nr 3/2019

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Polizei

recht & gesellschaft

#MeToo bei M&A-Deals
Mangelverdacht bei Lebensmittelkauf
Familienzusammenführung bei EGMR und EuGH
Pflichtuntersuchungen bei Sexarbeit

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Valerie Purth, Maria Sagmeister und Nikolaus Wieser

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG ÖSTERREICH

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903030101

Aus dem Sommerloch pfeifen

Valerie Purth / Maria Sagmeister

Wenn diese Zeilen erscheinen, ist das „Sommerloch" schon in weite Ferne gerückt. Aber man erinnert sich noch – Hitzetage im ganzen Land, leere Straßen und volle Gastgärten. Unter diesen Umständen wird dieser „vor.satz" geschrieben. Allerdings – der Blick in die Zeitung oder ein sonstiges Nachrichtenmedium der Wahl führt zur Erkenntnis, dass der Sommer 2019 kein übliches Sommerloch gebracht hat. Statt lustig-lockerer Tiergeschichten oder Umfragen zum Thema „Jolly oder Twinni?" liest man von zerschredderten Festplatten im Bundeskanzleramt, dem langsamen Tod der Justiz sowie von Parteienspenden und deren (mangelnder) Transparenz.

Das *juridikum* kennt kein Sommerloch, es gilt „business as usual". Oder? Nicht wirklich – denn der Sommer 2019 brachte eine Nachricht, die uns als Redaktion ganz konkret betroffen macht: *Ronald Frühwirth*, langjähriges Redaktionsmitglied und ehemaliger Mitherausgeber des *juridikum*, schließt seine auf Asyl- und Fremdenrecht sowie Grund- und Menschenrechte spezialisierte Kanzlei in Graz. Er wird sich aus der Juristerei zurückziehen. Sein Fazit nach 14-jähriger Bemühung, mit den Mitteln eines Rechtsanwalts mehr Rechtsstaatlichkeit in asylrechtliche Verfahren zu bringen, ist bestürzend. Wir wünschen Ronald alles Gute – und hoffen, dass das *juridikum* weiterhin ein Ort bleibt, in dem sich all jene Kräfte, die versuchen, „die Zacken des unmenschlichen Getriebes zu schleifen"[1], sammeln, austauschen, und den Rücken stärken können.

Das Thema des Asyl- und Fremdenrechts bekommt regelmäßig Raum im *juridikum*. Auch in diesem Heft: Zunächst kommentiert *Linda Greuter* ein weitreichendes Erkenntnis des VwGH zur Versorgung von Asylsuchenden (Ra 2018/21/0154). Den Mindestnormen der Aufnahmerichtlinie (RL 2013/33/EU) folgend hat die Verwaltung Asylsuchenden Grundversorgungsleistungen so lange zu gewähren, bis über deren Einschränkung oder Entzug derselben bescheidmäßig entschieden wurde. *Micha Kriebernegg*s Beitrag gibt einen Überblick über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Spruchpraxen der beiden europäischen Höchstgerichte zum Recht auf Familienzusammenführung nach der FamilienzusammenführungsRL (RL 2003/86/EG) und nach Artikel 8 EMRK.

Die drei in der Kategorie „merk.würdig" erschienenen Rezensionen kommen definitiv zu spät für die heurige Sommerurlaubsleseliste, die besprochenen Werke sowie deren Rezensionen verdienen aber ohnehin mehr Aufmerksamkeit als bei 40 Grad im Schatten

1 *Frühwirth*, Shutdown, www.ronald-fruehwirth.at/shutdown.html (12.8.2019).

© Verlag Österreich 2019

möglich ist. Während *Nina Eckstein* den von *Elisabeth Greif* herausgegebenen aktuellen Band der Linzer Schriften zu Gender und Recht, „No Lessons from the Intersexed?" bespricht, beschäftigt sich *Gabriel Lentner* mit einer aktuellen Publikation des US-amerikanischen Politikwissenschafters *Ian Hurd,* der das Völkerrecht als soziale Praxis interagierender Staaten versteht. Die dritte Rezension führt vom Internationalen in den Bereich des Interdisziplinären, wenn *Petra Sußner* „Interdisziplinäre Rechtsforschung" von *Christian Boulanger, Julika Rosenstock* und *Tobias Singelnstein* vorstellt. *Maximilian Engel* gewährt in seinem Tagungsbericht Einblicke in die 2. Tagung junger Europarechtler*innen zum Thema „Autoritäres vs Liberales Europa".

