

nr 3/2016

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## FJT 2016 – Beiträge zur feministischen Rechtspolitik

recht & gesellschaft

Gefangenengewerkschaft  
Staateninsolvenz  
Kritik der Grenze  
Assistenzeinsatz an der Grenze  
Schutzbedürftige Personen in Grundversorgung  
Doppelstaatsbürger\_innenschaft  
Faires Verfahren in der Terrorismusbekämpfung

Für Context herausgegeben von Philipp Hense-Lintschnig, Maria Sagmeister,  
Caroline Voithofer und Andreas Wöckinger

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

VERLAG  
ÖSTERREICH

# Erschütterungen des Glaubens an die Objektivität des (Rechts)Systems<sup>1</sup>

Caroline Voithofer

---

Den Glauben an die Objektivität des (Rechts)Systems zu erschüttern, ist etwas, auf das kritische Jurist\_innen mit dem Hinterfragen (rechts)dogmatischer Wahrheitsansprüche eigentlich hinwirken. Dass die im Mainstream zu vermutenden jüngsten Erschütterungen hingegen nicht Jubel auslösen, ist geradezu eine Aufforderung dazu, sich selbst und was da passiert, in den Blick zu nehmen, wenngleich jedwede „kritische Distanz“ situationsgemäß fehlt.

Die jüngsten Erschütterungen, die mir dabei im Kopf herumgeistern, sind die VfGH-E zur Aufhebung der Bundespräsidentenwahl<sup>2</sup> und Erlebnisse von Bürger\_innen in Situationen mit Menschen, die durch das/im Rechtssystem zu nicht mehr Verarbeitbaren/Verarbeiteten gemacht werden und der Reaktion des Rechtssystems in diesen Situationen.

Aus der VfGH-E soll hier nur ein Aspekt hervorgehoben werden: Der VfGH misst in der Begründung seinen eigenen Auslegungen von Normtexten – im Konkreten Art 141 Abs 1 S 3 B-VG, § 70 Abs 1 S 1 VfGG – mehr Gewicht bei, als dem Normtext. Das mag für (kritische) Jurist\_innen eine Bestätigung der Selbstreferentialität des (Rechts)Systems sein; viele Bürger\_innen wird dieses derlei offen zugage tretende Faktum jedoch erschüttern.<sup>3</sup>

Die zweite Art der Erschütterung will ich durch ein erlebtes Bsp konkretisieren:

Nachts zu zweit durch die Stadt streifen. Am Weg keinesfalls bedrohlich aber lästig – drei Burschen, die äußerlich in Innsbruck die Zuschreibung „Nordafrikaner“ erfahren würden, blödeln herum. Kommen nah. In der üblichen Kneipe die Überraschung: Geldtasche und Telefon weg. Zuerst es nicht glauben wollen, bestohlen worden zu sein. Den Weg noch einmal abgehen. Dann „die Sache klären wollen“. Zum Platz ziehen, wo „so“ Burschen abhängen. Mit den dort Angetroffenen reden. Alle hauen ab. Also doch zur Polizei gehen und Anzeige erstatten. Stunden später die Polizeistation verlassen: Wir seien die Dritten gewesen in dieser Nacht, denen genau in der Straße auf die Art etwas weggekommen sei. Aber machen könne die Polizei nichts. Auch nicht mitkommen und

---

1 Ich danke *Ines Rössl* und *Andreas Wöckinger* für wertvolle Kritik.

2 VfGH 1.7.2016, W 16/2016-125.

3 Ob das so ist, müsste freilich empirisch überprüft werden.

die Drei stellen. Auch, dass irgendwas „rauskomme“, sei sehr unwahrscheinlich. Wir sollten uns damit abfinden. Ein paar Tage später den Vorfall wieder thematisieren. Eltern, die jetzt überlegen *Hofer*/FPÖ zu wählen, weil es nicht sein könne, dass „da nichts passiert.“

Dass die Exekutivorgane nicht einmal ein Bemühen um Aufklärung vortäuschen, birgt potentiell zahlreiche Auswirkungen.<sup>4</sup> Auf der Seite der Bürger\_innen ist ua denkbar, dass das Vertrauen in das Rechtssystem erschüttert wird und infolge, die Geltung der Norm und die Legitimation des Rechtssystems infrage gestellt werden und ev auf scheinbare Lösungen – etwa die Wahl von best Parteien oder die Anschaffung von Pfefferspray – zurückgegriffen wird.

Es wäre aber auch möglich, die Situation zum Anlass zu nehmen, sich mit potentiellen Ursachen zu beschäftigen. Unterstellt eine\_r dabei allen, sich sinnvoll zu verhalten, wäre zu fragen: In welcher Situation sind die Beteiligten jeweils und welche Verhältnisse bestehen zw ihnen und ihren sozialen wie rechtlichen Positionierungen?

Von der Perspektive der Innsbrucker Exekutivorgane aus, würde sich ergeben, dass es nichts bringe, sich um Aufklärung der Fälle zu bemühen, da für sie erfahrungsgemäß „das Nordafrikaner-Problem“ darin besteht, dass sie zumeist nirgendwohin legal „abschiebbar“ sind, ihre Anwesenheit ohne Aufenthaltstitel geduldet wird; sie immer wieder straffällig werden und ihre Sanktionierung, abgesehen von Kosten und Arbeit für das Rechtssystem, nichts bewirkt.<sup>5</sup>

Genau diese Untätigkeit verstärkt aus Sicht des\_der Nicht-Sanktionierten potentiell ihre\_seine prekäre Positionierung als außerhalb des Rechts und der Gesellschaft in (oder besser neben?) der er\_sie aber faktisch lebt. Ihre\_Seine Ungleichheit wird durch das Nicht-Sanktionieren bestätigt, wenn er\_sie nicht einmal durch einen Normbruch vom Rechtssystem als existent anerkannt wird.<sup>6</sup> Er\_sie wird also nicht nur auf die Illegalität durch den rechtlichen Nicht-Status verwiesen, wenn er\_sie ohne Aufenthaltstitel keiner legalen Erwerbstätigkeit nachgehen kann, sondern erfährt zusätzlich durch das Nicht-Reagieren, dass er\_sie für das (Rechts)System vollkommen irrelevant ist.

Wer er\_sie ist. Was seine\_ihre Geschichte ist. Warum er\_sie hier ist. Diese Fragen stellen sich weder das (Rechts)System, noch jene darin. Das aber eigentlich genau dort anzuknüpfen wäre, um zum Hinterfragen von global ungerechten Verteilungen zu gelangen und um von dort aus nicht nur an Lösungen sondern auch an positiven Utopien zu arbeiten, braucht im *juridikum* eigentlich nicht erwähnt zu werden.

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

4 Vgl etwa *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1964) 71, 95-100, 131, 145ff, 212, 215.

5 Erschwerend kommt in Innsbruck wohl hinzu, dass sich in der kleinen Großstadt die hier Lebenden zwangsläufig mehrfach wieder begegnen.

6 Vgl *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1957<sup>2</sup>) 429.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 277 Erschütterungen des Glaubens an die Objektivität des (Rechts)Systems  
Caroline Voithofer

## merk.würdig

- 281 There still is some way to go ...  
*45 Jahre ‚Kleine Strafrechtsreform‘ in Österreich*  
Barbara Kraml
- 284 Handbuch Crowdfunding & AltFG  
Miriam Broucek

## recht & gesellschaft

- 287 Gewerkschaftliche Organisation im Strafvollzug  
*Warum Strafgefangene unter den derzeitigen Bedingungen eine Gewerkschaft brauchen*  
Henning Meinken
- 297 Die Staateninsolvenz als Geschäftsmodell  
*Spekulative Hedgefonds, Staatsschuldenkrisen und das „Hold-Out Creditor“ Problem*  
Sebastian Grund
- 309 Kritik der Grenze  
*Am Rande eines geschichtsmächtigen Narrativs*  
Andreas Oberprantacher
- 319 „Grenzmanagement“ und Assistenzeneinsatz  
*Über „Handarbeit“ mit Beistand an Österreichs Binnengrenzen*  
Philipp Hense-Lintschnig
- 329 Wer braucht wie viel Schutz?  
*Mechanismen zur Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen im Asyl- und Grundversorgungsrecht*  
Emanuel Matti
- 339 Zur Bewilligung von DoppelstaatsbürgerInnenchaften im österreichischen Staatsbürger-schaftsgesetz 1985 – eine kritische Analyse  
Clemens M Rieder
- 350 Effektiver Rechtsschutz vs öffentliche Sicherheit  
*Zum Recht auf ein faires Verfahren in der europäischen Terrorbekämpfung*  
Martin Traußnigg

## thema

- 361 Vorwort: FJT 2016 – Beiträge zur feministischen Rechtspolitik  
Isabell Doll / Ines Rössl / Maria Sagmeister
- 364 Gender auf der Flucht  
*Eröffnungsvortrag auf dem 42. FJT*  
Nora Markard
- 376 Geflüchtete Frauen – Schutz vor Gewalt und Selbstermächtigung in Flüchtlings-unterkünften  
Dorothee Frings

- 388 **Wahlarbeitszeit**  
*Schlüssel zu einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie*  
Anke Stelkens
- 398 **Frauen kaufen Sex**  
Kristina Marlen
- 403 **Resolutionen und Fachstellungennahmen des FJT 2016**  
FJT 2016

## nach.satz

- 409 **Die Herren des Geldes – Das Geld der Herren**  
*Feministische Analysen des Finanzsystems – ein Tagungsbericht*  
Miriam Broucek

## 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) herausgegeben von: Philipp Hense-Lintschnig, Maria Sagmeister, 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, exkl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

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

### Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth 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-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

### Autor\_innen dieser Ausgabe:

Miriam Broucek, Isabell Doll, Dorothee Frings, Sebastian Grund, Philipp Hense-Lintschnig, Barbara Kraml, Nora Markard, Kristina Marlen, Emanuel Matti, Henning Meinken, Andreas Oberprantacher, Clemens M Rieder, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Anke Stelkens, Martin Traußnigg, Caroline Voithofer

## Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: 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 veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

### Layout und Satz:

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:

Philipp Hense-Lintschnig: philipp.hense@riseup.net  
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at  
Caroline Voithofer: caroline.voithofer@uibk.ac.at  
Andreas Wöckinger: a.woeckinger@gmx.at

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

# There still is some way to go ...

## 45 Jahre ‚Kleine Strafrechtsreform‘ in Österreich

Barbara Kraml

---

Am 23. und 24. Juni 2016 fand an der Universität Wien eine interdisziplinäre Tagung statt, die sich unter dem Titel „45 Jahre ‚Kleine Strafrechtsreform‘. Kontinuitäten und Brüche im Umgang mit Homosexualität(en) in Österreich im 20. Jahrhundert“ mit der Geschichte und dem Nachwirken der Homosexuellenverfolgung auseinandersetzte.<sup>1</sup>

Mit dieser 45 Jahre zurückliegenden Reform<sup>2</sup> endete hierzulande einerseits das umfassende Verbot von gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten (§ 129 Ib Strafgesetz 1852). Gleichzeitig wurden 1971 vier neue Straftatbestände zum postulierten Schutz der Gesellschaft vor Homosexualität geschaffen, von denen der letzte – § 209 StGB – erst 2002 als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben<sup>3</sup> wurde. Diese Rechtsentwicklungen wurden in einen internationalen Kontext gestellt und auf übergeordnete Aspekte des Umgangs mit Minderheiten, den Möglichkeiten gesellschaftlicher Intervention und den Einfluss von sozialen Bewegungen hin befragt. Aus rechtlichen, historischen, kultur- und sozialwissenschaftlichen sowie aktivistischen Perspektiven wurden die Vorgeschichte und die Auswirkungen dieser bedeutenden Strafrechtsnovelle näher beleuchtet. Umrahmt wurden die inhaltlichen Beiträge von einer Regenbogenführung durch das Hauptgebäude der Universität Wien, einem Abendempfang im Wiener Rathaus sowie einer Führung durch das Straflandesgericht Wien.

In ihrer eröffnenden Keynote setzte sich *Elisabeth Holzleithner* mit dem Spannungsverhältnis zwischen Emanzipation und Normalisierung auseinander, das Rechtsreformen im Bereich Sexualität immanent ist. Anhand der Entwicklungen in Österreich – von der sukzessiven Entkriminalisierung bis zur schrittweisen rechtlichen Absicherung von gleichgeschlechtlichen Paarbeziehungen und „Regenbogenfamilien“ – zeigte sie in ihrem kurzweiligen, anekdotenreichen Vortrag, wie mit dem Zugewinn an homosexueller Autonomie und rechtlicher Anerkennung zugleich neue Normierungen und Ausschlüsse einhergingen und einhergehen. Ihr Befund zum subversiv-emanzipatorischen Potential von Recht fiel dementsprechend ambivalent aus und endete mit einem Plädoyer für intersektionelle Verkomplizierungen: Geschlecht und Sexualität als analytische Kategorien reichen nicht aus, um die gesamte Komplexität von Rechtsreformen zu er-

---

1 <http://homosexualitaeten.univie.ac.at/> (2.8.2016).

2 Strafrechtsänderungsgesetzes 1971 BGBl 1971/273.

3 VfSlg 16565/2002; Strafrechtsänderungsgesetz 2002 BGBl I 2002/134.

fassen, vielmehr sind weitere Dimensionen von Ungleichheit in die Analyse miteinzubeziehen.

Die Tagung war in sieben Panels strukturiert, die sich einzelnen Aspekten von Geschichte und Nachwirken der Homosexuellenverfolgung in Österreich im 20. Jahrhundert widmeten. Im ersten Panel wurden Qualität und Quantität der Strafverfolgung in Österreich mit jener in den Nachbarländern Ungarn, Slowenien und Jugoslawien verglichen. Panel zwei problematisierte juristische Grenzziehungen zwischen sexuellem Kindesmissbrauch und sog. „gleichgeschlechtlicher Unzucht“ bis 1971, die den Opferstatus der betroffenen unmündigen Minderjährigen präkarisierten. Das dritte Panel widmete sich mit der Österreichischen Liga für Menschenrechte, der Aktivistin *Charlotte Steurer* sowie dem Printmedium „Neues Forum“ zivilgesellschaftlichen Akteur\_innen, die sich für ein Ende der Strafverfolgung engagierten. Den Abschluss des ersten Konferenztages bildete Panel vier, das die Signifikanz von Grund- und Menschenrechten für straf- und zivilrechtliche Normierungen von Homosexualitäten beleuchtete; dabei wurde der Einfluss der EGMR-Rspr auf jüngere nationale Regelungen zur Tilgung einschlägiger Vorstrafen und der Absicherung von gleichgeschlechtlichen Lebensweisen deutlich.

Den zweiten Tag eröffnete das fünfte Panel, das sich mit individuellen Lebenswelten und Handlungsräumen unter den Vorzeichen von Kriminalisierung und Pathologisierung auseinandersetzte; dabei wurden Selbstpositionierungen abseits stigmatisierender Diskurse, das Wechselspiel von Gesetzeslagen und Gefühlsstilen sowie die identitätspolitische Dimension des verhinderten Gedenkens an weibliche homosexuelle NS-Opfer herausgearbeitet. Das sechste Panel rekonstruierte anhand des rechtlichen Umgangs mit trans\_Personen in Österreich und Deutschland im 20. Jahrhundert, welche Rolle Homosexualität in diesem Zusammenhang spielte. Panel sieben befasste sich schließlich mit Erinnerungspolitiken und Gedenkkulturen, wobei hier vor allem das identitätsstiftende Moment des Gedenkens an homosexuelle NS-Opfer für soziale Bewegungen, die Länderspezifika Österreichs und Deutschlands sowie die Interaktionen von Wissenschaft und Aktivismen im Fokus standen.

Den Schlusspunkt bildete eine Podiumsdiskussion im Großen Schwurgerichtssaal des Straflandesgerichtes Wien zu den Aus- und Nachwirkungen der Strafverfolgung im Kontext lebensweltlicher Erfahrungen und aktivistischer Politiken. *Hanna Hacker* ging näher darauf ein, warum Frauen von der – bis 1971 formal geschlechtsunspezifischen – Strafverfolgung anders/weniger betroffen waren als Männer. Zudem thematisierte sie, welche politischen Strategien abseits rechtlicher Interventionen in der Lesbenbewegung der 1980er-Jahre beobachtbar waren. *Katharina Miko* als Dokumentarfilmemacherin und *Hannes Sulzenbacher* als Ausstellungskurator berichteten von der herausfordernden Rekonstruktion lesbischer und schwuler Lebenswelten: Dazu gehört neben dem Aufspüren von und dem kritischen Umgang mit Quellen vor allem der sensible Umgang mit Menschen, die ihr Begehren jahrzehntelang unter drohender Strafverfolgung unterdrückten, heimlich lebten oder dafür tatsächlich in Haft waren.

*Helmut Graupner* konstatierte, dass – entgegen ursprünglicher Befürchtungen – keine Kontinuität der Strafverfolgung von homosexuellen Beziehungen junger Männer unter dem formal geschlechts- und begehrensneutralen Deckmantel des Tatbestandes zum Schutz Jugendlicher vor sexuellem Missbrauch (§ 207b StGB) wahrnehmbar ist. Er kritisierte aber, dass die seit 2015<sup>4</sup> mögliche vorzeitige Tilgung einschlägiger Vorstrafen nur auf Antrag erfolgt, die zu Grunde liegenden Strafurteile nicht aufgehoben werden und eine Entschädigung der von der Homosexuellenverfolgung Betroffenen nicht vorgesehen ist. *Marty Huber* verwies auf die gegenwärtige Reduktion und Hierarchisierung von legitimen Lebensentwürfen, die durch den starken Fokus auf die Rechtsforderung nach Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare entsteht. Am Ende der Diskussion skizzierte sie die äußerst prekäre Situation und die vielfältigen Probleme von LSBTIQ\*-Flüchtlingen, die in Österreich sexuelle Orientierung als Fluchtgrund geltend zu machen suchen.

Die Tagung, die sich der erstmaligen wissenschaftlichen Aufarbeitung der strafrechtlichen Homosexuellenverfolgung in Österreichs jüngerer Vergangenheit widmete, verdeutlichte einerseits das breite Spektrum an erfolgter Auseinandersetzung. Andererseits bleibt viel zu tun: Im Hinblick auf ausstehende Entschädigungen und weiter existente Strafurteile ist diese Verfolgung kein abgeschlossenes Kapitel österreichischer Rechtsgeschichte. Auch das Zusammenwirken zweier eng aufeinander bezogener Normierungsregime bedarf eingehenderer Betrachtung: Denn wenn dem Recht das Leben zu komplex und zu uneindeutig wird, kommt es regelmäßig zu einer Anrufung der Medizin, die die Eindeutigkeit wiederherstellen soll. Um einen umfassenderen Eindruck von gleichgeschlechtlichen Lebenswelten zu generieren, ist es zudem unabdingbar, vermehrt Quellen abseits von Strafergerichtsakten zu erschließen und auszuwerten. Und schließlich gilt es, das identitätsstiftende Moment von Rekursen auf Homosexuellenverfolgung im Auge zu behalten, die sowohl in der Konstitution historischer sozialer Bewegungen als auch im gegenwärtigen Selbstbild des Westens als überlegen-fortschrittlich eine bedeutende Rolle spielen.

MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Barbara Kraml ist Politologin und Juristin und gegenwärtig als Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien tätig; barbara.kraml@univie.ac.at

---

4 Bundesgesetz zur Tilgung von Verurteilungen nach §§ 129 I, 129 I lit b, 500 oder 500a Strafgesetz 1945 sowie §§ 209 oder 210 Strafgesetzbuch BGBl I 2015/154.

# Handbuch Crowdfunding & AltFG

Miriam Broucek

---

Rezension zu: *Kaufmann/Seper/Zenz* (Hrsg), *Handbuch Crowdfunding & AltFG*, MANZ Verlag, Wien (2016), 149 Seiten, ISBN 978-3-214-00883-3

## Alternative Finanzierungsformen in Österreich

Im Nachhall der Wirtschafts- und Finanzkrise wird in Europa, so auch in Österreich, immer wieder der erschwerte Zugang von JungunternehmerInnen und kleinen und mittelständischen Betrieben (KMUs) zur klassischen Bankfinanzierung beklagt. Demgegenüber verweisen die etablierten Banken auf die durch die Umsetzung von Basel III in Europa herrschenden hohen Anforderungen an Eigenkapital und Kreditmanagement und die damit einhergehenden restriktiven Bedingungen in der Kreditvergabe.<sup>1</sup>

Abseits der traditionellen Finanzdienstleistungsbranche haben sich daher, vorwiegend vom US-amerikanischen Markt ausgehend, sog alternative Finanzierungsformen herausgebildet, welche ua auf eine Kapitalbeschaffung für die Realisierung von best Projekten durch private InvestorInnen und GeldgeberInnen setzen. In diesem Zh ist vor allen Dingen das Modell „Crowdfunding“ zu breiterer Bekanntheit gelangt, nach welchem eine Mehrzahl von Privatpersonen Gelder für die Umsetzung einer Idee, oft im künstlerischen oder gemeinnützigen Bereich, zur Verfügung stellen.

Ähnliche private BürgerInnenbeteiligungsmodelle wurden in den vergangenen Jahren auch in Österreich etabliert, so etwa von *Heinrich Staudinger*, dem Geschäftsführer von *GEA/Waldviertler*, dessen öffentlichkeitswirksame Auseinandersetzung mit der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vermutlich vielen Juridikum-LeserInnen ein Begriff ist.<sup>2</sup> Gerade an diesem Bsp zeigt sich mE aber auch, dass – zumindest in der Anfangsphase – Beteiligte, BerichtersteratterInnen und Interessierte oft wenig einschlägiges ökonomisches und rechtliches Verständnis und Hintergrundwissen mitbringen und persönliche Gefühls- und Interessenlagen einer Sachdiskussion in der Vergangenheit oft entgegenstanden. Ferner wird nach wie vor in der öffentlichen und auf virtuellen Plattformen geführten Debatte gerne mit abstrakten Begriffen operiert. Die zugrunde

---

1 Einen Einblick in die Debatte zw KMU-UnternehmerInnen und BankenvertreterInnen bietet der in der Zeitung *Wirtschaftsblatt* am 28.5.2015 erschienene Artikel „Banken in der Kreditklemme“ unter <http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/newsletter/4740864/Banken-in-der-Kreditklemme> (25.8.2016).

2 Verlauf und Inhalt der Auseinandersetzung kann, aus Sicht von *Staudinger*, unter <http://w4tler.at/fma> (23.8.2016) nachgelesen werden. Die FMA hat rechtliche Informationen in diesem Zh unter [www.fma.gv.at/fma-themenfokusse/informationen-zu-buergerbeteiligungsmodellen/](http://www.fma.gv.at/fma-themenfokusse/informationen-zu-buergerbeteiligungsmodellen/) veröffentlicht (23.8.2016).

liegenden Rechtskonstruktionen und deren Risiken sowie die grundsätzliche Frage, ob der österreichische Markt gegenüber alternativen Finanzierungsformen überhaupt abgeschlossen ist und ein entsprechender Bedarf besteht, werden jedoch tw nur oberflächlich gestreift.

### Begriffskorrektiv und Wegweiser im Normendschungel

Es ist daher erfreulich, dass die AutorInnen ihr „Crowdfunding-Handbuch“ mit einer Bestandsaufnahme der Kapitalstruktur österreichischer KMUs und den Refinanzierungsbedingungen österreichischer Unternehmen beginnen. Soweit es die verfügbare Datenlage erlaubt, wird versucht, das Thema alternative Finanzierungsformen in Beziehung zu den tatsächlichen österreichischen Marktbedingungen zu setzen und es insgesamt auf eine rechtswissenschaftliche Grundlage zu stellen. In verständlicher Weise werden die einzelnen Finanzierungsmodelle erklärt und so die Unterschiede etwa zw schenkungsorientiertem, vergütungs-basiertem, kreditbasiertem und eigenkapitalbasiertem („Crowdinvesting“) Crowdfunding in verständlicher Weise herausgearbeitet.

Sehr schlüssig erscheint mir, dass sich der zweite und umfangreichste Teil des Werkes dem regulatorischen Rahmen von alternativen Finanzierungsformen widmet. Die Autorin, *Kaufmann*, beruflich als Juristin in der Finanzmarktaufsicht tätig, bietet juristischen LaiInnen auf versierte Weise ein Wissensgrundgerüst darüber, welchen gesetzlichen Bestimmungen eine potentielle alternative Finanzierungsform unterliegt und welche (ernstlichen) rechtlichen Konsequenzen eine Nichtbeachtung des gesetzlichen Rahmens nach sich ziehen könnte. Je nach gewählter Struktur kann sich nämlich das Erfordernis einer FMA-Konzession für die Erbringung von Bankgeschäften oder Wertpapierdienstleistungen oder die gewerberechtliche Berechtigung als VermögensberaterIn ergeben. Die damit verbundenen organisatorischen Anforderungen und Verpflichtungen sind nicht zu unterschätzen, auch drohen empfindliche Verwaltungsstrafen bei Übertretungen der zugrunde liegenden Materiengesetze wie dem Bankwesengesetz (BWG), Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG) oder dem Kapitalmarktgesetz (KMG).

Erst im dritten Teil wird das in Österreich am 1. 9.2015 in Kraft getretene Alternativfinanzierungsgesetz (AltFG)<sup>3</sup> behandelt. Die Autoren *Seper* und *Zenz* waren als Legisten im BM für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft für die Entstehung des AltFG in der nun vorliegenden Form mitverantwortlich. In ihrem Beitrag geben sie einen Überblick über die einzelnen Bestimmungen des AltFG sowie der Alternativfinanzierungs-Informationsverordnung (AltF-InfoV)<sup>4</sup>, in der die AnlegerInnen zur Verfügung zu stellenden Informationen in einem „Informationsblatt für Anleger“ geregelt sind. Das

---

3 BGBl I 2015/114.

4 BGBl II 2015/242.

AltFG soll es KMUs (für welche eigene Schwellenwerte definiert werden) ermöglichen, auf möglichst einfache Weise ihre unternehmerische Tätigkeit mit Hilfe von alternativen Finanzierungsinstrumenten zu finanzieren. Dabei definiert § 2 Z 2 AltFG alternative Finanzierungsinstrumente als Aktien, Anleihen, Geschäftsanteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Genussrechte, stille Beteiligungen und Nachrangdarlehen. Das AltFG stellt im Prinzip ein Ausnahmeregime zum KMG dar, wonach unterhalb eines best Gegenwerts der öffentlich angebotenen alternativen Finanzierungsinstrumente von der juristischen oder natürlichen Person, welche diese Finanzierungsinstrumente anbietet („Emittent“), kein Prospekt nach den prospektrechtlichen Vorgaben zu erstellen ist. Ein Angebot alternativer Finanzierungsinstrumente an weniger als 150 AnlegerInnen unterliegt nicht dem AltFG (möglicherweise aber dem KMG). Das AltFG enthält weiters Regelungen über Internetplattformen, welche alternative Finanzierungsinstrumente vermitteln, um für erhöhte Transparenz und Informationspflichten von PlattformbetreiberInnen zu sorgen, damit interessierte AnlegerInnen vor dem Eingehen grosser Risiken besser geschützt werden können.

### **Alternative Finanzierungsformen in der Praxis**

Das „Handbuch Crowdfunding“ macht keinen Hehl daraus, dass der österreichische Kapitalmarkt überschaubar ist, was sich insb am zunehmenden Bedeutungsverlust der Wiener Börse zeigt. Insgesamt besaßen in Österreich im Jahr 2010 etwa nur 10 % aller Haushalte Fondsanteile, 5,3 % Aktien und 3,5 % der Haushalte Anleihen, während etwa rund 87 % aller österreichischen Haushalte ein Sparkonto besaßen.<sup>5</sup> Weiters wird klargestellt, dass das AltFG nur das kredit- und eigenkapitalbasierte Crowdfunding umfasst, sodass österreichische Plattformen, welche auf Basis von Spenden oder (ideellen) Gegenleistungen operieren, gar nicht von den gesetzlichen Regelungen betroffen sind. Die Frage, inwieweit alternative Finanzierungsformen in Österreich überhaupt auf fruchtbaren Boden fallen und ob es dafür nicht an anderen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mangelt, kann das „Handbuch Crowdfunding“ somit nicht beantworten.

Abgesehen davon bietet es aber für mit der Thematik nicht vertraute JuristInnen, aber auch für Nicht-JuristInnen, einen soliden Grundriss der wesentlichsten Elemente und Problemstellungen im Zh mit alternativen Finanzierungsformen und stellt auch für mit der Materie gut Vertraute einen nützlichen, kompakten Überblick dar.

Mag.<sup>a</sup> Miriam Broucek ist als Rechtsanwaltsanwärtlerin in Wien mit Schwerpunkt Finanzmarktregulierung tätig; sie ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; miriam.broucek@reflex.at

---

5 *Andreasch/Fessler/Mooslechner/Schürz*, Fakten zur Vermögensverteilung in Österreich, in: Sozialbericht 2011-2012 des österreichischen Sozialministeriums, 260, [https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/2/4/6/CH2081/CMS1354173257281/sozialbericht\\_2011-12\\_web.pdf](https://www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/2/4/6/CH2081/CMS1354173257281/sozialbericht_2011-12_web.pdf) (23.8.2016).

# Gewerkschaftliche Organisation im Strafvollzug

Warum Strafgefangene unter den derzeitigen Bedingungen eine Gewerkschaft brauchen

Henning Meinken

---

## 1. Einleitung

In den letzten Jahren kam es zuerst in Deutschland und nun auch in Österreich zur Gründung von Gefangenen-Gewerkschaften. Die in den Justiz(vollzugs)anstalten (JVAs) Inhaftierten scheinen nicht länger bereit, sich mit den vorgefundenen Bedingungen zu arrangieren und beginnen damit eine gewerkschaftliche Selbstorganisation aufzubauen. Interessant ist ein Vergleich der tatsächlichen Situationen im Bereich der Arbeit im Strafvollzug in Deutschland und Österreich, sowie deren rechtliche Ausgestaltung und die sich daraus ergebenden Rahmenbedingungen. Daneben stellt sich die Frage wie eine gewerkschaftliche Organisation der Gefangenen auf Grund der besonderen Situation des Strafvollzugs rechtlich zu bewerten und tatsächlich durchzuführen ist.

## 2. Die Arbeitssituation im Strafvollzug

### 2.1. Die Situation in Deutschland

Im Dezember 2015 beschlossen einige Mitglieder der *Gefangenengewerkschaft Bundesweite Organisation* (GG/BO) auf Grund der Arbeitsbedingungen in der JVA Butzbach in Hessen in den Hungerstreik zu treten, um auf die ihrer Meinung nach nicht länger hinnehmbaren Arbeitsbedingungen in deutschen Gefängnissen hinzuweisen.<sup>1</sup> Die Arbeitssituation, gegen die sich der Streik richtete, ist trotz der divergierenden landesrechtlichen Rahmenbedingungen,<sup>2</sup> ähnlich. In fast allen Bundesländern herrscht weiterhin ein Arbeitszwang für Gefangene.<sup>3</sup> Begründet wird der Arbeitszwang mit dem Ziel der Resozialisierung und der Annahme, dass zwischen Nichtarbeit und Straffälligkeit

---

1 *Frankfurter Allgemeine*, Gefangene wollen für Mindestlohn streiken, 25.11.2015, [www.faz.net/aktuell/rhein-main/gefangene-in-jva-butzbach-wollen-fuer-mindestlohn-streiken-13930536.html](http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/gefangene-in-jva-butzbach-wollen-fuer-mindestlohn-streiken-13930536.html) (13.6.2016).

2 Die rechtliche Situation ist mit dem Übergang der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafvollzugs durch die Föderalismusreform II (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006) auf die Länder zersplittert. Jedes Bundesland kann seinen Strafvollzug selbst gesetzlich regeln, da Art 74 GG in seiner neuen Fassung den Strafvollzug nicht mehr als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung anführt.

3 Lediglich Brandenburg (§ 30 Brandenburgisches Justizvollzugsgesetzbuch, Gesetz und Verordnungsblatt (GVBl) I 2013/14), Rheinland-Pfalz (§ 29 Landesjustizvollzugsgesetz GVBl 2013, 79), Sachsen (§ 22 Sächsisches Strafvollzugsgesetz GVBl 2013, 250), Sachsen-Anhalt (§ 29 Justizvollzugsgesetzbuch Sachsen-Anhalt GVBl 2015, 666) und

ein Zusammenhang bestehe.<sup>4</sup> Einen tatsächlichen Anspruch auf einen Arbeitsplatz haben die Gefangenen allerdings nicht.<sup>5</sup> Ebenfalls können die Gefangenen ihren Arbeitsplatz wieder verlieren. Besonders problematisch ist hier, dass die Gefangenen auch aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt abgelöst werden können und sodann als verschuldet ohne Beschäftigung gelten,<sup>6</sup> was zum Teil weitere Repressionen – wie zB die Zahlung eines Haftbeitrags, schlechtere Chancen auf eine 2/3 Strafe – nach sich zieht.

Die Arbeit der Gefangenen im Strafvollzug kann grundsätzlich in zwei Bereiche geteilt werden. Einerseits übernehmen die Gefangenen Arbeiten, die im Rahmen des Betriebs einer Haftanstalt anfallen. Bsp dafür sind die Wäscherei, Kantine sowie handwerkliche Arbeiten, die der Instandhaltung der Gebäude dienen.<sup>7</sup> Andererseits führen Inhaftierte in den JVA's Arbeiten aus, die nicht auf den Betrieb der Anstalten bezogen sind. In diesem Bereich wird durch die Häftlinge in Werkstätten auf dem Gelände für den Markt außerhalb der JVA produziert.<sup>8</sup> Dabei werden zunehmend qualifizierte Arbeiten durch die Gefangenen ausgeführt. Die Häftlinge produzieren etwa Gegenstände wie zB Möbel oder Kinderspielplatzausrüstung, die wie bei „normalen“ Produzent\_innen aus dem Katalog bestellt werden können. Daneben gibt es Unternehmen, die die JVA's als verlängerte Werkbank nutzen und dort Auftragsfertigung vornehmen. Für diese Art der Arbeit wird von den JVA's auf ihren Websites massiv geworben.<sup>9</sup> Die JVA Butzbach gibt bspw an: „Die Justizvollzugsanstalten stellen Räumlichkeiten und Gefangenenarbeitskräfte zur Komplettierung und Fertigung von Erzeugnissen für externe Unternehmen zur Verfügung.“<sup>10</sup> Produziert wird dabei überaus wirtschaftlich. Allein die JVA Lingen in Niedersachsen macht mit ihrem Onlineshop<sup>11</sup> einen jährlichen Umsatz von € 400.000;<sup>12</sup> in den 36 bayrischen JVA's beliefen sich die Einnahmen aus der Gefangenenarbeit im Jahr 2010 auf € 42,8 Mio.<sup>13</sup>

Die Gefangenen bekommen für ihre Arbeit einen Lohn, der im Durchschnitt bei ca € 1,50 pro Stunde liegt.<sup>14</sup> Von diesem bereits sehr geringen Lohn können die Inhaftierten

---

das Saarland (§ 22 Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe im Saarland Abl 2013, 116) haben die Arbeitspflicht nicht mehr gesetzlich kodifiziert.

4 *Laubentahl* in *Schwind/Böhm/Jehle/Laubentahl*, Strafvollzugsgesetz Bund und Länder Kommentar (2013) § 37 Rn 1.

5 *Laubentahl* in *Schwind/Böhm/Jehle/Laubentahl*, StVollzG § 37 Rn 10.

6 So zB in § 28 Abs 1 S 4 HStVollzG (Hessisches Strafvollzugsgesetz) GVBl 2015, 498.

7 *Hildebrandt*, Organisation und Ausgestaltung der Gefangenenarbeit in Deutschland, in *Dünkel*, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie Bd 34 (2009) 32.

8 *Hildebrandt* in *Dünkel* 33.

9 *JVA Butzbach*, Bedeutung der Gefangenenarbeit, [https://jva-butzbach-justiz.hessen.de/irj/JVA\\_Butzbach\\_Internet?cid=58efc5a84a889b2951ebc0a9da07d809](https://jva-butzbach-justiz.hessen.de/irj/JVA_Butzbach_Internet?cid=58efc5a84a889b2951ebc0a9da07d809) (18.3.2016).

10 Ebd.

11 [www.jva-shop.de](http://www.jva-shop.de) (13.6.2016).

12 *Neue Osnabrücker Zeitung*, Produktiv in gesiebter Luft, 16.7.2010, [www.noz.de/deutschland-welt/wirtschaft/artikel/143837/produktiv-in-gesiebter-luft](http://www.noz.de/deutschland-welt/wirtschaft/artikel/143837/produktiv-in-gesiebter-luft) (13.6.2016).

13 *Däubler/Gali* in *Feest*, Strafvollzug (2012) vor § 37 Rn 12.

14 *Däubler/Gali* in *Feest*, StVollzG § 43 Rn 10.

lediglich über weniger als die Hälfte als Hausgeld frei verfügen.<sup>15</sup> Von diesem Einkommen versorgen sich die Gefangenen dann mit dem von ihnen benötigten Tabak, Kaffee, Lebensmitteln und Hygieneprodukten aus den Gefängnisshops, zu oft überhöhten Preisen.

Auch die üblichen sozialen Sicherungssysteme sind nicht in vollem Umfang vorgesehen, lediglich eine Arbeitslosenversicherung besteht für die Gefangenen.<sup>16</sup> Für diese Versicherung werden nur die tatsächlich gearbeiteten Tage gezählt, so dass im Vergleich zu einer Arbeit außerhalb des Gefängnisses eine um 1/3 längere Zeit für die gleichen Ansprüche gearbeitet werden muss.

Eine Einbeziehung in die Rentenversicherung ist bisher nicht umgesetzt.<sup>17</sup> Zwar billigen die jeweiligen landesrechtlichen Strafvollzugsgesetze in Deutschland und auch das StVG<sup>18</sup> in Österreich den Strafgefangenen eine kostenlose medizinische Versorgung zu, eine Möglichkeit der Mitversicherung von Angehörigen, wie in einer normalen Krankenversicherung, besteht aber nicht, sodass diese Regelung insb die Angehörigen trifft.<sup>19</sup> Daneben besteht aber in beiden Ländern eine Betriebsunfallversicherung für Strafgefangene und die Arbeitsschutzvorschriften sind nach § 49 Abs 3 StVG und zB § 27 Abs 2 Hessisches Strafvollzugsgesetz (HStVollzG) entsprechend anzuwenden.

## 2.2. Die Situation im Strafvollzug in Österreich

Auch in Österreich gibt es inzwischen Bestrebungen, eine gewerkschaftliche Organisierung von Inhaftierten aufzubauen.<sup>20</sup> Dabei sind die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen des österreichischen Strafvollzugs durchaus in einigen Punkten mit jenen vergleichbar, die in Deutschland zur Gründung der GG/BO geführt haben.

In Österreich ist die Situation in der Haft ebenso von geringen Löhnen und großteils fehlenden Sozialversicherungssystemen geprägt. Auch hier sind die Gefangenen auf Grund der Arbeitspflicht verpflichtet, ihre Arbeitskraft – zT für externe Unternehmen – zur Verfügung zu stellen.<sup>21</sup> § 44 StVG sieht vor, dass jede\_r arbeitsfähige Strafgefangene verpflichtet ist, Arbeit zu leisten, die ihm\_ihr zugewiesen wird. Die einzige Ausnahme bei erwachsenen Strafgefangenen sind solche Arbeiten, bei denen Lebensgefahr besteht oder die mit schweren Gesundheitsschäden verbunden sind.<sup>22</sup> Ein tatsächlicher An-

---

15 Gem § 40 Abs 1 HessStrVollzG erhalten die Inhaftierten lediglich 3/7 der ihnen zustehende Vergütung als Hausgeld; der Rest wird als Überbrückungsgeld einbehalten oder dem Eigengeldkonto zugerechnet.

16 *Hildebrandt in Dünkel* 50.

17 *Wichmann*, Arbeitnehmer zweiter Klasse, Neue Caritas 8/2014, www.caritas.de/neue-caritas/heftarchiv/jahrgang\_2014/artikel/arbeitnehmer-zweiter-klasse (13.6.2016).

18 Österreichisches Strafvollzugsgesetz BGBl 1969/144 idF BGBl I 2015/13.

19 Ebd.

20 *DiePresse.com*, Grazer bauen österreichische „Gefangenen-Gewerkschaft“ auf, 23.11.2015, <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/4872804/Grazer-bauen-osterreichische-GefangenenGewerkschaft-auf> (13.6.2016).

21 Arbeit für externe Unternehmen ist gem § 45 Abs 2 StVG vorgesehen.

22 Nach § 49 Abs 2 StVG ist der Arbeitsschutz sinngemäß anzuwenden.

spruch auf einen Arbeitsplatz ergibt sich daraus allerdings nicht. Die Regelung des § 45 StVG erschwert es, den Verlust des Arbeitsplatzes als Disziplinarmaßnahme einzusetzen, da es hier ein klares gesetzliches Ziel gibt, dass die Gefangenen einen Arbeitsplatz erhalten sollen.

So bestehen in allen Haftanstalten Werkstätten, die externen Betrieben als „verlängerte Werkbank“ oder „leistungsfähige Produktionseinheit“ zur Verfügung stehen.<sup>23</sup> Die durch die „kontinuierliche Fertigung ohne betriebsbedingte Ausfälle“ erwirtschafteten Einnahmen von Unternehmen und privaten Auftraggeber\_innen belaufen sich auf ca € 11 Mio pro Jahr.<sup>24</sup> Die Höhe dieser Einnahmen ist mittlerweile auch den Gefangenen bekannt und führte vermehrt zu der Forderung nach angemessener Entlohnung. Die Gefangenen sehen nicht mehr ein, warum sie für die Arbeitsleistung eines Vollarbeiters\_einer Vollarbeiterin außerhalb des Gefängnisses nicht dieselbe Entlohnung bekommen sollen. Der derzeitige Lohn liegt dabei bei minimal € 3,98 und maximal € 5,98 pro Stunde.<sup>25</sup> Von diesem wird den Strafgefangenen jedoch 75 % für die Kosten ihrer Haft<sup>26</sup> abgezogen und ein weiterer Teil an die Arbeitslosenversicherung abgeführt. Die Hälfte des verbleibenden Rests wird als Hausgeld ausgezahlt, während die andere Hälfte als Rücklage für die Zeit nach der Entlassung einbehalten wird. Das führt dazu, dass der den Gefangenen während der Haft zur Verfügung stehende Lohnanteil, selbst in der höchsten Vergütungsstufe, unter einem Euro pro Stunde liegt. Einen kleinen Vorteil gegenüber der überwiegenden Rechtslage in Deutschland bietet § 52 Abs 4 StVG, der die Möglichkeit schafft, dass auch Therapiemaßnahmen für Häftlinge bis zu 5 Stunden pro Woche als Arbeitszeit anerkannt werden.

Genau wie in Deutschland besteht lediglich eine Arbeitslosenversicherung, eine Einbeziehung in die Pensionsversicherung oder eine Krankenversicherung bestehen nicht.<sup>27</sup> Die in § 75 StVG kodifizierte Möglichkeit der Weiterversicherung in der Sozialversicherung dürfte ebenfalls nur für einige wohlhabende Gefangene möglich sein, da der den Gefangenen gezahlte Lohn nicht ausreicht, um die Beiträge dafür zu bezahlen.

Zusätzlich beklagt der Gefangenen-Gewerkschaftler *Georg Huß*, dass sich die Justiz „so wenig an Regeln und Gesetze hält“.<sup>28</sup> Ein Beispiel hierfür sei, so *Huß*, dass die Gefangenen die Toilettenartikel, die ihnen eigentlich gestellt werden müssten, selbst kaufen müssen, obwohl sie in den Haftkosten enthalten sind zu denen die Gefangenen zusätzlich noch einen eigenen Kostenbeitrag erbringen müssen.<sup>29</sup>

---

23 *Bundesministerium für Justiz*, Strafvollzug in Österreich (2013) 43. [www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848b47af5e070148aba8bc8c1661.de.0/strafvollzug\\_download.pdf](http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848b47af5e070148aba8bc8c1661.de.0/strafvollzug_download.pdf) (13.6.2016).

24 Ebd 43, 44.

25 § 52 StVG.

26 § 54 Abs 1 iVm § 32 Abs 2 StVG.

27 *Bundesministerium für Justiz*, Strafvollzug 27.

28 *junge Welt*, »Man hat Vorteile, wenn man duckmäuserisch mitspielt«. Arbeitspflicht in Haft: Gefangene wehren sich dagegen, mit Dumpinglöhnen abgespeist zu werden. Ein Gespräch mit Georg Huss, 24.3.2016, [www.jungewelt.de/2016/03-24/033.php](http://www.jungewelt.de/2016/03-24/033.php) (13.6.2016).

29 Ebd.

### 2.3. Scheinbar bessere rechtliche Bedingungen in Ö führen nicht zu substantiell besseren tatsächlichen Bedingungen im Strafvollzug

Grundsätzlich lässt sich nach einem Vergleich der Regelungen im Bereich Arbeit und Sozialversicherung des deutschen mit denen des österreichischen Strafvollzugs festhalten, dass der österreichische Gesetzgeber einige der Punkte berücksichtigte, die in Deutschland von der GG/BO kritisiert werden. In einzelnen Bereichen wurde zumindest der Versuch unternommen, hierfür im Gesetz Lösungen zu finden. Allerdings hat sich auch gezeigt, dass die tw bessere rechtliche Ausgangslage nicht zu besseren Bedingungen im Strafvollzug in Österreich führt. Dies liegt zT daran, dass eigentlich positive Regelungen durch andere Normen wieder eingeschränkt werden.

Exemplarisch kann hier auf den im Vergleich zu Deutschland vglw hohen Lohn und seine Anpassung an die allgemeine Lohnentwicklung verwiesen werden, von dem am Ende bei den Strafgefangenen allerdings nichts mehr ankommt, da zu viele Abzüge vorgenommen werden.

An der Regelung zur Zahlung marktüblicher Löhne in § 46 StVG zeigt sich das Problem des Systems der Gefangenenarbeit ebenfalls sehr anschaulich. Während die Gefangenen mit einem Lohn von teils weniger als einem Euro pro Stunde abgespeist werden, zahlen Unternehmen, die in Haftanstalten produzieren lassen, an die Haftanstalt marktübliche Preise für Produkte oder die Arbeitskraft der Gefangenen. In Verbindung mit § 51 StVG wird hier allerdings klar, wer tatsächlich der größte Profiteur der Arbeit durch Strafgefangene sein dürfte, denn nach § 51 StVG fließt der Ertrag der Arbeit dem Bund zu. Insb ist zu kritisieren, dass der Bund unternehmerisch auftritt und vglw immer noch günstige Arbeitskräfte auf dem Markt bereitstellt, sodann den Mehrwert dieser Arbeit einbehält und die tatsächlich Arbeitenden, die ja mit ihrer Arbeitsleistung einen Gewinn für den Bund erwirtschaften, auch noch an den Kosten für ihre Unterbringung und Essen beteiligt. Ebenfalls fordert der Staat zwar von den Externen, die auf die Arbeitskraft der Gefangenen oder von denen produzierte Produkte zugreifen will, marktüblich Löhne oder Preise, weigert sich selbst aber für diese Arbeit die auch „marktüblichen“ Sozialabgaben zu entrichten.

In beiden Gesetzen fehlt bisher eine Regelung, wie sie Art 2 c des ILO Übereinkommens<sup>30</sup> bezüglich der „Verdingung“ oder „zur Verfügung Stellung“ von Gefangenen an ein Privatunternehmen vorsieht. Danach wäre eine solche klar als unzulässige Zwangsarbeit zu charakterisieren. Diese Bestimmung soll auch für im Gefängnis angesiedelte Unternehmer\_innenbetriebe gelten,<sup>31</sup> was aber bisher vom deutschen Bundesverfassungsgericht verneint wurde und auch in der Literatur nicht einheitlich gesehen wird.<sup>32</sup>

---

30 Internationale Arbeitsorganisation, Übereinkommen 29, Übereinkommen über Zwangs- oder Pflichtarbeit, 1930, von Deutschland (BGBl II, 1956, 640) und Österreich (BGBl 1961/86) ratifiziert.

31 *Däubler/Gali in Feest*, StVollz § 41 Rn 13.

32 Vgl etwa: *Laubentahl*, in *Schwind/Böhm/Jehle/Laubentahl*, StVollzG § 47 Rn 15.

### 3. Gewerkschaftliche Betätigung im Knast

#### 3.1. Gründung und Ziele der GG/BO

Auf Grund der geschilderten Bedingungen im deutschen Strafvollzug gründeten mehrere Gefangene im Mai 2014 in der JVA Tegel in Berlin eine Gewerkschaft für inhaftierte Arbeitnehmer\_innen, die GG/BO.<sup>33</sup> Dabei war es der Anspruch der Gründer auf die Missstände in der Arbeitswelt von Gefangenen aufmerksam zu machen. Die Form der gewerkschaftlichen Organisation sollte dabei dem Leitbild der Solidarität und Kollegialität folgen und einen bewussten Gegenpunkt zu den herrschenden Verhältnissen in den Gefängnissen setzen. Dabei kommt den Mitgliedern, die sich nicht in Haft befinden, die Aufgabe zu, für die inhaftierten Gewerkschafter\_innen eine öffentliche Plattform zu schaffen.

Die Gefangenengewerkschaft startete mit drei Kernforderungen.<sup>34</sup> Die erste Forderung war die volle Gewerkschaftsfreiheit hinter Gittern und damit die Anerkennung als Gewerkschaft und die daraus folgenden gewerkschaftlichen Schutzrechte für die Mitglieder der GG/BO. Als Zweites forderte die GG/BO die Anwendung des Mindestlohngesetzes auf die Arbeit in den Gefängnissen und damit die Anhebung des derzeit gezahlten Lohns auf € 8,50 pro Stunde.<sup>35</sup> Die dritte Forderung der GG/BO war die volle Sozialversicherungspflicht für Gefangene. Gemeint war damit die Einbeziehung in das deutsche Kranken- sowie Rentenversicherungssystem.

#### 3.2. Mitgliederzahl der GG/BO

Die Ziele der GG/BO und die Idee der gewerkschaftlichen Organisation fanden bundesweit bei Gefangenen, die sich mit der derzeitigen Situation nicht mehr abfinden wollten, großen Anklang. Die GG/BO wuchs seit 2014 auf derzeit mehr als 850 Mitglieder in mehr als 70 Haftanstalten in Deutschland.<sup>36</sup> Besonders erwähnenswert ist hier der Hungerstreik von Häftlingen in der JVA Butzbach im Dezember 2015, welcher maßgeblich von der GG/BO unterstützt wurde. Neben vollzugsspezifischen Forderungen traten die Gefangenen mit ihrem Hungerstreik hauptsächlich für die Ziele der GG/BO ein. Auslöser der Streiks war neben den Haftbedingungen auch das Bekanntwerden der Verkaufspreise, der von den Gefangenen produzierten Gegenstände und der geringe Lohn, den diese für die Produktion erhalten.<sup>37</sup> Da es von Seiten der Regierung bis heute zu keinerlei Zugeständnissen gekommen ist, wurde der Hungerstreik nach ca 1 Monat abgebrochen.<sup>38</sup>

---

33 <http://ggbo.de/wir-ueber-uns/> (13.6.2016).

34 <http://ggbo.de/ziele/> (13.6.2016).

35 Gem § 1 Abs 1, 2 Mindestlohngesetz (MiLoG BGBI 2014, 1348) hat jede\_r Arbeitnehmer\_in Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts iHv € 8,5.

36 <http://ggbo.de/wie-man-eine-gefangenengewerkschaft-gruendet/> (13.6.2016).

37 [www.akweb.de/ak\\_s/ak612/14.htm](http://www.akweb.de/ak_s/ak612/14.htm) (13.6.2016).

38 Ebd.

### 3.3. Repressionen gegen und faktische Schwierigkeiten von Gefangenen-Gewerkschafter\_innen

Die Mitgliederentwicklung der GG/BO ist umso bemerkenswerter, als auf Grund der fehlenden Anerkennung der GG/BO als Gewerkschaft die Mitgliedschaft in derselben nicht zu gewerkschaftlichem Schutz führt, sondern oftmals Repressionen durch die Anstaltsleitung nach sich zieht. Bspw händigen die Anstaltsleitungen mitunter die Mitgliederzeitung der GG/BO, welche an alle Mitglieder versandt wird, und Mitgliedsanträge nicht an Gefangene aus.<sup>39</sup> Daneben kommt es in Einzelfällen aber auch zu deutlich drastischeren Maßnahmen, wie der sozialen Isolation von Gefangenen von bis zu 23 Stunden am Tag<sup>40</sup> durch „fehlendes“ Personal bei Umschlüssen auf andere Zellen oder den Verlust der Arbeitsstelle bis hin zu Verlegungen in andere Haftanstalten.

Ein weiteres Problem ist, dass einige Bundesländer die Verweigerung der Arbeit durch die Erhebung eines Haftkostenbeitrags sanktionieren<sup>41</sup> und so ein Streik neben dem Verlust des Arbeitsentgelts auch noch zu einer finanziellen Mehrbelastung führen würde.

Daneben bestehen für eine Organisation, deren Mitglieder sich fast ausschließlich in Haft befinden, weitere Schwierigkeiten. Bspw sind die Kommunikationswege zwischen den Mitgliedern stark eingeschränkt, da die Mitglieder auch im Kontakt zur GG/BO den sich aus den Strafvollzugsgesetzen ergebenden Einschränkungen ihrer Kommunikation unterliegen.<sup>42</sup> Beispiele dafür sind Postzensur und damit lange Postlaufzeiten, überwachte fernmündliche Kommunikation sowie regelmäßig kein Internetzugang. Daher ist auch eine Vernetzung der verschiedenen lokalen Gruppen der GG/BO extrem schwierig. Derzeit fehlt es der GG/BO, so deren Sprecher *Oliver Rast* in einem Interview mit der jungen Welt, an Strukturen außerhalb des Gefängnisses, da nur diese, auf Grund der beschriebenen Einschränkungen der inhaftierten Mitglieder, in der Lage sind, die Koordination der GG/BO Arbeit vor Ort zu leisten.<sup>43</sup>

### 3.4. Zulässigkeit gewerkschaftlicher Organisation im Knast

An die faktisch vollzogene Gründung der GG/BO schließt sich sofort die Frage an, ob eine Gewerkschaftsgründung und damit auch eine Gewerkschaft für die in den Gefängnissen arbeitenden Insass\_innen rechtlich möglich ist.

---

39 So in den dem Beschluss OLG Hamm 2.6.2015, III – 1 Vollz (Ws) 180/15 zugrundeliegenden Fall.

40 <http://ggbo.de/iso-haft-lichtfolter-selbstverletzung-in-untermassfeld/> (13.6.2016).

41 So in § 50 Strafvollstreckungsgesetz, Art 49 Bayrisches Strafvollstreckungsgesetz (GVBl 2007, 866 idF 2014, 286), § 39 Strafvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen (GVBl 2015/5 5, 75) § 52 Niedersächsisches Justizvollzugsgesetz Niedersächsisches (GVBl 2014, 107), § 49 Hamburgisches Strafvollzugsgesetz (HambStVollzG GVBl 2009, 257).

42 *Laubenthal*, Strafvollzug (2015) 346ff.

43 <http://ggbo.de/interview-mit-ggbo-sprecher-oliver-rast-in-der-beilage-der-roten-hilfe-rh-in-der-tageszeitung-junge-welt-zum-tag-der-politischen-gefangenen-am-18-maerz/> (13.6.2016).

### 3.4.1. Vereinigungsfreiheit

Grundsätzlich besteht in Deutschland und Österreich Gewerkschaftsfreiheit, die sich sowohl aus nationalen Gesetzen<sup>44</sup> aber auch aus dem Recht auf Vereinigungsfreiheit aus Art 11 EMRK ergibt. Es besteht daneben auch keine gesetzliche Regelung, welche eine gewerkschaftliche Organisation im Strafvollzug explizit verbietet oder einschränkt. Daher wäre sie den Gefangenen grundsätzlich auch zuzugestehen, da diese auch im Strafvollzug Grundrechtsträger\_innen – unter Beachtung der Besonderheiten des Strafvollzugs – bleiben.<sup>45</sup> Auch das Konzept der Resozialisierung, als das bestimmende Prinzip des Strafvollzugs, bedeutet, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, Gewerkschaftsfreiheit in Gefängnissen zuzulassen. Die Arbeit im Gefängnis soll bestmöglich auch auf Arbeit nach dem Ende der Haft vorbereiten und dieser nachempfunden sein. Wer dies anerkennt, kann die Mitbestimmung von Arbeitnehmer\_innen, die ein ganz wesentliches Strukturmerkmal der Arbeitsorganisation ist, nicht aus dem Strafvollzug heraushalten.<sup>46</sup> Auch die Annahme eines besonderen Gewaltverhältnisses im Strafvollzug, also die Annahme, dass ein\_e Gefangene\_r schon durch seine\_ihre Stellung als solche\_r, sich nicht auf bestimmte Grundrechte berufen kann, welches mittlerweile überwiegend abgelehnt wird,<sup>47</sup> kann hier nicht zu anderen Ergebnissen führen. Auch im Bereich der Beamt\_innen, die ebenfalls einem besonderen Dienstverhältnis unterliegen, besteht eine Personalvertretung, die die Möglichkeit der Mitbestimmung sicherstellt.<sup>48</sup> Auch gibt es bereits Strukturen innerhalb von Haftanstalten, wie zB die in Deutschland verbreitete Insassenvertretung,<sup>49</sup> die den Gefangenen Vereinigungsfreiheit zugestehen. Es wäre daher nur konsequent, der GG/BO diese Vereinigungsfreiheit ebenfalls zuzuerkennen.

