seeking to pursue different policies, and helped drive changes in the political landscape of EU member states. The most dramatic example was the case of Greece, where a new left party Syriza was elected to power to resist the policies imposed by the Troika – Syriza did not however succeed in this resistance. A similar new party in Spain, Podemos, has now obtained a powerful presence in parliament. Portugal has elected a new government of left parties committed to ending austerity. The European Commission has had to issue severe warnings to Spain, Italy, Finland, Romania, Croatia and Belgium for breaking the new rules – with the most serious warning addressed to Spain (Euractiv 2016).

6. Alternative policies and alternative politics

The purpose of public spending and public services is to achieve public objectives. These objectives include, for example, ensuring universal education and universal access to healthcare; environmental objectives such as the reduction of greenhouse gas emissions and management of waste; and economic objectives such as full employment. These objectives feature strongly in advocacy of alternative policies, as shown in the quotes below.

This also means that public spending will almost certainly continue to rise as a proportion of GDP, because of the commitment to deal with climate change (adding about 1.5% of GDP to global public spending levels), the needs of ageing populations for pensions and healthcare (an extra 4.5% of GDP), and economic and social development of education, health and infrastructure in middle and lower income countries. (Hall 2014). These policies are affordable. All countries in the world can increase their revenues substantially, just by increasing taxes on high incomes, property and corporate profits. This requires action to strengthen tax collection systems, and to deal with tax avoidance and the use of tax havens. Estimates by the IMF and others of the potential

extra revenues from some of these sources are equivalent to 11% of GDP, which would increase total tax revenues by 33% in high income countries; and government debt of all countries could be restored to the levels of 2007 by a general tax of 10% on private wealth (IMF 2013).

- “The public debt is not our major worry. The more urgent need is to increase our educational capital and prevent the degradation of our natural capital ... this would represent public spending on a vast scale, far vaster than any previous public spending by the rich countries” (Piketty 2013: 396).
- “[A] caring economy, where care for people as well as for the environment is the central objective, means that any progressive policies should not only focus on investing in physical, and in particular green, infrastructure but also on social infrastructure ... policies must be developed in order to enhance the quality of jobs in the social services sector” (Bazillier et al 2015: 30).
- “Large increases in public investment in infrastructure, education, and technology will be needed. These will have to be financed, at least in part, by environmental taxes, including carbon taxes, and taxes on the monopoly and other rents that have become pervasive in the market economy – and contribute enormously to inequality and slow growth” (Stiglitz and Rashid 2016).
- “All advanced economies have developed a dense network of interacting non-market and interventionist institutions. The welfare outcome of changing such institutions in an apparently market-oriented direction is therefore ex ante unclear... calculations show the effects of a once-and-for-all rise in public investment in Germany by 1 percent in 2016 (roughly equivalent to a rise of 30 billion €) [financed by deficit]” (iAGS 2016: 82).

Political organisation for these alternative policies will involve conflicts with the austerity policies of the main international institutions: the European Commission, IMF, World Bank, and OECD. Reversing EU rules on balanced budgets etc requires EU-wide political organisation, as well as national-level activity to democratise political institutions and develop new parties. This is the point of politics, and the reason for democracy.

David Hall was the founding director of PSIRU (Public Services International Research Unit) at the University of Greenwich from 2000-2013. He is now a visiting professor at the university; d.j.hall@gre.ac.uk

Bibliography

Bazillier, R., Cozzi, G., Crespy, A., De Ville, F. and Wigger, A. (2015): Alternatives to Neo-Liberal Austerity, in: Solidar (ed.): Progressive Structural Reforms, 25-33,

http://solidar.org/IMG/pdf/2015_11_30_social_progress_lab_struc_reforms.pdf

Bugaric, B. (2013): Europe against the Left? On Legal Limits to Progressive Politics, LSE LEQS Paper No. 61/2013, www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper61.pdf

EU (2012A): Treaty on Stability, Coordination and Governance, http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf

- EU (2012B): Specifications on the implementation of the Stability and Growth Pact 3 Sept 2012, http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/pdf/coc/code_of_conduct_en.pdf
- EU (2012D): Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM) 2012, www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf
- EU (2013): The EU's economic governance explained MEMO/13/979 12/11/2013, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-979_en.htm
- Euractiv (2016): Brussels piles pressure on Spain and Italy to balance their budgets, 8 Mar 2016, www.euractiv.com/section/euro-finance/news/brussels-piles-pressure-on-spain-and-italy-to-balance-their-budgets/
- European Commission (2012): Report on Public Finances in EMU 2012, European economy series 4/2012, http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2012/pdf/ee-2012-4.pdf
- European Commission (2013): Public Finance Sustainability, http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/themes/03_public_finance_sustainability.pdf
- Fabbrini, F. (2013): The fiscal compact, the “golden rule,” and the paradox of European federalism, *Boston College International & Comparative Law Review* 36 (1), http://federalismo.sspa.it/wp-content/uploads/Fiscal_Compact_Fabbrini.pdf
- Gintis, H./Bowles, S. (1982): The Welfare State and Long-Term Economic Growth: Marxian, Neoclassical, and Keynesian Approaches, in: *The American Economic Review*, 72/2, 341-345
- Hall, D. (2014): Why we need public spending, PSIRU <http://epsu.org/a/10489>
- Hall, D. (2015): Services of general interest under regimes of fiscal austerity, PSIRU, www.psiru.org/reports/services-general-interest-under-regimes-fiscal-austerity
- iAGS (2016): independent Annual Growth Survey Fourth Report 2016: for Euro Area, www.iags-project.org/documents/iags_report2016.pdf
- IMF (2010): From Stimulus to Consolidation: Revenue and Expenditure Policies in Advanced and Emerging Economies. April 30, 2010, www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/043010a.pdf
- IMF (2012a): Successful Austerity in the United States, Europe and Japan, IMF WP12/190, www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12190.pdf
- IMF (2012b): World Economic Outlook October 2012, www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2012/02/pdf/text.pdf
- IMF (2013): Fiscal Monitor October 2013 Taxing Times, www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2013/02/pdf/fm1302.pdf
- Kocharov, A. (2012): Another legal monster? An EUI debate on the fiscal compact treaty, EUI Working Papers LAW 2012/09, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21496/LAW_2012_09_Kocharov_ed.pdf
- Krugman, P. (2015): The Austerity Delusion, www.theguardian.com/business/ng-interactive/2015/apr/29/the-austerity-delusion
- Martinez-Vazquez, J., Moreno-Dodson, B. and Vulovic, V. (2012): The Impact of Tax and Expenditure Policies on Income Distribution: Evidence from a Large Panel of Countries, *Review of Public Economics*, 200 (4/2012), 95-130, www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/hac_pub/200_Art4.pdf
- Ortiz, I., Cummins, M., Capaldo, J. and Karunanethy, K. (2015): The Decade of Adjustment: A Review of Austerity Trends 2010-2020 in 187 Countries, ESS Working Paper No. 53. ILO and Columbia University and the South Centre IPD, www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressourceId=53192
- Piketty T. (2013): *Capital in the 21st century*, Cambridge/London.
- Stiglitz, J.E. and Rashid, H. (2016): What's Holding Back the World Economy?, *Project Syndicate*. February 8, www.project-syndicate.org/commentary/whats-holding-back-the-global-economy-by-joseph-e--stiglitz-and-hamid-rashid-2016-02
- Stuckler, D. and Basu, S. (2013): *The Body Economic: Eight experiments in economic recovery, from Iceland to Greece*, London.
- UNCTAD (2011): Trade and development report: Post-crisis policy challenges in the world economy, http://unctad.org/en/Docs/trdr2011_en.pdf
- Verbist, G., Förster, M. and Vaalavuo, M. (2012), The Impact of Publicly Provided Services on the Distribution of Resources: Review of New Results and Methods, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 130, <http://dx.doi.org/10.1787/5k9h363c5szq-en>

TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen

Verena Madner

1. Einleitung

Kaum ein Vorhaben der europäischen Wirtschafts- und Außenhandelspolitik hat die öffentliche Diskussion in letzter Zeit so beherrscht wie die Verhandlungen um die transatlantischen Handelsabkommen TTIP und CETA. In Österreich wie auch in Deutschland ist das öffentliche Meinungsbild dabei von relativ breiter Ablehnung geprägt. Zentrale Punkte der Debatte¹ sind die befürchtete Absenkung von Verbraucherschutz-, Umwelt- und Sozialstandards sowie drohende Gefahren für Demokratie und Rechtsstaat durch InvestorInnenklagen im Rahmen von Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren (ISDS). Intensiv werden auch mögliche Gefährdungen der Daseinsvorsorge durch die geplanten transatlantischen Handelsabkommen diskutiert. Die vielschichtigen Implikationen von CETA, TTIP & Co für öffentliche Dienstleistungen sollen in der Folge näher beleuchtet werden.²

1.1. Öffentliche Dienstleistungen

Mit öffentlichen Dienstleistungen oder Dienstleistungen der Daseinsvorsorge sind hier solche Dienstleistungen angesprochen, deren Erbringung von besonderem öffentlichem Interesse ist und die „der Markt“ nicht oder nicht in gewünschter Weise erbringt.³ Ausschlaggebend dafür, dass eine rein gewinnorientierte, „marktliche“ Erbringung nicht erfolgt oder nicht zielführend scheint, sind Anforderungen an die Qualität der Dienstleistung oder an den Zugang zur Leistung, die im Interesse des Gemeinwohls an die Erbringung der Leistung gestellt werden. Es geht also um Aspekte wie Versorgungssicherheit, kontinuierliche Erbringung, Erschwinglichkeit, universellen Zugang oder Erfüllung sozial-ökologischer Qualitätskriterien. Potenziell, wenn auch in unterschied-

1 Vgl dazu zB das AK Positionspapier EU-Handels- und Investitionsschutzabkommen TTIP und CETA (2015).

2 Detaillierte Erkenntnisse zu den Implikationen von CETA konnten im Rahmen der Untersuchung *Madner/Mayr/Damjanovic*, Die Auswirkungen des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich (2015), Studie im Auftrag von AK Wien, Österreichischem Städtebund und VÖWG, gewonnen werden.

3 Zur Begriffsbildung vgl *Krajewski*, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011), *Kahl/Müller*, Gemeinden und Länder im Binnenmarkt (2015) 11ff.

lichem Ausmaß, betrifft dies vielfältige Sektoren wie zB die Trinkwasserversorgung, die Entsorgung von Abfällen oder Abwasser, aber auch soziale Dienstleistungen oder Leistungen im Gesundheits- und Bildungswesen, Postdienste oder auch Leistungen in netzwerkbasierten Sektoren wie Energie oder Verkehr. Die Einschätzung, welche Dienstleistungen in welchem Umfang als öffentliche Dienstleistungen erbracht werden sollen, ist grundsätzlich eine politische Frage, die essenziell von Werthaltungen geprägt und wandelbar ist. Wie groß der Spielraum für die Ausgestaltung unterschiedlicher Modelle der Daseinsvorsorge im Einzelnen tatsächlich ist, wird dabei freilich wesentlich vom (seinerseits nicht unveränderlichen) rechtlich-konstitutionellen Rahmen mitbestimmt.

2. Öffentliche Dienstleistungen und Abkommen zur Handelsliberalisierung: Ein bekannter Konflikt in neuer Aufstellung

2.1. Die Debatte zum GATS

Das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen Handelsliberalisierung und öffentlichen Dienstleistungen wurde mit dem GATS bereits im WTO-Kontext sichtbar und eingehend diskutiert:⁴ Die Marktzugangspflichten des GATS zielen tendenziell auf solche Maßnahmen ab, die charakteristisch für die Art und Weise sind, mit der öffentliche Dienstleistungen erbracht werden, um eine gemeinwohlorientierte Erbringung sicherzustellen: Es geht dabei insb um die Zulässigkeit von Monopolen, ausschließlichen Rechten, spezifischen Verpflichtungen bei der Leistungserbringung, Vorschriften über Mindestbeteiligungen der öffentlichen Hand oder um Bedarfsprüfungen.

Handelsabkommen im Gefolge des GATS schreiben überdies in vielen Bereichen Liberalisierung auch für die Zukunft auf dem vereinbarten Niveau fest (*standstill*) bzw sehen vor, dass die VertragspartnerInnen auch nach Vertragsschluss autonome vorgenommene Liberalisierungsschritte später nicht mehr auf das Ausgangsniveau zurücknehmen können (*ratchet*, Sperrklinkeneffekt). Die gewünschte Flexibilität bei der Ausgestaltung der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen erfährt damit erhebliche Einschränkungen, sofern nicht Ausnahmen oder Begrenzungen wirksam werden. Im Einzelnen ergeben sich solche Verpflichtungsbegrenzungen in Handelsabkommen aus einem komplexen Zusammenspiel von Vorbehalten und Vertragsannexen.⁵

2.2. Abkommen einer neuen Generation

Mit den jetzt in Verhandlung stehenden transatlantischen Abkommen erhält das Spannungsfeld von Liberalisierung und öffentlichen Dienstleistungen eine neue Dimension.

4 *Krajewski*, „GATS plus“: Öffentliche Dienstleistungen in Freihandels- und Investitionsabkommen der Europäischen Union, in *Prausmüller/Wagner* (Hrsg), *Reclaim Public Services* (2014) 132; *Adlung*, *Public Services and the GATS*, JIEL 2006, 455.

5 Allgemein zum komplexen System von Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen in Handelsabkommen *Krajewski*, „GATS plus“, 141ff.

Denn TTIP und CETA verkörpern einen Typus von Abkommen, dessen Reichweite weit über bisherige EU-Handelsabkommen hinausgehen soll.⁶ Die Verhandlungsmandate⁷ und Verhandlungsprozesse zu diesen Abkommen, die auch im Kontext der mit dem Vertrag von Lissabon erweiterten ausschließlichen EU-Außenhandelskompetenzen im Bereich des Investitionsschutzes zu sehen sind,⁸ machen deutlich, dass TTIP und CETA „ehrgeizige Ziele“ anstreben, die signifikant über die bestehenden WTO-Verpflichtungen hinausgehen, wenn sie dabei auch WTO-Konformität anstreben. Wegen ihrer insgesamt weitgesteckten Agenda werden Handelsabkommen dieses Typs daher auch mit dem Etikett „WTO plus“ oder „GATS plus“ versehen.

Konkret geht es dabei zum einen um vielfältige Marktzugangsbeschränkungen, die als sog nicht-tarifäre Handelshemmnisse beseitigt werden sollen und so zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels und insb auch zur Marktöffnung für Investitionen im Dienstleistungssektor beitragen sollen. Dass derartige Verbote – zB von Monopolen, Quoten, Bedarfsprüfungen oder Beteiligungsvorbeschränkungen – insb auch die Modalitäten der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen betreffen, wurde oben bereits mit Blick auf das weniger weit reichende GATS dargelegt. Darüber hinaus sollen TTIP & Co aber auch Vorgaben für Bereiche wie die öffentliche Beschaffung, für Subventionen und für die Wettbewerbspolitik festlegen und Bestimmungen zur regulatorischen Kooperation sowie allgemeine Anforderungen an die innerstaatliche Regulierung (*domestic regulation*) enthalten. Damit werden potenziell eine Reihe von Instrumenten und Regelungsbereichen, die für die Ausgestaltung der öffentlichen Daseinsvorsorge als zweckmäßig angesehen werden, im Interesse der Handelsliberalisierung „disziplinierenden“ Vertragsvorgaben unterworfen. Last but not least sollen in CETA und TTIP jeweils Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren zur Durchsetzung von Investitionsschutzstandards verankert werden. Diese Klagerechte für InvestorInnen stehen als Sonderklagebefugnisse vehement in Diskussion. Mit Blick auf die potenziell hohen Entschädigungsforderungen, die im Rahmen des ISDS – zu Recht oder missbräuchlich – gestellt werden könnten, wird gerade auch im Kontext öffentlicher Dienstleistungen die abschreckende Wirkung von InvestorInnenklagen und die mit dem ISDS potenziell einhergehende Einschränkung der Regelungsfreiheit demokratisch legitimierter Organe problematisiert.⁹

6 Zu verschiedenen Generationen von EU-Handelsabkommen im Überblick *Krajewski*, „GATS plus“ 134ff. Aus politisch-ökonomischer Perspektive *Raza*, Öffentliche Dienstleistungen in internationalen Handelsabkommen: Erfahrungen aus der GATS 2000 Debatte, in *Prausmüller/Wagner* (Hrsg) *Reclaim Public Services* (2014), 65.

7 Vgl das TTIP-Verhandlungsmandat vom 17.6.2013, insb Nr 4, Nr 15 und Nr 19, bzw das im Dezember 2015 öffentlich gemachte Verhandlungsmandat für CETA: www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/15-eu-canada-trade-negotiating-mandate-made-public/ (1.5.2016).

8 Näher dazu *S Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, *EuR* 2015, 575.

9 Ausführlich zu diesem Themenkomplex, *S Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, in diesem Band (*juridikum* 2016, 231).

2.3. Mega-Regionalisierung, Plurilateralismus

CETA und TTIP sind Teil einer Welle von (mega-)regionalen Abkommen, die nicht zuletzt auf Grund der festgefahrenen WTO-Verhandlungen stetig anwächst.¹⁰ Was im Gefüge des WTO-Handelssystems in der noch laufenden Doha-Verhandlungsrunde (Doha Development Agenda, DDA) auf multilateraler Ebene seit längerem nicht erreicht werden kann – nämlich eine weitgehende Liberalisierung des Dienstleistungshandels bzw. Vereinbarungen über Investitionsschutz und Wettbewerb – das soll mit ausgewählten VertragspartnerInnen auf bilateraler oder plurilateraler Ebene realisiert werden.

Auch das geplante Dienstleistungsabkommen TiSA¹¹ illustriert diesen Schwenk weg vom Verhandlungsprozess im Rahmen des multilateralen WTO-Handelssystems, hin zu Vereinbarungen in einem ausgewählten Kreis. Die 23 Staaten, die derzeit über TiSA verhandeln – mit dabei sind maßgeblich sowohl die EU als auch die USA – stehen gemeinsam für 70% des weltweiten Handels mit Dienstleistungen. Die VerhandlungsteilnehmerInnen, die sich selbst als „really good friends of services“ bezeichnen, sehen in TiSA einen „Kickstart“ für die Dienstleistungsliberalisierung in der Doha-Runde. Das Abkommen soll zunächst auf plurilateraler Ebene weitreichende Liberalisierungsverpflichtungen festschreiben, dabei aber auf der Regelungsstruktur des GATS aufsetzen und dadurch ein künftiges „Andocken“ an das WTO-System erleichtern.¹² Längerfristiges Ziel ist also eine „Multilateralisierung“ der mit einer Gruppe von gleichgesinnten erreichten Marktöffnung.

3. Der besondere Stellenwert öffentlicher Dienstleistungen in der Europäischen Union

Öffentliche Dienstleistungen sind für den sozialen und territorialen Zusammenhalt in der EU von wesentlicher Bedeutung und nehmen eine besondere Rolle im europäischen Gesellschaftsmodell ein. Dieser hohe Stellenwert der öffentlichen Daseinsvorsorge sowie der weite Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten und die Vielfalt der Modelle der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen wurde mit dem Vertrag von Lissabon nochmals deutlicher hervorgehoben,¹³ ohne allerdings die Daseinsvorsorge generell aus

10 Zu den vielfältigen Ursachen, Ausprägungen und WTO-rechtlichen Implikationen dieses Trends aus einer grundsätzlich liberalisierungsfreundlichen Perspektive *Hoekman/Mavroidis*, WTO 'à la carte' or 'menu du jour'? Assessing the Case for More Plurilateral Agreements, EJIL 2015, 319. Zur umfangreichen Diskussion um regionale und bilaterale Handelsabkommen als Bausteine oder Stolpersteine für multilaterale Handelsbeziehungen vgl. *Bhagwati*, Termites in the Trading System (2008).

11 Vgl. dazu *Sauvé*, Towards a plurilateral Trade in Services Agreement (TiSA): Challenges and prospects, Journal of International Commerce, Economics and Policy 2014, 1 sowie den kritischen Bericht von *Gould*, Abkommen der wirklich guten Freunde transnationaler Konzerne (2014), www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/report_tisa_ger_lr.pdf (1.5.2016).

12 Vgl. auch die Erläuterungen im TiSA Verhandlungsmandat des Rates, veröffentlicht im März 2015 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6891-2013-ADD-1-DCL-1/en/pdf> (1.5.2016).

13 Vgl. etwa Art 14 AEUV, Art 36 GRC sowie Protokoll Nr 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, dessen Art 2 bekräftigt, dass sog nicht wirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse allein in die Zuständigkeit der MS fallen. Dazu insg *Damjanovic*, Art 36 Rz 4, in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014).

dem Binnenmarktkonzept herauszulösen. Aus dem Unionsrecht resultiert für die Mitgliedstaaten keine unbeschränkte Regelungs- und Gestaltungsfreiheit für die gemeinwohlverpflichtete Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen. Hinzu kommt, dass unter den Vorgaben des Unionsrechts bereits seit den 1990er Jahren etliche (Netzinfrastuktur-) Sektoren zT weitreichend liberalisiert und reguliert wurden (zB Energie, Telekom, Verkehr).¹⁴

Das Interesse der Mitgliedstaaten an der Wahrung ihres unionsrechtlich anerkannten Gestaltungsspielraums bei der Erbringung, Organisation und Finanzierung der Daseinsvorsorge steht damit in einem Spannungsverhältnis zu den Marktöffnungs- und Markttransparenzregeln der Union, namentlich zu den Vorschriften über Binnenmarkt und Wettbewerb, dem Beihilfen- und dem Vergaberecht. Die Balance zwischen diesen Interessenlagen wird wesentlich durch Art 106 Abs 2 AEUV gesteuert, der Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln zulässt, wenn die Erfüllung des Daseinsvorsorgeauftrags ansonsten „tatsächlich oder rechtlich“ verhindert würde. Insb die Europäische Kommission interpretiert den Geltungsanspruch der Binnenmarktordnung extensiv, während der Europäische Gerichtshof hier nun zurückhaltender judiziert¹⁵ und insgesamt versucht, die Balance zwischen Binnenmarktordnung einerseits und dem Interesse an politischer Gestaltungsfreiheit und Wahrung nationaler Traditionen andererseits zu halten.¹⁶ Demgegenüber versteht sich die Europäische Kommission seit jeher und wohl weiterhin primär als Hüterin der Binnenmarktordnung und weniger als Garantin funktionierender gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge in Europa. Das legt die Frage nahe, ob durch Handelsabkommen wie TTIP & Co diese fragile Balance gestört wird und Gestaltungsfreiräume zur Verwirklichung sozial-, fiskal- und wirtschaftspolitischer Ziele wieder geschlossen werden, die für den Bereich der Daseinsvorsorge von den Mitgliedstaaten gegenüber der EU in den letzten Jahren durchgesetzt bzw vom EuGH anerkannt wurden (zB zu Dienstleistungskonzessionen, zur interkommunalen Zusammenarbeit oder zur Zulässigkeit der Finanzierung öffentlicher Leistungen nach den sog „Altmark-Kriterien“).