Weiter geht es mit Beiträgen der Kategorie „recht und gesellschaft". Wie sich #MeToo auf die Welt der Wirtschaft, genauer noch: auf die Fusionierung von Unternehmen, auswirkt und ob die sogenannte „Weinstein-Klausel" ein probates Mittel zur Prävention sexualisierter Übergriffe ist, damit beschäftigen sich *Agnes Balthasar-Walch* und *Yara Hofbauer.* Ebenfalls in der Wirtschaftswelt, wenn auch auf einer anderen Schiene, bewegt sich *Herbert Weißensteiner*, der die Frage behandelt, ob der bloße Verdacht eines Mangels, ohne dass er tatsächlich bewiesen wurde, ausreicht, um einen Gewährleistungsanspruch der Käufer_innen zu begründen. *Esther Ayasch* und *Alina-Michelle Seiler* setzen sich schließlich mit der zwar rechtlich verankerten, aber kaum zu haltenden Verknüpfung von sexuell übertragbaren Infektionen und Sexarbeit auseinander, indem sie die geltende Rechtslage zu Pflichtuntersuchungen für Sexdienstleistere_innen auf Basis von Expert_inneninterviews einer Kritik unterziehen.

Den „nach.satz", traditionell feministischen Fragestellungen verschrieben, hat *Birthe Dorn* für uns verfasst. War gerade in der Jubiläumsausgabe 1/2019 noch von der vorsichtigen Annäherung an die Rolle von Männern im Feminismus über die vergangenen 30 Jahre zu lesen,[2] geht dieser Beitrag einen weiteren Schritt auf sie zu. Er befasst sich mit der angestrebten Sensibilisierung von Männern für Geschlechtergleichstellung durch *HeForShe* und die Vereinten Nationen.

Der Themenschwerpunkt untersucht das Handeln und die Rolle der Polizei im Rechtsstaat aus den verschiedensten Perspektiven. Die einzelnen Beiträge des Schwerpunkts stellen die Gastherausgeber_innen in ihrem Vorwort zum „thema" näher vor, wir können aber bereits an dieser Stelle eine spannende Lektüre versprechen.

Mag.ª Valerie Purth, MA und MMag.ª Maria Sagmeister und sind Mitherausgeberinnen des juridikum und vermissen das Sommerloch ein bisschen; valerie.purth@gmail.com; maria.sagmeister@univie.ac.at

2 *Doll/Rössl/Sagmeister*, 30 Jahre Genderwahnsinn. Kontinuitäten und Brüche in den Legal Gender Studies, juridikum 2019, 7 (14).

© Verlag Österreich 2019

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

301 Aus dem Sommerloch pfeifen
Valerie Purth / Maria Sagmeister

merk.würdig

305 No Lessons from the Intersexed?
Rezension
Nina Eckstein

308 Die Macht des Völkerrechts in den Internationalen Beziehungen
Rezension
Gabriel M. Lentner

312 Zeitgeist: Interdisziplinäre Rechtsforschung
Rezension
Petra Sußner

315 Autoritäres vs Liberales Europa
*Tagungsbericht zur 2. Tagung junger Europarechtler*innen*
Maximilian Engel

318 Die Durchsetzung des Anspruches auf Grundversorgung
Geldersatz auf Grundlage der AufnahmeRL
Linda Greuter

322 Ausgewählte Rechtsprobleme des BVT-Untersuchungsausschusses
Stephanie Krisper / Thomas Tauchner

recht & gesellschaft

326 Der Einfluss von #MeToo auf M&A-Deals
Die „Weinstein-Klausel" als Vorbeugung sexualisierter Übergriffe in der Wirtschaftswelt
Agnes Balthasar-Wach / Yara Hofbauer

336 Unter Generalverdacht
Wenn der Verdacht eines Mangels selbst zum Mangel wird
Herbert Weißensteiner

347 EGMR vs EuGH
Unterschiede und Ähnlichkeiten zum Recht auf Familienzusammenführung
Micha Kriebernegg

358 Lieber ohne?!
Warum Pflichtuntersuchungen für Sexdienstleiter_innen nicht vor STIs schützen
Esther Ayasch / Alina-Michelle Seiler

thema

370 Vorwort der Gastherausgeber_innen: Polizei
Angelika Adensamer / Philipp Hense-Lintschnig / Antonia Wagner

373 Polizei und Gewalt
Sozialwissenschaftliche Lektüren eines untrennbaren Verhältnisses
Andrea Kretschmann / Aldo Legnaro

384 Rechtskritik und Abolitionismus
Die rechtsphilosophischen Lektionen der Black Panthers
Daniel Loick

396 Effektiver Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln
Aufschiebende Wirkung und Mandatsbescheid
Emanuel Matti

408 „Darf ich Polizist_innen fotografieren?"
Zulässigkeit von Bildaufnahme und Veröffentlichung polizeilichen Handelns
Elisabeth Rieß

© Verlag Österreich 2019

419 Ich weiß, was du nächsten Sommer getan haben wirst
Predictive Policing in Österreich
Angelika Adensamer / Lukas Daniel Klausner

432 Ein rechenschaftsfreundliches Selbstverständnis für die Polizei
Das Gewaltmonopol als Risikofaktor für Menschenrechtsverletzungen begrenzen
Philipp Sonderegger

nach.satz

438 HeForShe
Wie die Vereinten Nationen Männer für die Gleichstellung der Geschlechter sensibilisieren
Birthe Carolina Dorn