### 3.4.2. Arbeitnehmer\_innenbegriff

Damit die Gefangenen sich gewerkschaftlich organisieren können, müssten sie in ihrer Arbeit als Arbeitnehmer\_innen anerkannt werden. Für die Frage, ob Strafgefangene Arbeitnehmer\_innen sind, kommt es dabei entscheidend darauf an, die Besonderheiten des Strafvollzugs zu berücksichtigen und nicht einfach nur auf die tradierte, von der Rspr entwickelten Begriffe, zurückzugreifen.<sup>50</sup> Von staatlicher Seite wird die Arbeit im Gefängnis in Deutschland wie auch in Österreich nicht als Arbeit gesehen, sondern als

---

44 In Deutschland: Art 9 GG BGBl 1949, 1 idF BGBl 2014, 2438. In Österreich: Art 18 Abs 5 B-VG und über die Vereinigungsfreiheit: Art 12 StGG.

45 *Däubler/Gali*, in *Feest* vor § 37 Rn 27.

46 *Weiss*, Arbeitsrechtliche Möglichkeiten eines normalen Arbeitnehmerstatus für Gefangene und der Sicherung des Arbeitsplatzes für Entlassene, in *Lüderssen/Schuhmann/Weiss*, Gewerkschaften und Strafvollzug (1978) 158 (166).

47 *Däubler/Gali* in *Feest* vor § 37 Rn 12.

48 *Weiss* in *Lüderssen/Schuhmann/Weiss* 166.

49 ZB: § 78 HStVollzG, § 14 Justizgesetzbuch Baden-Württemberg (JVollzGB 2009, 545)

50 *Weiss* in *Lüderssen/Schuhmann/Weiss* 158ff.

Maßnahme zur Resozialisierung.<sup>51</sup> ME kann – wie bereits oben dargestellt – unter den derzeitigen Bedingungen aber kaum von Arbeit im Gefängnis zum Zwecke der Resozialisierung gesprochen werden.

Vielmehr handelt es sich bei der Arbeit im Gefängnis um eine weisungsgebundene abhängige Beschäftigung und damit, da sie nicht der Resozialisierung dient, um normale Arbeit. Damit wären die Gefangenen als normale Arbeitnehmer\_innen anzusehen. Ein besonderes Problem besteht hier in der Frage, ob es zu den Essentialia des Arbeitnehmer\_innenbegriffs gehört, dass das Arbeitsverhältnis freiwillig eingegangen wird<sup>52</sup> und ob es privatrechtlich ausgestaltet sein muss. Gegen diese Annahme spricht, dass die Begriffe der Freiwilligkeit und der privatrechtlichen Ausgestaltung lediglich als Antwort auf spezifische Probleme des Arbeitsrechts entwickelt wurden, die mit dem Strafvollzug aber nichts zu tun haben.<sup>53</sup> Ein weiteres Argument, welches gegen die Arbeitnehmer\_inneneigenschaft der Gefangenen vorgebracht wird, ist, dass diese nicht dem allgemeinen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Dieses Argument dürfte aber bereits ausreichend widerlegt sein, da die Gefängnisse die Gefangenen auf dem Markt als Arbeitskräfte öffentlich anbieten, in dem externe Unternehmen in Gefängnissen produzieren dürfen. Daher spricht Vieles dafür, dass auf Grund der festgestellten Arbeitserbringung die Gefangenen als Arbeitnehmer\_innen anzuerkennen sind. Dies gilt umso mehr in den Bundesländern,<sup>54</sup> in denen kein Arbeitszwang mehr besteht und die Arbeit freiwillig erbracht wird.

#### 4. Fazit

Die derzeitigen Arbeitsbedingungen im Strafvollzug in Österreich wie in Deutschland müssen dringend geändert werden. Diese Änderungen können nur durch Gesetzesänderungen erreicht werden, da die derzeitigen Bestimmungen effektiv das Ziel der Resozialisierung verhindern. Eine Arbeit ohne angemessene Vergütung (Mindestlohn), reguläre Krankenversicherung, Rentenversicherung, die unweigerlich zu Altersarmut führt, kann nicht resozialisierend sein. Insbesondere dann nicht, wenn jeder Versuch gegen diese Missstände vorzugehen durch ein hartes Repressionsregime beantwortet wird.

Wenn Arbeit tatsächlich resozialisierend sein soll, so muss sie weitestgehend so ausgestaltet sein, wie Arbeit außerhalb des Gefängnisses. Außerhalb der Gefängnisse gehören die Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmer\_innen zum Kernbereich der Ausgestaltung der Arbeitswelt und stehen, da die Arbeit der Gefangenen so weit wie mög-

---

51 § 20 StVG und exemplarisch für Deutschland: § 27 HstVollzG.

52 Für einige Bundesländer in Deutschland existiert dieses Problem nicht mehr, da diese den Arbeitszwang in ihren Strafvollzugsgesetzen abgeschafft haben.

53 Weiss in Lüderssen/Schuhmann/Weiss 159.

54 Siehe FN 3.

lich vergleichbarer Arbeit in Freiheit entsprechen soll, auch inhaftierten Arbeitnehmer\_innen zu.

Ein weiterer positiver Effekt der Zuerkennung voller Arbeitnehmer\_innenrechte wäre es, dass die Inhaftierten eine Möglichkeit haben, ihre Ansprüche durchzusetzen und gleichzeitig Konfliktlösungsmechanismen in der Arbeitswelt sowie die Beilegung von Konflikten mit den Mitteln des Rechts erlernen.

Die gewerkschaftliche Interessenvertretung ist auch notwendig, da Strafgefangene regelmäßig über keine starke gesellschaftliche Lobby verfügen, die ihnen „zur Hilfe“ kommen kann, um ihre Rechte wahrzunehmen. Insb haben sie keinen guten Zugang zu Medien, sodass es für sie besonders schwer ist, mit ihren Anliegen in den öffentlichen Diskurs zu treten. Eine gewerkschaftsförmige Organisation und Selbstermächtigung könnte dieses demokratische Defizit verbessern.

Erfolgt keine substantielle Änderung der Gesetze, muss den Gefangenen jedenfalls auch das Recht der gewerkschaftlichen Organisation zugesprochen werden, da sie – wie gezeigt – als Arbeitnehmer\_innen anzusehen sind.

Henning Meinken ist Rechtsanwalt mit den Tätigkeitsschwerpunkten Straf- und Arbeitsrecht und Mitglied des Netzwerks für die Rechte inhaftierter Arbeitnehmer\_innen; [henning@jamserv.de](mailto:henning@jamserv.de)

# Die Staateninsolvenz als Geschäftsmodell

## Spekulative Hedgefonds, Staatschuldenkrisen und das „Hold-Out Creditor“-Problem

Sebastian Grund\*

---

### 1. Einleitung: Die Staateninsolvenz aus rechtlicher Sicht

#### 1.1. Die weltweite Überschuldung

Die Finanzkrise von 2008 und die darauf folgende Weltwirtschaftskrise haben zu einer noch nie dagewesenen Überschuldung der öffentlichen Haushalte geführt. In mehreren europäischen Staaten stieg die Staatsverschuldung auf über 100 % des jährlichen Bruttoinlandsproduktes.<sup>1</sup> In den USA hat sich der Schuldenstand zwischen 2007 und 2015 sogar verdoppelt.<sup>2</sup> Sinken plötzlich die Wachstumsraten und ziehen ausländische InvestorInnen ihr Kapital ab, kann ein hoher Schuldenstand schnell zum makroökonomischen Albtraum werden.<sup>3</sup> Denn weniger Wachstum oder gar eine Rezession führen zu einer Erosion der Steuerbasis und der Staat hat immer weniger Geld für den Schuldendienst zur Verfügung. Dies erhöht wiederum das Kreditausfallrisiko und die Refinanzierungskosten.<sup>4</sup> Der Staatsbankrott ist dann oft nur eine Frage der Zeit. Zwar ist der Staatsbankrott oder die Staateninsolvenz nicht völkerrechtlich definiert, doch ist nach herrschender Meinung ein Staat zahlungsunfähig, wenn er seine *ausländische* Schulden bei Fälligkeit nicht vollständig begleichen kann.<sup>5</sup> Wie *Reinhart* und *Rogoff*

---

\* Die in diesem Beitrag vertretenen Ansichten sind ausschließlich die des Autors und spiegeln nicht notwendigerweise jene der Europäischen Zentralbank wider.

1 ZB in Irland, Griechenland, Spanien, Belgien, Portugal und Zypern; s *Eurostat*, General government gross debt – annual data 2014, <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=teina225&plugin=1> (4.4.2016).

2 *Federal Reserve Bank of St. Louis*, Federal Debt, <https://research.stlouisfed.org/fred2/series/GFDEGDQ188S> (1.2.2016).

3 *Panizza/Sturzenegger/Zettelmayer*, The Economics and Law of Sovereign Debt and Default, *Journal of Economic Literature* 2009, 651-698.

4 S etwa *Borenstein/Panizza*, The Cost of Sovereign Default, IMF Working Paper WP/08/238, 7, [www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp08238.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp08238.pdf) (8.4.2016).

5 Vgl etwa *International Law Association – The Hague Conference*, State Insolvency: Options for the Way Forward (2010) 7, [www.ila-hq.org/download.cfm/docid/0A7ACEAC-94A3-4B47-B9E642CF4BEA5D81](http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/0A7ACEAC-94A3-4B47-B9E642CF4BEA5D81) (1.4.2016). Festzuhalten ist auch, dass es in der Lit unterschiedliche Meinungen gibt, ob nur die Verletzung der vertraglichen Rückzahlungspflichten als Insolvenz angesehen werden muss oder auch die freiwillige Reorganisation der Schulden eines Staates. S dazu etwa *Tomz/Wright*, Empirical Research on Sovereign Debt and Default, *Annual Review of Economics* 5/2013, 247 (253). Für einen generellen Überblick über die Definition der Staateninsolvenz s auch *Kodek/Reinisch* (Hrsg), *Staateninsolvenz*<sup>2</sup> (2012).

festgestellt haben, gab es zwischen den Jahren 1800 und 2000 sieben mehrjährige Perioden, in denen nahezu 50 % aller souveränen Staaten gleichzeitig zahlungsunfähig waren.<sup>6</sup> Aufgrund der immer stärkeren Verschuldung öffentlicher Haushalte werden diese Zahlen wohl in der Zukunft eher steigen als sinken. Vor diesem Hintergrund weniger beleuchtet ist jedoch die Bedeutung, die internationale wie innerstaatliche Rechtssysteme sowohl bei der Prävention als auch bei der Lösung von Staatsschuldenkrisen haben. Wie dieser Beitrag zeigen soll, hat der politische Unwille, den rechtlichen Rahmen für die Finanzierung von Staatshaushalten zu reformieren, spekulatives InvestorenInnenverhalten begünstigt. Insb die noch nicht lange zurückliegenden Staateninsolvenzen in Griechenland und Argentinien haben gezeigt, dass komplex gestaltete Verträge, überforderte Gerichte und ein unumschränkter Glaube in die *Smith'sche* „unsichtbare Hand des Marktes“<sup>7</sup> zwar ein investorenfreundliches Klima schaffen, die negativen Auswirkungen des InvestorInnenverhaltens aber im Endeffekt oft von StaatsbürgerInnen zu tragen sind.

## 1.2. Kein Insolvenzmeechanismus für Staaten

Im Rahmen eines klassischen Insolvenzverfahrens kommt Staaten – im Gegensatz zu Unternehmen oder Privatpersonen – nicht die Möglichkeit auf einen finanziellen Neustart zu.<sup>8</sup> Dies resultiert einerseits aus der (völker-)rechtlichen Sonderstellung des Staates als Schuldner und andererseits aus der faktischen Unmöglichkeit, ein gesamtes Land im Konkursfall zu liquidieren.<sup>9</sup> Tatsächlich gibt es zahlreiche historische Beispiele, in denen bilaterale GläubigerInnen Zollhäuser und Finanzministerien von insolventen Staaten unter Androhung oder Anwendung von militärischer Gewalt zur Schuldeneintreibung unter ihre faktische Kontrolle gebracht haben.<sup>10</sup> Das heutige Völkerrecht gebietet jedoch einen respektvolleren Umgang mit der staatlichen Souveränität. In der modernen Welt lösen Staateninsolvenzen zunächst hochkomplexe ökonomische Vorgänge aus, die von der Herabstufung der Kreditwürdigkeit der Staaten durch Kreditratingagenturen über die Fälligkeit von „Credit Default Swaps“ (CDS) (Kreditausfallsversicherungen)<sup>11</sup> bis

6 S Reimhart/Rogoff, This Time Is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crises, NBER Working Paper 13882/2008, [www.nber.org/papers/w13882.pdf](http://www.nber.org/papers/w13882.pdf) (3.2.2016).

7 *The Economist*, Adam Smith on the financial crisis, [www.economist.com/blogs/freexchange/2015/01/bringing-dead-economists-back-life](http://www.economist.com/blogs/freexchange/2015/01/bringing-dead-economists-back-life) (27.1.2015).

8 Buckley, The Bankruptcy of Nations: Let the Law Reflect Reality, UNSW Law Research Paper 2009, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1420426](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1420426) (20.1.2016).

9 Für einen Überblick s Kämmerer, State Bankruptcy, in Wolfrum (Hrsg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2009).

10 Besonders die „Dollar Diplomatie“ der US-Regierung Anfang des 20. Jhdts ist hier zu erwähnen. sh Ahmed/Alfarol Maurer, Lawsuits and Empire: On the Enforcement of Sovereign Debt in Latin America, *Law and Contemporary Problems* 4/2010, 39f.

11 CDS sind im Wesentlichen Versicherungsverträge, mit denen sich ein GläubigerIn gegen die Zahlung einer Prämie vor dem Zahlungsausfall auf der Seite der/s Schuldners/Schuldnerin schützen kann. Auch gegen die Staateninsolvenz kann man sich heutzutage versichern. CDS können jedoch auch – wie die Griechenlandkrise gezeigt hat – zur

zum faktischen Verlust des Zugangs eines Staates zu Refinanzierungsmöglichkeiten auf den internationalen Kapitalmärkten reichen.<sup>12</sup>

Aus rechtlicher Sicht hat eine Bankrotterklärung eines Staates vorerst noch wenige Folgen – sie wird meist als Faktum hingenommen, da sie weder formal noch materiell genauer durch nationale Gesetze oder das Völkerrecht determiniert ist.<sup>13</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass die Staateninsolvenz gar keine Rechtsfolgen auslöst. Auf privatrechtlicher Ebene etwa kommt es – strikt gesehen – zu einem Vertragsbruch gegenüber jedem/r einzelnen KreditgeberIn. Ein Insolvenzverfahren, bei dem über die Ansprüche aller inländischen und ausländischen GläubigerInnen in geordneter Weise und nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz durch eine/n unabhängige/n RichterIn entschieden wird, gibt es auf internationaler Ebene nicht.<sup>14</sup> Anders als in den meisten innerstaatlichen Rechtsordnungen führt die Zahlungsunfähigkeit eines Staates auch weder zu einem Verbot, Rechtsstreitigkeiten anhängig zu machen<sup>15</sup>, noch zu einer ex lege Unterbrechung von bereits anhängigen Rechtsstreitigkeiten.<sup>16</sup> Daher können GläubigerInnen ihren Rückzahlungsanspruch gegenüber einem zahlungsunfähigen Staat unbeschränkt vor einem ordentlichen innerstaatlichen Gericht geltend machen.<sup>17</sup> Ohne ein geordnetes Verfahren, das durch eine unabhängige Instanz überwacht wird, entstehen jene Probleme, die nationale Insolvenzordnungen schon vor Jahrzehnten überwunden haben: SchuldnerInnen akzeptieren Reorganisationspläne, die nicht nachhaltig sind<sup>18</sup>; GläubigerInnen werden je nach Einfluss und Größe unterschiedlich behandelt<sup>19</sup> und statt schnellen Ergebnissen gibt es langwierige Verhandlungen.<sup>20</sup> Zu Recht halten daher zahlreiche Experten die Abwesenheit eines völkerrechtlichen Mechanismus zur Lösung von Staatsschuldenkrisen für die „größte Lücke in der internationalen Finanzarchitektur“.<sup>21</sup>

---

Spekulation auf die Insolvenz eingesetzt werden und damit die Refinanzierungskosten für stark verschuldete Staaten weiter in die Höhe treiben. S für einen Überblick *International Monetary Fund*, A New Look at the Role of Sovereign Credit Default Swaps, Global Financial Stability Report (2013) 57, [www.imf.org/External/Pubs/FT/GFSR/2013/01/pdf/c2.pdf](http://www.imf.org/External/Pubs/FT/GFSR/2013/01/pdf/c2.pdf) (9.1.2016).

12 Für einen Überblick der „Kosten“ einer Staateninsolvenz vgl. *Borenzstein/Panizza*, The Cost of Sovereign Default.

13 *Ohler*, Der Staatsbankrott, JZ 2005, 590 (592ff).

14 S etwa *Rogoff/Zettelmayer*, Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001, IMF Staff Papers 3/2002, 470, [http://scholar.harvard.edu/files/rogoff/files/bankruptcy\\_procedures\\_for\\_sovereigns\\_a\\_history\\_of\\_ideas\\_1976\\_2001.pdf?m=1360041532](http://scholar.harvard.edu/files/rogoff/files/bankruptcy_procedures_for_sovereigns_a_history_of_ideas_1976_2001.pdf?m=1360041532) (8.4.2016).

15 In den meisten nationalen Insolvenzgesetzen finden sich Bestimmungen, die individuelle GläubigerInnenprozesse während eines Insolvenzverfahrens ausschließen. S etwa § 6 ö IO (RGBl 1914/337 idF BGBl I 2015/34).

16 Vgl § 7 ö IO.

17 *Weidemaier*, Sovereign Immunity and Sovereign Debt, University of Illinois Law Review 2014, 68ff.

18 *International Monetary Fund*, Sovereign Debt Restructurings – Recent Developments and Implications for the Fund’s Legal and Policy Framework (2013) 15, [www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/042613.pdf](http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/042613.pdf) (26.4.2013).

19 *Bratton/Gulati*, Sovereign Debt Reform and the Interest of Creditors, Vanderbilt Law Review 2004, 1 (69).

20 Besonders gut dargestellt in einer Dissertation an der FU Berlin: *Trebesch*, Sovereign Default and Crisis Resolution (2011).

21 *Gallagher*, The New Vulture Culture: Sovereign debt restructuring and trade and investment treaties, IDEAs Working Paper Series 2/2011, [www.ase.tufts.edu/gdae/publications/GallagherSovereignDebt.pdf](http://www.ase.tufts.edu/gdae/publications/GallagherSovereignDebt.pdf) (2.2.2016).

## 2. Das „Hold-Out Creditor Problem“ und die Spekulation mit der Staateninsolvenz

### 2.1. Kollektivhandlungsprobleme

Staaten können GläubigerInnen nach derzeitigem Stand aus formaljuristischer Sicht nicht dazu zwingen, einer Reduktion der Schuldenlast im Falle der Insolvenz zuzustimmen.<sup>22</sup> Verträge können grundsätzlich nur mit dem Einverständnis aller Parteien geändert werden; das gilt auch für Staaten, die bei der öffentlichen Finanzierung als privatrechtliche Subjekte agieren. Daher besteht die Möglichkeit für einzelne KreditgeberInnen, eine Umschuldung zwischen Schuldnerstaat und der Vielzahl an großen und kleinen GläubigerInnen, die Schuldverschreibungen halten, zu blockieren. Dieses Kollektivhandlungsproblem, bei dem sich einzelne AnleiheeignerInnen einem mehrheitlich legitimierten Schuldenschnitt zu ihrem eigenen Vorteil entgegenstellen, wird als „Hold-Out Creditor Problem“ bezeichnet.<sup>23</sup> Denn anders als die meisten InvestorInnen, die bei der Staateninsolvenz einen Kompromiss und damit einen Abschlag auf ihre Forderungen akzeptieren, verhandeln die Hold-Out InvestorInnen nicht, sondern harren aus.<sup>24</sup> Ihr Ziel ist dabei eine vollständige Rückzahlung der Staatsanleihen. Aus Marktperspektive ist ein solches Verhalten auf den ersten Blick rational, da es risikoaffinen InvestorInnen eine Chance auf eine attraktive Rendite bietet. Diese Blockadehaltung kann jedoch dramatische Folgen für die BewohnerInnen des Schuldnerstaates haben, da eine Insolvenz ohne Umschuldung zum Dauerzustand werden kann. Gibt der Staat andererseits dem Druck nach, besteht die Gefahr, dass auch andere InvestorInnen den verhandelten Schuldenschnitt nicht mehr akzeptieren und auf ein besseres Umschuldungsangebot warten.<sup>25</sup> Sowohl aus wirtschaftlicher als auch aus rechtlicher Sicht kommt es dadurch zu einem unbefriedigenden Ergebnis, da verhandlungsbereite GläubigerInnen wie auch insolvente Staaten einem Diktat von profit-orientierten SpezialinvestorInnen unterworfen werden.

### 2.2. Das spekulative Element

Zwei Gründe machen die Hold-Out Taktik für GläubigerInnen insolventer Staaten – sollte sie von Erfolg gekrönt sein – besonders lukrativ. Zum einen nehmen Hold-Out GläubigerInnen nicht an einer Umschuldung des Staates teil, wenn es zur Insolvenz

---

22 Dies resultiert daraus, dass beide Vertragsparteien einer Modifikation der Zahlungsbestimmungen zustimmen müssen. Wie unten ausgeführt wird, haben daher Staaten zum Teil Kollektivhandlungsklauseln in ihre Anleihen aufgenommen. S Kap 3.

23 *Pitchford/Wright*, Holdouts in Sovereign Debt Restructuring: A Theory of Negotiation in a Weak Contractual Environment, NBER Working Paper 16632/2010, 2, [www.nber.org/papers/w16632.pdf](http://www.nber.org/papers/w16632.pdf) (10.4.2016).

24 Für einen Überblick s etwa *Blackman/Mukhi*, The Evolution of Modern Sovereign Debt Litigation: Vultures, Alter Egos, And Other Legal Fauna, *Law and Contemporary Problems* 4/2010, 47.

25 Das so genannte „free-rider problem“. S *Monteagudo*, Peru's Experience in Sovereign Debt Management and Litigation: Some Lessons for the Legal Approach to Sovereign Indebtedness, *Law and Contemporary Problems* 4/2010, 201.

kommt.<sup>26</sup> Zum anderen erwerben Hold-Out GläubigerInnen ihre Staatsanleihen zu äußerst niedrigen Preisen am Sekundärmarkt.<sup>27</sup> Sie zahlen für diese also nur einen Bruchteil der durch die Anleihe verbrieften Rückzahlungssumme. Staatliche Wertpapiere verlieren an Wert, wenn das Kreditausfallrisiko steigt und Ratingagenturen ihre Bonität senken. Wenn alle anderen InvestorInnen ihre Anleihen abstoßen wollen, werden die Hold-Out InvestorInnen aktiv. So hat bspw ein amerikanischer Hedgefonds mit dieser Taktik eine Profitmarge von 800 % erzielt.<sup>28</sup> Billig Schulden kaufende und schließlich von einem bankrotten Staat ein Vielfaches des Kaufpreises fordernde Hold-Out InvestorInnen werden in Südamerika auch „Geierfonds“<sup>29</sup> genannt. Dieses Geschäftsmodell ist in den Augen des ehemaligen britischen Premiers Gordon Brown „pervers und amoralisch“.<sup>30</sup>

### 2.3. Die schwierige Durchsetzung von Staatsschulden

Da sich Hold-Out InvestorInnen regelmäßig an nationale Gerichte wenden<sup>31</sup>, um Staatsschulden einzufordern, stellen sich aus juristischer Perspektive grundlegende Frage der Staatenimmunität. Bis in die frühen 1980er Jahre waren souveräne Staaten in Gerichtsprozessen, die von ihren GläubigerInnen gegen sie angestrengt wurden, nicht passiv legitimiert.<sup>32</sup> Im Falle einer Klage konnten sie sich auf das völkergewohnheitsrechtliche Prinzip der absoluten Staatenimmunität berufen und ohne (echte) rechtliche Konsequenzen vertragsbrüchig werden. Dieser absolute Schutz schien aber vor dem Hintergrund der rasanten Zunahme von grenzüberschreitenden quasi-staatlichen Wirtschaftsaktivitäten nicht mehr gerechtfertigt.<sup>33</sup>

Unter dem heute anzuwendenden Prinzip der relativen Immunität steht es KreditorInnen frei, Staaten im Falle offener Forderungen vor ausländischen Gerichten zu klagen.<sup>34</sup> Das

---

26 Vgl für einen Überblick *Muse-Fisher*, *Starving the Vultures: NML Capital v. Republic of Argentina and Solutions to the Problem of Distressed-Debt Funds*, *California Law Review* 1671/2014.

27 Der Kapitalmarkt lässt sich in Primär- und Sekundärmarkt unterteilen. Am Primärmarkt werden Wertpapiere von Staaten (oder anderen Marktteilnehmern) begeben und meist durch Banken oder andere Großinvestoren gezeichnet. Am Sekundärmarkt dagegen werden diese Wertpapiere gehandelt. Dabei bestimmt das Kreditausfallrisiko bei Staatsanleihen am Sekundärmarkt den Preis, den Interessenten bezahlen müssen. Vgl etwa in diesem Zusammenhang *Power*, *Sovereign Debt: The Rise of the Secondary Market and its Implications for Future Restructurings*, *Fordham Law Review* 2701/1996.

28 *Eavis/Stevenson*, *Argentina Finds Relentless Foe in Paul Singer's Hedge Fund*, *NY Times* v 30.7.2014, [http://dealbook.nytimes.com/2014/07/30/in-hedge-fund-argentina-finds-relentless-foe/?\\_r=0](http://dealbook.nytimes.com/2014/07/30/in-hedge-fund-argentina-finds-relentless-foe/?_r=0) (30.1.2016).

29 S etwa *Hornbeck*, *Argentina's Defaulted Sovereign Debt: Dealing with the „Holdouts“*, *Congressional Research Service* 7-5700/2013, 4, <https://fas.org/sgp/crs/row/R41029.pdf> (10.4.2016).

30 *Jones*, *‘Vulture funds’ threat to developing world*, *BBC* v 14.2.2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/6362783.stm> (29.1.2016).

31 S etwa den bekannten Fall vor den englischen Gerichten *Donegal Int'l Ltd /Zambia*, [2007] EWHC (Comm) 197, [2007] 1 Lloyd's Rep 397.

32 Vgl etwa *Weidemaier*, *University of Illinois Law Review* 2014, 79.

33 *International Law Association – The Hague Conference, State Insolvency* 22.

34 Vgl generell *Weidemaier/Gulati*, *The Relevance of Law to Sovereign Debt*, *UNC Legal Studies Research Paper* 2558718/2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2558718](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2558718) (1.4.2016). In diesem Zusammen-

Kreditgeschäft von Staaten wird weitgehend als nicht-hoheitliche kommerzielle Aktivität angesehen, deren Immunität den allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ übermäßig einschränken würde.<sup>35</sup> Dennoch waren – zumindest bis vor kurzem – Versuche, eine Staatsschuld gerichtlich durchzusetzen, selten von Erfolg gekrönt.<sup>36</sup> Das Interventionsverbot nach Art 2 Z 7 der UN-Charta<sup>37</sup> schützt Staaten vor Exekutionsmaßnahmen ausländischer Gerichte auf ihrem eigenen Staatsgebiet. Jüngst hat ein Hold-Out Investor jedoch einen Weg gefunden, Argentinien nach seiner Insolvenz im Jahre 2001 zur Zahlung zu zwingen, ohne direkt in das staatliche Vermögen zu exekutieren.<sup>38</sup>

## 2.4. NML v Argentina: Eine Zäsur im internationalen Finanzrecht?

### 2.4.1. Einleitung

Von der *Financial Times* wurde der Gerichtsprozess zwischen dem Hold-Out Investor *NML Capital, Ltd* (NML), einem auf den Cayman Inseln registrierten Hedgefonds und Argentinien zum „trial of the century“<sup>39</sup> erklärt. Das hatte im Wesentlichen drei Gründe: Erstens ist die Zahl von grenzüberschreitenden Verfahren zwischen bankrotten Staaten und ihren GläubigerInnen nach wie vor gering. Zweitens wurde hier nicht nur ein umstrittenes rechtliches Problem behandelt, sondern auch die rechtspolitische Grundsatzzfrage, ob hochriskante Spekulationsgeschäfte mit notleidenden Staatsanleihen gerichtlich legitimiert werden sollen. Drittens wurde schon vorab befürchtet, dass eine Entscheidung zugunsten der Hedgefonds zusätzliche Barrieren für die rasche und faire Umschuldung von Staatsanleihen unter amerikanischem Recht schaffen würde.<sup>40</sup>

### 2.4.2. Der Prozess

Argentinien stürzte in den späten 1990er Jahren in eine tiefe Rezession, die ihren Höhepunkt mit dem Staatsbankrott 2001 erreichte. Obwohl Argentinien seine internationalen GläubigerInnen um einen vergleichsweise hohen Schuldenerlass bat, stimmten im Jahre 2010 knapp 91 % aller GläubigerInnen einem „haircut“ zu und

---

hang erlangte ein Prozess vor einem New Yorker Gericht besondere Prominenz. S *Elliott Associates., L.P. v. Banco de la Nacion*, 194 F.3d 363 (2d Cir. 1999).

35 S zB *Weidemaier*, University of Illinois Law Review 2014, 71.

36 *Fish/Gentile*, *Vultures or Vanguard: The Role of Litigation in Sovereign Debt Restructuring*, Emory Law Journal 1043/2004.

37 *Vereinte Nationen*, Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, [www.unric.org/html/german/pdf/charta.pdf](http://www.unric.org/html/german/pdf/charta.pdf) (1.4.2016).

38 Vgl das Gerichtsurteil *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2nd Cir. 2012).

39 S etwa *Wigglesworth*, *Argentina on the cusp of peace with creditors*, *Financial Times v* 16.2.2016, [www.ft.com/cms/s/0/9766ee16-d31f-11e5-8887-98e7feb46f27.html#axzz45Q5iNXg5](http://www.ft.com/cms/s/0/9766ee16-d31f-11e5-8887-98e7feb46f27.html#axzz45Q5iNXg5) (1.4.2016).

40 *Jrada*, *Closing the Book on Argentina's Sovereign Debt Default: The Second Circuit's Decision and Its Ramifications for Sovereign Debt Restructuring in the Eurozone*, *Review of Banking & Financial Law* 2012-2013, 222 (230).

einigten sich mit Argentinien auf einen Konsolidierungspfad.<sup>41</sup> Von den verbliebenen 9 % der GläubigerInnen hielt NML mit Staatsanleihen im Wert von ca \$1,33 Milliarden<sup>42</sup> einen beträchtlichen Anteil. Schon kurz nach dem Staatsbankrott und bevor die Umschuldungsverhandlungen abgeschlossen waren, klagte NML Argentinien am vereinbarten Gerichtsstand New York auf die volle Rückzahlung der Anleihen. Die Taktik des Hedgefonds war darauf gerichtet, anstatt eines Zahlungsbefehls (der praktisch nicht durchsetzbar gewesen wäre<sup>43</sup>) eine gerichtliche Verfügung gegen Drittparteien zu erwirken, die als TreuhänderInnen Zahlungen von Argentinien an internationale GläubigerInnen abwickelten. NML stützte sich in der Klage auf eine bisher kaum beachtete Vertragsklausel in den Staatsanleihen – die sog „pari passu“-Bestimmung. Zweck dieser Klausel ist es, eine Diskriminierung einzelner GläubigerInnen durch den insolventen Staat im Falle einer Insolvenz auszuschließen.<sup>44</sup> Sowohl das Bezirksgericht in New York<sup>45</sup> als auch die bundesstaatlichen Berufungsgerichte<sup>46</sup> ließen sich im Verfahren überzeugen, dass diese Klausel auch spekulative InvestorInnen schütze, die nicht an Schuldenrestrukturierungsverhandlungen teilgenommen hatten.<sup>47</sup> Ein Land diskriminiere schon dann, wenn es die kompromissbereiten GläubigerInnen zahle, ohne dabei gleichzeitig Zahlungen an spekulative, verhandlungsunwillige InvestorInnen zu tätigen.<sup>48</sup> In der Folge wurden sämtliche argentinischen Gelder, die von US-amerikanischen Banken treuhänderisch gehalten wurden, durch eine einstweilige Verfügung eingefroren und alle zukünftigen Zahlungen an internationale GläubigerInnen blockiert. Diese Verfügung wurde 2012 durch Richter Thomas Griesa des Bezirksgerichts von Manhattan erlassen<sup>49</sup> und 2013 vom Berufungsgericht<sup>50</sup> bestätigt. Seit 2014 ist die Verfügung wirksam, da es der Supreme Court<sup>51</sup> abgelehnt hat, sich weiter mit der Rechtsgrundlage dieser Verfügung zu beschäftigen.

---

41 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 2013 WL 4487563 (2d Cir. Aug. 23, 2013).

42 Ebd 251.

43 Insolvente Staaten vermeiden es in der Regel, große Devisenreserven oder andere Vermögenswerte in ausländischen Jurisdiktionen zu halten, wo ordentliche Gerichte darauf zugreifen können. S für die Problematik etwa *Cross*, *The Extraterritorial Reach of Sovereign Debt Enforcement*, *Berkeley Business Law Journal* 1/2015, 115 (116ff).

44 Für einen Überblick s *Samples*, *Rogue Trends in Sovereign Debt: Argentina, Vulture Funds, and Pari Passu Under New York Law*, *Northwestern Journal for International Law & Business* 1/2014, 49.

45 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, Nos. 08-CV-6978 (S.D.N.Y. Nov. 9, 2012).

46 Wenn der Gerichtsstand New York City vertraglich vereinbart ist und es sich um Kapitalmarktinstrumente handelt, wie auch in diesem Fall, dann ist das District Court for the Southern District of New York sachlich und örtlich zuständig. Das Berufungsgericht ist für den Gerichtsbezirk von New York City Fall das *Court of Appeals for the Second Circuit*. Die letzte Instanz ist der *Supreme Court*. S für einen Überblick *United States Courts, Court Role and Structure*, [www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure](http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure) (10.4.2016).

47 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 2013 WL 4487563 (2d Cir. Aug. 23, 2013), 254.

48 Ebd 254.

49 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, Nos. 08-CV-6978 (S.D.N.Y. Nov. 9, 2012).

50 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 2013 WL 4487563, 4 (2d Cir. Aug. 23, 2013).

51 *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250, 189 L. Ed. 2d 234 (2014).

### 2.4.3. Fazit

Bis heute wurde die Frage der offenen Forderungen von NML gegenüber Argentinien nicht endgültig gelöst. Argentinien ist de facto insolvent, da es das Urteil der US-amerikanischen Gerichte nicht anerkennt. Ein Versuch der argentinischen Regierung, den Internationalen Gerichtshof (IGH) einzuschalten, blieb erfolglos, da die US-Administration eine zwischenstaatliche Streitschlichtung vehement ablehnt.<sup>52</sup> Obwohl sich die neue Regierung in Argentinien Anfang 2016 bereit erklärte, einen Großteil der ausländischen Schulden an die Hold-Out InvestorInnen zu begleichen, ist eine finale Entscheidung nach wie vor nicht abzusehen, da die Zustimmung des argentinischen Kongresses noch aussteht.<sup>53</sup> Wie das Verfahren von NML gegen Argentinien zeigte, liegt das zentrale Problem der gerichtlichen Aufarbeitung von Staatsschulden im Mangel an Rechtsgrundlagen, denen sich ausländische Gerichte bedienen können, um eine faire und geordnete Umschuldung zu administrieren. Paradoxerweise wurde jene Klausel, die angeblich eine Gleichbehandlung aller GläubigerInnen im Konkursfall sicherstellen sollte, zum perfekten Mittel für die Zwecke der Hedgefonds. Die US-Gerichte verkannten dabei nicht nur, dass die Klausel nach der herrschenden Meinung<sup>54</sup> eine selektive Zahlung an verhandlungsbereite GläubigerInnen gar nicht verbietet, sie steht auch im starken Widerspruch zum völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsbegriff.<sup>55</sup>

### 3. Lösungsansätze

In den letzten Jahren wurden in der einschlägigen Literatur va zwei Konzepte diskutiert, um opportunistisches und spekulatives Verhalten von Hold-Out InvestorInnen und die damit verbundenen negativen Implikationen für die rasche und faire Lösung von Staatsschuldenkrisen zu minimieren. Auf der einen Seite wird für die Einführung eines umfassenden (völker-)rechtlichen Staateninsolvenzmechanismus argumentiert, der wesentliche Elemente nationaler Insolvenzordnungen auf die internationale Ebene übertragen soll („statutory approach“).<sup>56</sup> Hier wird regelmäßig auf das vom Internationalen Währungsfonds (IWF) 2002 vorgeschlagene Modell eines *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* (SDRM)<sup>57</sup> hingewiesen. Auf der anderen Seite wird ein solches – die

52 Argentinien verklagt USA vor Internationalem Gerichtshof, Süddeutsche Zeitung v 8.8.2014, [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eskalation-im-schuldenstreit-argentinien-verklagt-usa-vor-internationalem-gerichtshof-1.2081897](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eskalation-im-schuldenstreit-argentinien-verklagt-usa-vor-internationalem-gerichtshof-1.2081897) (1.2.2016).

53 Mander/Wigglesworth, 'Holdout' slams Argentine debt offer to end financial blockade, Financial Times v 12.2.2016, [www.ft.com/cms/s/0/d17fb6b4-d1a3-11e5-986a-62c79fcbcead.html#axzz403hdnazI](http://www.ft.com/cms/s/0/d17fb6b4-d1a3-11e5-986a-62c79fcbcead.html#axzz403hdnazI) (13.2.2016).

54 S etwa Weidemaier/Scott/Gulati, Origin Myths, Contracts, and the Hunt for Pari Passu, Law & Social Inquiry 1/2013, 72 (75).

55 Ausführlich s Kaplan, Collective Action and the Competence of Courts: The Lessons of *NML v. Argentina*, Stanford Journal of Law, Business, and Finance 2014, 1.

56 S für eine Übersicht zu diesem Ansatz Buckley, UNSW Law Research Paper 2009.

57 Krueger, A New Approach To Sovereign Debt Restructuring, International Monetary Fund 2002, [www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf) (8.4.2016).

Souveränität stark beschränkendes – System von vielen ExpertInnen strikt abgelehnt. Denn, so das Argument, schädliches Hold-Out Verhalten kann auch durch die Verbesserung des vertraglichen Rahmens für Finanzierungsinstrumente unterbunden werden („contractual approach“). Im Mittelpunkt stehen dabei die sog *Collective Action Clauses* (CACs).<sup>58</sup> Die Staatspleiten von Argentinien – aber auch von Griechenland – bzw deren gerichtliche Aufarbeitung haben zu Weiterentwicklungen in beiden Lagern geführt. Insb haben sich zwei der wichtigsten internationalen Organe, nämlich die Generalversammlung der Vereinten Nationen und der Internationale Währungsfonds, entschieden, unterschiedliche Lösungswege vorzuschlagen.

### 3.1. Der Vorschlag der Generalversammlung der VN zur Einführung eines multilateralen Rahmens für die Umschuldung von Staatsschulden

Der Vorstoß der Generalversammlung der VN, einen völkerrechtlichen Umschuldungsrahmen für den Falle der Staateninsolvenz zu etablieren<sup>59</sup>, kann durchaus als Meilenstein erachtet werden. Die Märkte, der IWF sowie die westlichen Industrienationen hatten in den letzten Jahren heftig gegen ein Insolvenzrecht für Staaten – bzw gegen jegliche Initiative in diese Richtung – protestiert.<sup>60</sup> Die mit 124 positiven Stimmen sowie 11 Gegenstimmen (darunter die USA und Großbritannien) im September 2014 verabschiedete Resolution<sup>61</sup> der VN zielt im Wesentlichen darauf ab, eine geordnete, effiziente und faire Restrukturierung von Staatsschulden zu ermöglichen. Die Resolution bezieht sich explizit auf das Hold-Out Problem und hält fest, dass spekulatives InvestorInnenverhalten Bemühungen frustrieren kann, konsensbasierte Umschuldungen zu erreichen und dass die Spekulation mit der Staateninsolvenz dementsprechend unterbunden werden müsse. Besonders herausragend ist, dass die Vollversammlung ein Recht für Staaten anerkennt, Ansprüche von privaten Kreditgebern im Insolvenzfall zu beschränken, sollten diese durch rechtsmissbräuchliche Strategien eine mehrheitlich legitimierte Umschuldung verhindern wollen.<sup>62</sup>

Freilich sind die Resolutionen aufgrund ihres „soft-law“ Charakters nur ein erster – gleichwohl unverzichtbarer – Schritt auf dem langen und steinigen Weg zur Schaffung eines echten internationalen Insolvenzrechts.<sup>63</sup> Da eine völkerrechtlich verbindliche

---

58 Ziel dieser Vertragsklauseln ist es, einen durch die Mehrheit von InvestorInnen akzeptierten Umschuldungsplan auch gegen den Willen einer Minderheit von Hold-Out InvestorInnen durchsetzen zu können.

59 *Generalversammlung der VN*, Towards the establishment of a multilateral legal framework for sovereign debt restructuring, A/Res/68/304, 9.9.2014.

60 S für einen Überblick der Argumente gegen einen solchen Mechanismus etwa *Porzecanski*, From Rogue Creditors to Rogue Debtors: Implications of Argentina's Default, *Chicago Journal of International Law* 1/2006, 311ff.

61 *Generalversammlung der VN*, Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes, A/Res/69/19, 10.9.2015.

62 Ebd 1.

63 Man vergleiche etwa die 2011 von der United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) beschlossenen „*Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing*“. S UNCTAD, Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing, [http://unctad.org/en/Docs/gdsddf2011misc1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/gdsddf2011misc1_en.pdf) (30.1.2016).

Konvention von den westlichen Industrienationen nach wie vor abgelehnt wird, besteht die größte Chance der 2014 von der Generalversammlung der VN ins Leben gerufenen Entwicklung wohl darin, eine allgemeine Übung bei der Umstrukturierung von Staatsschulden zu etablieren. Diese könnte dann die Grundlage für eine völkergewohnheitsrechtliche Regel bilden, die InvestorInnen und verschuldete Staaten zu Verhandlungen verpflichtet und Klagen gegen mehrheitlich legitimierte Schuldenregulierungsmaßnahmen – analog nationalen Insolvenzregeln – ausschließt.<sup>64</sup>

### 3.2. Der Internationale Währungsfonds und die vertragsrechtliche Lösung

Der IWF spielt nicht nur eine zentrale Vermittlungsrolle zwischen KreditgeberInnen und Staaten im Insolvenzfall, sondern hat auch das Mandat als „lender of last resort“<sup>65</sup> zu agieren. Hat der IWF noch im Jahr 2002 den statutory approach unterstützt<sup>66</sup> (der jetzt in der Generalversammlung der VN verfolgt wird), so stimmt die aktuelle offizielle Haltung mit der des Marktes<sup>67</sup> und der meisten westlichen Staaten überein. Gemeinsam mit dem US-amerikanischen Finanzministerium hat der IWF einen Konsultationsprozess ins Leben gerufen, dessen Ziel es ist, Hold-Out Verhalten durch vertragliche Mechanismen zu unterbinden.<sup>68</sup> Dabei werden insb die CACs<sup>69</sup> als Allheilmittel angepriesen. Zumindest in der Theorie sollen es diese Klauseln den Staaten ermöglichen, eine faire Umschuldung mit ihren GläubigerInnen zu erreichen, indem ein mehrheitlich legitimierter Schuldenreorganisationsplan auch gegenüber individuellen Hold-Out InvestorInnen vertraglich bindend ist. Die Verbesserung der neuen Umschuldungsklauseln gegenüber den CACs, die seit Jahrzehnten unter englischem Recht anwendbar sind, liegt darin, dass die GläubigerInnen über eine Schuldenreduktion in Bezug auf *alle* ausständigen Staatsanleihen abstimmen. Folglich muss nicht mehr für jede einzelne Serie einzeln abgestimmt werden.<sup>70</sup> Klar scheint, dass neben dem IWF auch die Europäische Union und die G-20-Staaten<sup>71</sup> einen völkerrechtlichen Insolvenzmechanismus für unzumutbar und politisch nicht realisierbar halten. Als der kleinste ge-

64 S etwa *Mola*, Sovereign Immunity, Insolvent States and Private Bondholders: Recent National and International Case Law, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2012, 525ff.

65 Er kann also Notkredite an wirtschaftlich angeschlagene Staaten zu strengen Bedingungen vergeben.

66 S dazu *Krueger*, A New Approach to Sovereign Debt Restructuring.

67 Die Markthaltung spiegelt sich insb in den öffentlichen Statements der mächtigen Vereinigung von internationalen privaten KreditgeberInnen, dem Institute for International Finance (IIF), wider. S etwa *IIF*, Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring, [www.iif.com/topics/principles-stable-capital-flows-and-fair-debt-restructuring](http://www.iif.com/topics/principles-stable-capital-flows-and-fair-debt-restructuring) (25.4.2016).

68 Für einen Überblick s *Sobel*, Strengthening collective action clauses: catalysing change-the back story, *Capital Markets Law Journal* 1/2016, 1ff.

69 S *International Capital Markets Association* (ICMA), ICMA Standard CACs – August 2014, [www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/Primary-Markets/collective-action/](http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/Primary-Markets/collective-action/) (1.2.2016).

70 Das Problem, dass einzelne KreditorInnen blockierende Positionen in kleinen Serien von Anleihen erwerben, stellte sich besonders in Griechenland bei der Umschuldung im Jahr 2012. S *Panizza/Sturzenegger/Zettelmayer*, *Journal of Economic Literature* 2009, 651-698.

71 S *G20 Leaders, Communique*, [www.mofa.go.jp/files/000059841.pdf](http://www.mofa.go.jp/files/000059841.pdf) (1.2.2016).

meinsame Nenner sind Umschuldungsklauseln daher ein willkommener – weil auch relativ unkomplizierter – Kompromiss.<sup>72</sup>

### 3.3. Kritik und alternative Lösungsansätze

Die Erfolgsgeschichte der CACs ist auch ein Triumph der marktfreundlichen Politik der kleinen Schritte, die sich gegen grundlegende Reformen des in vielerlei Hinsicht mangelhaften (bzw nicht vorhandenen) rechtlichen Systems für die Staateninsolvenz durchgesetzt hat. Es wird sich weisen, ob der VN Prozess an der geopolitischen Realität zerschellt oder die westlichen Industrienationen zu Verhandlungen bereit sind. Wenn man das Problem der Spekulation mit der Staateninsolvenz durch Hold-Out InvestorInnen isoliert betrachtet, so stellen die neuen Umschuldungsklauseln eine klare Verbesserung dar. So wird es in Zukunft für einzelne InvestorInnen schwieriger sein, blockierende Positionen im gesamten Anleihebestand eines zahlungsunfähigen Staates zu halten. Selbst für große amerikanischen Fonds wäre es wohl zu riskant (oder zu teuer) genügend Anleihen zu kaufen, um 75 % der restlichen GläubigerInnen zu überstimmen. Dennoch sollte das bestehende Momentum genutzt werden, um die Hold-Out Problematik nachhaltig zu lösen. Denn die neuen CACs sind gewiss kein Allheilmittel gegen ausbeuterische Spekulationsstrategien.<sup>73</sup> Alternativvorschläge konzentrieren sich ua auf die Immunisierung von internationalen Zahlungsströmen. So haben Belgien und Luxemburg bereits gesetzliche Regelungen eingeführt, die es für spekulative InvestorInnen unmöglich machen, Zahlungssysteme<sup>74</sup> zur Erpressung von Schuldnerstaaten zu nutzen.<sup>75</sup> Eine weitere Möglichkeit, speziell für Auslandsschulden, die unter amerikanischem Recht begeben wurden, wäre die Wiederbelebung der *Champerty Doctrine*.<sup>76</sup> Diese seit einigen Jahren nicht mehr anwendbare US-amerikanische Gesetzesbestimmung legte fest, dass rechtmisbräuchliche Klagen gegen insolvente Staaten dann unzulässig sind, wenn die entsprechenden Forderungsrechte zu rein spekulativen Zwecken erworben wurden.<sup>77</sup> Am Ende liegt es jedoch an der Weltgemeinschaft und damit dem Völkerrecht ein gewisses Maß an Transparenz, Sicherheit und

---

72 Vgl etwa *DeLong/Aggarwal*, Strengthening the contractual framework for sovereign debt restructuring-the IMF's perspective, *Capital Markets Law Journal* 1/2016, 25ff.

73 Man bedenke etwa, dass es Jahre dauern wird, bis alle Anleihen ausgelaufen sind, die noch die alten bzw gar keine CACs beinhalten. Außerdem finanzieren sich viele Staaten auch mit alternativen Finanzinstrumenten, die nach wie vor ungeschützt sind vor spekulativen InvestorInnen.

74 So haben die Hedgefonds im vorgenannten Rechtsstreit mit Argentinien, einstweilige Verfügungen gegen jene Banken erwirkt, die die Zahlungen des Landes an seine internationalen GläubigerInnen abwickeln. S *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2nd Cir. 2012).

75 Vgl *Devos*, Legal Protection of Payment and Securities Settlement Systems and of Collateral Transactions in European Union Legislation, IMF Presentation 23-27 October 2006, [www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/mfl/dd.pdf](http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/mfl/dd.pdf) (29.1.2016).

76 Dies wird etwa von Pablo Triana argumentiert – vgl *Triana*, Argentina: Could Champerty Have Worked, *Corporate Finance Review* Nov/Dec 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2660822](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2660822) (5.4.2016).

77 S etwa *Blackman/Mukhi*, *Law and Contemporary Problems* 4/2010, 54.

Vorhersehbarkeit beim Zahlungsausfall auf internationaler Ebene zu garantieren.<sup>78</sup> Die Finanzkrise hat zu tiefgreifenden Veränderungen in der weltweiten Regulierung von Banken und anderen Finanzinstituten geführt.<sup>79</sup> Nach einer beispiellosen Staatsschuldenkrise in Europa und einem Jahrhundertprozess in den USA ist es nun an der Zeit, auch den unzulänglichen völkerrechtlichen Rahmen für die Staateninsolvenz ernsthaft zu überdenken.

Mag. Sebastian Grund ist Doktorand an der Universität Wien, Stipendiat der Graf-Hardegg'schen Stiftung und arbeitet bei der Europäischen Zentralbank im Bereich Internationale Beziehungen; sebastian.grund@ecb.europa.eu

---

<sup>78</sup> Dies beschreibt auch *Paulus* überzeugend in *Paulus*, Schritte auf dem Weg zu einem Insolvenzrecht für zahlungsunfähige Staaten, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 20/2015, 957ff.

<sup>79</sup> Für einen Überblick und noch ausstehende Reformen vgl. *Buckley/Avgouleas/Arner* (Hrsg.), *Reconceptualising Global Finance and its Regulation* (2016).

# Kritik der Grenze

## Am Rande eines geschichtsmächtigen Narrativs

Andreas Oberprantacher

---

### 1. Die Anomie des *Nomos*

In seiner episch angelegten Schrift *Der Nomos der Erde* (1950), welche unter dem Vorzeichen gewaltiger Umbrüche dem Verlangen nach „elementaren Ordnungen“<sup>1</sup> geschuldet ist, argumentiert *Carl Schmitt*, dass „das Gesamtbild eines jus publicum Europaeum“, so wie es sich im 16. und 17. Jh angeblich darstellte, „in einem Gleichgewicht von Land und Meer, in dem *Gegenüber* zweier Ordnungen [gipfelte], die erst in ihrem spannungsvollen Miteinander den Nomos der Erde bestimmten.“<sup>2</sup> *Schmitts* Argumentation ist insofern bezeichnend, als sie auf der rechtsphilosophisch gewagten Prämisse beruht, dass das Meer prinzipiell über „keinen Charakter“ iSd altgriechischen Wortes *χαράσσειν* (*charássein*) verfüge und sich somit auch nicht für fundierende Rechtsvorgänge eigne. Diese Prämisse, welche *Schmitt* schon zuvor in seiner „weltgeschichtlichen Betrachtung“ mit dem Titel *Land und Meer* (1942)<sup>3</sup> tentativ erörtert hat, besagt im Gegenteil, dass allein der Erdboden – quasi als mütterlicher Schoß des väterlichen Rechts<sup>4</sup> – infrage komme, um rechtliche Vorgänge zu begründen und zu begreifen.

Abgesehen davon, dass *Schmitt* mit seiner an die rechtsmythologischen Studien *Johann Jakob Bachofens*<sup>5</sup> erinnernden *Nomologie* systematisch verdrängt, dass das Verbalsubstantiv *νέμειν* (*némein*)<sup>6</sup> eine Vokabel ist, die, wie etwa *Gilles Deleuze* und *Felix Guattari* – unter Berufung auf die gleichen philologischen Quellen wie *Schmitt*<sup>7</sup> – betonen, neben dem geregelten seßhaften Leben mit dem unsteten *nomadischen* Leben (etymologisch) verwandt ist, gibt sein rechtsphilosophisches Epos auch sonst wiederholt zu erkennen, dass die theoretische Dichotomie von Land und Meer praktisch unhaltbar, sprich: eigentlich recht schwammig ist. Die von *Schmitt* propagierte Gegen-

---

1 *Schmitt*, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950/2011) 6.

2 *Schmitt*, *Nomos* 144.

3 Vgl *Schmitt*, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung* (1942/2008).

4 S *Schmitt*, *Nomos* 13.

5 S *Bachofen*, *Gesammelte Werke: Zweiter Band. Das Mutterrecht* (1861/1948).

6 *Schmitts* (spekulative) Begriffsontologie, die mit *Martin Heideggers* Diskussion von *λέγειν* (*legein*) korrespondiert, konzentriert sich va im Aufsatz *Schmitt*, *Nomos – Nahme – Name* (1959), in *Schmitt*, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (1995).

7 *Schmitt*, *Nehmen/Teilen/Weiden* (1953), in *Schmitt*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (1958); vgl *Deleuze/Guattari*, *Tausend Plateaus. Kapitalismus und Schizophrenie* (1972/2002) 524; s *Balke*, *Der Staat nach seinem Ende. Die Versuchung Carl Schmitts* (1996) 321.

überstellung zweier Ordnungen, welche in den Begriffen „Land“ und „Meer“ ihren konträren sinnbildlichen Ausdruck findet und wie selbstverständlich das territoriale Prinzip begünstigt, erscheint suspekt, wenn etwa bedacht wird, dass eine Menge kontinentaleuropäischer Machtzentren gerade in dem besagten Zeitraum zw dem 16. und 17. Jh dazu tendierten, ihre lokalen Grenzen transkontinental zu verschieben, um etwa bei der Inbesitznahme der „Neuen Welt“ mitzumischen und sich vermehrt global zu positionieren.<sup>8</sup> Wenn *Schmitt* im abschließenden Teil von *Der Nomos der Erde* bedauert, dass Europa nun nicht mehr „die sakrale Mitte der Erde“<sup>9</sup> sei, da spätestens seit der sog „Afrika-Konferenz“ (1884-1885) ein juristischer Verfallsprozess epochalen Ausmaßes eingesetzt habe und sich die staatlich gehegten Grenzen zusehends verflüssigten, dann reflektiert diese Attitüde letzten Endes die Polyvalenz, welche seinem Theorem eines fundamentalen Gegensatzes von Land und Meer bereits von Anfang an eingeschrieben ist. Im Prinzip ist ja das Festland, um es in der von *Schmitt* gewählten Diktion zu sagen, immer schon von diversen Gewässern durchzogen und selbst mit den Ozeanen bleibt es unterirdisch verbunden.<sup>10</sup>

Die Krise der Staatlichkeit, welche von *Schmitt* problematisiert und im Kontext seiner rechtsphilosophischen Studie diskutiert wird, ist idS nicht unbedingt als Krise des modernen europäischen Flächenstaates zu verstehen, sondern, wenn schon, als Krise eines geschichtsmächtigen *Narrativs*, welches kontinentaleuropäische Staatsgebilde als etwas erscheinen hat lassen, was sie im Grunde niemals waren: klar umgrenzte Territorien. Es ist also erzählerisch konsequent und gewissermaßen sogar erwartbar, wenn *Schmitt* mittels eines Schaubildes illustriert, dass an der Schwelle vom 19. zum 20. Jh die Vorstellung vom „festen Land“ heillos erodiert erscheint, weil es neben den Staatsgebieten nun auch noch eine Menge von „Kolonien“, „Protectoraten“, „exotischen Ländern mit Exterritorialität der Europäer“ und schließlich „frei okkupierbares Land“<sup>11</sup> gibt, sprich: dass das jus publicum Europaeum, rechtlich gesprochen, verschwimmt.<sup>12</sup>

---

8 Die frühe Geschichte der kartographischen Erorberung der „Neuen Welt“ illustriert im Detail, wie sich der Eurozentrismus in diesem spannungsgeladenen globalen Zh allmählich formierte und konsolidierte. S dazu *Mignolo*, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality & Colonization* (1995/1998) 259-313.

9 *Schmitt*, *Nomos* 190.

10 In einem Manuskript aus den 1950er Jahren erinnert *Deleuze* daran, dass wir ja nicht die Inseln vergessen sollten, wenn wir uns mit dem „tiefen Gegensatz zwischen dem Ozean und der Erde“ auseinandersetzen. Denn „[d]ie einen [dh die *kontinentalen Inseln*] erinnern uns daran, daß sich das Meer auf der Erde befindet und sich die geringfügigste Absenkung der höchsten Strukturen zunutze macht; die anderen [dh die *ozeanischen Inseln*], daß die Erde noch immer vorhanden ist, unter dem Meer, und ihre Kräfte sammelt, um die Oberfläche zu durchstoßen.“ *Deleuze*, *Ursachen und Gründe der einsamen Inseln*, in *Deleuze*, *Die einsame Insel. Texte und Gespräche 1953-1974* (2002/2003) 10.

11 *Schmitt*, *Nomos* 156.