4. Handelsabkommen und öffentliche Dienstleistungen: Eine Blitzlichtaufnahme am Beispiel des CETA

Die Regelungselemente von Handelsabkommen der neuen Generation, die potenziell auf die öffentliche Daseinsvorsorge einwirken können, wurden bereits grob skizziert. In der Folge soll näher erfasst und illustriert werden, welche Auswirkungen die angespro-

14 Durch TTIP & Co wird der derzeitige Stand der EU-Liberalisierung grundsätzlich festgeschrieben und – sofern kein entsprechender Vorbehalt verankert wird – können nach Vertragsschluss gesetzte, weitergehende Liberalisierungsschritte im Rahmen der Abkommen auch nicht mehr zurückgenommen werden.

15 S dazu *Damjanovic*, Legal Structure of the EU Social Market Economy (Habilitationsschrift, WU 2015).

16 Vgl *v Danwitz*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung (2014) 103 (127).

chenen Abkommenselemente entfalten und inwiefern für öffentliche Dienstleistungen Schutzmechanismen und Ausnahmen greifen. Außerdem geht es darum, ein Stück weit zu präzisieren, auf welche Weise TTIP & Co in der EU überhaupt rechtliche Wirkungen entfalten. Gegenstand dieser Blitzlichtaufnahme ist CETA.¹⁷

4.1. „Blaupause“ CETA?

Es bietet sich an, zur Illustration der Einwirkungen auf die öffentliche Daseinsvorsorge das EU-kanadische Abkommen CETA heranzuziehen. CETA stellt im Hinblick auf Dienstleistungen und Investitionen „das umfassendste Handelsabkommen, das die EU bisher abgeschlossen hat“ dar.¹⁸ Das Ergebnis der Verhandlungen zu CETA liegt mit knapp 1600 Seiten seit September 2014 vor, die juristische Prüfung (legal scrubbing) des Abkommenstextes wurde im Februar 2016 abgeschlossen.¹⁹ Im Gegensatz zu dem noch in Verhandlung befindlichen TTIP steht damit ein vollständiges und offiziell veröffentlichtes Textdokument – wenngleich noch kein ratifiziertes Abkommen – zur Verfügung. CETA wird oft und sprachlich nicht ganz genau als „Blaupause“ für TTIP bezeichnet. CETA mag in mancher Hinsicht strukturell ein Referenzmodell für das noch „ehrgeiziger“ angelegte TTIP sein. CETA als „Testlabor“ bzw. „Türöffner“ wären vielleicht ebenso passende Charakterisierungen des Abkommens. Eine Türöffnerfunktion könnte CETA künftig zB für US-amerikanische Unternehmen mit Niederlassung in Kanada entfalten, die als InvestorInnen mit „substanzieller Geschäftstätigkeit“ in Kanada²⁰ InvestorInnenklagen gegen die EU auf das CETA-Investitionsschutzkapitel stützen könnten. Als realpolitisches Testlabor kann man CETA mit Blick auf die Ratifikation bzw. einen möglichen Beschluss über die vorläufige Anwendung des Abkommens sehen. Auf welche Weise CETA rechtliche Auswirkungen entfalten wird, ist noch offen. Die Einordnung von CETA als gemischtes Abkommen,²¹ das auch einer Ratifikation in den Mitgliedstaaten bedarf, liegt nahe, ist aber weder rechtlich noch politisch endgültig geklärt. Mit der Qualifikation als gemischtes Abkommen hängt auch die Reichweite einer möglichen vorläufigen Anwendung des Abkommens zusammen. Ein solcher Beschluss über die vorläufige Anwendung²² müsste alle diejenigen Bestimmungen ausnehmen, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, was praktisch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zB im Bereich des Investitionsschutzes nach sich zieht. Ob

17 Eingehend zum Folgenden *Madner/Mayr/Damjanovic*, Auswirkungen (2015).

18 *Europäische Kommission*, CETA – Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse (zuletzt Februar 2016; Übersetzung d'Autorin), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf (1.5.2016).

19 Abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf bzw. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf (1.5.2016). Auf die zuletzt genannte „Februar-Fassung“ beziehen sich im Folgenden auch Bezugnahmen auf CETA Bestimmungen.

20 Art 8.1 CETA.

21 Dafür spricht ua die fehlende Kompetenz der EU für Portfolioinvestitionen. Näher dazu *S Mayr*, EuR 2015, 590ff.

22 Art 30.7 CETA eröffnet die Möglichkeit einer vorläufigen Anwendung des Abkommens nach Maßgabe eines Beschlusses des Rates gem Art 218 Abs 5 AEUV.

und in welchem Umfang der Rat einen entsprechenden Beschluss zur vorläufigen Anwendung fasst, ist ebenso offen, wie die Frage, ob der österreichische Vertreter im Rat in seinem Stimmverhalten gebunden wird. Für die Einwirkungen von CETA (auch) auf öffentliche Dienstleistungen ist die Frage einer vorläufigen Anwendung des Abkommens jedenfalls von nicht unerheblicher Bedeutung.

4.2. Ausnahmen zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen im CETA

Öffentliche Dienstleistungen sind nicht generell vom Anwendungsbereich des CETA ausgenommen.²³ Die Europäische Kommission betont in der rechtspolitischen Diskussion, dass die EU mit CETA „wie in allen Handelsabkommen“ keinerlei Verpflichtungen eingeht, die öffentliche Dienstleistungen betreffen.²⁴ Die Kommission²⁵ verweist dazu in der rechtspolitischen Diskussion regelmäßig auf verschiedene Schutzmechanismen, die sich seit langem in EU-Handelsabkommen bewährt hätten und sicherstellen, dass die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Dienstleistungen gewahrt bleiben. Das System von Verpflichtungen und Ausnahmen soll im Folgenden beispielhaft untersucht werden.

4.2.1. Negativlistenansatz – list it or lose it

In CETA sind Liberalisierungsverpflichtungen nicht wie in anderen EU Handelsabkommen als Positivliste mit Zugeständnissen, sondern nach dem sog Negativlistenansatz gestaltet. Die CETA-Verpflichtungen greifen also nach dem Prinzip „list it or lose it“. Was nicht explizit in einem CETA-Anhang genannt ist, muss liberalisiert werden. Das mag ein rein technischer Unterschied sein, die Gestaltung einer Negativliste erhöht jedoch den Rechtfertigungsdruck und erfordert besondere Genauigkeit, weil Lücken sofort als Liberalisierungspflichten durchschlagen.

In einem *Annex I* zum CETA sind bestehende Abweichungen von den CETA-Verpflichtungen abgesichert. Änderungen sind hier nur in Richtung weitergehender Liberalisierung zulässig, ein Zurück gibt es nicht (*standstill* und *ratchet* – Stillstands- und Sperrklinkeneffekt). Postdienstleistungen wurden zB von der EU im CETA auf dem derzeitigen Liberalisierungsstand festgeschrieben. Wenn ein Staat beschließt, darüber hinaus etwa auch die Aufsstellung von Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen zu liberalisieren, kann diese Regelung später nicht mehr rückgängig gemacht werden. Damit geht auch die Flexibilität verloren, auf negative Liberalisierungserfahrungen mit geänderten An-

23 Zu entsprechenden, abgestuften Vorschlägen s die Studie von *Krajewski*, Model clauses for the exclusion of public services from trade and investment agreements, Studie im Auftrag der AK und EPSU (2016).

24 *Europäische Kommission*, CETA – Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse (Februar 2016).

25 SzB die Zusammenfassung der CETA-Verhandlungsergebnisse sowie die informelle Stellungnahme der *Europäischen Kommission*, Protecting Public Services in TTIP and other EU Trade Agreements vom Juli 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1115> (1.5.2016).

sätzen zu reagieren. In den von *Annex II* erfassten Sektoren und Maßnahmen können demgegenüber auch künftig CETA-widrige Regelungen getroffen werden. Für die Beurteilung des künftigen Regelungsspielraums der EU und der Mitgliedstaaten ist also die Zuordnung zu Annex I oder II von großer Bedeutung.

4.2.2. Beispiele für Ausnahmen zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen im CETA

CETA enthält einige wichtige Ausnahmeklauseln für öffentliche Dienstleistungen, etwa in Bezug auf sog. „Public Utilities“, die Wasserversorgung und öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- und soziale Dienstleistungen.

Im Einzelnen bleiben diese Ausnahmen aber in ihrer Wirksamkeit begrenzt bzw werfen etliche Auslegungsfragen auf: So lässt zB die „Public-Utilities-Klausel“ bestehende oder künftige Marktzugangsbeschränkungen in Form eines öffentlichen Monopols in der Abwasserbehandlung oder ausschließliche Rechte für ein Abfallentsorgungsunternehmen zu. Eine Regelung, die für den Bereich der Abfallwirtschaft oder in der Abwasserbeseitigung bestimmte Bedarfstests, Rechtsformerfordernisse oder Mindestanteile der öffentlichen Hand vorsieht, könnte jedoch weder beibehalten noch neu eingeführt werden. Denn die „Public-Utilities-Klausel“ greift hier nicht und anders als zB Deutschland hat Österreich (mit Blick auf bestehende GATS-Verpflichtungen) im Abwasserbereich auch keinen spezifischen nationalen Vorbehalt eingetragen.

In den Sektoren Bildung, Gesundheit und Soziales hat die EU sich und den Mitgliedsstaaten jeweils das Recht vorbehalten jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Dienstleistungserbringungen beizubehalten oder neu einzuführen. Diese Ausnahme betrifft öffentlich finanzierte Bildungs-, Gesundheits- oder Sozialdienstleistungen. Ob auch nur tw öffentlich finanzierte Dienstleistungen von dieser Ausnahme profitieren, lässt sich bei näherer Betrachtung nicht mit eindeutiger Gewissheit bestätigen.²⁶

4.3. Öffentliche Beschaffung

Das CETA-Beschaffungskapitel ist inhaltlich und strukturell stark an das GPA, das WTO Agreement on Government Procurement angelehnt. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Transparenz sind wesentliche Grundprinzipien. CETA begründet für sich keine Ausschreibungspflicht, sondern legt Anforderungen fest, die erfüllt werden müssen, wenn die Entscheidung getroffen wurde, eine Leistung nicht selbst zu erstellen, sondern zu beschaffen.

26 Die Wendung „which receive public funding or state support *in any form* and are therefore not considered to be privately funded“ (Hervorhebung nicht im Original), könnte bei restriktiver Lesart nicht als quantitatives Kriterium, sondern als staatliches Ermessen hinsichtlich der Form der öffentlichen Finanzierung gelesen werden. Wie ein Staat-Staat-Schiedsgericht dies letztlich interpretiert, bleibt offen.

Mit Blick auf die Daseinsvorsorge ist besonders hervorzuheben, dass CETA nur diejenigen Beschaffungsvorgänge erfasst, für die als „covered procurement“ sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist: Mit Annex 19-3 sind SektorenauftraggeberInnen, zB AuftraggeberInnen im Bereich Wasser, Energie oder Transport vom persönlichen Anwendungsbereich des Kapitels erfasst. Für den sachlichen Anwendungsbereich ist festzuhalten, dass nur Dienstleistungen in den in Annex 19-5 explizit angeführten Bereichen unter das Beschaffungskapitel fallen; aktuell sind dies va Umweltdienstleistungen, wie zB die Abwasser- oder Abfallentsorgung, sowie Reinigungsdienstleistungen.

Das Verhandlungsergebnis des CETA im Beschaffungsbereich wird von der Europäischen Kommission als großer Durchbruch eingestuft, weil erstmals kanadische Provinzen, Territorien und Gemeinden den Zugang zu ihren Beschaffungsmärkten geöffnet haben. Inwieweit die subnationalen Einheiten faktisch tatsächlich den Beschaffungsmarkt öffnen, bleibt nicht zuletzt angesichts der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von CETA abzuwarten.²⁷ Die EU hebt umgekehrt im Gegenzug Einschränkungen auf, die im GPA aus Reziprozitätserwägungen gegenüber Kanada bestanden. Dies trifft zB auf die Vergaben durch SektorenauftraggeberInnen zu.

Für das komplexe Feld der In-house Vergaben und der Zusammenarbeit in Form interkommunaler Kooperationen hat das EU-Recht mit den neuen Vergaberichtlinien die einschlägige Judikatur des EuGH²⁸ kodifiziert. Solche für öffentliche Dienstleistungen praktisch bedeutsame Konstellationen erfasst das CETA Beschaffungskapitel lediglich mit einer knapp formulierten Ausnahme, in dem Dienstleistungen, die von einer erfassten Stelle „internally“ beschafft werden oder von einer erfassten Stelle an die andere erbracht werden, vom Anwendungsbereich des CETA ausgenommen werden. Ob im Staat-Staat-Streitschlichtungsfall tatsächlich das einschlägige EU-rechtliche Verständnis von dieser knapp gefassten Ausnahme erfasst wird, bleibt abzuwarten, entsprechender Spielraum ist mit der Bestimmung jedenfalls gegeben. Die Ausnahmebestimmung wirft aber eine erhebliche Rechtsunsicherheit auf.

Rudimentär, und insofern ebenfalls mit Rechtsunsicherheit behaftet, sind die Bestimmungen über die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien, die in der EU mittlerweile ebenfalls Eingang in die Vergaberichtlinien gefunden haben. Jedenfalls für die Berücksichtigung sozialer Aspekte besteht hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit.²⁹ Dienstleistungskonzessionen sind aktuell nicht vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst.³⁰ Die EU hat allerdings vermerkt, dass sie dazu bereit steht („the EU stands ready“), sollte Kanada in diese Richtung gehen. CETA enthält in diesem Zusammen-

27 *Collins*, Globalized Localism, Canada's Government Procurement Commitments under the CETA, *Journal of Transnational Dispute Management* 2016.

28 EuGH 18.11.1999, C-107/89, Teckal; EuGH 9.6.2009, C-480/06, Kommission/Deutschland (Stadtreinigung Hamburg). S dazu *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, *Vergaberecht*⁴ (2014) 92ff.

29 Vgl *S Mayr*, *Vergaberecht als Schlüssel zu mehr Nachhaltigkeit*, in *Breitenlechner et al* (Hrsg) *Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht* (2015) 63 (82ff), sowie *Madner/Mayr/Damjanovic*, *Auswirkungen* 33f.

30 Näher dazu *Madner/Mayr/Damjanovic*, *Auswirkungen*, 27f.

hang einen demokratiepolitisch brisanten „Trojaner“: Ein Vertragsorgan, das sog *Joint Committee*, kann vom Rat ermächtigt werden, Änderungen von Annexen im Bereich Government Procurement – und damit zB auch Annex 19-5 mit Blick auf Dienstleistungskonzessionen – in einem vereinfachten Verfahren zu beschließen und damit das Abkommen am Parlament vorbei weiterzuentwickeln.

4.4. Investitionsschutz und Klagebefugnisse für InvestorInnen als übergreifende Einwirkungsmöglichkeiten

Das Investitionsschutzkapitel in CETA,³¹ mit dem Standards wie das Prinzip der billigen und gerechten Behandlung von InvestorInnen und der Schutz vor indirekter Enteignung verankert werden, wirkt durch den weiten Investitionsbegriff des CETA und die geplante Einführung von InvestorInnenklagen potenziell überaus weit.³² Ausnahmebestimmungen in den Annexen greifen hier nicht, sodass InvestorInnenklagen grundsätzlich in allen Bereichen ihre mögliche abschreckende Wirkung entfalten können und Gestaltungsmöglichkeiten im demokratisch legitimierten Rechtsetzungsprozess aushebeln können. Dass ein privilegierter Rechtsschutzmechanismus für InvestorInnen ein notwendiges Instrument im demokratischen Rechtssystem darstellt, ist mE noch nicht überzeugend dargetan. Der gesamte Themenkomplex wird im folgenden Beitrag³³ näher beleuchtet.

5. Zusammenfassende Schlussbemerkung

Abkommen wie CETA und TTIP wirken als Handelsabkommen einer neuen Generation mit ihrer umfassenden Liberalisierungsagenda potenziell auf weite Bereiche der Erbringung, Organisation und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen ein. Ausnahmeklauseln und Mechanismen zum Schutz öffentlicher Dienstleistungen sind weniger dicht und flexibel, als die Europäische Kommission postuliert und werfen zahlreiche Auslegungsfragen auf. Insb Sonderklagerechte für InvestorInnen bergen übergreifende Risiken. Wenn TTIP & Co gemeinsame „atlantische“ Werte stärken sollen, wie dies Handelskommissarin *Malmström* betont, muss die Suche nach Wegen fortgesetzt werden, wie dem hohen Stellenwert der Daseinsvorsorge in der EU adäquat Rechnung getragen werden kann.

Verena Madner ist Professorin für öffentliches Recht, Umweltrecht, Public und Urban Governance am Department Sozioökonomie der WU Wien. Sie ist Co-Leiterin des Forschungsinstituts für Urban Management und Governance der WU; verena.madner@wu.ac.at

31 Kapitel 8 CETA.

32 Ausführlich dazu in diesem Heft: *Mayr*, Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU, *juridikum* 2016, 231.

33 Ebd.

Same same but different? Öffentliche Dienstleistungen und das neue Investment Court System der EU

Stefan Mayr

1. Einleitung

CETA und TTIP sind als umfassende EU-Handelsabkommen einer neuen Generation konzipiert. Im Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen ist der „WTO-plus“-Charakter der geplanten Abkommen hervorzuheben. „Mega-Regionals“ wie CETA und TTIP gehen also weit über eine Liberalisierung des Dienstleistungshandels nach dem Vorbild des GATS hinaus. Mit Blick auf staatliche Gestaltungsspielräume im Bereich öffentlicher Dienstleistungen sind vor allem auch die umstrittenen Bestimmungen zum Investitionsschutz und zum *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) von besonderem Interesse.¹ Die Befürchtungen im Zusammenhang mit ISDS sind vielfältig. Neben grundlegenden Bedenken gegen die Errichtung einer Sondergerichtsbarkeit für ausländische Investor_innen, sind wiederkehrende Kritikpunkte ua die hohen Kosten der Verfahren und die vielfach noch höheren, daraus resultierenden Entschädigungszahlungen, die Gefahr missbräuchlicher Klagen, die mangelnde Berücksichtigung öffentlicher Interessen, sowie damit einhergehend das Drohpotenzial von Investor_innenklagen und die Gefahr eines sog „regulatory chill“.