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: Isabell Doll, Valerie Purth, Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

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: Marcus Dalfen
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).
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, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Matthias C. Kettemann, Andrea Kretschmann, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sussner, Caroline Voithofer, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser, 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), 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 (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:
Angelika Adensamer, Esther Ayasch, Agnes Balthasar-Walch, Birthe Dorn, Nina Eckstein, Maximilian Engel, Linda Greuter, Philipp Hense-Lintschnig, Yara Hofbauer, Lukas Daniel Klausner, Andrea Kretschmann, Micha Kriebernegg, Stefanie Krisper, Aldo Legnaro, Gabriel M. Lentner, Daniel Loick, Emmanuel Matti, Valerie Purth, Elisabeth Rieß, Maria Sagmeister, Alina-Michelle Seiler, Petra Sußner, Thomas Tauchner, Antonia Wagner, Herbert Weißensteiner

Gastherausgabe des themas:
Angelika Adensamer, Philipp Hense-Lintschnig, Antonia Wagner

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %], Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %]) 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:
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com
Valerie Purth: valerie.purth@gmail.com
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

© Verlag Österreich 2019

No Lessons from the Intersexed?

Rezension

Nina Eckstein

Rezension zu: *Elisabeth Greif* (Hrsg), No Lessons from the Intersexed? Anerkennung und Schutz intergeschlechtlicher Menschen durch Recht, Linz 2019, Linzer Schriften zu Gender und Recht herausgegeben von *Ursula Flossmann/Silvia Ulrich/Karin Neuwirth/Elisabeth Greif*, Bd 62, 246 Seiten, ISBN 978-3-99062-493-7

Im Mai 2019 wurden in Ö die ersten Personaldokumente mit dem Personenstandseintrag „divers" ausgestellt.[1] Dies markiert einen Meilenstein in Hinblick auf die Anerkennung und Gleichstellung intergeschlechtlicher Menschen, dem ein jahrzehntelanger rechtlicher und gesellschaftlicher Kampf voranging.

Intergeschlechtliche Menschen stellen die binäre Geschlechtervorstellung von *weiblich* und *männlich* grundlegend infrage. Gerade deswegen tat sich die Rechtsordnung bislang besonders schwer, deren Rechte adäquat zu gewährleisten und zu schützen. Einen rechtspolitischen Paradigmenwechsel läutete das dt Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit seinem Beschluss zur dritten Geschlechtsoption von 2017[2] ein, in dem intergeschlechtlichen Menschen das Recht zugestanden wird, eine ihrer Geschlechtsidentität passende Bezeichnung im Personenstandsregister eintragen lassen zu können. Der Österr Verfassungsgerichtshof (VfGH) folgte 2018 mit einem E,[3] das in wesentlichen Grundzügen dem BVerfG Beschluss folgt und nun auch in Ö die Eintragung einer dritten Geschlechtsoption in Personenstandsangelegenheiten eröffnet. Beide höchstgerichtliche Entscheidungen stellen einen wesentlichen Schritt hinsichtlich der Anerkennung und Verwirklichung von Grundrechten intergeschlechtlicher Personen dar.

Dennoch besteht nach wie vor Handlungsbedarf. Diesem Umstand widmet sich der aktuelle Band der Linzer Schriften zu Gender und Recht, *„No Lessons from the Intersexed?"*. Ausgehend von Beiträgen der gleichnamigen Tagung des Instituts für Legal Gender Studies der JKU Linz im Juni 2016 und Beiträgen des Online-Symposiums, veröffentlicht im Verfassungsblog unter dem Titel „Nicht Mann. Nicht Frau. Nicht Nichts."[4] im November 2017, versammelt vorliegender Band Beiträge, die sich mit dem Thema

1 S derstandard.at/2000103096387/Geschlechtsbezeichnung-Divers-Alex-Juergen-und-die-dritte-Option (20.5.2019). S auch *Petričević,* Inter, divers oder keine Geschlechtsangabe. Zum Beschluss des VwGH zum nicht-binären Geschlecht im Personenstandsrecht, juridikum 2019, 165.

2 BVerfG 1 BvR 2019/16.

3 VfGH 15.06.2018, G 77/2018-9.

4 verfassungsblog.de/category/debates/nicht-mann-nicht-frau-nicht-nichts/ (20.5.2019).

© Verlag Österreich 2019

Intergeschlechtlichkeit aus grund- und menschenrechtlicher, strafrechtlicher, soziologischer, biologischer- und medizinischer sowie (medizin-)historischer und aktivistischer Perspektive auseinandersetzen.