12 Mit dem „innere[n] Widerspruch zwischen Nationalstaat und Eroberungspolitik“ hat sich neben *Schmitt* auch *Hannah Arendt* auseinandergesetzt, wenn sie im 2. Buch ihrer monumentalen Studie *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (1955) schreibt, dass „gerade der Nationalstaat, der mehr als irgendeine andere Staatsform auf Begrenztheit des Territoriums und einer mit dem Territorium gegebenen homogenen Bevölkerung beruht, den Boden abgeben sollte, auf dem die imperialistische Expansionsbewegung erwuchs.“ *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (1955/2011) 295-301.

*Schmitts* Geburt (und Tod) der europazentrischen Weltordnung aus dem Geiste einer Gegenüberstellung von Land und Meer ist in dem Maße eine rechtsphilosophische Totgeburt, wie er die Fiktion einer „sinnfällige[n] Einheit von Raum und Recht, von Ordnung und Ortung“<sup>13</sup> im Namen eines „souveränen, räumlich in sich geschlossenen, europäischen Flächenstaat[es]“<sup>14</sup> als Realität bestimmt und seinem Traktat unterstellt, ohne zugleich die Frage zu erörtern, ob es sich eventuell um die Mystifikation eines geschichtsmächtigen Narrativs handeln könnte, das niemals so Bestand hatte. Wird *Der Nomos der Erde* als Inbegriff einer „tellurischen“ Verklärung des europäischen Staatswesens gelesen, dann ist *Schmitts* spätes Hauptwerk jedenfalls paradigmatisch, denn es exemplifiziert, wie die Vorstellung von exakten zwischenstaatlichen Grenzlinien die Diskussion historischer Grenzmanöver dominiert und alternative Zugänge zur Frage der Grenze verdrängt. MaW, laut *Schmitt* ist es zwingendermaßen so, dass in dem Moment, als „die Gestalt der Erde“ erstmals im Zuge der Entdeckungen und Eroberungen als „wirkliche[r] *Globus*“ auftaucht, „Linien gezogen [werden], um die ganze Erde“, wie er schreibt, „rein geometrisch, more geometrico, ein[zu]teilen“<sup>15</sup>.

## 2. Der Diskurs der linearen Grenze als fixe Idee

Die geradezu fixe Idee, dass Grenzen linear zw diversen Staatsgebilden verlaufen und folglich kartographisch vermessen werden können, beherrscht nach wie vor eine Palette von rechtsphilosophischen Diskursen und treibt vornehmlich in deutschsprachigen Feuilletons einige recht bizarre Blüten. *Peter Sloterdijk*, der als essayistisch gewitzter Denker gewisse Sympathien für *Schmitts* mythologische Tendenzen zu hegen scheint, etwa wenn er die *Aenaeis* von *Vergil* als „treibenden Mythos“<sup>16</sup> bezeichnet, dessen Held, „ein umgesiedelter Orientale“<sup>17</sup>, sich für die fundamentale Erneuerung Europas eignen könnte, oder von „thymotischen Energien“<sup>18</sup> schwärmt, hat in einem berühmt-berüchtigten Interview für das Magazin *Cicero* die „postmodernisierte Gesellschaft“ bezichtigt, dass sie „sich in einen Zustand ‚jenseits von Grenzschutz‘ [träume]. Sie existiert in einem surrealen Modus von Grenzvergessenheit. Sie genießt ihr Dasein in einer Kultur der dünnwandigen Container. Wo früher starkwandige Grenzen waren, sind schmale Membrane entstanden. Die werden jetzt massiv überlaufen.“<sup>19</sup> Das „Lob der Grenze“<sup>20</sup>, das *Sloterdijk* mit verbalen Geschützen wie den zuvor zitierten anstimmt – indem er zw den Zeilen erkennen lässt, dass die als Konservative Revolution bekannt

13 *Schmitt*, *Nomos* 13.

14 *Schmitt*, *Nomos* 36.

15 *Schmitt*, *Nomos* 54; vgl dazu die detailliertere Argumentation von *Mignolo*, *Darker Side* 243-246.

16 *Sloterdijk*, *Wie ein umgesiedelter Orientale Europa gründete*, *Der Standard* v 22./23. Jänner 2011, 22.

17 *Sloterdijk*, *Der Standard* 22.

18 *Sloterdijk*, *Zorn und Zeit* (2008) 332.

19 *Sloterdijk*, „Das kann nicht gut gehen“, *Cicero* Februar 2006, 21.

20 *Sloterdijk*, „Das kann nicht gut gehen“ 21.

gewordene Strömung der Weimarer Republik im wiedervereinigten Deutschland philosophische Erben gefunden hat –, ist eine im wahrsten Sinne des Wortes „oberflächliche“ Eloge, weil er denkbar triviale rechtsphilosophische Allgemeinplätze zitiert, ferner glaubt, dass es im Moment tatsächlich so etwas wie eine „Politik der offenen Grenzen“<sup>21</sup> gäbe und letztlich noch betont, dass „der territoriale Imperativ sich [auf die Dauer] durch[setzen werde]“.<sup>22</sup>

*Sloterdijks* Mahnung, dass sich bes die bundesdeutsche Regierung, wie er im erwähnten Interview bemerkt, „in einem Akt des Souveränitätsverzichts der Überrollung preisgegeben“<sup>23</sup> habe, ist weniger originell – es handelt sich ja um Parolen, die wiederholt und mit deutlich mehr Verve von miteinander vernetzten Gruppierungen wie der *Pegida*, der *AfD* oder den *Identitären* skandiert wurden, um nur einige der bekannteren Varianten zu erwähnen – als vielmehr verräterisch, und zwar in einem doppelten Sinn: Sie verrät zum einen, wie denkbar eng das Verhältnis zw *Sloterdijk* als Vordenker einer „konservativen Avantgarde“ und der Neuen Rechten (geworden) ist, und sie verrät zum anderen, was für leichtsinnige Auffassungen von Souveränität, von Gesellschaft und von Grenzen in so einem geistigen Umfeld verkündet und vertreten werden. Was von *Sloterdijk* sowie von anderen Proponenten eines offensiven Grenzschatzes nämlich vernachlässigt wird, ist eine Thematisierung der „untergründigen“, dh chthonischen Kräfte, die sozusagen unter der Oberfläche des staatlich verfassten Rechts bzw der zwischenstaatlichen Grenzanlagen walten und eine differenziertere Beurteilung von momentanen *Grenzregimen*<sup>24</sup> verlangen würden.

Analog zu *Michel Foucault*, der in einer viel zitierten Passage aus *Der Wille zum Wissen* schreibt, dass er „sich gut [hält], dieser Diskurs über die moderne Unterdrückung des Sexes. Zweifellos weil er leicht zu halten ist“<sup>25</sup>, ließe sich auch über den Diskurs der Grenze als einen doppelten und in sich gespaltenen Diskurs, der entweder die Lockerung dieser zwischenstaatlichen Institution oder aber ihre Festigung beklagt, sagen, dass er sich nach wie vor gut hält, weil er wohl recht einfach zu halten ist. Und es spricht ja im Umfeld der EU, um ein bes markantes Bsp zu verwenden, auch einiges dafür, dass im Rahmen des Schengener Abkommens (1985-1995-2005) eine Menge älterer zwischenstaatlicher Binnengrenzen sukzessive abgebaut wurden (angefangen von der Berliner

21 *Sloterdijk*, „Das kann nicht gut gehen“ 21.

22 *Sloterdijk*, „Das kann nicht gut gehen“ 23.

23 *Sloterdijk*, „Das kann nicht gut gehen“ 21.

24 Es kommt darauf an, dem Begriff des „Regimes“ (der ja philologisch gesprochen auch an diätetische Verordnungen erinnert) – ebenso wie dem der „Gouvernementalität“ – nicht unbedingt einen klassisch herrschaftlichen Sinn zu verleihen. Im Prinzip handelt es sich ja um einen semantisch komplexen Begriff, der im Kontext dieser Argumentation vermitteln soll, dass das Interesse, Grenzen zu regieren, heterogen verfasst ist und infolgedessen multiple Effekte generiert. Wenngleich Staaten nach wie vor zur Schau stellen, wie sehr sie die Definition von zwischenstaatlichen Grenzverläufen und Grenzübergängen als eine ihrer hoheitsrechtlichen Aufgaben begreifen, so zeigt sich auch, dass in bes sensiblen Gebieten – wie im Mittelmeerraum, in der Sonora-Wüste, in Regionen des Pazifik oder in sog „Anhaltezentren“ – staatliche Jurisdiktion entweder verwischt oder die Verantwortung quasi Dritten überlassen wird.

25 *Foucault*, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit 1* (1976/1983) 13.

Mauer), während an den Außengrenzen verschiedene neuere Grenzanlagen progressiv aufgebaut wurden (bis hin zur tw erfolgten Umzäunung Ungarns an der Staatsgrenze zu Serbien). Von den drei Einwänden, die *Foucault* gegen das erhebt, was er „als ‚Repressionshypothese‘ bezeichnen würde“<sup>26</sup>, ist va der dritte Einwand, also die „historisch-politische Frage“<sup>27</sup> relevant, um dem zu widersprechen, was mit der fixen Idee einer linearen Grenze zumeist suggeriert wird, und zwar, dass sie generell zwischenstaatlich verlaufe, mit der Jurisdiktion eines souveränen Staatsgebiets koinzidiere und dem Schutz einer mit staatsbürgerlichen Rechten ausgestatteten Gesellschaft diene. Diese Frage wird von *Foucault* wie folgt formuliert: „[U]nterbricht der gegen die Unterdrückung gerichtete kritische Diskurs den Lauf eines bis dahin unangefochtenen funktionierenden Machtmechanismus, oder gehört er nicht vielmehr zu demselben historischen Netz wie das, was er anklagt (und zweifellos entstellt), indem er es als ‚Unterdrückung‘ bezeichnet? Gibt es wirklich einen historischen Bruch zwischen dem Zeitalter der Repression und der kritischen Analyse der Repression?“<sup>28</sup>

Was den geläufigen Diskurs der Grenze betrifft, so spricht zunächst einmal einiges dafür, dass ungeachtet der deutlich erkennbaren Differenzen zw jenen, welche die viel zitierte Festung Europa am liebsten schleifen würden, und jenen, die sie umgehend verstärken würden, eine gewisse Einigkeit immerhin darin besteht, dass sie mit dieser Wendung so oder anders eine repressive Funktion verknüpfen: Die Funktion der Grenze als einer zwischenstaatlichen Institution besteht eigentlich darin, wird in rechtsphilosophischen Zirkeln gerne behauptet, unrechtmäßige Grenzübergänge zu unterbinden. Wie *Foucault* mit seiner rhetorischen Frage zur „kritischen Analyse der Repression“ allerdings zu bedenken gibt, drängt sich in solchen Kontexten bei genauerer Lektüre der Verdacht auf, dass es eine gewisse Kontinuität (wenn nicht sogar: Kompliz\_innenschaft) zw dem anhaltenden Diskurs der Grenze und der Kritik ihrer repressiven Funktion, welche an diesem geschichtsmächtigen Narrativ anschließt, gibt.

### 3. Indefinite Grenzverhältnisse

Die Fehlleistung des kritischen Bewusstseins im Umgang mit gegenwärtigen Grenz-szenarien ist schon mehrfach problematisiert worden, so auch von *Sandro Mezzadra* und *Brett Neilson*, die in ihrem gemeinsamen Buch *Border as Method, or, The Multiplication of Labor* (2013) davon sprechen, dass „borders, far from serving simply to block or obstruct global flows, have become essential devices for their articulation.“<sup>29</sup> Mit *Foucault* gesprochen, kommt es *Mezzadra* und *Neilson* va darauf an, eine differenzierte Kritik der Grenze zu verfassen, welche sich nicht eindimensional auf das

---

26 *Foucault*, Der Wille zum Wissen 17.

27 *Foucault*, Der Wille zum Wissen 18.

28 *Foucault*, Der Wille zum Wissen 18.

29 *Mezzadra/Neilson*, *The Border as Method, or, The Multiplication of Labor* (2013) 3.

Theorem der staatlichen Souveränität versteift, sondern in der Lage ist, der Komplexität der transnationalen Regierungskunst Rechnung zu tragen, indem das Changieren von Grenzen anders als bisher üblich studiert wird. IdS sprechen sie dezidiert davon, dass die Grenze nicht bloß als „Gegenstand“ („object“) der Forschung begriffen werden sollte, sondern so etwas wie einen „epistemic‘ angle“<sup>30</sup> eröffnet, welcher „productive insights on the tensions and conflicts that blur the line between inclusion and exclusion“<sup>31</sup> bietet. Dieser Gedanke wird ua von *Serhat Karakayali* und *Vassilis Tsianos* geteilt, die schon früher in einem Beitrag für das Forschungsprojekt *Transit Migration* argumentierten, dass „die Vorstellung einer ‚Festung Europas‘ weniger als Deskription des Grenzgeschehens an den Peripherien Europas, sondern vielmehr als Ausdruck der Schwierigkeit zu verstehen ist, die Turbulenzen der Migration adäquat zu fassen und ein repräsentationales Gefüge zu denken, in dem Migrationen Gesellschaften verändern und nicht gleichsam an ihnen abprallen.“<sup>32</sup> Denn anders als stereotype Wendungen wie die einer massiven „Festung Europa“ im Mittelmeer oder jene von heftigen „Border Wars“ zw den USA und Mexiko auf den ersten Blick kommunizieren, erweisen sich Grenzregime, so wie sie sich gerade im Moment entfalten, zumeist als flexibel, plastisch, ja, als semipermeabel und kaum als statisch, solid oder gar impermeabel.<sup>33</sup>

Auf die Unmöglichkeit, die Mannigfaltigkeit von Grenzregimen auf einen exklusiven Nenner zu bringen und die Frage, was denn nun eine Grenze sei, ein für allemal, dh definitiv zu beantworten, hat schon *Étienne Balibar* in seinem Vortrag *What is a Border?* (1997) aufmerksam gemacht. Unmöglich ist dies Vorhaben bereits deshalb, so *Balibar*, weil im Prinzip jedwede De-Finition selbst eine Grenze – *finis* – involviert, sie buchstäblich im Wort „Definition“ transportiert und transponiert, und idS niemals umfassen kann, was sie theoretisch isolieren und begrifflich präzisieren sollte.<sup>34</sup> In einem weiteren, spezifischeren Sinn kommt es laut *Balibar* aber auch darauf an, Grenzregime nicht unbedingt auf die historische Institution und Kontrolle von zwischenstaatlichen Grenzen zu reduzieren, denn solche Manöver werden zugleich subjektiv verkörpert, dh von Betroffenen gleichsam erlebt, auch wenn sie sich nicht in nächster Nähe einer Grenzanlage befinden.<sup>35</sup> Es ist sogar denkbar, wie *Balibar* ferner notiert, dass sich Grenzverläufe von ihrer Äußerlichkeit gänzlich entbinden und eventuell verinnerlichen könnten.

30 *Mezzadra/Neilson*, The Border as Method viii.

31 *Mezzadra/Neilson*, The Border as Method viii.

32 *Karakayali/Tsianos*, Movements that matter. Eine Einleitung, in *Transit Migration Forschungsgruppe*, Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas (2007) 13.

33 Auch im Fall einer Recherche der „Materialität“ von Grenzanlagen spricht einiges dafür, dass flexibel einsetzbare Materialien wie Zäune historisch erfolgreich waren. S etwa *Razac*, Politische Geschichte des Stacheldrahts. Prärie, Schützengräben, Lager (2000/2003).

34 *Balibar*, What is a Border? in *Balibar*, Politics and the Other Scene (1997/2002) 76.

35 Die Angst vor einer drohenden Abschiebung, welche immer wieder von Menschen erlebt wird, die sich ohne ausreichende Dokumentation zwischen Staaten bewegen und generell als „Illegale“ disqualifiziert werden, kann in der Tat als eine subjektive Verkörperung (und Mobilisierung) von Grenzen umschrieben werden. S etwa *Khosravi*, ‚Illegal Traveller‘: An Auto-Ethnography of Borders (2010).

Entsprechend seiner sukzessiven Präzisierung, dass sich der diffuse Charakter von Grenzen am ehesten vermittels elastischer Termini wie *Überdeterminiertheit*, *Polysemie* und *Heterogenität* verstehen lässt,<sup>36</sup> wird die Frage, was denn nun eine Grenze sei, von *Balibar* zwar nicht gänzlich verworfen, aber doch so relativiert, dass sie im Grunde in Bewegung bleibt. Während Grenzen laut *Balibar* insofern überdeterminiert sind, als eine Grenzlinie – wie etwa die zw zwei Staaten verlaufende – stets von einer Vielzahl weiterer Grenzverläufe, seien diese nun sozioökonomisch oder kulturell konnotiert, durchkreuzt wird, besteht ihre Polysemie darin, dass sie nicht ein einziges, sondern gleich mehrere Subjekte „fabrizieren“ und zw diesen zu differenzieren versuchen. Oder, um es mit *Balibar* etwas konkreter zu formulieren – Grenzen dienen va dazu, Menschen ungleich zu behandeln. Was wiederum besagt: „We must not confine ourselves solely to a discussion of the legal aspect here; it is essential that we also undertake a phenomenological description. For a rich person from a rich country, a person who tends towards the cosmopolitan (and whose passport increasingly *signifies* not just mere national belonging, protection and a right of citizenship, but a *surplus* of rights – in particular, a world right to circulate unhindered), the border has become an embarkation formality, a point of symbolic acknowledgment of his social status, to be passed at a jog-trot. For a poor person from a poor country, however, the border tends to be something quite different: not only is it an obstacle which is very difficult to surmount, but it is a place he runs up against repeatedly, passing and repassing through it as and when he is expelled or allowed to rejoin his family, so that it becomes, in the end, a place where he *resides*. It is an extraordinarily viscous spatio-temporal zone, almost a home – a home in which to live a life which is a waiting-to-live, a non-life.“<sup>37</sup>

#### 4. Im Bann der Grenzmanöver

Es ist va der dritte „Aspekt“, den *Balibar* am Ende seines Textes kurz streift, also die *Heterogenität* (und, letztlich, *Ubiquität*) von Grenzen, welcher bes relevant ist, um zu verstehen, was es mit gegenwärtigen Grenzregimen auf sich hat. Wie *Balibar* bemerkt, spricht einiges dafür, dass die zunehmende Unsichtbarkeit von Grenzen keine leere Formel ist. In Anbetracht diverser historischer Evidenzen, so *Balibar*, dass politische, kulturelle und sozioökonomische Grenzen immer seltener – in einem staatlichen Sinne – miteinander koinzidieren, dh übereinstimmen und stattdessen eher auseinanderzufallen scheinen, kommt es darauf an zu erkennen, dass sich Grenzen zu verlagern vermögen. Die sog *Harmonisierung* des Grenzverkehrs zwischen den Schengen-Staaten sieht etwa komplementär zum Abbau von herkömmlichen Grenzmechanismen gem der west-

---

36 *Balibar*, What is a Border? 78-79.

37 *Balibar*, What is a Border? 83.

fälischen Topologie der Sicherheit<sup>38</sup> den wiederholten Aufbau ausgedehnter Kontrollverfahren und kombinierter Grenzoperationen vor, sodass effektiv von einer simultanen *Intensivierung* und *Extensivierung* bzw von einer Multiplikation und Streuung von Grenzkontrollen ausgegangen werden kann, die im Unterschied zu den bisher installierten zwischenstaatlichen Kontrollposten kaum noch auszumachen sind.<sup>39</sup> Dementsprechend sind die gegenwärtigen Bemühungen, zwischenstaatliche Grenzanlagen wieder zu errichten, nicht unbedingt nostalgisch gestimmt, sondern integraler Bestandteil einer komplexen Revision und Diffusion von Grenzmanövern iS eines kalkulierenden *Grenzmanagements*.

In seiner Studie *Sperrzonen* (2007), die sich mit Israels Architektur der Besatzung befasst, macht *Eyal Weizman* auf eine semantische Differenz aufmerksam, welche die Suspendierung von Grenzlinien und die Etablierung von zeitgenössischen Grenzzonen begrifflich zu vermitteln vermag: Die Logik von *borders* (als euklidische Grenzlinien gedacht), ihre materielle Ausführung und juridische Stringenz, ist eine andere als jene von *frontiers* (was als „Grenzzonen“ wiedergegeben werden könnte). Der Versuch, Grenzlinien mittels der Aufstellung von Mauern, Zäunen, Stacheldraht etc, der Aufschüttung von Wällen oder der Aushebung von Gräben zu verteidigen und in weiterer Folge Identitätskontrollen<sup>40</sup> zw einzelnen Staaten zu verlangen, indem dokumentierte Identitäten an definierten Durchgängen überprüft werden, sodass eine geordnete Permeabilität zw Staaten organisiert werden kann, all das ist am ehesten für das Raumideal des späten 19. und – nur bis zu einem gewissen Grad – für jenes des 20. Jh charakteristisch.<sup>41</sup> Im Kontext seiner Recherche zur israelischen Besatzungspolitik palästinensischer Gebiete folgert *Weizman* daher, dass: „[i]m Gegensatz zur Geografie stabiler, statischer Orte und der Balance, die durch lineare und feststehende Grenzen der Souveränität zwischen den Gebieten auf ihrer beiden Seiten herrscht, zeichnen sich Grenzregionen [im Original: *frontiers*] durch räumliche Tiefe aus. Sie sind fragmentierte und elastische Gebiete, die sich verschieben können. Zeitweise geltende Grenzziehungen, die durch provisorische Markierungen sichtbar gemacht werden, sind nicht auf die Umrisse politischer Räume begrenzt, sondern existieren in deren gesamter Tiefe. Unterscheidungen zwischen dem Innen und dem Außen können nicht eindeutig markiert

---

38 Laut *Didier Bigo* kann zw zwei dominanten euklidischen Sicherheitsdispositiven unterschieden werden, welche in der Westfälischen Architektur des Politischen prävalent waren und zwar zw einer „toric“ und einer „cylindrical topology of security“, je nachdem, ob sich der Staat innerlich zu totalisieren versuchte (*Torus-Topologie der Sicherheit*) oder aber, ob er gewisse Differenzen zw den staatsbürgerlichen Subjekten in seinem Inneren tolerierte und sich stattdessen vornahm, äußere Gefahren zu minimieren (*Zylinder-Topologie der Sicherheit*). Vgl dazu *Bigo*, *The Möbius Ribbon of Internal and External Security(ies)*, in *Albert/Jacobson/Lapid*, *Identities, Borders, Orders: Rethinking International Theory* (2001).

39 Diese wilde Dilatation zeigt sich ua am Einsatz von einerseits mikroskopisch kleinen Kontrollverfahren wie etwa einer *Biometric-Matching-System-Platform* im Rahmen von EURODAC (2000) und von makroskopisch großen Kontrollverfahren wie etwa der Verwendung von Drohnen oder Satelliten im Rahmen von EUROSUR (2013).

40 S *Groebner*, *Der Schein der Person. Steckbrief, Ausweis und Kontrolle im Mittelalter* (2004).

41 *Weizman*, *Sperrzonen, Israels Architektur der Besatzung* (2007/2009) 22.

werden. [...] Weil elastische Geografien auf vielfältige und multiple Quellen der Macht reagieren und weniger auf eine einzige, ist die Architektur dieser Räume nicht als materielle Verkörperung eines einzigen politischen Willens oder als Produkt einer einzigen Ideologie zu verstehen.“<sup>42</sup>

In dem Maße, wie es sich als sicherheitsstrategisch neben-sächlich oder aber iSd betriebswirtschaftlichen Logik von Kontrollorganen als zunehmend unrentabel erweist, entlang von kartographisch relativ klar gezogenen Grenzlinien zwischen einem Staat und einem anderen eine mehr oder weniger geordnete Permeabilität zu garantieren und unerlaubte Einreisen an eindeutigen Außengrenzen zu unterbinden, scheint sich also ein plastisches Grenzregime zu formieren, welches sich mit heterogenen Kräften zu verbinden weiß und dabei auf variable, multidimensionale und kombinierte Grenzoperationen zählt. Diese Grenzoperationen können tief in staatlich „gekerbtes“ Hoheitsgebiet vordringen, sie können aber auch durch das kartographierte Staatsgebiet in das „Glatte“ hinausgleiten, etwa in das „freie“ Meer.<sup>43</sup> IdS wird erkennbar, dass sich gerade das Mittelmeer – die *medi-terrane Zone* par excellence – just in dem Moment als ein unheimlicher Schauplatz für experimentelle Grenzoperationen erweist, welche zugleich *koordiniert* und *diffus* erscheinen, als das traditionelle Raumordnungsprinzip einzelner Schengen-Staaten mit der Vorstellung eines gemeinsamen europäischen Binnenraums „harmonisiert“ wird. MaW ist es wohl kaum ein Zufall, dass gerade im Mittelmeer eine spektakuläre *Abdrängung* und *Aussonderung* von rechtlich überzähligen „Fischmensen“<sup>44</sup> betrieben und inszeniert wird, deren ökonomischer Tauschwert inmitten der transnationalen Zirkulation von Vermögenswerten fragwürdig erscheint.

## 5. Am Rande des Rechts

Der „Übergang von der ‚festen‘ zur ‚flüchtigen‘ Phase der Moderne,“ mit dem sich *Zygmunt Bauman* in mehreren seiner Schriften befasst, „in einen Zustand, in dem soziale Formen [...] ihre Gestalt nur für kurze Zeit behalten (und niemand etwas anderes erwartet), weil sie so schnell zerfallen, dass sie schon geschmolzen sind, während sie noch geformt werden“<sup>45</sup>, konvergiert also mit einer variablen Summe von Grenzmanövern. Dabei werden immer wieder Zonen bzw Ghettoa eingerichtet und kontrolliert, in denen rechtsstaatliche Prinzipien praktisch annulliert werden. Auf solche Zonen der Ausnahme, die sich plastisch in den rechtsstaatlichen Raum stülpen, haben sich va zwischenstaatliche Agenturen, halbprivate Verbände und multinationale Unter-

42 Weizman, Sperrzonen 10-11.

43 Das verworrene Verhältnis von glatten und gekerbten (sowie durchlöchernten) Räumen wird von *Deleuze* und *Guattari* ausführlich skizziert. S *Deleuze/Guattari*, Tausend Plateaus 528-534.

44 *Schmitt*, Land und Meer 10.

45 *Bauman*, *Flüchtige Zeiten. Leben in der Ungewissheit* (2007/2008) 7.

nehmen spezialisiert, die mitsamt ihren Maßnahmen kaum zur Verantwortung gezogen werden können (und wohl auch kein Interesse an der Begründung von Jurisdiktion haben). Es handelt sich also um rechtlich relativ unbestimmte, dh vage Gebiete, in denen va Menschen, die unautorisiert „unterwegs“ sind, häufig mit lebensbedrohlichen Situationen konfrontiert werden. Zugleich sind diese Grenzzonen infolge ihres indefiniten rechtlichen Status aber auch ziemlich willkommene Gelegenheiten, um künftige Regierungstechniken zu testen, welche sich uU sogar vermarkten lassen.

Wie *Wendy Brown* in ihrem Essay *Walled States, Waning Sovereignty* (2010) argumentiert, kommt es in diesem bewegten Zusammenhang darauf an, die momentan wahrnehmbare Lust an der Wiedererrichtung von Zäunen, Mauern und Barrikaden folglich nicht so sehr als staatliche Schutzmaßnahme, sondern eher als Manifestation einer Krise binär codierter Differenzen, dh als Ausdruck der Krise von geschichtsmächtigen Narrativen um den modernen Flächenstaat zu begreifen. Die Ironie spätmodernen „Vermauerns“ (*walling*), das all die plastischen Grenzoperationen in Zonen der Ausnahme überschattet, besteht laut *Brown* genau genommen darin: „[A] structure taken to mark and enforce an inside/outside distinction – a boundary between ‚us‘ and ‚them‘ and between friend and enemy – appears as precisely the opposite when grasped as part of a complex of eroding lines between the police and the military, subject and *patria*, vigilante and state, law and lawlessness.“<sup>46</sup>

Grenzverläufe werden va dort exemplarisch statuiert und wie Fetische behandelt, wo (rechtsstaatliche) Differenzen immer ungewisser, also tendenziell *indifferent* erscheinen und gerade deshalb wie Mahnmale inszeniert werden müssen, um zumindest den Anschein eines intakten Staatslebens zu erwecken.

Assoz.-Prof. Mag. Dr. Andreas Oberprantacher, MA ist am Institut für Philosophie der Universität Innsbruck in Forschung und Lehre tätig; in seinem Habilitationsprojekt hat er sich mit dem unscheinbaren Phänomen der „Illegalität“ befasst; andreas.oberprantacher@uibk.ac.at

---

46 *Brown*, *Walled States, Waning Sovereignty* (2010) 25.

# „Grenzmanagement“ und Assistenzeinsatz

## Über „Handarbeit“ mit Beistand an Österreichs Binnengrenzen

Philipp Hense-Lintschnig

---

### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Unter „Grenzmanagement“ werden hier diejenigen Maßnahmen verstanden, die 2015 an Österreichs Binnengrenzen installiert wurden, um den Grenzübertritt von geflüchteten Personen zu kontrollieren und diese zu registrieren. Die öffentliche Wahrnehmung verknüpft damit va den Grenzzaun und die Kontrollstelle in Spielfeld.<sup>2</sup> Zumindest planerisch sind hingegen noch 12 weitere Grenzübergänge davon umfasst.<sup>3</sup> Von bes Bedeutung ist in dem Zusammenhang auch die Erklärung der damaligen Innenministerin, dass in Spielfeld pro Tag maximal 80 Asylanträge angenommen und maximal 3.200 Personen weiterbefördert würden.<sup>4</sup> Mit Beschluss des Ministerrats vom 14.9.2015 wurde überdies ein sicherheitspolizeilicher Assistenzeinsatz des Bundesheeres zur Unterstützung des BMI angefordert und darin der Einsatz von bis zu 2.200 Soldat\_innen vorgesehen.<sup>5</sup> Am 15.9.2015 wurde schließlich die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen bekanntgeben.<sup>6</sup> Dies erfolgte offenbar als Reaktion auf die Ankündigung des dt Bundesinnenministers vom 13.9.2015 Grenzkontrollen einzuführen.<sup>7</sup>

---

1 Für den vorliegenden Beitrag konnten keine Ereignisse berücksichtigt werden, die nach dem 30.6.2016 eingetreten sind.

2 Vgl bspw Kleine Zeitung, Grenzmanagement seit Mittwoch in Betrieb, 20.1.2016, [www.kleinezeitung.at/steiermark/suedsuedwest/aktuelles\\_suedsuedwest/4908126/Spielfeld\\_Grenzmanagement-seit-Mittwoch-in-Betrieb](http://www.kleinezeitung.at/steiermark/suedsuedwest/aktuelles_suedsuedwest/4908126/Spielfeld_Grenzmanagement-seit-Mittwoch-in-Betrieb) (17.8.2016).

3 Das sind die Grenzübergänge Bad Radkersburg, Langegg, Karawankentunnel, Lavamünd, Bleiburg-Grablach, Thörl-Maglarn, Sillian, Brenner Bundesstraße, Brenner Autobahn, Nauders-Reschenpass, Nickelsdorf und Heiligenkreuz. Vgl BMI, Information zur Grenzsicherung, 16.2.2016, [www.bmi.gv.at/cms/bmi\\_asyl\\_betreuung/\\_news/bmi.aspx?id=4C6D39624C702B686549673D&page=1&view=1](http://www.bmi.gv.at/cms/bmi_asyl_betreuung/_news/bmi.aspx?id=4C6D39624C702B686549673D&page=1&view=1) (27.4.2016).

4 Vgl BMI, Mikl-Leitner: „Tägliche Obergrenzen ab Freitag wirksam“, 17.2.2016, [www.bmi.gv.at/cms/BML\\_Presse/\\_news/BML.aspx?id=6B46677943545879505A383D&page=5&view=1](http://www.bmi.gv.at/cms/BML_Presse/_news/BML.aspx?id=6B46677943545879505A383D&page=5&view=1) (27.4.2016).

5 Vgl BMLVS, Flüchtlinge – Bundesheer bereitet sich auf Assistenzeinsatz vor, 14.9.2015, [www.ots.at/presseaus-sendung/OTS\\_20150914\\_OTSO142/fluechtlinge-bundesheer-bereitet-sich-auf-assistenzeinsatz-vor](http://www.ots.at/presseaus-sendung/OTS_20150914_OTSO142/fluechtlinge-bundesheer-bereitet-sich-auf-assistenzeinsatz-vor) (27.4.2016).

6 S dazu gleich unter 2.

7 Vgl zur Entwicklung in Deutschland Wegner, Migrationskontrolle durch die Polizei, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2016/1, 54ff.

## 2. Nationale Rechtsgrundlage

Die Regelung des Grenzübertritts wird durch das Grenzkontrollgesetz (GrekoG)<sup>8</sup> vorgenommen und ist gem Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung. Gem § 2 Abs 2 SPG zählt der Grenzübertritt zur Sicherheitsverwaltung und wird von den Sicherheitsbehörden vollzogen. Als Grenzübertritt wird die Bewegung einer Person über die Bundesgrenze verstanden.<sup>9</sup> Wichtig ist die Unterscheidung zwischen dem Übertritt der Binnen- oder Außengrenze. Die Außengrenze darf grdsł an Grenzübergangsstellen, die Binnengrenze aber an jeder Stelle überschritten werden.<sup>10</sup> Eine die Grenze überschreitende Person wird nur beim Überschreiten der Grenze an einer Grenzübergangsstelle verpflichtet, sich der Grenzkontrolle zu stellen. Der Grenzübertritt an der Binnengrenze führt daher im Regelfall nicht zur Grenzkontrollpflicht.<sup>11</sup> Binnengrenzen sind die Grenzen Österreichs mit *anderen Vertragsstaaten*.<sup>12</sup> *Vertragsstaaten* sind mittlerweile alle Staaten, die an das ö Staatsgebiet unmittelbar angrenzen.<sup>13</sup> Daher ist der Grenzübertritt grdsł an allen Landgrenzen ohne Grenzkontrolle in beide Richtungen möglich.<sup>14</sup>

Wie ist die Errichtung von Grenzkontrollstellen und Grenzzäunen damit vereinbar? Das GrekoG eröffnet in Ausnahmefällen die Möglichkeit, dass die Binnengrenze nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden darf und verpflichtet die betreffenden Personen gleichzeitig, sich der Grenzkontrolle zu stellen.<sup>15</sup> § 10 Abs 2 GrekoG ermächtigt im Rahmen zwischenstaatlicher Vereinbarungen, wenn es zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit geboten erscheint, für einen bestimmten Zeitraum bestimmte Abschnitte der Binnengrenze per VO zu bestimmen, die nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden dürfen.<sup>16</sup> Wesentlich ist, dass durch die in § 10 Abs 2 leg cit gewählte Formulierung „wenn es zur Aufrechterhaltung

8 Bundesgesetz über die Durchführung von Personenkontrollen aus Anlaß des Grenzübertritts (Grenzkontrollgesetz – GrekoG) BGBl 1996/435 idF BGBl I 2016/25.

9 Vgl § 1 Abs 1 GrekoG.

10 Vgl § 10 Abs 1 u 2 GrekoG.

11 Vgl § 11 Abs 2 GrekoG.

12 Vgl § 1 Abs 9 GrekoG in dem noch die Flugplätze für Binnenflüge und Häfen für Binnenschifffahrt genannt werden.

13 Vgl dazu unten 3.

14 Als sog Ausgleichsmaßnahme wurden die Befugnisse zur Identitätsfeststellung gem § 35 Abs 1 Z 6 u 7 SPG geschaffen, die eine Identitätsfeststellung ua dann ermöglichen, wenn anzunehmen ist, eine Person habe im Zuge einer noch andauernden Reisebewegung die Binnengrenzen überschritten. Vgl zur damit einhergehenden Problematik *Grabovac/Millner*, Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit, *juridikum* 2015, 321ff.

15 Vgl § 10 Abs 2 u 3 iVm § 11 Abs 1 u 2 GrekoG.

16 Die Erläut 1/ME 20. GP tragen nicht zur Beantwortung der Frage bei, wann es geboten erscheint, eine solche Verordnung zu erlassen. Das Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen (SDÜ), BGBl III 1997/90, auf dessen Grundlage das GrekoG erlassen wurde (siehe sogleich unten 3.) stellte in Art 2 Abs 2 darauf ab, dass die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit es erfordern, dass den Umständen entsprechende nationale Grenzkontrollen durchgeführt werden. Dies ist durchaus enger zu verstehen, als das „geboden erscheinen“ der nationalen Rechtsgrundlage und ermöglicht auch den Umständen entsprechende, also zB partielle Grenzkontrollen. § 10 Abs 3 GrekoG ermächtigt bei Gefahr im Verzug und bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen den Grenzverkehr überhaupt ganz oder tw per VO einzustellen.

[...] geboten erscheint“ eine darauf gestützte VO bereits dann zulässig ist, wenn noch keine tatsächliche Beeinträchtigung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit eingetreten ist. Sie kann vielmehr vorbeugend erlassen werden.<sup>17</sup>

Mit VO vom 15.9.2015, BGBl II 2015/260, wurde eine auf § 10 Abs 2 GrekoG gestützte Einschränkung der Grenzüberschreitungsmöglichkeiten vorgenommen, die in weiterer Folge regelmäßig für einen bestimmten Zeitraum verlängert worden ist.<sup>18</sup> § 1 der VO lautet:

„Zur Gewährleistung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit dürfen in der Zeit vom 16. September 2015, 00.00 Uhr, bis 25. September 2015, 24.00 Uhr, die Binnengrenzen zur Bundesrepublik Deutschland, zur Italienischen Republik, zum Fürstentum Liechtenstein, zur Schweizerischen Eidgenossenschaft, zur Slowakischen Republik, zur Republik Slowenien, zur Tschechischen Republik und zu Ungarn im Verkehr zu Lande, zu Wasser und in der Luft nur an Grenzübergangsstellen überschritten werden.“

Bemerkenswert ist, dass § 10 Abs 2 GrekoG von bestimmten Abschnitten der Binnengrenze spricht und von der VO zwar bestimmte, aber doch sämtliche Abschnitte der gesamten Binnengrenze zu allen Nachbarstaaten umfasst sind. Jeder auch nur versuchte Grenzüberschreitung aller Personen jeglicher Nationalität außerhalb von Grenzübergangsstellen<sup>19</sup> an der „Grünen Grenze“ ist seither gem § 16 Abs 1 GrekoG mit bis zu € 2.180 Geldstrafe oder bis zu sechs Wochen Freiheitsstrafe bedroht.

Es erscheint fraglich, ob allein der Übertritt einer großen Anzahl von Personen über die Binnengrenze, aufgrund dessen die VO erlassen wurde, überhaupt die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit gefährdet – ob es also eines bes Schutzes vor Straftaten oder der Verhütung von Störungen des menschlichen Zusammenlebens bedarf bzw ein vermehrter Eintritt von Straftaten und Ordnungsstörungen zu erwarten ist.<sup>20</sup> Außerdem erscheint fraglich, ob eine solche Maßnahme in diesem großen räumlichen und zeitlichen Ausmaß verhältnismäßig ist.<sup>21</sup>

17 Und wurde in der Vergangenheit auch so vollzogen; vgl etwa die auf § 10 Abs 2 GrekoG basierenden Verordnungen iZm dem WEF Forum 2011, BGBl II 2011/174, der UEFA EURO 2008, BGBl II 2008/160, oder dem Weltwirtschaftsforum in Salzburg, BGBl II 2001/218, denen gemein ist, dass sie allesamt nur für einen kurzen Zeitraum in Geltung standen. Vgl *Demmelbauer/Hauer*, Grundriss des österreichischen Sicherheitsrechts (2002) Rz 335 (Fn 40).

18 Diese VO wurde in weiterer Folge ohne inhaltliche Änderung mehrmals bis zum 15.5.2016 verlängert. S BGBl II 2015/310, BGBl II 205/328, BGBl II 2015/332, BGBl II 2016/44, BGBl II 2016/62. Für die durch BGBl II 2016/111 geschaffene Rechtslage ab 14.5.2016 S unten bei 3.

19 Die Grenzübergangsstellen sind als VO gem § 3 Abs 2 GrekoG im BGBl II 2013/502 kundgemacht.

20 Vgl hierzu die Ausführungen von *Wiederin* zur Bedeutung von öffentlicher Ruhe, Ordnung und Sicherheit, *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 104ff; s auch *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 169ff sowie aus jüngerer Vergangenheit *Schmoll*, Verwaltungsrechtliche Bettelverbote – kompetenzrechtliche Fragen, ZfV 2013, 14f.

21 Von bes Bedeutung ist die Rechtmäßigkeit der Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen auch deshalb, da dies eine der Voraussetzungen der sog *Asylnotstandsgesetzgebung* ist. S § 36 Abs 1 AsylG in dem durch BGBl I 2016/24 neugeschaffenen 5. Abschnitt des AsylG zur Erlassung von „Sonderbestimmungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit während der Durchführung der Grenzkontrollen“. Vgl zum Begriff der Asylnotstandsgesetzgebung etwa *Parlament*, Asylgesetz: Neue Notstandsregelung wurde in Begutachtung geschickt, [www.parlament.gv.at/PAKT/AKT/SCHLTHEM/SCHLAG/077Asyl.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/AKT/SCHLTHEM/SCHLAG/077Asyl.shtml) (27.4.2016).

§ 12a GrekoG ermächtigt die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Personen einer Grenzkontrolle zu unterziehen, sofern Grund zur Annahme besteht, dass diese Personen grenzkontrollpflichtig sind. Dabei können sie die Identitäten der betroffenen Personen feststellen und ihre Anordnungen unter Anwendung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durchsetzen. Diese Ermächtigung besteht innerhalb des Grenzkontrollbereichs, der gem § 7 Abs 1 GrekoG den gesamten im Inland gelegenen Bereich im Umkreis von 10 km einer Grenzübergangsstelle umfasst. Bemerkenswert ist, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Grenzkontrolle lediglich ermächtigt, nicht aber verpflichtet sind. Diese Ermächtigung kann in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht als Grundlage für eine dann willkürliche Grenzkontrolle von Personen mit lediglich bestimmter Staatsangehörigkeit verstanden werden. Gebietet doch Art 7 B-VG die Gleichbehandlung der Staatsbürger\_innen untereinander, die von einem unionsrechtlichen Verbot der Ungleichbehandlung von Unionsbürger\_innen gegenüber Staatsbürger\_innen flankiert wird (Art 18 AEUV). Art I BVG-Rassendiskriminierung<sup>22</sup> normiert zusätzlich, dass jede unsachliche Ungleichbehandlung von Fremden untereinander unzulässig ist. Dies haben die Sicherheitsbehörden auch bei der Vollziehung des GrekoG zu beachten. Daher wäre etwa auch eine aus verwaltungsökonomischen Gründen planmäßig vorgenommene Grenzkontrolle von Fremden nur mit bestimmter Staatsangehörigkeit nicht zulässig.

### 3. Unionsrechtliche Vorgaben

Das GrekoG wurde 1996 erlassen, um den Beitritt Österreichs zum Schengen-Raum zu ermöglichen.<sup>23</sup> Mit 1.12.1997 wurde das völkerrechtliche Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) für Österreich in Kraft gesetzt und die Kontrollen an den damaligen Binnengrenzen aufgehoben.<sup>24</sup> Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde der Schengen-Besitzstand in das Unionsrecht integriert und in weiterer Folge von allen neuen Unionsmitgliedern übernommen.<sup>25</sup> Mittlerweile wurden Teile davon durch Sekundärrecht weiterentwickelt, insb durch den hier relevanten und 2016 neu kodifizierten Schengener Grenzkodex (SGK).<sup>26</sup> Der SGK ist am 13.10.2006 in Kraft getreten

---

22 BGBl 1973/390.

23 Vgl ErläutRV 114 BlgNR 20. GP 10ff; für eine übersichtliche Darstellung der aktuellen Ausgestaltung und Situation des Schengen-Systems *Hummer*, *Erlebt Schengen eine „Renaissance“ oder geht es unter?* ALJ 2016/1, 1.

24 Vgl BGBl III 1997/204.

25 Auch die Nicht-Unionsmitglieder und an Österreich angrenzenden Staaten Schweiz und Liechtenstein nehmen mittlerweile am Schengen-Raum teil. Vgl *Schmucker*, *Der Schengener Grenzkodex*<sup>3</sup> (2014) 18ff.

26 Verordnung (EG) 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl L 105 vom 13.4.2006, 1, mittlerweile aufgehoben durch Art 44 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl L 77 vom 23.3.2016, 1, mit der der Grenzkodex neukodifiziert wurde. Die Artikelnummerierung und Nummerierung der ErWG im vorliegenden Beitrag bezieht sich auf die kodifizierte Neufassung. Vgl dazu *Hummer*, ALJ 2016/1, 6.

und hat die Art 2 bis 8 SDÜ aufgehoben.<sup>27</sup> Erst durch die Novelle BGBl I 2013/68 wird im GrekoG der SGK erstmals explizit berücksichtigt, wobei die ErläutRV davon ausgehen, dass „durch die Nichtnennung unionsrechtlicher Vorgaben (Schengener Grenzkodex und Schengen-Evaluierungsergebnisse) große Lücken bestehen, die der Polizei die Durchführung der Grenzkontrolle wesentlich erschweren bzw. Österreich der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aussetzen.“<sup>28</sup> Es drängt sich die Frage auf, ob seit dem In-Kraft-Treten des SGK entgegenstehende nationale Rechtsgrundlagen unanwendbar geworden sind. Art 288 AEUV sieht dies grds. vor und statet unionsrechtliche VO mit Vorrang gegenüber nationalem Recht sowie mit unmittelbarer Geltung und unmittelbarer Anwendbarkeit aus.<sup>29</sup> Der SGK ist unmittelbar anzuwenden und bedarf keiner Transformation, dh Umwandlung in innerstaatliches Recht.<sup>30</sup> Daher ist mE das GrekoG zumindest hinsichtlich der Bestimmungen über die Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen unanwendbar, da diese im SGK normiert sind und keine Durchführungsanordnungen enthalten.<sup>31</sup> Sollten die Bestimmungen des GrekoG entgegen der hier vertretenen Ansicht dennoch anwendbar sein, sind sie jedenfalls unionsrechtlich zu interpretieren.<sup>32</sup>

Auch der SGK sieht grds. vor, dass der Binnengrenzübertritt ohne Kontrolle möglich ist, wovon nur in Ausnahmefällen abgegangen werden kann. Die notwendigen Voraussetzungen sind bedeutend enger gesteckt als im GrekoG. In Kapitel II des Titels III SGK werden in den Art 25ff differenzierte Vorgaben für die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen gemacht.<sup>33</sup> Gem Art 25 Abs 1 SGK muss die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit ernsthaft bedroht sein, damit einem Mitgliedstaat unter außergewöhnlichen Umständen die Wiedereinführung der

---

27 S Art 39 Abs 1 VO 2006/562; vgl auch *Funk/Stern*, Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres an der Binnengrenze – eine permanente Verfassungsverletzung? *juridikum* 2009, 86f.

28 In Bezug auf den geänderten § 6 Abs 2 GrekoG. Vgl ErläutRV 2144 BlgNR 24. GP 32. Gleichzeitig wird in derselben RV auch darauf hingewiesen, dass der SGK unmittelbar anwendbar ist, vgl ErläutRV 2144 BlgNR 24. GP 3, 6, 8.

29 Vgl etwa *Nettesheim* Art 288 AEUV in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (2015) Rn 101f; *Schroeder* Art 288 AEUV in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>2</sup> (2012) Rn 57ff; auch eine Parallelnormierung wäre unzulässig, vgl *Vcelouch* Art 288 AEUV in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Stand: Dezember 2010, rdb.at) Rz 19ff (20).

30 Der SGK enthält insb keine Bestimmungen die den Kodex als Durchführungsrechtsakt iSd Art 291 Abs 4 AEUV kennzeichnen würden; vgl dazu *Schusterschütz* Art 291 AEUV in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Stand: Januar 2014, rdb.at) Rz 20. An verschiedenen Stellen wird im SGK im Übrigen auf nationale Rechtsgrundlagen verwiesen, jedoch in Kap II des Titels III, der die Wiedereinführung von Grenzkontrollen zum Inhalt hat, nur in Art 27 Abs 3 der hier nicht von Belang ist.

31 Folglich wäre auch die Durchführung von Grenzkontrollen in der aktuellen Form (unions)rechtswidrig.

32 Für eine Anwendung der Bestimmungen über die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit im GrekoG käme maßgeblich der Begriff der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit in Betracht, wie ihn der EuGH erkannt hat. Der ErWG 27 des SGK sieht idZ vor, dass bei Rückgriff auf den Begriff der öffentlichen Ordnung, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, damit die Binnengrenzkontrollen wiedereingeführt werden können. Diese bedeutenden Unterschiede zu § 10 Abs 2 GrekoG sind bei dessen Anwendung mitzudenken.

33 Für Österreich ist wesentlich, dass eine einseitige Wiedereinführung nach den Bestimmungen des SGK für eine maximale Dauer von 8 Monaten (zuerst gestützt auf Art 28, dann auf Art 25f SGK) bis zum 15.5.2016 möglich war. Vgl *Schmucker*, Grenzkodex<sup>3</sup> 54ff (55f). Dieser Weg wurde gewählt; vgl COM(2016) 120 final, 11.

Kontrollen gestattet ist. Insb legt der ErwG 26 SGK nahe, dass „Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen [...] nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden“ sollte und somit nicht zur Einführung von Grenzkontrollen berechtigt.<sup>34</sup>

Bei der Wiedereinführung der Grenzkontrollen finden gem Art 32 SGK die Bestimmungen des Titels II SGK (Art 5 bis 21) über die Außengrenzen Anwendung. Art 8 Abs 2 SGK legt fest, dass alle Personen einer Mindestkontrolle unterzogen werden, die die Feststellung ihrer Identität beinhaltet. Drittstaatsangehörige müssen gem Art 8 Abs 3 SGK einer eingehenden Kontrolle unterzogen werden. Die Sicherheitsbehörden werden damit dazu verpflichtet, an allen betroffenen Grenzübergangsstellen systematische Kontrollen aller die Grenze übertretenden Personen vorzunehmen.<sup>35</sup> Gem Art 9 können die Grenzüberschreitkontrollen nur bei außergewöhnlichen und unvorhergesehenen Umständen gelockert werden, die insb dann vorliegen, wenn sich unter Ausschöpfung aller personellen, räumlichen und organisatorischen Möglichkeiten unzumutbare Wartezeiten an den Grenzübergangsstellen ergeben. Auch dann müssen jedoch die Reisedokumente Drittstaatsangehöriger abgestempelt werden. Die MS haben hierbei die Diskriminierungsverbote des Art 21 GRC sowie des Art 7 SGK zu beachten.<sup>36</sup> Neben Österreich haben 7 weitere Staaten des Schengen-Raums temporäre Kontrollen an den Binnengrenzen eingeführt.<sup>37</sup> Die Kommission ist dbzgl der Ansicht, dass die Maßnahmen Österreichs angemessen waren.<sup>38</sup> Nach Maßgabe des SGK ist eine Maximaldauer der Kontrollen von bis zu 8 Monaten möglich. Für Österreich ist diese Frist mit 14.5.2016 abgelaufen. Kontrollen, die zeitlich darüber hinausgehen, erfordern gem Art 29 SGK eine Empfehlung des Rats auf Vorschlag der Kommission. Vorschlag und Empfehlung sind im Mai 2016 ergangen.<sup>39</sup> Die Kommission empfahl Österreich die Weiterführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen zu Slowenien und Ungarn und legte nahe, dass die Kontrollen an den Binnengrenzen nur im absolut erforderlichen

34 Dieser ErwG fand erst durch die VO (EU) 1051/2013, mit der die Möglichkeit der Wiedereinführung der Grenzkontrollen erweitert wurde, Eingang in den SGK. Als Bsp für die Möglichkeit der Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen führt der ErwG 25 die Folge von terroristischen Zwischenfällen oder von Bedrohungen durch die organisierte Kriminalität an. Vgl *Progin-Theuerkauf* Art 77 AEUV in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*<sup>7</sup> (2015) Rn 7.

35 AA *Schmucker*, *Grenzkodex*<sup>3</sup> 57f, der der mE unzutreffenden Auffassung ist, dass eine Vollkontrolle wie an der Außengrenze kaum möglich sein werden und der Begriff der vorübergehenden Wiedereinführung der Grenzkontrollen irreführend sei, da es nicht um eine Wiederaufnahme der Grenzkontrollen nach dem einheitlichen Kontrollstandard des Art 8 SGK gehe.

36 Wobei Art 21 GRC nicht auf Drittstaatsangehörige anwendbar ist; vgl etwa *Kilpatrick* Art 21 GRC in *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg), *The EU Charter of Fundamental Rights* (2014) Rz 21, 32ff.

37 Vgl COM(2016) 120 final, 10f.

38 Vgl COM(2015) 7100 final, 10; darin wird ua ausgeführt, dass Österreich die unionsrechtlichen Verständigungspflichten, wie sie im SGK vorgesehen sind, aus Sicht der Kommission eingehalten habe.

39 Vgl COM(2016) 275 final; Durchführungsbeschluss (EU) 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter außergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden. ABl L 151 vom 8.6.2016, 8.

Mindestmaß unter geringstmöglicher Behinderung der breiten Öffentlichkeit durchzuführen sind.<sup>40</sup> Die VO zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen wurde entsprechend abgeändert, um ein halbes Jahr verlängert und umfasst nur mehr die Landgrenzen mit Slowenien und Ungarn.<sup>41</sup>

#### 4. Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres im Allgemeinen ...

Der Assistenzeinsatz des Bundesheeres ist in Art 79 B-VG vorgesehen und ermöglicht einen Einsatz des Bundesheeres abseits der militärischen Landesverteidigung, sofern die gesetzmäßige zivile Gewalt die Mitwirkung des Bundesheeres in Anspruch nimmt.<sup>42</sup> Gem Art 79 Abs 2 B-VG ist der Assistenzeinsatz auf die dort taxativ aufgezählten Bereiche beschränkt. Beim sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz gem Art 79 Abs 2 Z 1 B-VG muss es sich um die Abwehr innerer Angriffe oder Gefahren handeln.<sup>43</sup> Der Einsatz ist nur als ultima ratio und auf das unbedingt Notwendige beschränkt zulässig.<sup>44</sup> Es müssen alle nicht-militärischen Kräfte angespannt sein und der Einsatz muss sich zeitlich auf das Nötigste beschränken. Überdies erfüllen nur ernsthafte und gravierende Störungen der Ordnung und Sicherheit die Voraussetzung für einen Assistenzeinsatz.<sup>45</sup> Auch muss es sich um ein weitestgehend unvorhersehbares Ereignis handeln. Letztlich besteht die Verpflichtung, dass die Behörden organisatorische Maßnahmen für eine Ablösung des Bundesheeres vorbereiten.<sup>46</sup>

Das Wehrgesetz (WehrG)<sup>47</sup> bestimmt gem Art 79 Abs 4 B-VG in § 2 Abs 5 und 6 leg cit die genauen Voraussetzungen und Modalitäten des Assistenzeinsatzes. Alle Behörden und Organe des Bundes, der Länder und Gemeinden sind gem § 2 Abs 5 WehrG innerhalb ihres Wirkungsbereichs berechtigt, das Bundesheer zu einem Assistenzeinsatz heranzuziehen. Voraussetzung ist, dass die den Assistenzeinsatz bestellende Einrichtung eine ihr zukommende Aufgabe nur unter Mitwirkung des Bundesheeres erfüllen kann. Sind für einen sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz mehr als 100 Soldat\_innen erforderlich, ist die Zustimmung der Bundesregierung einzuholen.<sup>48</sup> Jede Anforderung des Bundesheeres hat gem § 2 Abs 6 WehrG den Zweck, den voraussichtlichen Umfang, die

---

40 Vgl COM(2016) 275 final, 14f; Slowenien lehnte im Übrigen die Verlängerung der Binnengrenzkontrollen an der Grenze zu Österreich ab, da derzeit keine objektiven Gründen bestünden, die für eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aufgrund von irregulärer Migration sprächen; vgl Rat, 8747/16 vom 11.5.2016, 4.

41 Vgl BGBl II 2016/111. An allen anderen Grenzabschnitten ist daher eine systematische Kontrolle aller Einreisenden unzulässig.

42 Daneben ist unter engen Voraussetzungen gem Art 79 Abs 5 B-VG auch ein selbstständiges militärisches Einschreiten möglich.

43 Vgl *Truppe*, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 31.

44 Vgl insb *Truppe*, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 26 mwN; *Hauer*, Der Grenzeinsatz des Bundesheeres. Bemerkungen zu VfGH V 115/93-16, JBl 1995, 232f (dessen zitierte GZ richtig „B 115/93“ lautet).

45 *Hauer*, JBl 1995, 232f.

46 *Truppe*, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 26.

47 Wehrgesetz 2001 – WG 2001 BGBl I 2001/146 idgF (WV).

48 *Truppe*, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 38.

voraussichtliche Dauer eines solchen Einsatzes und jene Umstände anzuführen, weshalb die zugrundeliegende Aufgabe nur unter Mitwirkung des Bundesheeres erfüllt werden kann. Eine Pflicht zur Veröffentlichung dieser Anforderung ist im Wehrg nicht vorgesehen.