Unter dem Eindruck der heftigen Kritik und massiven Widerstände gegen die Verankerung eines ISDS-Mechanismus in CETA und TTIP hat die EU-Kommission im November 2015 ihren offiziellen Verhandlungsvorschlag für die Errichtung eines *Investment Court System* (ICS) in TTIP veröffentlicht. Neben einer stärkeren Institutionalisierung der Investor-Staat-Streitbeilegung ist darin insb die Verankerung einer Bestimmung zu *Investment and regulatory measures/objectives* vorgesehen, die den Schutz

1 Fragen der Auswirkungen des internationalen Investitionsschutzrechts auf die Organisation, Erbringung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen standen bislang meist nicht im Fokus des wissenschaftlichen oder politischen Diskurses, vgl dazu *Krajewski*, Investment Law and Public Services, in *Bungenberg et al* (Hrsg), International Investment Law (2015) 1629, 1634. S aber etwa *Costamagna*, Regulating Public Services and International Investment Law, in *Krajewski* (Hrsg), Services of General Interest Beyond the Single Market (2015) 77; *Madner/Mayr/Damjanovic*, Die Auswirkungen des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Dienstleistungen der Daseinsvorsorge in Österreich, Studie 2015; *Madner*, TTIP, CETA & Co: EU-Handelsabkommen einer neuen Generation und ihre Auswirkungen auf öffentliche Dienstleistungen, *juridikum* 2016, 221.

staatlicher Regulierungsspielräume stärken soll. Auch in CETA haben die EU und Kanada entsprechende Bestimmungen – in einem ungewöhnlichen Schritt, nämlich *nach* dem offiziellen Abschluss der Verhandlungen – im Rahmen des sog *legal scrubbing* verankert; und im unlängst veröffentlichten Text des geplanten Handelsabkommens zwischen der EU und Vietnam sind im Kapitel *Investment* ebenfalls entsprechende Bestimmungen enthalten. Ob damit die gravierenden Bedenken gegen die Etablierung eines Investitionsschutzregimes samt exklusiven Klagemöglichkeiten für ausländische Investor_innen restlos ausgeräumt werden können, scheint allerdings fraglich.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob und inwiefern sich die Änderungen des Investitionsschutzregimes bzw die Etablierung des ICS-Mechanismus auf die staatlichen Gestaltungsspielräume bei der Organisation, Erbringung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen auswirken *könnten*. Die Analyse erfolgt dabei primär auf der Grundlage des aktualisierten CETA-Textes, der eine relativ zuverlässige Grundlage für eine detaillierte rechtliche Untersuchung darstellt. Außerdem wird untersucht, welche Konsequenzen sich aus den abweichenden Formulierungen im TTIP-Verhandlungsvorschlag ergeben (3.). Zunächst sollen jedoch zwecks Illustration der vielfältigen Berührungspunkte zwischen öffentlichen Dienstleistungen und internationalem Investitionsschutzrecht überblicksartig einige einschlägige Bsp aus der Investitionsschutzpraxis skizziert werden (2.). Vorab noch zur Begrifflichkeit: Welche konkreten Leistungen als öffentliche Dienstleistungen bzw Daseinsvorsorge verstanden werden, beinhaltet ein demokratisches Werturteil, das je nach geografischem, sozialem und kulturellem Kontext sowie im Zeitverlauf unterschiedlich ausfallen kann und das sich häufig in der Festlegung besonderer Verpflichtungen – etwa im Hinblick auf (universellen) Zugang, Qualität, Sozialverträglichkeit oder Versorgungssicherheit etc – widerspiegelt. Im vorliegenden Zusammenhang werden daher unter öffentlichen Dienstleistungen jene wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Leistungen verstanden, die durch solche besonderen Verpflichtungen gekennzeichnet sind.²

2. Konfliktpotentiale

2.1. Hintergrund

In den 1980er Jahren einsetzende Liberalisierungs- und Privatisierungstrends haben im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen lukrative Märkte für private Unternehmen und ausländische Investor_innen geöffnet. Änderungen der rechtlichen bzw regulatorischen Rahmenbedingungen, die – gerade im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen – die Profitabilität einer Investition bzw die Profiterwartungen von Investor_innen beeinträchtigen können, sind seither häufig Gegenstand von internationalen Schiedsverfahren gewesen.³ Dabei ist auch zu beachten, dass die – zB sozial- oder wirtschaftspoli-

2 Vgl statt aller *Krajewski* in *Bungenberg et al* 1631 f.

3 Vgl *Costamagna* in *Krajewski* 86.

tischen – Absichten hinter spezifischen staatlichen Maßnahmen aus Sicht der Schieds-tribunale meist kaum eine Rolle spielen: „[T]he state’s intent, or its subjective motives are at most a secondary consideration [...] the effect of the measure on the investor, not the state’s intent, is the critical factor“.⁴

Auch der weite Investitionsbegriff⁵ der neuen „Mega-Regionals“ wie CETA und TTIP umfasst Investitionen im Bereich öffentlicher Dienstleistungen. Generelle Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen vom Investitionsschutz bzw von der Investor-Staat-Streitbeilegung sind nicht vorgesehen.⁶ Die folgende Aussage eines Schiedstribunals in einem der zahlreichen argentinischen Streitfälle im Bereich Wasserversorgung/Abwasserentsorgung verdeutlicht das Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutz und staatlicher Regelungsautonomie im Bereich der Daseinsvorsorge: „[I]n interpreting the meaning of fair and equitable treatment to be accorded to investors, the Tribunal must balance the legitimate and reasonable expectations of the Claimants with [the State’s] right to regulate the provision of a vital public service“.⁷ Die Beurteilungsspielräume, die ein Tribunal dem betroffenen Staat belässt, variieren. Letztlich nimmt jedes Tribunal eine wertende Entscheidung im Einzelfall dahingehend vor, ob Investitionsschutzstandards – zB *fair and equitable treatment*, *indirect expropriation* – verletzt wurden.⁸

2.2. Beispielfälle

Im vorliegenden Zusammenhang sollen exemplarisch drei aktuelle Beispiele skizziert werden, die eine Reihe von daseinsvorsorgerelevanten Konfliktpotentialen illustrieren. In einem anhängigen ICSID-Verfahren machen die niederländische *United Utilities (Tallinn) B.V.* und der estnische Wasserversorger *AS Tallinna Vesi* in einem Streit betreffend die Wasserversorgung in der Hauptstadt Tallinn Ansprüche gegen Estland

4 *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/3, Award, 20 August 2007, Rn 7.5.20 mwN (Hervorhebung im Original).

5 Vgl Art 8.1 CETA: Erfasst sind neben ausländischen Direktinvestitionen auch Portfolioinvestitionen sowie eine Reihe von materiellen und immateriellen Vermögensgegenständen. Zur Unterscheidung von Direkt- und Portfolioinvestitionen s *Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“? EuR 2015, 575 (590 f) mwN.

6 Vgl demgegenüber die weiterreichenden Vorschläge für entsprechende *model clauses* bei *Krajewski*, Model Clauses for the Exclusion of Public Services from Trade and Investment Agreements, Study commissioned by AK Wien/EPSU (2016), https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/Publikationen/Model_clauses_for_the_exclusion_of_public_services.pdf (25.4.2016).

7 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentina*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, Rn 236.

8 Vgl etwa *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, Rn 195: „With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, *except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed*“ (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl zB auch *Henckels*, Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration, JIEL 2012, 223.

geltend.⁹ *AS Tallinna Vesi* erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung. *United Utilities* ist als Großaktionär mit 35,3% an der *AS Tallinna Vesi* beteiligt.¹⁰ Der Grund für das Schiedsverfahren ist die Weigerung der estnischen Wettbewerbsbehörde, einer Erhöhung der Wasserpreise in Tallinn zuzustimmen. Dahinter steht eine Gesetzesänderung, die darauf abzielt, den Profit von Versorgungsunternehmen auf ein *angemessenes Niveau* zu beschränken.¹¹ Aus Sicht der Kläger_innen resultieren daraus im Zusammenhang mit der Konzession im Bereich Wasserdienstleistungen erhebliche Verluste – einschließlich entgangener Gewinne, die Rede ist von über 90 Mio Euro¹² –, die nun im Wege eines Schiedsverfahrens eingeklagt werden sollen.¹³

Ein anderer Fall betrifft die Wärmeversorgung in einer Reihe von Städten in Litauen, einschließlich der Hauptstadt Vilnius. *Veolia* und die von *Veolia* kontrollierten lokalen Versorgungsunternehmen *Vilniaus Energija* und *Litesko* machen ua wegen Subventionskürzungen und der damit zusammenhängenden Schließung von gasbefeuerten KWK-Anlagen Entschädigungsansprüche in Höhe von mehr als 100 Mio Euro geltend.¹⁴ Neben der Subventionsproblematik ist der Fall aber auch aus einer Rekommunalisierungsperspektive von Interesse: *Vilniaus Energija* betreibt die Wärmeversorgung in der litauischen Hauptstadt Vilnius seit 2002. Allerdings hat sich die Stadt Vilnius entschlossen, den Vertrag mit *Vilniaus Energija* nach Ablauf der 15-jährigen Laufzeit nicht zu erneuern. Deshalb muss das Wärmenetz bis 2017 auf ein städtisches Unternehmen übertragen werden.¹⁵ Im Rahmen des Rekommunalisierungsprozesses stellen sich insb mit Blick auf die Bewertung der vorgenommenen Investitionen bzw der zu übertragenden *assets* schwierige Fragen, die mangels Einigung zwischen Stadt und Investor zu einem weiteren Schiedsverfahren führen könnten.

Ein drittes Beispiel stellt die Änderung von Einspeisevergütungen bzw -tarifen für erneuerbare Energien dar. Insb Spanien ist nach einer Reihe von Reformen von einer Unzahl an diesbezüglichen Schiedsverfahren (ICSID, UNCITRAL, SCC) betroffen. Als Gründe für die Reformen werden ein milliardenschweres Defizit im spanischen Strommarkt und die seitens der EU-Kommission forcierte Konsolidierung des spanischen

9 *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Estonia*, ICSID Case No ARB/14/24.

10 S dazu www.tallinnavesi.ee/en/Investor/Share/Shareholders (25.4.2016).

11 Näher zum Hintergrund des Konflikts *Ward*, Estonia: corporate water fight, 12.07.2011, <http://blogs.ft.com/beyond-brics/2011/07/12/estonia-water-wars/> (25.4.2016).

12 S dazu www.squirepattonboggs.com/news/2015/03/squire-patton-boggs-represents-estonia-on-90-million-icsid-dispute (25.4.2016).

13 Angemerkt sei, dass die Geltendmachung eines entsprechenden Anspruchs durch kanadische Investor_innen grds auch im Rahmen des CETA möglich wäre. Es ist nämlich zu differenzieren: Während die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (noch) nicht in den Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels fällt, sind Ansprüche, die sich im Zusammenhang mit einer (Dienstleistungs-)Konzession ergeben, durchaus vom weiten Investitionsbegriff des Art 8.1 CETA erfasst.

14 *Veolia Environnement S.A. and others v. Lithuania*, ICSID Case No ARB/16/3.

15 Vgl *The Baltic Course*, France's Veolia files EUR 100mln arbitration suit against Lithuania v 27.1.2016, www.baltic-course.com/eng/energy/?doc=115902 (25.4.2016).

Haushalts genannt.¹⁶ Allerdings machen zahlreiche Investor_innen – insb auf Basis des *Energy Charter Treaty* (ECT) – eine Verletzung legitimer Erwartungen bzw die ent-eignungsgleiche Wirkung der Reformmaßnahmen geltend.

Im kürzlich ergangenen ersten Schiedsspruch in diesem Zusammenhang entschied eine Mehrheit des Tribunals zugunsten Spaniens und verwarf die geltend gemachten Ansprüche der Investor_innen.¹⁷ Diesbezüglich ist zweierlei zu beachten: Einerseits bezieht sich die Entscheidung nur auf einen Teil der spanischen Reformmaßnahmen. Andererseits ist angesichts der großen Zahl an Schiedsverfahren gegen Spanien bzw der beteiligten Schiedsrichter_innen keineswegs ausgeschlossen, dass wiederkehrende Rechtsfragen von verschiedenen Tribunalen unterschiedlich beantwortet werden.¹⁸

2.3. Zwischenfazit

Die skizzierten Beispiele werfen eine Reihe an daseinsvorsorgerelevanten Fragen auf und illustrieren exemplarisch zahlreiche Facetten staatlicher Regulierung, die mit den Interessen von Investor_innen in Konflikt geraten können. Wie die Tribunale die Konflikte im Einzelfall auflösen werden, bleibt größtenteils abzuwarten. Insb das letzte Bsp verdeutlicht dabei die besondere – nicht auf den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen beschränkte – Problematik, dass verschiedene Tribunale vergleichbare Rechtsfragen unterschiedlich beurteilen.

Vor diesem Hintergrund sollen im folgenden Abschnitt mögliche Auswirkungen der geplanten Änderungen der Investitionsschutzregimes bzw der Etablierung eines ICS-Mechanismus auf die staatlichen Gestaltungsspielräume bei der Organisation, Erbringung bzw Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen untersucht werden.

3. Das neue *Investment Court System* (ICS)

3.1. Kontext

Angesichts der vehementen Kritik an der geplanten Verankerung von Bestimmungen zu Investitionsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung führte die EU-Kommission von März bis Juli 2014 – auf Grundlage des damaligen CETA-Textes – eine öffentliche Konsultation zum Thema Investitionsschutz in TTIP durch. Handlungsbedarf stellte die Kommission in ihrer Auswertung vor allem in vier Bereichen fest, und zwar mit Blick auf den Schutz des staatlichen Regulierungsrechts (sog „*Right to regulate*“), die Ein-

16 Vgl Rödl & Partner, Spanien reformiert Einspeisevergütung radikal / Scharfe Einschnitte für Energiebranche v 16.7.2013, www.roedl.de/medien/mitteilungen/spanien-reformiert-einspeiseverguetung-radikal-scharfe-einschnitte-fuer-energiebranche (25.4.2016).

17 *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v Spain*, SCC Arbitration No 062/2012, Final Award, 21 January 2016.

18 S auch *Peterson*, As with earlier Argentine cases, avalanche of claims against Spain look set to be resolved by diversely-composed arbitral tribunals v 15.7.2014, www.iareporter.com/articles/as-with-earlier-argentine-cases-avalanche-of-claims-against-spain-look-set-to-be-resolved-by-diversely-composed-arbitral-tribunals/ (25.4.2016).

richtung und die Funktion von Schiedsgerichten, das Verhältnis zwischen innerstaatlichem Rechtsschutz und Investor-Staat-Streitbeilegung sowie die Überprüfung der Entscheidungen der Schiedsgerichte durch eine zweite Instanz.¹⁹

Vor diesem Hintergrund sind der TTIP-Verhandlungsvorschlag bzw die modifizierten Bestimmungen in den Abkommen mit Kanada und Vietnam als Ausdruck „einer breiter angelegten Reformstrategie“ zu verstehen.²⁰ Durch die Etablierung des sog *Investment Court System* (ICS) soll das Investitionsschutzregime in CETA und – falls die USA dem Vorschlag der EU zustimmen – auch in TTIP in zweifacher Hinsicht modifiziert werden: *materiellrechtlich*, insb durch eine neu aufgenommene Bestimmung zu *Investment and regulatory measures/objectives*, sowie *institutionell* durch die Schaffung eines permanenten (zunächst bilateralen²¹) Schiedsgerichts mit zwei Instanzen, wobei die Schiedsrichter_innen vorab von den Vertragsparteien und nicht *ad hoc* von den Streitparteien bestimmt werden.²²

An der zugrundeliegenden (problematischen) Prämisse der Unzulänglichkeit des innerstaatlichen Rechtsschutzes und der damit begründeten Notwendigkeit der Etablierung eines besonderen Schutzregimes (ausschließlich) für ausländische Investor_innen bzw Investitionen, hält die EU-Kommission allerdings uneingeschränkt fest.²³ Dementsprechend variieren die Bewertungen der vorgeschlagenen Neuerungen stark: Von „couragiert und richtungsweisend“²⁴ ist ebenso die Rede, wie von einem bloßen „re-branding exercise for ISDS“²⁵.

3.2. Skizze des institutionellen Rahmens

Im Zentrum der institutionellen Neuerungen steht die Schaffung eines permanenten Schiedstribunals sowie einer Rechtsmittelinstanz (*Appellate Tribunal*). Das *Investment Court System* unterscheidet sich dabei in mehrfacher Hinsicht von bisherigen Streitbeilegungsmechanismen in Investitionsabkommen, was in der Folge am Beispiel des CETA verdeutlicht werden soll.

19 *European Commission*, Report – Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), SWD(2015) 3 final, 4.

20 *Krajewski/Hoffmann*, Der Vorschlag der EU-Kommission zum Investitionsschutz in TTIP (2016) 7, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12379.pdf> (25.4.2016).

21 Die Bezeichnung als Investitionsgerichtssystem weist auf eine längerfristig intendierte Multilateralisierung bzw die Etablierung eines permanenten Investitionsgerichtshofes hin. Zu diesbezüglichen Schwächen s *Schill*, Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts? *Verfassungsblog* v 25.11.2015, <http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/> (25.4.2016).

22 Zu Bemühungen, die materiellen Schutzstandards (zB *fair and equitable treatment*, vgl Art 8.10 CETA) zu präzisieren s unten 3.3.2; weiters sind zB erhöhte Transparenzanforderungen (vgl Art 8.36 CETA) vorgesehen.

23 Krit etwa *Petersmann*, Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens? *JIEL* 2015, 579.

24 *Schill*, *Verfassungsblog* 25.11.2015.

25 *Van Harten*, Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 16 (2016) 1.

Die Mitglieder des Tribunals erster Instanz werden nach Inkrafttreten des Abkommens vom CETA Joint Committee grundsätzlich für die Dauer von fünf Jahren ernannt.²⁶ Vorerst ist die Ernennung von 15 Schiedsrichter_innen vorgesehen.²⁷ Je ein Drittel rekrutiert sich dabei aus Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten bzw Kanadas, ein weiteres Drittel aus Drittstaatsangehörigen. IdR werden Investitionsstreitigkeiten von Kammern (*divisions*) gehört, die sich aus jeweils drei Schiedsrichter_innen (ein_e Schiedsrichter_in pro Drittel) zusammensetzen.²⁸ Den Vorsitz führt jeweils der/die „neutrale“ drittstaatsangehörige Schiedsrichter_in. Unter dem ICS-Mechanismus haben Investor_innen keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Tribunals bzw der jeweiligen Kammer. Die rotierende Zusammensetzung der konkreten Kammern soll dem Zufallsprinzip folgen und somit für die Kläger_innen nicht vorhersehbar sein. Praktische Schwierigkeiten hinsichtlich der gleichzeitigen Verwirklichung von Rotations- und Zufallsprinzip werden allerdings weder in CETA noch im TTIP-Verhandlungsvorschlag adressiert. Die Festlegung der Anzahl der Mitglieder des Tribunals zweiter Instanz bleibt dem CETA Joint Committee vorbehalten.

Als Mitglieder des Tribunals (erster oder zweiter Instanz) kommen gem Art 8.27.4 CETA Personen in Frage, die in ihrem Heimatland für ein Richter_innenamt qualifiziert sind oder bei denen es sich um Jurist_innen von anerkannter Kompetenz handelt. Schiedsrichter_innen müssen über ausgewiesene Fachkenntnisse im Bereich des Völkerrechts verfügen; *wünschenswert* wäre zudem wirtschaftsvölkerrechtliche Expertise, etwa im Bereich des internationalen Investitionsrechts oder der Streitbeilegung. Demgegenüber sind keine besonderen Kompetenzen in Bereichen des innerstaatlichen Rechts erforderlich. Vor dem Hintergrund, dass Investitionsstreitigkeiten im Kontext innerstaatlicher Regelungszusammenhänge (zB Daseinsvorsorge, Sozial- oder Steuergesetzgebung) auftreten, schiene es freilich sinnvoll, das Anforderungsprofil um entsprechende Kompetenzen zu erweitern.

3.3. Das sogenannte „*Right to regulate*“

3.3.1. Ausgangslage

Aus einer rechtlichen Perspektive stellt das sog „*Right to regulate*“ gewissermaßen die Schnittstelle zwischen öffentlichen Dienstleistungen und Investitionsschutz dar.²⁹ Schon vor Verankerung einer diesbezüglichen Bestimmung in Art 8.9 CETA wurde das „*Right to regulate*“ ua in der Präambel des geplanten Abkommens angesprochen und die

26 Eine einmalige Verlängerung der Funktionsperiode um weitere fünf Jahre ist gem Art 8.27.5 CETA zulässig.

27 Änderungen der Zahl der Schiedsrichter_innen sind jeweils in „Dreierschritten“ möglich, vgl Art 8.27.3 CETA.

28 Gem Art 8.27.9 CETA können sich die Streitparteien im Einzelfall auch darauf einigen, bloß eine_n Schiedsrichter_in mit der Streitbeilegung zu betrauen. Als Schiedsrichter_in kommen dann allerdings ausschließlich drittstaatsangehörige Mitglieder des Tribunals in Frage.

29 Im Prinzip ist dieses „Recht“ eine selbstverständliche Folge staatlicher Souveränität; durch die Übernahme völkerrechtlicher Verpflichtungen kann dieses Recht allerdings eingeschränkt werden.

EU-Kommission erklärte, dass das Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse innerhalb der jeweiligen Hoheitsgebiete „ein wesentliches Grundprinzip des Abkommens“³⁰ darstelle. Demgegenüber sprechen die oben erörterten Bsp dafür, dass das Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse vielfach nur „als Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards“³¹ verstanden werden kann. Investitionsschutz bzw Schiedstribunale greifen dabei freilich nicht unmittelbar, sondern mittelbar – durch die Verpflichtung zur Zahlung (potentieller) Entschädigungen – in die staatliche Regelungshoheit ein. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern die Verankerung einer Bestimmung zu *Investment and regulatory measures* das staatliche Recht auf Regulierung im öffentlichen Interesse gegenüber dem Investitionsschutz zu stärken vermag.

3.3.2. „Right to regulate 2.0“?

Art 8.9.1 CETA lautet: „For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.“ Zunächst fällt auf, dass die Vertragsparteien in Art 8.9.1 CETA das Recht auf Regulierung zur Erreichung legitimer politischer Ziele *bekräftigen* („reaffirm“). Die Wortwahl mag damit zusammenhängen, dass die Vertragsparteien schon bisher – dh vor Verankerung der Bestimmung in Art 8.9 CETA – davon ausgegangen waren, dass das „*Right to regulate*“ durch CETA ohnehin nicht eingeschränkt werde. Allerdings wirft das die Frage auf, inwiefern der Bestimmung überhaupt ein eigenständiger normativer Gehalt zukommt (dazu sogleich).³² Weiters ist zu beachten, dass die Bestimmung auf die Erreichung – demonstrativ aufgezählter – *legitimer* politischer Ziele abstellt. Die Formulierung eröffnet CETA-Tribunalen einen Beurteilungsspielraum; die staatliche Einschätzungsprerogative, was legitime politische Ziele sind, dürfte damit letztlich einer schiedsgerichtlichen Nachprüfung unterworfen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die abweichende Formulierung des „*Right to regulate*“ im TTIP-Verhandlungsvorschlag hinzuweisen. Die dort vorgesehene Bestimmung lautet: „The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as [...]“. Im Vergleich zu der Bestimmung in CETA wirft diese Variante des Rechts auf Regulierung im öffentlichen Interesse zumindest zwei zusätzliche Auslegungsfragen auf. Erstens ist die Formulierung „shall not affect“ weitgehend unklar; eine allfällige Rechtsfolge ist jedenfalls nicht vorgesehen.³³ Zweitens bezieht sich

30 EU-Kommission, CETA – Zusammenfassung der abschließenden Verhandlungsergebnisse (2014) 1.

31 Vgl auch Madner/Mayr/Damjanovic, Auswirkungen 46.

32 Vgl auch Lester, The Right to Regulate Provision in EU Investment Chapters, International Law and Policy Blog v 1.3.2016, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/03/the-right-to-regulate-provision-in-the-ceta-investment-chapter.html> (25.4.2016).