Den Umgang des Rechts, insb des Personenstandsrechts, mit Intergeschlechtlichkeit beleuchtet *Plett* in ihrem Eingangsbeitrag einerseits aus einer rechtshistorischen Perspektive, um andererseits schließlich auf die aktuellen rechtlichen Veränderungen in D, einschließlich des Beschlusses des BVerfG von 2017, zurückzukommen. In ihrem Beitrag wird offensichtlich, wie sehr die Annahme einer binären Zweigeschlechtlichkeit nach wie vor ein entscheidendes Fundament des Rechts darstellt.

Mangold streicht ua die rechtliche Fiktion von Zweigeschlechtlichkeit im dt Personenstandsgesetz (PStG) heraus und weist darauf hin, dass diese durch die Entscheidung des BVerfG anschaulich dekonstruiert wurde. „Geschlecht" stellt eine Diskriminierungskategorie in zahlreichen internationalen Menschenrechtsübereinkommen und nationalen Verfassungen dar. Geschlechtsidentität hingegen ist jedoch nach wie vor nicht unmittelbar als eigenständige Kategorie erfasst, so die Kritik von *Markard*, die sich mit der gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option" iZm dem BVerfG-Beschluss auseinandersetzt. Nicht nur Gleichheits- sondern auch Freiheitsrechte sind für eine umfassende gesellschaftliche Teilhabe von intergeschlechtlichen Menschen unabdingbare Voraussetzung. Gleichheits- und Freiheitsrechte dürfen *Völzmann* zufolge rechtsdogmatisch nicht isoliert voneinander betrachtet werden.

Ambrosi wiederum wirft die verfassungsrechtliche Frage auf, inwiefern die dritte Option ausschließlich intergeschlechtlichen Menschen offenzustehen hat oder grundsätzlich all jenen, die sich nicht in die vorherrschende Geschlechtsdichotomie einreihen wollen. Der gänzliche Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsrecht wird von *Elsuni* rechtsdogmatisch erörtert, während *Klimkes* den Beschluss des BVerfG vor einem völkerrechtlichen Hintergrund analysiert.

Mit dem grundrechtlichen Schutz der Selbstbestimmung intergeschlechtlicher Menschen setzt sich *Petričević* auseinander und beleuchtet ua die Selbstbestimmungsrechte von intergeschlechtlichen Kindern iZm geschlechtsanpassenden Eingriffen in der österr Grundrechtsordnung.

Intergeschlechtlichkeit als soziale Kategorie ist die Überschrift des Beitrages von *Gregor*. Eine Prämisse ist, dass Intergeschlechtlichkeit einen „sozialen Gehalt im ‚westlichen' kulturellen System der Zweigeschlechtlichkeit" aufweist und erst die Tabuisierung und Medikalisierung des intergeschlechtlichen Körpers zu einer Verfestigung des Zweigeschlechtlichkeitsdogmas führt.

Geschlechtszuweisende Operationen von intergeschlechtlichen Kindern folgten lange Zeit einer „Optimal-gender-policy", die mittlerweile von einer „Gene-to-gender-policy" abgelöst wird, ohne die zugrundeliegende Behandlungspraxis zu verändern. Im Beitrag von *Voß* werden diesbezüglich die gegenwärtigen Entwicklungen in D dargestellt und medizinische Behandlungsprogramme vor dem Hintergrund der von Selbstorganisatio-

© Verlag Österreich 2019

nen beschriebenen traumatisierenden Auswirkungen kritisch dargelegt. *Klöppel* unterzieht die Rolle von Medizin und Mediziner*innen iZm Medikalisierung von Intergeschlechtlichkeit einer kritischen Beschau und kommt ua zu dem Schluss, dass das Beharrungsvermögen der Medizin und damit die Stabilisierung von Zweigeschlechtlichkeit nach wie vor beachtlich sind. Die unmittelbare Beziehung zwischen Mediziner*innen und Trans*Personen nimmt der Beitrag von *van Trotsenburg* genauer in den Blick und plädiert für ein neues Verhältnis auf Augenhöhe.

Das österr Strafrecht als Schutzfaktor vor medizinischen Behandlungen für Inter*Personen ist der Ausgangspunkt im Beitrag von *Bruckmüller* und *Forstner*. Eingriffe in die körperliche Integrität und Autonomie von intergeschlechtlichen Menschen können zunehmend besser strafrechtlich geahndet werden, wie bspw mithilfe des Straftatbestandes „Eigenmächtige Heilbehandlung" (§ 110 StGB). Nicht zuletzt ist ein Paradigmenwechsel zu verzeichnen: von paternalistisch ausgerichteten strafrechtlichen Schutzkonzepten hin zu die Selbstbestimmung von Inter*Personen fördernden Schutzkonzepten. „Was ist es denn?" stellt im Beitrag von *Maaßen* die Ausgangsfrage für Eltern nach der Geburt ihres Kindes dar. Was es bedeutet, wenn Eltern diese Frage nicht beantworten können, weil die Geschlechtsmerkmale ihres Kindes keinem Geschlecht eindeutig zugeordnet werden können, wird aus einer medizinethischen Perspektive beleuchtet.