Unter der in Art 79 B-VG vorgesehenen Mitwirkung des Bundesheeres wird verstanden, dass das Handeln des Bundesheeres im Rahmen des Assistenzeinsatzes den sie anfordernden Behörden zuzurechnen ist. Die Organe des Bundesheeres nehmen die Befugnisse der zivilen Einrichtungen für diese wahr und setzen keine selbstständigen Vollzugsakte.<sup>49</sup>

## 5. ... und im Besonderen

Der Beschluss des Ministerrates auf Antrag des BMI zur Heranziehung des Bundesheeres für den Assistenzeinsatz iZm den wiedereingeführten Grenzkontrollen, erfolgte am 14.9.2015 im Umlaufweg.<sup>50</sup> Darin wird der Einsatz von bis zu 2.200 Soldat\_innen ermöglicht. Der Schwerpunkt der Unterstützung würde bei der humanitären Hilfe im Inland und im Bereich der Grenzkontrollen im Rahmen von Schengen liegen.<sup>51</sup> Laut Verteidigungsminister fänden die Kontrollen im Grenzraum statt, konzentrierten sich anfänglich auf das Burgenland und könnten abhängig von den Flüchtlingsbewegungen auch auf andere ö Regionen ausgedehnt werden.<sup>52</sup> Ein Schwerpunkt des Assistenzeinsatzes seien verstärkte stichprobenartige Kontrollen im Rahmen von Schengen.<sup>53</sup> Patrouillen an der „Grünen Grenze“ seien bei diesem Assistenzeinsatz nicht vorgesehen.<sup>54</sup> Ziel sei ein kontrollierter und geordneter Ablauf der Flüchtlingsbewegungen.<sup>55</sup>

49 Vgl *Truppe*, Art 79 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 24; VfSlg 13.708/1994 sowie dazu krit *Hauer*, JBl 1995, 235.

50 Ob Beschlüsse des Ministerrates im Umlaufwege überhaupt zulässig sind, ist in der Lit umstritten; dafür *B Raschauer*, Art 69 B-VG in *Korinek/Holoubek* (2007) Rz 29; eher ablehnend *Wieser*, Art 69 B-VG in Rill-Schäffer-Kommentar (2012) Rz 65. Der Beschluss selbst ist nicht veröffentlicht, die folgenden Angaben beruhen daher auf Medienberichten und Presseaussendungen. Vgl *Bundespressediens*, Bundeskanzler Faymann: Gleichzeitigkeit von humanitärer Hilfe und Erfüllung ordnungspolitischer Aufgaben ist unverzichtbar, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150914\\_OT0146/bundeskanzler-faymann-gleichzeitigkeit-von-humanitaerer-hilfe-und-erfuellung-ordnungspolitischer-aufgaben-ist-unverzichtbar](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150914_OT0146/bundeskanzler-faymann-gleichzeitigkeit-von-humanitaerer-hilfe-und-erfuellung-ordnungspolitischer-aufgaben-ist-unverzichtbar) (27.4.2016). Die gewöhnlich jeden Dienstag stattfindende Ministerratssitzung wurde abgesagt, vgl *Bundespressediens*, AVISO: Ministerrat am 15.9.2015 entfällt, 14.9.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150914\\_OT0151/aviso-ministerrat-am-1592015-entfaellt](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150914_OT0151/aviso-ministerrat-am-1592015-entfaellt) (27.4.2016).

51 Vgl nochmals *Bundespressediens*, Bundeskanzler Faymann: Gleichzeitigkeit von humanitärer Hilfe und Erfüllung ordnungspolitischer Aufgaben ist unverzichtbar.

52 Vgl *SPÖ Pressediens*, 14.9.2015, Klug: Assistenzeinsatz des Bundesheeres ist sinnvoll und wichtig, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150914\\_OT0202/klug-assistenzeeinsatz-des-bundesheeres-ist-sinnvoll-und-wichtig](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150914_OT0202/klug-assistenzeeinsatz-des-bundesheeres-ist-sinnvoll-und-wichtig) (27.4.2016).

53 Vgl *ÖVP Bundesparteileitung*, Mitterlehner: Assistenzeinsatz des Bundesheeres unterstützt Polizei und Hilfsorganisationen, 14.9.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150914\\_OT0124/mitterlehner-assistenzeeinsatz-des-bundesheeres-unterstuetzt-polizei-und-hilfsorganisatione](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150914_OT0124/mitterlehner-assistenzeeinsatz-des-bundesheeres-unterstuetzt-polizei-und-hilfsorganisatione) (27.4.2016).

54 *Oswald/Weissensteiner*, [derstandard.at/2000022212436/Regierung-stoesst-an-ihre-Grenzen](http://derstandard.at/2000022212436/Regierung-stoesst-an-ihre-Grenzen), 14.9.2015, <http://derstandard.at/2000022212436/Regierung-stoesst-an-ihre-Grenzen> (27.4.2016).

55 Vgl *BMLVS*, Hintergrund: Assistenzeinsatz und Unterstützungsleistungen, [www.bundesheer.at/archiv/a2015/fluectlingshilfe/hintergrund.shtml](http://www.bundesheer.at/archiv/a2015/fluectlingshilfe/hintergrund.shtml) (27.4.2016).

Neben der Kontrolle der Grenzgebiete würden auch Transportaufgaben, Absicherungs- und Ordnungstätigkeiten ausgeführt.<sup>56</sup> Ab 16.9.2015 würden Aufgaben an bestimmten Grenzübergängen im Burgenland, in Oberösterreich an den Bahnhöfen Linz, Wels und an den Inn-Übergängen sowie in Salzburg im Bereich des Hauptbahnhofs übernommen.<sup>57</sup> Die im Rahmen des Assistenzeinsatzes abgestellten Soldat\_innen würden Personen- und Fahrzeuge im Grenzbereich kontrollieren, Verkehrswege sowie Bahnhöfe sichern, Notunterkünfte überwachen und mit den Exekutivkräften für Sicherheit und Ordnung sorgen.<sup>58</sup> Bereits im November 2015 waren Soldat\_innen in den Bundesländern Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark und Tirol im Assistenzeinsatz.<sup>59</sup> Im Februar 2016 gab das BMLVS bekannt, dass das Bundesheer im Rahmen des Assistenzeinsatzes den Grenzraum an der Staatsgrenze überwacht. Die Soldat\_innen würden Fahrzeuge und Personen an Grenzübergangsstellen kontrollieren. Außerdem würden sie eigenständig an der „Grünen Grenze“ und im Grenzkontrollbereich patrouillieren und seien berechtigt auch ohne Anwesenheit der Polizei selbstständig Personen- und Kfz-Kontrollen durchzuführen.<sup>60</sup> Ab August 2016 würden schließlich Aufgaben des Objektschutzes von Botschaftsgebäuden in Wien im Rahmen des Assistenzeinsatzes übernommen werden.<sup>61</sup>

All diese sich im Lauf der Zeit stark wandelnden Inhalte müsste der Assistenzeinsatz-Beschluss abdecken, um den gesetzlichen Anforderungen entsprechen zu können.<sup>62</sup> Dass der Beschluss nicht veröffentlicht wurde, ist dabei nicht nur aus praktischen, sondern auch aus rechtsstaatlichen Gründen bedauer- und bedenklich, weil dadurch der genaue Umfang des Assistenzeinsatzes der Öffentlichkeit nicht ersichtlich gemacht wird und insb die Grenzen der Kompetenzen (sachlich, zeitlich und räumlich) des Bundesheeres schwer auszumachen sind.<sup>63</sup> IZm dem aktuellen Assistenzeinsatz ist dies bes

---

56 Vgl. BMLVS, Flüchtlingshilfe – FAQ zum sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz, [www.bundesheer.at/archiv/a2015/fluechtlingshilfe/faq.shtml](http://www.bundesheer.at/archiv/a2015/fluechtlingshilfe/faq.shtml) (27.4.2016).

57 Vgl. BMLVS, Bundesheer: Sicherheitspolizeilicher Assistenzeinsatz beginnt, 15.9.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150915\\_OTS0243/bundesheer-sicherheitspolizeilicher-assistenzeinsatz-beginnt](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150915_OTS0243/bundesheer-sicherheitspolizeilicher-assistenzeinsatz-beginnt) (27.4.2016).

58 Vgl. BMLVS, Bundesheer: 10 Tage im Assistenzeinsatz, 25.9.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20150925\\_OTS0011/bundesheer-10-tage-im-assistenzeinsatz](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150925_OTS0011/bundesheer-10-tage-im-assistenzeinsatz) (27.4.2016).

59 Vgl. BMLVS, Bundesheer: Assistenzkompanie für Tirol, 8.11.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20151108\\_OTS0014/bundesheer-assistenzkompanie-fuer-tirol](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20151108_OTS0014/bundesheer-assistenzkompanie-fuer-tirol) (27.4.2016). BMLVS, Flüchtlinge: Bundesheer führt in der Steiermark verstärkt Patrouillen mit Polizei durch, 14.11.2015, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20151114\\_OTS0041/fluechtlinge-bundesheer-fuehrt-in-der-steiermark-verstaerkt-patrouillen-mit-polizei-durch](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20151114_OTS0041/fluechtlinge-bundesheer-fuehrt-in-der-steiermark-verstaerkt-patrouillen-mit-polizei-durch) (27.4.2016).

60 Vgl. BMLVS, Bundesheer verstärkt Assistenzeinsatz, 21.2.2016, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20160221\\_OTS0005/bundesheer-verstaerkt-assistenzeinsatz](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160221_OTS0005/bundesheer-verstaerkt-assistenzeinsatz) (27.4.2016).

61 Vgl. BMI, Sobotka/Doskozil: Bundesheer unterstützt Polizei beim „Objektschutz“ und bei Rückführungen mit der Hercules, 3.6.2016, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20160603\\_OTS0169/sobotkadoskozil-bundesheer-unterstuetzt-polizei-beim-objektschutz-und-bei-rueckfuehrungen-mit-der-hercules](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160603_OTS0169/sobotkadoskozil-bundesheer-unterstuetzt-polizei-beim-objektschutz-und-bei-rueckfuehrungen-mit-der-hercules) (10.6.2016).

62 Vgl. § 2 Abs 6 Z 1 WehrG in dem der Zweck, der voraussichtliche Umfang und die voraussichtliche Dauer als anzu-gebende Bedingungen genannt werden.

63 Es ist etwa durchaus denkbar, dass durch den Beschluss zur Leistung des Assistenzeinsatzes nur bestimmte Vollzugs-kompetenzen zur Mitwirkung übertragen werden wie bspw die Vollziehung des GrekoG. Vgl die rechtsstaatliche Problematik aufzeigend auch *Funk/Stern*, *juridikum* 2009, 85; *Hauer*, *JBl* 1995, 228 Fn 5 der darauf hinweist, dass eine hinreichend kundzumachende VO angezeit scheint. Es lässt sich auch darüber diskutieren ob das WehrG, insb

problematisch, weil das Bundesheer derzeit auch aufgrund eines Verwaltungsübereinkommens für das BMI tätig ist.<sup>64</sup> Für die von den Handlungen des Bundesheeres Betroffenen stellt sich somit die für den Rechtsschutz heikle Frage, wo die assistenzpolizeilichen Kompetenzen der Soldat\_innen enden und die Kompetenzen aufgrund des Verwaltungsübereinkommens beginnen.

## 6. Schluss

Beim „Grenzmanagement“ bleiben viele Fragen ungeklärt, die mit dem vorliegenden Beitrag nur angerissen werden konnten. Die offenen Fragen betreffen sowohl die Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und deren diskriminierungsfreie Handhabung, als auch den sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz des Bundesheeres hinsichtlich der Rechtsgrundlage, des Ablaufs der Beschlussfassung, des Umfangs und nicht zuletzt des Inhaltes. Einiges deutet darauf hin, dass die unter dem Begriff „Grenzmanagement“ getroffenen Maßnahmen, insb die Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen und der damit verbundene sicherheitspolizeiliche Assistenzeinsatz des Bundesheeres, auf Grundlagen beruhen, die rechtlich fragwürdig erscheinen.

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Mitherausgeber des Juridikum und lebt in Graz; philipp.hense@riseup.net

---

dessen § 2 Abs 5, indem es in keinem Fall des Assistenzeinsatzes dessen Kundmachung in Verordnungsform vorsieht, verfassungskonform ist. Die Bestimmung des § 2 Abs 5 des mehrfach wiederverlautbarten WehrG lässt sich bis zum historisch ersten Gesetz vom 6.2.1919, betreffend vorläufige Bestimmungen über die bewaffnete Macht, StGBI 1919/91, zurückverfolgen und war damals, so die Erläut 87. BlgPNV 7, insb darauf gerichtet, die Militärgewalt der gesetzmäßigen bürgerlichen Gewalt in jeder Beziehung unterzuordnen. Sie wurde durch die folgenden Wehrgesetze mit nur geringfügigen Änderungen übernommen, ohne dabei je die Vorgaben des erst 1920 erlassenen B-VG und insb dessen Art 18 B-VG explizit zu berücksichtigen.

<sup>64</sup> Vgl *Budgetdienst*, Anfragebeantwortung zu den steigenden Flüchtlingszahlen, 13.10.2015, 20, mit Hinweis auf das Verwaltungsübereinkommen vom 3.9.2015. Das BMLVS leistet dem BMI Unterstützungsleistungen (insbesondere Transport-, Pionier- und Versorgungsleistungen). Offenbar werden gewisse Leistungen, nämlich die Transportleistungen, sowohl aufgrund des Assistenzeinsatzes als auch aufgrund des Verwaltungsabkommens durchgeführt, da laut *Budgetdienst* der Schwerpunkt des Assistenzeinsatzes bei der Leistung humanitärer Hilfe (Transporte und Unterbringung) liege.

# Wer braucht wie viel Schutz?

## Mechanismen zur Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen im Asyl- und Grundversorgungsrecht<sup>1</sup>

Emanuel Matti

---

### 1. Einleitung

Im Sommer 2015 wurde durch *Amnesty International* eine unzureichende Versorgungslage, das Fehlen adäquater Unterkünfte und medizinischer Versorgung sowie mangelnder Schutz von Kindern und Jugendlichen in der Betreuungsstelle Ost-(Traiskirchen) kritisiert.<sup>2</sup> Die Menschenrechtsorganisation resümierte, dass die Situation in Traiskirchen nicht die Zukunft der Flüchtlingsbetreuung in Österreich werden dürfe. Da die aufgezeigten Defizite von vulnerablen Schutzsuchenden betreffen, stellt sich die Frage, welche Mechanismen im österreichischen Asyl- und Grundversorgungsrecht zum Schutz dieser Personen vorgesehen sind. Insb gilt es zu prüfen, ob ein effektiver Mechanismus zur Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen besteht, damit speziellen Versorgungs- und Betreuungsbedürfnissen sowie dem Bedürfnis nach besonderen Verfahrensgarantien im Asylverfahren Rechnung getragen werden kann. Im vorliegenden überarbeiteten Auszug der von *Amnesty International* in Auftrag gegebenen Studie zur Situation besonders vulnerabler Schutzsuchender im österreichischen Asyl- und Grundversorgungsrecht werden die unionsrechtlichen Vorgaben zur Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen dargestellt (2.) und deren Umsetzung ins innerstaatliche Recht untersucht (3.).

### 2. Besonders vulnerable Schutzsuchende im Recht der Europäischen Union

Im Unionsrecht bestehen insb durch die Aufnahme- und die Verfahrensrichtlinie Vorgaben für die Aufnahmebedingungen von Asylsuchenden sowie die Parteistellungen im Asylverfahren. Wie zu zeigen sein wird, berücksichtigt das Recht der EU dabei weit-

---

1 Bei dem Beitrag handelt es sich um einen adaptierten Auszug aus der von *Amnesty International* in Auftrag gegebenen Studie zur Situation besonders vulnerabler Schutzsuchender im österreichischen Asyl- und Grundversorgungsrecht: *Matti*, Zur Situation besonders vulnerabler Schutzsuchender im österreichischen Asyl- und Grundversorgungsrecht (2016), [www.amnesty.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach\\_connect=433](http://www.amnesty.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach_connect=433) (13.6.2016).

2 *Amnesty International*, Quo vadis Austria? Die Situation in Traiskirchen darf nicht die Zukunft der Flüchtlingsbetreuung in Österreich werden (2015), [www.amnesty.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach\\_connect=332](http://www.amnesty.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach_connect=332) (15.2.2016).

gehend die spezielle Situation von besonders vulnerablen Schutzsuchenden und verlangt von den Mitgliedstaaten die Einrichtung eines effektiven Identifikationsmechanismus.

## 2.1. Vorgaben für die Aufnahme besonders vulnerabler Schutzsuchender

Die Erlassung von Bestimmungen betreffend die Aufnahmebedingungen von Personen, die Asyl oder subsidiären Schutz beantragen, fällt gem Art 78 Abs 2 lit f AEUV in den Kompetenzbereich des Europäischen Parlaments und des Rates. Vor dem Vertrag von Lissabon oblag es dem Rat, gem Art 63 Abs 1 lit b EGV „*Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten*“ zu beschließen.<sup>3</sup> Aufgrund dieses primärrechtlichen Kompetenztatbestandes wurde 2003 die Erstfassung der Aufnahme-richtlinie erlassen.<sup>4</sup> Die spezielle Situation von vulnerablen Personen wurde unionsrechtlich bereits in Art 17ff der Erstfassung dieser RL berücksichtigt. Mit Neufassung der Aufnahme-richtlinie<sup>5</sup> erfolgte im Jahr 2013 eine maßgebliche Stärkung der Garantien und Rechte für besonders schutzbedürftige Asylsuchende. Dies bedeutete eine zentrale Verbesserung gegenüber den bis dahin geltenden unionsrechtlichen Bestimmungen. Die Vorgaben der Neufassung der Aufnahme-richtlinie hinsichtlich vulnerabler Schutzsuchender waren bis zum 20.7.2015 in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten umzusetzen.<sup>6</sup> Die Änderungen der Aufnahme-richtlinie in diesem Regelungsbereich betrafen – neben den darzustellenden Identifikationsmechanismen<sup>7</sup> – Bestimmungen über die Beurteilung und Berücksichtigung der Vulnerabilität von schutzbedürftigen Personen bei der Aufnahme (Art 21f) sowie die Stärkung von Garantien und Rechten für begleitete und unbegleitete Minderjährige (Art 23f) und für Opfer von Folter und Gewalt (Art 25 Abs 2). Ferner wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Mitgliedstaaten bei einer Unterbringung in organisierten Quartieren<sup>8</sup> geschlechts- und altersspezifische Aspekte sowie die Situation von schutzbedürftigen Personen zu berücksichtigen haben (Art 18 Abs 3).<sup>9</sup>

3 Vgl *Hailbronner in Hailbronner/Wilms* (Hrsg), *Recht der Europäischen Union*, 17. Lfg (2008) Art 63 EGV Rz 32ff.

4 RL 2003/9/EG des Rates vom 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl 2003 L 31/18.

5 RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl 2013 L 180/96 (im Folgenden: Aufnahme-richtlinie).

6 Vgl Art 31 Abs 1 Aufnahme-richtlinie.

7 Sogleich unter 2.3. und 2.4.

8 Die Aufnahme-richtlinie spricht in Art 18 Abs 1 lit a und b von Räumlichkeiten zur Unterbringung von Antragsteller\*innen für die Dauer der Prüfung eines an der Grenze oder in Transitzonen gestellten Antrags auf internationalen Schutz und Unterbringungszentren, die einen angemessenen Lebensstandard gewährleisten.

9 Eine rasche Anpassung an diese unionsrechtlichen Vorgaben ist im Hinblick auf Berichte zu geschlechtsbasierter Gewalt auf Fluchtrouten nach und durch Europa und dem *Verschwinden* von Flüchtlingskindern und damit einhergehender Ausbeutung in Europa dringend geboten; siehe *UNHCR, Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis – Greece and the former Yugoslav Republic of Macedonia* (2016), <http://www.refworld.org/docid/56a078cf4.html> (25.1.2016); *The Guardian*, 10,000 refugee children are missing, says Europol, 30.1.2016, <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/30/fears-for-missing-child-refugees> (1.2.2016).

Im Duktus des Unionsrechts gelten jene Personen als *schutzbedürftig*, die in Art 21 Aufnahme­richtlinie als solche bezeichnet werden. Dementsprechend berücksichtigen die Mitgliedstaaten im innerstaatlichen Recht zur Umsetzung der Aufnahme­richtlinie „die spezielle Situation von schutzbedürftigen Personen wie Minderjährigen, unbegleiteten Minderjährigen, Behinderten, älteren Menschen, Schwangeren, Alleinerziehenden mit minderjährigen Kindern, Opfern des Menschenhandels, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Störungen und Personen die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, wie z.B. Opfer der Verstümmelung weiblicher Genitalien“.<sup>10</sup> Der speziellen Situation von besonders schutzbedürftigen Personen ist etwa bei einer Entscheidung über die Unterbringungsmodalitäten Rechnung zu tragen.<sup>11</sup> Eine Definition schutzbedürftiger Personen iSd Art 21 Aufnahme­richtlinie findet sich bisher nur im Bgld-Landesbetreuungsgesetz,<sup>12</sup> im NÖ-GVG,<sup>13</sup> im Tiroler-GVG<sup>14</sup> und im Vorarlberger-Mindestsicherungsgesetz.<sup>15</sup> Eine entsprechende Definition und eine Begünstigung dieses Personenkreises wären in Umsetzung der Aufnahme­richtlinie aber in sämtlichen Grundversorgungsgesetzen zu normieren.<sup>16</sup> Der *UNHCR* kritisierte betreffend die Abgrenzung des Kreises schutzbedürftiger Personen in Art 21 Aufnahme­richtlinie den fehlenden Bezug zu LGBTI Personen sowie zu Personen mit eingeschränktem Seh- und Hörvermögen, nicht alphabetisierten Personen und Dislektiker\*innen, die möglicherweise nur erschwerten Zugang zu den in der Aufnahme­richtlinie garantierten Rechten haben.<sup>17</sup> Der Empfehlung des *UNHCR*, diese Personengruppen im innerstaatlichen Recht ebenfalls als vulnerable Schutzsuchende zu berücksichtigen, sind bisher lediglich der

---

10 Art 21 Aufnahme­richtlinie. Gegenüber der Vorgängerbestimmung in Art 17 Erstfassung der Aufnahme­richtlinie sind in Art 21 Neufassung der Aufnahme­richtlinie zusätzlich Opfer des Menschenhandels und Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen erfasst. Ferner erfolgte die ausdrückliche Einbeziehung von Opfern der Verstümmelung weiblicher Genitalien erst durch die Neufassung der Aufnahme­richtlinie.

11 Vgl ErwG 22 der Aufnahme­richtlinie.

12 § 7 Abs 4 Bgld-Landesbetreuungsgesetz, LGBl 2006/42 idF LGBl 2015/56.

13 § 6 Abs 4 NÖ-GVG, LGBl 9240-2 idF LGBl 2015/80.

14 § 1 lit f Tiroler-GVG, LGBl 2006/21 idF LGBl 2015/78.

15 § 7 Abs 3 Vorarlberger-Mindestsicherungsgesetz, LGBl 2010/64 idF LGBl 2015/118.

16 Dem österreichischen Grundversorgungssystem liegt eine Vereinbarung zwischen Bund und Ländern über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde gem Art 15a B-VG zugrunde. In Umsetzung dieser Grundversorgungsvereinbarung wurde das Bundesbetreuungsgesetz (BGBl 1991/405 idF BGBl I 2004/32) in das Grundversorgungsgesetz des Bundes geändert, sowie entsprechende landesgesetzliche Regelungen getroffen. Diesem Regelungsregime folgend leistet der Bund während des Zulassungsverfahrens Grundversorgung (vgl § 2 Abs 1 GVG-Bund). Nach erfolgter Zulassung zum Asylverfahren und Zuteilung des\*der Asylwerber\*in zu einem Bundesland durch die Koordinationsstelle des Bundes obliegt die Gewährung von Grundversorgung dem jeweiligen Bundesland (vgl Art 4 Abs 1 Z 1 Grundversorgungsvereinbarung). Zu den damit in Zusammenhang stehenden kompetenzrechtlichen Bedenken siehe: *Oswald*, Aktuelle Fragen zur Grundversorgung von Asylwerbern, *migraLex* 2009, 51 (54ff); *Matti*, Effektiver Rechtsschutz für Asylsuchende im Grundversorgungsrecht?, in *Filzwieser/Taucher* (Hrsg), Asyl- und Fremdenrecht Jahrbuch 2016 (2016), 123 (124ff).

17 *UNHCR*, Annotated Comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) (2015) 50, <http://www.refworld.org/docid/5541d4f24.html> (30.1.2016).

Kärntner und der Vorarlberger Landesgesetzgeber nachgekommen.<sup>18</sup> Im Schrifttum wird vertreten, dass es sich bei Art 21 Aufnahmerichtlinie um eine demonstrative Aufzählung handelt.<sup>19</sup> Dafür spricht bereits der Wortlaut der unionsrechtlichen Bestimmung (Arg: „Die Mitgliedstaaten berücksichtigen in dem einzelstaatlichen Recht zur Umsetzung dieser Richtlinie die spezielle Situation von schutzbedürftigen Personen *wie* Minderjährigen, unbegleiteten Minderjährigen, Behinderten, älteren Menschen, [...].“ „Member States shall take into account the specific situation of vulnerable persons *such as* minors, unaccompanied minors, disabled people, [...].“). Sihin ist bei Umsetzung des Art 21 Aufnahmerichtlinie eine demonstrative Aufzählung der betroffenen Personengruppen im innerstaatlichen Recht festzulegen.<sup>20</sup>

## 2.2. Vorgaben für die Stellung besonderes vulnerabler Schutzsuchender im Asylverfahren

Auch im Asylverfahren können persönliche Faktoren besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrensrechts stellen. Auf unionsrechtlicher Ebene ist bereits in ErwG 29 der Verfahrensrichtlinie<sup>21</sup> klargestellt, dass bestimmte Asylwerber\*innen uU besondere Verfahrensgarantien benötigen, *„unter anderem aufgrund ihres Alters, ihres Geschlechts, ihrer sexuellen Ausrichtung, ihrer Geschlechtsidentität, einer Behinderung, einer schweren Erkrankung, einer psychischen Störung oder infolge von Folter, Vergewaltigung oder sonstigen schweren Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt.“* Daher sollten die Mitgliedstaaten bestrebt sein, Asylwerber\*innen, die besondere Verfahrensgarantien benötigen, als solche anzuerkennen und ihnen eine angemessene Unterstützung zu gewähren, *„einschließlich ausreichend Zeit, um die notwendigen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sie das Verfahren effektiv in Anspruch nehmen und die zur Begründung ihres Antrags auf internationalen Schutz erforderlichen Angaben machen können.“*<sup>22</sup>

18 Im Kärntner Landesrecht lassen sich diese Gruppen schutzbedürftiger Personen unter die demonstrative Aufzählung in § 1a Z 4 Kärntner-GVG subsumieren. Im Vorarlberger Landesrecht ist eine Subsumtion unter die demonstrative Aufzählung des § 7 Abs 3 Vorarlberger-Mindestsicherungsgesetz möglich.

19 Peek/Tsourdî in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law<sup>2</sup> (2016), Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU, Part D V Art 21 Rz 7; Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild, EU Immigration and Asylum Law, Volume 3: EU Asylum Law<sup>2</sup> (2014) 540.

20 Peek/Tsourdî in Hailbronner/Thym (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law<sup>2</sup> (2016) Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU, Part D V Art 22 Rz 7.

21 RL 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl 2013 L 180/60 (im Folgenden: Verfahrensrichtlinie).

22 ErwGr 29 Verfahrensrichtlinie.

### 2.3. Vorgaben an Identifikationsmechanismen im Grundversorgungsrecht

Die Erstfassung der Aufnahmerichtlinie sah nicht ausdrücklich Mechanismen zur Identifikation von schutzbedürftigen Personen vor. In Art 17 Abs 2 der Erstfassung der Aufnahmerichtlinie war lediglich vorgesehen, dass die Situation besonders hilfsbedürftiger Personen nach einer Einzelprüfung anerkannt wird. Bei Umsetzung dieser Bestimmung war strittig, ob Mitgliedstaaten regelmäßig eine solche Einzelprüfung hinsichtlich der Frage der besonderen Schutzbedürftigkeit von Asylwerber\*innen durchführen mussten.<sup>23</sup> Die Mitgliedstaaten waren aber bereits durch Art 17 Abs 1 der Erstfassung der Aufnahmerichtlinie verpflichtet, die Aufnahmebedingungen an die Situation besonders schutzbedürftiger Personen anzupassen.<sup>24</sup> Dies setzte nach Ansicht der Kommission eine – wenn auch nicht ausdrücklich festgelegte – Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Identifikation der schutzbedürftigen Personen voraus, um deren speziellen Anforderungen gerecht werden zu können.<sup>25</sup> Mangels eines entsprechend festgelegten Mechanismus im österreichischen Recht hegte die Kommission 2007 ernsthafte Zweifel daran, dass vulnerable Schutzsuchende in Österreich tatsächlich identifiziert werden.<sup>26</sup>

Art 22 der Neufassung der Aufnahmerichtlinie bestimmt nunmehr, dass die Mitgliedstaaten bei der Aufnahme zu beurteilen haben, ob bei Antragsteller\*innen<sup>27</sup> besondere Bedürfnisse bestehen.<sup>28</sup> Die Identifikation von besonders schutzbedürftigen Personen wurde somit selbst zu einer Garantie der Aufnahmerichtlinie. Unter *Antragsteller\*innen mit besonderen Bedürfnissen bei der Aufnahme* sind gem Art 2 lit k der Neufassung der Aufnahmerichtlinie schutzbedürftige Personen gemäß Art 21 zu verstehen, die besondere Garantien benötigen, um die Rechte aus der Aufnahmerichtlinie in Anspruch nehmen und den sich aus dieser Richtlinie ergebenden Pflichten nachkommen zu können (S 2.1.).

Damit den speziellen Aufnahmebedürfnissen von vulnerablen Personen wirksam Rechnung getragen wird, hält darüber hinaus auch ErwG 14 der Aufnahmerichtlinie fest, dass die Umstände der Aufnahme dieser Personen für innerstaatliche Behörden ein vorrangiges Anliegen sein sollten. Gem Art 22 Abs 2 Aufnahmerichtlinie muss die Beurteilung der besonderen Bedürfnisse aber nicht in Form eines Verwaltungsverfahrens erfolgen. In Umsetzung der Aufnahmerichtlinie bedarf es lediglich eines effektiven

23 Vgl *Hailbronner in Hailbronner/Wilms* (Hrsg), *Recht der Europäischen Union*, 17. Lfg (2008) Art 63 EGV Rz 40. Nunmehr ergibt sich diese Ermittlungspflicht der Mitgliedstaaten eindeutig aus Art 22 der Neufassung der Aufnahmerichtlinie.

24 EuGH 27.2.2014, C-79/13, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers/Saciri ua*. Rn 41.

25 COM(2007) 745 final, 9: „As special needs of vulnerable asylum seekers must be addressed, Member States are obliged to identify them (Article 17).“

26 COM(2007) 745 final, 9: „Furthermore, in some Member States (UK, DE, AT, BE, LU, EL, IT, SK, SI) no identification procedure is in place. Despite the fact that it is not literally an obligation, there might be serious doubts as to how and whether persons with special needs are actually identified in Member States with no such tool.“

27 Gem Art 2 lit b Aufnahmerichtlinie handelt es sich bei Antragsteller\*innen um Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, über den noch nicht endgültig entschieden wurde.

28 *S Peek/Tsourdi*, in *Hailbronner/Thym*, *Asylum Law<sup>2</sup>, Asylum Reception Conditions Directive 2013/33/EU*, Part D V Art 22 Rz 9.

Mechanismus, der die Erhebung besonderer Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen bei der Aufnahme sicherstellt.

Zusätzlich haben die Mitgliedstaaten gem Art 22 Abs 1 Aufnahmerichtlinie dafür zu sorgen, dass besonderen Bedürfnissen auch dann Rechnung getragen wird, wenn diese erst in einer späteren Phase des Asylverfahrens zu Tage treten.

#### **2.4. Vorgaben an Identifikationsmechanismen im Asylverfahren**

Wie im Grundversorgungsverfahren hat auch im Asylverfahren eine Prüfung stattzufinden, ob Asylwerber\*innen besondere Verfahrensgarantien benötigen, weil sie möglicherweise zu einer vulnerablen Gruppe zählen. Sofern ein solches Bedürfnis festgestellt wird, ist gem Art 24 Abs 3 Verfahrensrichtlinie sicherzustellen, dass Asylwerber\*innen angemessene Unterstützung erhalten, damit sie während der Dauer des Asylverfahrens die Rechte aus der Verfahrensrichtlinie in Anspruch nehmen und den sich aus dieser Richtlinie ergebenden Pflichten nachkommen können. Der von besonderen Verfahrensgarantien begünstigte Personenkreis wird durch die Verfahrensrichtlinie nicht definiert. Im Hinblick auf ErwG 29 Verfahrensrichtlinie ist – wie unter 2.2. dargelegt – ua auf Indikatoren wie das Alter, das Geschlecht, die sexuelle Ausrichtung, die Geschlechtsidentität, das Vorliegen einer körperlichen Behinderung, einer schweren Erkrankung oder einer psychischen Störung infolge von Folter, Vergewaltigung oder sonstigen schweren Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt abzustellen.

### **3. Zur Umsetzung ins innerstaatliche Recht**

Nummehr soll geprüft werden, inwiefern die oben dargestellten unionsrechtlichen Vorgaben im österreichischen Recht Umsetzung finden. Dabei wird zuerst auf die bundes- und landesgesetzlichen Bestimmungen des Grundversorgungsrechts und im Anschluss kurz auf die bundesgesetzlichen Regelungen im Asylrecht eingegangen.

#### **3.1. Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen bei der Aufnahme in die Grundversorgung des Bundes**

Der Bundesgesetzgeber beabsichtigte die Vorgaben aus Art 22 Aufnahmerichtlinie in § 2 GVG-Bund umzusetzen.<sup>29</sup> Gemäß § 2 Abs 1 GVG-Bund versorgt der Bund Asylwerbern\*innen im Zulassungsverfahren in einer Betreuungseinrichtung des Bundes, wobei im Rahmen der Aufnahme in die Grundversorgung etwaige besondere Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen *so weit als möglich* berücksichtigt werden. Bei der Zuteilung zur jeweiligen Betreuungseinrichtung ist gem § 2 Abs 2 GVG-Bund auf be-

---

<sup>29</sup> ErläutRV 582 BlgNR 25. GP 31f.

stehende familiäre Beziehungen, auf ethnische Besonderheiten und auf die *besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen* Bedacht zu nehmen. Den ErläutRV ist zu entnehmen, dass die Beurteilung besonderer Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen im Wege eines *nicht formellen Verfahrens* so rasch als möglich zu erfolgen hat.<sup>30</sup> Dieses *nicht formelle Verfahren* soll durch medizinische Untersuchungen im Asylverfahren erfolgen,<sup>31</sup> sohin also durch eine Untersuchung im Zulassungsverfahren.<sup>32</sup> Nach § 29 Abs 6 Z 8 AsylG haben zu Beginn des Zulassungsverfahrens Untersuchungen stattzufinden, die nach gesundheitsrechtlichen Vorschriften des Bundes vorgesehen sind. Dies umfasst in erster Linie ein Lungenröntgen und dient insbes der Erkennung von Tuberkuloseerkrankungen.<sup>33</sup> Es zeigt sich aber, dass derartige Untersuchungen nach gesundheitlichen Vorschriften nicht darauf ausgerichtet sind, die von Art 21 Aufnahmerichtlinie erfassten Personengruppen – wie etwa Opfer von Menschenhandel oder Personen, die Folter, Vergewaltigungen oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer und sexualisierter Gewalt erlitten haben – zu identifizieren. Daher sind die im Asylverfahren vorgesehenen Untersuchungen nicht zur Identifikation besonders vulnerabler Personen geeignet. Ferner ist den ErläutRV auch zu entnehmen, dass durch die Wortfolge *soweit als möglich* in § 2 Abs 1 GVG-Bund klargestellt werden sollte, dass eine Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse nur dann erfolgen kann, wenn diese dem Bundesministerium für Inneres auch tatsächlich bekannt sind, „*aber nicht, wenn etwa das Ergebnis einer ärztlichen Untersuchung, aus dem sich besondere Bedürfnisse ergeben würden, nicht mitgeteilt wird.*“<sup>34</sup> Dabei wäre „*konsequenterweise auch die Bekanntgabe der relevanten Informationen und medizinischen Daten, aus denen sich besondere Bedürfnisse ergeben, durch die betroffene Person erforderlich.*“<sup>35</sup> Legt man der Wortfolge *so weit als möglich* in § 2 Abs 1 GVG-Bund dieses Verständnis zugrunde, hätte dies zur Folge, dass es letztlich wieder der besonders schutzbedürftigen Person obliegt, ihre spezielle Situation von sich aus darzulegen.<sup>36</sup> Dies widerspricht aber den unionsrechtlichen Vor-

---

30 ErläutRV 582 BlgNR 25. GP 31.

31 ErläutRV 582 BlgNR 25. GP 31: „*Die Beurteilung der besonderen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen hat – wie bisher – ab Einbringung des Antrags auf internationalen Schutz im Wege eines nicht formellen Verfahrens (insbesondere im Rahmen der medizinischen Untersuchung) so rasch als möglich zu erfolgen.*“

32 Das Asylverfahren betreffend ist darüber hinaus § 28 Abs 4 AsylG zu entnehmen, dass Asylwerber\*innen in der Erstaufnahmestelle oder in einer Betreuungseinrichtung des Bundes eine ärztliche Untersuchung zu ermöglichen ist. In diesem Zh ist auch auf Art 6 Abs 1 Z 4 GVV iVm § 2 Abs 1 und § 1 Z 3 GVG-Bund zu verweisen, wonach Grundversorgung die Durchführung einer medizinischen Untersuchung im Bedarfsfall bei der Erstaufnahme nach Vorgaben der gesundheitsbehördlichen Aufsicht umfasst.

33 Vgl § 23 Tuberkulosegesetz iVm mit den jeweiligen Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnungen der Bundesländer. Betreffend Asylwerber\*innen, die sich in der Bundesbetreuungsstelle Traiskirchen befinden, ergibt sich die verpflichtend durchzuführende Röntgenuntersuchung aus § 1 Nö Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnungen, LGBl 9450/3-0; siehe etwa zu Oberösterreich § 1 Abs 1 Z 4 Oö Tuberkulose-Reihenuntersuchungsverordnungen LGBl 1999/80 idF LGBl 2010/18.

34 ErläutRV 582 BlgNR 25. GP 31.

35 Ebd.

36 Dies erweist sich etwa im Hinblick auf Opfer sexualisierter Gewalt oder Opfer der Verstümmelung weiblicher Genitalien als besonders schwierig.

gaben des Art 22 Abs 1 2. Satz Aufnahmerichtlinie, wonach gerade die Mitgliedstaaten – wenn auch nicht in Form eines Verwaltungsverfahrens – eine Ermittlungspflicht hinsichtlich der Art der besonderen Bedürfnisse trifft. Eine Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse in dem Ausmaß, wie sie durch die schutzbedürftige Person selbst vorgebracht wird, genügt den unionsrechtlichen Vorgaben demnach nicht. Daher sollte die Wortfolge *so weit als möglich* in § 2 Abs 1 GVG-Bund entfallen und ein effektiver Mechanismus zur Identifikation schutzbedürftiger Personen festgelegt werden.

Der Hinweis in der RV,<sup>37</sup> wonach die Beurteilung besonderer Bedürfnisse nicht zwingend in Form eines Verwaltungsverfahrens zu erfolgen hat, entspricht den Vorgaben des Art 22 Abs 2 Aufnahmerichtlinie. Abseits des Verwaltungsverfahrens wäre etwa eine Ermittlung im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung möglich. Jedoch bedürfte es auch hier einer entsprechenden innerstaatlichen Regelung, die die vollständige Anwendung der RL in klarer und bestimmter Weise gewährleistet und eine Identifikation vulnerabler Personen sicherstellt.<sup>38</sup> In diesem Zh darf aber nicht übersehen werden, dass eine Ermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens jedenfalls den Vorteil hätte, dass Asylwerber\*innen dadurch ein im Verwaltungswege durchsetzbarer Anspruch auf eine adäquate Beurteilung ihrer besonderen Bedürfnisse eingeräumt wäre, wodurch ein höherer Grad an Rechtssicherheit erreicht werden könnte.

Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang auf eine parlamentarische Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Inneres einzugehen. Dieser ist zu entnehmen, dass im Rahmen von Erstaufnahmegesprächen durch fachkundige Personen faktisch Erstabklärungen des psychischen Zustandsbildes stattfinden würden und „*seelisch beeinträchtigten bzw. traumatisierten Fremden und Opfern von Gewalt*“<sup>39</sup> besondere Berücksichtigung entgegen gebracht werden würde. Unabhängige NGOs bezeichnen die tatsächliche Verwaltungspraxis hingegen als unzureichend.<sup>40</sup> Aus unionsrechtlicher Sicht muss jedenfalls beachtet werden, dass nach Ansicht des EuGH eine bloße Verwaltungspraxis, welche die Verwaltung naturgemäß beliebig zu ändern vermag, nicht als rechtswirksame Erfüllung unionsrechtlicher Verpflichtungen angesehen werden kann.<sup>41</sup>

### 3.2. Identifikation besonders schutzbedürftiger Personen bei der Aufnahme in die Grundversorgung der Länder

Gem Art 22 Abs 1 Aufnahmerichtlinie tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die besonderen Bedürfnisse von vulnerablen Personen auch dann Berücksichtigung finden,

37 ErläutRV 582 BlgNR 25. GP 31.

38 Vgl *Öblinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>5</sup> (2013) 114 mwN; S zu den Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien auch EuGH 30.5.1991, C-361/88, *Kommission/Deutschland* Rn 15.

39 Anfragebeantwortung 6892/AB 25. GP zur parlamentarischen Anfrage 7222/J 25. GP.

40 *ECRE – European Council for Refugees and Exiles/Caritas Austria/Asylkoordination Österreich*, Navigating the Maze: Structural Barriers to Accessing Protection in Austria, 23, <http://ecre.org/component/downloads/downloads/1071> (30.1.2016).

41 Vgl EuGH 6.5.1980, C-102/79, *Kommission/Belgien* Rn 11.

wenn sie erst in einer späteren Phase des Asylverfahrens zutage treten. Diesem Berücksichtigungsgebot wird durch eine etwaige Berücksichtigung im Rahmen einer Einvernahme vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl oder einer mündlichen Verhandlung vor dem BVwG im Asylverfahren noch nicht Genüge getan. Vielmehr sind entsprechende Identifikationsmechanismen ab dem Zeitpunkt der Zuweisung in die Grundversorgung eines Landes durch den jeweiligen Landesgesetzgeber sicherzustellen. Diesbezüglich regeln lediglich § 2 Abs 2 Tiroler-GVG, § 6 Abs 4 NÖ-GVG und § 7 Abs 4 Bgld-Landesbetreuungsgesetz, dass die Schutzbedürftigkeit eines\* einer Fremden bzw die spezielle Situation von besonders schutzbedürftigen Personen zu erfassen sind. In welcher Form die Erfassung der Schutzbedürftigkeit zu erfolgen hat, ist aber weder dem Tiroler-GVG<sup>42</sup> noch dem NÖ-GVG oder dem Bgld-Landesbetreuungsgesetz zu entnehmen. In den übrigen Grundversorgungsgesetzen fehlen Bestimmungen über die Identifikation von vulnerablen Personen gänzlich.<sup>43</sup>

### 3.3. Identifikation im Asylverfahren

Hinsichtlich der Gewährleistung einer effektiven Identifikation von Personen, die Folter und sonstige schwere Formen physischer oder psychischer Gewalt einschließlich sexualisierter Gewalt erlitten haben, ist es schon im Hinblick auf ErwG 31 der Verfahrensrichtlinie geboten, innerstaatliche Bestimmungen unter Verweis auf das Handbuch für die wirksame Untersuchung und Dokumentation von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Istanbul-Protokoll) zu erlassen.<sup>44</sup>

Die im Asylverfahren anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen (AsylG 2005, BFA-VG, FPG 2005) kennen aber keine Regelungen zur Identifikation von Asylwerber\*innen, die besondere Verfahrensgarantien benötigen. Bei Menschen mit physischer Behinderung

---

42 Darauf wurde auch durch *UNHCR* bereits im Rahmen des Begutachtungsverfahrens aufmerksam gemacht: *UNHCR*, UNHCR-Analyse des Entwurfs für Änderungen des Tiroler Grundversorgungsgesetzes, 18.5.2015, [http://www.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/f1.2.2016.luechtlingsrecht/4\\_oesterreich/4\\_2\\_asyl\\_positionen/4\\_2\\_4\\_positionen\\_ab\\_2011/FR\\_AUS\\_Positionen\\_2015-TirolerGVG.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/f1.2.2016.luechtlingsrecht/4_oesterreich/4_2_asyl_positionen/4_2_4_positionen_ab_2011/FR_AUS_Positionen_2015-TirolerGVG.pdf) (1.2.2016).

43 Dies wurde durch *UNHCR* etwa im Begutachtungsverfahren zum Entwurf für Änderungen des Vorarlberger Mindestsicherungsgesetzes, als auch zum Entwurf für Änderungen des OÖ-GVS kritisiert, wobei weder der Vorarlberger noch der Oberösterreichische Landesgesetzgeber diese Kritik angenommen haben: *UNHCR*, UNHCR-Analyse des Entwurfs für Änderungen des Vorarlberger Mindestsicherungsgesetz, 18.6.2015, 3, [https://www.vorarlberg.at/pdf/unhcr.pdfwww.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/4\\_oesterreich/4\\_2\\_asyl\\_positionen/4\\_2\\_4\\_positionen\\_ab\\_2011/FR\\_AUS\\_Positionen\\_2015-OOE-GVG.pdf](https://www.vorarlberg.at/pdf/unhcr.pdfwww.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/4_oesterreich/4_2_asyl_positionen/4_2_4_positionen_ab_2011/FR_AUS_Positionen_2015-OOE-GVG.pdf) (26.1.2016); *UNHCR*, UNHCR-Analyse des Entwurfs für Änderungen des Oö Grundversorgungsgesetzes, 21.5.2015, 6, [/www.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/4\\_oesterreich/4\\_2\\_asyl\\_positionen/4\\_2\\_4\\_positionen\\_ab\\_2011/FR\\_AUS\\_Positionen\\_2015-OOE-GVG.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/4_oesterreich/4_2_asyl_positionen/4_2_4_positionen_ab_2011/FR_AUS_Positionen_2015-OOE-GVG.pdf) (26.1.2016).

44 *UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)*, Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("*Istanbul Protocol*"), 2004, HR/P/PT/8/Rev.1, [http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4638aca62&skip=0&query=istanbul\\_protocol](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4638aca62&skip=0&query=istanbul_protocol) (14.2.2016). Im Istanbul-Protokoll werden international anerkannte Mindeststandards und Verfahren zur Identifizierung und Verifizierung von Foltervorwürfen definiert und praxisbezogene Richtlinien für die Untersuchung und Dokumentation von Folter und anderen Misshandlungen festgelegt.

mag die besondere Vulnerabilität augenscheinlich sein. Hinsichtlich Menschen mit einer psychischen Erkrankung oder Opfer von Folter und Gewalt erweist sich die Identifikation als komplexer. In jedem Fall ist ein effektiver Mechanismus zur Identifikation unumgänglich.<sup>45</sup>

#### 4. Schlussfolgerungen

Durch die Festlegung eines adäquaten Identifikationsmechanismus nach Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz könnte sowohl den Anforderungen des Art 24 Verfahrensrichtlinie in Bezug auf das Asylverfahren, als auch den Vorgaben Art 22 Aufnahme richtlinie in Bezug auf die Gewährung von Grundversorgung Rechnung getragen werden. Die Mitgliedstaaten müssen einen eindeutigen gesetzlichen Rahmen zur Identifikation vulnerabler Schutzsuchender bereitstellen, um die volle Anwendung der Aufnahme richtlinie und der Verfahrensrichtlinie in rechtlicher und nicht nur in tatsächlicher Hinsicht zu gewährleisten.<sup>46</sup> Sohin ist im österreichischen Recht die Umsetzung eines Mechanismus zur Abklärung besonderer Bedürfnisse am Beginn des Zulassungsverfahrens, sowie in späteren Phasen des Asylverfahrens dringend geboten. Dies ist Voraussetzung für adäquate Unterbringung und faire Asylverfahren. Zudem wird dadurch Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen. Eine entsprechende Identifikation könnte – unter Berücksichtigung medizinischer und psychologischer Indikatoren – etwa durch die Heranziehung adäquat ausgebildeter Sozialarbeiter\*innen, Psycholog\*innen oder Mediziner\*innen sichergestellt werden. Im österreichischen Recht könnte eine entsprechende Regelung in Gesetzes- oder Verordnungsform erfolgen,<sup>47</sup> wobei der Identifikationsmechanismus nicht im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens eingebettet sein muss. Eine Ermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens hätte den Vorteil, dass Asylwerber\*innen dadurch ein im Verwaltungswege durchsetzbarer Anspruch auf eine adäquate Beurteilung ihrer besonderen Bedürfnisse einräumt wäre.

Univ.-Ass. Mag. Emanuel Matti ist am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien tätig; emanuel.matti@wu.ac.at

<sup>45</sup> Siehe dazu bereits oben unter 3.1.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH 30.5.1991, C-361/88, *Kommission/Deutschland* Rn 24: „Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Übereinstimmung einer Praxis mit den Schutzgebieten einer Richtlinie kein Grund dafür sein kann, diese Richtlinie nicht in der innerstaatlichen Rechtsordnung durch Bestimmungen umzusetzen, die so bestimmt, klar und transparent sind, daß der einzelne wissen kann, welche Rechte und Pflichten er hat“; siehe auch EuGH 15.3.1990, C-339/87, *Kommission/Niederlande* Rn 25.

<sup>47</sup> Vgl. *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>5</sup> 111; *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 320. In Oberösterreich hätte die Landesregierung etwa gem § 2 Abs 3 OÖ-GVG bei Bedarf die Möglichkeit durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Beurteilung der Hilfsbedürftigkeit zu erlassen. Bislang wurde aber keine derartige Verordnung erlassen.

# Zur Bewilligung von DoppelstaatsbürgerInnen-schaften im österreichischen Staatsbürger-schaftsgesetz 1985 – eine kritische Analyse<sup>1</sup>

Clemens M Rieder

---

Im Gegensatz zu den meisten anderen EU-Staaten verfolgt Österreich ein eher rigoroses Verbot von Doppel- und MehrfachstaatsbürgerInnen-schaften.<sup>2</sup> Bei einem Hearing zu diesem Thema, das im Oktober 2014 im Innenausschuss des Nationalrats abgehalten wurde, sprachen sich alle anwesenden wissenschaftlichen ExpertInnen, mit Ausnahme eines Beamten des Innenministeriums, klar für die Ausweitung der Möglichkeit von DoppelstaatsbürgerInnen-schaften aus. Der Beamte verwies auf „mögliche Interessens- und Loyalitätskonflikte“, ohne dies jedoch wissenschaftlich zu untermauern.<sup>3</sup> Die Begründung des Verbots von DoppelstaatsbürgerInnen-schaften basierend auf potentiellen Loyalitätskonflikten findet sich bereits in den Erläut zum StaatsbürgerInnen-schaftsgesetz 1925,<sup>4</sup> in denen zu lesen ist: „Niemand kann zwei Herren dienen.“<sup>5</sup>

## 1. Rechtlicher Rahmen der Mehrstaatigkeit in Österreich

Das Gebot, doppelte StaatsbürgerInnen-schaften möglichst zu vermeiden, ist auf der Ebene des Völkerrechts mit dem *Übereinkommen über die Verringerung der Mehrstaatigkeit und über die Wehrpflicht von Mehrstaatern*<sup>6</sup> verankert. Österreich hat von der Möglichkeit gem Pkt 3 der Anlage des Übereinkommens Gebrauch gemacht, es seinen Staatsangehörigen zu erlauben, eine Bewilligung einzuholen, die es unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, die österreichische Staatsangehörigkeit beizubehalten. Wohl aufgrund steigender Mobilität hat der Europarat mit dem *Überein-*

---

1 Erste Gedanken für diese Abhandlung wurden während eines Studienaufenthalts am SCEUS in Salzburg im Sommer 2013 gefasst. Mein Dank gilt im Besonderen *Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Sonja Puntscher-Riekmann* für die freundliche Aufnahme am Zentrum.

2 Vgl allgemein *Kochenov*, Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance, *European Law Journal* 2011, 323.

3 Parlamentskorrespondenz 880/2014, Experten für Erleichterung von Doppelstaatsbürgerschaften.

4 BGBl 1925/285.

5 Zit nach VwGH 30.1.2001, 2000/01/0202.

6 SEV-Nr 43 wurde von Österreich ratifiziert (BGBl 1975/471); Vgl auch den Verweis auf dieses Abkommen in den ErläutRV 497 BlgNR 10. GP, Zu § 28 StbG.

*kommen über die Staatsangehörigkeit*<sup>7</sup> auf diese Entwicklung reagiert. Es wurde von Österreich ebenfalls ratifiziert und erlaubt den Vertragsstaaten zu entscheiden, wie sie mit Mehrstaatigkeit umgehen wollen.

Für Österreich gilt, dass gem § 27 StbG<sup>8</sup> eine Person die StaatsbürgerInnenschaft verliert, wenn eine fremde Staatsangehörigkeit gewollt erworben wird. DoppelstaatsbürgerInnenschaften bei Geburt sind möglich, wenn die Betroffenen die österreichische StaatsbürgerInnenschaft durch Abstammung erworben haben.<sup>9</sup> Darüber hinaus verlieren Personen ihre ursprüngliche StaatsbürgerInnenschaft nicht, wenn ihnen die österreichische gem § 10 Abs 6 StbG aufgrund von „außerordentlichen Leistungen“, die im „besonderen Interesse der Republik“ liegen, verliehen wurde; dabei handelt es sich um die sog „Promi-Einbürgerungen“. Personen, die vom NS-Regime vertrieben worden sind, müssen bei Wiedererlangung der österreichischen StaatsbürgerInnenschaft gem § 10 Abs 4 Z 2 StbG ihre aktuelle StaatsbürgerInnenschaft ebenfalls nicht aufgeben. Darüber hinaus schränkt § 10 Abs 3 StbG weiter ein, dass die fremde StaatsbürgerInnenschaft nur dann aufgegeben werden muss, wenn dies „möglich und zumutbar“ ist; Unzumutbarkeit wird idR bei Flüchtlingen angenommen.<sup>10</sup>

Schließlich sieht § 27 StbG vor, dass die Beibehaltung der österreichischen StaatsbürgerInnenschaft trotz Annahme einer fremden Staatsangehörigkeit unter den in § 28 StbG statuierten Voraussetzungen bewilligt werden kann. Ein bes Charakteristikum von § 28 StbG ist, dass diese Bestimmung in einem erheblichen Ausmaß von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt ist.<sup>11</sup> Dennoch existieren, abgesehen von den Analysen von *Thienel*<sup>12</sup> aus 1990, keine detaillierten Untersuchungen dazu. Dies ist bes problematisch, weil die Vollziehung des StbG gem Art 11 Abs 1 Z 1 B-VG Ländersache ist und hier die Gefahr besteht, dass das Fehlen einer dogmatischen Analyse in der Konsequenz dazu führt, dass die AntragstellerInnen einer Art „postcode lottery“ ausgesetzt sind und ihre Erfolgchancen stark davon abhängen, in welchem Bundesland sie ihren Bewilligungsantrag einbringen. Ziel dieser Abhandlung ist es daher, diesem Defizit in der wissenschaftlichen Literatur zu begegnen.

## 2. Interpretation und Evaluierung von § 28 Abs 1 Z 1 StbG

In diesem Abschnitt soll die gegenwärtige Interpretation von § 28 Abs 1 Z 1 StbG durch den VwGH dargelegt und anschließend einer kritischen Evaluierung unterzogen werden.

7 SEV Nr 166 wurde ebenfalls von Österreich ratifiziert (BGBl III 2000/39).

8 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, BGBl 1985/311 idgF.

9 § 7 Abs 1 StbG; vgl auch *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft II. Verfassungsrechtliche Grundlagen und materielles Staatsbürgerschaftsrecht (1990) 134.

10 *Valchars*, Defizitäre Demokratie. Staatsbürgerschaft und Wahlrecht im Einwanderungsland Österreich (2006) 16.

11 Vgl *Thienel*, Staatsbürgerschaft II 301-303.

12 Es sei hier auch auf sein zweibändiges Werk zur österreichischen StaatsbürgerInnenschaft verwiesen: *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft I. Historische Entwicklung und völkerrechtliche Grundlagen (1989) sowie Staatsbürgerschaft II.