33 Krajewskil/Hoffmann, Investitionsschutz 9.

die Variante auf Maßnahmen, die zur Erreichung legitimer politischer Ziele *notwendig* sind. Damit würde den Schiedsgerichten nicht nur die Beurteilung der Legitimität, sondern auch die Beurteilung der Notwendigkeit staatlicher Maßnahmen obliegen. Für die Reichweite des Rechts auf Regulierung im öffentlichen Interesse könnte dies eine weitere Einschränkung bedeuten. In der Vergangenheit haben Schiedsgerichte unter Verweis auf weniger eingriffsintensive Handlungsalternativen teilweise einen strengen Maßstab an die Notwendigkeit staatlicher Maßnahmen angelegt.³⁴

Zurück zu CETA: Das „*Right to regulate*“ gewinnt etwas an Kontur, wenn man die folgenden Absätze in Art 8.9 CETA in den Blick nimmt. „*For greater certainty, [...]*“ wird klargestellt, dass bestimmte Fallkonstellationen keine Verstöße gegen die Investitionsschutzstandards darstellen bzw (so explizit in Abs 4) keine Entschädigungspflicht auslösen. Damit versuchen die Vertragsparteien relativ kasuistisch auf problematische bzw uneinheitliche Tendenzen in der Schiedspraxis zu reagieren. Konkret werden drei Konstellationen angesprochen:

Zunächst stellt gem Art 8.9.2 CETA *allein die Tatsache*, dass eine Vertragspartei ihren Rechts- oder Regulierungsrahmen ändert, keine Verletzung der Investitionsschutzbestimmungen dar, auch wenn damit negative Auswirkungen auf eine Investition bzw die (Profit-)Erwartungen von Investor_innen verbunden sind. Damit reagieren die Vertragsparteien ua auf Tendenzen in der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis, wonach aus dem Rechtsbestand zum Zeitpunkt der Investition – insb durch die Verpflichtung zu *fair and equitable treatment* geschützte – *legitime Erwartungen* der Investor_innen abgeleitet werden können.³⁵

Die weiteren Klarstellungen betreffen den Subventionsbereich. Gem Art 8.9.3 CETA stellt die Nichtgewährung bzw Beendigung einer Subvention *grundsätzlich* keinen Verstoß gegen die Investitionsschutzbestimmungen dar, sofern keine spezifische gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung zur Gewährung der Subvention besteht. Gem Art 8.9.4 CETA können die Vertragsparteien Subventionen zudem im Einklang mit entsprechenden Entscheidungen zB der EU-Kommission oder eines zuständigen Gerichts entziehen bzw deren Rückzahlung verlangen, ohne den/die Investor_in dafür entschädigen zu müssen.³⁶

Im Licht dieser kasuistischen Klarstellungen erscheint die in Art 8.9 CETA verankerte Bestimmung primär als Form der Auslegungshilfe. Allerdings werfen die Formulierung des „*Right to regulate*“ sowie der Klarstellungen zahlreiche neue Rechtsfragen auf. Was

34 Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints* (2013) 66 ff, mit zahlreichen Bsp aus der Schiedspraxis.

35 Vgl Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law*² (2012) 145 ff. ZT wurden Änderungen des rechtlichen Rahmens auch als Verstoß gegen sog *umbrella clauses* gewertet. Damit verpflichten sich die Vertragsstaaten, jegliche Verpflichtungen einzuhalten, die sie in Bezug auf eine Investition eingegangen sind (ibid 177 f). S etwa *LG&E v Argentina*, Decision on Liability, 3 October 2006, Rn 175.

36 Den Hintergrund dieser Klarstellung bildet insb der Fall *Ioan Micula and others v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Award, 11 December 2013. Mit einem Antrag auf Aufhebung der Entscheidung gem Art 52 ICSID Convention hatte Rumänien keinen Erfolg, s dazu *Ioan Micula and others v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Annulment, 26 February 2016.

folgt bspw daraus, dass eine Entschädigungspflicht nur in Art 8.9.4, nicht aber in Art 8.9.1 CETA explizit ausgeschlossen wird?³⁷

Die Klarstellungen unterstreichen aber auch den Charakter des „*Right to regulate*“ als Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards. An der Effektivität des Versuchs, diese Standards in CETA zu präzisieren – und damit die Entscheidungsspielräume der Schiedsgerichte wirksam einzuschränken – bestehen allerdings erhebliche Zweifel.³⁸ Punktuelle Modifikationen können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die besondere – und vielfach kritisierte – Rolle der Schiedsgerichte bei der Anwendung und Weiterentwicklung der Investitionsschutzstandards letztlich ebenso charakteristisch für den internationalen Investitionsschutz ist wie die unbestimmten, viele Deutungen offen lassenden Standards bzw Prüfungsmaßstäbe.

4. Conclusio

Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ist mit Blick auf das durch den ICS-Mechanismus modifizierte Investitionsschutzregime in CETA und TTIP zu differenzieren: An der grundlegenden Problematik der Etablierung von Sonderrechten (nur) für ausländische Investor_innen – *zusätzlich* zum innerstaatlich gewährten Rechtsschutz – ändert das *Investment Court System* nichts. Im Vergleich zum gegenwärtigen System des Investitionsschutzes kann die Schaffung eines permanenten Schiedsgerichts mit zwei Instanzen, wobei die Schiedsrichter_innen vorab von den Vertragsparteien bestimmt werden, aber als Ansatz betrachtet werden, der *à la longue* zu einer einheitlicheren Spruchpraxis und damit mehr Rechtssicherheit beitragen *könnte*. Abkommensübergreifende Divergenzen bei der Auslegung sind allerdings schon aufgrund der jeweils bilateral angelegten ICS-Mechanismen nach wie vor ausgeschlossen.

Der eigenständige normative Gehalt des in CETA und TTIP vorgesehenen „*Right to regulate*“ bleibt weitgehend unklar. Im Zusammenspiel mit den kasuistischen *Klarstellungen* ergeben sich zahlreiche neue Rechtsfragen. Zudem unterstreicht die Struktur der Bestimmung den Charakter des „*Right to regulate*“ als bloße Kehrseite der materiellen Investitionsschutzstandards. An der Effektivität des Versuchs, diese Standards in CETA zu präzisieren, bestehen allerdings erhebliche Zweifel. Eine wirksame Einschränkung der Entscheidungsspielräume der Tribunale im Bereich öffentlicher Dienstleistungen ist durch Bestimmungen zu *Investment and regulatory measures/objectives* nicht gewährleistet.

Mag. Stefan Mayr, LL.M. (CEU) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Urban Management and Governance, WU Wien; stefan.mayr@wu.ac.at

³⁷ Ausf Van Harten, Key Flaws 4 f.

³⁸ Vgl etwa Madner/Mayr/Damjanovic, Auswirkungen 42 ff mwN. Zu Problemen, die sich diesbezüglich aus der Meistbegünstigungsklausel in Art 8.7 CETA ergeben können, vgl auch Tzanakopoulos, National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT, JWIT 2014, 484, 501 f.

PPPs: Ein Fall für theoretische Kontroversen?

Leonhard Plank

1. Einleitung

„Mit ÖPP können öffentliche Leistungen nicht nur mit geringeren Kosten schneller und früher, sondern auch in höherer Qualität bereitgestellt werden. Positive Erfahrungen liegen in Europa vor – in Großbritannien, den Niederlanden, Dänemark, Schweden, Frankreich, Portugal und Griechenland. Einsparpotentiale in der Größenordnung von 10 bis 20 Prozent bezogen auf die herkömmliche Realisierung öffentlicher Infrastrukturprojekte sind dabei **nachweisbar**.“¹

Die in dem einleitenden Zitat reflektierte Euphorie ist grundsätzlicher Skepsis bzw klarer Ablehnung gegenüber *Public-Private-Partnerships*² (PPPs, zu deutsch auch Öffentliche-Private Partnerschaften (ÖPP)) gewichen. Neben zivilgesellschaftlicher Kritik an den negativen Konsequenzen einer schleichenden Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen hat auch die steigende Zahl von kritischen Rechnungshofberichten sowie akademischen Studien zu dieser Veränderung beigetragen.³

Nichtsdestotrotz erleben wir in Europa in den letzten Jahren eine Renaissance von PPPs. Auf europäischer Ebene versucht der *Juncker-Plan* im Rahmen einer Investitions-offensive insb privates Kapital einzubeziehen. In Deutschland treibt der Verkehrsminister – entgegen den Empfehlungen der Rechnungshöfe und wissenschaftlicher Expertisen – neue PPP-Autobahnprojekte voran. Dies kann er nicht zuletzt auch deswegen tun, weil er mit der impliziten Rückendeckung des konservativen Finanzministers und des sozialdemokratischen Vizekanzlers agiert. Letzterer hat selbst im Rahmen einer

1 Entwurf, ÖPP-Beschleunigungsgesetz in Deutschland, 2005; vgl *Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP), FÖV Discussion Papers 55, 2, Hervorhebung im Original.

2 Es besteht keine einheitliche Definition zum Begriff PPP. Wenn man den Begriff weit und historisch fasst, reicht er zurück bis zu vertraglichen Vereinbarungen bei den alten Griechen und Römern. Im Folgenden sollen PPP als eine langfristige, vertragliche Vereinbarung zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen verstanden werden, die die Finanzierung, die Errichtung, den Betrieb oder die Verwertung von Infrastruktur betrifft. Oft wird dafür eine eigene Gesellschaft (*special purpose vehicle*) mit Beteiligung aller Vertragsparteien („Partner“) errichtet – siehe auch *Wettenhall*, *The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships*, *Public Organization Review* 2003, 1 (3).

3 *Hodge/Greve/Boardmann* (Hrsg), *International Handbook on Public-Private Partnerships* (2010); *Hall*, *Öffentlich-Private Partnerschaften: die Lehren aus internationaler Erfahrung*, in *Prausmüller/Wagner*, *Reclaim Public Services* (2014); *Mühlenkamp* (Hrsg), *Öffentlich-Private Partnerschaften: Potentiale und Probleme*, *ZögU* 46/2016; *Jomol Chowdhury/Sharma/Platz*, *Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?*, UN DESA Working Paper 148/2016, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2288desaworkingpaper148.pdf> (30.4.2016).

„Expertenkommission“ explizit auf die Einbindung privaten Kapitals gedrängt.⁴ Auch in Österreich kommen PPPs wieder in Mode – so wird etwa die Realisierung des Gitzentunnels in Salzburg als PPP diskutiert.⁵

Vor diesem Hintergrund versucht der vorliegende Beitrag das disziplinäre Spektrum, das sich mit PPPs beschäftigt, auszuleuchten und dabei zwei paradigmatisch sehr unterschiedliche Perspektiven zu kontrastieren, die häufig in kritischen Debatten um PPPs auftauchen.⁶ Dies ist zum einen die weitgehend neoklassisch geprägte finanzwissenschaftliche Debatte und zum anderen die raum- und -gesellschaftsbezogenen Debatte der Kritischen Politischen Ökonomie und der Wirtschaftsgeographie. Auch wenn diese zwei Literaturstränge sehr unterschiedliche Rahmungen haben, ist es interessant, dass beide eine kritische Position gegenüber der aktuellen Renaissance von PPPs entwickeln.

Der Beitrag ist wie folgt gegliedert. Abschnitt 2 gibt einen kurzen Überblick über die intellektuellen Einflüsse und Disziplinen, die sich mit PPPs beschäftigen. Die finanzwissenschaftliche Rahmung von PPPs wird daran anschließend in Abschnitt 3 diskutiert, während Abschnitt 4 auf die Debatten im Rahmen der Kritischen Wirtschaftsgeographie und Politischen Ökonomie fokussiert. Der letzte Abschnitt fasst zusammen und gibt einen Ausblick auf zukünftige Auseinandersetzungen.

2. Theoretische Rahmungen von PPPs im Überblick

Das disziplinäre Spektrum, das sich mit dem Phänomen PPP auseinandersetzt, ist weit gefächert. Es reicht von der klassischen Wohlfahrtsökonomik, über Ansätze des New Public Management und des strategischen Managements, bis zu kritischerer Managementwissenschaft, insb *Critical Accounting*, und rechtswissenschaftlichen sowie raumbezogenen Forschungssträngen der Geographie und Planungswissenschaften.⁷ Diese diversen Zugänge entwickeln verschiedene Sichtweisen auf das Phänomen PPP. Die theoretische Rahmung hängt nicht zuletzt von den unterschiedlichen paradigmatischen Voraussetzungen einzelner Disziplinen ab. So geht etwa die wohlfahrtsökonomische Debatte vom neoklassischen Mainstream-Prinzip aus (ua *homo oeconomicus* als Leitbild, methodologischer Individualismus als Erkenntnisprinzip), während etwa kritische raumbezogene Forschung mit dieser ökonomistischen Perspektive bricht, indem sie von einer gesellschaftstheoretischen Einbettung wirtschaftlichen Handelns ausgeht.

Vor diesem Hintergrund verwundert es auch wenig, dass unterschiedliche Antworten auf die Frage nach Entstehungsgründen und Konsequenzen von PPPs gegeben werden. So betonen etwa VertreterInnen der Transaktionskosten-Theorie potentielle Kosten-

4 Plank, Financializing German infrastructure: Insurance companies and pension funds riding the austerity wave? (im Druck).

5 Schmid, Öffentlich-Private Partnerschaft – Des Kaisers neue Kleider?, WISO 1/16.

6 Schmid, WISO 1/16.

7 Sullivan/Skelcher, Working Across Boundaries: Collaboration in Public Services (2002).

minimierung als Ursache für die Entstehung von PPPs, während die ressourcen-orientierte Managementtheorie den Zugang zu einzigartigen Ressourcen als wichtigen Faktor hervorhebt. Systemtheoretische und evolutionäre Perspektiven verstehen die Herausbildung von PPPs als eine Anpassung an neue, sich verändernde Rahmenbedingungen. Eine weniger positive Sichtweise wird von Public-Accounting-ProponentInnen vertreten, die die Aufrechterhaltung bzw Verbesserung der jeweiligen AkteurInnen-Position als Entstehungsgrund sehen. Ähnlich kritisch ist auch die Deutung von marxistisch inspirierten Strömungen, die in der Herausbildung von PPPs auch vorrangig einen Legitimationsversuch von dominanten Interessenskoalitionen erkennen. Letztere betonen auch die negativen Folgen, insb die Unterminierung demokratischer Entscheidungsmechanismen sowie die Vereinnahmung des Öffentlichen durch private, verwertungsorientierte Interessen. Postmoderne Theorien sind in dieser Hinsicht gespalten, zumal sie sowohl einen Verlust der demokratischen Steuerung als auch eine Öffnung zu neuen Formen von Entscheidungsmechanismen in Aussicht stellen.⁸

Im folgenden Abschnitt werden zwei unterschiedliche theoretische Rahmungen präsentiert, die illustrieren sollen, dass die Diskussion rund um PPPs in sehr unterschiedlichen wissenschaftlichen Feldern mit teils widersprüchlichen Annahmen geführt wird. Zum einen wäre hier die für die klassisch finanzwissenschaftliche Diskussion prägende *Neue Institutionen Ökonomie* (NIÖ) und die *Neue Politische Ökonomie* (NPÖ) zu nennen. Zum anderen Literatur aus kritischer sozialwissenschaftlicher Tradition, insb aus der *Kritischen Politischen Ökonomie* und der *Kritischen Geographie*.

3. PPPs in der finanzwissenschaftlichen Literatur: Eine Organisationsform unter mehreren?

Die finanzwissenschaftliche Debatte rund um PPPs basiert vorwiegend auf Erkenntnissen der NIÖ und der NPÖ. Beide Stränge fußen paradigmatisch auf dem methodologischen Individualismus und stellen damit individuelles, ökonomistisch gefärbtes Nutzenkalkül ins Zentrum ihrer Überlegungen. Die NPÖ stellt insb eine Ausweitung der neoklassischen Mainstream-Prinzipien auf den öffentlichen Sektor dar. Insofern unterscheidet sie sich fundamental von der Klassischen Politischen Ökonomie, die eine klare gesellschaftstheoretische Ausrichtung aufwies. Im Mittelpunkt der Untersuchungen stehen politische Institutionen und das Handeln politischer AkteurInnen, einschließlich WählerInnen, PolitikerInnen, BürokratInnen, Interessensgruppen und Medien. Unter neoklassischen Vorzeichen werden dadurch aus PolitikerInnen UnternehmerInnen, die öffentliche Güter von BürokratInnen herstellen lassen, welche von KonsumentInnen (= WählerInnen) konsumiert werden können. Interessensgruppen und Medien wirken ebenso auf diesen Prozess ein, bei dem alle AkteurInnen ihr Eigeninteresse verfolgen.

⁸ Bovaird, A brief intellectual history of the PPP movement, in *Hodge/Greve/Boardman*, International Handbook on Public-Private-Partnerships (2010) 43-67.

Insb PolitikerInnen und BürokratInnen wird dabei unterstellt, dass dem Wohlergehen der Allgemeinheit nicht ihr Hauptinteresse gilt.

Zentrale Überlegung der NIÖ ist es, Institutionen so auszugestalten, dass sie die richtigen ökonomischen Anreize setzen und damit die Zielfunktion (privater/gesellschaftlicher Gewinn) maximiert wird. Von fundamentaler Bedeutung ist dabei die Ausgestaltung der Eigentums- und Verfügungsrechte innerhalb einer Gesellschaft. Gemäß der prägenden *Property-Rights*-Theorie wird die effizienzsteigernde Wirkung von klar spezifizierten Eigentums- und Verfügungsrechten betont: „Spezifisch zugeschriebene, z.B. individuelle Eigentumsrechte an Ressourcen, sorgen für ihren effizienten Einsatz, da der Ertrag ungeschmälert dem Verfügenden zufließt. Eine Volkswirtschaft ist demnach – etwas vereinfacht formuliert – um so effizienter, je unbeschränkter der Privatbesitz an den Produktionsmitteln ausfällt.“⁹ Im Umkehrschluss bedeutet das, dass in öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen durch die sogenannte „Verdünnung“ von Verfügungsrechten ein geringerer Druck zur Produktionseffizienz als in privaten Unternehmen gegeben ist.¹⁰ Im Kern wird hier also eine grundsätzliche Unterlegenheit öffentlicher Unternehmen unterstellt.¹¹

Ein weiteres prägendes Element dieser Literatur ist die *Principal-Agent*-Theorie, die das Vertragsverhältnis zwischen einem/einer AuftraggeberIn (*Principal*) und einem/einer AuftragnehmerIn (*Agent*) untersucht. Wie bereits oben erwähnt, ist auch hier das eigeninteressierte Handeln konstitutiv für die jeweiligen AkteurInnen. Das impliziert, dass der/die AgentIn nicht zwingend auf bestmögliche Vertragserfüllung gegenüber dem Principal aus ist, sondern die eigenen individuellen Interessen in den Vordergrund stellt. Dies gelingt ihm/ihr nicht zuletzt auch durch den Informationsvorsprung gegenüber dem Principal. Der Principal wird durch verschiedene Maßnahmen versuchen, den Anreiz für dieses Verhalten vertraglich zu reduzieren. Dabei muss er/sie allerdings auch berücksichtigen, dass diese Maßnahmen Kosten verursachen, die in Relation mit der verhinderten Übervorteilung stehen sollten. Wichtig ist, inwieweit grundsätzlich eine Übereinstimmung in den Zielen zwischen den AkteurInnen hergestellt werden kann und wie groß der Informationsvorsprung zwischen AuftragnehmerIn und AuftraggeberIn ist.¹²

Die finanzwissenschaftlich geprägte Literatur nähert sich also auf Basis dieser holzschnittartig skizzierten Überlegungen dem Phänomen PPP und stellt in den Kern ihrer Betrachtung die Frage nach ökonomisch effizienter Bereitstellung von öffentlicher Infrastruktur. Insb wird dabei die mögliche Kostenersparnis, die sich durch die wertschöpfungskettenübergreifende Betrachtung ergeben kann, hervorgehoben.¹³ Vereinfacht gesagt geht es darum, dass durch eine Bündelung von Aufgaben (zB Planung, Bau, Betrieb,

9 Peukert, Neue Institutionenökonomik, in Gabler Wirtschaftslexikon (2016).

10 Puwein/Weingärtler, Public Private Partnership in Österreich: Aktuelle Bestandsanalyse und Trends (2008).

11 Kritisch dazu etwa Mühlentkamp, From State to Market Revisited: A Reassessment of the Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, *Annals of Public and Cooperative Economics* 2015, 535ff.

12 Puwein/Weingärtler, Public Private Partnership (2008).

13 Beckers/Klatt, Kosteneffizienz von Public-Private-Partnerships: Erwartungen und empirische Erkenntnisse, *Wirtschaftsdienst* 3/2009, 176ff.

Verwertung als Paket) alle Phasen des Lebenszyklus in die Kostenoptimierung des privaten PPPs-Trägers einfließen. Im Vergleich zur konventionellen öffentlichen Bereitstellung, wo nur einzelne Aufgabenbereiche aus Lebenszyklusperspektive vergeben werden, sollen damit Anreize für private Unternehmen geschaffen werden, zukünftige Kosten oder Nutzen, die vertraglich kaum/nicht regelbar sind, zu internalisieren. Damit will man dem Problem sogenannter „unvollständiger Verträge“¹⁴ begegnen. Dies sei an folgendem Bsp illustriert: Wenn zum Zeitpunkt einer Auftragsvergabe für die Errichtung einer Immobilie die für die Folgekosten relevanten Eigenschaften eines Bauprojekts nicht vertraglich regelbar sind, entsteht der Anreiz für private AuftragnehmerInnen in der Bauphase des Objekts Kosten zu sparen, die in einer späteren Betriebsphase zu erhöhten Kosten führen. Wenn sie hingegen auch für den Betrieb verantwortlich sind, werden sie Anreize haben, diese potentiellen Folgekosten bereits bei der Errichtung zu berücksichtigen. Dadurch könnten Effizienzvorteile entstehen, die – sofern sie mit öffentlichen AuftraggeberInnen geteilt werden – vorteilhaft sein können.¹⁵ Ein weiterer Aspekt, der in dieser Literatur hervorgehoben wird, ist die Möglichkeit spezifisches Know-How von privaten Unternehmen einzubeziehen. Darunter werden im Allgemeinen Spezialisierungsvorteile privater Unternehmen verstanden, wobei diese sich im Wesentlichen auf das Know-How im Umgang mit wertschöpfungskettenübergreifenden Projekten reduzieren. Denn andere Expertise kann zum Teil auch im Wege der konventionellen öffentlichen Beschaffung zugekauft werden.¹⁶

Die Argumente, die aus Sicht dieser Theorie gegen PPPs sprechen, hängen insb auch mit der bereits skizzierten Problematik unvollständiger Verträge zusammen. Denn neben den höheren Transaktionskosten bei der Auftragsvergabe (Vertragsanbahnung bzw -abschluss) fallen ex-post höhere Transaktionskosten an. Diese liegen darin begründet, dass komplexe und langfristige Verträge, wie sie für PPP kennzeichnend sind, ausgelegt, häufig nachverhandelt und allenfalls auch vor (Schieds-)Gerichten durchgesetzt werden müssen.¹⁷ Zusätzlich gibt es aufgrund der Informationsvorteile der privaten VertragspartnerInnen den Anreiz, überhöhte Kosten im Rahmen der Nachverhandlungen gegenüber dem/der AuftraggeberIn geltend zu machen, was einen weiteren Nachteil in der Anreizkonstellation von PPPs darstellt.¹⁸ Die Erfahrungen

14 Man spricht von „unvollständigen Verträgen“, wenn es nicht möglich ist, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abschließende Vereinbarungen über zukünftig vertragsrelevante Sachverhalte zu treffen.