Den Abschluss dieses umfassenden Sammelbandes bildet ein berührender Aufruf von *Pertl* mit dem Titel „Inter* Aktivismus, Expert*innen in eigener Sache", in dem erörtert wird, wie intergeschlechtlichen Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen ein diskriminierungsfreies Leben ermöglicht werden kann und wie sie in ihrem Aufwachsen und Sein gestärkt und gefördert werden können. Das Thema Intergeschlechtlichkeit wird in vorliegendem Band äußerst umfassend und facettenreich beleuchtet und trägt damit einem Grundanliegen intergeschlechtlicher Menschen Rechnung, nämlich ihrem Sichtbar-Werden im Recht, in der Medizin und in der Gesellschaft. Denn Sichtbarkeit, wie auch die höchstgerichtlichen Entscheidungen aus D und Ö belegen, ist unabdingbare Voraussetzung für rechtliche Anerkennung, Teilhabe und Gleichberechtigung von intergeschlechtlichen Menschen.

Mag.[a] Nina Eckstein, MA ist Mitarbeiterin am Legal Gender Studies Institut der JKU Linz, Lehrende an der FH Campus Wien und St. Pölten sowie Redaktionsmitglied des juridikum; nina.eckstein@gmx.at

© Verlag Österreich 2019

Die Macht des Völkerrechts in den Internationalen Beziehungen

Rezension

Gabriel M. Lentner

Rezension zu: Ian Hurd, How to Do Things with International Law, Princeton University Press 2017, 200 Seiten, ISBN 9780691170114.

1. Einleitung

In seinem neuen Buch widmet sich der US-Politikwissenschaftler *Ian Hurd* der Frage nach der politischen Dimension von Recht in den Internationalen Beziehungen (in Folge: IB). In exemplarischen Fallstudien zum Gewaltverbot, Folterverbot und der rechtlichen Qualifikation von militärisch genutzten Drohnen in bewaffneten Konflikten, versucht er zu zeigen, dass Völkerrecht nicht nur externe Regeln für Staaten bedeutet und als Einschränkung von Staatsgewalt verstanden werden sollte, sondern besser als soziale Praxis interagierender Staaten. Demnach setzen Staaten die politische Macht des Völkerrechts bei der Verfolgung ihrer Ziele und Interessen strategisch ein. Weil *Hurd* damit auch illustriert, wie Recht die Macht besitzt zu beschränken, aber genauso auch die Fähigkeit hat Handlungen zu autorisieren, zu erlauben und zu begründen, bietet dieser Ansatz über das Völkerrecht hinaus interessante Denkanstöße.

2. Rule of Law im Völkerrecht

Zunächst arbeitetet der Autor das Fundament für seine Thesen in Kapitel 2 „Rule of Law, Domestic and International" aus. Hierin analysiert *Hurd* das Konzept der *Rule of Law*, also die Ausübung politischer Herrschaft nur aufgrund und im Rahmen des Rechts, und untersucht dieses auf dessen Anwendbarkeit auf das Völkerrecht. Nach *Hurd* könne die Rule of Law verstanden in ihrem innerstaatlichen Kontext nicht auf die internationale Ebene übertragen werden. Dies läge daran, dass sich diese nicht nur anders entwickelte, sondern auch in Reaktion auf unterschiedliche politische Notwendigkeiten und Herausforderungen entstanden sei; zudem basiere die innerstaatliche Rule of Law auf unterschiedlich ausgestalteter politischer Macht (30). Er trifft damit eine wichtige Unterscheidung: Die *International Rule of Law* sei lediglich der Rahmen, der vorgebe, was universell und unstrittig das Fundament der internationalen Ordnung sei, nämlich die

© Verlag Österreich 2019

Erwartung, dass sich Staaten an Völkerrecht hielten. Davon zu trennen sei aber die Frage nach dem tatsächlichen normativen Gehalt der anwendbaren völkerrechtlichen Regeln, die den einzelnen Staat bänden. Diese könnten – strukturell bedingt aufgrund des Konsensprinzips – grundsätzlich von Staat zu Staat unterschiedlich sein. Dies ermögliche aber eben auch einen Diskurs, in dem Staaten ihre Handlungen im Lichte der Völkerrechtskonformität individuell rechtfertigen könnten. Die Praxis der IB versteht der Autor daher als einen Legitimationsdiskurs, der sich der Sprache des Völkerrechts bediene: „*Law is the language that states use to understand and explain their acts, goals, and desires, and is both internal and external to state interests.*" (45) Damit gehe notwendigerweise ein instrumentelles Verständnis von Völkerrecht einher (46).