Gem § 28 Abs 1 Z 1 StbG ist „[e]inem Staatsbürger [...] für den Fall des Erwerbes einer fremden Staatsangehörigkeit (§ 27) die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft zu bewilligen, wenn [...] sie wegen der von ihm bereits erbrachten und von ihm noch zu erwartenden *Leistungen* oder aus einem *besonders berücksichtigungswürdigen Grund* im *Interesse der Republik* liegt.“

## 2.1. Interpretation durch den VwGH

Der VwGH<sup>13</sup> hat sich im Jahre 1970 zum ersten Mal mit § 28 Abs 1 Z 1 StbG beschäftigt. Im Gegensatz zum geltenden StbG 1985 verlangte das StbG 1965<sup>14</sup> von den AntragstellerInnen noch, „außerordentliche Leistungen“ nachzuweisen, welche „im Interesse der Republik“ gelegen sein mussten. Mit Verweis auf die Erläuterung machte der VwGH im Jahr 1970 deutlich, dass diesbezüglich ein „rigoroser Maßstab“ anzulegen sei. Im konkreten Fall war die Beschwerdeführerin eine Lehrerin, die in ihrem Antrag ausführte, dass sie aufgrund ihrer hervorragenden Beurteilungen als Lehrerin den Tatbestand der „außerordentlichen Leistung“ bereits erfülle. Der VwGH entgegnete jedoch, dass „erfahrungsgemäß auf ‚ausgezeichnet‘ lautende Gesamtbeurteilungen von Beamten und Lehrern keineswegs so selten [sind], daß mit diesem Kalkül qualifizierte Beamte oder Lehrer außerordentliche Leistungen solcher Art erbracht haben müssten, wie sie der § 28 Abs 1 Z 1 StbG 1965 als Voraussetzung für die Bewilligung der Beibehaltung der Österreichischen [sic] Staatsbürgerschaft offenbar im Auge hat.“<sup>15</sup>

Die sehr strenge Anforderung, dass AntragstellerInnen „außerordentliche Leistungen“ nachweisen mussten, wurde mit der Novelle 1973<sup>16</sup> insofern gemindert, als das Gesetz es nunmehr für ausreichend erachtet, wenn AntragstellerInnen lediglich „Leistungen“ erbracht haben, die jedoch „im Interesse der Republik“ liegen müssen. Unklar bleibt, „welcher Art die erbrachten Leistungen sein müssen, und was überhaupt als Leistung anzusehen ist.“<sup>17</sup> Dennoch lässt sich aus dem veränderten Wortlaut ableiten, dass AntragstellerInnen den Tatbestand jedenfalls dann erfüllen, wenn bereits „durchschnittliche Leistungen“<sup>18</sup> erbracht worden sind. Konkrete Beispiele, was genau darunter zu verstehen ist, bietet der VwGH allerdings nicht.<sup>19</sup>

Gem § 28 Abs 1 Z 1 StbG ist eine Genehmigung auf Beibehaltung der StaatsbürgerInnenschaft jedenfalls auch dann zu erteilen, wenn ein „besonders berücksichtigungswürdiger Grund“ vorliegt. Diesbezüglich hat der VwGH ausgeführt, dass die Gesetzgebung mit dieser Bestimmung „eine Art Auffangklausel für jene Fälle schaffen

---

13 VwGH 10.11.1970, 1255/70.

14 BGBl 1965/250.

15 VwGH 10.11.1970, 1255/70.

16 BGBl 1973/394.

17 VwGH 20.9.2011, 2009/01/0023.

18 Ebda.

19 Ebda.

[wollte], die sich zwar nicht in die Fälle der bereits erbrachten oder vom Antragsteller noch zu erwartenden Leistungen einreihen lassen, bei denen es aber doch aus anderen, in der Person des Antragstellers gelegenen besonders berücksichtigungswürdigen Gründen im Interesse der Republik liegt, dass der Antragsteller die österreichische Staatsbürgerschaft beibehalten kann.“<sup>20</sup>

Damit AntragstellerInnen diesen Tatbestand erfüllen, müssen sie begründen, warum die Beibehaltung der österreichischen StaatsbürgerInnenschaft eine unbedingte Notwendigkeit darstellt.<sup>21</sup> Der VwGH verwies darauf, dass gem § 28 Abs 1 Z 1 StbG ein bloßes Interesse der betroffenen Person alleine nicht ausreicht, da die Beibehaltung eben auch im Interesse der Republik liegen müsse.<sup>22</sup> Es ist bedauerlich, dass der VwGH bei seinen Ausführungen in Bezug auf das „Interesse der Republik“ konzeptionell vage bleibt.

Der Verweis des VwGH auf wissenschaftliche Literatur, hier wird *va Thienel* zitiert, der bei der gegenständlichen Entscheidung auch auf der RichterInnenbank saß, vermag wenig zur Klarheit beizutragen.<sup>23</sup> Für *Thienel* ist das Kriterium „im Interesse der Republik“ jedenfalls dann ausreichend erfüllt, „wenn es *für den Staat* von Vorteil ist, daß dieser konkrete Mensch auch weiterhin Staatsbürger bleibt.“<sup>24</sup> Was nach Ansicht des VwGH den Tatbestand „im Interesse der Republik“ jedenfalls nicht erfüllt, ist das Vorbringen von AntragstellerInnen, „durch eine einschlägige Berufstätigkeit im Ausland Erfahrungen [zu] sammeln [...], die er [sic] dann später in Österreich nutzen könnte.“<sup>25</sup>

Im Folgenden wird die Judikatur zu § 28 Abs 1 Z 1 StbG kritisch evaluiert. Diesbezüglich wird erstens die Frage untersucht, was unter dem Tatbestandsmerkmal „im Interesse der Republik“ zu verstehen ist, und zweitens analysiert, ob der Prozess der europäischen Integration Einfluss auf die Interpretation der diversen unbestimmten Gesetzesbegriffe nach sich zieht.

## 2.2. Kritische Evaluierung der Judikatur des VwGH zu § 28 Abs 1 Z 1 StbG

Analysiert man die Judikatur des VwGH in Bezug auf das „Interesse der Republik“, verbleibt eine dogmatische Unschärfe in der Argumentation. Mitunter ist unklar, ob der VwGH der Ansicht ist, dass etwa ein Antrag nicht erfolgreich war, weil keine (ausreichende) Leistung erbracht wurde oder weil die Leistung nicht im Interesse der Republik war. Es scheint durchaus argumentierbar, dass Leistungen in bestimmten Feldern wie zB Kunst, Kultur, Sport und auch Wissenschaft *per se* schon im Interesse der Republik sind. Diese Argumentation wird dadurch untermauert, dass der Kriterien-

---

20 Ebda.

21 Ebda.

22 Ebda.

23 Ebda.

24 *Thienel*, Staatsbürgerschaft II 302.

25 VwGH 4.4.1990, 89/01/0119 mwH.

katalog des Bundesministeriums<sup>26</sup> bezüglich § 10 Abs 6 StbG („Promi-Einbürgerungen“) nicht klar zwischen „außergewöhnlichen Leistungen“ und „im besonderen Interesse der Republik“ unterscheidet, jedoch auch keine kumulative Erfüllung der dort aufgelisteten Kriterien verlangt. Es scheint zweifelhaft, dass der Gesetzesbegriff „im Interesse der Republik“ als „[e]inigermaßen bestimmbar“<sup>27</sup> angesehen werden kann, wie *Thienel* argumentiert.

Ein Bsp mag dies verdeutlichen: Ein unbestreitbar wichtiger Punkt, der allerdings bisher in Entscheidungen nicht thematisiert wurde, jedoch mE eng mit dem „Interesse der Republik“ verbunden ist, ist das Recht von Personen, an Wahlen teilzunehmen. Das Wahlrecht wird jedoch idR durch die StaatsbürgerInnenenschaft vermittelt.<sup>28</sup> Für Österreich ergibt sich etwa seit 2003 das Phänomen, dass zwar die Zahl der EinwohnerInnen zunimmt, die Zahl der Wahlberechtigten jedoch stetig sinkt. Dieses Problem ist, wie *Pelinka* ausführt, „vielleicht das entscheidende [...] Defizit nationalstaatlicher Demokratie“;<sup>29</sup> für Österreich hat *Valchars* dazu eine detaillierte Studie vorgelegt.<sup>30</sup>

Daraus ergibt sich der Befund, dass „die Teilmengen WohnbürgerInnen und StaatsbürgerInnen [...] ihre Deckungsgleichheit [verlieren] und [...] zusehends [...] auseinander[driften]. Die so entstandene zunehmende Inkongruenz von Wohn- und Wahlbevölkerung bedeutet eine Abnahme an Inklusivität des politischen Systems.“<sup>31</sup> Dies schadet zweifellos der Qualität der Demokratie, weil es zu einer signifikanten Verletzung des „principle of affected interests“<sup>32</sup> führt. Darunter versteht man, dass diejenigen, die von einer Entscheidung betroffen sind, auch über diese Entscheidung mitbestimmen können. Eine demokratische Republik muss daran ein fundamentales Interesse haben. Zwei Aspekte sollen in diesem Zh herausgegriffen werden: Unbestreitbar spielt die Wahlproblematik auch bei der Beibehaltung der StaatsbürgerInnenenschaft eine Rolle, wengleich zugegebenermaßen in viel kleinerem Ausmaß, als dies in Bezug auf den Erwerb der StaatsbürgerInnenenschaft die Regel ist. Natürlich sind Personen, die auch tatsächlich in einem Land leben, viel direkter von den Entscheidungen der Gesetzgebung betroffen. Zweitens hat man es bei dieser Problematik mit der sog „Paradoxie des Haufens“<sup>33</sup> zu tun. Dabei wird der Frage nachgegangen, wie lange ein Haufen als ein solcher definiert werden kann, wenn stetig einzelne Elemente davon weggenommen werden.

---

26 Die diesbezüglich relevanten Kategorien sind wissenschaftliche, wirtschaftliche, sportliche und künstlerische Leistungen (*BMI*, Verleihung der Staatsbürgerschaft im besonderen Interesse der Republik gem § 10 Abs 6 StbG, [www.bmi.gv.at/cms/BMI\\_Staatsbuergerschaft/verleihung/start.aspx](http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Staatsbuergerschaft/verleihung/start.aspx) (1.10.2015)).

27 *Thienel*, Staatsbürgerschaft II 302.

28 *Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in *Akürek* ua (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive. FS Heinz Schäffer (2006) 633, 645-647.

29 *Pelinka*, Vorwort, in *Valchars* VII.

30 *Valchars*, Demokratie 10.

31 Ebda 2.

32 *Dahl*, *After the Revolution?* (1970) 49.

33 Vgl *Endicott*, *Vagueness in Law* (2003) Kap 3.

Übertragen auf die gegenständliche Problematik ergibt sich: Wenn einer Person die österreichische StaatsbürgerInnenschaft aberkannt wird, obwohl diese Person noch eine starke Verbindung zu Österreich hat, vermindert sich die Qualität der Demokratie in Österreich um den Bruchteil  $1/n$ . Nun kann argumentiert werden, dass der Verlust eines Wählers oder einer Wählerin zwar keinen signifikanten Effekt auf das Wahlergebnis hat, dennoch stellt er ein konzeptionelles Problem in Bezug auf die Qualität der Demokratie dar. Jedenfalls wird ein bestimmtes Ausmaß von individuellen Einzelfällen irgendwann auch einen tatsächlichen Effekt auf das Ergebnis von Wahlen und damit die Qualität der Demokratie haben.

### 2.3. Die europäische Dimension

Es kann angenommen werden, dass sich mit dem Beitritt Österreichs zur EU die „Wertvorstellungen“ der österreichischen Rechtsordnung grundlegend geändert haben. Ein Blick in das StbG 1985 idgF genügt, um deutliche Spuren des EU-Beitritts dort direkt ablesen zu können. So gehört Österreich zu jenen EU-Staaten, die die Einbürgerung von EWR-BürgerInnen beschleunigt haben.<sup>34</sup> In den MatRV wird dazu ausgeführt, dass „[d]ie Bevorzugung von Staatsangehörigen von Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums [...] europarechtlich geboten [ist].“<sup>35</sup> Darüber hinaus findet sich in § 21 StbG, dass die StaatsbürgerInnenschaft sichtbar vor den Fahnen der Republik Österreich, des jeweiligen Bundeslandes und der EU verliehen wird. Schließlich wird in der Gelöbnisformel des § 21 StbG nicht auf die Grundwerte der Republik Österreich verwiesen, sondern auf die „eines *europäischen* demokratischen Staates und seiner Gesellschaft.“ Der offensichtlich europarechtliche Anknüpfungspunkt in Bezug auf den Verlust der StaatsbürgerInnenschaft ist die UnionsbürgerInnenschaft. Nun ist unbestritten, dass das EU-Recht keinen Einfluss darauf hat, unter welchen Bedingungen eine nationale StaatsbürgerInnenschaft und damit auch die UnionsbürgerInnenschaft verliehen wird; gem Art 20 AUEV tritt die UnionsbürgerInnenschaft zwar zur nationalen StaatsbürgerInnenschaft hinzu, sie „ersetzt“ diese jedoch nicht. Eine spezielle Version dieses Problems ergab sich im Fall *Rottmann*,<sup>36</sup> der seinen Ausgangspunkt in Österreich nahm. Herr *Rottmann* war von Geburt an österreichischer Staatsangehöriger. Im Jahr 1998 suchte er jedoch um Einbürgerung in der Bundesrepublik Deutschland an. Er erhielt die Einbürgerungsurkunde im Februar 1999. Da er nicht um die Bewilligung der Beibehaltung der österreichischen StaatsbürgerInnenschaft angesucht hatte, verlor er diese gem § 27 StbG *ex lege*.

Herr *Rottmann* hatte jedoch den dt Behörden verschwiegen, dass gegen ihn ein Ermittlungsverfahren in Österreich wegen schwerem gewerbsmäßigen Betrugs anhängig

34 § 11a Abs 4 Z 2 StbG; vgl *Kochenov*, European Law Journal 2011, 341.

35 ErläutRV 1189 BlgNR 22. GP, Zu § 11a Z 8.

36 EuGH 2.3.2010, C-135/08, *Rottmann*, Slg I-01449.

war und er auch mittels Haftbefehls gesucht wurde. Nach Bekanntwerden dieser Fakten, leiteten die dt Behörden ein Verfahren ein, um Herrn *Rottmann* die dt Staatsangehörigkeit rückwirkend wieder abzuerkennen. Somit drohte Herrn *Rottmann* die Staatenlosigkeit.

Als der Fall den EuGH erreichte, war dieser eher vorsichtig in seinen Ausführungen und begnügte sich festzustellen, dass es „nicht gegen das Unionsrecht, insbesondere Art 17 EG [jetzt Art 20], verstößt, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger die durch Einbürgerung erworbene Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats wieder entzieht, falls die Einbürgerung durch Täuschung erschlichen wurde, vorausgesetzt, dass die Rücknahmeentscheidung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.“<sup>37</sup> Bezüglich der zweiten Frage, die ihm vom dt Bundesverwaltungsgericht gestellt wurde, nämlich ob das Unionsrecht uU verlangt, dass nationale Bestimmungen so auszulegen sind, dass kein Verlust der UnionsbürgerInnenschaft eintritt,<sup>38</sup> fand das Gericht keine Notwendigkeit, diesbezüglich weitere Ausführungen zu treffen. Dies deshalb, weil Österreich keine endgültige E über seinen Status getroffen habe.<sup>39</sup> Ungeklärt blieb somit, inwieweit EU-Recht den Verlust der UnionsbürgerInnenschaft selbst regelt.<sup>40</sup> Die Antwort auf diese Frage könnte jedoch gravierende Auswirkungen auf die österreichische Rechtslage haben.

### 3. Die Interpretation von § 28 Abs 2 StbG im Lichte von Art 8 EMRK

Gem § 28 Abs 2 StbG ist ein Antrag auf Beibehaltung auch dann zu genehmigen, wenn Personen die StaatsbürgerInnenschaft durch Abstammung erworben haben und „in ihrem Privat- und Familienleben ein für die Beibehaltung bes berücksichtigungswürdiger Grund“ vorliegt. In einem diesbezüglichen Erkenntnis<sup>41</sup> hat der VwGH zunächst festgehalten, dass es sich bei diesem Kriterium um einen unbestimmten Gesetzesbegriff handelt. Bei der Auslegung dieser Bestimmung bezog sich der VwGH daher auf die Erläut zu § 28 Abs 2 StbG, in denen ua zu lesen ist, dass „[d]ie vorgeschlagene Einfügung eines neuen Abs 2 [...] Staatsbürgern die Beibehaltung der österreichischen Staatsbürgerschaft trotz Erwerb [sic] einer anderen dann ermöglichen [soll], wenn ein für die Beibehaltung besonders berücksichtigungswürdiger persönlicher Grund vorliegt. Damit wird es möglich, extreme Beeinträchtigungen des Privat- und Familienlebens des Staatsbürgers zu vermeiden, die sich aus der Nichtannahme *oder* dem Verlust der Staatsbürgerschaft ergeben könnten.“<sup>42</sup>

---

37 Ebda Rz 59.

38 Ebda Rz 60.

39 Ebda Rz 61.

40 *Rieder*, The Withdrawal Clause of the Lisbon Treaty in the Light of EU Citizenship; between Disintegration and Integration, *Fordham International Law Journal* 2013, 147, 168-172.

41 VwGH 15.11.2000, 2000/01/0354.

42 ErläutRV 1283 BlgNR 20. GP Rz 17.

Es scheint wichtig hervorzuheben, dass AntragstellerInnen laut Rspr des VwGH die Gründe der Beeinträchtigung nicht kumulativ, sondern jeweils nur alternativ darlegen müssen. Es muss somit lediglich begründet werden, welche Nachteile sich „aus der Nichtannahme *oder* dem Verlust der Staatsbürgerschaft ergeben könnten.“<sup>43</sup> Bzgl der Art der Beeinträchtigungen hat der VwGH in einem späteren Erkenntnis ausgeführt, dass es sich bei „den gegenständlich zu bewertenden Beeinträchtigungen um solche [handeln muss], die sich in der Zukunft ergeben können. Dabei muss es sich um *konkret zu erwartende Beeinträchtigungen* handeln und nicht um solche, die von ungewissen, in der Zukunft vom Beibehaltungswerber *selbst zu setzenden Handlungen* abhängen. Die zu erwartenden Beeinträchtigungen sind daher am bisherigen Gesamtverhalten des Beibehaltungswerbers zu messen, aus dem eine *Zukunftsprognose zu erstellen* ist.“<sup>44</sup>

Es soll nun der Frage nachgegangen werden, ob die neuere Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK Einfluss auf § 28 Abs 2 StbG hat, in dem explizit auf das Privat- und Familienleben Bezug genommen wird.

Die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK und StaatsbürgerInnenschaft hat sich im Lauf der Jahrzehnte wie folgt entwickelt: In einer Mitte der 1980er Jahre ergangenen E führte die damalige Europäische Menschenrechtskommission über die Beziehung zwischen Art 8 EMRK und StaatsbürgerInnenschaft noch aus, dass das „Recht eine bestimmte Staatsangehörigkeit zu erlangen weder von dieser Bestimmung [Art 8 EMRK] mitumfass[t sei] noch eine ausreichende Nahebeziehung zu dieser oder einer anderen Bestimmung in der Konvention besteh[e].“<sup>45</sup> Diese Ansicht änderte sich jedoch im Laufe der Zeit, und ohne detailliert auf die Entwicklung der Judikatur einzugehen,<sup>46</sup> soll der Fokus hier auf die E *Genovese/Malta* gerichtet werden.<sup>47</sup>

Der Beschwerdeführer in *Genovese* war das Kind einer britischen Mutter und eines maltesischen Vaters, der jedoch weder die Vaterschaft zu seinem Kind anerkannte noch irgendeine Art von Beziehung zu seinem Kind wünschte. Das Kind wurde in Schottland geboren und hatte die britische Staatsangehörigkeit. Dennoch beantragte die Mutter für das Kind auch noch die maltesische StaatsbürgerInnenschaft. Dies wurde von den zuständigen Behörden mit dem Hinweis abgelehnt, dass der Vater des Kindes bis dahin seine Vaterschaft noch nicht anerkannt hatte. Darüber hinaus wurde die Mutter, zu einem späteren Zeitpunkt, von der maltesischen Regierung darüber informiert, dass selbst wenn der Vater die Vaterschaft anerkennen würde, dies keine positiven Konsequenzen für den gegenständlichen Fall hätte, da nach maltesischem Recht ein un-

43 VwGH 15.11.2000, 2000/01/0354.

44 VwGH 20.9.2011, 2009/01/0023.

45 EuKommMR 1.7.1985, 11278/84, *Familie K und W/Niederlande*: „the right to acquire a particular nationality is neither covered by, nor sufficiently related to, this [Art 8 ECHR] or any other provision of the Convention.“ (Übersetzung des Autors).

46 Vgl *Zimmermann/Landefeld*, Europäische Menschenrechtskonvention und Staatsangehörigkeitsrecht der Konventionsstaaten, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2014, 97 (98-100).

47 EGMR 11.10.2011, 53124/09, *Genovese/Malta*.

eheliches Kind nur dann die maltesische StaatsbürgerInnenschaft erlangen könne, wenn auch die Mutter maltesische Staatsangehörige sei.<sup>48</sup>

Der Beschwerdeführer behauptete in der Folge eine Verletzung von Art 8 sowie Art 14 EMRK. Der EGMR stellte fest, dass in diesem Fall zwar kein Familienleben bestehe, es jedoch möglich sei, dass die Verweigerung der Staatsangehörigkeit dennoch unter Art 8 EMRK subsumiert werden könne, weil dies Einfluss auf das Privatleben einer Person haben könne. Somit ist im Ergebnis die Reichweite des Rechts konzeptionell weit genug, um auch Aspekte der „sozialen Identität“ einer Person mit zu umfassen.<sup>49</sup>

Die Tatsache, dass der Aspekt der „sozialen Identität“ in den Schutzbereich von Art 8 EMRK fällt, wurde auch in der 2014 ergangenen E *Mennesson/Frankreich* wiederholt. In diesem Fall ging es um die rechtliche Anerkennung des Eltern-Kind-Verhältnisses bei einer ausländischen Leihmutterchaft. Das Gericht hielt darin fest, „[w]ährend Art 8 der Konvention nicht das Recht auf den Erhalt einer bestimmten Staatsangehörigkeit schützt, ist es dennoch der Fall, dass die Nationalität einen Aspekt der persönlichen Identität einer Person darstellt.“<sup>50</sup> Das Gericht verwies dabei explizit auf die Entscheidung *Genevose*. Darüber hinaus wurde in *Mennesson/Frankreich* auch festgehalten, dass die Unsicherheit bzgl der Möglichkeit, als französischeR StaatsangehörigeR anerkannt zu werden, ebenfalls „eine negative Auswirkung auf die Ausgestaltung der Identität dieser Person haben kann.“<sup>51</sup>

In Bezug auf § 28 Abs 2 StbG lassen sich in der Konsequenz folgende Überlegungen anstellen: Zunächst verweist das österreichische Gesetz ausdrücklich auf das Privat- und Familienleben, das einen Bewilligungsgrund für die Beibehaltung der ö StaatsbürgerInnenschaft darstellt. Mit dem Fall *Genevose* gibt es eine autoritative Interpretation von Art 8 EMRK, in der deutlich ausgesprochen wird, dass der Erwerb einer StaatsbürgerInnenschaft in den Schutzbereich von Art 8 EMRK fällt. Begründet wird dies damit, dass die StaatsbürgerInnenschaft Ausdruck der „sozialen Identität“ des/der Betroffenen ist. Wenn also schon der Erwerb der StaatsbürgerInnenschaft in den Schutzbereich von Art 8 EMRK fällt, muss dies umso mehr auch für den Verlust der StaatsbürgerInnenschaft gelten (*argumentum a fortiori!*). Dies bedeutet nicht notwendigerweise, dass jedeR, der/die die Beibehaltung der ö StaatsbürgerInnenschaft gem § 28 Abs 2 StbG beantragt, diese auch automatisch behalten kann. Personen, die zB in zweiter Generation die StaatsbürgerInnenschaft über einen Elternteil erhalten haben,

---

48 S für Österreich VfGH 29.11.2012, G 66/12 ua.

49 In den Worten des EGMR in *Genevose* Rz 33: „[w]hile the right to citizenship is not as such a Convention right and while its denial in the present case was not such as to give rise to a violation of Article 8, the Court considers that its impact on the applicant's *social identity* was such as to bring it within the *general scope and ambit of that Article*.“

50 EGMR 26.6.2014, 65192/11, *Mennesson/Frankreich* Rz 97: „Whilst Article 8 of the Convention does not guarantee a right to acquire a particular nationality, the fact remains that nationality is an element of a person's identity (see *Genevose v Malta*).“ vgl jedoch EGMR 21.05.2013, 14927/12 und 30415/12, *Febér und Dolník/Slowakei* Rz 40-43.

51 EGMR 26.6.2014, 65192/11, *Mennesson/Frankreich* Rz 97: „[...] have negative repercussions on the definition of their personal identity.“ (Übersetzung durch den Autor).

obwohl sie selbst eigentlich keine Bindung an Österreich mehr haben, werden sich wohl nicht erfolgreich auf Art 8 EMRK berufen können, wenn sie sich zu einem späteren Zeitpunkt in einen weiteren Staat einbürgern wollen.

Die Judikatur zu § 28 Abs 2 StbG vermittelt den Eindruck, dass das Argument der „sozialen Identität“ vom VwGH in einer E aus dem Jahr 2000 zumindest angedeutet wurde. So führte der VwGH aus, dass die Bf zwar in Österreich geboren wurde, jedoch Kindheit und Jugend in Kanada verbracht und somit auch ihre gesamte schulische Ausbildung dort erhalten hat. Sie studierte lediglich zehneinhalb Monate in Österreich, wobei sich die von ihr belegten Fächer mit englischsprachigem Kulturgut befassten. Der VwGH folgerte daraus, „dass die Beschwerdebehauptung, die Beschwerdeführerin habe ‚den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich‘, nicht stimmt.“<sup>52</sup> Im Ergebnis verneint der VwGH hier also die Existenz einer sozialen Identität.

Darüber hinaus kann hinterfragt werden, ob § 28 StbG idGF nicht auch gleichheitswidrig ist. Dies va im Hinblick auf die unterschiedliche Behandlung von verschiedenen Gruppen von Menschen. Am Beginn dieses Beitrags wurde auf die Gründe verwiesen, die das Verbot von DoppelstaatsbürgerInnenschaften rechtfertigen sollen. In diesem Zh wurde va ausgeführt, dass durch das Verbot mögliche Interessens- sowie Loyalitätskonflikte verhindert werden sollen. Dennoch erlaubt das StbG etwa beim StaatsbürgerInnenschaftserwerb durch Abstammung bei Geburt ohne weitere Einschränkungen DoppelstaatsbürgerInnenschaften. Die Frage, die sich dabei stellt und die allenfalls vom VfGH einem Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 140 B-VG zu unterziehen wäre, ist, ob eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung iSv Art 8 iVm Art 14 EMRK vorliegt oder eine Gleichheitswidrigkeit iSv Art 2 StGG, 7 B-VG.

Im Ergebnis lässt sich in Bezug auf Art 8 EMRK festhalten: In der Judikatur zu § 28 Abs 2 StbG hat Art 8 EMRK bisher keine Rolle gespielt, und dies, obwohl das StbG explizit auf das „Privat- und Familienleben“ als relevanten Bewilligungstatbestand verweist. Während der EGMR anfänglich eher zögerlich die Konvention iVm StaatsbürgerInnenschaft brachte, scheint hier über die Jahre eine Veränderung eingetreten zu sein. Im Lichte der neueren Judikatur des EGMR scheint es nötig, dass sich auch die ö Höchstgerichte, va der VfGH, mit dessen Auswirkungen speziell in Bezug auf das Verbot von DoppelstaatsbürgerInnenschaften gem §§ 27, 28 StbG auseinandersetzen.

#### 4. Schlussfolgerung und Ausblick

Im Zentrum dieser Abhandlung stand va jene Norm, mit der die ö Gesetzgebung im StbG 1985 eine Möglichkeit geschaffen hat, dass Personen unter best Voraussetzungen die ö StaatsbürgerInnenschaft behalten können, obwohl sie eine andere Staats-

---

52 VwGH 15.11.2000, 2000/01/0354.

bürgerInnenschaft annehmen. Im Lichte der neueren Rspr des EGMR zu Art 8 EMRK – „soziale Identität“ – wäre es wünschenswert, dass die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK in den Erkenntnissen des VwGH und VfGH zukünftig Beachtung findet; diesbezügliche Ansätze gab es beim VwGH bereits vor der wichtigen E *Genovese*.

Moderne Kommunikation und billige Transportmöglichkeiten erlauben es Menschen, selbst wenn sie in einem anderen Staat sesshaft werden, dennoch eng mit ihrem Heimatstaat verbunden zu bleiben. Das StbG erschwert es jedoch diesen Menschen sich voll in eine neue Gesellschaft zu integrieren bzw verlangt, dass sie sich zuerst von ihrer bisherigen Heimat lossagen müssen. Es wäre wünschenswert, wenn die Gesetzgebung in Bezug auf DoppelstaatsbürgerInnenschaften gem 28 StbG endlich aktiv werden würde und Österreich in der europäischen Normalität ankäme, wo der Erwerb einer neuen StaatsbürgerInnenschaft nicht mit dem Verlust der bisherigen StaatsbürgerInnenschaft einhergeht.<sup>53</sup>

Wenn die Gesetzgebung derzeit nicht für den großen Wurf bereit ist, könnte sie zumindest – in einem ersten Schritt – innerhalb der EU agieren, wo die Sorgen bezüglich Loyalitätskonflikten nicht mehr existieren sollten bzw stark reduziert sind. Das dt Staatsangehörigkeitsgesetz scheint dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, indem es DoppelstaatsbürgerInnenschaften innerhalb der EU automatisch zulässt.<sup>54</sup> Die ö Gesetzgebung hat bereits an verschiedenen Stellen des StbG dem Umstand Rechnung getragen, dass Österreich am europäischen Integrationsprozess teilnimmt. Eine Entwicklung in Richtung DoppelstaatsbürgerInnenschaft wäre auch im ureigenen Interesse Österreichs, um die Qualität der Demokratie zu bewahren und einem Trend zu begegnen, der immer mehr in Österreich lebende Menschen vom demokratischen Prozess ausschließt.

Dr. Clemens M Rieder ist Lecturer an der Queen's University Belfast; c.rieder@qub.ac.uk

---

53 *Kochenov*, European Law Journal 2011, 323 Fn 1.

54 § 12 Abs 2 Staatsangehörigkeitsgesetz, BGBl I S 1386.

# Effektiver Rechtsschutz vs öffentliche Sicherheit

## Zum Recht auf ein faires Verfahren in der europäischen Terrorbekämpfung

Martin Traußnigg

---

### 1. Einleitung

Das rechtsstaatliche Prinzip stellt im Verfassungsrecht moderner Demokratien die zentrale Ordnungsdoktrin für die Regelung hoheitlicher Gewalt dar. Es gewährleistet deren Ausübung innerhalb gesetzlicher Schranken unter Achtung der Grund- und Menschenrechte sowie unter wirksamer Kontrolle durch unabhängige bzw unparteiische Gerichte. Auf europäischer Ebene ist dieser „Vorrang des Rechts“ zunächst in Art 3 der Satzung des Europarats sowie in der Präambel der EMRK verankert. Als fundamentale gemeinsame Verfassungsüberlieferung aller EU-Mitgliedstaaten zählt die Rechtsstaatlichkeit ferner zu den Werten bzw allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf die sich die Union gründet. Bereits lange vor ihrer expliziten Nennung in den Präambeln des EUV bzw der GRC sowie in Art 2 EUV betonte der EuGH ihren materiellen Gehalt, indem er auf den Charakter der Union als „Rechtsgemeinschaft“ hinwies, in der „weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen“.<sup>1</sup> In ähnlicher Weise hebt auch der EGMR die Rechtsstaatlichkeit regelmäßig als zentrale, allen Artikeln der EMRK zugrunde liegende Leitidee hervor („the rule of law, a concept inherent in all the Articles of the Convention“).<sup>2</sup>

Seit dem Erstarken von *ISIL/Daesh* und den kürzlich unter Berufung auf diese Organisation verübten Anschlägen ua in Paris, Brüssel und Nizza ist das akute Erfordernis einer nachhaltigen Bekämpfung des internationalen Terrorismus erneut in das politische bzw gesellschaftliche Bewusstsein Europas gerückt. Allzu vielen der aktuell geplanten bzw bereits früher ergriffenen Maßnahmen ist jedoch die beunruhigende Tendenz gemein, das rechtsstaatliche Prinzip und die aus ihm resultierenden grundrechtlichen Mindeststandards aufgrund entgegenstehender Interessen der öffentlichen Sicherheit in unverhältnismäßiger Weise zu beschränken. Dem widersprechend versteht sich der vorliegende Beitrag gewissermaßen als Mahnung, auch und gerade in diesem sicherheitssensiblen Politikbereich stets den elementaren Rechtsgrundsatz *audiatur et altera pars* zu wahren – den Grundsatz rechtlichen Gehörs, der im europäischen Grund-

---

1 EuGH 23.4.1986, Rs 294/83, *Les Verts gegen Parlament* Rn 23.

2 Vgl bereits EGMR 25.6.1996, 19776/92, *Amuur gegen Frankreich* Rn 50.

rechtsschutz insb durch Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) bzw Art 47 GRC (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf) gewährleistet wird. Im Folgenden werden diese essentiellen Verfahrensgarantien einfürend erörtert und das heikle Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung öffentlicher Sicherheitsinteressen und der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes bzw fairer Verfahren anhand ausgewählter Judikatur des EGMR bzw des EuGH illustriert. Der Fokus liegt insb auf dem Interesse der vertraulichen Behandlung bestimmter Informationen bzw Beweise, dem in der Terrorbekämpfung zwar aus legitimen Gründen des Quellen- bzw Methodenschutzes der zuständigen Sicherheitsbehörden erhebliche Bedeutung zukommt, das jedoch stets im Einzelfall mit den subjektiven Rechtspositionen der betroffenen Individuen in Einklang zu bringen ist.

## 2. Rechtliche Grundlagen

Art 6 Abs 1 EMRK stellt eine höchst bedeutsame Ausprägung des in der Konvention generell zum Ausdruck kommenden rechtsstaatlichen Prinzips und der EMRK als *ordre public européen* dar. Diese Bestimmung gewährt „jedermann [einen] Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht.“ Ihr sachlicher Anwendungsbereich ist jedoch beschränkt auf Verfahren über „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ sowie „strafrechtliche Anklagen“. Diese Begriffe werden durch den EGMR in großer Kasuistik autonom interpretiert, um die Reichweite der Garantie nicht der Disposition der Vertragsstaaten zu überlassen.<sup>3</sup>

Auf Unionsebene findet der sog Grundsatz effektiven Rechtsschutzes seine Rechtsgrundlage in Art 47 GRC. Diese Bestimmung gewährt „jede[r] Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, [...] das Recht, [...] bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen [sowie] das Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“ Die Vorschrift stützt sich auf einen ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz (Art 6 Abs 3 EUV) und dokumentiert den Charakter der Union als „Rechtsgemeinschaft“. Sie baut ua auf Art 6 Abs 1 EMRK auf, ihr sachlicher Anwendungsbereich geht jedoch über diese Bestimmung hinaus, denn sie gewährt wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz unabhängig von der Art der Rechtsstreitigkeit.<sup>4</sup>

Die Schutzbereiche von Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 GRC umfassen zunächst den effektiven Zugang zu einer unabhängigen, unparteiischen, auf Gesetz beruhenden ge-

---

3 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) § 24 Rn 4ff.

4 Vgl *Eser in Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>4</sup> (2014) Art 47 GRC Rn 11, 26. Vgl auch die Erläut zu Art 47 GRC, ABl 2007 C 303/17.

richtlichen Instanz, also allgemeine Rechtsweggarantien. Ferner umfassen sie konkrete Verfahrensgarantien, und zwar insb die Garantie eines fairen, kontradiktorischen Verfahrens, verstanden iS einer umfassenden Waffen- bzw Chancengleichheit. Die Verfahrensbeteiligten sind demnach vor einseitigen Benachteiligungen zu schützen, indem ihnen gleichartige bzw gleichermaßen wirksame Mitwirkungsrechte einzuräumen sind. Dies kann insb dann problematisch sein, wenn betroffene Individuen VertreterInnen des öffentlichen Interesses gegenüberstehen. Es bedarf daher stets der Achtung der Verteidigungsrechte – also des Anspruchs auf rechtliches Gehör, der iW Ansprüche auf Unterrichtung und Stellungnahme umfasst, des Rechts auf Akteneinsicht sowie des Rechts auf Entscheidungsbegründung. Allerdings bedeutet die Gewährleistung eines „wirksamen Rechtsbehelfs“ bzw eines „fairen Verfahrens“ keinesfalls eine Erfolgsgarantie. Erforderlich ist nicht mehr, aber auch nicht weniger, als eine ernsthafte und unparteiliche Überprüfung zulässiger Rügen durch eine gerichtliche Instanz, die von dem für die behauptete Rechtsverletzung zuständigen Organ unabhängig ist. Ferner hat für den Fall einer festgestellten Rechtsverletzung eine adäquate Durchsetzungsmöglichkeit zu bestehen, der betreffende Hoheitsakt also rechtlich wie tatsächlich beseitigt werden zu können.<sup>5</sup>

Ergänzt werden diese allgemeinen justiziellen Verfahrensgarantien insb durch Art 6 Abs 2-3 EMRK und Art 48 GRC, die faire Strafverfahren sicherstellen, sowie Art 13 (Recht auf eine wirksame behördliche Beschwerde), Art 5 Abs 4 (Recht auf richterliche Haftkontrolle), Art 17 ZP EMRK (Recht auf ein faires Ausweisungsverfahren) und Art 41 GRC (Recht auf eine gute Verwaltung). Während die Konvention all ihre Vertragsstaaten verpflichtet, verpflichtet die Charta alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, also die gesamte unionale Hoheitsgewalt, sowie die Mitgliedstaaten, soweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln (Art 51 GRC).<sup>6</sup> In Österreich steht die EMRK seit ihres Inkrafttretens im September 1958 im Verfassungsrang.<sup>7</sup> Ferner sieht der VfGH die GRC im Anwendungsbereich des Unionsrechts „wie die Verfassung“ an.<sup>8</sup> Die EU ist bislang nicht Vertragspartei der Konvention, obwohl Art 59 Abs 2 EMRK dies grundsätzlich ermöglicht und Art 6 Abs 2 EUV sie sogar zum Beitritt verpflichtet.<sup>9</sup> Art 52 Abs 3 GRC enthält allerdings eine höchst bedeutende Kohärenzbestimmung, die das durch die EMRK – und damit durch den EGMR – gewährleistete Rechtsschutzniveau iS einer parallelen Auslegung der einander ent-

5 Vgl *Eser in Meyer*, Charta der Grundrechte<sup>4</sup> Art 47 GRC Rn 16ff, 34; *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 24 Rn 66ff.

6 Vgl EuGH 26.2.2013, Rs C-617/10, *Åklagare gegen Åkerberg Fransson*.

7 Vgl Art II Z 7 BVG, BGBl 1964/59.

8 Vgl VfGH 14.3.2012, U 466/11 und U 1836/11, *EU-Grundrechtecharta*.

9 Die Bedingungen des EMRK-Beitritts der Union werden seit langem diskutiert, sind grundsätzlich in Protokoll 8 zum Vertrag von Lissabon festgelegt und wurden zuletzt im Dezember 2014 durch den EuGH präzisiert. Vgl EuGH 18.12.2014, Ga 2/13, *Entwurf eines internationalen Übereinkommens zum Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK II)*.

sprechenden Rechte auf Unionsebene als Mindestgarantie verankert und somit den EMRK-Beitritt der Union gewissermaßen bereits materiell-rechtlich vollzieht.<sup>10</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass all die genannten Grundrechte Beschränkungen unterworfen werden können, sofern diese gesetzlich vorgesehen und verhältnismäßig, dh in Hinblick auf ein verfolgtes Allgemeininteresse – etwa die öffentliche Sicherheit – geeignet, erforderlich und angemessen sind, und den „Wesensgehalt“ des betreffenden Rechts wahren (explizit Art 52 Abs 1 GRC). Der konkrete Umfang der fraglichen Garantien hängt daher stets von den Umständen des Einzelfalls ab und ergibt sich im Detail aus der Judikatur des EGMR bzw des EuGH.<sup>11</sup>

### 3. Relevante Judikatur der europäischen Höchstgerichte

#### 3.1. EGMR *Chahal*

Ausgangspunkt der vorliegenden Betrachtung ist die Entscheidung des EGMR von November 1996 in *Chahal*.<sup>12</sup> Diese betraf – wie auch weitere im Folgenden erörterte Leitentscheidungen – das Vereinigte Königreich, wo der Einfluss der europäischen Höchstgerichte insb hinsichtlich Fragen der nationalen Sicherheit traditionell kritisch gesehen wird.<sup>13</sup>

Der betroffene Bf in *Chahal* war indischer Staatsbürger, seit rund 15 Jahren rechtmäßig in Großbritannien aufhältig und in zentraler Rolle in die Aktivitäten religiös-fundamentalistischer *Sikh*-Organisationen involviert. Im August 1990 wurde auf fremdenrechtlicher Grundlage eine Ausweisungsentscheidung gegen ihn erlassen, da er eine Gefahr für die öffentliche Ordnung bzw die nationale Sicherheit darstellte. Gegen diese Entscheidung stand ihm kein Rechtsmittel zur Verfügung. Von Amts wegen wurde lediglich ein *Advisory Panel* mit dem Fall befasst, im Rahmen dessen zwar eine Kurzfassung der Entscheidungsgründe, allerdings keine Beweise offengelegt wurden. Auch durfte sich der Bf weder anwaltlich vertreten lassen, noch wurde er über die unverbindliche Empfehlung des *Advisory Panels* an den *Home Secretary* informiert. Er wurde in Schubhaft genommen, wo er einen Asylantrag stellte und vorbrachte, im Falle seiner Rückkehr nach Indien von Verfolgung bzw Folter bedroht zu sein. Der Antrag wurde

---

10 Vgl *Borowsky in Meyer*, Charta der Grundrechte<sup>4</sup> Art 52 GRC Rn 29ff; *Grabemwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 4 Rn 9-11. Vgl auch die Erläut zu Art 52 GRC, ABI 2007 C 303/17.

11 Vgl *Borowsky in Meyer*, Charta der Grundrechte<sup>4</sup> Art 52 GRC Rn 18ff. Vgl auch die Erläut zu Art 52 GRC, ABI 2007 C 303/17.

12 EGMR 15.11.1996, 22414/93, *Chahal gegen das Vereinigte Königreich*.

13 Vgl allgemein zur Rechtslage im Vereinigten Königreich etwa *Birkinshaw*, Terrorism, Secrecy and Human Rights, in *Ziegler/Huber* (Hrsg), *Current problems in the protection of human rights: Perspectives from Germany and the UK* (2013) 233; *Metcalfe*, *Secret Evidence: Justice Report*, 10.6.2009, <http://justice.org.uk/secret-evidence/> (25.7.2016). Vor dem Hintergrund des positiven *Brexit*-Referendums im Juni 2016 und Premierministerin *Mays* Forderung aus der EMRK auszutreten, werden die zukünftigen Entwicklungen im britischen Sicherheitsrecht und deren grundrechtliche Dimensionen weiterhin aufmerksam zu beobachten sein. Zum aktuellen Zeitpunkt jedoch lassen sich diese kaum seriös abschätzen.

abgelehnt und dagegen erhobene Rechtsmittel blieben erfolglos. Die Dauer der Schubhaft betrug schlussendlich sechs Jahre.<sup>14</sup>

Der EGMR erkannte im Ergebnis Verletzungen von Art 3, Art 5 Abs 4 und Art 13 EMRK, wobei an dieser Stelle insb die Ausführungen zum Recht auf richterliche Haftkontrolle gem Art 5 Abs 4 EMRK von Relevanz sind.<sup>15</sup> Nach Rechtsansicht des EGMR waren die zuständigen nationalen Gerichte nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit der Situation des Bf effektiv zu überprüfen, da sie keinen Zugang zu dem gesamten Material („full material“) hatten, das der Ausweisungsentscheidung zugrunde lag. Zwar könne der Einsatz vertraulicher Informationen bzw Beweise bisweilen unvermeidlich („unavoidable“) sein, um legitime Interessen der öffentlichen Ordnung, der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung des Terrorismus zu schützen. Die allgemeine Bezugnahme auf diese Interessen könne jedoch nicht automatisch von der Einhaltung der Erfordernisse eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes befreien. Die bloße Beziehung eines *Advisory Panels*, vor dem wesentliche Grundsätze eines fairen Verfahrens nicht gewahrt worden seien und das nicht als „Gericht“ iSd Art 5 Abs 4 EMRK angesehen werden könne, sei nicht ausreichend gewesen. Schließlich legte der EGMR dem Vereinigten Königreich daher deutlich nahe, die Einführung bzw Anwendung bestimmter Mechanismen („techniques“) in Betracht zu ziehen, die es ermöglichen würden, legitime öffentliche Sicherheitsinteressen in billiger Weise mit den Verfahrensgarantien betroffener Individuen in Einklang zu bringen.<sup>16</sup>

Diesen Hinweis griff das Vereinigte Königreich in der Folge legislativ auf. Im Dezember 1997 wurde die *Special Immigration Appeals Commission (SIAC)* etabliert, ein höheres ordentliches Gericht, das für Rechtsbehelfe in jenen Fremdenrechtssachen zuständig ist, die die nationale Sicherheit berühren. Die für die SIAC maßgeblichen Rechtsvorschriften sehen die Einsetzung unabhängiger und als vertrauenswürdig eingestufte *Special Advocates* vor.<sup>17</sup> Diese *ad hoc*-Rechtsvertreter haben die Interessen betroffener Individuen insb in jenen Verfahrensteilen wahrzunehmen, die auf Verlangen des *Home Secretary* vertraulich geführt werden müssen. Sie erhalten zunächst stets die Gelegenheit, auf Grundlage bestimmter offenlegungsfähiger Informationen bzw Beweise mit der betroffenen Person bzw deren persönlicher Vertretung zu sprechen. Anschließend wird ihnen das fragliche vertrauliche Material bekanntgegeben. Fortan ist es ihnen strikt untersagt, ohne ausdrückliche Genehmigung der SIAC mit der Person bzw deren Vertretung zu kommunizieren. In einer nichtöffentlichen Sitzung – in Abwesenheit der Person bzw deren Vertretung, aber in Anwesenheit der *Special Advocates* – legt die SIAC

14 Vgl EGMR *Chahal* Rn 12ff.

15 Art 5 Abs 4 EMRK: „Jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht ethunlich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird.“

16 Vgl EGMR *Chahal* Rn 121, 130-131.

17 Vgl UK Special Immigration Appeals Commission Act 1997, 17.12.1997; UK Special Immigration Appeals Commission Procedure Rules 2003, 1.4.2003.

daraufhin fest, in welchem konkreten Umfang die Offenlegung vertraulichen Materials dem Allgemeininteresse entgegenstehen würde. In einer teilöffentlichen Verhandlung entscheidet sie schließlich über das Verfahren und erlässt zwei Urteile mit demselben Spruch, aber unterschiedlich detaillierter Begründung – ein vertrauliches, das bloß dem *Home Secretary* und den *Special Advocates* bekannt gegeben wird, und ein öffentliches.<sup>18</sup>

### 3.2. EGMR *A und andere*

In seiner Entscheidung in *A und andere* von Februar 2009 bestätigte der EGMR schließlich die EMRK-Konformität dieses *Special-Advocates*-Verfahrens.<sup>19</sup> Hintergrund des Urteils war, dass die britische Regierung im Dezember 2001 eine Erklärung gem Art 15 Abs 3 EMRK abgegeben hatte, um vom Recht auf persönliche Freiheit gem Art 5 Abs 1 EMRK zu derogieren. Zuvor war der *Home Secretary* gesetzlich dazu ermächtigt worden, ausländische Personen zu *Suspected International Terrorists* zu erklären, wenn der Verdacht bestand, dass sie eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellten.<sup>20</sup> Nach Ansicht der Regierung war die Derogation zwingend erforderlich, um jene Verdächtige präventiv bzw unbefristet inhaftieren zu können, deren Ausweisung nicht möglich und deren Anhaltung daher gem Art 5 Abs 1 lit f EMRK unrechtmäßig gewesen wäre.<sup>21</sup>

Der EGMR hatte sich mit Individualbeschwerden elf betroffener Personen zu befassen. Er anerkannte zunächst zwar das Vorliegen einer Notstandssituation gem Art 15 Abs 1 EMRK, erklärte die Derogationsmaßnahmen daraufhin jedoch für unverhältnismäßig, da sie zwischen britischen und anderen Staatsangehörigen unterschieden. Die generelle Gefahr terroristischer Anschläge sei nämlich sowohl von inländischen als auch von ausländischen Personen ausgegangen und habe daher nicht in angemessener Weise durch eine diskriminierende quasi-fremdenrechtliche Maßnahme geregelt werden können.<sup>22</sup> Daraufhin überprüfte der EMGR das *Special-Advocates*-Verfahren vor der SIAC, wo die Bf ihre Listung als Terrorverdächtige und die damit verbundene Freiheitsentziehung angefochten hatten. Er führte aus, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls und der dramatischen Auswirkungen langer bzw unbefristeter Haft das Recht auf richterliche Haftkontrolle gem Art 5 Abs 4 EMRK iW dieselben Garantien gewährleisten müsse wie Art 6 Abs 1 EMRK hinsichtlich strafrechtlicher Anklagen.<sup>23</sup> Von wesentlicher Bedeutung sei daher gewesen, dass in jedem Einzelfall so viel Material offengelegt wurde, wie möglich war, ohne die nationale Sicherheit oder die Sicherheit Dritter zu gefährden. War eine vollständige Offenlegung der fraglichen Informationen bzw Be-

18 Vgl hierzu allgemein *Metcalfe*, *Secret Evidence: Justice Report*, 10.6.2009 (Fn 13) 169ff.

19 EGMR 19.2.2009, 3455/05, *A und andere gegen das Vereinigte Königreich*.

20 Vgl UK Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, 14.12.2001.

21 Vgl EGMR *A und andere* Rn 8ff.

22 Vgl EGMR *A und andere* Rn 175ff.

23 Vgl EGMR *A und andere* Rn 217.

weise nicht möglich, so hätten die Bf dennoch die Gelegenheit erhalten müssen, die gegen sie erhobenen Vorwürfe effektiv zu bestreiten.<sup>24</sup> Insoweit sei festzustellen, dass die SIAC das gesamte relevante Material („all the relevant evidence, both closed and open“) heranziehen habe können, während den Bf bzw deren persönlicher Vertretung der Zugang zu den vertraulichen Angaben verwehrt worden sei. Diese seien jedoch den *Special Advocates* bekanntgegeben worden. Generell würden keine Hinweise dafür vorliegen, dass relevantes Material pauschal vertraulich behandelt worden sei. Den *Special Advocates* sei eine bedeutende Rolle beim Ausgleich („counterbalancing“) der Abwesenheit einer vollständigen Offenlegung und eines öffentlichen bzw kontradiktorischen Verfahrens zugekommen. Ob es ihnen jedoch tatsächlich möglich war, ihre Funktion in wirksamer Weise auszuüben, hänge von den Umständen der einzelnen Fälle ab. War es notwendig, den Großteil des relevanten Materials zurückzuhalten, so komme es insb darauf an, dass die verbliebenen offengelegten Angaben hinreichend spezifisch („sufficiently specific“) waren und keine bloß allgemeinen Behauptungen („purely general assertions“) darstellten, um den Bf zu ermöglichen, ihrer Vertretung bzw den *Special Advocates* nützliche Hinweise zu ihrer Verteidigung zu geben.<sup>25</sup>

### 3.3. EuGH ZZ

In weiterer Folge, in seiner Entscheidung in ZZ von Juni 2013, übernahm der EuGH den soeben skizzierten Rechtsschutzstandard in die Unionsrechtsordnung.<sup>26</sup> Im Rahmen dieses Verfahrens hatte er die RL 2004/38/EG (Freizügigkeits-RL) insb im Licht von Art 47 GRC auszulegen.<sup>27</sup> Die zentrale Rechtsfrage lautete, ob und in welchem Ausmaß die in einem Ausweisungsverfahren gegen eineN terrorverdächtigeN UnionsbürgerIn erhobenen – aber vertraulichen – Gründe bzw Beweise offenzulegen sind.

ZZ besaß die französische und die algerische Staatsbürgerschaft und war demnach gem Art 20 Abs 1 AEUV Unionsbürger. Er war mit einer Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs verheiratet, mit der er mehrere gemeinsame Kinder hatte, und hielt sich seit rund 15 Jahren rechtmäßig in Großbritannien auf. Als er im August 2005 nach Algerien reiste, entschied der *Home Secretary* aus Gründen der nationalen Sicherheit, sein Aufenthaltsrecht aufzuheben und ihm die Wiedereinreise zu verbieten. Gegen diese Entscheidung erhob ZZ eine Klage bei der SIAC, die im Rahmen des Verfahrens zwei *Special Advocates* zu seiner Vertretung bestellte und die Klage letztendlich abwies.<sup>28</sup> In

24 Vgl EGMR A und andere Rn 218.

25 Vgl EGMR A und andere, Rn 219-220.

26 EuGH 4.6.2013, Rs C-300/11, ZZ gegen *Secretary of State for the Home Department*. Vgl auch GA Bot 12.09.2012, Rs C-300/11, *Schlussanträge*.

27 RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl 2004 L 158/77 idF ABl 2004 L 229/35.

28 Vgl EuGH ZZ Rn 22ff.

ihrem öffentlichen Urteil führte sie insb aus, dass nur wenige der gegen ZZ erhobenen Vorwürfe offengelegt worden seien und dass diese nicht die wesentlichen Fragen betreffen. Aus Gründen, die nur im vertraulichen Urteil erläutert würden, sei sie jedoch der Überzeugung, dass das persönliche Verhalten von ZZ eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstelle, die ein Grundinteresse der Gesellschaft – nämlich die nationale Sicherheit – berühre.<sup>29</sup> ZZ legte Berufung beim *Court of Appeal of England and Wales* ein, der das Verfahren aussetzte und ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richtete. Dieses betraf die Auslegung von Art 30 Abs 2 Freizügigkeits-RL, wonach betroffenen UnionsbürgerInnen Entscheidungen über die Beschränkung ihres Freizügigkeitsrechts schriftlich mitzuteilen bzw „genau und umfassend“ zu begründen sind. Der EuGH führte insb aus, dass der Umstand, dass eine Entscheidung die nationale Sicherheit berühre, nicht für sich genommen zur Unanwendbarkeit des Unionsrechts führen könne.<sup>30</sup> Die konkrete Tragweite der fraglichen Bestimmung der Freizügigkeits-RL sei im Licht von Art 47 GRC zu ermitteln, der insb die Einhaltung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens erfordere. Demnach dürfe sich eine gerichtliche Entscheidung nicht auf Informationen bzw Beweise gründen, von denen die am Verfahren beteiligten Personen – oder eine von ihnen – keine Kenntnis hatten und zu denen sie daher nicht Stellung nehmen konnten.<sup>31</sup> Zwar könne es sich in Ausnahmefällen durchaus als nötig erweisen, der betroffenen Person bestimmte Angaben nicht mitzuteilen. In solchen Fällen obliege es jedoch den Mitgliedstaaten, zunächst ein sog *in-camera*-Zwischenverfahren vorzusehen, um dem zuständigen nationalen Gericht zu ermöglichen, von allen rechtlichen wie tatsächlichen Umständen Kenntnis zu nehmen und diese umfassend bzw objektiv zu überprüfen.<sup>32</sup> Zeige sich in diesem Verfahren, dass keine legitimen Sicherheitsinteressen vorliegen, so habe das Gericht der zuständigen Behörde die Möglichkeit einzuräumen, die betroffene Person nachträglich zu informieren. Komme die Behörde dem nicht nach, so habe das Gericht allein anhand der offengelegten Gründe bzw Beweise und damit wohl regelmäßig zugunsten der betroffenen Person zu entscheiden. Zeige sich hingegen, dass tatsächlich legitime Sicherheitsinteressen vorliegen, so müsse das Gericht verfahrensrechtliche Techniken und Regeln – wie etwa die Beziehung von *Special Advocates* – zur Verfügung haben, die es ihm ermöglichen, das Verfahren so transparent wie irgend möglich zu führen und die widerstreitenden Interessen der nationalen Sicherheit bzw der Vertraulichkeit bestimmter Angaben und das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz der betroffenen Person zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>33</sup>

---

29 Vgl [2008] UK SIAC 63/2007, *ZZ v Secretary of State for the Home Department* Rn 16-21. Vgl auch Art 27 Abs 2 Freizügigkeits-RL.

30 Vgl EuGH ZZ Rn 38.

31 Vgl EuGH ZZ Rn 53, 55-56.

32 Vgl EuGH ZZ Rn 59-62.

33 Vgl EuGH ZZ Rn 57-58, 63-64.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlange dabei insb, dass der betroffenen Person der wesentliche Inhalt der Entscheidungsgründe mitgeteilt werde, um ihr zu ermöglichen, zu diesen Stellung zu nehmen und sie anzugreifen. Dies jedoch gelte nicht in gleicher Weise für die Beweise, die der betreffenden Entscheidung zugrunde lägen. Im Einzelfall könne deren Offenlegung die nationale Sicherheit nämlich unmittelbar und stark beeinträchtigen, da etwa das Leben, die Gesundheit oder die Freiheit von InformantInnen gefährdet (Quellenschutz) oder die Ermittlungsmethoden der Sicherheitsbehörden enthüllt und damit unbrauchbar gemacht werden könnten (Methodenschutz). Zugleich sei jedoch stets zu berücksichtigen, ob und inwieweit Beschränkungen der Verteidigungsrechte der betroffenen Person die Beweiskraft zurückgehaltener Beweise beeinflussen könnten.<sup>34</sup>

### 3.4. EuGH *Kadi IV*

Schließlich ist der erörterte Rechtsschutzstandard von besonderer Bedeutung für Verfahren über die Verhängung bzw Aufrechterhaltung sog *targeted (smart) sanctions*. Dabei handelt es sich um außen- bzw sicherheitspolitisch motivierte restriktive Maßnahmen, die sich nicht pauschal gegen Drittstaaten, sondern gezielt gegen deren Führungsriegen oder sonstige Individuen bzw private Organisationen richten und darauf abzielen, bei möglichst effektiver Einflussnahme auf deren Handlungen negative Konsequenzen für Unbeteiligte zu vermeiden. Typischerweise umfassen derartige Maßnahmen das Einfrieren von Finanzmitteln bzw Reiseverbote.<sup>35</sup> Die EU ist für die Verhängung gezielter finanzieller Maßnahmen im Rahmen ihrer Außenwirtschaftskompetenz ausschließlich zuständig (Art 3 Abs 1 lit e AEUV). Die zentrale Rechtsgrundlage ist Art 215 Abs 2 AEUV. Die Maßnahmen ergehen gewöhnlich in Rechtsform von Verordnungen auf Basis intergouvernementaler GASP-Beschlüsse, und zwar entweder unionsautonom oder in Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrats.<sup>36</sup>

In seiner Entscheidung in *Kadi IV* von Juli 2013 übernahm der EuGH die in den Rechts-sachen *Chahal*, *A und andere* und *ZZ* entwickelten Kriterien für den Bereich der gezielten restriktiven Maßnahmen.<sup>37</sup> Hintergrund des Urteils war ein langer Rechtsstreit um einen saudi-arabischen Staatsbürger, dessen in der Union vorhandenes Vermögen wiederholt auf Grundlage des *Al-Qaida*-Sanktionsregimes des UN-Sicherheitsrats eingefroren worden war.<sup>38</sup> Der Betroffene erhob dagegen Nichtigkeitsklagen gem Art 263

34 Vgl EuGH ZZ Rn 65-68.

35 Vgl allgemein etwa *Cortright/Lopez* (Hrsg), *Smart sanctions: Targeting economic statecraft* (2002).

36 Vgl *Bungenberg* in von der *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*<sup>7</sup> (2015) Art 215 AEUV Rn 1ff.