15 Die meisten bisher durchgeführten PPP-Projekte wurden bisher allerdings nicht in diesem Lebenszyklusmodell ausgeführt, womit dieser theoretisch formulierte Vorteil zumindest reduziert wird. Dadurch bleibt das Problem aufrecht, dass nach bspw 25 oder 30 Jahren die Immobilie zurück an die öffentliche Hand geht und mögliche Kostensteigerungen, die häufig erst danach in der 2. Hälfte der Gebäudenutzungsphase auftreten, voll die öffentliche Hand treffen.

16 *Beckers/Klatt*, Kosteneffizienz.

17 *Mühlenkamp*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP – Zwischen methodischer Konsistenz und interessen geleiteter Ergebnisgestaltung, ZöGU 46/2016.

18 *Beckers/Klatt*, Kosteneffizienz.

aus Großbritannien zeigen, dass insb diese Nachverhandlungsproblematik hohe Relevanz besitzt.¹⁹

Ein weiteres Argument gegen PPPs sind Finanzierungskosten. In der Regel kann sich die öffentliche Hand im Rahmen der konventionellen Bereitstellung zu wesentlich günstigeren Konditionen finanzieren als bei PPPs.²⁰ Weiters weist der Staat grundsätzlich eine bessere Risikotragfähigkeit auf und kann eine bessere Steuerbarkeit der Risiken garantieren, weil er die „tiefsten Taschen“ hat. Dies resultiert insb daraus, dass der Staat sein Risiko auf eine Vielzahl von Projekten, Individuen und SteuerzahlerInnen diversifiziert hat. Daher sind die Kosten für die Risikoübernahme durch Private bei PPPs höher als bei der konventioneller Bereitstellung. In Zusammenhang mit der Frage der Risikotragfähigkeit ist noch die Reduktion des BieterInnenkreises bei PPP-Verfahren zu nennen. Denn nur eine relativ überschaubare Zahl an Unternehmen kann dieses Risiko eingehen bzw die relativ hohen Kosten für die PPP-Angebotslegung schultern.²¹ Vor diesem Hintergrund ist etwa die klar ablehnende Position der *Bundesvereinigung Mittelständische Bauwirtschaft* gegenüber PPPs in Deutschland zu verstehen.

Die hier kurz skizzierten Pro- und Contra-Argumente in Bezug auf Kosteneffizienz sollen aufzeigen, dass selbst unter engen neoklassischen Prämissen eine Vorteilhaftigkeit von PPPs a priori nicht gegeben ist. Im Gegenteil: Der Anteil von Projekten, die nach dieser ökonomischen Betrachtung vorteilhaft sind, dürfte gering sein.²² Denn die konventionelle Bereitstellung weist gegenüber PPPs sowohl in der Finanzierung als auch bezüglich der Transaktionskosten (ex-ante und ex-post Vertragsabschluss) wesentliche Vorteile auf. Diese müssen mehr als ausgeglichen werden durch allenfalls niedrigere Betriebs-, Instandhaltungs- und Managementkosten.²³ Zahlreiche Rechnungshöfe bestätigen genau diese Skepsis gegenüber der angeblichen Kosteneffizienz von PPPs.²⁴ Und auch ein tonangebender Teil der akademischen Community, die sich intensiv mit diesen Phänomenen auseinandergesetzt hat, gesteht selbstkritisch ein, dass die PPP-Frage wohl etwas zu einseitig betrachtet wurde.²⁵

Nichtsdestotrotz erleben wir aktuell den Versuch PPPs wiederzubeleben. Zum einen erlauben es PPPs die makro-ökonomische Selbstfesselung (Stichwort: europäische und nationale Fiskalregeln) zu umgehen, und damit zum Aufbau von Schattenhaushalten

19 Ebd.

20 Hart, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*, *The Economic Journal* 113/2003.

21 Beckers/Klatt, *Kosteneffizienz*.

22 Mühlenkamp, *Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen*, ZögU 46/2016.

23 Bei deren Betrachtung wäre zu klären, ob die angeblich höhere Effizienz nicht auch wesentlich durch entsprechende Absenkung der Personalkosten erreicht wird. Diese prekären Jobs müssen häufig wiederum durch die öffentliche Hand gestützt werden. Im Endeffekt könnten den angeblichen Einsparungen auf der einen Seite höhere Ausgaben auf der anderen Seite gegenüber stehen (siehe dazu *Bowmann/Ertürk/Folkman/Froud/Haslam/Johal/Leaver/Moran/Tsitsianis/Williams*, *What a waste: Outsourcing and how it goes wrong* (2015).

24 Mühlenkamp, *Ziele, Definitionen und ökonomisch relevante Merkmale von Öffentlichen-Privaten Partnerschaften*, ZögU 46/2016; Schmid, *WISO* 1/16.

25 Hodge/Greve/Boardmann (Hrsg), *International Handbook on Public-Private Partnerships* (2010).

beizutragen. Dieser Aspekt wird ua auch in der NPÖ hervorgehoben, wenn den PolitikerInnen unterstellt wird, sie wollen durch Rückgriff auf PPPs die Budgetrestriktionen umgehen, um KonsumentInnenwünsche (= BürgerInnen in der Demokratie) zu erfüllen. Die Kritik des Niederösterreichischen Landesrechnungshofes am Umfahrungsprojekt Maissau illustriert dies anschaulich.²⁶ Zum anderen gibt es ein massives Interesse von einzelnen AkteurInnengruppen an PPPs, denn insb der Bau- und Beratungsindustrie sowie dem Bankensektor bringen PPPs höhere Einnahmen und Renditen als eine konventionelle öffentliche Bereitstellung.²⁷

4. PPPs in der Kritischen Politischen Ökonomie und Kritischen Geographie: Element neoliberaler Staatsbildung

Im Unterschied zur vorher skizzierten Perspektive nähern sich die Beiträge aus der Kritischen Politischen Ökonomie und der Kritischen Geographie unter anderen Voraussetzungen. Hier werden PPPs als ein Element in der Restrukturierung nationaler Wohlfahrtssysteme in kapitalistischen Staaten seit der Krise der 1970er Jahre interpretiert.²⁸ Anders als in der zuvor skizzierten finanzwissenschaftlichen Literatur wird hier explizit auf die gesellschaftstheoretische Einbettung ökonomischer AkteurInnen und Prozesse abgestellt. Dabei wird die Krise des fordistischen Modells in den 1970er Jahren als Gelegenheit für die Durchsetzung eines polit-ökonomischen Projekts von neoliberalen WissenschaftlerInnen und PolitikerInnen gerahmt.²⁹ Die damit einhergehenden Veränderungen von einem nationalen Keynesianischen Wohlfahrtsstaat hin zu einem postnationalen *Schumpeter'schen Workfare Regime* ereigneten sich nicht widerspruchlos und in nationalen unterschiedlichen Ausprägungen.³⁰ So entstand eine Vielzahl an national unterschiedlich gefärbten Neoliberalismen („*varieties of neoliberalism*“), in denen polit-ökonomische Beziehungen rekonfiguriert wurden, ua durch Deregulierung, Privatisierungen und Liberalisierungen.³¹ Die Bandbreite reicht dabei von kompletter Systemtransformation in den früheren Soviet-Staaten nach dem Fall der Berliner Mauer über Strukturanpassungsprogramme der internationalen Finanzinstitutionen in peripheren Staaten des globalen Südens im Rahmen des *Washington Consensus* bis hin zu mehr oder weniger stark ausgeprägten Regime- oder Politikwechseln in der „ersten Welt“. Zu letzteren zählen neben dem Aufstieg von Thatcher (UK) und Reagan (USA)

26 Landesrechnungshof Niederösterreich, PPP-Projekt Umfahrung Maissau, 13/2014.

27 Hodge/Greve/Boardmann (Hrsg), Handbook; Mühlkamp, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, ZögU 46/2016.

28 Jessop, From Hegemony to Crisis? The Continuing Ecological Dominance of Neoliberalism, in Birch/Mykhnenko, The Rise and Fall of Neoliberalism (2010) 177-187.

29 Harvey, A Brief History of Neoliberalism (2005).

30 Jessop in Birch/Mykhnenko.

31 Birch/Mykhnenko, Varieties of neoliberalism? Restructuring in large industrially dependent regions across Western and Eastern Europe, Journal of Economic Geography 2009, 355ff; Brenner/Peck/Theodore, Variegated Neoliberalization: Geographies, Modalities, Pathways, Global Networks 2010, 182ff.

insb auch die „Modernisierungspolitiken“ in den skandinavischen Ländern, Deutschland und Österreich.³²

Ungeachtet der unterschiedlichen nationalen Verläufe ist das Zurückdrängen des Staates in der Ökonomie, insb auch in der Bereitstellung von öffentlicher Infrastruktur, ein gemeinsames Merkmal. Diese Transformation sollte aber nicht einfach als Rückzug und Aushöhlen des Staates interpretiert werden. Denn wie *Tickell* und *Peck* hervorheben, bedurfte es dazu der „*mobilization of state power in the contradictory extension and reproduction of market (-like) rule*“³³. Sie beschreiben diese nationalen Restrukturierungen als stufenweisen Vorgang. In der „roll-back“-Phase wird aktiv an der Deregulierung, Demontage und Delegitimierung der Institutionen des Keynesianischen Wohlfahrtsstaates gearbeitet. In der „roll-out“-Phase wird dann aktives *State-building* betrieben, einschließlich „*purposeful construction and consolidation of neoliberalized state forms, modes of governance, and regulatory relations*“³⁴. Der Staat spielt also weiterhin eine wichtige – allerdings untergeordnete – Rolle in diesen Konstellationen, die von manchen als „*regulatory capitalism*“³⁵ bezeichnet wurden.

Aus dieser Perspektive stellen PPPs ein wichtiges Element in der Restrukturierung der nationalen Wohlfahrtsstaaten dar. Anders als bei der finanzwissenschaftlichen Diskussion sind PPPs nicht eine Variante unter mehreren Organisationsformen, die mit ökonomistischer (va transaktionskostentheoretischer) Brille betrachtet werden, sondern ein wichtiges Gestaltungselement in der Rekonfiguration kapitalistischer Verwertung. Denn wie bereits angesprochen wurden diesen Veränderungen nicht ohne Widerspruch vorangetrieben. Insb in den marktliberalen Vorreiterländern (ua England, USA) formierte sich in den 1990er Jahren Widerstand gegen die Privatisierungspolitiken, der mittels „New Labour“-Politiken eingefangen werden sollte. Gleichzeitig zeigten sich hier auch erste negative Folgen dieses Regime-Wechsels.³⁶ In diesem Zusammenhang kam PPPs als stabilisierendem Element im Rahmen neoliberaler Staatenbildung zentrale Bedeutung zu. Denn gegenüber den privatisierungskritischen AkteurInnen konnte behauptet werden, es werde nicht wirklich privatisiert, weil die öffentliche Hand in der einen oder anderen Form an Bord bleibe. Gleichzeitig erlaubte die Beteiligung der öffentlichen Hand, einige der aufgetretenen Probleme zu bearbeiten. In der Empirie zeigt sich dieses Bild auch deutlich. Seit Mitte der 1990er Jahre bis zum Ausbruch der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise nahm die Bedeutung von PPPs in der EU stetig zu.³⁷

32 *Jessop in Birch/Mykhnenko.*

33 *Tickell/Peck*, Making Global Rules: Globalization or Neoliberalization?, in *Peck/Yeung* (Hrsg), Remaking the Global Economy (2003), 166.

34 *Peck/Tickell*, Neoliberalizing Space, *Antipode* 2002, 384.

35 *Levi-Faur*, The global diffusion of regulatory capitalism, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 2/2005; *Braithwaite*, Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better (2008).

36 *Jessop in Birch/Mykhnenko.*

37 *Plank*, Financialisation.

5. Schlussbemerkungen

Trotz der zunehmenden Kritik von zivilgesellschaftlicher Seite, von Rechnungshöfen und unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen stehen PPPs wieder auf der Tagesordnung in Europa. Der vorliegende Beitrag hat dabei explizit zwei Stränge der prägenden Debatten aus der akademischen Community in den Blick genommen. Interessant ist hierbei, dass sowohl in neoklassisch-inspirierten finanzwissenschaftlichen Debatten als auch in kritischeren gesellschaftstheoretischen Rahmungen die aktuelle Renaissance von PPPs als problematisch erachtet wird. Während letztere PPPs immer eher schon als Problem denn als Lösung gesehen haben, weisen auch die ökonomischen, effizienzfokussierten Betrachtungen eine zunehmende Skepsis gegenüber PPPs als Organisationsform im Rahmen öffentlicher Bereitstellung auf. Dies gründet sich darauf, dass selbst bei klassischen finanzwissenschaftlichen Effizienz-Betrachtungen in der Regel von einer Unterlegenheit von PPPs auszugehen ist. Zudem wird auch kritisiert, dass der Rückgriff auf PPPs die Intransparenz in den Budgets erhöht, weil damit der Aufbau von Schattenhaushalten, einschließlich der damit einhergehenden Haftungsrisiken, befördert wird. Als Lösung werden daher insb klare Regeln der Rechnungslegung gefordert, die alle Projekte (egal, ob als PPP oder anders realisiert) mit ihren entsprechenden Volumina und langfristigen Risiken explizit ausweisen.³⁸

In den kritischen sozialwissenschaftlichen Debatten geht es hingegen um mehr als um die Anpassung von Bilanzierungsvorschriften. Sie fordern einen Kurswechsel in der strategischen Wirtschaftspolitik, der mit dem neoliberalen Austeritätskurs bricht. Denn dieser ist die letzte verbliebene Legitimationsgrundlage für das Vorantreiben von weitgehend desavouierten PPP-Projekten. Damit wird der Versuch unternommen, zusätzliche Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge für private Verwertung zu öffnen. Die aktuellen Entwicklungen in Deutschland im Bereich der Fernstraßen zeigen, wie diese Konstellation genutzt wird, um den „Anlagenotstand“ der deutschen Lebensversicherungsgesellschaften und Pensionsfonds durch staatlich subventionierte Renditen zu lindern. Diese „Finanzialisierung von Infrastruktur“ wird darüber hinaus auch aktiv auf internationaler Ebene (G-20, OECD) vorangetrieben.³⁹ Ob es auch in Österreich verstärkt zu solchen Hilfsprogrammen für FinanzinvestorInnen kommen wird, ist nicht zuletzt eine Frage kommender politischer Auseinandersetzungen. PPPs dürften darin jedenfalls eine gewichtige Rolle spielen.

Univ.-Ass. Mag. Dr. Leonhard Plank arbeitet als Universitätsassistent (Post-Doc) am Fachbereich Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik im Department für Raumplanung der TU Wien; leonhard.plank@tuwien.ac.at

38 *Mühlenkamp*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, ZögU 46/2016.

39 *Hildyard*, Licensed larceny: Infrastructure, financial extraction and the global South (2016).

Reclaiming public water through remunicipalisation

Satoko Kishimoto / Olivier Petitjean / Emanuele Lobina

* This chapter is a shortened version of the conclusion chapter “Reclaiming public water through remunicipalisation” in the book “Our Public Water Future: Global Experience with Remunicipalisation” (2015).

Remunicipalisation is an undeniable trend: Despite more than three decades of relentless promotion of privatisation and public-private partnerships (PPPs) by international financial institutions and national governments, many cities, regions and countries have chosen to close the book on private water and to bring services back into public control. More than 235 cities from 37 countries have remunicipalised water services over the last 15 years.¹ Remunicipalisation refers to the return of privatised water supply and sanitation services to public service delivery. More precisely, remunicipalisation is the passage of water services from privatisation in any of its various forms – including private ownership of assets, outsourcing of services, and public-private partnerships (PPPs) to full public ownership, management and democratic control.

Remunicipalisation is generally a collective reaction to the unsustainability of water privatisation and PPPs. The pace of this trend has accelerated dramatically. It has been most symbolic in France, the country with the longest history of water privatisation, which is also home to the leading water multinationals. The experiences in other key countries (Spain, US, Germany) and major cities (Paris, Jakarta) also demonstrate that privatisation and PPPs fail to deliver on the promised benefits to local governments and citizens and that public management is better suited to meet the long-term needs of end users, local authorities and society at large – including the need to protect our local and global environment.

In most countries, the expansion of modern water and sanitation systems happened as a result of public ownership and investment in response to increasing demand and public health concerns in urban areas. In the 1990s, however, many countries privatised their water and sanitation services as a result of strong international pressure to open up the services sector. Thus a similar public effort is required today to address the pressing water challenges, such as urbanisation and access to water and sanitation in the

1 *Kishimoto/Lobina/Petitjean, Our Public Water Future: Global Experience with Remunicipalisation (2015).*

South, climate change and water conservation. The global experience with remunicipalisation shows yet again, that a collaborative and democratic public sector is in a better position to lead the way into a sustainable water future.

1. Irresponsible policy prescriptions

Despite the failures of the flagship privatisations of the 1990s, including Buenos Aires and Jakarta, international financial institutions continue to promote water privatisation as a solution to provide access to safe water in the South. The *World Bank* supports a PPP-friendly environment and proposes changes in the legal systems in many countries.² All major development banks and financial institutions such as the *African Development Bank*, *Asian Development Bank*, *European Bank for Reconstruction and Development*, *Multilateral Investment Fund*, *Inter-American Development Bank*, *Islamic Development Bank*, *Public-Private Infrastructure Advisory Facility*, *World Bank Group* make exclusive efforts to provide knowledge on PPPs.³ The World Bank group alone approved 353 lending and partial risk guarantee (PRG) projects during 2002-2012 with a PPP component totaling \$7.6 billion.⁴

Today, the same flawed model of water privatisation and private sector investment prescribed in the South is being promoted in the European Union in the context of the financial and economic crisis, as a way to improve public finances and to fund cash-strapped water services. This has been the case in Greece where the attempt to privatise the water operators of Athens and Thessaloniki failed in the face of public resistance and concurring court decisions;⁵ other countries such as Portugal, Ireland, Spain or Italy have experienced similar attempts. In June 2014 the Council of State, the Greek highest administrative court, ruled that transferring a controlling stake in Athens' public water utility *EYDAP* to private hands was unconstitutional because of the responsibility of the state to protect citizens' fundamental right to health. The ruling happened after 27.3% of the shares had been transferred to the privatisation fund *HRADF* (*Hellenic Republic Asset Development Fund*) in January 2014, to be sold to private investors. The court blocked the planned transfer of another 34.03% to *HRADF*. The Portuguese Court of Auditors recently uncovered the asymmetry that is intrinsic in PPP contracts between municipalities and private companies, which make it difficult for municipalities to monitor the quality of investments and to assess financial implications.⁶ Indeed, past experience⁷

2 <http://ieg.worldbank.org/evaluations/world-bank-group-support-ppp> (30.4.2016).

3 <https://pppknowledgelab.org/> (30.4.2016).

4 *World Bank*, World Bank Group Support to Public-Private Partnerships: Lessons from experience in client countries, fy02-12, http://ieg.worldbank.org/Data/reports/chapters/ppp_eval_updated2.pdf (30.4.2016).

5 www.thepressproject.net/article/62834/Privatization-of-Athens-Water-Utility-ruled-unconstitutional (30.4.2016).

6 http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2014/2s/audit-dgtr-rel003-2014-2s.pdf (30.4.2016).

7 *Lobina/Hall*, Water Privatisation and Remunicipalisation: International Lessons for Jakarta, 2013, www.ppsiru.org/sites/default/files/2014-W-03-JAKARTANOVEMBER2013FINAL.docx (30.4.2016).

shows that such policies turn out to be worse for public budgets in the long term, and lead to poor services and a loss of democratic transparency.

2. There are other solutions

Because of popular discontent with water privatisation, private water companies have started using PPPs as a term. Concessions, lease contracts, PPPs and water privatisation all refer to the transfer of management control to the private sector, at various degrees.⁸ Water privatisation and PPPs are equally problematic, and their problems are deep-seated.⁹ PPP promotion within governments remains aggressive today and its proponents have managed to present it as a solution to bring ‘innovative financing’ to the water sector.

Local authorities and policy-makers should be extremely careful when considering privatisation and PPPs in water services. Reversing private contracts might not always be possible at any point of time and will in any case involve major costs, time and legal expertise. Transaction costs of remunicipalisation may include paying compensation to private operators for their foregone profits. When a private contract is terminated before its expiry date, private companies furthermore might sue local governments to receive payment of the full profits granted under the contract. A private concessionaire in Arenys de Munt, Spain obstructed fiercely the remunicipalisation process by filing complaints against the city council. The city of Indianapolis, USA was forced to pay a \$29-million fee to French multinational *Veolia* to terminate the 20-year contract over a decade early. Berlin residents have had to accept very high costs to buy back the shares held by two private operators. Private concessionaires sued Tucuman and Buenos Aires, Argentina before an international arbitration tribunal to obtain compensation.

The risk of having to pay hefty compensation can distort the decision making process of local governments that are considering termination and remunicipalisation (eg Jakarta, Indonesia; Szeged, Hungary; Arezzo, Italy). However, in other cases the potential benefits of remunicipalisation are so obvious that local authorities are ready to face potential risks. Seeking assistance from and partnerships with other local authorities and public operators, are logical alternatives to privatisation and PPPs, as they are based on shared common missions and values. Inter-municipal cooperation can generate economies of scale and such public-public partnerships (PuPs) can strengthen operators’ capacity to solve problems. It is encouraging to learn that national and regional

8 For a detailed explanation of why PPPs are a euphemism for water privatisation, see: *Lobina/Hall, Water Privatisation and Remunicipalisation*, also see: *Lobina/Corporate Accountability International, Troubled waters: Misleading industry PR and the case for public water*, www.stopcorporateabuse.org/sites/default/files/resources/cai_troubled-waters_whitepaper_webres.pdf (30.4.2016).