3. Völkerrecht als Instrument

Auf Grundlage dieser Feststellung erörtert *Hurd* sodann die zentrale These seines Werks in Kapitel 3 „How to Do Things with International Law". Ihm geht es darum, zu zeigen, wie Völkerrecht als strategisches Mittel eingesetzt wird. Regierungen und andere Akteure evozierten Völkerrecht, um ihre Politiken, Ziele und Beschwerden zu artikulieren und debattierten darüber, welche Handlungen rechtens seien. Und weil staatliche Legitimität auf rechtskonformem Handeln basiere, sei es für diese wichtig, die Rechtskonformität zu argumentieren. Für *Hurd* ist Völkerrecht daher eine Ressource mit produktiver Kraft (*productive power*) (48, 51). Und weil Akteure die Unbestimmtheit des Völkerrechts zu ihrem Vorteil zu nutzen wüssten, würden damit auch Machtungleichgewichtige verdeckt. Er beschreibt dies als: „*a recursive dynamic between legal obligations and state interests as the self-serving legal interpretations of governments motivated to accomplish some short-term goal become resources that are used to inform future readings of the law. This can reliably be expected to move the law toward interpretations favored by the strongest states, as it is their practice that is most persuasive in resolving conflicts over the meaning of the rules.*" (52)

4. Fallbeispiele: Drohnen und Folterverbot

In den folgenden Kapiteln untersucht der Autor konkrete Fallbeispiele, um diese Wirkungsweisen des Völkerrechts empirisch zu illustrieren und näher herauszuarbeiten.
Zunächst behandelt er das Gewaltverbot. Hier zeigt *Hurd* deutlich, dass dieses Verbot nicht nur staatliches Handeln einschränkt, sondern eben auch bestimmte Formen von Gewaltanwendung nicht nur erlaubt, sondern auch legitimiert (insb iZm dem Selbstverteidigungsrecht) (71–81). In dem darauffolgenden Beispiel illustriert er dann auch die Unausweichlichkeit des Rechts in den internationalen Beziehungen anhand des militärischen Einsatzes von unbemannten Drohnen. Das bestehende Kriegsvölkerrecht regle diese neue Technologie nicht explizit und trotzdem sei das Völkerrecht in der Lage, de-

© Verlag Österreich 2019

ren Einsatz rechtlich zu erfassen. Im letzten Fallbeispiel untersucht *Hurd* das Folterverbot und insbesondere den US-amerikanischen Versuch während der *Bush*-Regierung, dieses aufzuweichen. Für ihn ist dies Beleg nicht etwa dafür, dass es sich um zynischen Gebrauch von Völkerrecht handelt, sondern dafür, dass in der US-Außenpolitik Völkerrecht beachtet werden solle (122). Dass die US-Regierung letztlich mit seinen Argumenten nicht überzeugte, beweist für ihn die politische Wirkung des Rechtsdiskurses (123). Letztlich bedeute die Verrechtlichung internationaler Politik, dass nicht ein offener Diskurs über den Einsatz von Staatsgewalt geführt werde, sondern darüber, ob und inwieweit Maßnahmen dem Völkerrecht entsprächen (127).

5. Weltordnung als Empire of International Legalism?

In einem abschließenden Kapitel, „The Empire of International Legalism", führt der Autor die Ergebnisse seiner Untersuchung noch einmal zusammen. Für ihn zeigt sich im Legalismus der IB, dass er nicht nur eine Governancestruktur, sondern ein Imperium darstellt, weil dieser Legalismus unausweichlich, hierarchisch und global sei. Fragen der Politik und Moral werden dadurch verdrängt, was uns seiner Meinung nach dazu zwinge, die naiven Annahmen von Völkerrecht als progressiver Kraft in der Weltpolitik zu hinterfragen (135). Letztlich geht es ihm darum, eine empirischere Haltung einzunehmen, bei der die normative Valenz des Rechts eine Frage der Untersuchung sein solle und nicht einfach als im Voraus gegeben anzusehen sei.

6. Resümee

Das Buch ist für VölkerrechtlerInnen, aber auch JuristInnen generell ein willkommener und wichtiger Augenöffner. Es finden sich eine Vielzahl spannender Gedanken und scharfe Analysen was die Rolle des Rechts als soziale Praxis in der Weltpolitik betrifft, die sehr wichtige und relevante Denkanstöße bieten. Dass die anschließende logische Frage nach Alternativen zu dieser Verrechtlichung der IB zu kurz kommt (132–133) schadet nicht. Denn die ambivalente Wirkungsweise des Völkerrechts herauszuarbeiten ist alleine schon ein großer Verdienst. *Hurd* zeigt damit auch eindrücklich, dass ein juristischer Blick immer auch beschränkt ist: „*Where law is appealed to, not all things are considered*."[1] Und das hat Folgen, denn das Recht schafft eben auch soziale Wirklichkeiten – und beides beeinflusst sich gegenseitig.[2] Wenn politische Entscheidungen (nur) rechtlich

1 *MacCormick*, Argument and Interpretation in Law, Argumentation 1993, 19.