37 EuGH 18.7.2013, verb Rs C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, *Kommission, Rat und Vereinigtes Königreich gegen Kadi (Kadi IV)*. Vgl auch GA Bot, verb Rs C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, *Schlussanträge*.

38 Vgl VO (EG) 881/2002 des Rates vom 27.05.2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, ABl 2002 L 139/9 idF ABl 2016 L 68/1. Vgl auch UN SR Resolution 1267 (1999) bzw aktuell 2253 (2015).

Abs 4 iVm Art 275 Abs 2 AEUV und machte insb geltend, nicht ausreichend über die gegen ihn vorliegenden Gründe bzw Beweise informiert und damit in seinen Grundrechten verletzt worden zu sein. Zum zweiten Mal in zweiter Instanz und nach insgesamt rund zwölf Jahren entschied der EuGH die *Kadi*-Saga letztlich endgültig zugunsten umfassender Verfahrensgarantien, indem er den skizzierten Rechtsschutzstandard differenziert adaptierte. Insb betonte er die Notwendigkeit, stets die „besonderen Umstände“ und den „Kontext“ der betreffenden Rechtsakte zu berücksichtigen. Er reflektierte demnach gleichermaßen das zentrale Allgemeininteresse der Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art 24 UN-Charta) samt der praktischen Herausforderungen der Zusammenarbeit zwischen den Unionsorganen und jenen des UN-Sicherheitsrats sowie das rechtsstaatliche Erfordernis eines umfassenden bzw effektiven Grundrechtsschutzes.<sup>39</sup>

Im Ergebnis müssen aus den betreffenden Entscheidungen der zuständigen Unionsbehörden stets die „einzelfallbezogenen, spezifischen und konkreten Gründe“ hervorgehen, aus denen sie die Verhängung bzw Aufrechterhaltung restriktiver Maßnahmen für notwendig erachten. Allerdings reicht es aus, wenn bloß einer der vorgebrachten Gründe für sich genommen hinreichend spezifisch, substantiiert und schwerwiegend ist, um die fragliche Maßnahme zu rechtfertigen.<sup>40</sup> Schlussendlich ist wiederum ein „angemessener Ausgleich“ zwischen den widerstreitenden Interessen der öffentlichen Sicherheit bzw der Vertraulichkeit bestimmter Angaben und dem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz der betroffenen Person anzustreben, insb durch die Einführung bzw Anwendung bestimmter gerichtlicher „Techniken und Regeln“, wie etwa der Beiziehung von *Special Advocates*.<sup>41</sup>

Im April 2015 wurde die Verfahrensordnung des gem Art 256 Abs 1 AEUV in erster Instanz für Nichtigkeitsklagen zuständigen EuG geändert und in deren Art 105 die E des EuGH in *Kadi IV* kodifiziert.<sup>42</sup> Ein institutionalisierter *Counterbalancing*-Mechanismus iSd erörterten Judikatur der europäischen Höchstgerichte wurde damit jedoch nicht etabliert und ist somit bislang sowohl auf Unionsebene als auch auf Ebene des Großteils der Mitgliedstaaten nicht vorhanden. Unklar bleibt schließlich gar, ob ein völlig überzeugender Mechanismus zum Ausgleich öffentlicher Sicherheitsinteressen mit dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes überhaupt existiert, da etwa auch das britische *Special-Advocates*-Verfahren trotz seiner Akzeptanz durch die Rspr bisweilen intensiv kritisiert wird.<sup>43</sup>

---

39 Vgl EuGH *Kadi IV* Rn 102ff.

40 Vgl EuGH *Kadi IV* Rn 116-119, 130.

41 Vgl EuGH *Kadi IV* Rn 125-129.

42 Vgl Verfahrensordnung des Gerichts, ABl 2015 L 105/1.

43 Vgl *Metcalfe*, Secret Evidence, Justice Report, 10.06.2009 (Fn 13) 169ff; *Murphy*, Secret Evidence in EU Security Law: Special Advocates before the Court of Justice? WPEL 2 (2012) 8ff.

#### 4. Schluss

Abschließend kann festgehalten werden, dass den primär in Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 GRC verankerten Verfahrensgarantien in der uni- bzw multilateralen europäischen Bekämpfung des internationalen Terrorismus erhebliche Bedeutung zukommt, die so manchen stets nach sicherheitsrechtlichen „Nachschärfungen“ strebenden politischen EntscheidungsträgerInnen in ihrer Tragweite wohl eher selten bewusst ist. Die umfangreiche relevante Judikatur des EGMR bzw des EuGH zeichnet ein anschauliches Bild dieser Bedeutung und demonstriert zugleich die Wirksamkeit des europäischen Grundrechtsschutzes hinsichtlich der Beseitigung objektiv unverhältnismäßiger – und damit unrechtmäßiger – Maßnahmen.

Letztlich müsste auch und gerade in diesem sensiblen politischen Bereich gelten, besonnen zu agieren, effektive sicherheitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, aber nicht den dauerhaften Ausnahmezustand zu proben und stets den eingangs erwähnten Rechtsgrundsatz *audiatur et altera pars* zu wahren, dessen simple Essenz bereits in *Senecas* Tragödie *Medea* anschaulich zum Ausdruck kam: „Wer etwas beschließt, ohne die andere Seite gehört zu haben, ist nicht gerecht, selbst wenn er etwas Gerechtes beschließt.“<sup>44</sup>

Mag. Martin Traußnigg ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Graz; martin.traussnigg@uni-graz.at

---

44 *Seneca*, *Medea* 200: „Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit.“

# Thema: FJT 2016 – Beiträge zur feministischen Rechtspolitik

## Vorwort

Isabell Doll / Ines Rössl / Maria Sagmeister<sup>1</sup>

---

„Die“ feministische Rechtswissenschaft gibt es nicht. Sie ist thematisch und in ihren theoretischen Prämissen divers und umfasst akademische, rechtspraktische und aktivistische Perspektiven, die sich wechselseitig bereichern. Ein Ort des Austausches und der Vernetzung feministisch-juristischer Theorien und Praxen im deutschsprachigen Raum ist seit den 1970er Jahren der Feministische Juristinnen\*tag, kurz FJT.

Der FJT findet seit 1978 jährlich statt und gibt feministisch fundierten Theoretikerinnen und Praktikerinnen aus den verschiedenen juristischen Berufen, sowie Studentinnen die Gelegenheit sich auszutauschen, miteinander zu arbeiten und eine Basis für langfristige Kooperationen aufzubauen. Durch den trinationalen Charakter (D, Ö, CH) der Konferenz bietet sie einen der wenigen Räume für die Erarbeitung von länderübergreifenden Strategien zur Förderung von Geschlechtergerechtigkeit. Im Mai 2016 fand der FJT erstmals in Österreich statt und lockte mehr als 300 Teilnehmerinnen nach Wien. Veranstaltet wurde die mehrtägige Konferenz vom Verein österreichischer Juristinnen und der Professur für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies an der Universität Wien. In Arbeitsgruppen, Podiumsdiskussionen und Workshops wurden zahlreiche Themen behandelt, von denen hier nur einige genannt werden sollen:<sup>2</sup> Eigentums- und Vermögensdelikte im Geschlechtervergleich, Familienrecht aus queerer Perspektive, Genderstereotypen im Arbeitsschutz, Opferrechte im Strafverfahren, Pornographie im Lichte neuer Medien, reproduktive Rechte, Gleichbehandlungsrecht, der Privilegienbegriff als theoretisches Konzept und Völkerrechtsinstrumente wie CEDAW und Istanbul-Konvention. Inhaltlicher Schwerpunkt der Tagung war das aktuelle Thema Flucht und Geschlecht. Dabei ging es ua um genderspezifische Aspekte des Flüchtlingsbegriffs und des Grenzregimes, die Unterbringung von geflüchteten

---

1 (Mit)Herausgeberinnen des Schwerpunkts.

2 Zum ausführlichen Programm: [www.feministischer-juristinnentag.de/programm-2016.html](http://www.feministischer-juristinnentag.de/programm-2016.html) (15.8.2016).

Frauen\* und LGBTI-Personen sowie um Geschlechter(de)konstruktionen in Asylverfahren.

Der vorliegende juridikum-Schwerpunkt nimmt den FJT 2016 zum Anlass, Schlaglichter auf die feministische Rechtswissenschaft zu werfen, die Beiträge sind von Vortragenden des diesjährigen FJT verfasst, wobei es sich in erster Linie um Beiträge mit konkret rechtspolitischem Bezug handelt.

Eröffnet wird der Schwerpunkt, wie auch die Tagung, von *Nora Markard*, die auf dem FJT über *Gender auf der Flucht* sprach. Sie versteht Verfolgung, Flucht und Ankunft in einem Kontinuum von Gewalt. Für jede dieser drei Dimensionen erzwungener Migration bespricht sie die spezifischen Probleme, mit denen Frauen\* dabei konfrontiert sind. In einem umfassenden Überblick fragt *Markard* insb auch nach den Anforderungen, die dadurch an das Recht sowie an die feministische Rechtswissenschaft und -politik gestellt werden.

Ein weiterer Beitrag, der sich dem Schwerpunktthema des FJT widmet, beschreibt die Problematiken von/mit Unterkünften geflüchteter Frauen in Deutschland. *Dorothee Frings* greift damit ein akutes Gewaltschutzproblem auf: Frauen\* sind in den Sammelunterkünften für Flüchtlinge nicht ausreichend vor Übergriffen geschützt. Intersektionalität zeigt sich hier in der prekären – rechtlichen wie auch alltäglichen – Situation geflüchteter Frauen als reales Problem. *Frings* kritisiert die mangelnde Umsetzung internationaler und unionsrechtlicher Regelungen.

*Anke Stelkens* stellt in ihrem Beitrag ein durch den Deutschen Juristinnenbund erarbeitetes Konzept für ein „Wahlarbeitszeitgesetz“ vor. Dieses soll im Bereich des Arbeitszeitrechts ermöglichen und anerkennen, dass Menschen im Laufe ihrer Erwerbsbiographie nicht nur bezahlte, sondern auch gesellschaftlich notwendige unbezahlte Arbeit – zB Pflege, Weiterbildung, Selbstsorge und zivilgesellschaftliches Engagement – leisten. Es geht also um ein klassisches Thema feministischer Rechtswissenschaft.

Der Beitrag von *Kristina Marlen* wiederum beschreibt ein Feld, in dem zwar (derzeit) vorwiegend Frauen ihren Lebensunterhalt verdienen, das allerdings auch innerhalb der Frauenbewegung nicht immer als Arbeit konzipiert wurde und wird: Sexarbeit. Die politischen Debatten fokussieren in der Regel auf Frauen, die in der Sexarbeit tätig sind. *Kristina Marlen* nimmt einen Perspektivenwechsel vor und stellt die Frage nach Frauen als Kundinnen von Sexarbeit. Inwiefern kollidiert die Vorstellung von Frauen, die Sex kaufen, mit gängigen Bildern von weiblicher Sexualität? Damit knüpft der Beitrag an eine lange Tradition feministischer Kritik an, die – in den letzten Jahren zusätzlich befeuert durch queere Perspektiven – die (Re-)Produktion von Geschlechterstereotypen in den Blick nimmt.

Der Schwerpunkt schließt mit den im Zuge des FJT 2016 beschlossenen *Resolutionen und Fachstellungennahmen*, die somit einer größeren Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.

Die Beiträge des Schwerpunkts spiegeln einige gegenwärtig zentrale Diskussionspunkte in den feministischen Rechtswissenschaften wider: das Verhältnis von Lohn- und Sorgearbeit, das Recht auf selbstbestimmte Sexualität sowie auf Schutz vor Gewalt und Ausbeutung, der Kampf – auch und gerade im Migrationskontext – um die umfassende und wirksame Anerkennung der Menschenrechte von Frauen\* und LGBTI-Personen, die (Re-)Produktion von Geschlechterstereotypen, transnationale Perspektiven auf Ungleichheiten und Ausschlüsse, das intersektionale Zusammenwirken von Machtverhältnissen und die Ambivalenz von Kategorien.

Feministische Rechtswissenschaft bedeutet ua, die (Re-)Produktion von Ausschlüssen und Ungleichheiten im und durch das Recht kritisch unter die Lupe zu nehmen. Machtverhältnisse und Hierarchisierungen sind ihr täglich Brot. Gerade in Zeiten, in denen (rechts-)politische Diskurse von einem Sprechen über „die Anderen“ durchzogen sind und die Erosion grundrechtlicher Errungenschaften ständig voranschreitet, bedarf es einer feministischen Rechtswissenschaft, welche die Verwobenheit emanzipatorischer Anliegen mitdenkt. Während andernorts im Namen des Feminismus lautschreiend Einschränkungen in die Rechte von Migrant\*innen gefordert werden, bezieht der FJT in seiner ohne Gegenstimme beschlossenen Resolution klar Position und spricht sich „dezidiert gegen die Instrumentalisierung feministischer Anliegen für rassistische Hetze“ aus.

Der nächste FJT findet übrigens im Frühjahr 2017 in Hamburg statt. Die Debatten werden fortgeführt.

Mag.<sup>2</sup> Isabell Doll arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie an der Universität Wien; [isabell.doll@univie.ac.at](mailto:isabell.doll@univie.ac.at)

Mag.<sup>2</sup> Ines Rössl arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Legal Gender Studies an der Johannes Kepler Universität Linz und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; [ines.roessl@jku.at](mailto:ines.roessl@jku.at)

MMag.<sup>3</sup> Maria Sagmeister arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie an der Universität Wien und ist Mitherausgeberin des *juridikum*; [maria.sagmeister@univie.ac.at](mailto:maria.sagmeister@univie.ac.at)

# Gender auf der Flucht

Eröffnungsvortrag auf dem 42. FJT<sup>1</sup>

Nora Markard

---

Was ist zum Thema Flucht und Asyl aus feministisch-juristischer Sicht zu sagen, was kann gerade die feministische Perspektive hier an Unsichtbarem sichtbar machen? Welche Aufgaben stellen sich hier für uns als feministische Juristinnen in unserem Kampf gegen Exklusionen?

Ausgehend von der Prämisse, dass Flucht vor Verfolgung kein Bruch ist, sondern ein Schritt in einem Kontinuum der Gewalt, möchte ich Sie und Euch auf eine Reise durch drei Phasen mitnehmen: die *Verfolgung* im Herkunftsland (1.), die *Flucht* (2.) und die *Ankunft* in Europa (3.). Ich werde jeweils skizzieren, was in diesen Phasen passiert und wie das Recht hierauf reagieren kann. Dabei wird der Schwerpunkt auf Kriegsflüchtlingen liegen.

Ich möchte zeigen, dass Flucht insofern ein Thema für die feministische Rechtswissenschaft und -praxis ist, als Frauen und Mädchen hiervon spezifisch betroffen sind, dass uns aber die rechtswissenschaftlichen Geschlechterstudien auch mit dem Instrumentarium ausgestattet haben, über die Kategorie „Frauen“ hinaus die Gewalt der Vergeschlechtlichung in vielerlei Dimensionen und in ihren Interdependenzen mit anderen Kategorisierungen zu erkennen.

## 1. Verfolgung im Heimatland

### 1.1. Wer ist „Kriegsflüchtling“?

Kriegsflüchtlinge gelten oft als das Gegenteil von „politischen“ Flüchtlingen; und tatsächlich fliehen sie auch vor allgemeiner Unsicherheit, Not und Gewalt, sog Kollateralschäden eines Krieges. Doch Konfliktparteien setzen Gewalt gegen Zivilpersonen auch gezielt ein – etwa um allgemeinen Terror zu verbreiten, die Kämpfenden zu belohnen oder die Zivilpersonen für die (vermeintliche) Unterstützung der anderen Seite zu bestrafen. Neben Mord, Raub, Vertreibung droht insbesondere jungen Männern, teilweise auch Kindern, die Zwangsrekrutierung. Frauen und Mädchen werden mit Kämpfern

---

<sup>1</sup> Eröffnungsvortrag auf dem 42. Feministischen Juristinnentag, Wien, 6.5.2016, gekürzt und um ausgewählte Fußnoten ergänzt. Insb der erste Teil stützt sich auf Markard, Kriegsflüchtlinge (2012). Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

zwangsverheiratet, entführt oder in den bewaffneten Gruppen für häusliche Arbeit oder Prostitution ausgebeutet.

Gewalt droht aber nicht nur von Seiten der Kriegsparteien: Die Unsicherheit bringt Profiteur\*innen hervor, die im Schatten des Krieges gewaltsam Geschäfte machen. Zwangsverheiratungen werden – freiwillig oder unter Druck – teilweise durch die eigene Familie durchgesetzt; in ethnisierten Konflikten werden die Geschlechterrollen oft enger. Zudem endet die Vorkriegsgewalt, etwa gegen LGBTI\*-Personen, nicht mit dem Kriegsausbruch; häusliche Gewalt steigt sogar oft an.<sup>2</sup>

Die Gewalt ist damit teils konfliktbezogen, teils findet sie im Kontext des Konflikts statt und teils als Kontinuum der Vorkriegsgewalt. Sie wird willkürlich oder gezielt eingesetzt. Sie droht manchmal aus geschlechtsspezifischen Gründen, wie die Zwangsrekrutierung junger Männer oder die Zwangsverheiratung von Frauen und Mädchen, und manchmal in geschlechtsspezifischen Formen, wie zB in Form sexualisierter Gewalt gegen Frauen und Mädchen. Die Täter sind häufig Männer, aber auch Frauen, manchmal Angehörige der eigenen Familie oder Community. „Der Kriegsflüchtling“ bietet damit ein komplexes Bild.

## 1.2. Der Flüchtlingsbegriff

Wie geht nun das Recht mit diesem komplexen Sachverhalt um? Das zentrale rechtliche Instrument auf internationaler Ebene ist die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von 1951. Sie war das erste universell formulierte Instrument für Flüchtlinge, beschränkte sich allerdings zunächst auf Ereignisse vor 1951 und ermöglichte eine geographische Begrenzung auf Ereignisse in Europa. Erst das Protokoll von 1967 hob diese Beschränkungen auf (existierende geographische Beschränkungen durften beibehalten werden). Die GFK-Definition des Flüchtlings wurde 2004 in der sog Qualifikationsrichtlinie für die EU-Mitgliedstaaten verbindlich konkretisiert.

Nach Art 1 GFK ist Flüchtling jede Person, die begründete Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Überzeugung hat, gegen die sie den Schutz ihres Landes nicht erlangen kann. Die *Furcht* vor Verfolgung muss also *begründet* sein, dh es bedarf eines realen Risikos, dass der Flüchtling bei der Rückkehr in das Herkunftsland verfolgt würde. Als *Verfolgung*, dies ist inzwischen anerkannt, zählen schwere Menschenrechtsverletzungen oder eine Vielzahl kleinerer Menschenrechtsverletzungen, die in der Summe ebenso schwer wiegen. Zudem muss die befürchtete Verfolgung diskriminierend sein, dh sie muss (jedenfalls auch) *wegen* eines der fünf *Konventionsgründe* drohen. Dabei genügt es, wenn zB die Religion oder die politische Überzeugung nur zu-

---

2 Vgl *Zwingel*, Was trennt Krieg und Frieden? Gewalt gegen Frauen aus feministischer und völkerrechtlicher Perspektive, in *Harders/Roß* (Hrsg), Geschlechterverhältnisse in Krieg und Frieden. Perspektiven der feministischen Analyse internationaler Beziehungen (2002) 175 (178f).

geschrieben werden. Und schließlich kann sich auf Schutz im Ausland nur berufen, wer im eigenen Land *schutzlos* ist – entweder weil der Staat der Verfolger ist, oder weil er nicht willens oder nicht in der Lage ist, Schutz zu gewähren.

### 1.3. Geschlecht als flüchtlingsrechtliche Kategorie

Diese Definition klingt recht offen, doch war es zur Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung eine lange Reise. Das mag zunächst überraschen, denn erst 1948 war die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) verabschiedet worden, deren Gleichheitsklausel in Art 1 AEMR im englischen Original nicht das bis dahin übliche „All men“ verwendet, sondern die eindeutig geschlechtsneutrale Formulierung „All human beings“,<sup>3</sup> die in Art 2 AEMR durch ein Verbot der Diskriminierung ua wegen des Geschlechts ergänzt wird.

Die Aushandlung der GFK drei Jahre später war jedoch geprägt von den Erfahrungen mit Ermordung, Flucht und Vertreibung im Zweiten Weltkrieg, wie die Liste der Verfolgungsgründe zeigt: „Rasse, Religion, Nationalität, [...] politisch[e] Überzeugung“ – dazu ein neuer Grund, den es bisher nicht gab: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“. Die alerte Feministin merkt sofort: Geschlecht fehlt! Und immer wenn etwas nicht explizit drinsteht, fällt es hinten runter. So war es auch hier – zunächst.

Die Auslegung des Flüchtlingsbegriffs war geprägt durch das „männliche Paradigma“.<sup>4</sup> Verfolgung wurde verstanden als Ausgrenzung durch den Staat und damit als etwas, das in der öffentlichen Sphäre stattfindet; sexistische Menschenrechtsverletzungen im Privaten blieben unterbelichtet. Auch sexualisierte Gewaltformen wurden als privater Übergriff verstanden – selbst wenn sie durch Amtsträger oder zum Zwecke politischer Folter begangen wurden. Der paradigmatische Flüchtling war damit, gerade vor dem Hintergrund des sich entwickelnden Kalten Krieges, der politisch aktive Mann.

In den 1990ern erreichte die internationale Frauenbewegung mit ihrer Kampagne „Frauenrechte sind Menschenrechte“<sup>5</sup> die zunehmende Anerkennung der Geltung von Menschenrechten auch in der privaten Sphäre, die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht auch bei privater Gewalt sowie ein Verständnis sexualisierter Gewalt als Mittel der Kriegsführung oder der Folter. Diese Entwicklung ging auch am Flüchtlingsrecht

---

3 Wie die Kommissionsvorsitzende *Eleanor Roosevelt* später berichtete: „If we say ‘all men’ when we get home it will be all men.“ *Dies*, Making Human Rights Come Alive. Speech To Pi Lambda Theta, Columbia University, 30.3.1949, verfügbar unter: <http://gos.sbc.edu/r/eleanor1.html> (5.7.2016).

4 So schon früh *Greatbach*, The Gender Difference: Feminist Critiques of Gender Discourse, IJRL 1989, 518; im deutschen Raum *Jensen*, Frauen im Asyl- und Flüchtlingsrecht (2003) 28; resümierend *Haines*, Gender-related Persecution, in *Feller et al* (Hrsg), Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection (2003) 319 (326).

5 Nachweise bei *Markard/Adamietz*, Herausforderungen an eine zeitgenössische feministische Menschenrechtspolitik am Beispiel sexualisierter Kriegsgewalt, KJ 2008, 257 (258f).

nicht vorbei: Sexualisierte Gewalt wurde nicht nur als Verfolgungshandlung anerkannt, sondern auch Geschlecht als Verfolgungsgrund.<sup>6</sup>

Anknüpfungspunkt war der Konventionsgrund der „bestimmten sozialen Gruppe“, zu dem sich in der Rechtsprechung zwei Auslegungsrichtungen ausgeprägt haben: Am Wortlaut orientiert sich der *Social-perception*-Ansatz, nach dem Gruppen dann bestimmte soziale Gruppen sind, wenn sie von der Gesellschaft als anders angesehen werden. Orientiert an den anderen Konventionsgründen und dem Zweck der GFK ist dagegen nach dem *Protected-characteristics*-Ansatz eine bestimmte soziale Gruppe durch ein Merkmal verbunden, das entweder als unveränderlich (wie bei Rasse oder Nationalität) oder so bedeutsam für die Identität angesehen wird, dass ein Verzicht nicht verlangt werden darf (wie bei Religion oder politischer Überzeugung).

Dass das weibliche Geschlecht unter beide Definitionen zu subsumieren ist, ist inzwischen praktisch unstrittig; es gilt in sexistischen Gesellschaften als relevante Differenz, die eine Gruppe formiert, und es kann entweder als (zB chromosomal) unveränderlich begriffen werden oder als so identitätsprägend, dass ein Verzicht nicht verlangt werden darf.

#### 1.4. Potentiale

Doch wir können noch genauer hinschauen – und der Begriff der „bestimmten sozialen Gruppe“ bietet hierfür durchaus Potential.

Zum einen ist es kein Problem, bei der Flüchtlingsanerkennung Intersektionalität zu berücksichtigen, sei es über eine Kombination mit weiteren Konventionsgründen oder indem Untergruppen von „Frauen“ formuliert werden. Allerdings wird dieses Konzept, soweit ersichtlich, selten explizit in Bezug genommen.<sup>7</sup> Diese Unterreflexion scheint auch zu dogmatischen Problemen zu führen. So werden Gruppen teilweise unnötig eng formuliert, zB als „young women of the Tchamba-Kusunti Tribe who have not had FGM, as practiced by that tribe, and who oppose the practice“.<sup>8</sup> Doch die Gruppe muss iSd GFK nicht so gefasst werden, dass jedes Mitglied auch begründete Furcht vor Verfolgung hat; ein Verfolger, der seine Frau schlägt, handelt ja nicht weniger sexistisch, nur weil er nicht auch jede *andere* Frau schlägt, die er trifft. Positivbeispiele, zB beim Umgang mit Tamilen, denen auf der Grundlage eines Zusammenspiels von Alter, Geschlecht und Ethnizität eine LTTE-Mitgliedschaft zugeschrieben wird,<sup>9</sup> zeigen dagegen, wie Intersektionalität den Blick dafür schärfen kann, wie Diskriminierung funktioniert.

---

6 UNHCR, Richtlinie Geschlechtsspezifische Verfolgung (2002), paras 9, 30; Richtlinie bestimmte soziale Gruppe (2002), para 12. Beides ist inzwischen auch in der EU-QualifikationsRL bindend festgeschrieben.

7 Ausführlich Markard, Persecution for reasons of Membership of a Particular Social Group: Intersectionality *avant la lettre?* Sociologia del diritto 2016, im Erscheinen.

8 US Board of Immigration Appeals, *Matter of Kasinga*, 21 I&N Dec 357 (1996).

9 Nw in Markard, Sociologia del diritto 2016.

Zum anderen: Wo erst einmal ein „crack in the wall“<sup>10</sup> ist, lässt sich der Hebel weiter ansetzen. So ist inzwischen auch die Verfolgung wegen der Geschlechtsidentität oder der sexuellen Orientierung anerkannt; 2013 stellte der EuGH klar, dass von einem Flüchtling nicht verlangt werden darf, seine oder ihre sexuelle Orientierung zu verbergen, um der Verfolgung zu entgehen.<sup>11</sup> Mit der Anerkennung von Alter<sup>12</sup> oder Klasse bzw. Schicht<sup>13</sup> geht die Flüchtlingsdefinition teils sogar über den Stand des allgemeinen Antidiskriminierungsrechts hinaus.

### 1.5. Herausforderungen

Doch das männliche Paradigma ist erwartungsgemäß nicht über Nacht verschwunden, und selbst die grundsätzliche Anerkennung von LGBTI\*-Flüchtlingen hat die Probleme teils nur verschoben; sie müssen nun beweisen, „wirklich“ schwul oder lesbisch zu sein. Obwohl der EuGH klarstellte, dass die behördliche Befragung nicht gegen die Menschenwürde verstoßen darf,<sup>14</sup> stellen sich weiter Probleme der Stereotypisierung und Kulturalisierung, wenn etwa eine Behörde oder ein Gericht sich fragt, ob eine „richtige“ Lesbe oder ein „richtiger“ Schwuler (oder „richtiger arabischer Schwuler“?) sich nicht anders verhalten würde.

Das Essentialisierungsproblem ist Antidiskriminierungskategorien zu einem gewissen Maße inhärent; sie sind tendenziell darauf angelegt, dass eine Person zeigt, dass sie zu einer diskriminierten Gruppe gehört. Hier sehe ich eine wesentliche Herausforderung für eine feministische Rechtswissenschaft im Flüchtlingsrecht: Wir müssen bei der Anerkennung Raum für nichtkonforme Identitäten und Orientierungen freihalten, indem wir unseren Kampf gegen Exklusionen in die Rechtsnormen tragen und ein nicht essentialistisches Verständnis von Diskriminierungskategorien entwickeln. Das Problem ist dann nicht, dass eine Person zu der Gruppe *gehört*, die verfolgt wird, sondern dass sie einer Gruppe *zugeordnet* wird und daran negative Folgen geknüpft werden – unabhängig davon ob es die Gruppe wirklich gibt und ob *die Person selbst* sich ihr ebenfalls zuordnet. Mit *Adamietz*<sup>15</sup> wird dann das Problem sichtbar, dass ich – jedenfalls nach Sicht des Verfolgers oder der Verfolgerin – nicht zu den *Erwartungen* passe, die an die Gruppe gestellt werden, der ich zugeordnet werde.

10 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989) 244.

11 Vgl. *Markard*, EuGH zur sexuellen Orientierung als Fluchtgrund. Zur Entscheidung „X, Y und Z gegen Minister voor Immigratie en Asiel“ vom 7.11.2013, *Asylmagazin* 2013, 402 mwN.

12 Vgl. ausführlich *Löhr*, *Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs* (2009).

13 Vgl. ausführlich *Foster*, *International Refugee Law and Socio-economic Rights: Refuge from Deprivation* (2009).

14 EuGH 2.12.2014 (GK), C-148/13, A, B, C / *Niederlande*, NVwZ 2015, 132, mit Anm. *Markard*.

15 *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität* (2011).

## 1.6. Kriegsgewalt, flüchtlingsrechtlich analysiert

Wie können wir nun also Kriegsgewalt flüchtlingsrechtlich analysieren – empirisch, geschlechtertheoretisch und intersektional informiert? Die erste, grundlegende Einsicht lautet: Kriegsgewalt ist nicht automatisch willkürlich, sie wird auch diskriminierend gegen Zivilpersonen eingesetzt. Es bedarf daher einer empirisch informierten, differenzierten Untersuchung, wem warum welche Gefahr droht.

Genau hinsehen müssen wir zweitens auch bei geschlechtsspezifischer Verfolgung: Geschlecht kann zum einen die Gewalt *motivieren*, wenn etwa Frauen gerade wegen der ihnen zugeschriebenen Eigenschaften und Rollen verletzt werden (zB Zwangsehe, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit im häuslichen Bereich, sexuelle Versklavung usw). Zum anderen gibt es geschlechtsspezifische Gewaltformen, die manchmal ebenfalls wegen des Geschlechts eingesetzt werden (zB erzwungene Genitalbeschneidung), die aber auch als Mittel zur Folter oder als Teil eines ethnisch, religiös oder politisch motivierten Angriffs dienen können (zB Vergewaltigung). Nicht immer wenn Frauen betroffen sind, geht es – primär – um Geschlecht.

Es lohnt sich aber drittens, noch genauer hinzusehen: Wenn etwa im Rahmen „ethnischer Säuberungen“ oder religiös begründeter Konflikte Männer getötet und Frauen vergewaltigt werden, hat das durchaus viel mit Geschlecht zu tun. Hier zeigt sich auch die Intersektionalität von Geschlecht; etwa bei der Anknüpfung an geschlechtsbezogene religiös oder kulturell begründete Reinheitsvorstellungen, die dazu führen, dass die Betroffenen aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden; oder an die Vorstellung, dass Männer die Träger einer Ethnizität sind, während Frauen damit „infiziert“ werden können; oder bei der sexuellen Inbesitznahme von Frauen als symbolischer Inbesitznahme der Gemeinschaft, als „Kommunikation zwischen Männern“.<sup>16</sup> Dies gilt auch für Gewalt gegen Männer: So knüpft etwa die Zwangsrekrutierung junger Männer an intersektionale Männlichkeitsbilder vom potentiellen Kämpfer an, die gerade in ethnisierten Konflikten Männer umgekehrt auch in Lebensgefahr bringen. Ebenso wird, wenn sexualisierte Gewalt gegen Männer dominante und marginalisierte Männlichkeiten herstellt, indem etwa das Opfer symbolisch feminisiert wird, auch an die Heteronormativität des Geschlechts angeknüpft.<sup>17</sup>

## 1.7. Subsidiärer Schutz

Wenn die Gewalt auch bei näherem Hinsehen nicht gezielt oder diskriminierend ist, aber ebenso schwer wiegt wie Verfolgung iSd GFK, kann humanitärer Schutz gem nationalem Recht oder das menschenrechtliche Abschiebeverbot, das der EGMR aus Art 3 EMRK entwickelt hat, greifen. Diese Schutzmechanismen sind in der EU-

---

<sup>16</sup> S etwa *Carpenter*, Gender-Based Violence Against Civilian Men, Security Dialogue 2006, 83 (89f). Zitat von *Brownmiller*, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (1975).

<sup>17</sup> Hierzu *Markard/Adamietz*, KJ 2008.

QualifikationsRL als sog „subsidiärer Schutz“ harmonisiert worden, einschließlich einer expliziten Schutzregelung für Kriegsflüchtlinge, die als Zivilpersonen von „willkürlicher“ Gewalt bedroht sind.

Die Statusrechte für subsidiär Schutzberechtigte bleiben jedoch hinter jenen für Flüchtlinge zurück, zB beim Familiennachzug. Daher macht es einen Unterschied, ob man Flüchtling im Rechtssinne ist oder nicht. In Deutschland wird nun auch bei syrischen Bürgerkriegsflüchtlingen wieder im Einzelfall geprüft, ob ggf nur subsidiärer Schutz zu gewähren ist.

## 2. Gewalt und Ausbeutung auf der Flucht

### 2.1. Gefahren im Transit

Im „Kontinuum der Gewalt“ endet die Gefahr nicht mit Verlassen des Herkunftslandes. Was passiert also nach dem Grenzübertritt?

Geschätzte 80 % der Flüchtlinge weltweit bleiben in der Region, dh in der Regel in Ländern des Globalen Südens. Manche dieser Länder haben, wie zB Libyen, die GFK nicht ratifiziert, in der Türkei gilt sie nur für Flüchtlinge aus Europa. Flüchtlinge haben dort oft einen prekären Status, kaum Zugang zum Arbeitsmarkt und geringe Bildungsmöglichkeiten. Das Leben in international verwalteten Lagern bedeutet nicht nur über Jahre sehr limitierte Gestaltungsmöglichkeiten, sondern geht auch mit spezifischen Gefahren einher: häuslicher oder sexualisierter Gewalt gegen Frauen und Kinder, homosozialer Gewalt zwischen Männern, Ausbeutung in prekären, oft illegalen Arbeitsverhältnissen oder „Survival Sex“ für materielle Güter oder Sicherheit.<sup>18</sup> Aber auch das Leben außerhalb von Lagern ist gefährlich. Berichtet wird von Ausbeutung, gewaltsamen Übergriffen, systematischer Inhaftierung, Misshandlung durch Behörden, sowie von Rückschiebungen über die Grenze. Doch auch die Weiterflucht ist mit Entbehrungen verbunden,<sup>19</sup> oft ist sie lebensgefährlich. Schleuser kosten Geld; dies bedeutet eine schichtspezifische Reichweite der Fluchtmöglichkeiten und erhöht die Vulnerabilität, va wenn auf der Flucht neue Ressourcen generiert werden müssen. Auch von Mitflüchtenden geht Gewalt aus. Manche Frauen berichten, sie hätten sich als Männer ausgegeben oder sich nicht mehr gewaschen, um Übergriffen zu entgehen. Wegen dieser Gefahren und Kosten sind es oft junge Männer, zT unbegleitete Minderjährige, die sich den lebensgefährlichen Überfahrten aussetzen müssen, um später die Familie nachzuholen; dies bedeutet gleichzeitig, dass Frauen, Ältere und Kinder oft allein im Transitland zurückbleiben.

---

18 Ausführlich *ICMPD*, Targeting Vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons. A Study of Syria, Turkey, Lebanon, Jordan and Iraq (Dez 2015). S auch *Amnesty International*, Lebanon: Refugee women from Syria face heightened risk of exploitation and sexual harassment, 2.2.2016.

19 *Amnesty International*, Female refugees face physical assault, exploitation and sexual harassment on their journey through Europe, 18.01.2016; *UNHCR*, Report warns refugee women on the move in Europe are at risk of sexual and gender-based violence, Presseerklärung v 20.1.2016.

Flucht ist damit nicht nur die Rettung vor Verfolgung, sondern vielfach auch an sich gefährlich und traumatisierend.

## 2.2. Rechtlicher Umgang mit Gefahren im Transit

Für das Flüchtlingsrecht und die menschenrechtlichen Abschiebeverbote sind nur die Gefahren im Heimatland bzw Zielstaat der Abschiebung relevant. Traumatische Erlebnisse im Transit können allenfalls in gesundheitlichen Abschiebungshindernissen resultieren. Doch seit dem im Februar verabschiedeten „Asylpaket II“ wird in Deutschland die gesundheitliche Reisetauglichkeit vermutet; nur „lebensbedrohliche oder schwerwiegende Erkrankungen, die sich durch die Abschiebung wesentlich verschlechtern würden“, gelten als Abschiebungshindernisse.<sup>20</sup>

Das „Asylpaket II“ beinhaltet auch eine weitere (bisher temporäre) Reform, die va für Frauen, Ältere und Kinder gefährlich ist: die zweijährige Aussetzung des erst im August 2015 eingeführten Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte. Auch in Österreich wurden die Bestimmungen des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte und Asylberechtigte verschärft.<sup>21</sup> Bereits jetzt machen sich daher nun auch mehr Frauen und Kinder auf die gefährliche Überfahrt nach Europa.<sup>22</sup> Als Feministinnen müssen wir daher unseren Kampf gegen Exklusionen auch über die Grenzen tragen und für sichere Zugangswege kämpfen.<sup>23</sup>

## 3. Ankunft in Europa

Für die Ankunft in Europa bietet seit Anfang der 2000er das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) den unionsrechtlichen Rahmen, ua durch EU-Agenturen, Mindeststandards zu Aufnahme, Verfahren, Anerkennung und Rückführung, sowie das sog Dublin-Zuständigkeitssystem.

### 3.1. Das Dublin-System in der Krise

Bereits seit den 1990er Jahren ist die zentrale Regelung des Dublin-Systems folgende: Es ist immer ein Staat für das Asylverfahren zuständig, und zwar genau einer. Vorrangige Zuständigkeitskriterien sind bis heute die Familienzusammenführung und der Schutz von Minderjährigen; in der Praxis ist jedoch das wichtigste Kriterium der Ersteinreisestaat. Da praktisch alle Flüchtlingsländer der Visumpflicht unterliegen, es keine Schutz-

---

20 Kritisch *Bundesärztekammer*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren“ (1.2.2016).

21 BGBl I 2016/24.

22 *Pro Asyl*, Presseerklärung „Keine legalen Wege – Abschottung zwingt Frauen und Kinder auf die Boote“ (23.12.2015).

23 Aktuell hierzu *CEDAW*, Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Sweden, 7.3.2016, CEDAW/C/SWE/CO/8-9, para 10-11.

visa gibt und Sanktionen gegen Transportunternehmen die undokumentierte Einreise schon im Ansatz verhindern, ist dies meist ein EU-Grenzstaat.

Um diese strukturelle Überlastung auszugleichen, hat die Europäische Kommission nun einen automatischen Umverteilungsmechanismus vorgeschlagen, sobald 150 % der errechneten Aufnahmequote des zuständigen Mitgliedstaats erreicht sind. Aus der Umverteilung sollen unwillige Mitgliedstaaten sich „freikaufen“ können – zum Preis von 250.000 € pro nicht aufgenommenem Flüchtling, die an den Aufnahmezustaat gehen.<sup>24</sup> Es bleibt jedoch abzuwarten, ob diese Lösung mehrheitsfähig sein wird.

Bis dahin sind insb Griechenland und Italien überproportional häufig zuständig – traditionelle Auswanderungsländer, die durch die Finanzkrise schwer getroffen sind. Die Aufnahmesituation dort kann vielfach nur als desaströs bezeichnet werden, gerade für Frauen und Mädchen.<sup>25</sup> Flüchtlinge haben keinen gesicherten Zugang zum Verfahren und sind von Obdachlosigkeit, Gewalt und Ausbeutung bedroht. Es häufen sich Berichte über unhygienische und überbelegte Aufnahmezentren, Gewalt durch Personal, Mitflüchtende oder andere Personen und mangelnden Schutz vor sexualisierten Übergriffen. Aufgrund dieser Zustände sind seit 2011 Dublin-Rückschiebungen nach Griechenland ausgesetzt,<sup>26</sup> in Italien bedarf es ggf Einzelfallzusagen zur Unterbringung.<sup>27</sup> Die durch Umverteilung von 160.000 Flüchtlingen in andere Mitgliedstaaten geplante Entlastung verläuft extrem schleppend.<sup>28</sup>

Darf in den Ersteinreisestaat nicht überstellt werden, wird jener Staat zuständig, in dem ein Schutzantrag gestellt wird. Um dies zu vermeiden, forcierten die Balkanstaaten über eine längere Zeit die Weiterwanderung ohne Registrierung, bis sich Deutschland und Österreich für eine Grenzöffnung entschieden.<sup>29</sup> Die darauf folgenden hohen Ankunfts-zahlen führten rasch zu Diskussionen um „Obergrenzen“ und einem Domino-Effekt von Grenzsicherungen.<sup>30</sup> Hierzu gibt es aus juristischer Sicht nur zwei Dinge zu sagen: Die Flüchtlingsdefinition kennt keine Obergrenze, und eine Zurückweisung an der Grenze ohne Zugang zu Verfahren ist mit Völker- und Unionsrecht nicht vereinbar.

### 3.2. Externalisierung des Flüchtlingsschutzes

Parallel wurde wieder verstärkt über den Schutz der Außengrenzen diskutiert. Die EU und ihre Mitgliedstaaten kooperieren hierzu schon lange mit Herkunfts- und Transit-

24 Europäische Kommission, Questions & Answers: Reforming the Common European Asylum System (4.5.2016).

25 S aktuell UNHCR/UNFPA/WRC, Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis. Greece and the former Yugoslav Republic of Macedonia (2016).

26 EGMR 21.1.2011 (GK), 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland*; EuGH 21.12.2011 (GK), C-411/10, C-493/10, *NS/SSHD und M.E. ua/Refugee Applications Commissioner*.

27 EGMR 4.11.2014 (GK), 29217/12, *Tarakhel/Schweiz*.

28 S auch Markard/Heuser, „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen: Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, ZAR 2016, 165.

29 Vgl Kálnoky, Wer die historische Grenzöffnung wirklich auslöste, Die Welt v 17.9.2015.

30 Vgl Europäische Kommission, Pressemitteilung „Zurück zu Schengen: Kommission ergreift nächste Schritte zur Aufhebung der vorübergehenden Binnengrenzkontrollen“ (4.5.2016).

ländern. Hier herrscht das Sicherheitsparadigma, die Rede ist von „illegaler Migration“, „organisierter Kriminalität“ von Schleppern und inzwischen auch von Terrorismusgefahr. *Offshoring* soll bereits im Vorfeld verhindern, dass Flüchtlinge europäischen Boden erreichen, und durch *Outsourcing* werden Drittstaaten und private Akteure (insb Transportunternehmen) in den Grenzschutz eingebunden.<sup>31</sup>

Nun soll die Türkei die Ausreise von Flüchtlingen in Richtung EU verhindern und jeden Flüchtling, der oder die trotzdem ausreist, zurücknehmen; im Austausch für jeden rückgeführten syrischen Flüchtling nimmt die EU je einen Syrer oder eine Syrerin legal auf (*one in, one out*). Die Rückschiebung in die Türkei ist rechtlich hochproblematisch, nicht nur weil die Menschenrechtslage allgemein desaströs ist. Nur etwa 20 % der Flüchtlinge leben in leidlich versorgten Lagern, der Rest schlägt sich anderweitig durch. Die GFK gilt hier nur für europäische Flüchtlinge und wird auch in der Praxis nicht eingehalten; der Zugang zum Arbeitsmarkt ist problematisch, das Recht auf Bildung steht in Frage, es gibt Berichte über Abschiebungen nach Syrien. Die rechtlichen Bedingungen für „sichere Drittstaaten“ hält die Türkei bisher nicht ein – zudem dürften Ausreiseverhinderungen nicht mit dem Menschenrecht auf Ausreise vereinbar sein.<sup>32</sup>

### 3.3. Die Situation im Ankunftsland

Wer es nach Deutschland oder Österreich geschafft hat, hat also noch Glück gehabt – aber auch hier ist keine Insel der Seligen.<sup>33</sup> Flüchtlinge leben in Massenunterkünften, und dies über viele Monate. Dort sind oft selbst die Waschräume nicht abschließbar, es droht Gewalt durch Personal und andere Flüchtlinge, hinzu kommt rassistische Gewalt von außen.<sup>34</sup> Die Gesundheitsversorgung ist oft mangelhaft, Screenings für Schutzbedürftige mit besonderen Bedürfnissen fehlen.

Die ständige Beschleunigung des Asylverfahrens, insb für Personen aus sog sicheren Herkunftsländern, erschwert die Thematisierung von Traumata<sup>35</sup> und den Zugang zu Rechtsberatung. Die gemeinsame Anhörung von Familien macht es für Betroffene sexualisierter Gewalt schwer, ihre eigenen Anerkennungsgründe vorzutragen – und das Familienasyl kann problematische Abhängigkeiten innerhalb der Familie erzeugen. Schon seit Jahrzehnten sind daher geschlechtssensible Verfahren eine feministische Forderung.

---

31 Vgl *Buckel*, „Welcome to Europe“ – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts. Juridische Auseinandersetzungen um das „Staatsprojekt Europa“ (2013).

32 Vgl *Markard*, Das Recht auf Ausreise zur See. Rechtliche Grenzen der europäischen Migrationskontrolle durch Drittstaaten, Archiv des Völkerrechts 2014, 449.

33 Vgl *Women's Refugee Commission*, Falling Through the Cracks: Refugee Women and Girls in Germany and Sweden (März 2016).

34 Vgl *Rabe*, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften (2015); Polizei prüft Vorwürfe gegen Sicherheitsdienst in Kölner Flüchtlingswohnheim, SZ v 18.2.2016.

35 Vgl *bff*: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Verfahren des Bundesministeriums des Inneren, 1.2.2016.

Frauen selbst sind in dieser Situation keineswegs nur Opfer von Gewalt, sondern entwickeln eigene Strategien, etwa durch Wachschutzverbände in den Unterkünften. Doch es braucht auch strukturelle Lösungen, zB besseren Zugang zu individuellem Wohnraum und rechtlichen Schutz. Zwar gibt es sowohl in Deutschland als auch in Österreich die Wegweisung für häusliche Gewalttäter, doch hält die Zuweisung in Aufnahmeeinrichtungen Frauen in Situationen häuslicher Gewalt fest.<sup>36</sup>

### 3.4. „Nach Köln“

Parallel zur beispiellosen Mobilisierung der Zivilgesellschaft im Zuge staatlicher Überforderung stieg rasch die Sorge anderer Teile der Bevölkerung vor „Überfremdung“ und Terrorgefahr. Und dann kam „Köln“ – massive sexualisierte Übergriffe gegen Frauen in der Öffentlichkeit von Männern, die als „nordafrikanisch“ beschrieben wurden, darunter offenbar auch Asylbewerber. Es folgte eine Debatte um Polizeiversagen und mediale Zurückhaltung (in Österreich auch über mediale Überspitzung), und schnell gab es Forderungen nach schärferen Abschiebungsregelungen wegen Straftaten.

Es folgte der Schock, dass viele der Übergriffe gar nicht strafbar sein sollten. Das deutsche Strafrecht kriminalisiert überraschende sexualisierte Übergriffe nicht – unvereinbar mit der CEDAW und der Istanbul-Konvention. Österreich ratifizierte letztere bereits 2013 und setzte sie 2015 einigermaßen um – beim neuen Tatbestand der „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ muss die Tat „gegen den Willen“ (es heißt nicht: „ohne das Einverständnis“) der betroffenen Person begangen werden. In Deutschland wurde nun ein Gesetzesentwurf vom Juli 2015 priorisiert, der allerdings immer noch keinen Grundtatbestand der „nicht einverständlichen sexuellen Handlungen“ enthält,<sup>37</sup> sondern auf die Unfähigkeit zum Widerstand abstellt. Er perpetuiert dadurch die Annahme, dass sexuelle Autonomie anders als das Eigentum verteidigt werden muss, um verletzt werden zu können. Doch wer sich nicht wehrt, stimmt noch lange nicht zu!<sup>38</sup>

Noch enttäuschender ist, dass wir diese überfällige Reform als Teil einer neuen Integrationsdebatte bekommen. Ja, die sexualisierte Gewalt in Köln war erschreckend massiv. Doch haben Feministinnen unter dem Twitter-Hashtag #Aufschrei schon 2013 die Alltäglichkeit sexistischer Grenzüberschreitungen und Übergriffe sichtbar gemacht. Sie wurden belächelt, ignoriert und als „Tugendfuror“ bekämpft. Nun steht sexualisierte Gewalt plötzlich auf der Agenda, aber „ge-othert“, als Integrationsproblem „des arabischen Manns“, mit dem Ziel der Rettung „der Weißen Frau“ – als ob wir uns sexualisierter Übergriffe in der Öffentlichkeit durch Abschiebung entledigen könnten. Die *Gewaltdebatte* als *Integrationsdebatte* zu führen, ist stigmatisierend und gefährlich. Eine demokratische Gesellschaft kann nur Rechtstreue verlangen, keine Gesinnungs-

36 Riese, Residenzpflicht gefährdet Frauen, taz v 15.11.2015. Vgl auch Frings in der vorliegenden juridikum-Ausgabe.

37 Lembke, Warum die „Reform“ des Sexualstrafrechts keine ist, Verfblog v 22.4.2016.

38 Röbner/v. Gall, Wer sich nicht wehrt, stimmt noch lange nicht zu – Völkerrechtswidrige deutsche Rechtspraxis zu § 177 I, II StGB, Verfblog v 7.11.2014.

treue – sie muss „Gleichheit ohne Angleichung“<sup>39</sup> gewähren und unterschiedliche Lebensentwürfe zulassen. Hierzu gehört zum Beispiel das freiwillig getragene Kopftuch, nicht aber der Zwang zum Kopftuch und natürlich auch nicht die sexualisierte Gewalt – egal von wem sie ausgeht. Eine demokratische Gesellschaft muss die grundsätzliche gegenseitige Anerkennung auch durch Diskriminierungsschutz garantieren – damit wir uns als Freie und Gleiche auf Augenhöhe begegnen können, sowohl im öffentlichen Raum als auch unter Privaten.<sup>40</sup>

Als *Feministinnen* können wir über Lebensentwürfe streiten; als feministische *Juristinnen* muss es uns um Autonomiewahrung durch Recht gehen. Als *demokratische* feministische Juristinnen sollten wir in unserem Kampf gegen Exklusionen daher auf Integration durch Rechte setzen, nach dem Prinzip der „progressiven Inklusion“<sup>41</sup> – natürlich ohne den rechtlichen Schutz der Autonomie aufzugeben. Hier geht es um Autonomie zur Wahl unterschiedlicher Lebensentwürfe ebenso wie um Autonomiesicherung gegen Übergriffe ohne unsere Einwilligung. Dies sind keine Integrationsprobleme, dies sind Rechtsprobleme.

Aus dem Herzen sprach mir daher eine weitere Twitter-Initiative verschiedener Feministinnen, sowohl Weißer Frauen als auch Women of Color – gewendet gegen den Versuch, unser altes Problem den „Neuen“ in die Schuhe zu schieben. Ich finde, man kann es kaum besser sagen als in ihrem Slogan: „Gegen sexualisierte Gewalt und Rassismus. Immer. Überall. #ausnahmslos“.

#### 4. Schluss

Ich habe gezeigt, dass die feministische Rechtspolitik und Rechtswissenschaft viel zur Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgungsrisiken beigetragen hat, aber auch, dass das Kontinuum der Gewalt weiter reicht, bis in den Schutzraum Europa hinein. Es bleibt damit viel zu tun.

Ich möchte daher mit den Aufgaben schließen, die ich für uns als feministische Juristinnen im Kampf gegen Exklusionen sehe: Wir müssen weiterarbeiten an einer Auslegung von Rechtsnormen, die Raum für nichtkonforme Identitäten lässt, statt Essentialisierung Vorschub zu leisten. Wir müssen grenzüberschreitend solidarisch handeln durch Eintreten für sichere Zugangswege. Und wir müssen in unserer Gesellschaft unsere alten Kämpfe gegen Gewalt und Diskriminierung weiterführen – ohne uns vor den Karren der Exklusion und des Otherings spannen zu lassen.

Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Nora Markard, MA, Universität Hamburg; nora.markard@jura.uni-hamburg.de

---

39 Gerbard, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht (1990).

40 Grundlegend Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Habilitationsschrift (2016).

41 Farabat, Progressive Inklusion. Zugehörigkeit und Teilhabe im Migrationsrecht (2014).

# Geflüchtete Frauen – Schutz vor Gewalt und Selbstermächtigung in Flüchtlingsunterkünften

Dorothee Frings

---

## 1. Einleitung

Geflüchtete Frauen erleben Gewalt als Fluchtursache, als Fluchterfahrung und in den Flüchtlingslagern. Sie sind oft vor Krieg und politischer Verfolgung geflohen, aber auch vor sexualisierter Gewalt als Begleiterscheinung von Krieg, Bürgerkrieg, Zwangsrekrutierung und Inhaftierung sowie vor Gewalt, welche sich direkt gegen ihre geschlechtliche und/oder sexuelle Identität richtet. Der Fluchtweg führt zu weiteren Gewalterfahrungen, insb alleinreisende Frauen sind Vergewaltigungen, sexuellen Übergriffen und Sex als Währung für die Schlepper oder männlichen Schutz (*survival sex*) ausgesetzt.<sup>1</sup> Die Flucht von Frauen gestaltet sich oft als eine längere Odyssee, in der Arbeitsmigration und spontane Fluchtentscheidungen zusammentreffen können. So wandern Frauen aus den ärmsten Regionen Afrikas in die reichen arabischen Staaten aus, weil ihnen eine Existenzmöglichkeit als Diensthilfe angeboten wird. Die Ausbeutung in den Privathaushalten ist aber oft so gewaltvoll und unerträglich, dass sie aus dieser Situation fliehen, aber nicht zu ihren Familien zurückkehren können und deshalb versuchen, sich nach Europa durchzuschlagen. Andere Frauen fliehen zunächst vor Verfolgung, Krieg oder Gewalt, müssen aber in den verschiedenen Transitstaaten Arbeit suchen, weil sie nicht über das nötige Geld für die Fortsetzung der Flucht verfügen.<sup>2</sup> Angekommen in Österreich oder Deutschland sind viele Frauen mit Gewalterfahrungen belastet, die einer medizinischen und psychologischen Behandlung bedürfen. Die beengte und provisorische Unterbringung von asylsuchenden Frauen in Gemeinschaftsunterkünften setzt sie jedoch erneut dem Risiko von sexuellen Belästigungen und Gewalthandlungen aus. Zwar bestehen sowohl in Österreich als auch in Deutschland entwickelte Instrumentarien des Gewaltschutzes, welche allen Frauen und damit auch geflüchteten Frauen auf dem gleichen Niveau zugänglich sein sollten, dem stehen aber bislang zum einen die besonderen Lebensbedingungen in den Flüchtlingsunterkünften und zum anderen, besonders in Deutschland, die Einschränkungen der Freizügigkeit entgegen.

---

1 S nur beispielhaft den Bericht von *Marsi*, Female refugees face sexual exploitation in Greece, <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2015/12/female-refugees-face-sexual-exploitation-greece-151222191343353.html> (10.6.2016).

2 *Frings/Domke*, Asylarbeit. Ein Rechtsratgeber für die soziale Praxis (2016) 58ff.

## 2. Besondere Lebensbedingungen von geflüchteten Frauen

Geflüchtete Frauen und Geduldete<sup>3</sup> leben in unfreiwilligen Zwangsgemeinschaften, in denen sie oftmals nur einen geringen oder auch gar keinen Spielraum haben, sich selbst vor Gewalt, sexuellen Übergriffen und Belästigungen von Männern zu schützen. In vielen Not- und Sammelunterkünften werden sie Situationen extremer Ohnmacht ausgesetzt; es gibt Schlafplätze, die weder vor den Blicken noch vor dem Zutritt Fremder geschützt sind, Wasch- und Toilettenräume, die nicht abschließbar sind, und ungeschützte Wege zu diesen Räumen. Frauen leiden in besonderem Maß unter dem völligen Mangel an geschützter Intimsphäre, weil sie bspw verhüllende Kleidung und Kopftücher nicht ablegen können, ihre Babys nicht geschützt vor den Blicken fremder Männer stillen können, ihre Regelblutung verstecken müssen und gleichzeitig bei dem – oft männlichen – Personal die Ausgabe von Binden beantragen müssen.<sup>4</sup>

Ein wirksamer Gewaltschutz ist auch deshalb so schwierig, weil asylsuchende und geduldete Frauen die Gefahrenorte nicht einfach verlassen können. In Deutschland drohen ihnen der Verlust der Unterkunft, auch Ordnungswidrigkeits- und Strafverfahren und sogar die Einstellung ihres Asylverfahrens und damit die Abschiebung ohne Prüfung ihrer Verfolgungs- und Gefährdungssituation.

Der Zugang zum Schutz in Frauenhäusern bleibt in Deutschland oft versperrt, weil die Finanzierung für asylsuchende Frauen nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist.