9 On the problems with water privatisation and PPPs in developing countries, see: *Lobina/Hall, Water Privatisation and Remunicipalisation*. On the problems with water privatisation and PPPs in developed countries, see: *Lobina/Corporate Accountability International, Troubled waters*.

public water operators' associations are starting to play an active role in sharing knowledge and providing peer-to-peer support.

3. Remunicipalisation is a viable remedy

If water services are already privatised, remunicipalisation is a possible and viable remedy to end financially and socially unsustainable contracts. Again, remunicipalisation is not easy and even if negotiations go smoothly with a private contractor, there are a series of steps that should not be neglected: technical issues such as the transfer of accounting and information systems, worker transition, institutional knowledge recovery and the need to build a new culture among managers, engineers, technicians, etc. Fortunately, local authorities and citizens can learn precious lessons from the more than 235 cities in the North and South that have successfully remunicipalised their water services.

3.1. Overview in France

France is one of the few countries in the world where the majority of population is served by private water operators. Having had the longest and deepest experience in private water management, France is now the seismic center of remunicipalisation. *Anne Le Strat*, former President of *Eau de Paris* and deputy mayor of Paris affirms that the political landscape has changed with major cities such as Paris, Grenoble, Nice, Montpellier and Rennes¹⁰ returning to public management. Such is the remunicipalisation wave that private operators today need to lobby hard to convince cities to renew the private contracts that were once so easy for them to obtain, according to Le Strat. In Nice, although the majority of the council and the mayor come from a conservative party background, they have decided not to renew the private water contract in 2013.

3.1.1. Paris

In 1984, two 25-year lease contracts for water supply in Paris were awarded to *Veolia* and *Suez* (each company covering half of the city). In 2000, the contracts were criticised by the regional audit body for lack of financial transparency and in 2002 an audit commissioned by the city of Paris found that the prices charged by the lease operators were between 25% and 30% higher than the economically justified costs. In 2003, the national audit body found a huge and increasing gap between the financial reserves constituted by the operators for network maintenance and the works effectively conducted. This tactic had the effect of inflating prices and postponing infrastructure maintenance.

10 www.remunicipalisation.org/#case_Rennes (30.4.2016).

In addition, the parent companies of the operators received payment for various “know-how” fees. The two lease operators subcontracted works and maintenance to subsidiaries of the same groups, so that the parent companies could realise additional profits. Because this situation persisted for years despite the renegotiation of the contracts in 2003, the city of Paris decided to take back control of its water supply.

Remunicipalisation took place in January 2010 after the expiry of the two private contracts with *Suez* and *Veolia*. The private contracts were not renewed due to the lack of financial transparency and accountability, which had been repeatedly criticised by the public audit body. In the first year of operations, the new municipal operator *Eau de Paris* realized efficiency savings of €35 million, which allowed for an 8% drop in tariffs. Until today the price of water and sanitation in Paris remains well below French average despite the specific technical difficulties of ensuring safe drinking water supply in a large metropolis. *Eau de Paris* also engaged in solidarity actions: It increased its contribution to the city’s housing solidarity fund (from €175,000 to €500,000), paid a water solidarity allocation to 44,000 poor households in the city, launched a water saving campaign, and systematically avoided cutting off water supply in squats. Transparency and accountability have been strengthened in the new *Eau de Paris* governance.¹¹ The city set up a City Water Observatory to promote citizen engagement in *Eau de Paris*.

3.1.2. Nice

In March 2013, the councillors of Nice and of the surrounding communes announced that the city’s water services would gradually shift towards public management. Despite heated debates in France on private water management as well as several emblematic remunicipalisations at the time, this announcement from a municipality with a reputation for being economically conservative came as a surprise to many. Executives from the private provider, *Veolia*, spoke publicly of a “cold shower”. The company (formerly *Générale des Eaux*) had been in charge of Nice’s water management since the city’s water system was set up in 1864.¹² Today 33 of Nice’s 49 municipalities, ie roughly 80% of the population, depend on *Eau d’Azur* for their water supply.

The main reason that Nice chose to take the path of water remunicipalisation was to assert a principle of ‘territorial solidarity’ within the whole of Nice’s metropolitan area. Nice Côte d’Azur, which was the first “metropolitan area” created in France, on 1 January 2012, is unique in that it extends up to the alpine peaks of the Mercantour National Park and all the way to the Mediterranean Sea. 80% of its land mass is located in rural or mountainous areas. According to the councillors of Nice Côte d’Azur, the primary reason for the shift towards remunicipalisation was that private management was “unsuitable” for an area of this size and of such a varied landscape. Private manage-

11 *Pigeon*, Une eau publique pour Paris: Symbolism and success in the heartland of private water, in *Pigeon/McDonald/Hoedeman/Kishimoto* (eds), Remunicipalisation: Putting water back into public hands (2012), 24-39.

12 Sanitation services, on the other hand, have always been under public management.

ment was ill-suited to promote solidarity-based relationships and the kind of “pooling of resources” between the metropolitan area’s municipalities that was wanted.

3.2. Remunicipalisation is not a phenomenon only in developed countries

Jakarta, Indonesia is the most recent and significant win in the struggle to end water privatisation. Water multinational *Suez* signed a privatisation contract in 1997 that would have run until 2022. But *Suez* failed to fulfill its obligations to extend and improve water supply to the city’s inhabitants, overcharging water users, forcing public authorities in heavy debt while it was making high private profits. Civil society groups have investigated the flaws of privatisation in their city for more than 10 years and organised countless public debates to advocate for the right to water and public management. The citizen mobilisations gained momentum when a coalition of Jakarta residents filed a civil law suit in 2012 against local authorities and the private companies by claiming the illegality of the original privatisation projects. While such a strategy costs enormous energy and resources, it became a critical reference for citizens to consolidate their position and contributed to shifting public authorities’ discourse. Without the persistent efforts of committed citizen groups, Jakarta would still contract with private water operators and those private companies would still keep profiting. After 16 years, it had been high time that residents and public authorities got this fresh start to build an efficient and democratic public water system to serve people’s needs and protect the environment. Citizen engagement remains a critical factor in building a genuine public culture in water services after remunicipalisation.

3.3. Reasons to remunicipalise

The reasons to remunicipalise water services are universal, the false promises of water privatisation that have led to remunicipalisation include: poor performance, under-investment, disputes over operational costs and price increases, soaring water bills, monitoring difficulties, lack of financial transparency, workforce cuts and poor service quality. In the case of Jakarta notably, all of these factors combine. Water quality problems are often linked with job cuts and inadequate system maintenance by private operators, putting public health at risk and creating environmental hazards as happened in every case. Local governments remunicipalise their water services primarily to secure the local control necessary to reduce costs and improve services.

Water price increases accompanied by worsening quality of water due to the lack of investment in network upgrades was experienced in Rennes, France where 30% of residents were delivered insufficient quality drinking water. Water tariff increases coupled with non-compliance with investment obligations were also recorded in Berlin.¹³ Public

13 www.remunicipalisation.org/#case_Berlin (30.4.2016).

authorities could neither oversee nor influence private operators in Germany. In the South, the tariff increases and connection fees that followed privatisation in Bolivia, Argentina, India (Latur) and Mali also made the service unaffordable.¹⁴

3.4. Effect of remunicipalisation: Cost savings

The driving force behind remunicipalisation is the desire to secure local control over essential resources and to reduce costs. The most common and obvious change is that local authorities can save significant costs when taking water service provision back in-house. The survey on 18 small US communities found that return to public operation cut costs by an average of 21%; a big city like Houston (2.7 million people) cut costs in 17%, or \$2 million annually. This was made possible thanks to efficiency gains in public operations, by stopping outsourcing, and reducing the cost of monitoring external contractors. The same kinds of savings were achieved in Hamilton, Canada (C\$1.2 million), in Grenoble (€40 million) and Paris (€35 million within the first year of operation), France.¹⁵ In many cases such public savings allow increasing investments to improve the network or reducing the water bill for users (Paris).

Private companies tend to use their own subsidiary companies for outsourcing and overcharge for services. A small town in Spain, Arenys de Munt,¹⁶ found that the previous private concessionaire was charging fees nearly four times higher to expand the municipal network than the town later did. The experience of Buenos Aires province¹⁷ and its 2.5 million inhabitants is just as dramatic. The newly established public company *ABSA* collaborated with the workers' cooperative, *5 de Septiembre S.A.*, to improve operations and successfully reduced 75% of technical costs compared to the private management period. Together they were able to restore drinking and wastewater plants. Remunicipalisation carries other inherent advantages associated with public management, such as cooperation among municipal departments to rationalize operations and share equipment. For example, water and transport departments can work together to time water pipeline replacements with street repairs to avoid redundant repaving work. Municipal inter-departmental cooperation permits better use of resources.

3.5. Investment

Operational cost savings can be used towards increasing investments to expand access to water and sanitation (in the South) and/or to replace old infrastructure in order to

14 http://remunicipalisation.org/#case_La%20Paz%20and%20El%20Alto, http://remunicipalisation.org/#case_Cochabamba, http://remunicipalisation.org/#case_Latur (30.4.2016).

15 *Pigeon*, Une eau publique, in *Pigeon/McDonald/Hoedeman/Kishimoto* 24-39; *Pigeon*, Who takes the risks? Water remunicipalisation, in *Pigeon/McDonald/Hoedeman/Kishimoto* 74-89.

16 http://remunicipalisation.org/#case_Arenys%20de%20Munt (30.4.2016).

17 http://remunicipalisation.org/#case_Buenos%20Aires%20Province (30.4.2016).

meet stricter environmental regulation (in the North). This is a fundamental difference from private management in which cost savings tend to translate into dividends for shareholders. In 2014, France's Regional Court of Auditors published reports to evaluate *Eau de Paris* and explicitly pointed out that the return to public management enabled the city to lower the price of water while maintaining a high level of investment.¹⁸ Argentine cities (Buenos Aires, Santa Fe) also underwent ambitious investment programs to expand services following remunicipalisation, with support from the national government, and were able to maintain water tariffs at affordable levels. Similarly, national governments made major investments in La Paz/El Alto in Bolivia and Dar es Salaam¹⁹ in Tanzania after remunicipalisation with the aim to expand services to unserved people. These cities' experiences tell us that public commitment is essential to achieve an ambitious social goal like universal access to water and adequate sanitation.

4. Obstruction and new threat

There is a range of challenges in remunicipalisation however. In particular, cities that terminated a private contract before expiry often entered into conflict with private contractors, which often led to litigation. Private companies are well protected in the event of contract termination, both by commercial and national laws.

In general, remunicipalisation is smoother when it is the result of non-renewal of a contract upon expiry. Municipalities in France tend to wait for contract expiry to avoid paying compensation; in the meantime the municipality can prepare the new public model. Although many municipalities face serious breaches of contractual obligations and this situation is often the most direct motivation for remunicipalisation, it is often hard for municipalities to prove such violations.

Moreover, investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms found in many bilateral investment treaties appear as a major threat for remunicipalisation. ISDS gives power to investors to bring states before international arbitration tribunals and this tool is increasingly used by companies to maximise compensation. Policy space for local authorities that wish to reverse privatisation is therefore shrinking in the face of excessive investor protection.

Remunicipalisation can also take place by purchasing shares back from private companies. Berlin is an example of how the state government had to bear high costs to buy back shares (€1.3 billion in total). Similarly, the amount that Selangor state in Malaysia disbursed to buy back four private concessionaires' shares added up to €1.9 billion.²⁰ In these cases, local governments can avoid legal battles but they impose a heavy financial

18 Kishimoto/Lobina/Petitjean (eds), *Our Public Water Future*, 66-74.

19 Pigeon, *From fiasco to DAWASCO: Remunicipalising water services*, in Pigeon/McDonald/Hoedeman/Kishimoto 40-57.

20 http://remunicipalisation.org/#case_Selangor%20State (30.4.2016).

burden on tax payers for decades by taking up loans to buy back assets. Berlin citizens had already paid a lot through their water bills for services and assets as well as companies' generous profits during privatisation; they now have to repay the debt of local authorities after remunicipalisation. In such cases, despite ownership change, public companies may be forced to remain profit seeking and little space is left to build a new public service culture and values. Expensive share repurchase results in high water bills and may prevent the public company from taking on social and environmental challenges.

5. Public water operators as innovators

Eau de Paris has changed the image of public operators. It has demonstrated that public operators are innovators when it comes to social and environmental policies and building a new democratic culture. Water conservation is one of the central strategies in *Eau de Paris* and the utility has taken the water pollution challenge seriously. It has developed partnerships with farmers around water catchment areas to help them switch to organic agriculture and reduce the use of chemicals. *Anne Le Strat* confidently says that democratic governance helps achieve quality services and build public service values. The *Water Observatory* in Paris has created a space for Parisians to engage in water policies. The observatory together with other civic organisations and workers' representatives sits on the board of *Eau de Paris*, with voting rights on strategic decisions. High levels of information disclosure and transparency are a precondition for democratic governance. Using different models, citizen participation in decision-making are also a reality in Grenoble and Lacs de l'Essonne²¹ in France.

This tells us that remunicipalisation is not merely about a change in ownership but is also an opportunity to build a close relationship with users and to reinvent public services and values. The Paris Water Observatory model can be tried out elsewhere in the world. When citizens see the benefits from public water services and take ownership, they also become active defenders of their system.

6. Citizen mobilization

Many of remunicipalisation's successes would not have been possible without the tireless mobilisation of committed citizens. In Jakarta, citizens studied the problems of privatisation despite having limited access to information for years. Berliners had to organise a referendum just to demand that the secret private contracts be disclosed. Pressure from citizens swayed local authorities' positions on privatisation in Hamilton (Canada), Stuttgart (Germany), Grenoble, Rennes, Montpellier (France), Arenys de

21 http://remunicipalisation.org/#case_Lacs%20de%20l%E2%80%99Essonne (30.4.2016).

Munt (Spain), Stockton (US) and Buenos Aires (Argentina). The role of citizens and social movements illustrates that, ultimately, more is at stake than just a shift from private to public ownership in remunicipalisation. Remunicipalisation is about building better public services: services that are more transparent, more accountable, more efficient and focused on people's needs over the long term. If citizens are willing to fight for remunicipalisation and against privatisation, it is also because they believe that the public sector is better equipped to meet broader social and environmental goals, and in a better position to address fundamental issues such as affordability and equity, as well as climate change adaptation, water conservation and the protection of ecosystems, as opposed to private companies' focus on financial aspects. Clearly, we cannot afford to continue to rely on private water 'solutions'.

Satoko Kishimoto is coordinator of the Reclaiming Public Water Network and the Water Justice Project at the Transnational Institute (TNI); satoko@tni.org

Emanuele Lobina is principal lecturer at the Public Services International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich, UK; e.lobina@gre.ac.uk

Olivier Petitjean is currently the chief editor at the Multinationals Observatory, an investigative website on French transnational corporations; opetitjean@multinationales.org

Problemzone Flüchtlingsbetreuung*

Zwischen ambivalenter Privatisierung und staatlicher Grenzziehung

Ronald Frühwirth / Konrad Lachmayer

1. Die staatliche Rückforderung von Beiträgen

1.1. Aufregung um Spenden in der Flüchtlingsbetreuung

Im März 2016 kam es zu einem Aufschrei der Hilfsorganisationen in Hinblick auf die Forderung der Bundesregierung, von den staatlichen Förderungen der privaten Flüchtlingsbetreuung die von den Hilfsorganisationen eingeworbenen Spenden abzuziehen.¹ Da die Gelder bereits verwendet wurden, bedeutete diese Forderung des Bundes, dass die Hilfsorganisationen Gelder, die bereits in die Flüchtlingsbetreuung investiert wurden, zurückzahlen sollten, also neue Gelder aufstellen, die sodann an den Staat zu überweisen wären. Während der Bund auf die allgemeinen Förderbedingungen verwies, die vertraglich vorsehen, dass der Bund ausschließlich jenen Betrag bezahlt, der nicht über andere Quellen finanziert werden kann, beklagten die NGOs einen „Missbrauch der Spendenidee“.²

Hinter dieser tagespolitischen Debatte zur Finanzierung von Hilfsorganisationen im Kontext privater Flüchtlingshilfe steht die grundlegende Frage nach der Rolle des Staates und der Privaten in der Flüchtlingsbetreuung. Aus dem Blickwinkel staatlicher Leistungsverwaltung des 20. Jhdts³ ist selbstverständlich zu aller erst der Staat gefordert, eine entsprechende Flüchtlingsbetreuung als öffentliche Dienstleistung zu erbringen. Dabei wird der Staat allerdings nicht nur selbstständig tätig, sondern kooperiert mit privaten Hilfsorganisationen. In diesem Zusammenhang erbringt der Staat die öffentliche Dienstleistung nicht selbst, sondern gewährleistet die Erbringung derselben durch Private, indem der Staat die Finanzierung übernimmt.

Die soeben vorgestellte Diskussion hinsichtlich einer finanziellen Rückforderung von staatlichen Geldern bei privaten Hilfsorganisationen zeigt primär einen Wandel der staatlichen Einstellung gegenüber der Flüchtlingsbetreuung als öffentlicher Dienstleis-

* Insb Abschnitte 1.3., 2. und 3. des nachfolgenden Beitrags geben Inhalte derselben Autoren aus folgender Publikation wieder: *Frühwirth/Lachmayer*, Privatisierung der Flüchtlingsbetreuung, Kurswechsel 4/2015, 70-74.

1 Siehe dazu etwa *Graber*, Flüchtlingshilfe: Bund will Spenden abkassieren, *Der Standard* v 21.3.2016.

2 Siehe dazu „Spenden fürs Ministerium“: NGOs beklagen „Unverschämtheit“, *Die Presse* v 21.3.2016.

3 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht IV: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) Rz 44.007ff.

tung und bezieht sich weit weniger auf eine rechtliche Problemstellung von Förderbedingungen bei der staatlichen Unterstützung von privater Flüchtlingsbetreuung. Bei der Rückforderung von Fördergeldern handelt es sich um eine vorgeschobene, politische Debatte. Dies lässt sich im Vergleich zur Erbringung anderer öffentlicher Dienstleistungen rasch erkennen. Bei staatlichen Verträgen zur Erbringung von Universaldienstleistungen durch private Unternehmen in liberalisierten Märkten zahlt der Staat nach Durchführung von Vergabeverfahren für eine bestimmte Zeitdauer bestimmte Beträge, um die Erbringung der Dienstleistung zu gewährleisten. Man denke etwa an den Postsektor.⁴ In anderen Bereichen wie dem Betreiben von Krankenhäusern oder dem Bau neuer Autobahnen investieren der Staat oder staatsnahe Unternehmen große Beträge, um diese öffentlichen Dienstleistungen zu erbringen. Die Ausgestaltung von Förderungen privater Flüchtlingsbetreuung zeigt allerdings schon die hierarchische Schiefelage zwischen staatlicher Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen und der Erbringung dieser Dienstleistungen durch private Hilfsorganisationen. Kurzum, bereits die rechtliche Ausgestaltung entrechtet die privaten Hilfsorganisationen (im Vergleich zu anderen Bereichen der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen) und versteht diese nicht als gleichwertige Vertragspartner, die den Staat im Rahmen seiner Aufgabenerbringung entlasten. Die Rückforderung von Fördergeldern weist daher vielmehr auf die Notwendigkeit einer adäquaten rechtlichen Ausgestaltung der Vertragsbeziehung hin und legt den heutigen Stellenwert der Flüchtlingsbetreuung als öffentliche Dienstleistung offen. Bezeichnenderweise – und darauf wird in diesem Beitrag noch einzugehen sein – finden sich im Rahmen der staatlichen Kooperation mit privaten Akteuren in der Flüchtlingsbetreuung zwei unterschiedliche Ansätze, je nachdem ob mit internationalen Unternehmen oder mit aus der Zivilgesellschaft entstandenen Hilfsorganisationen kooperiert wird.⁵

1.2. Rechtliche Perspektiven zur Rückforderung

Nichtsdestoweniger sei in der gebotenen Kürze auch auf die rechtliche Fragestellung der Rückforderung von staatlichen Fördergeldern eingegangen. Ausgangspunkt staatlicher Rückforderungsansprüche sind Vertragsklauseln, durch die grundsätzlich nur jene Kosten als förderbar bezeichnet werden, die „nicht durch Zuwendung Dritter (insb Spenden) abgedeckt sind“. Diese Bestimmung macht insb bei Förderungen von konkreten Projekten⁶ Sinn, bei denen der Staat die durch Drittmittel nicht aufbringbaren Kosten übernimmt und damit die finanzielle Deckung der Restkosten des konkreten Projekts ermöglicht.

4 Siehe §§ 6ff, insbes §§ 12ff Postmarktgesetz, BGBl I 2009/123.

5 Siehe dazu unter 2.

6 Man denke etwa an wissenschaftliche Konferenzen udgl.

Die Ausgangslage der staatlichen Förderung privater Hilfsorganisationen zur Flüchtlingsbetreuung ist demgegenüber eine andere. Private Hilfsorganisationen übernehmen laufend (und nicht nur im Hinblick auf ein konkretes Projekt) Aufgaben im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung. Die Flüchtlingsbetreuung findet aufgrund staatlicher und privater Mittel statt und ist durch die zur Verfügung stehenden Mittel begrenzt. Typischerweise werden dabei aber weder alle notwendigen Mittel aufgestellt und schon gar nicht ein finanzieller Gewinn aus der Tätigkeit gezogen. Es gibt daher nicht einen feststehenden Betrag, durch den alle Kosten abgedeckt werden, und durch dessen Überschreiten ein rückzahlbarer Gewinn entstehen würde. Im Gegenteil, es besteht vielmehr ein zur Verfügung stehender Betrag, der – bei Zusammenzählen sowohl staatlicher als auch privater Mittel – nicht ausreicht, um die entstandenen Kosten zu decken. Es kann daher bereits auf dieser Betrachtungsebene kein rückzahlbarer Betrag entstehen.