2 Mit dem Verweis auf *Bourdieu*, The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field, Hastings Law Journal 1987, 814 (839) („It would not be excessive to say that [law] creates the social world, but only if we remember that it is this world which first creates the law.") S auch *Ewick/Silbey*, The Common Place of Law (1998) 39 („a reciprocal process in which the meanings given by individuals to their world become patterened, stabilized, and objectified. These meanings, once institutionalized, become part of the material and discursive systems that limit and contrain future meaning-making.")

© Verlag Österreich 2019

begründet und so legitimiert werden, hat das wichtige Konsequenzen für politisches Handeln, das sich sodann nicht ethisch oder moralisch erklären, sondern nur Völkerrechtskonformität argumentieren muss. Das ist eine wichtige Feststellung, die uns alle, die wir juristisch arbeiten, zur Reflexion einlädt. Abschließend ist zu sagen, dass sich die profunde Auseinandersetzung mit seinen Thesen jedenfalls lohnt, auch dann wenn man nicht von jedem einzelnen Punkt überzeugt ist. Kurz: Wer die subtile Macht des Völkerrechts in den Internationalen Beziehungen verstehen will, muss dieses Buch lesen.

Ass.-Prof. Mag. Dr. Gabriel M. Lentner ist am Department für Rechtswissenschaften und Internationale Beziehungen an der Donau-Universität Krems sowie als TTLF-Fellow an der Stanford University tätig; gabriel.lentner@donau-uni.ac.at

© Verlag Österreich 2019

Zeitgeist: Interdisziplinäre Rechtsforschung

Rezension

Petra Sußner

Rezension zu: *Christian Boulanger/Julika Rosenstock/Tobias Singelnstein* (Hrsg), Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, 316 Seiten, https://doi.org/10.1007/978-3-658-21990-1

1. Warum (auf einmal) interdisziplinär?

Der Einführungsband *Interdisziplinäre Rechtsforschung* trifft einen Zeitgeist: Die Einsicht, dass Rechtsforschung mehr ist als Rechtsdogmatik, öffnet Forschungskontexte und Hörsäle für neue Ansätze. Echokammern gelten als Übel unserer Zeit; interdisziplinäre Rechtsforscher'innen sind in unterschiedlichen Wissenskontexten geübt. Sie überwinden selbstreferenzielle Blasen und übersetzen – so die Herausgeber'innen sinngemäß[1] – das Ideal der universalgelehrten Person ins 21. Jahrhundert.
Aber: Ist interdisziplinäre Rechtsforschung wirklich neu? Braucht es eine Einführung? Gerade wer mit der deutschen Rechtsforschungslandschaft vertraut ist, denkt bei diesen Fragen vielleicht an die Kongresse der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen. Tatsächlich bringt die Rechtssoziologie vielfältige Perspektiven zu Recht und Gesellschaft zusammen; wenn *Susanne Baer* ihr Rechtssoziologie-Lehrbuch mit dem Untertitel „Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung"[2] versieht, ist das sinnbildlich. Der Mehrwert einer hervorgehobenen interdisziplinären Rechtsforschung ist also erklärungsbedürftig.

2. Aufbau und Inhalt des Einführungsbandes

Die Herausgeber'innen, selbst Politikwissenschafter (CB), Juristin und Religionswissenschafterin (JR) sowie Jurist und Kriminologe (TS), erproben sich im einführenden Grundlagenteil an einer solchen Erklärung. Dazu beziehen sie sich auf die anglo-amerikanische Tradition der Law and Society-Forschung / Socio-Legal Studies und formulieren den Anspruch, disziplinäre Eingrenzungen zu überwinden, soziologische Fragestellungen zu erweitern. Interdisziplinäre Rechtsforschung ist bei ihnen va empirischer Forschungs-

1 *Rosenstock/Boulanger/Singelnstein*, Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung. Bestandaufnahme eines interdisziplinären Forschungsfeldes, in *Boulanger/Rosenstock/Singelnstein*, Interdisziplinäre Rechtsforschung (2019) 5.
2 *Baer*, Rechtssoziologie[3] (2017).

© Verlag Österreich 2019

kontext, der sich im Gegensatz zur Rechtsdogmatik bewegt. Ebenfalls im Grundlagenteil findet sich ein Theoriebeitrag von *Walter Fuchs*. Er macht mit rechtssoziologischer Tradition vertraut. Die folgenden vier Teile variieren in ihren Perspektiven: Methodische Zugänge (II), Funktion, Genese und Wirkung (III), Anwendung und Durchsetzung (IV) und Wandel (V). Zu Wort kommen in allen Teilen Autor'innen, die ihre Arbeit in der interdisziplinären Rechtsforschung verorten – hier wird der herausgeberische Anspruch einer Bestandsaufnahme deutlich.