## 3. Internationale Standards

Der Hohe Flüchtlingskommissar der UN (UNHCR) stellt ganz allgemein fest, dass der „Zusammenbruch sozialer und kultureller Systeme, die Trennung von oder der Verlust von Angehörigen und Gemeinschaft, und die Straflosigkeit, mit der Verbrecher gegen Flüchtlinge handeln können, bedeuten, dass Flüchtlinge, und besonders geflüchtete Frauen und Kinder, besonders gefährdet sind, Opfer von Gewalttaten zu werden.“<sup>5</sup>

Der zur Überwachung der UN-Konvention zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen (*CEDAW*) eingesetzte UN-Ausschuss beschäftigt sich in seiner *General Recommendation Nr 32* vom 14.11.2014 mit der genderbezogenen Situation der Flüchtlingsanerkennung, des Asylverfahrens, der Staatsangehörigkeit und der

---

3 Eine Duldung wird in Deutschland nach § 60a AufenthG erteilt, wenn ein Abschiebehindernis besteht, aber kein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel, zB erhalten Frauen, die hochschwanger einreisen und keinen Asylantrag stellen, eine Duldung. Ebenso wird sie erteilt, wenn nach dem negativen Abschluss des Asylverfahrens die Abschiebung wegen einer Erkrankung oder wegen fehlenden Ausreisepapieren nicht erfolgen kann. In den Kommunen werden Asylsuchende und Geduldete oft in gemeinsamen Sammelunterkünften untergebracht.

4 Siehe auch die Darstellung bei *Oestreich*, „Dann schließ dich halt ein“ – Flüchtlingsfrauen in Deutschland, <http://library.fes.de/pdf-files/dialog/09501/05-2015.pdf> (31.8.2016); *Rabe*, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften, [www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Policy\\_Paper/Policy\\_Paper\\_32\\_Effektiver\\_Schutz\\_vor\\_geschlechtsspezifischer\\_Gewalt.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/Policy_Paper_32_Effektiver_Schutz_vor_geschlechtsspezifischer_Gewalt.pdf) (15.6.2016).

5 *United Nations High Commissioner for Refugees*, Agenda for Protection, Third Edition October 2003, [www.unhcr.org/3e637b194.html](http://www.unhcr.org/3e637b194.html) (2.6.2016).

Staatenlosigkeit. Unter Z 48 wird ausdrücklich der Gewaltschutz in Flüchtlingsunterkünften eingefordert. Neben einer getrennten Unterbringung von allein reisenden Frauen und geschützten Sanitäranlagen werden auch Überwachungs- und Beschwerdemöglichkeiten in den Einrichtungen und eine Information für die Frauen verlangt, die ihnen ihre Rechte und den praktischen Zugang zu Unterstützung und Schutz aufzeigen.<sup>6</sup> Die „Women Refugee Commission“, eine international seit 1989 agierende NGO, hat 2015 zu Art 6 der *UN Behindertenrechtskonvention* (Frauen mit Behinderung) einen *Draft General Comment* verfasst, welcher sich ua mit der besonderen Situation von physisch, psychisch und geistig behinderten Frauen und Mädchen in Flüchtlingseinrichtungen beschäftigt.<sup>7</sup> Betont wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten der Konvention, besondere Schutzmaßnahmen zugunsten behinderter Frauen in Einrichtungen mit einem besonders hohen Gewaltrisiko zu treffen, und zwar unabhängig von der Nationalität oder dem Aufenthaltsstatus einer Person.<sup>8</sup>

Die *Istanbul-Konvention* des Europarates (Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt vom 11.5.2011)<sup>9</sup> verpflichtet alle Mitgliedstaaten zu angemessenen Maßnahmen zur Verhinderung von Gewalt, insb auch gegenüber besonders schutzbedürftigen Personen (Art 12)<sup>10</sup>. Weitere Konkretisierungen erfolgen durch die Verpflichtung nach Art 53, zumindest entweder polizeiliche oder zivilrechtliche Interventionen vorzusehen<sup>11</sup> und Art 60 Abs 3, durch den ein geschlechtssensibles Aufnahmeverfahren für Asylsuchende eingefordert wird.<sup>12</sup> Die Anwendung der Konvention erfolgt auf dem Territorium der Mitgliedstaaten ohne jede Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit oder dem Aufenthalts- oder Flüchtlingsstatus (Art 4 Abs 3).

## 4. Standards in Gemeinschaftsunterkünften nach EU-Recht

### 4.1. Allgemeine Vorgaben des EU-Rechts

Das „Gemeinsame Europäische Asylsystem“ (GEAS), entwickelt seit der Sondersitzung 1999 in Tampere und gegründet auf Art 78 AEUV, schafft einheitliche Standards sowohl

6 General Recommendation Nr 32 v 14.11.2014, CEDAW/GC/32, Z 48.

7 *Women Refugee Commission*, Draft general comment on Article 6 of the UNCRPD, [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/Women/WRC.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/Women/WRC.doc) (31.7.2016).

8 Hervorgehoben wird die Verpflichtung der Staaten für behinderte, asylsuchende Frauen und Mädchen, räumliche Gegebenheiten zu schaffen, die Sicherheit und Schutz vor Gewalt und Missbrauch bieten und den vollen Zugang zu allen Leistungen und Informationen zu gewährleisten, die sich auf Frauenrechte, besonders Gesundheit, Mutterschaft, Kinderbetreuung und Gewaltschutz beziehen.

9 In Kraft seit dem 1.8.2014, von Deutschland noch nicht ratifiziert.

10 „Any measures taken pursuant to this chapter shall take into account and address the specific needs of persons made vulnerable by particular circumstances and shall place the human rights of all victims at their centre.“

11 Siehe auch *Rabe*, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften, [www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Policy\\_Paper/Policy\\_Paper\\_32\\_Effektiver\\_Schutz\\_vor\\_geschlechtsspezifischer\\_Gewalt.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Policy_Paper/Policy_Paper_32_Effektiver_Schutz_vor_geschlechtsspezifischer_Gewalt.pdf), 8 (15.6.2016).

12 Der Erläuternde Bericht zur Istanbul-Konvention nennt in Rz 314 auch konkrete Bsp für die Unterbringung wie zB abschließbare Zimmer und verweist explizit auf den Gewaltschutz in Unterkünften.

in der Bestimmung der Schutzkriterien (QualifikationsRL 2011/95/EG)<sup>13</sup> als auch in der Durchführung des Anerkennungsverfahrens (VerfahrensRL 2013/32/EU)<sup>14</sup> und bei den Aufnahmebedingungen (AufnahmeRL 2013/33/EU)<sup>15</sup>. Die Bedingungen der Aufnahme sind dabei uneingeschränkt und umfassend an den Grundsätzen der Europäischen Grundrechtecharta zu messen (Art 18 GRCh)<sup>16</sup>, ebenso auch an der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Genfer Flüchtlingskonvention (siehe Art 78 Abs 1 Satz 2 AEUV).

Der EuGH stellte in der Entscheidung vom 27.9.2012 (C-179/11, *Cimade und GISTI*) zur Anwendung der damals noch geltenden Vorgängerrichtlinie der AufnahmeRL fest, dass eine Differenzierung der Aufnahmestandards nach den Stadien des Asylverfahrens nicht zulässig ist.<sup>17</sup> Auch die Hinnahme von Unterbringungen ohne angemessene Schutzvorkehrungen ist weder in einer Erstaufnahmeeinrichtung, einer kommunalen Sammelunterkunft noch einer kurzfristigen Notunterkunft zulässig, wobei die „Vollauslastung der Aufnahmenetze“ keine Abweichung davon rechtfertigt.<sup>18</sup> Ebenso wenig kann es eine Differenzierung im Standard der Unterbringung nach der Prognose in Hinblick auf die Schutzgewährung geben.<sup>19</sup> Darauf soll va deshalb hingewiesen werden, weil Frauen aus „sicheren Herkunftsstaaten“ (ua Balkanstaaten) immer wieder das Recht abgesprochen wird, während des Asylverfahrens die Standards einer menschenwürdigen Unterbringung und eines angemessenen Gewaltschutzes einzufordern.<sup>20</sup>

#### 4.2. Die Regelungen der Aufnahme richtlinie 2013/33/EU zum Gewaltschutz

Die erste AufnahmeRL 2003/9/EG wurde neu gefasst in der RL 2013/33/EU und enthält nunmehr konkretere Anforderungen hinsichtlich des Schutzstandards bei der Unterbringung von geflüchteten Frauen. Nachdem die Umsetzungsfrist am 20.7.2015

---

13 Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 2011/337, 9.

14 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl L 2013/180, 60.

15 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl L 2013/180, 96.

16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 26.10.2012, ABl C 326/2, 391.

17 „[...] die allgemeine Systematik und der Zweck der Richtlinie 2003/9 wie auch die Wahrung der Grundrechte, insbesondere das Gebot nach Art 1 der Charta, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, stehen dem entgegen, dass einem Asylbewerber, und sei es auch nur vorübergehend nach Einreichung eines Asylantrags und vor seiner tatsächlichen Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat, der mit den in dieser Richtlinie festgelegten Mindestnormen verbundene Schutz entzogen wird.“ (Rn 56).

18 „In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Mitgliedstaaten darauf achten müssen, dass die betreffenden Einrichtungen die Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern einhalten. Die Vollauslastung der Aufnahmenetze rechtfertigt keinerlei Abweichung von diesen Normen.“ (Rn 50).

19 „Ferner ergibt sich aus den Art 2 und 3 der Richtlinie 2003/9, dass diese nur eine Kategorie von Asylbewerbern vorsieht, die alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen umfasst, die einen Asylantrag stellen.“ (Rn 40).

20 Vgl Pelzer/Pichl, Die Geltung der EU-Aufnahme- und Asylverfahrensrichtlinien, Asylmagazin 2015, 331 (337).

abgelaufen ist, sind diese Standards bereits jetzt als unmittelbar geltendes Recht zu beachten. Die deutsche Bundesregierung hatte eine Umsetzung durch wortgleiche Übernahme des Richtlinientextes erstmals im ersten Entwurf zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 14.9.2015 vorgelegt, diese Umsetzung jedoch wenige Tage später, im zweiten Entwurf, wieder zurückgezogen. Ein zweiter Anlauf findet sich im Referentenentwurf des BMI vom 1.11.2015, der jedoch ebenfalls wieder zurückgezogen wurde.<sup>21</sup>

Aufgrund des Verstreichens der Umsetzungsfrist sind nun jene Vorgaben der Richtlinie unmittelbar anwendbar, die in ihrer Ausgestaltung so konkret sind, dass sie von den Behörden und Gerichten ohne weitere gesetzliche Bestimmungen angewendet werden können.<sup>22</sup>

Die AufnahmeRL 2013/33/EU enthält folgende für den Gewaltschutz in Flüchtlingsunterkünften relevante Regelungen:

- Geschlechts- und altersspezifische Aspekte sowie die Bedarfe besonders schutzbedürftiger Personen sind zu berücksichtigen (Art 18 Abs 3).
- In Einrichtungen müssen geeignete personelle bzw bauliche Maßnahmen implementiert werden, damit es dort zu keinen Übergriffen bzw geschlechtsbezogener Gewalt (einschließlich sexueller Übergriffe und Belästigungen) kommt (Art 18 Abs 4).
- Die Richtlinie verpflichtet zur Einrichtung eines speziellen Verfahrens zur Identifizierung von Personen mit besonderen Bedürfnissen (Art 21). Zu diesen Personen gehören ua Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, Opfer des Menschenhandels, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Störungen, Opfer der Verstümmelung weiblicher Genitalien. Die Feststellung hat völlig unabhängig von der inhaltlichen Bewertung des Asylantrags zu erfolgen (Art 22 Abs 4).

#### 4.3. Die Konsequenzen für die Gestaltung der Unterbringung von geflüchteten Frauen

Aus diesen Vorgaben folgen zunächst zwingende Kriterien bei der Errichtung von Sammelunterkünften und für den Umbau und die Sanierung von bestehenden Unterkünften.

---

21 Die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen der fehlenden Umsetzung sowohl der Aufnahme- als auch der Verfahrensrichtlinie eingeleitet; Europäische Kommission, Pressemitteilung „Mehr Verantwortung bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise: Europäische Kommission bringt Gemeinsames Europäisches Asylsystem auf Kurs und leitet 40 Vertragsverletzungsverfahren ein“, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5699\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5699_de.htm) (1.9.2016).

22 Vgl EuGH 23.2.1994, C-236/92; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta<sup>4</sup> (2011) AEUV Art 288 Rn 54.

Grundsätzlich muss allen geflüchteten Frauen eine Unterbringung getrennt von Männern angeboten werden können. Nicht nur die Schlafräume müssen in separaten Gebäudeteilen untergebracht werden, sondern auch Sanitäreinrichtungen, Küchen und Gemeinschaftsräume ohne gemeinsame Zugänge erreichbar sein. In aller Regel sollten die Unterkünfte für alleinreisende Frauen, alleinerziehende Frauen mit Kindern und die für alleinstehende Männer an verschiedenen Standorten geplant werden. Wo aber in kleineren Kommunen schon gemeinsame Einrichtungen bestehen, muss zumindest ein belegungsfreier Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen gewährleistet sein. Zusätzlich gehören verschließbare Sanitäreinrichtungen zum selbstverständlichen Minimum an Privat- und Intimschutz.

Auch weiteren speziellen Bedarfen von besonders schutzbedürftigen Frauen ist durch die bauliche Gestaltung zu entsprechen. Die Bewegungsmöglichkeiten für behinderte, schwangere, ältere Frauen sowie alleinstehende Mütter mit Kleinkindern bieten indirekt auch mehr Schutz vor Gewalt und Übergriffen. Deshalb muss auch die Barrierefreiheit von Flüchtlingsunterkünften immer mitbedacht werden. Auch die Unterbringung in Einzelzimmern für traumatisierte Frauen, Mütter, Schwangere, behinderte, kranke sowie ältere Frauen verbessert die Möglichkeiten, sich selbst zu schützen, erheblich. Des Weiteren benötigt jede Einrichtung Frauenräume als Treffpunkte. Die Bedeutung derartiger Orte der Zusammenkunft in den Flüchtlingsunterkünften sollte nicht unterschätzt werden, denn durch sie bieten sich auch Möglichkeiten des gegenseitigen Austauschs, der Hilfe und der Ermutigung in der Abwehr sowohl familiärer Gewalt als auch von Übergriffen fremder Männer. Lassen sich derartige Orte nicht unmittelbar in den Unterkünften schaffen, so können ehrenamtliche Unterstützer\*innen Versammlungsräume bei Kirchengemeinden, in Volkshochschulen, bei Beratungsstellen und auch bei Sportvereinen organisieren.

Dringend aufgebaut werden sollten auch stationäre Jugendhilfeeinrichtungen speziell für unbegleitete Mädchen.

Zur Ausgestaltung der Flüchtlingsunterkünfte gehört die Ausstattung mit ausreichendem Personal, welches für die Aufgabe des Gewaltschutzes ausreichend qualifiziert ist. Die AufnahmeRL 2013/33/EU fordert dazu allgemein, dass die Mitarbeiter\*innen im Bereich der Flüchtlingsaufnahme „die nötige Grundausbildung erhalten haben, um den Bedürfnissen männlicher und weiblicher Antragsteller gerecht werden zu können.“ (Art 29 Abs 1). Auch für das in Unterbringungseinrichtungen eingesetzte Personal wird eine angemessene Schulung verlangt (Art 18 Abs 7). Spezifisch für die Betreuung von gewaltbetroffenen Personen heißt es in Art 25 Abs 2 AufnahmeRL: „Das Betreuungspersonal für Opfer von Folter, Vergewaltigung und anderen schweren Gewalttaten muss im Hinblick auf die Bedürfnisse der Opfer adäquat ausgebildet sein und sich angemessen fortbilden; (...).“ Weiter wird die Inanspruchnahme einer kostenlosen Rechtsvertretung bei der Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen im Zusammenhang mit den Aufnahmebedingungen, dh auch dem effektiven Gewaltschutz, in Art 26 vorgeschrieben. Die

Möglichkeiten der Beratungs- und Prozesskostenhilfe dürften diesen Anforderungen grundsätzlich Rechnung tragen, müssen aber zum einen ausreichend bekannt gemacht werden und zum anderen muss die konkrete Bewilligungspraxis der Gerichte auf die Übereinstimmung mit Art 26 AufnahmeRL überprüft werden.

Als weitere Konsequenz muss der Informations- und Beratungsbedarf von geflüchteten Frauen sorgfältig ausgelotet werden. Merkblätter über die Rechtsansprüche und Anschriften von Frauenorganisationen sind vielleicht geeignet, den Beratungsanspruch nach Art 5 AufnahmeRL formal zu erfüllen, sie können jedoch kaum Wirkung entfalten, wenn sie in der Unmenge von Formularen und Merkblättern (allein bei der Asylantragstellung sind es in Deutschland mindestens acht Papiere) untergehen.<sup>23</sup> Für die meisten Frauen ist es zunächst schwer zu unterscheiden, welche Information für welche Situation bedeutend ist, hinzu kommen die Probleme des nicht erkannten Analphabetismus oder zumindest der fehlenden Lesegewohnheiten, die bei Frauen aus einigen Herkunftsregionen stärker ausgeprägt sind als bei Männern, weil manchen von ihnen nur wenige Jahre des Schulbesuchs zugestanden werden.

Helfen können Informationsveranstaltungen, an geschützten, niederschwellig zugänglichen Treffpunkten für Frauen, va in den Einrichtungen selbst, aber auch an anderen gut erreichbaren Orten.

Die Informationsangebote sollten dabei offen für alle sein, aber freiwillig und in überschaubaren Gruppen nach Sprachen getrennt erfolgen. Um die Frauen wirklich zu erreichen und ihnen die Chance zu eröffnen, die hohe Schwelle zu überwinden, die darin liegt, sich einem völlig unbekanntem Hilfesystem anzuvertrauen, müssen hier Frauen aus den jeweiligen Herkunftsländern bzw -regionen und Vertreter\*innen der jeweiligen Religionsgruppe einbezogen werden. Auch wird es darauf ankommen, ein Stufensystem in dem Hilfsangebot zu entwickeln, welches zunächst eine reine Beratung, zB durch das Angebot der anonymen Telefonberatung anbietet, dann Unterstützungen für die Frauen und Kinder vor Ort, auf einer weiteren Stufe Mediationen und Ansprachen der Täter\*innen und erst auf einer letzten Stufe die Beendigung der Bedrohungssituation, zB durch Wegverweisung der Täter\*innen, Verlassen der Einrichtung und Unterbringung in einem Frauenhaus oder einer geschützten Einrichtung.

Ein weiterer Teil des Gewaltschutzes sollte auch die Installierung einer Beschwerdestelle für alle Flüchtlingseinrichtungen sein, mit einer Zuständigkeit für alle Formen der Diskriminierung einschließlich jeder Form der Belästigung.<sup>24</sup>

Effektiver Gewaltschutz setzt immer auch die Einbeziehung der betroffenen Frauen bei der Entwicklung von Konzepten voraus. Die AufnahmeRL enthält in Art 18 Abs 8 die

---

23 Siehe *Frings/Domke*, Asylarbeit 153f.

24 Die AufnahmeRL schreibt in Art 28 geeignete Überwachungs- und Steuerungsmechanismen vor; auch verlangen die AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG und die GenderRL 2004/113/EG geeignete Maßnahmen auch im Bereich des Sozialschutzes (Art 3 lit e und Art 3 Abs 1), empfehlen Schlichtungsstellen (Art 7 Abs 1 und Art 8 Abs 1) und fördern dabei den Dialog mit den NGOs (Art 12 und Art 11).

Option, in den Unterbringungseinrichtungen einen Beirat oder eine Abordnung der Bewohner\*innen einzurichten. Eine derartige Interessenvertretung und Beteiligung an den organisatorischen Abläufen bietet eine wichtige Möglichkeit der Partizipation, aber auch der Stärkung der Handlungskompetenzen von geflüchteten Frauen. Bei Familienunterkünften oder Unterkünften für beide Geschlechter setzt dies allerdings voraus, dass die Beteiligung der Frauen nicht zufällig und auch nicht proportional erfolgt, sondern paritätisch. Ein solcher Beirat könnte auch in das erforderliche Beschwerdemanagement eingebunden werden.

## 5. Individueller Schutz in Gewaltsituationen

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Situation in Deutschland; für Österreich bestehen vergleichbare Regelungen zum polizeilichen Eingreifen bei häuslicher Gewalt (§ 38a Sicherheitspolizeigesetz), zur Wohnungszuweisung (§ 382b Exekutionsordnung) und zum Näherungsverbot (§ 382e Exekutionsordnung). Die Problematik durch die Residenzpflicht oder die Wohnsitzauflage für asylsuchende Frauen stellt sich jedoch nicht vergleichbar, weil nicht die einzelne Kommune, sondern das Bundesland für die Leistung zuständig ist.

### 5.1. Das polizeiliche Eingreifen

In Situationen akuter Gewalt gegen Frauen tragen die Betreiber\*innen einer Einrichtung und auch die Sozialarbeiter\*innen die Verantwortung für die Anforderung der Polizei schon aus dem Gesichtspunkt der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c dStGB). Eine Zustimmung der betroffenen Frau ist für die Verständigung der Polizei zwar nicht erforderlich, weil es um die Verfolgung eines Offizialdeliktes geht, für die Sozialarbeiter\*innen ist aber bei jedem Handeln gegen den ausdrücklichen Willen der Frau das Verbot des Geheimnisverrats (§ 203 dStGB) zu beachten, welches nur durchbrochen werden darf, wenn die Gefahr für Leib und Leben nicht anders abgewendet werden kann.

Die Polizeigesetze aller deutschen Bundesländer enthalten spezifische Eingriffsgrundlagen für den Einsatz bei häuslicher Gewalt. Allgemein kann die Polizei eine gewalttätige Person durch einen Platzverweis von einem Ort entfernen. Die spezielle Eingriffsermächtigung bei häuslicher Gewalt ermöglicht und verlangt darüber hinaus ein Rückkehrverbot für zehn Tage, die Überwachung dieses Verbots und die Verlängerungsmöglichkeit bis zu 20 Tagen, wenn die Wohnungszuweisung gerichtlich beantragt wird. Verfügen geflüchtete Frauen über eine eigene Wohneinheit, die über diese Voraussetzungen verfügt, lassen sich die polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen für die Wegverweisung aus der Wohnung weitgehend anwenden. Für die polizeiliche Bewertung kommt es nämlich auf die ordnungsrechtliche Perspektive an, nicht auf die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen einem Miet- und einem Nutzungsverhältnis. Die Ver-

längerung auf 20 Tage ist jedoch nicht möglich, da eine zivilrechtliche Wohnungszuweisung mangels Besitzansprüchen an der Unterkunft nicht erfolgen kann.<sup>25</sup>

In Notunterkünften ohne eigene Privatsphäre laufen die Wegverweisung und das Rückkehrverbot leer, weil es keinen Schutz der Privatsphäre und keinen verschließbaren eigenen Raum gibt. Die Polizei trägt also eine erhöhte Verantwortung für die Entfernung der Täter\*innen und die Verhinderung der Rückkehr. Möglich ist das nur, indem den Täter\*innen ein neuer Aufenthaltsort zugewiesen wird bzw sie bis zur Zuweisung in Gewahrsam genommen werden (zB § 34a PolG NRW).

In vielen Fällen reicht die Wegverweisung allein nicht, weil dadurch für die Frauen keine Möglichkeit der Eigensicherung geschaffen wird und sie sich allein in einer Sammelunterkunft ohne den Ehemann noch schutzloser fühlen als zuvor.<sup>26</sup>

Vordringlich ist deshalb die Unterbringung der Frau an einem Ort, an dem sie sich selbst sicher fühlt. Abgesehen von dem generellen Recht auf Privatsphäre, das immer auch die Möglichkeit umfasst, sich von einer unbestimmten Menge anderer Menschen wirksam abzugrenzen, treten nach einer Gewalterfahrung zwei weitere Gründe für eine geschützte Unterbringung hinzu. Angesichts der stets latent weiterbestehenden Bedrohungssituation ist ein abschließbarer Raum unverzichtbar. Zusätzlich erfordern die erlittene Gewalt, die Bearbeitung und der Schutz vor Traumatisierungen einen (relativ) sicheren Ort.

Deshalb muss bereits der Einsatz der Polizei darauf gerichtet sein, die Frau entweder an einem sicheren Ort zurückzulassen oder ihr einen solchen zu beschaffen.

Rund um die Uhr realisierbar ist dies nur, wenn die Sozialämter Unterbringungsmöglichkeiten in Wohnungen, Hotels und Hostels bereithalten und mit den Frauenhäusern und weiteren betreuten Unterkünften von freien Trägern Absprachen über die Kostenübernahme treffen.

Welche weiteren Anforderungen bestehen, um die jeweilige Frau zu schützen, kann nur in einer sorgfältigen Risikoprognose bestimmt werden. Dafür ist ein Gespräch mit einer gleichgeschlechtlichen und insoweit besonders geschulten Polizistin oder Mitarbeiterin einer entsprechend spezialisierten Beratungsstelle, eventuell unter Beiziehung von Dolmetscherinnen, erforderlich. Die Kommunikation zwischen gewaltbetroffenen Frauen und Polizei erfordert die Mitwirkung von Sozialarbeiterinnen mit Qualifizierung im Gewaltschutz, denn viele Frauen reagieren vor dem Hintergrund von Erfahrungen mit Militär, Polizei und Inhaftierung sensibel und manchmal auch mit Retraumatisierung auf uniformierte Polizist\*innen.

---

25 Vgl *Reinken in Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB (5/2016), § 2 GewSchG Rn 13.

26 Vgl Fallberichte der Beratungsstelle agisra Köln, unveröffentlicht.

## 5.2. Die zivilrechtlichen Regelungen des Gewaltschutzes

Erst wenn die geflüchteten Frauen eine reguläre Wohnung mit ihrer Familie oder ihrem Partner bewohnen, können die Regelungen zur Wohnungszuweisung<sup>27</sup> nach § 1361b BGB (Verheiratete), § 14 LPartG (eingetragene Lebenspartnerschaft) oder § 2 GewSchG (sonstige Formen des Zusammenlebens) angewendet werden, weil sie zwingend eine Wohnung, dh einen abgegrenzten Raum, zur Zuweisung voraussetzen. In Sammelunterkünften, deren Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Nutzung zur Verfügung stehen, besteht kein Recht der Gewalttäter\*innen an dem Wohnraum, mit der Wegverweisung geht auch das Aufenthaltsrecht in der Einrichtung verloren.<sup>28</sup> Eine Wohnungszuweisung nach dem Gewaltschutzgesetz kommt daher nicht in Betracht. Es bleibt zivilrechtlich die Möglichkeit eines Nährungsverbots für die Gewalttäter\*innen nach § 1 GewSchG. Dieses Verbot muss zur Umsetzung verbunden werden mit der Zuweisung einer anderen Unterbringung an die Täter\*innen. Verbleiben die Täter\*innen in räumlicher Nähe zum Opfer, so kann ein solches Nährungs- und Kontaktverbot zwar einen flankierenden Charakter haben, ersetzt aber nicht die Prüfung, ob der Gewaltschutz effektiv nur durch eine Unterbringung der Gewalt-Betroffenen in einer anderen Kommune oder sogar einem anderen Bundesland organisiert werden kann.

## 6. Zuweisungen und räumliche Beschränkungen

Die größten Schwierigkeiten beim Gewaltschutz für geflüchtete Frauen in Deutschland liegen in den Regelungen der räumlichen Beschränkung des Aufenthalts und der Leistungsansprüche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) außerhalb des Ortes der Zuweisung.

Die Leistungsberechtigung nach § 1 AsylbLG – und damit der Ausschluss von Leistungen der Regelsysteme nach dem Gesetz über die Grundsicherung (SGB II) oder dem Gesetz über die Sozialhilfe(SGB XII) – ergibt sich schon bei Einreise einer Person über die Landesgrenze ohne Visum oder bei berechtigt visumsfreier Einreise ohne Pass. Bevor ein Asylgesuch gestellt wird, begründet die illegale Einreise die vollziehbare Verpflichtung zur Ausreise (§ 1 Abs 1 Nr 5 AsylbLG), nach dem Asylgesuch gilt der Aufenthalt als gestattet (§ 1 Abs 1 Nr 1 AsylbLG).<sup>29</sup>

Mit der Neuregelung in § 11 Abs 2a AsylbLG wird der Leistungsanspruch vor einer Registrierung auf das unmittelbar zum physischen Überleben Erforderliche in Form eines Schlafplatzes, drei Mahlzeiten täglich, Seife, Zahnpasta und Notfallbehandlungen begrenzt.

---

27 Es handelt sich um die zivilgerichtliche Verpflichtung des Gewalttäters, eine gemeinsam genutzte Wohnung der anderen Person zur alleinigen Nutzung zu überlassen. Die Zuweisung der Wohnung setzt voraus, dass ein Besitzrecht, also entweder ein Mietvertrag oder ein Eigentumsrecht an dem Wohnraum besteht.

28 Vgl Reinken in *Bamberger/Roth*, BGB Rn 13.

29 *Wahrendorf* in *Grube/Wahrendorf*, SGB XII. Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz (2014), § 1 AsylbLG Rn 9.

Die Unterbringung in einem Frauenhaus stellt eine Leistung nach § 6 AsylbLG dar, die nach der Neuregelung nur gewährt werden kann, wenn diese Leistungen aufgrund der besonderen Umstände unabweislich erforderlich sind.

Auch nach einer Registrierung gilt bis zum Ablauf von 15 Monaten nach der Einreise bzw. der ersten Registrierung, dass Leistungen in Frauenhäusern oder besondere Betreuungsleistungen für Menschen in gewaltgeprägten Lebenssituationen nur nach § 6 AsylbLG übernommen werden können. Hier findet sich jedoch nur eine Generalklausel, nach der die Leistungen zur Sicherung der Gesundheit „unerlässlich“ sein müssen. Nun ist zwar der Schutz vor körperlicher oder psychischer Gewalt sicher „unerlässlich“, aber die Unterbringung in einem Frauenhaus wird deshalb nicht zwangsläufig als zwingend erforderlich betrachtet. So verweisen viele Sozialämter auf eine erneute Unterbringung in einer Notunterkunft in ihrem Bezirk.<sup>30</sup>

Seit die AufnahmeRL 2013/33/EU in Deutschland unmittelbare Wirksamkeit entfaltet<sup>31</sup>, kann § 6 AsylbLG allerdings nur noch unter Einbeziehung der Vorgaben der Richtlinie angewendet werden. Für die Situation von Frauen, die in Flüchtlingseinrichtungen Gewalt ausgesetzt wurden, ist Art 25 AufnahmeRL einschlägig. Danach erhalten von Gewalt betroffene Frauen eine Behandlung, die in Bezug auf den erlittenen Schaden angemessen ist. Die Regelung stellt nicht auf die Frage ab, ob die Gewalt vor, während oder nach der Flucht erlitten wurde, sondern ausschließlich auf die Betroffenheit als solche. Welches Schutzniveau bei Betroffenheit von Gewalt im Wohnumfeld angemessen ist, kann sich nur nach den Maßstäben und Strukturen des nationalen Rechts richten, die Mindeststandards für die Qualifizierung des Betreuungspersonals gibt dabei Art 25 Abs 2 AufnahmeRL vor. Grundsätzlich besteht damit die Anforderung, spezielle Einrichtungen für gewaltbetroffene Frauen während des Asylverfahrens zu schaffen. Solange solche spezialisierten Einrichtungen mit besonders qualifiziertem Personal jedoch nicht vorhanden sind, wird der geforderte Standard in der Betreuung ausschließlich von Frauenhäusern eingehalten. Aus diesem Grund sind die örtlich zuständigen Sozialämter verpflichtet, die entsprechenden Kosten zu übernehmen.

Für die Frauenhäuser bedeutet dies allerdings oftmals, dass sie nach der Aufnahme einer geflüchteten Frau die Kostenübernahme erst in einer Auseinandersetzung mit den Behörden oder auch vor Gericht durchsetzen müssen.

Gleichzeitig verbietet § 11 AsylbLG „in der Regel“ die Übernahme von Kosten des Lebensunterhalts außerhalb des Ortes der Zuweisung im Asylverfahren. Damit muss jede gewaltbetroffene Frau, die sich in Sicherheit bringt, zunächst gegenüber dem Sozialamt darlegen, dass sie sich in einer Ausnahmesituation befindet, die ein Abweichen von der Regel nicht nur ermöglicht, sondern sogar erzwingt.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Frings/Domke*, Asylarbeit 246.

<sup>31</sup> Die Umsetzungsfrist ist nach Art 31 Abs 1 RL 2013/33/EU am 20.7.2015 abgelaufen, siehe dazu auch oben.

<sup>32</sup> Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen 2.4.2012 – L 20 AY 24/12 B ER, L 20 AY 25/12 B; *Groth* in *Schlegel/Voelzke*, juris Praxiskommentar SGB XII. Grundsicherung für Arbeitssuchende (2014) § 11 AsylbLG Rn 36.

Das Integrationsgesetz vom 31.7.2016<sup>33</sup> sieht für alle anerkannten Asylberechtigten, Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigten eine Wohnsitzauflage in den ersten drei Jahren nach Schutzgewährung vor (§ 12a AufenthG). Häusliche Gewalt wird auch hier nicht ausdrücklich als Grund für die Aufhebung der Wohnsitzbeschränkung genannt, sondern lediglich „unzumutbare Einschränkungen“ (§ 12a Abs 5 Nr 2 c). Damit wird die unklare Finanzierungssituation für Frauen nach häuslicher oder sonstiger Gewalt in Gemeinschaftsunterkünften auch auf diese Zeit erstreckt und eigenständigen Entscheidungen über ihre Lebensentwürfe werden weiterhin undurchschaubare bürokratische Hindernisse entgegen gesetzt.

## 7. Fazit

Die derzeitige Situation des Gewaltschutzes von Frauen in Flüchtlingsunterkünften ist skandalös, sie widerspricht den gesetzlichen Vorgaben der Aufnahmeleitlinie und unterschreitet die Anforderungen aus internationalen Konventionen erheblich. Die Möglichkeiten, einer bedrohlichen Situation zu entfliehen und in einem Frauenhaus Schutz zu finden, sind rechtlich so kompliziert geregelt, dass sie weder für die betroffenen Frauen noch für die Betreiber\*innen der Frauenhäuser handhabbar sind. Hoch problematisch ist vor allem, dass es kaum möglich ist, die Frage der Kostenübernahme vorab zu klären. Es muss immer zunächst entgegen der Zuweisung, Aufenthaltsbeschränkung oder Wohnsitzauflage gehandelt werden, um dann im Nachhinein die Verletzung der Weisung mit einer notwehrrechtlichen Zwangslage zu begründen und die Kostenübernahme in langwierigen Auseinandersetzungen und sozialgerichtlichen Verfahren zu klären.

Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> jur. Dorothee Frings, Hochschule Niederrhein, Fachbereich Sozialwesen, Professur für Verfassungs-, Verwaltungs- und Sozialrecht für die Soziale Arbeit; dorothee.frings@hs-niederrhein.de

---

33 In Kraft getreten am 6.8.2016, BGBl I 2016/39, 1939.

# Wahlarbeitszeit

Schlüssel zu einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie

Anke Stelkens

---

## 1. Einleitung

Wahlarbeitszeit statt *nur* Arbeitszeitflexibilität – das soll zum Ausdruck bringen, dass Erwerbsarbeitszeit sich noch mehr und *anders* ändern muss, als es flexible Arbeitszeitmodelle, die zunehmend Bedeutung erlangen, bisher leisten. Es müssen die Zeitbedarfe von Beschäftigten *in der Lebensverlaufsperspektive* verstärkt in den Fokus genommen werden, wenn wir für beide Geschlechter die Möglichkeit eines gleichberechtigten und partnerschaftlichen Lebens rechtspolitisch rahmen wollen.

Vor dem Hintergrund des Wandels in den gesellschaftlichen, insb familiären Strukturen braucht es Neuverhandlungen bei der Aufteilung der gesellschaftlich notwendigen Arbeit. Im Spannungsverhältnis stehen die bezahlte Erwerbsarbeit als zur Existenzsicherung individuelle Notwendigkeit und die unbezahlte Arbeit in Form von Fürsorge, Weiterbildung, auch von Selbstsorge für regenerative Auszeiten und die Gewährleistung bürgerschaftlichen Engagements als gesellschaftliche Notwendigkeit.

Es muss sich ändern, dass erwerbsbiographische Arbeitszeitanliegen als „individuelle Wünsche“ statt als gesellschaftliche Notwendigkeiten erscheinen. Wahlarbeitszeit meint eine lebensphasenorientierte Gestaltung von Erwerbsarbeitszeit, die den Abschied vom „40 Jahre – 40 Stunden – Normalarbeitsverhältnis“ mit seinen negativen ökonomischen und beruflichen Folgen insb für Frauen bedeutet. Wahlarbeitszeit gibt ein Recht auf Selbstbestimmung bei Umfang, Lage und Ort der Erwerbsarbeitszeit für alle Angestellten, welches Arbeitgeber\_innen zwingend berücksichtigen müssen.

### 1.1. Ausgangspunkte der rechtspolitischen Überlegungen des Deutschen Juristinnenbundes

Die Gleichstellung der Geschlechter ist trotz zahlreicher rechtlicher Vorgaben noch in keinem Land der Europäischen Union erreicht. Seit langem liegen hierzu Analysen vor, die die mangelnden Fortschritte belegen. Die Sachverständigenkommission „Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht“ des Deutschen Juristinnenbundes (djb) hat ein Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz erarbeitet.<sup>1</sup> Das Gesetz soll für die Beschäftigten

---

1 *Deutscher Juristinnenbund*, Konzeption eines Wahlarbeitsgesetzes (2015), [www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept](http://www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept) (13.8.2016).

umfassende subjektive Rechte auf eine selbstbestimmte(re) Zeitverwendung in der Erwerbsarbeit rechtspolitisch umsetzen. Anlass für die Überlegungen der Kommission war der „1. Gleichstellungsbericht der Deutschen Bundesregierung 2011“<sup>2</sup>, der für lebensphasenorientierte Strategien in Richtung Gleichstellung ua die „Schaffung eines Gesetzes über Wahlarbeitszeiten“ vorschlägt.<sup>3</sup>

Mit einem Wahlarbeitszeitgesetz können Bedürfnisse nach selbstbestimmter(er) Zeitverwendung im Arbeitsrecht rechtspolitisch umgesetzt und so ein „Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie“ ein Stück weit verwirklicht werden. Der vorliegende Beitrag stellt das durch den djb erarbeitete Konzept für ein solches Gesetz und die dahinterstehenden Überlegungen vor.

## 1.2. Beschränkung auf den Regelungsbereich Arbeitszeitrecht

Das Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz beschränkt sich mit der Erwerbsarbeitszeit auf nur eine von mehreren Dimensionen einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie.

Mit ihrer Erwerbsarbeitszeit sind Frauen wie Männer unzufrieden. Das ist das Ergebnis neuester Befragungen zum Thema Arbeitszeitgestaltung.<sup>4</sup> Für 82 % der Arbeitnehmer\_innen in Deutschland ist die Möglichkeit zur kurzfristigen Anpassung der Erwerbsarbeitszeit an private Bedürfnisse sehr wichtig.<sup>5</sup> Dabei zeigt die Verteilung von Arbeit zwischen den Geschlechtern ein gravierendes Gerechtigkeitsproblem auf. Zwischen Erwerbsarbeitszeiten von Frauen und denen von Männern besteht eine große Lücke (Gender Time Gap),<sup>6</sup> die eng mit der sozialen und beruflichen Ungleichheit der Geschlechter verknüpft ist.<sup>7</sup> Im Schnitt haben Frauen in den meisten europäischen Ländern kürzere Erwerbsarbeitszeiten als Männer. Und in sämtlichen Altersgruppen haben Männer eher die Möglichkeit als Frauen, in Gleitzeit zu arbeiten und frei über die eigene Zeit zu bestimmen. Viele teilzeitbeschäftigte Frauen wünschen sich dabei, mehr

---

2 Vgl das Gutachten der Sachverständigenkommission in *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht. Bundestagsdrucksache 17/6240 mit Stellungnahme der Bundesregierung (2011) 2-12.

3 Ebenfalls lebensphasenorientiert ist der Ansatz der Forschungsarbeit *Kocher ua*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie (2013), die Empfehlungen für arbeits- und sozialrechtliche Regulierungen von Übergängen aus der und in die Erwerbsarbeit enthält, die notwendiger- bzw typischerweise im Lebensverlauf auftreten.

4 *Institut DGB-Index Gute Arbeit*, DGB-Index Gute Arbeit. Der Report 2014 – Wie die Beschäftigten die Arbeitsbedingungen in Deutschland beurteilen. Mit dem Themenschwerpunkt: Arbeitszeitgestaltung. Einflussmöglichkeiten der Beschäftigten, die Verlässlichkeit von Verträgen (2014); *IG Metall Vorstand*, IG Metall Beschäftigtenbefragung 2013, [www.igmetall.de/beschaeftigtenbefragung-2013-14991.htm](http://www.igmetall.de/beschaeftigtenbefragung-2013-14991.htm) (3.9.2016).

5 *IG Metall Vorstand*, Beschäftigtenbefragung 2013: Analyse und Ergebnisse 28, [www.igmetall.de/docs/Beschaeftigtenbefragung\\_Analyse\\_der\\_Ergebnisse\\_110c93ad47b3becfae2b44d6e0839716d34950b2.pdf](http://www.igmetall.de/docs/Beschaeftigtenbefragung_Analyse_der_Ergebnisse_110c93ad47b3becfae2b44d6e0839716d34950b2.pdf) (3.9.2016).

6 *Vargas Llavel/Mezger/Gerstenberger*, Europäische Perspektive auf Arbeitsbedingungen und Relevanz der Geschlechterperspektive, in *Weg/Stolz-Willig* (Hrsg), Agenda Gute Arbeit: geschlechtergerecht! 62 (68f).

7 Vgl *Schreiber*, Erwerbstätigkeit in Deutschland im europäischen Vergleich, IMK-Report 103 (2015) 4, [www.boeckler.de/pdf/p\\_imk\\_report\\_103\\_2015.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_imk_report_103_2015.pdf) (3.9.2016).

Stunden *bezahlt* arbeiten zu können – bei Männern stehen Wünsche nach Verkürzung der Erwerbsarbeitszeit im Vordergrund.<sup>8</sup>

Arbeitszeitbedingungen sind auch eines der am meisten unterschätzten Probleme im Bereich des Arbeitsgesundheitswesens. Sie haben für psychische Belastungen einen großen Stellenwert, das zeigt der Stressreport 2012<sup>9</sup> mit großer Deutlichkeit hauptsächlich für Frauen und insb für Frauen in Teilzeitbeschäftigung. Wahlarbeitszeit kann ein wesentliches Präventionselement im Bereich des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes werden.

Die gezielte gesetzliche Regulierung hin zu mehr Souveränität für die Beschäftigten im Bereich Erwerbsarbeitszeit bietet also rechtspolitisch eine große Chance auf faktischen Wandel.

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Wahlarbeitszeitgesetz allein noch keine Gewähr für eine geschlechtergerechte und diskriminierungsfreie Arbeits- und Unternehmenskultur ist. Es muss durch weitere rechtliche und institutionelle Maßnahmen gerahmt werden. Dringender Reformbedarf besteht im Sozialversicherungsrecht in Bezug auf die Anerkennung und finanzielle Absicherung von Übergängen im Lebensverlauf. Es muss gewährleistet werden, dass Wahlarbeitszeit nicht nur ein Angebot an Menschen bleibt, die sich die Reduzierung ihrer Erwerbsarbeitszeit *leisten können*. Dabei ist zu entscheiden, welche Einkommensausfälle gesellschaftlich wie finanziert werden sollen und wie diese finanziellen Lasten zu verteilen sind. Erhebliche Anstrengungen sind auch im Bereich der Infrastruktur erforderlich, was die Bereitstellung von nicht nur quantitativ sondern auch qualitativ ausreichenden Einrichtungen für Kinderbetreuung, Pflege, Gesundheitsvorsorge und für Weiterbildung betrifft.

Und es ist klarzustellen, dass die Verhinderung des Mißbrauchs von Befristungen, Leiharbeit, freier Mitarbeit und von sog Werkverträgen oder die Eindämmung von sozialversicherungsfreien Minijobs auch neben einem Wahlarbeitszeitgesetz notwendige Regulierungsaufgabe bleibt.

## 2. Status quo im Arbeitszeitrecht

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis und das Arbeitsrecht erkennt seit jeher an, dass es eine Anpassung an sich ändernde Umstände und Bedingungen ermöglichen muss. Ursprünglich standen nur den Arbeitgeber\_innen mit dem Direktionsrecht Anpassungsmöglichkeiten zur Verfügung, wenn die Bedingungen von Produktion oder Markt dies erforderlich machten. Auf Seiten der Arbeitnehmer\_innen gab es kein Recht auf Anpassung. Dahinter stand das Modell des männlichen Familiernährers als Voll-

---

8 Absenger ua, Arbeitszeiten in Deutschland, Entwicklungstendenzen und Herausforderungen für eine moderne Arbeitswelt, WSI Report Nr 19 (2014) 12, [www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_19\\_2014.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_19_2014.pdf) (3.9.2016).

9 Lobmann-Haislab, Stressreport Deutschland 2012. Psychische Anforderungen, Ressourcen und Befinden, [www.baua.de/de/Publikationen/Fachbeitraege/Gd68.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.baua.de/de/Publikationen/Fachbeitraege/Gd68.pdf?__blob=publicationFile) (3.9.2016).

zeitarbeitnehmer, der die Anforderungen des Lebens außerhalb der Erwerbsarbeit auf eine Ehefrau abwälzen konnte.

Eine auch schon lange Tradition haben aber mittlerweile Regulierungen zur Arbeitszeitanpassung für Arbeitnehmer\_innen unter dem Aspekt der Vereinbarkeit von Kindererziehung und Beruf. In Deutschland wurden schon 1979 mit dem Mutterschaftsurlausgesetz und danach 1986 und 2001 mit dem Erziehungsurlaub (heute Elternzeitgesetz) sowie mit dem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit im Teilzeit- und Befristungsgesetz den Arbeitnehmer\_innen Rechte eingeräumt, für eine gewisse Zeit das Arbeitsverhältnis zu unterbrechen bzw es hinsichtlich des Zeitumfangs zu reduzieren und die Lage der Arbeitszeit anzupassen. Erheblich später, aber mittlerweile wurde auch der Zeitbedarf für die Pflege von älteren Menschen erkannt. Auch hier entstanden für die Beschäftigten Regelungen, die Zeitbedarfe anerkannten (2008 Pflegezeitgesetz, 2015 Familienpflegezeitgesetz), wenn auch im Vergleich zu den Elternzeiten noch unzureichender finanziell absichernd. In Österreich ist dem familiären Wandel mit entsprechenden Gesetzen zu Karenzzeiten begegnet worden (Mutterschutz und Elternkarenz, Pflegekarenz etc). Die Elternzeitrichtlinie 2010/18/EU,<sup>10</sup> die seit März 2012 umgesetzt sein sollte, fordert sozial abgesicherte Arbeits(zeit)arrangements von den Mitgliedsstaaten. Solchen Ansprüchen auf Arbeitszeitreduzierung bzw befristeten Freistellungen ist das Problem gemein, dass sie nur unzureichend mit Rückkehransprüchen ausgestattet sind und Zeitbedarfe nur relativ eng gesteckt regeln. Diese Vereinbarkeitspolitiken führen eher zu einer Unsichtbarmachung der tatsächlichen privaten Zeitbedarfe. Die insb an die Adresse der Frauen gerichteten Appelle, den Privathaushalt zu „finanzialisieren“,<sup>11</sup> um unter Zuhilfenahme von Dienstleistungen ihre Arbeitskraft für den Erwerbssektor verfügbar zu machen, gipfeln in Deutschland in der Hoffnung, den Privathaushalt als Arbeitsplatzbeschaffung für die sozialpolitisch völlig verfehlten Minijobs zu instrumentalisieren.<sup>12</sup> Da diese Art „Vereinbarkeit“ in der Lebensrealität kaum leistnoch finanzierbar ist, hat sie faktisch zu einer Verdrängung von Frauen aus dem Vollzeitwerbsarbeitsmarkt in die sog Teilzeitfalle geführt, die keine Möglichkeit mehr gibt, sich selbst eine ausreichende soziale Absicherung zu erarbeiten. Die Konsequenz ist, dass heute immer noch 49 % der 30- bis 50-jährigen Frauen in Deutschland davon ausgehen, dass sie im Alter von der Rente ihres Partners existenziell abhängig sind – und die Männer schon daher keinen Schritt aus der Vollzeitwerbstätigkeit zu mehr partnerschaftlicher Zeitverwendung hin wagen.<sup>13</sup>

---

10 ABl L 2010/68, 13.

11 Zum Begriff siehe zB *Young*, Die Subprime-Krise und die geschlechtsspezifische Schuldenfalle, in *Biesecker ua* (Hrsg), WISO Diskurs der Friedrich Ebert Stiftung: Antworten aus der feministischen Ökonomie auf die globale Wirtschafts- und Finanzkrise (2009) 15; *Hajek/Opratko*, Subjektivierung als Krisenbearbeitung. Feministische und neogramscianische Perspektiven auf die gegenwärtige europäische Krisenpolitik, *Femina Politica* 1/2013, 44 (45ff).

12 Anpreisung von Minijobs für Privathaushalte zB auf [www.minijob-zentrale.de/DE/0\\_Home/03\\_mj\\_in\\_privathaushalten/node.html;jsessionid=5AD7996A2DF8B7C84402DFD7BE8C2FB1](http://www.minijob-zentrale.de/DE/0_Home/03_mj_in_privathaushalten/node.html;jsessionid=5AD7996A2DF8B7C84402DFD7BE8C2FB1) (11.7.2016).

13 *Wippermann*, Mitten im Leben. Wünsche und Lebenswirklichkeiten von Frauen zwischen 30 und 50 Jahren, Studie des BMFSFJ (2016) 16 und 18.

Außerdem werden durch die einseitigen gesetzlichen Maßnahmen zur Vereinbarkeit aufgrund von Sorgeverpflichtungen gezielt alle anderen Zeitbedarfe ausgeblendet, was nicht von ungefähr zu einer starken Konfliktbildung zwischen den Beschäftigten geführt hat. Denn für Weiterbildung, Regeneration oder Selbstsorge werden keine entsprechenden Instrumente zur Verfügung gestellt.<sup>14</sup> Arbeitszeitfragen werden so nicht nur monetäre Verteilungsfragen sondern auch „Störfälle“ im Betrieb.

Neben gesetzgeberischen Aktivitäten stehen vielfältige Maßnahmen der Unternehmen und Tarifparteien hin zu mehr Arbeitszeitflexibilität. Soweit sie vorrangig als von den Unternehmensinteressen bestimmte Notwendigkeit verstanden werden, hat dies zu noch mehr Arbeitszeitverdichtung und prekären Beschäftigungsformen geführt.<sup>15</sup> Auch Instrumente wie Arbeitszeitkonten bzw Wertguthaben sind in ihrer realen Ausprägung im Moment eher ungeeignet, gesellschaftlich notwendige unbezahlte Arbeiten zu ermöglichen. Denn solche Konten sehen es meist im Verantwortungsbereich jedes einzelnen Menschen, sich Nicht-Erwerbszeiten individuell durch Vorleistung beim oder Kreditierung vom/von der Arbeitgeber\_in zu „erarbeiten“ und primär selbst zu „finanzieren“.<sup>16</sup> Auch hinter Angeboten der reduzierten Vollzeit auf 80 %<sup>17</sup> steht oft nur eine Arbeitsverdichtung, die nicht ausreichend Raum für die wirklichen Zeitbedarfe in der konkreten Lebensphase lässt. Eine betriebliche Arbeitszeitkultur, die weiterhin auf eine lebenslange Vollzeit mit 40 Wochenstunden und mehr ausgerichtet bleibt, ist nicht mehr zeitgemäß. Und die Tendenzen hin zu flexiblem Smart Working und Crowd Working unter Verzicht auf sozialversicherungsrechtliche Absicherungen und mit globaler Konkurrenz sind vollends ungeeignet, eine geschlechtergerechte Arbeitszeitkultur zu befördern. Es gilt hier, der Gefahr von Allianzen mit rein gewinnmaximierenden Interessenvertretungen für gesellschaftlich notwendige Arbeiten entgegenzutreten. Bewegungen hin zu einer allgemeinen Verkürzung von Erwerbsarbeitszeit, die aber existenzsichernd bleibt, sind dabei nicht gegen sondern ergänzend zur Idee von Wahlarbeitszeit zu sehen. Gestattet sei hier die Bemerkung, dass die „unbezahlte Arbeit zu Hause“ patriarchal zumindest mitgedacht und mitbezahlt wurde.<sup>18</sup> Eine Denkfigur, die heute von den Unternehmen als völlig unzeitgemäß zurückgewiesen wird, da sich dort eine alleinige Leistungskultur mit allen Vorteilen bei der Gewinnmaximierung etabliert hat. Hier sind die Unternehmen aber wieder – nur eben *ganz anders* – in die soziale Verantwortung zu nehmen.

---

14 Siehe *Kocher ua*, Erwerbsbiographie 94ff und 209ff.

15 Eindringlich dazu *Stolz-Willig*, Arbeitsgestaltung und Gesundheitsschutz – kein Thema in der Sozialwirtschaft, in *Weg/Stolz-Willig* (Hrsg), Agenda Gute Arbeit 188ff, insb 192/193.

16 *Kocher ua*, Erwerbsbiographie 263ff.

17 Sog „intelligenter Umbau durch RV80“, propagiert vom *Deutschen Arbeitgeberverband*, zu arbeitgeberintendierten Modellen siehe insgesamt die Broschüre *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände* (Hrsg), Tarifpolitik für familienbewusste Arbeitszeiten (2013).

18 Noch vor einer Generation waren bei männlichen Arbeitnehmern Heirat und Geburt von Kindern anstandslos akzeptierte Begründungen für Gehaltserhöhungen ganz ohne Blick auf die Leistungsperformance, im Gegenteil, es wurde nahegelegt, nun aber auch mal früher Feierabend zu machen und ins traute Heim zu gehen.

### 3. Wahlarbeitszeitgesetz

Der Anspruch an ein Wahlarbeitszeitgesetz, das eine lebensphasenorientierte Gestaltung von Erwerbsarbeitszeit ermöglicht, ist, dem Bedürfnis der Beschäftigten nach individuell benötigten Zeitbedarfen zu entsprechen und dies mit berechtigten Interessen der Arbeitgeber\_innen und den Interessen der Mitbeschäftigten im Betrieb angemessen zum Ausgleich zu bringen. Das lässt sich weder durch ein Gesetz mit starr formulierten Anspruchsgrundlagen noch durch schwammig bleibende Generalklauseln erreichen. Ersteres wird der Differenz, die Selbstbestimmung braucht, nicht gerecht. Und Generalklauseln geben keine Rechtsicherheit in der betrieblichen Praxis. Ein Wahlarbeitszeitgesetz muss flexible Lösungen ermöglichen und gleichzeitig vorhersehbar, planbar, verlässlich und rechtssicher sein.

#### 3.1. Die Idee – regulierte Selbstregulierung

Ein Gesetz, das der Idee einer regulierten Selbstregulierung folgt, kann dies leisten. Regulierte Selbstregulierung bedeutet, dass die Betroffenen und diejenigen, die die betriebliche Wirklichkeit gestalten, insb die für Personal und Organisation zuständigen Führungskräfte sowie die Interessenvertretungen der Arbeitnehmer\_innen, innerhalb eines gesetzlichen Rahmens selbst entscheiden und aushandeln, also: selbst regulieren, was im konkreten Fall bei der Festlegung der Arbeitszeit möglich ist. In einem solchen Ansatz sind die Tarifvertragsparteien wie auch die Betriebsparteien gefordert und werden mit ihrem *branchen- und betriebspezifischen Know-How dringend gebraucht*. Wahlarbeitszeiten können an betriebliche Grenzen stoßen, die es auszuloten gilt. Große Betriebe können in der Regel zwar erhebliche Spielräume nutzen. Bei Klein- oder Mittelbetrieben Wahlarbeitszeiten grundsätzlich für unmöglich zu erklären, wird aber schon durch die Praxis widerlegt, in der es gerade in Kleinbetrieben viele flexible Lösungen für weibliche Beschäftigte gibt. Ein Wahlarbeitszeitgesetz soll deshalb für Betriebe aller Branchen und aller Größen gelten. Die sonst übliche Anknüpfung an Betriebsgrößen oder die Herausnahme von Kleinbetrieben macht hier keinen Sinn, zumal gerade in Kleinbetrieben die Frauenbeschäftigungsquote sehr hoch ist.

#### 3.2. Die Durchsetzung – verbindliches Verfahren

Ein Wahlarbeitszeitgesetz muss in den Betrieben durchsetzbar sein. Das kann ein verbindliches Verfahren leisten. In den Betrieben werden nicht immer alle Interessen im gleichen Umfang Gehör finden. Auch sind beim Arbeitsvertragsverhältnis beide Seiten strukturell nicht gleichermaßen sozial durchsetzungsstark, so dass es unterstützende Regelungen braucht. Das Wahlarbeitszeitgesetz sieht ein entsprechend formelles Verhandlungsverfahren vor, wenn Arbeitnehmer\_innen Veränderungen der Arbeitszeiten wünschen. Das Wahlarbeitszeitgesetz muss hierbei Einzelheiten des Verfahrensablaufs

wie Antragsfristen, Antwortfristen, eine Verfahrenshöchstdauer, Begründungs- und Benennungspflichten mit Schriftformerfordernis, Festlegung der zu beteiligenden Gremien/ Personen (Betriebsrat, Gleichstellungsbeauftragte, Beauftragte für Arbeitssicherheit/ Gesundheit) *zwingend* vorschreiben. In Betrieben mit Betriebsräten sind diese mit ausreichenden Mitbestimmungsrechten auszustatten.<sup>19</sup> In Betrieben ohne Betriebsrat ist die Einbindung kollektiver Akteur\_innen sinnvoll. Es sollen durch das Wahlarbeitszeitgesetz keine neuen betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen geschaffen werden. Wünschenswert ist jedoch, dass die Frage der Arbeitszeit auch in Betrieben ohne Betriebsrat einen Stellenwert bekommt, bei dem die *Vielfalt der Interessen verfahrensmäßig angemessen repräsentiert* wird. Als am Verfahren zu Beteiligende kommen dort außerbetriebliche Stellen wie Kammern, Gewerkschaften, öffentliche Antidiskriminierungsstellen, kommunale Gleichstellungsbeauftragte oder überbetriebliche Beauftragte in Betracht.<sup>20</sup>

### 3.3. Das Anliegen – Wahlarbeitszeitkonzepte

Anliegen des seitens des djb vorgeschlagenen Gesetzes ist es, es *selbstverständlich* zu machen, dass die Betriebsparteien von sich aus und vorausschauend Wahlarbeitszeitkonzepte entwickeln und dabei *die gesamte gesellschaftlich notwendige Arbeit im Blick* haben. Wahlarbeitszeitkonzepte können Rechtssicherheit schaffen noch bevor ein individuelles Bedürfnis nach Arbeitszeitänderung auftritt.