Bei dieser Betrachtungsweise fand aber noch gar nicht folgende Perspektive Berücksichtigung, nämlich dass private Hilfsorganisationen ihre Tätigkeiten weder generell auf Flüchtlingsbetreuung beschränken, noch auf jene Art der Flüchtlingsbetreuung, für die vom Staat Gelder zur Verfügung gestellt werden. Die eingeworbenen Spendengelder sind also nicht mit jener finanziellen Leistung, die der Staat für die Erbringung der Flüchtlingsbetreuung als öffentliche Dienstleistung zur Verfügung stellt, gegenrechenbar. Damit liegen bereits auf vertraglicher Ebene unterschiedliche Elemente vor, die rechtlich gegen eine Rückforderung sprechen.

Schließlich ist aber auch mit *Ennöckl* die verfassungsrechtliche Perspektive zu betonen.⁷ Der Staat ist auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (und dazu zählen derartige Förderungen) an die Grundrechte gebunden.⁸ *Ennöckl* betont, dass „[j]ene Vereine, die relativ stark Spenden lukrieren können, [...] dann deutlich weniger Subvention [erhalten], oder deren Betrag [...] reduziert [wird]“. Daraus entstehen gleichheitsrechtliche Problemstellungen, die auch bei privatrechtlichen Förderverträgen Berücksichtigung finden müssen. Auch die oben genannten vertragsrechtlichen Rechtsprobleme sind aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes sachlich zu rechtfertigen, womit insgesamt die verfassungsrechtliche Problematik der Vorgangsweise festgehalten werden kann.

1.3. Flüchtlingsbetreuung in der Krise

In Zeiten, in denen an Österreichs Grenzen Zäune gebaut werden, bestimmte Bundesländer die Versorgung von Flüchtlingen nicht erfüllen wollen und Menschen Demonstrationen gegen frierende Menschen auf der Straße, die alles verloren haben, abhalten, scheint sich niemand für die Betreuung von Flüchtlingen zuständig zu fühlen. Die Frage

⁷ *News.orf.at*, „Einmaliger Übergriff“, <http://orf.at/stories/2330625/2330512/> (30.4.2016).

⁸ Sog Fiskalgeltung der Grundrechte; sh dazu *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹⁰ (2014) Rz 737ff.

der rechtlichen Zuständigkeit ist in Österreich regelmäßig kompliziert,⁹ doch in Hinblick auf die Bereitschaft zur Ermöglichung konkreter Hilfe sekundär. Zivilgesellschaftliche Initiativen zeigen den notwendigen, pragmatischen Weg auf, Hilfe einfach zu leisten und Betreuung herzustellen, wo diese notwendig ist, ohne lange über Zuständigkeitsfragen nachzudenken.

Die bestehende staatliche Betreuungskrise ist aber nicht durch die jüngsten Flüchtlingsbewegungen der letzten Monate entstanden, sondern ist das Produkt einer Migrationspolitik und öffentlichen Diskussionskultur zum Thema „Einwanderung und Integration“ der letzten 15 Jahre. Systematisch wurden rechtliche Rahmenbedingungen für Menschen, die nach Österreich einwandern wollen oder – aufgrund unzumutbarer Lebensbedingungen, kriegerischer Handlungen oder der begründeten Furcht vor Verfolgung – müssen, verschlechtert.¹⁰ Damit verbunden sind Elemente der Kriminalisierung, der Ökonomisierung und der rechtlichen Ausgrenzung von MigrantInnen.¹¹ Das auf diese Weise entstandene Problem der politischen Verantwortung und der rechtlichen Zuständigkeit manifestierte sich bereits vor dem Jahr 2015 in vielfältiger Weise und tritt nun umso stärker in den Vordergrund.

2. Konzeptionelle Positionierung der Flüchtlingsbetreuung

2.1. Privat und Privatisierung

Eines der relevanten Problemfelder bezieht sich auf die Privatisierung der Flüchtlingsbetreuung. Doch was meint eigentlich Privatisierung?¹² Der Begriff suggeriert, dass Private tätig werden und nicht der Staat. Öffentliche Aufgaben sollen durch die Gesellschaft übernommen werden. Bei näherer Betrachtung der Privatisierungsdebatte geht es aber nicht um die Involvierung einzelner Personen oder der Gesellschaft in öffentliche Aufgaben. Privatisierung meint vielmehr eine Ökonomisierung öffentlicher Aufgaben. Bei den sogenannten „Privaten“ handelt es sich vielmehr um Unternehmen, die öffentliche Aufgaben übernehmen sollen. Unternehmen folgen dabei typischerweise einer betriebswirtschaftlichen Logik, die auf Effizienz, also einer Kosten-Nutzen-Abwägung, aufbauen und dem Konzept der Gewinnerorientierung folgen. Das Konzept der „Privatisierung“ entlarvt sich spätestens dann als ein Projekt der Ökonomisierung, wenn klar wird, dass die sogenannten privaten Unternehmen, die sodann öffentlich Aufgaben übernehmen sollen, im Staatseigentum stehen können. Die sogenannte Verlagerung von „Staat auf

9 Siehe dazu im Kontext der Flüchtlingsdebatte etwa das BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, BGBl I 2015/120.

10 Zu den Auswirkungen des Unionsrechts auf das nationale Fremden- und Asylrecht siehe *Pöschl*, Einwirkung des Unionsrechts auf das Migrationsrecht, in *Griller/Kahl/Kneibls* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 519ff.

11 Siehe dazu nur die Novellen zum FPG seit Erlassung BGBl I 2005/100.

12 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht IV: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) Rz 46.047ff.

Privat“ bedeutet sodann nämlich nur, dass der Staat an ökonomischem Handlungsspielraum gewinnt, wenn er sich einer privaten Unternehmensstruktur bedient, anstatt sich innerhalb der Staatsorganisation an die vorgegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen halten zu müssen.

Der VfGH hat Kernaufgaben des Staates identifiziert, die nicht privatisiert werden dürfen.¹³ Die Betreuung von Flüchtlingen wurde diesen Kernaufgaben nicht zugeordnet und in weiterer Folge zum Teil auch an gewinnorientierte Unternehmen ausgelagert, die mehr Flüchtlingsmanagement als Flüchtlingsbetreuung anbieten. Die damit verbundene „Professionalisierung“ des Flüchtlingsmanagements erschien unkomplizierter und billiger (und damit effizienter) als eine Flüchtlingsbetreuung im herkömmlichen Sinn. Die Grenzen der „Leistungsfähigkeit“ eines solchen – ebenso inflexiblen – Systems können im Rahmen der bestehenden, teilweise katastrophalen Betreuungssituation Asylsuchender deutlich wahrgenommen werden.

2.2. Staatliche Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung

Was ist nun die Konsequenz der Verlagerung öffentlicher Dienstleistungen auf private Unternehmen, die einer betriebswirtschaftlichen und gewinnorientierten Systemlogik folgen? Die Kosten der Flüchtlingsbetreuung werden auf ein Minimum reduziert, die angebotenen Betreuungsleistungen möglichst gering gehalten, die Organisationsstrukturen „schlank“ konzipiert und die Auswahl der MitarbeiterInnen orientiert sich primär am zu zahlenden Lohn. Derartig ökonomisierte Flüchtlingsbetreuung kann Ausnahmesituationen wie die zur Zeit bestehenden Flüchtlingsströme nicht bewältigen.¹⁴

Bei Übertragung der Flüchtlingsbetreuung in ökonomisierte Strukturen verbleibt beim Staat eine sogenannte Gewährleistungsverantwortung.¹⁵ Staatliche Organe müssen die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch private Unternehmen in Hinblick auf die Einhaltung des bestehenden Vertrages zwischen dem Staat und den Unternehmen kontrollieren. Kommen diese Unternehmen den staatlichen Vorgaben nicht nach, so sind von staatlicher Seite entsprechende rechtliche Konsequenzen zu setzen. Diese beinhalten auch die Möglichkeit, einen entsprechenden Vertrag zu kündigen und die Aufgabenübertragung dem privaten Unternehmen zu entziehen.

In so einem Fall hat der Staat wiederum selbst die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu garantieren (Leistungsverantwortung), also die Flüchtlingsbetreuung selbst wahrzu-

13 Siehe dazu VfSlg 14473/1996 sowie zur Judikaturlinie *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750ff.

14 Der Umgang mit der „Ausnahmesituation“ ist vielmehr die Verhinderung neuer Flüchtlingsaufnahmen unter Berufung auf rechtliche Notfallssituationen (so die geplanten „Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung von Grenzkontrollen“ im Rahmen einer Novelle des Asylgesetzes).

15 Zu Gewährleistungsverantwortung siehe *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht IV: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) Rz 44.010, 46.047.

nehmen. Diese Verantwortungswahrnehmung wird typischerweise zu höheren Kosten führen und zeigt die Grenzen der „Privatisierung“ auf. Nur unter optimalen Bedingungen – die typischerweise nicht vorliegen – kann Flüchtlingsbetreuung gewinnbringend, also durch ein privates Unternehmen, organisiert werden. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben folgt typischerweise nicht den sogenannten Marktlogiken, sondern kann nur unter Einsatz staatlicher Mittel sinnvoll erfolgen.

2.3. Zivilgesellschaftliches Engagement

Dem hier vorgestellten Modell der „Privatisierung“, also der Ökonomisierung in Wahrnehmung öffentlicher Dienstleistungen, steht eine ganz andere Art der Wahrnehmung öffentlicher Dienstleistungen durch Private gegenüber. Es handelt sich dabei um das zivilgesellschaftliche Engagement vieler Privater, die ehrenamtlich und auf Basis von Spenden unter Einsatz von Freizeit Flüchtlingsbetreuung freiwillig übernehmen. Die Übernahme öffentlicher Dienstleistungen steht in diesem Zusammenhang nicht unter dem Paradigma der Gewinnorientierung, sondern der Menschlichkeit. Es wird auf diese Weise nicht nur das Versagen ökonomisierter, sondern auch staatlicher Flüchtlingsbetreuung kompensiert. Das zivilgesellschaftliche Engagement durch NGOs oder aber auch private Initiativen bedarf allerdings auch der staatlichen Unterstützung und kann dem Staat seine Verantwortung im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht abnehmen. Es ist daher das Gebot der Stunde, dass der Staat seine finanzielle Unterstützung für die zivilgesellschaftlichen Initiativen und die in diesem Bereich bestehenden Organisationen verstärkt, anstatt in ökonomisierte Modelle der Flüchtlingsbetreuung zu investieren, die in Zeiten großer Flüchtlingsströme ohnedies zum Scheitern verurteilt sind. Die Problematik der Unterstützung derartiger Formen der Flüchtlingsbetreuung zeigt sich am eingangs erwähnten Bsp deutlich.

3. Praktische Probleme der Flüchtlingsbetreuung

3.1. Status quo

Die vergangenen Monate haben das Versagen des derzeitigen Unterbringungs- und Versorgungssystems aufgezeigt. Österreich ist aufgrund von europarechtlichen Bestimmungen und nicht zuletzt auch aus verfassungsrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus der EMRK ergeben, dazu angehalten, Asylsuchende menschenwürdig unterzubringen.¹⁶ Dies bedeutet, dass Asylsuchende einen Anspruch darauf haben, dass grundlegende Lebensbedürfnisse gestillt werden. Dazu gehören insb die Versorgung mit Nahrungsmitteln und Kleidung, die Zurverfügungstellung eines Daches über dem Kopf und die Gewährleistung medizinischer Betreuung; in einem weitergedachten Sinne auch die Er-

¹⁶ Siehe nur Art 2, 3, 8 EMRK.

möglichung des Zuganges zu Bildung sowie das Angebot allenfalls notwendiger psychologischer Betreuung. In Österreich mangelt es seit Monaten an einem adäquaten Angebot dieser Leistungen. Wir haben uns bereits an das Bild obdachloser Asylsuchender gewöhnt. In den Sommermonaten 2015 waren hunderte bis tausende obdachlose Menschen in Traiskirchen allgegenwärtig. In vielen Gegenden wurden notdürftig Zelte bzw ganze Zeltstädte aufgestellt. Auch diese sind nicht geeignet, den Verpflichtungen gerecht zu werden. Österreich hat fixe Unterkünfte zur Verfügung zu stellen, Zelte bieten nicht ausreichend Schutz vor Witterungseinflüssen.

Der österreichische Staat ist zu diesen Aufgaben verpflichtet. In vielen Bereichen bedient er sich diesbezüglich Privater. Vor einigen Jahren wurde insb die Unterbringung und Versorgung in der größten Erstaufnahmestelle Österreichs, in Traiskirchen, an das gewinnorientierte Unternehmen ORS mit Sitz in der Schweiz ausgelagert.¹⁷ Step by step wurde die Verwaltung von immer mehr Einrichtungen in den letzten Jahren diesem Unternehmen übertragen, während zuvor derartige Betreuungsaufgaben oftmals von den im Umgang mit Asylsuchenden erfahrenen NGOs erledigt wurden.

3.2. Unvermögen oder Unwille?

Das private Unternehmen war ganz offenkundig nicht in der Lage, dem – erwartbaren – verstärkten Bedarf an Betreuung gerecht zu werden. Der Staat hätte reagieren und jedenfalls zusätzliche Kapazitäten schaffen müssen. Dies hat er nicht getan. Die Annahme liegt nahe, dass diesem Versäumnis nicht Unvermögen, sondern Strategie zugrunde liegt. Erst im Juni 2015 hat die österreichische Innenministerin bekanntgegeben, sie wolle gegensteuern, damit Österreich nicht „Zielland Nummer eins“ für Asylsuchende werde. In diesem Zusammenhang gab sie bekannt, dass in Hinkunft inhaltliche Verfahren länger dauern würden, da sie den sogenannten Dublin-Verfahren, in denen es rein um die Klärung der Zuständigkeit zur Prüfung eines Asylantrags geht, nachgereiht würden. Ziemlich zeitgleich startete die auch immer noch anhaltende Unterbringungsmisere. Man mag es nicht glauben, dass der Staat nicht in der Lage ist, für einige tausend Personen ausreichend Unterkunft, Verpflegung und medizinische Betreuung zur Verfügung zu stellen. Aus der behördlichen Überforderung wurde nun die politische Strategie entwickelt, Flüchtlinge überhaupt nicht mehr nach Österreich einreisen zu lassen.¹⁸

Bis heute bleibt der Eindruck bestehen, Behörden und die von ihnen beauftragten Unternehmen – insb in Traiskirchen – sind massiv überfordert und/oder ungewillt, an der Situation etwas zu ändern.

¹⁷ Siehe die Homepage: www.orsservice.at (30.4.2016).

¹⁸ Siehe das Gutachten *Obwexer/Funk*, Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge, www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=62571 (29.3.2016).

3.3. Private als Hoffnungsträger?

Dabei gibt es private Initiativen, allerdings ohne Gewinnerzielungsabsicht, die zeigen, wie es anders geht. Besondere Beachtung verdient dabei wohl die Organisation der Betreuung von Asylsuchenden am Wiener Hauptbahnhof. Ausschließlich von privaten Initiativen getragen, wurde im letzten Jahr für tausende ankommende Asylsuchende am Wiener Hauptbahnhof gesorgt. Es wurden ihnen Schlafplätze unter Dach und warme Mahlzeiten angeboten, ihre medizinische Versorgung übernommen und dafür Sorge getragen, dass eine unabhängige Rechtsberatung und ausreichend DolmetscherInnen zur Verfügung standen. Und dies alles ohne Geldgeber. Getragen wurde das von zivilgesellschaftlichem Engagement und einer außerordentlich guten Organisation. So wurden soziale Netzwerke dafür genutzt, den aktuellen Bedarf zu erheben, und es wurde in Windeseile immer genau das herbeigeschafft, was von Nöten war; seien es Toastbrot oder Bohnen, Geschirr oder Kochtöpfe, Medikamente oder Kleidung für unterkühlte Personen.

Auch andere Bsp zeigen, wieviel flexibler und besser organisiert private Organisationen auftreten können. An der Grenze zu Spielfeld etwa sind die offiziell beauftragten Institutionen nicht in der Lage gewesen, ausreichend warme Nahrung für ankommende Asylsuchende zur Verfügung zu stellen. Eine private Initiative hatte es hingegen geschafft – durch Unterstützung zahlreicher Privatpersonen und Aufrufe über soziale Netzwerke.

Die Übertragung staatlicher Aufgaben an Private muss nicht immer ein Nachteil sein. Es hängt vielmehr davon ab, welches Interesse diese Privaten verfolgen. Während die von der Regierung beauftragten Unternehmen, die mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten, selbst kein Interesse daran haben, mehr als das Nötige zu erbringen, weil alles andere zu ihren wirtschaftlichen Lasten ginge, und der Staat aus möglicherweise rechtspolitischen Erwägungen nicht gewillt ist, mehr an Aufwand, Ressourcen und finanziellen Mitteln zur Verfügung zu stellen, haben andere private Initiativen, die in zivilgesellschaftlichem Engagement begründet sind, ein uneigennütziges Interesse daran, nicht dabei zuzuschauen, wie der Staat dabei versagt, menschenwürdige Lebensbedingungen für Asylsuchende zu gewähren.

Es sind genügend Ressourcen vorhanden, um die menschenwürdige Versorgung auch von zigtausend neuankommenden Asylsuchenden gewährleisten zu können. Es bedürfte einfach nur engagierten Auftretens und einer flexiblen Struktur, die rasches Handeln und Reagieren auf sich schnell ändernde Bedürfnisse und Umstände erlaubt. Welchen Schluss kann man nun aus den Ereignissen der letzten Monate ziehen?

Die Unterbringungsmisere zeigt, dass Konzepte zum Scheitern verurteilt sind, die staatliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Grundrechten von Menschen an gewinnorientierte Unternehmen auslagern. Ein niedrigerer Tagessatz kann nicht ausschlaggebend dafür sein, die Versorgung von Menschen an private Unternehmen auszulagern. Derartige Aufgaben müssen immer in erster Linie die Einhaltung grund-

rechtlicher Standards im Fokus haben. Es mag sinnvoll erscheinen, dass der Staat sich der Unterstützung Privater bedient. Es wäre geboten, den erprobten privaten Initiativen sowie etablierten Hilfsorganisationen mehr Raum und Ressourcen zur Verfügung zu stellen, anstatt ihnen die ohnedies begrenzten staatlichen Mittel vorzuenthalten.

Die Entwicklung hinsichtlich der finanziellen Unterstützung privater Hilfsorganisationen zeigt allerdings – wie das Eingangsbeispiel veranschaulicht hat – in eine andere Richtung. Es wird vielmehr der Versuch unternommen, die finanzielle Unterstützung privater Hilfsorganisationen weiter zu reduzieren. Damit ist allerdings ein Phänomen angesprochen, das über das konkrete Eingangsbeispiel weit hinausgeht und vielmehr auf eine allgemeine, grundlegende Entwicklung des Staates hinweist und eine Veränderung, insb der Rolle der staatlichen Verwaltung, im 21. Jhdt betrifft. Die Weichenstellungen von einem Leistungsstaat hin zu einem Sicherheitsstaat werden bereits jetzt getroffen, die massiven Auswirkungen dieser Weichenstellung werden aber erst in den nächsten Jahrzehnten richtig sichtbar werden.

4. Vom Leistungs- zum Sicherheitsstaat

Die Betonung der österreichischen Staatsgrenzen markiert zunehmend auch die Grenzen der österreichischen Politik. Dabei steht folgende Frage im Mittelpunkt: Was soll der Staat leisten, oder anders gefragt: wofür soll der Staat die bestehenden, aber begrenzten Mittel ausgeben? Hier ist eine Verschiebung weg von einer Leistungsverwaltung festzustellen, die den Einzelnen sozial unterstützt und eine Basis für materiellen Ausgleich schafft,¹⁹ hin zu einem Sicherheitsstaat,²⁰ der ebenso hohe Kosten für die Durchführung von Sicherheitsmaßnahmen verwendet, um Ab- und Ausgrenzungen zu ermöglichen. Anstatt also Dienstleistungen für die Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, besteht die Dienstleistung sodann vielmehr in der Stärkung von Polizei, Militär und Ordnungskräften.²¹

Damit wird im Übrigen nicht nur jenen Personen die finanzielle Unterstützung entzogen, die unmittelbar darauf angewiesen sind, sondern überdies auch der Wirtschaftsstandort durch Schaffung neuer staatlicher Hürden, so genannter Sicherheitsmaßnahmen, nachhaltig geschädigt.²² Während in Hinblick auf Grenzen öffentlicher Dienstleistungen finanzielle Argumente im Vordergrund stehen, treten eben jene finanziellen Argumente bei der Definition neuer sogenannter staatlicher Sicherheitsaufgaben, etwa

19 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), Österreichisches Staatsrecht IV: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) Rz 44.007ff.

20 Zu einer anderen Facette des Sicherheitsstaates siehe *Lachmayer*, Demokratischer Überwachungsstaat im rechtsstaatlichen Spannungsfeld, *juridikum* 2006, 30ff.

21 Siehe dazu nur die laufenden Novellen zum AsylG, GrenzkontrollG oder StGB; diesbezüglich werden nicht nur im Bereich des Asylrecht zahlreiche institutionelle Weichen gestellt.

22 Siehe etwa zu den geplanten Grenzkontrollen am Brenner *Felbermayr/Gröschl/Steinwachs*, Handelseffekte von Grenzkontrollen, Studie des ifo Instituts, März 2016, www.cesifo-group.de/DocDL/ifo_Forschungsberichte_73_2016_Felbermayr_etal_Handelseffekte_Grenzkontrollen.pdf (30.4.2016).

in Form europarechtswidriger Grenzziehungen, in den Hintergrund. Dabei sind sowohl die unmittelbaren Kosten, etwa für die Errichtung von Grenzzäunen oder für die Bereitstellung des damit verbundenen Sicherheitspersonals, als auch die Effekte Kosten, die etwa für die Wirtschaft durch Grenzkontrollen oder für Privatpersonen durch Zeitverlust entstehen, nicht in demselben Ausmaß problematisiert. Dieses Bsp veranschaulicht eine allgemeine Entwicklung weg vom Wohlfahrts-/Leistungsstaat des 20. Jhdts. Schritt für Schritt hin zum Sicherheitsstaat des 21. Jhdts.