Das Gesetz enthält *keine Pflicht* für die Betriebe, ein Wahlarbeitszeitkonzept zu entwickeln. Nur wird bei fehlendem Wahlarbeitszeitkonzept ein individuelles Verlangen nach Arbeitszeitänderung privilegiert durchsetzbar und der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin kann dem Verlangen im Verhandlungsverfahren nichts entgegenhalten. Soweit er oder sie Interessen vorbringen möchte, die das konkrete Wahlarbeitszeitverlangen betrieblich unmöglich machen, trifft sie eine Initiativ- und Durchsetzungslast. Dadurch soll ein Anreiz für eine vorausschauende Erarbeitung von Wahlarbeitszeitkonzepten gesetzt werden.

Selbstregulierung bei betrieblichen Wahlarbeitszeitkonzepten zuzulassen kann aber auch inhaltlich nicht nur auf die Hoffnung und das Vertrauen setzen, dass Arbeitgeber\_innen von sich aus ihr Flexibilisierungspotential ausschöpfen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass bereits bestehende kollektive Arbeitszeitregelungen das

19 Dem Betriebsrat steht nach geltendem Recht in Deutschland nur ein kollektives Mitbestimmungsrecht bei der Arbeitszeit zu. Kein Mitwirkungsrecht gibt es, wenn einzelne Beschäftigte von gesetzlichen Arbeitszeitreduzierungs- oder Arbeitszeiterhöhungsansprüchen Gebrauch machen. Selbst wenn in einem solchen Fall kein Einverständnis zwischen Arbeitgeber\_in und Arbeitnehmer\_in erzielt wird, kann der Betriebsrat sich nicht einschalten. Genauer dazu *Paschke, Zeitsouveränität durch Anpassung der Arbeitszeitlage an die persönlichen Bedürfnisse*, AuR 2012, 11. Sinnvoll sind auch Regelungen, die die Erstellung eines Wahlarbeitszeitkonzepts auf Initiative des Betriebsrats durchsetzbar machen (Regelungsvorbild § 87 Abs 1 Nr 5 BetrVG).

20 Ein Bsp für Beteiligungsrechte außerbetrieblicher Interessensvertreter\_innen ist das „Betriebliche Wiedereingliederungsmanagement“ nach krankheitsbedingten Ausfällen in Deutschland.

Konzept einer möglichst selbstbestimmten Arbeitszeit mitdenken, im Gegenteil: tarifliche und betriebliche Regelungen werden den individuellen Arbeitszeitwünschen oft entgegen gehalten; in der betrieblichen Praxis stellen individuelle Wünsche tatsächlich nicht selten Betriebsvereinbarungen in Frage. Betriebsräte fokussieren häufig auf Gleichbehandlung und klare Regeln, selbstbestimmte Erwerbsbiographie ist aber auf offene und unbestimmtere Regeln angewiesen.

Es muss sichergestellt werden, dass ein Wahlarbeitszeitkonzept den Ansprüchen des Wahlarbeitszeitgesetzes genügt. Das Wahlarbeitszeitgesetz setzt dafür auf eine Bestands- und Bedarfsanalyse, den „Arbeitszeitcheck“. Er muss Ausgangspunkt für die Erstellung des betrieblichen Konzeptes sein. Mit dem Arbeitszeitcheck ist auch ein Maßnahmenkatalog des Wahlarbeitszeitgesetzes zu prüfen, der jedenfalls konkret *betriebsbezogen zu erörtern* ist. Geeignete Maßnahmen können zB sein: Die proaktive Unterstützung sorgearbeitsbedingter Arbeitszeitverkürzung von Männern, Regeln für die Umverteilung des bei Arbeitszeitverkürzung freiwerdenden Arbeitsvolumens, Einführung eines betrieblichen und überbetrieblichen Pools für Vertretungsfälle, Jobsharing-Angebote oder die Schaffung zeitautonomer Gruppen, also solcher, die untereinander Umfang und Lage ihrer Arbeitszeiten absprechen und koordinieren, etc.<sup>21</sup> Weiter ist ein Wahlarbeitszeitkonzept immer aktuell zu halten, es muss alle 24 Monate innerbetrieblich überprüft und aktualisiert werden.

Das Gesetz schreibt also nicht im Einzelnen vor, ob, welche und wie viel Zeitsouveränität ermöglicht werden muss. Aber es schreibt vor, welche Zeitbedarfe von den Betrieben *gesehen* werden müssen, nämlich die Zeitbedarfe für Fürsorge, Weiterbildung, Selbstsorge und die Gewährleistung bürgerschaftlichen Engagements.

### 3.4. Die Stärke – individueller Rechtsanspruch

Die Stärke des vorgeschlagenen Wahlarbeitszeitgesetzes liegt in seinem individuellen Rechtsanspruch auf Wahlarbeitszeit. Der Anspruch ist *umfassend*, er richtet sich auf die Veränderung von Umfang, Lage, Verteilung und Ort der Arbeit, auch nebeneinander oder nur befristet einforderbar. *Neu* ist das Recht, auch die *Erhöhung der Arbeitszeit* einfordern zu können. Und dies nicht nur in Form eines Rückkehranspruches, wie er auch in den Elternzeitregelungen bereits tw enthalten ist. Auch aus der Teilzeitarbeit heraus kann ein Mehr an Erwerbsmöglichkeit eingefordert werden.

Von Gesetzes wegen ist das Wahlarbeitszeitverlangen beanspruchbar ohne Begründung und lediglich gebunden an Ankündigungsfristen bei der Geltendmachung und an eine zumindest 6-monatige Beschäftigung im Betrieb. Die Benennung von Sorgkategorien und Beweggründen kann zur Einstufung nach Dringlichkeit genutzt und nur dann be-

---

21 Für weitere Maßnahmen siehe auch die Langfassung des Konzeptes für ein Wahlarbeitszeitgesetz auf [www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept](http://www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept) (11.7.2016).

trieblich eingefordert werden, wenn es in einem bestehenden Wahlarbeitszeitkonzept daran anknüpfende Regelungen gibt. In einem gesetzeskonformen Wahlarbeitszeitkonzept muss die Berücksichtigung von notwendigen Sorgearbeiten erörtert worden sein und es muss betriebsbezogen sinnvolle Realisierungen auch zulassen. Finanzierungsfragen sind im Wahlarbeitszeitgesetz nicht zu regeln, sondern müssen einer ergänzenden sozialgesetzlichen Rahmung oder auch betrieblichen Finanzierungsangeboten überantwortet werden.

Dem Anspruch können *nur dringende betriebliche Interessen* entgegengehalten werden. Wenn im Betrieb ein Wahlarbeitszeitkonzept existiert, das den Anforderungen des Wahlarbeitszeitgesetzes genügt, konkretisiert dieses die dringenden betrieblichen Interessen. Sie liegen also vor, wenn die geltend gemachte Anpassung nicht mit dem Wahlarbeitskonzept zu vereinbaren ist. Das Wahlarbeitszeitverlangen kann dann im Verhandlungsverfahren abgewiesen werden. Die frühzeitige Erarbeitung eines Wahlarbeitszeitkonzeptes wird so belohnt. Eine gerichtliche Überprüfung bleibt möglich und ist auf Initiative der Beschäftigten durchzusetzen.

Fehlt es an einem betrieblichen Wahlarbeitszeitkonzept und führt das Verhandlungsverfahren nicht zu einer Einigung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, so wird dagegen umgekehrt vermutet, dass der gewünschten Änderung keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen. Sie wird Bestandteil des Arbeitsvertrages. Da das Wahlarbeitszeitgesetz erreichen will, dass die Betriebe Wahlarbeitszeitkonzepte einführen und umsetzen, werden Risiko und Kosten der rechtlichen Prüfung auf die Betriebe verlagert, wenn sie ein solches Konzept nicht eingeführt haben. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass für die Arbeitnehmer\_innen erhebliche Hürden bestehen, wenn sie ihre vertraglichen Rechte durchsetzen wollen, wie vielfältige Untersuchungen bestätigen.<sup>22</sup> Damit Wahlarbeitszeit tatsächlich auch die betriebliche Praxis bestimmen kann, muss vermieden werden, dass die sozial schwächere Seite die Durchsetzungslast allein trägt.

Will also der oder die Arbeitgeber\_in nicht hinnehmen, dass die Änderungswünsche zur Arbeitszeit oder zum Arbeitsort per Gesetz Inhalt des einzelnen Arbeitsvertrages werden, muss er oder sie innerhalb bestimmter Fristen selbst die Initiative ergreifen. Gibt es einen Betriebsrat, so kann mit ihm gemeinsam noch nach Äußerung eines Wahlarbeitszeitverlangens ein Wahlarbeitszeitkonzept erarbeitet werden. Fehlt es an diesem, so kann der oder die Arbeitgeber\_in das Konzept selbstständig entwickeln. Daneben kann sich der oder die Arbeitgeber\_in bei voller Kostenübernahme an das Arbeitsgericht wenden mit dem Antrag, die gesetzliche Rechtsfolge außer Kraft zu setzen, weil ihr dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Keinesfalls genügt die bloße Berufung auf ein nicht flexiblen Bedürfnissen angepasstes Arbeitszeitregime des Betriebes als dringender betrieblicher Grund.

---

22 Vgl. Kocher, Effektive Mobilisierung von Beschäftigtenrechten (2009).

#### 4. Fazit und Ausblick

Ein Wahlarbeitszeitgesetz ist nicht mehr und nicht weniger als ein Hebel in die momentan immer noch überwiegende unternehmerische Praxis, gesellschaftlich notwendige Arbeiten möglichst aus ihrem Verantwortungsbereich auszublenden. Es bietet eine einheitliche Regelung für flexible Übergänge in und aus dem Erwerbsleben und ist damit im Sinne von Rechtssicherheit und Transparenz für alle gesellschaftlichen Akteur\_innen wünschenswert.

Bei Vorstellung des Konzeptes auf dem djB-Kongress 2015 in Münster<sup>23</sup> waren auch Akteur\_innen aus der Praxis zur Diskussion aufs Podium geladen. Als Quintessenz der vorgestellten, durchaus hoffnungsmachenden Praktiken bei Arbeitszeitmodellen lässt sich wieder einmal festhalten, dass Wahlarbeitszeitansätze dort am besten funktionieren, wo sie top-down mit Unterstützung der obersten Managementebene in die Betriebe hereingetragen werden.

Rechtspolitisch herrscht beim Thema Arbeitszeit in Deutschland eine enorme Aktivität. Vom Projekt „Vereinbarkeit von Familie und Beruf gestalten!“<sup>24</sup> und einer „Familienarbeitszeit“ über eine „kurze Vollzeit“<sup>25</sup> oder einen „Vollzeit-Arbeitszeitkorridor von etwa 30 bis 40 Stunden“<sup>26</sup> bis zu flexiblen und optionalen Umsetzungs- und Gestaltungskonzepten<sup>27</sup> reichen die Vorschläge. Auch in Österreich werden Arbeitszeitfragen als Gerechtigkeits- und Umverteilungsfragen diskutiert.<sup>28</sup>

Ziel aller Maßnahmen ist es, den Arbeitnehmer\_innen mehr Mitsprache beim Umfang, aber auch bei der Frage, wann und wo gearbeitet werden kann, einzuräumen. Das Leitbild einer zukünftigen Arbeitszeitpolitik wird also va durch eins geprägt werden – die Wahloption.

Rechtsanwältin Anke Stelkens, Mitglied der Kommission „Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht“ des Deutschen Juristinnenbundes (djB), lebt und arbeitet in München; kontakt@kanzlei-stelkens.com

---

23 Konzeption für ein Wahlarbeitszeitgesetz der *Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht*, in Lang- und Kurzfassung abrufbar unter [www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept/](http://www.djb.de/themen/wahlarbeitszeit/wazg-konzept/) (11.7.2016); siehe auch den Schwerpunkt der Zeitschrift des *Deutschen Juristinnenbundes* (djBZ) in der Ausgabe 3/2015 und zum Kongress des djB zum Thema Wahlarbeitszeit in der Ausgabe djBz 4/2015 171ff.

24 Projekt des *Deutschen Gewerkschaftsbundes*, [www.familie.dgb.de](http://www.familie.dgb.de). (3.9.2016).

25 Vgl Arbeitszeitkampagne der *IG Metall* „Zu wenig Zeit zum Leben“, [www.igmetall.de/selbst-bestimmen-wie-arbeit-und-leben-zusammenpassen.htm](http://www.igmetall.de/selbst-bestimmen-wie-arbeit-und-leben-zusammenpassen.htm) (11.7.2016).

26 Vgl *Bündnis 90/Die Grünen*, Beruf und Leben besser vereinbaren – mit der grünen Arbeitszeitpolitik, [www.gruene.de/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/BDK\\_2015\\_Halle/BDK15\\_Z-01\\_Beruf\\_und\\_Leben\\_besser\\_vereinbaren\\_vorlaeufig.pdf](http://www.gruene.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/BDK_2015_Halle/BDK15_Z-01_Beruf_und_Leben_besser_vereinbaren_vorlaeufig.pdf) (11.7.2016).

27 *Wiedemuth*, Impulse für eine neue arbeitszeitpolitische Debatte, Tarifpolitische Grundsätze ver.di, [www.boeckler.de/pdf/v\\_2015\\_10\\_08\\_wiedemuth.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/v_2015_10_08_wiedemuth.pdf) (21.02.2016).

28 *Schwendinger*, Will Österreich kürzere Arbeitszeiten? – Eine Datenanalyse zur hiesigen Arbeitszeitlandschaft, [blog.arbeit-wirtschaft.at/will-oesterreich-kuerzere-arbeitszeiten-eine-datenanalyse-zur-hiesigen-arbeitszeitlandschaft](http://blog.arbeit-wirtschaft.at/will-oesterreich-kuerzere-arbeitszeiten-eine-datenanalyse-zur-hiesigen-arbeitszeitlandschaft) (11.7.2016).

# Frauen kaufen Sex

Kristina Marlen

---

*Die letzte Frau, die zu mir kam, war kurz vor Ende der Session windelweich. Sie warf sich hin und her, bevor sie mit einem fulminanten Orgasmus auf meiner Hand ejakulierte. Eine andere, die regelmäßig kommt, ist immer sehr still. Sie möchte eigentlich vor allem fest und lange gefesselt werden. Eine, die meine Dienstleistungen regelmäßig bucht, wird seit der Trennung von ihrem Mann nicht mehr berührt. Sie hat sich am Anfang geschämt zu mir zu kommen. Sie fühlte sich hässlich, alt und nicht begehrenswert. In der Zwischenzeit hat sie ihren G-Punkt entdeckt und bringt mir jedes Mal ein neues Spielzeug mit, das ich an und in ihr ausprobieren soll. Sie hat letztens zu mir gesagt, sie kann nicht fassen, wie sie ein Eheleben verbracht hat, ohne je diesen Punkt entdeckt zu haben. Eine andere möchte mich gerne lecken und dabei masturbieren. Es gibt ihr ein gutes Gefühl und Selbstbewusstsein, mir etwas beiläufig Geld auf den Tisch zu legen, um mich dann auszuziehen. Eine wollte mal selbst ausprobieren, wie es ist, eine Frau mit einem StrapOn zu vögeln.*

Dies sind reale Begebenheiten aus meinem Arbeitsalltag. Ich habe sie geringfügig verfremdet, damit Kundinnen, sollten sie dies lesen, sich nicht direkt beschrieben sehen. In meinem Beruf ist eines der obersten Gebote Diskretion. Ich bin Sexarbeiterin und wende mich mit meinem Angebot explizit an Frauen, Männer und Menschen zwischen den Geschlechtern. Mein Hauptklientel sind Männer, und werden es vermutlich auch bleiben, wenn Sexarbeit meinen Lebensunterhalt sichern soll. Den Anteil von Frauen, die sich an mich wenden, würde ich inzwischen aber durchaus mit 20% beziffern.

Kundinnen in der Sexarbeit – das kollidiert mit einigen unserer grundlegenden Annahmen, Überzeugungen und Tabus von Sexualität – insb weiblicher Sexualität. Das Urteil darüber, wie Sexarbeit zu bewerten ist und welche Rolle Geschlecht dabei spielt, ist zum Teil gespeist aus Mythen um Weiblichkeit, deren Herkunft uns zum Teil nicht einmal bewusst ist. Ich möchte einige dieser Mythen benennen, in Frage stellen und – nicht zuletzt – mit meinen eigenen Erfahrungen (und Überzeugungen) als Sexarbeiterin ins Verhältnis setzen.

## 1. Feministische Kritik: Sexarbeit ist frauenfeindlich

Sexarbeit, so habe auch ich es in meiner feministischen Erziehung und Bildung gelernt, ist der Inbegriff der Unterdrückung von weiblicher Sexualität. „Käufliche Liebe“ so heißt es in dieser Logik, die von einem konservativen Flügel der Frauenbewegung

propagiert wird, fordern ausschließlich Männer gegenüber Frauen ein. Es entspreche beinahe einer Vergewaltigung, denn keine Frau könne so etwas freiwillig tun – ihren „Körper als Ware“<sup>1</sup> anbieten nämlich. Dass es sich um sexuelle Dienstleistungen handelt, und nicht um den Körper eines Menschen, die Kund\*innen bei einer Sexarbeiter\*in erwerben können, das wird in diesem Diskurs tunlichst nicht erwähnt. Es wird verschwiegen, dass Menschen in der Sexarbeit bewusste Entscheidungen treffen und aus unterschiedlichen Motiven handeln. Die „Prostituierte“ muss in dieser Erzählung das Opfer bleiben, und sie wird durch die Wiederholung der Erzählung immer wieder dazu gemacht – ausgerechnet von Feministinnen, im festen Schulterschluss mit erzkonservativen Kräften. Jede Hure<sup>2</sup>, die sich wehrt und auf ihre Fähigkeit zur Selbstbestimmung pocht, jede Hure, die benennt, was sie will, um ihren Arbeitsplatz erträglich oder gut zu finden (ohne ihn zu verlieren) kann nur geisteskrank, traumatisiert oder von der Zuhälterlobby gesponsert sein. Wild und pervers ist sie allemal, glaubwürdig jedenfalls nicht. Sie ist Verräterin an der ganzen Kaste „Frau“ und es wird bezweifelt, ob sie denn überhaupt eine sei. Von Feministinnen. Wenn die geschlechtlichen Rollenzuschreibungen in der Sexarbeit so klar sind, was sollen Frauen da auf der anderen Seite? Sie können ja nur ebenso wirr und wild sein wie die Sexarbeiterinnen, die behaupten, ihr Problem sei nicht die Arbeit, sondern das Stigma, das nach wie vor auf ihrer Tätigkeit lastet.

Diese Propaganda, die ein gänzlich unrealistisches Bild von Sexarbeit vermittelt, hat dazu geführt, dass wir es in Deutschland nun mit einer Gesetzesreform zu tun haben: nachdem die Bundesrepublik jahrelang mit einer geradezu fortschrittlichen und liberalen Gesetzgebung zur Prostitution europaweit ganz vorn stand, tritt 2017 das neue Prostituiertenschutzgesetz in Kraft.<sup>3</sup> Für mich stellt sich die Frage, wer hier vor wem geschützt werden soll.

Das Gesetz hält keine einzige Regelung bereit, die Sexarbeiter\*innen zum Schutz reichen würde, es enthält keine Angebote, die sie persönlich oder strukturell in eine selbstbestimmtere Position bringen. Wohl aber eine ansehnliche Liste von Verpflichtungen und Einschränkungen. Dieses Gesetz ist ein Regelwerk der Repression und umfassenden Kontrolle. Die Meldepflicht, (die in Österreich bereits existiert), der geplante „Hurenausweis“, die verpflichtenden Gesundheitsberatungen (statt der anonymen, freiwilligen, die es bereits gibt) bedeuten einen massiven Angriff auf die Allgemeinen Persönlichkeitsrechte von Sexarbeiter\*innen. Die neuen Auflagen für

---

1 Schwarzer, Liebe Befürworterinnen der freiwilligen Prostitution, <http://www.aliceschwarzer.de/artikel/liebe-befuerworterinnen-der-freiwilligen-prostitution-317539> (28.8.2016).

2 Bewegungen für die Rechte von Sexarbeiter\_innen eignen sich den Begriff „Hure“ als positiven Begriff und Selbstbezeichnung an. Vgl etwa Aldenberger, ... wie andere auch! Geschichte und Debatten der Hurenbewegung in Deutschland und Österreich von den 1970er Jahren bis 2011 (2012).

3 Der Entwurf eines Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen wurde am 23. März 2016 vom Bundeskabinett beschlossen, <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/prostituiertenschutzgesetz-entwurf> (28.8.2016).

Prostitutionsstätten werden va für die kleineren Betriebe das Aus bedeuten – in denen Sexarbeiter\*innen sich selbst organisieren – und nicht für die Großbordelle, die über genug finanzielle Mittel verfügen. Jegliche Reform, deren eigentliches Ziel die Abschaffung der Prostitution ist, wird sich immer zum Nachteil von Sexarbeiter\*innen auswirken. Solange weder berufliche Alternativen, eine veränderte Migrationspolitik noch eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen in der Sexarbeit im Fokus der Gesetzgebung stehen, wird einfach nur die Existenzgrundlage von Prostituierten gefährdet, geholfen ist ihnen nicht. Eine solche Reform stößt sie, wenn sie dann im Untergrund arbeiten, in einen rechtsfreien Raum, in dem sie am wenigsten geschützt sind.<sup>4</sup>

## 2. Mythen über Weiblichkeit

*Frauen wollen Sex nur mit Beziehung.* – Doch zurück zu der Frage, ob Frauen Kundinnen für sexuelle Dienstleistungen sein können. Ein weiterer Grund, warum dies vielen nicht denkbar erscheint, ist die Annahme, Frauen könnten die Kommerzialisierung von Intimität nicht attraktiv finden. Frauen sollen auch im 21. Jahrhundert noch wissen, wie Sexualität eigentlich gelebt werden soll: unter dem Dach einer monogamen Zweierbeziehung, am besten der Ehe. Die Fähigkeit zur Trennung von Sexualität und „Gefühl“ ist ein Privileg, das Männern vorbehalten bleibt. Dass Frauen diese Trennung sehr wohl vornehmen und das auch genussvoll, kann ihnen schnell den Ruf einer Schlampe einhandeln – und die ist ja von der Hure fast nur einen Steinwurf (sic!) entfernt.

*Frauen haben kein Geld.* – Doch damit ist es noch immer nicht zu Ende gedacht. Selbst wenn die promiskuitive Frau, die loszieht, um sich Genuss zu verschaffen, mehr und mehr denkbar wird: die Frau, die das tut und Geld dafür ausgibt, ist es im jeden Falle nicht. Warum? Weil auch Geld patriarchal aufgeladen ist. Frauen haben faktisch weniger Geld als Männer. Und auch wenn Frauen über immer mehr finanzielle Ressourcen verfügen, die verschwenderische, hedonistische Geste ist weiterhin eine männliche. Das selbstverständliche und selbstherrliche Einstehen und Investieren für die eigene Lust ist eine Tradition der Männerbünde.

*Frauen müssen nicht für Sex bezahlen.* – Frauen, die sich „etwas Gutes tun“ wollen, tun das, so das gängige Bild, mit Kosmetik, Shoppen oder Sport. Denn, nicht zuletzt: die Frau, die für Sex bezahlen muss, ist zu bemitleiden. In einer Welt, in der Frauen angeblich nichts tun müssen, um Sex zu haben, muss eine Frau, die dafür bezahlt, ein Problem haben. Sie ist nicht begehrenswert genug, zu alt, zu dick, zu hässlich, oder sie hat ein sexuelles Problem, mit dem nur ein Profi zurechtkommt. Die selbstbestätigende Geste

---

4 Kommentar der Autorin zum Gesetzesentwurf auf [http://www.siegessaule.de/no\\_cache/newscomments/article/2701-kriminalisiert-und-stigmatisiert-durch-das-neue-prostituiertenschutzgesetz.html](http://www.siegessaule.de/no_cache/newscomments/article/2701-kriminalisiert-und-stigmatisiert-durch-das-neue-prostituiertenschutzgesetz.html) (28.8.2016), Abrufmöglichkeit der Stellungnahme des *Deutschen Juristinnenbundes*: <https://www.djb.de/st-pm>, (28.8.2016).

mit dem Geldschein erstarbt, ausgeführt von einer Frau, zu einem Wedeln mit dem Defizit. Die Frau ist im Mangel, wie immer sie es wendet.

### 3. Die Angebotslage

Die Angebote sexueller Dienstleistungen, die es für Frauen gibt, unterscheiden sich daher von denen für Männer. Es gibt eigentlich keine Bordelle für Frauen, keine Wellnessfarm, in der sich Frau die hübschesten Kerle oder Frauen aussuchen und mit aufs Zimmer nehmen kann. Mittlerweile gibt es einen neuen Sextourismus von Frauen in nordafrikanische Länder und vereinzelt BoysStriptease, der als originelle Geburtstagsfeier mit den besten Freundinnen zelebriert wird. Dies kann jedoch nicht mit dem flächendeckenden, das Internet und die Vorstädte beherrschenden Angebot für Männer konkurrieren. Offensichtlich unterschätzen die Anbieter\*innen sexueller Dienstleistungen das Potential von Frauen als Kund\_innenschaft. Eine Ausnahme bildet die Tantraszene, die Frauen als zahlungskräftiges Klientel entdeckt hat. Dieses Angebot für Frauen bewegt sich wiederum in dem engen Rahmen, den unser Denken über weibliche Sexualität erlaubt und in dem sich Frauen bewegen sollen. Das Angebot für Frauen wird gleichsam entsexualisiert: es wird viel von „Sinnlichkeit“ und „Bewusstwerdung“ gesprochen; Langsamkeit und Vorsicht werden gegenüber der – darin als schützenswert angesehenen – Sexualität der Frau betont; Genitalien werden verschämt und verschleiernd in einer alten, fremden Sprache benannt;<sup>5</sup> es wird der Anspruch formuliert, sich mit der sexuellen Praxis auch auf einem spirituellen Weg zu befinden. Es wird suggeriert, Frauen wollten, wenn sie sich ihrer Sexualität widmen, dadurch entweder geheilt werden oder etwas über sich lernen. Auf jeden Fall sind sie dabei sanft.

Die aggressive, die sexuell fordernde Frau ist ein Tabu. Die Frau, mit der ich es zu tun habe; die mich nimmt oder die mir zuruft, ich solle sie gefälligst heftiger vögeln. Die Frau, die sich nicht gefällig und ansehnlich verhält und nicht darum buhlt, begehrenswert für Männer zu sein. Einer solchen Person würde nämlich im nächsten Atemzug ihre „Weiblichkeit“ abgesprochen. Diese Frau ist gefährlich. Sie ist nicht mehr kontrollierbar. Diese Frau ist gesellschaftlich nicht erwünscht, deshalb wird sie auch nicht offensiv als Kundinnengruppe angesprochen. Frauen haben das längst verinnerlicht und wollen sich deshalb auch nicht so sehen. Sich auf einem spirituellen Weg zu befinden und dabei eine gute Figur im Lunghi (die Berufsbekleidung in Tantragruppen) zu machen, ist ihnen manchmal lieber, als als wütende, hysterische und sexuell hungrige Person zu gelten.

---

5 Bsp: „Yoni“ für Vulva, „Lingam“ für Penis im Tantra.

#### 4. Was wollen Frauen in der Sexarbeit?

Meine Erfahrung ist, dass Frauen gar nicht so viel anderes wollen als Männer. Sie haben Lust und Neugier, und sie verfügen über Ressourcen, um sich zu verschaffen, was sie interessiert. In den Sessions ist sexuelle Kommunikation möglich, die auch den Alltag verändern kann. Frauen finden heraus, was sie wollen und was nicht, und sie artikulieren das. Die Frauen, die zu mir kommen, wollen häufig ein Stück ihrer Sexualität erforschen. Sie suchen Neuland, sie stehen häufig an einer Schwelle. Vielleicht haben sie eine Trennung hinter sich oder einen Lebensabschnitt abgeschlossen; die Kinder sind aus dem Haus, oder eine berufliche Phase geht zu Ende. Da ich in dem Bereich spezialisiert bin, wenden sich viele Frauen mit Fantasien zu BDSM an mich. Sie haben schon lange Interesse daran, gefesselt zu werden, haben submissive Fantasien oder sie möchten lernen, dominant zu sein. Sie kennen keinen Ort oder keine Person, mit der sie diese Fantasien in die Tat umsetzen könnten. Einige Frauen haben konkrete Fragen zu ihrer Sexualität; zu ihrem G-Punkt, zu unterschiedlichen Orgasmusformen, zur weiblichen Ejakulation, zur Sensibilisierung der Vulva. Andere suchen gezielt die sexuelle Begegnung mit einer Frau. Dabei wollen manche aktiv, passiv oder auch beides sein. Es gibt Frauen, die beruflich so eingebunden sind, dass ihre sexuellen Bedürfnisse kaum noch Raum haben. Sie suchen nach einer angemessenen Adresse, um sich fallen zu lassen. Es kommen auch Transpersonen zu mir, die sich entweder gerade auf dem Weg zur Umwandlung ihres Geschlechtes befinden oder ihr jeweils gegengeschlechtliches Alter Ego nur temporär leben oder gerade entdecken. Manche sind in Partner\_innenschaft, in der sie einiges, aber nicht alles leben können, was sie interessiert. Manche sind Single. Häufig kommen auch Paare zu mir. Viele Frauen kommen mit ihrem Partner; dann haben wir eine Session zu dritt.

Fakt ist: Frauen kommen nicht aus einem Defizit. Die Tatsache, dass sie mir Geld geben, führt zu einem Gefühl der Selbstbestätigung. Frauen wollen etwas erfahren, sie lernen und haben Lust. Männer übrigens auch. Dass sie mich als Sexarbeiterin respektieren und mir vertrauen, wertet ihr Erlebnis bei mir auf. Dass meine Aufmerksamkeit, meine Ausbildung, meine körperliche Präsenz, meine sexuellen und nichtsexuellen Aktivitäten bezahlt werden müssen, muss ich zum Glück in keinem Moment erklären. Sexarbeit kann ein Ort für sexuell emanzipatorische Praxis sein. Für Sexarbeiter\*innen und für Kund\*innen.

Kristina Marlen ist Sexarbeiterin in Berlin und wendet sich mit ihrem Angebot an alle Geschlechter. Sie setzt sich für eine emanzipatorische Praxis in der Sexarbeit ein – sowohl am individuellen Arbeitsplatz als auch in der medialen Darstellung des Berufs, [www.marlen.me](http://www.marlen.me); [mail@marlen.me](mailto:mail@marlen.me)

# Resolutionen und Fachstellungennahmen des FJT 2016

## 1. Erklärende Vorbemerkung

Der Feministische Juristinnen\*tag (FJT) versteht sich auch als Raum für rechtspolitische Debatten. Das Plenum kann daher Resolutionen und sog „Fachstellungennahmen“ beschließen, wobei Stimmkörper die Teilnehmerinnen des jeweiligen FJT sind.

Resolutionen sind grundlegende Positionen des gesamten FJT, sie benötigen eine Stimmenmehrheit von 80 % und können mit nur sieben Gegenstimmen zu Fall gebracht werden. Fachstellungennahmen sind hingegen an die einzelnen Arbeitsgruppen bzw Foren gebunden und benötigen mindestens 40 Stimmen, sie verkörpern somit nicht die Stimme des gesamten FJT, bringen aber wesentliche Debatten und – unter Umständen auch intern umstrittene – Standpunkte zur Sprache.

Beim FJT 2016 waren insgesamt 320 Teilnehmerinnen anwesend. Es wurden zwei Resolutionen – beide ohne Gegenstimmen – sowie sieben Fachstellungennahmen beschlossen. In ihnen spiegelt sich die Vielfalt der Diskussionen, die im Rahmen des FJT 2016 geführt wurden. Wir drucken sie daher im vollen Wortlaut ab.<sup>1</sup>

## 2. Resolutionen

### 2.1. Resolution: Flucht und Geschlecht

Das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht auf menschenwürdige Existenzsicherung sind im Fall jeder asylsuchenden Person zu wahren. Dennoch ist der Zugang zum Asylverfahren (gerade) für geflüchtete Frauen\*, Inter- und Transpersonen mit Gewalt, Eingriffen in die (sexuelle) Selbstbestimmung und Lebensgefahr verbunden.

Wir fordern daher:

- Zugang zu einem fairen Verfahren für alle Geflüchteten und damit die Einhaltung völker- und unionsrechtlicher Verpflichtungen,
- angemessene Betreuung und Unterbringung für alle Geflüchteten unter besonderer Rücksichtnahme auf Gruppen, die häufig von sexualisierter und geschlechtsbezogener Gewalt betroffen sind, sowie
- die Förderung zivilgesellschaftlicher Organisationen, die in der Flüchtlingshilfe tätig sind, insb solange der Staat seine Verantwortung in diesem Bereich nicht wahrnimmt.

---

1 Zu beachten ist, dass die Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz tw unterschiedlich ist. Resolutionen bzw Fachstellungennahmen haben manchmal alle drei Rechtsordnungen im Blick, manchmal werden auch nur spezifische Probleme einer Rechtsordnung adressiert.

Zudem sprechen wir uns dezidiert gegen die Instrumentalisierung feministischer Anliegen für rassistische Hetze aus.

## 2.2. Resolution: Sexualstrafrechtsreform

Der 42. FJT fordert eine Reform des Sexualstrafrechts, die die Vorgaben der Istanbul-Konvention erfüllt, insb einen Grundtatbestand, der entsprechend Art 36 Istanbul-Konvention jede vorsätzlich begangene nicht einverständliche sexuelle Handlung an einer anderen Person sanktioniert. Das Einverständnis muss als Ergebnis des freien Willens der Person erteilt werden, wobei die Freiwilligkeit unter der Berücksichtigung der jeweiligen Begleitumstände zu beurteilen ist, ohne Menschen mit Behinderung zu diskriminieren.

## 3. Fachstellungennahmen

### 3.1. Abschaffung des Verschuldensprinzips – Deutschland als Vorbild? (Arbeitsgruppe 3.1)

In Österreich soll zwischen Eheleuten eine verpflichtende Aufteilung der während der Ehe erwirtschafteten Pensionsansparungen eingeführt werden. Die jeweiligen Guthaben sollen bereits während der Ehe sichtbar gemacht werden.

Das Verschuldensprinzip beim nachehelichen Unterhalt soll in Österreich abgeschafft werden.

In Österreich soll ebenso wie in Deutschland der befristete Betreuungsunterhalt zwischen Eltern unterschiedslos auch für nicht verheiratete Eltern gelten.

### 3.2. Sexuelle Selbstbestimmung wirksam umsetzen (Arbeitsgruppe 4.1)

Wir fordern zur wirksamen Umsetzung von Art 36 Istanbul Konvention eine Reform des Sexualstrafrechts, die folgende Kriterien erfüllt:

1. Einen Grundtatbestand, der jede vorsätzlich begangene nicht einverständliche sexuelle Handlung an einer anderen Person sanktioniert.
2. Das Einverständnis muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.
3. Das Einverständnis liegt nicht vor,
  - (1.) wenn äußere Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass das Einverständnis nur unter psychischem Druck oder durch Täuschung oder infolge Abhängigkeit zustande gekommen ist,
  - (2.) oder wenn die betroffene Person keinen entgegenstehenden Willen bilden oder äußern kann, etwa in Fällen überraschender Begehung oder bei Bewusstlosigkeit oder Bewegungsunfähigkeit (zB Wachkoma),

- (3.) oder wenn der Täter oder die Täterin es ausnutzt, dass die betroffene Person in der Bildung oder Äußerung ihres Willens beeinträchtigt ist.
4. Jede Form der tätlichen sexuellen Belästigung ist unter Strafe zu stellen.
  5. Für Fälle, in denen der Täter oder die Täterin Gewalt oder Drohung anwendet oder eine schutzlose Lage des Opfers ausnutzt, sind entsprechende Qualifikationen vorzusehen.
  6. Die Strafbarkeit darf nicht an die Widerstandsunfähigkeit oder die Behinderung des Opfers anknüpfen, sondern in nichtdiskriminierender Weise an die mangelnde Fähigkeit, einen Willen zu bilden oder frei zu äußern.

Weiters fordern wir:

- Spezialisierung, Sensibilisierung und Training für Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte, die Erkenntnisse der (Rechts-)Soziologie, Kriminologie, Sexualwissenschaft und der Gewaltforschung, der Traumaforschung und der Psychologie, insb über Opferverhalten, ebenso umfassen wie eine kritische Auseinandersetzung mit Geschlechterbildern und Vergewaltigungsmythen,
- flächendeckende Angebote anonymen und verfahrensunabhängiger Spurensicherung und Beweissicherung,
- einen Rechtsanspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung und deren flächendeckende Bereitstellung, sowohl im Straf- wie auch im Zivilverfahren wegen Sexualdelikten und
- geschlechtergerechte schulische Bildung und außerschulische Bildungsangebote über das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

### 3.3. Opferrechte im Strafverfahren (Arbeitsgruppe 4.2)

Opferrechte im Strafverfahren sollen eine Bringschuld des Staates sein, keine Holschuld (Rechte nur auf Antrag) des Opfers.

Psychosoziale Prozessbegleitung in Gerichtsverfahren, in denen ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt eine maßgebliche Rolle spielt, unabhängig davon, ob eine Strafanzeige vorgeschaltet war.

Psychosoziale Prozessbegleitung für Angehörige von Opfern schwerer Straftaten, die Zeug\_innen der Tat waren und für Dritte, die Zeug\_innen von Tötungsdelikten waren.

### 3.4. Emanzipatorische Kraft des individuellen Rechtsanspruchs (Arbeitsgruppe 5.1)

Nach der Beweislastregelung des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes muss eine Person, die sich diskriminiert fühlt, den Diskriminierungstatbestand glaubhaft machen. Der/die Arbeitgeber\_in oder Dienstleistungsanbieter\_in muss dann beweisen, dass es wahrscheinlicher ist, dass ein anderes Motiv, als das durch das Gleichbehandlungsgesetz

verpönte, für die unterschiedliche Behandlung, bspw die unterschiedliche Bezahlung, ausschlaggebend war.

Das Unionsrecht sieht in den Richtlinien eine Beweislastverschiebung vor. Aus der EuGH-Judikatur geht hervor, dass die Beweislast umgekehrt werden soll, wenn es im Verfahren zur Kausalitätsprüfung des Zusammenhangs einer Benachteiligung zu einem konkreten Diskriminierungsgrund kommt. Der Beklagte sollte in diesem Fall objektive Gründe vorbringen, um den Diskriminierungsverdacht auszuräumen. Diskriminierung ist als eine „unreflektierte Reaktion“ auf eine Person anhand eines Vorurteils die Personengruppe betreffend zu sehen. Die zentrale Verfahrensfrage ist es daher, die kausale Verbindung zwischen dem geschützten Merkmal und dem benachteiligenden Verhalten herzustellen, weil diese ja zumeist verdeckt ist und das für den/die Kläger\_in oft die unüberwindbare Hürde darstellt. Das Unionsrecht verfolgt somit den Zweck, einen wirksamen Schutz durch die Anordnung der Beweislastverlagerung herzustellen, und geht von einem Anscheinsbeweis aus.

In der österreichischen Regelung wurde in Umsetzung das Beweismaß herabgesetzt, es genügt also eine Glaubhaftmachung. Verlangt wird allerdings ein Indizienbeweis. Dabei findet kein zweistufiges Verfahren statt, also dass der/die Kläger\_in zunächst die unsachliche oder willkürliche Ungleichbehandlung darlegen würde und sich danach der Beklagte erklären müsste. Beim Indizienbeweis wird verlangt, dass der/die Kläger\_in zusätzlich zu der willkürlichen Ungleichbehandlung Indizien zum Kausalzusammenhang zum Diskriminierungsgrund darlegt, damit die Hürde zur Glaubhaftmachung gelingt. Aus der Sicht der Arbeitsgruppe erscheint diese Hürde im Lichte der grundsätzlich vorgesehenen Beweislaste erleichterung zu hoch und führt zu einer „Verschuldensprüfung durch die Hintertüre“. Grundsätzlich ist ja in der schadenersatzrechtlichen Prüfung einer Diskriminierung gerade kein Verschulden vorgesehen. Die Indiziensuche verlangt aber geradezu eine Art „Böswilligkeit“ oder Diskriminierungsabsicht beim/bei der Beklagten festzumachen. Va hinsichtlich der österreichischen Beweislastregelungen werden Verbesserungen verlangt. Es wird gefordert, vom Indizienbeweis abzugehen und einen Anscheinsbeweis (prima facie) vorzusehen.

Zudem stellt die Arbeitsgruppe fest, dass Information, Schulung und Bewusstseinsbildung in Bezug auf typische „Diskriminierungsmuster“ in der Jurist\_innenausbildung fehlen und es mehr Praxisbezug braucht.

Wir fordern eine Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes im Anti-Diskriminierungsrecht durch

- mehr Praxis in die Ausbildung von Jurist\_innen (zB durch law clinics → Klient\_innenzugang notwendig),
- legislative Veränderung der Beweislastregelung in Österreich vom „Motiv“ und Indizienbeweis zu einem dem Europarecht angepassten Anscheinsbeweis.

### 3.5. Geschlechter(de)konstruktionen auf der Flucht (Arbeitsgruppe 8.1)

Wir fordern:

- Die institutionalisierte Vernetzung von interdisziplinärer Geschlechterforschung, Rechtswissenschaften sowie Flüchtlings\_Migrationsrechtspraxis, um eine Handhabung der Begriffe Geschlecht und Sexualität – ausgehend vom Standard der Yogyakarta Prinzipien und ihren aktuell diskutierten Erweiterungen – zu gewährleisten.
- Frauen\*, Inter- und Trans\*-bezogene Fortbildungs- und Sensibilisierungsmaßnahmen für im Flüchtlings\_Migrationsrechtsbereich tätige Organe, Übersetzer\*innen und Gutachter\*innen.
- Die Berücksichtigung der Bedürfnisse von Frauen\*, Inter- und Trans\*Personen als besonders geschützte Personen im Sinn der RL 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie) von Amts wegen. Das erfordert insb Wohnmöglichkeiten, die Schutz vor sexistischer, homo- und trans\*/inter\*phober Gewalt bieten, sowie einen entsprechenden Zugang zu geschützten Räumen, sozialer/kultureller Teilhabe und medizinische und psychotherapeutische Versorgungsangebote, gerade auch für Trans\*Gender Personen und Personen mit Gewalterfahrungen.
- Die Einrichtung einer Anlaufstelle und die Schaffung von effektivem Rechtsschutz für Fälle von sexistischer, homo- und trans\*phober Diskriminierung und Gewalt im Flüchtlings\_Migrationsbereich. Dies bedeutet auch ein Levelling Up im Antidiskriminierungsrecht beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.
- Schaffung legalisierter Fluchtwege. Bis dahin jedenfalls die Abschaffung von Strafen für Fluchthelfer\*innen. Der Zugang zum Asylverfahren ist (gerade) für Frauen\*, Inter- und Trans\*Personen in aller Regel mit Lebensgefahr verbunden. Flucht ist kein Verbrechen; auch die Unterstützung dabei darf es nicht sein. (Die Begriffe Hilfe und Unterstützung schließen Ausbeutungsverhältnisse definitionsgemäß aus.)

### 3.6. Schutz und Selbstbefähigung für geflüchtete Frauen\* (Arbeitsgruppe 8.2)

Frauen\* verlieren durch die Flucht nicht ihre Menschenrechte, insb nicht das Recht über ihr Leben selbst zu bestimmen.

Sie haben Anspruch auf

- getrennte Unterbringung,
  - gewaltpräventive Gestaltung der sanitären Einrichtungen in allen Einrichtungen,
  - selbstbestimmte Versorgung (va Essen, Kleidung),
  - ein Recht auf den Auszug in eine Privatwohnung.
- Gewaltschutz:  
Gewalttäter werden auch aus Flüchtlingsunterkünften konsequent wegverwiesen. Zusätzlich hat die von Gewalt betroffene Person das Recht auf ein sicheres Wohnen an einem Ort ihrer Wahl, zB in einem Frauenhaus, bei aufnahmebereiten Verwandten oder in einer privaten Unterkunft.

Der Staat hat die Pflicht zur Gewährleistung der menschenrechtlichen Standards und der Bereitstellung entsprechender Mittel, insb durch

- Schaffung entsprechender Einrichtungen für Frauen\*, menschenrechtskonforme Standards für die Unterbringung,
- Wahrung des Rechts auf Wahlfreiheit für Frauen\*,
- staatliche Kontrolle der Einrichtungen und Einhaltung der Standards,
- Sicherung der Partizipation der Bewohner\*innen der Einrichtungen an der Ausgestaltung des Zusammenlebens (zb Hausordnungen),
- Sicherung von wirksamem Zugang zu Gerichten und Beschwerdemöglichkeiten: Information und Beratung in der Muttersprache; unabhängige Beschwerdestellen für alle Einrichtungen, die Abhilfe schaffen können; niederschwellige Verfahren; anonyme Beschwerdemöglichkeiten.

### 3.7. Reproduktive Rechte (Forum 2)

Wir fordern, dass der von Schwangeren gewünschte Schwangerschaftsabbruch nicht strafbar ist.

# Die Herren des Geldes – Das Geld der Herren

## Feministische Analysen des Finanzsystems – ein Tagungsbericht

Miriam Broucek

---

Am 17. Juni 2016 fand unter Organisation ua der AK Wien, dem Institut für Institutionelle und Heterodoxe Ökonomie, dem Beigewum und WU-Studierendenvertretungen eine Tagung unter dem Titel „Die Herren des Geldes – das Geld der Herren. Feministische Analysen des Finanzsystems“<sup>1</sup> an der WU Wien statt, welche sich der feministischen Ökonomie und der geschlechtlichen Dimension des Finanzsystems widmete. Feministische Ökonominen beleuchteten in ihren Vorträgen die männliche Dominanz in Institutionen, Leitbildern und Verhaltensweisen des Finanzsektors, deren soziale und ökonomische Auswirkungen und setzten diesem männlichen Herrschaftsverhältnis eine feministische Denkweise von Wirtschaft entgegen. Dieser Beitrag fasst die wesentlichen Aussagen der Tagung zusammen.

### 1. Eine kurze Einführung in die feministische Ökonomie<sup>2</sup>

Sowohl die feministische ReWi als auch die feministische Ökonomie haben ihren wesentlichen Ursprung in der 2. Welle der Frauenbewegung, beginnend mit den späten 1960er-Jahren. Beiden geht es nicht darum, eine zusätzliche Theorietradition zu begründen,<sup>3</sup> sondern vielmehr die der ReWi und der Ökonomie und ihren Institutionen innewohnende geschlechtliche Verzerrung („gender-bias“) sichtbar zu machen,<sup>4</sup> welche mit einer Marginalisierung und Benachteiligung insbes von Frauen einhergeht. Sie sind idS emanzipatorische Diskurse, da ihr Ausgangspunkt die Erfahrung ist, dass sowohl die Ökonomie als auch die ReWi dazu eingesetzt wurden und werden, bestimmte Menschen in ihren Lebensmöglichkeiten einzuschränken.<sup>5</sup>

---

1 Das Tagungsprogramm kann unter [www.wu.ac.at/economics/vw-zentrum/events/bevorstehende-veranstaltungen/feministische-oekonomie/](http://www.wu.ac.at/economics/vw-zentrum/events/bevorstehende-veranstaltungen/feministische-oekonomie/) (10.8.2016) eingesehen werden.

2 Wenn im Folgenden von der „feministischen Ökonomie“ die Rede ist, soll nicht vergessen werden, dass die feministische Ökonomie von vielen WissenschaftlerInnen mit unterschiedlichsten Methoden und Forschungsschwerpunkten getragen wird. Die verkürzende Pauschalierung der feministischen Ökonomie im Text ist daher allein der Kürze des Beitrages geschuldet.

3 *Madörin*, Feministische Makroökonomie: Auf der Suche nach brauchbaren Ansätzen, Die Herren des Geldes – das Geld der Herren, Wien, 17. 6.2016.

4 *Young*, Zentralbanken, Geldpolitik und Gendered Ungleichheiten: Asset Bias, Europa in der Krise, Münster, 19./20. 11.2015.

5 *Holzleitner*, Emanzipatorisches Recht – queer\_intersektionale Analyse, in *Philipp/Meier/Starl/Schmidlechner* (Hrsg), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014) 103-124.

Die feministische Ökonomie war von Anfang an auch eine Kritik an der (neo-)klassischen Ökonomie mit ihren Grundprinzipien wie dem *homo oeconomicus*<sup>6</sup> und der Annahme eines vollkommenen Marktes<sup>7</sup> und tendiert eher zu (post-)keynesianistischen und (post-)marxistischen ökonomischen Überlegungen. Eine große Rolle in der feministischen ökonomischen Analyse spielt der Einfluss der überwiegend noch<sup>8</sup> von Frauen verrichteten, unbezahlten Tätigkeiten wie Haushaltsführung, Kinderbetreuung und Angehörigenpflege auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung.

## 2. Die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 aus der Perspektive der feministischen Ökonomie

Größter Kritikpunkt der feministischen Ökonomie an den (neo-)klassischen ökonomischen Theorien, insbes dem *homo oeconomicus*, ist deren behauptete Neutralität und Geschlechtslosigkeit, welche sich bei genauerem Betrachten als nur scheinbar erweist. Zugeschriebene Eigenschaften wie Nutzenmaximierung, Egoismus und Rationalität werden – zumindest im westlichen Sprachgebrauch – im Wesentlichen mit männlichen Eigenschaften assoziiert.<sup>9</sup>

Gleiches trifft auch auf die AkteurInnen auf den Finanzmärkten zu. Die behauptete Geschlechtsneutralität von Normen und Praktiken in der Finanzindustrie ist eine Fiktion, die die herrschenden Macht- und Ungleichheitsstrukturen verschleiert: dabei sei noch nicht einmal an den *old boys club* gedacht, der Elite von männlichen, weißen, hervorragend ausgebildeten Vermögenden in Spitzenpositionen globaler Finanzunternehmen und Finanzinstitutionen, sondern schlicht an eine einfache weibliche Kreditnehmerin: sie wird idR über einen verringerten Zugang zu Finanzmarktinformationen verfügen, weil sie entweder weniger mobil ist oder aber nie gelernt hat, wo die für sie wesentlichen Informationen beschafft werden können. In manchen Ländern und Bevölkerungsschichten kann sie ev einen Kredit auch nicht ohne Zustimmung ihres Ehemannes aufnehmen und hat auch nicht die volle Kontrolle über die Haushaltsfinanzen und somit die Rückzahlungsraten, weil diese Rolle traditionell dem Mann als Haushaltsvorstand zukommt.<sup>10</sup>

---

6 Dieses Gedankenkonstrukt beschreibt den Menschen als „Nutzenmaximierer“ und steht in der klassischen Ökonomie für die Annahme eines durchgängig rationalen (Entscheidungs-)Verhaltens von Individuen.

7 Der vollkommene Markt ist ebenfalls eine Theorie der (neo-)klassischen Ökonomie und beschreibt einen idealen Markt, auf dem sich alle Marktteilnehmenden ausschließlich am Preis orientieren und so ein stabiles Marktgleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage geschaffen wird.

8 Vgl dazu auch die Ergebnisse der Zeitverwendung anhand der Zeitverwendungserhebung 2008/2009 der Statistik Austria unter [www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/soziales/zeitverwendung/zeitverwendungserhebung/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/zeitverwendung/zeitverwendungserhebung/index.html) (10.8.2016).

9 Maier, Homo Oeconomicus. Zur geschlechtsspezifischen Konstruktion der Wirtschaftswissenschaften, Prokla 93. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 4/1993, 551-571.

10 Roberts, Gender Relations in the Financialized Global Economy, Die Herren des Geldes – das Geld der Herren, Wien, 17. Juni 2016.

Die Finanzkrise 2008 und die darauffolgende Wirtschaftskrise brachte die Erkenntnis mit sich, dass die dominierenden klassischen und neoklassischen volkswirtschaftlichen Theorien, Analysen und Modelle nicht tragfähig (genug) sind. Als auf diese Weise der Beweis für die blinden Flecken der Mainstream-Ökonomie geliefert wurde, entstand Raum für bislang weniger beachtete Teilgebiete der VWL, die als alternative Ansätze zur „orthodoxen“ Ökonomie unter dem Überbegriff „heterodoxe Ökonomie“ zusammengefasst werden, zu der auch die feministische Ökonomie gezählt werden kann.<sup>11</sup>

Die feministische Ökonomie kann der Krisenerzählung und den Bewältigungsstrategien des Mainstream, für den etwa die Organe und AkteurInnen der EU stehen, nicht nur weitere Erzählstränge, sondern auch andere Möglichkeiten der Problemlösung hinzufügen: mit dem Blick auf das Gesamtgefüge und insbes auf die sozialen Lebensbedingungen von Menschen verfolgt sie statt unbedingter Budgetdisziplin einen eher keynesianischen Ansatz. Die disziplinierende Fiskalunion hat etwa aus der Sicht der österreichischen Nationalbankerin und Ökonomin *Helene Schubert* den Wirtschaftsabschwung noch weiter verschärft: die Reduzierung sozialstaatlicher Leistungen verstärkte bereits bestehende Ungleichheiten, so auch zw den Geschlechtern. Und immer dann, wenn sozialstaatliche Sicherungssysteme und Transferleistungen zurückgefahren werden, sind Frauen als nach wie vor Hauptempfängerinnen von sozialstaatlichen Leistungen zuerst und am stärksten betroffen.<sup>12</sup>

In diesem Zh darf frau jedoch nicht dem sich in der Rückschau auf die Finanzkrise herausgebildeten Narrativ vom „männlichen Gesicht der Krise“ und einer „stereotypisierten Weiblichkeit als Gegenprogramm zu männlichen Allmachtsphantasien“<sup>13</sup> auf den Leim gehen: zum einen unterstützt die Zuspitzung männlichen Verhaltens als Selbstüberschätzung und Risikobereitschaft, dem das weibliche Verhalten von Risikoaversität und unternehmerischer Umsichtigkeit gegenübersteht, so erst recht biologistische Geschlechternormen und blendet aus, dass die Ursachen und Auswirkungen der Finanzkrise weitaus komplexer und widersprüchlicher sind.<sup>14</sup> Zum anderen haben auch globale Finanzdienstleistungs- und Beratungsunternehmen Frauen als Kapitalgeberinnen und Ertragsquellen entdeckt: so kann frau sich zu Recht die Frage stellen, ob nicht Geschlechtergerechtigkeit und Frauenförderung immer dann zur Debatte steht, wenn es darum geht, weitere Ertragsquellen zu erschließen – etwa wenn weltumspannende Berater der Finanzbranche „knowledge“ über *gender equality* und Bedürfnisse und Interessen von Frauen generieren, der keineswegs feministische Inhalte enthält, sondern vielmehr einen geschlechtspolitischen Konservatismus fortschreibt.<sup>15</sup>

---

11 *Mader*, Feministische Ökonomie – die „Krisengewinnerin“? Kurswechsel 2013, 6-16.

12 *Schubert*, Genderspezifische Auswirkungen der Finanz-, Wirtschafts- und Schuldenkrise in der Europäischen Union, 5.9.2012, [www.vidc.org/?id=1747](http://www.vidc.org/?id=1747) (11.7.2016).

13 *Mader*, Kurswechsel 2013, 6-16.

14 *Mader*, Kurswechsel 2013, 6-16.

15 *Roberts*, Gender Relations.

Die Erkenntnis ernüchert, dass das Ergebnis der Krise und der gewählten politischen Strategien zu deren Bewältigung letztlich eine Schwächung der sozialen, politischen und ökonomischen Stellung von Frauen darstellt, die die Errungenschaften der letzten Jahrzehnte erheblich zu revidieren droht.<sup>16</sup> Dies wird noch weiter dadurch begünstigt, dass Frauen und deren Interessen in Entscheidungsgremien, die die wirtschaftspolitischen Weichen stellen, nach wie vor unterrepräsentiert sind – insbes in der EU: der bereits im Kontext der sog „Postdemokratie“ festgestellte Trend der letzten Jahre eines Transfers der Politikgestaltung weg von demokratisch legitimierten Institutionen hin zu männlich dominierten ExpertInnengremien, in welchen in intransparenten und undemokratischen Verfahren wiederum *old boys* grundlegende wirtschaftspolitische Entscheidungen der nächsten Jahrzehnte treffen,<sup>17</sup> zeugt leider von einer ebenso geringen Wahrscheinlichkeit von Fortschritten in Geschlechtergerechtigkeit wie in sozialer Gerechtigkeit.

Mag.<sup>a</sup> Miriam Broucek arbeitet als Rechtsanwaltsanwärtlerin in Wien und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Finanzregulierung; miriam.broucek@reflex.at

---

16 Schubert, Genderspezifische Auswirkungen.

17 Klatzer/Schlager, Europäische Wirtschaftsregierung – eine stille neoliberale Revolution, Kurswechsel 2001, 61-81.