Das Paradigma des Sicherheitsstaates ist dadurch charakterisiert, dass alle anderen staatlichen Leistungen gegenüber der Erbringung von staatlichen Sicherheitsmaßnahmen zurücktreten. Der Sicherheitsstaat verlangt, dass immer mehr Ressourcen für staatliche Sicherheitsmaßnahmen zur Verfügung gestellt werden. Zur Finanzierung des Sicherheitsstaates sind andere öffentliche Dienstleistungen stark zu reduzieren, um die entsprechenden Sicherheitsmaßnahmen zu ermöglichen. Gerechtfertigt werden diese stets zunehmenden Sicherheitsmaßnahmen dadurch, dass stetig neue Bedrohungen für staatliche oder gesellschaftliche Sicherheit entstehen. Die Zunahme der destabilisierenden Effekte hat unterschiedlichste Gründe, wie die technische und wirtschaftliche Globalisierung, die zu neuen Migrationsströmen, transnationaler Kriminalität oder internationalem Terrorismus führen, oder aber auch die Herausbildung des Sicherheitsstaates selbst.²³ So wird der Sicherheitsstaat zur Voraussetzung und Legitimation seiner eigenen Existenz.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwalt in Graz und auf Grundrechtsfragen sowie das Asyl- und Fremdenrecht spezialisiert; office@ronald-fruehwirth.at

Priv.-Doz. Dr. Konrad Lachmayer ist selbstständiger Wissenschaftler in Wien; konrad@lachmayer.eu

23 Die Maßnahmen des Sicherheitsstaates führen zu Ausgrenzungen und Verarmung von Gesellschaftsteilen, die wiederum zu gesellschaftlichen Konflikten oder Zunahme von Kriminalität führen. Die zunehmende Kriminalisierung durch Einführung neuer Straftaten führt zu einer Zunahme der kriminellen Handlungen; die Zunahme der Kriminalität führt zur Forderung neuer Maßnahmen gegen Kriminalität, die wiederum zur Einführung neuer Straftaten führen.

Gewaltschutz für alle!

Das Versprechen der Istanbul-Konvention an geflüchtete Frauen*¹

Valerie Purth

Am 1. August 2014 trat das *Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* (Istanbul-Konvention) in Kraft. Die Konvention gilt zu Recht als das derzeit wichtigste internationale Rechtsinstrument gegen Gewalt an Frauen*² in Europa: Sie schafft verbindliche Rechtsnormen gegen Gewalt an Frauen* und häusliche Gewalt. Dafür sieht sie umfassende Maßnahmen in den Bereichen Prävention, Betreuung und Hilfe, Rechtsschutz und Verfahren vor.³ 21 Staaten haben die Istanbul-Konvention bis dato ratifiziert; die Türkei als erste, Österreich immerhin unter den ersten sechs.^{4,5}

Während in Österreich zuletzt in Zusammenhang mit dem StRÄG 2015⁶ intensiv über die Umsetzung der von der Istanbul-Konvention geforderten Straftatbestände zur sexuellen Selbstbestimmung diskutiert wurde,⁷ haben die Bestimmungen der Istanbul-Konvention für geflüchtete und migrantische Frauen* in den medialen und politischen Diskurs noch kaum Eingang gefunden. Dabei sind Frauen* und Mädchen nicht nur auf der Flucht besonderen, geschlechtsspezifischen Gefahren ausgesetzt,⁸ sondern auch in den Aufnahmeländern selbst. Massenunterkünfte und provisorische Unterkünfte können nicht die für den Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt notwendige Privatsphäre schaffen. Dieser Bedarf nach geschützten Räumen wird in Österreich zumindest von gemeinnützigen Vereinen, die mit der Grundversorgung von Asylwerber_innen beauf-

-
- 1 Der * verbildlicht den Geschlechterbegriff, der von der Istanbul-Konvention verwendet wird: „[Im Sinne dieses Übereinkommens] bezeichnet der Begriff ‚Geschlecht‘ die gesellschaftlich geprägten Rollen, Verhaltensweisen, Tätigkeiten und Merkmale, die eine bestimmte Gesellschaft als für Frauen und Männer angemessen ansieht.“ (Art 3 lit c).
 - 2 Wenngleich der Text der Istanbul-Konvention geschlechtsneutral formuliert ist und insofern auch Männer* und Buben* von der Istanbul-Konvention geschützt werden sollen, so verdeutlicht die Präambel, dass va Frauen* und Mädchen von geschlechtsspezifischer und häuslicher Gewalt betroffen sind, diese strukturellen Charakter hat und ein Produkt historisch gewachsener Machtverhältnisse zwischen Männern* und Frauen* ist.
 - 3 S auch im Juridikum-Schwerpunktheft zu Häuslicher Gewalt: *Logar*, Die Istanbul-Konvention. Rechtsnormen zur Verhinderung von Gewalt an Frauen und häuslicher Gewalt in Europa, Juridikum 2014, 349.
 - 4 BGBl III 2014/164.
 - 5 *Europarat*, Chart of signatures and ratifications of treaty 2010, www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures (15.4.2016).
 - 6 BGBl I 2015/112.
 - 7 *Verein österreichischer Juristinnen*, Stellungnahme zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015, www.juristinnen.at/wp-content/uploads/StR%C3%84G_Juristinnen.pdf (15.4.2016).
 - 8 *UNHCR/UNFPA/WRC*, Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis, www.unhcr.org/569f8f419.html (15.4.2016).

trägt werden, tw anerkannt. So gibt es mittlerweile vermehrt Unterkünfte ausschließlich für Frauen*; mit der *Queer Base* gibt es eine in der *Rosa Lila Villa* angesiedelte Unterstützungsplattform für geflüchtete LGBTs samt Wohnprojekt.⁹ Im Sommer 2015 holte die Wiener SPÖ „alle unbegleiteten minderjährigen Mädchen“¹⁰ aus der Erstaufnahmestelle Traiskirchen in die Hauptstadt.¹¹ Die zynische Bemerkung, dass es sich „nur“ um rund 20 junge Frauen*¹² handelte und dass das Bemühen um diese besonders empathiegenerierende Personengruppe kurz vor der Gemeinderatswahl nicht ganz selbstlos gewesen sein mag, bleibt aufgrund der unbestreitbaren Notwendigkeit geschützter Räume für Frauen* und Mädchen im Hals stecken.

Doch an diesem Bsp wird klar: Das Schaffen von spezifischen Schutzmaßnahmen für geflüchtete Frauen* und Mädchen wird als besonderes Entgegenkommen stilisiert; gilt es doch zunächst, die „unüberblickbare Masse“ an geflüchteten Menschen unterzubringen. Ist dies geschafft, dann – und erst dann! – könne über Schutzmaßnahmen für bestimmte Personengruppen geredet werden. Dabei ist Österreich mit der Ratifikation der Istanbul-Konvention handfeste Verpflichtungen zum Schutz von geflüchteten Frauen* eingegangen; bei der Umsetzung derselben handelt es sich daher keineswegs um einen Gnadenakt.

Die Istanbul-Konvention berücksichtigt die besonders gefährdete Position von geflüchteten und migrantischen Frauen* (egal, ob sich diese legal in einem Land aufhalten oder illegalisiert wurden): Asyl und Migration wird ein ganzes Kapitel (VII) eingeräumt. Art 59 des Kap VII hält fest, dass Partner_innen, die von häuslicher Gewalt betroffen sind und deren Aufenthaltsstatus vom Aufenthaltsstatus des_der Partner_in abhängt, bei Beenden der Beziehung unabhängig von deren Dauer (!) einen eigenen, unabhängigen Aufenthaltsstatus erhalten sollen. Die Umsetzung dieses Art haben sich einige Staaten vorbehalten, nicht aber Österreich. Hier ist an und für sich im Rahmen des Familienverfahrens (§ 34 ASylG) gesichert, dass jede_r Familienangehörige einen eigenen Bescheid, und somit einen eigenständigen Aufenthaltstitel bekommt (Abs 4 leg cit). Im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ist geregelt, dass ua Familienangehörige, die von einer Zwangsehe oder Zwangspartnerschaft (§ 30a) oder in anderer Weise von Gewalt betroffen sind – nicht expliziert wird, dass es sich um geschlechtsspezifische Gewalt handeln muss – ein eigenständiges Aufenthaltsrecht auch vor Ablauf der sonst notwendigen fünf Jahre erhalten können (§ 27). Die Voraussetzungen für das Greifen dieser

9 *Verein menschen.leben*, Haus der Frauen Hollabrunn, www.menschen-leben.at/einrichtungen/haus-der-frauen-hollabrunn/ (15.4.2016); *Türkis Rosa Lila Tipp*, Queer Base in der Türkis Rosa Lila Villa, <http://dievilla.at/blog/queer-base-in-der-turkis-rosa-lila-villa/> (15.4.2016).

10 *DiePresse.com*, Traiskirchen: Alle unbegleiteten Mädchen kommen nach Wien, http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/4790163/Traiskirchen_Alle-unbegleiteten-Maedchen-kommen-nach-Wien (15.4.2016).

11 Im September 2015 wurden auch unbegleitete junge Burschen nach Wien geholt: *Samariterbund*, Haus Ottakring, www.samariterbund.net/wohnen-und-soziale-dienstleistungen/fluechtlingsbetreuung/jugendliche/haus-ottakring/ (15.4.2016).

12 *SPÖ Neubau*, SPÖ – der Wiener Weg der Flüchtlingspolitik, www.neubau.spoe.at/spoe-der-wiener-weg-der-fluechtlingspolitik/ (15.4.2016).

Ausnahmeregelung, zB das Erwirken einer einstweiligen Verfügung gegen den die gewalttätige Partner_in, sind aber laut Opferschutzeinrichtungen nicht einfach zu erfüllen.¹³ Im Art 60 der Istanbul-Konvention wird die Verpflichtung zur Anerkennung von geschlechtsspezifischer Gewalt als Verfolgungsgrund iSd Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) sowie zu geschlechtersensibler Auslegung aller Verfolgungsgründe der GFK und schließlich zu geschlechtersensiblen Aufnahme- und Asylverfahren – etwa: Einvernahme und Übersetzung durch eine gleichgeschlechtliche Person; Beratungsmöglichkeiten; versperrbare, getrennt begehbbare Unterbringungen – normiert; so soll der *Gender-Blindness* der GFK gegengesteuert und eine möglichst sichere Unterbringung garantiert werden. Art 61 enthält ein Non Refoulement-Verbot, wie es sich auch in der GFK findet, jedoch mit dem Zusatz, dass das Non Refoulement-Verbot auch für Betroffene häuslicher Gewalt gelten muss. Insb Art 60 kodifiziert wichtige Entwicklungen des internationalen Asylrechts, die bislang nur in der Jud bzw als Völkergewohnheitsrecht anerkannt waren: Im Lichte der Istanbul-Konvention muss häusliche Gewalt als geschlechtsspezifischer Verfolgungsgrund verstanden werden und die Verfolgungsgründe der GFK müssen geschlechtersensibel ausgelegt werden. Bestimmungen zu geschlechtersensiblen Asylverfahren finden sich bereits in der RL 2013/32/EU des europäischen Parlaments und des Rates („Verfahrensrichtlinie“), deren mangelnde Umsetzung in Österreich von Nichtregierungsorganisationen ua im Rahmen der Asylgesetznovelle 2015 beanstandet wurde.¹⁴ Was geschlechtersensible Unterbringung betrifft, so ist ebenfalls auf Mangelberichte von Nichtregierungsorganisationen zu verweisen.¹⁵

Unabhängig von diesen besonderen Bestimmungen des Kapitels VII muss gelten, dass alle Frauen*, und somit auch geflüchtete und migrantische Frauen*, vom Gesamtkonzept der Istanbul-Konvention umfasst sind. So hält bereits der Art 4 Abs 3 ein Anti-Diskriminierungsverbot fest: Die Umsetzung der in der Istanbul-Konvention festgeschriebenen Rechte ist demnach „ohne Diskriminierung insbesondere wegen (...) des Migranten- oder Flüchtlingsstatus oder des sonstigen Status sicherzustellen.“. Alle, und damit auch alle geflüchteten Frauen*, sind von der Istanbul-Konvention und somit vom bereits bestehenden Gewaltschutzsystem in Österreich, das nun als Umsetzung der Istanbul-Konvention gelesen werden kann, gesetzlich mitgeschützt – in der Praxis jedoch können geflüchtete Frauen* zB aufgrund der strukturellen Trennung von Frauen*beratungsstellen und Fremdenrechtsberatungsstellen, mangelnden Plätzen in Frauenhäusern usw nicht dieselben Gewaltschutzstandards wie österreichische Staatsbürgerinnen* in Anspruch nehmen.¹⁶

13 Logar/Weiss/Sticker/Gurtner, Migrantinnen und familiäre Gewalt (2010).

14 *Agenda Asyl*, Presseausendung v 23.3.2015, www.asyl.at/fakten_1/asyl_2015_03.htm (27.4.2016).

15 *Amnesty International*, Endergebnisse der Amnesty International Research-Mission in Traiskirchen, www.amnesty.at/de/traiskirchen-pa2 (27.4.2016).

16 Heike Rabe vom *Deutschen Institut für Menschenrechte* (DIMR) hat ein Policy Paper zum Gewaltschutz in Flüchtlingsunterkünften verfasst, in dem sie ua eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Frauen*beratungsstellen und asylrechtlichen Beratungsstellen fordert. Dies ist auch in Österreich dringend notwendig. Rabe, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften (2015).

Der auf zwei Säulen ruhende Monitoring-Mechanismus der Istanbul-Konvention sieht neben der Möglichkeit von ad-hoc-Überprüfungen („special inquiry“) einzelne Länderberichte zur Implementierung der Istanbul-Konvention auf der Basis von Fragebögen vor (Art 68). Österreich muss im ersten Durchgang von Länderberichten dem von der Istanbul-Konvention eingerichteten unabhängigen Expert_innen-Ausschuss, der „Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence“ (*GREVIO*), bis 1. September 2016 Rede und Antwort stehen. In dem von *GREVIO* entworfenen Fragebogen wird ua auch nach der Umsetzung der Art 60 und 61 bzw generell nach getroffenen Maßnahmen für den Schutz von geflüchteten Frauen* gefragt.¹⁷ Auch Nichtregierungsorganisationen sind aufgerufen, auf Basis des Fragebogens *GREVIO* Informationen zukommen zu lassen.¹⁸

Gewaltschutz für alle ist kein Luxus, sondern eine rechtliche Verpflichtung – und die Ratifikation der Istanbul-Konvention ein Versprechen, das auch gegenüber geflüchteten Frauen* gehalten werden muss.

Mag.^a Valerie Purth, BA ist Juristin in Wien. Sie ist Vorstandsmitglied des Vereins österreichischer Juristinnen (www.juristinnen.at) und Redaktionsmitglied des *juridikum*; valerie.purth@hotmail.com

17 *GREVIO*, Questionnaire on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805c95b0 (27.4.2016).

18 *Europarat*, Initiation of the baseline evaluation of the implementation of the Istanbul Convention in Austria and Monaco, go.coe.int/j0uAB (27.4.2016).

Umfassender Überblick zur Managementhaftung

Manager von Kapital- und Personengesellschaften unterliegen in ihrer täglichen Praxis zahlreichen Vorschriften des Zivil-, Straf- und Öffentlichen Rechts. Bei Verstößen haften sie persönlich für Schäden ihrer Gesellschaft, deren Gesellschafter oder gesellschaftsfremder Dritter. Dieses an der Managerpraxis orientierte Handbuch gibt einen umfassenden Überblick über die relevanten Verantwortungsbereiche. Das Werk bietet Praxisnähe und behandelt auch die Manager- / Vorstandshaftung in Privatstiftungen und Genossenschaften. Die übersichtliche und leicht verständliche Darlegung der einschlägigen Fragestellungen in sämtlichen Rechtsbereichen und die Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Manager in Sonderrollen oder des Aufsichtsrats machen es zu einem unverzichtbaren Nachschlagewerk für die Praxis.



Dr. Stephan R. Eberhardt ist als in Österreich und Deutschland zugelassener Rechtsanwalt in Wien und München tätig. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen in den Bereichen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, nationale und internationale Transaktionen sowie Bau- und Immobilienrecht samt Bezug habender Steuer- und Finanzierungsfragen sowie Prozessführung. Dr. Eberhardt ist Mitglied der FIABCI Internationaler Verband der Immobilienberufe (Fiabci Austria) und Dozent am WIFI der Wirtschaftskammer Wien sowie Autor zahlreicher Publikationen.

Dr. Stefan Gurmann, M.B.L.-HSG ist Rechtsanwalt in Wien und Partner der Wirtschaftsrechtskanzlei Kerres | Partners. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen in den Bereichen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, nationale und internationale Umstrukturierungen, Mergers & Acquisitions, Commercial Litigation und Insolvenzrecht. Stefan Gurmann ist Lektor an der Fachhochschule Campus 02 in Graz und Autor zahlreicher Publikationen zu seinen Tätigkeitsgebieten.

Eberhardt/Gurmann (Hrsg)

Managementhaftung in der Praxis

Handbuch
625 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-6777-9
Erscheinungsdatum: 15.7.2016

€ 149,-
Versandkostenfrei in Österreich
bei Onlinebestellung auf:

www.verlagoesterreich.at



Ein umfassender Überblick über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Dieses Buch bietet eine systematische und praxisnahe Aufarbeitung des österreichischen Beendigungsrechts. Es stellt die verschiedenen Beendigungsarten eines Arbeitsverhältnisses dar, mit Schwerpunkt auf der Kündigung und vorzeitiger Beendigung aus wichtigem Grund. Die damit verbundenen Kosten im Rahmen der beendigungsabhängigen Ansprüche werden aufgezeigt, zB Abfertigung, Sonderzahlungen, Urlaubersatzleistung, Kündigungsschädigung, Postensuchtage, Dienstzeugnis. Auch Einschränkungen der Beendigungsmöglichkeiten im Rahmen des allgemeinen, besonderen und individuellen Bestandschutzes werden behandelt.

Das Buch gibt einen guten Überblick über die wichtigsten Aspekte des Beendigungsrechts und vermittelt dem Leser ein Grundverständnis. Es erleichtert dem Praktiker den Einstieg in die Materie und ist auch eine nützliche Lernunterlage für Studierende.



Mag. Karin Burger-Ehrnhofer, Universitätsassistentin am Institut für österreichisches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der WU Wien

Dr. Monika Drs, ao. Universitätsprofessorin am Institut für österreichisches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der WU Wien



Burger-Ehrnhofer/Drs
**Beendigung von
Arbeitsverhältnissen**
Arten, Ansprüche und
Rechtsfolgen

Praxisliteratur
461 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-4423-7
Erscheinungsdatum: 18.8.2014

€ 69,-
Versandkostenfrei bestellen auf:
www.verlagoesterreich.at



9 783704 644237

Rüstzeug zur erfolgreichen Umsetzung von Compliance-Management-Systemen im Unternehmen

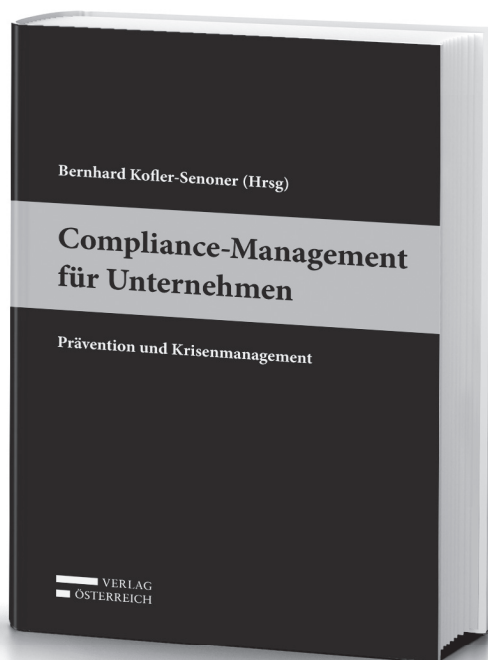
Ein effizientes Compliance-Programm kann Unternehmen vor empfindlichen Strafen und Management und Mitarbeiter vor Haftungen schützen. Dieses Handbuch gibt Unternehmen das Rüstzeug, um ein auf sie zugeschnittenes Compliance-Management-System zu gestalten und damit Haftung und Strafen zu vermeiden. Aber auch das Krisenmanagement und damit die Frage, wie etwa im Ernstfall eines Kartellrechtsverstoßes oder eines Bestechungsfalles vorzugehen ist, wird praxisrelevant behandelt.

Compliance-Verantwortliche namhafter Unternehmen berichten über ihre praktischen Erfahrungen bei der Implementierung eines maßgeschneiderten Compliance-Management-Systems der 2. Generation. Ein weiterer Abschnitt widmet sich der immer wichtiger werdenden Frage, wie die interne und externe Kommunikation zum Zweck der Verbesserung eines Compliance-Management-Systems, auch im Krisenfall, eingesetzt werden kann. Die Aufarbeitung der materiellrechtlichen Kapitel – wie zum Straf- oder zum Kartellrecht – ist durch ein „Q & A – System“ besonders leserfreundlich.



Dr. Bernhard Kofler-Senoner, LL.M. (Fordham) ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati.

Die Autoren: Emel Algün, Albert Birkner, Julian Feichtinger, Volker Glas, David Gasser, Mario Großegger, Renata Hrnjak, Stefan Huber, Bernhard Kofler-Senoner, Hans Kristoferitsch, Peter Knobl, Hans Lang, Peter Lewisch, Christopher Peitsch, Karin Peyerl, Katerina Schenkova, Christian Thaler, Markus Trettnak und Martin Walter



Kofler-Senoner (Hrsg.)
**Compliance-Management
für Unternehmen**
Prävention und Krisenmanagement

Handbuch
ca 350 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-6756-4
Erscheinungsdatum: 31.8.2016

ca € 99,-
Versandkostenfrei in Österreich
bei Onlinebestellung auf:
www.verlagoesterreich.at