Martina Kolanoski stellt in der Eröffnung des Methodenteils ihre trans-sequentielle Analyse militärischen Datenmaterials vor und vermittelt dabei einen Einblick in Forschungsstrategien, die sich am Gegenstand ihres Feldes ausrichten. *Michelle Cottier* illustriert ihren Zugang zur Rechtsvergleichung anhand ihrer Auseinandersetzung mit dem Familien- und Erbrecht. Zentrale Konzepte wie Rechtskulturen, Rechtspluralismus oder auch law on books / law in action finden bei ihr Erwähnung. *Judith Beyer* legt den Fokus auf eine Rechtsethnologie (auch: -anthropologie), die nicht (länger) das Anders-Sein untersucht, sondern nach der Operationalisierung von Differenz fragt. Im Teil zu Funktion, Genese und Wirkung (des Rechts) stellt *Michael Wrase* die Wirkungsforschung als einen Aspekt von Grundlagenforschung vor. Einer ihrer prominenten Anwendungsbereiche ist die Kriminologie; an sie knüpft *Christina Schlepper* an. Mit Verweis auf die Critical Legal Studies fragt sie nach kriminalpolitischen Funktionen des Strafrechts. *Stefanie Vedder* und *Sylvia Veit* bringen Politik- und Rechtswissenschaften ins Gespräch, indem sie sich der Vielschichtigkeit des Gesetzgebungsprozesses widmen.

Rechtsanwendung und -durchsetzung sind im umfangreichsten Teil Thema. Einleitend greift *Christian Boulanger* die Rechtsdogmatik auf und weckt Forschungsinteresse an einem Bereich, dem im übrigen Sammelband eher die Rolle eines Gegenpols zukommt. Sein Beitrag lässt sich gut mit *Silvia von Steindorff* zusammenlesen, die sich mit richterlichem Entscheiden aus Perspektive von Herstellung und Darstellung befasst. Sie plädiert für einen interdisziplinären Fokus auf Entscheidungstexte, die ein wesentliches Dokument dogmatischer Praxis sind. Mit der Praxis polizeilicher Rechtsdurchsetzung befasst sich *Michael Jasch*. Die juristische Ausbildung nehmen *Anja Böning* und *Ulrike Schultz* in den Blick; den Fokus legen sie auf die Geschlechterdimension. Mit der Rechtsmobilisierung greift *Gesine Fuchs* einen Bereich mit hoher Aufmerksamkeitskonjunktur auf. Sie behandelt Schlüsselbegriffe und bettet sie in das alte Dilemma von Recht als ambivalenter Ressource. Im abschließenden Teil diskutiert *Boris Burghardt* die Informalisierung des Rechts zwischen einem Idealtypus formal-zwingenden Rechts und einem pluralistischen Rechtsbegriff. *Petra Wittig* nimmt Begriffsklärungen im Rahmen der Ökonomisierung des Rechts vor. Die anglo-amerikanische Law and Economics-Forschung ist ihr Ausgangspunkt, die Ökonomisierung des Strafrechts ihr Anschauungsfeld. Den Abschluss macht *Michael Riegner*. Er betont Globalisierung und Europäisierung; Mehrebenensysteme, in denen sich relevante interdisziplinäre Rechtsforschung heute fast notwendigerweise bewegt.

© Verlag Österreich 2019

3. Kritik und Ausblick

Die Rechtsanthropologie findet zusehends institutionelle Verankerung – es lässt sich etwa an die Max Planck-Abteilung ‚Recht und Ethnologie' denken. Mit „Rechtsdogmatik"[3] hat sich *Christian Bumke* zuletzt gegen das Klischee einer unreflektierten und selbstgefälligen Forschungssparte gestellt. Interdisziplinäre Rechtsforschung sichtbar zu positionieren, ist idS zeitgeistig und verdient Aufmerksamkeit. Im Umgang mit dem Sammelband ist es wichtig, den Untertitel „Einführung" nicht über zu bewerten. Der Fokus liegt vielmehr auf Bestandsaufnahme. Konzeptionelle und methodologische Schlüsselverständnisse fließen genauso selbstverständlich in die Beiträge ein wie Dynamiken von Empirie und Theoriegenerierung. Das kann gerade für Einsteiger'innen voraussetzungsvoll sein. Als Begleitliteratur empfiehlt sich das angesprochene Lehrbuch von *Baer* oder der Sammelband „Neue Theorien des Rechts"[4], der in Kürze in dritter Auflage erscheinen wird. Begrüßenswert ist der Anspruch, die deutschsprachige Forschung an den Law and Society-Kontext anzubinden. Einige Beiträge knüpfen hier bereits an, andere konzentrieren sich noch auf die deutschsprachig-rechtssoziologische Tradition; beides ist derzeit Bestandteil eines Brückenschlags. Der Law and Society-Kontext verfügt über einen umfangreichen – in einem Sammelband kaum zu bewältigenden – Fundus; mit Law as Narrative und Legal Geography[5] sind nur zwei weitere Konzepte genannt, die eine interdisziplinäre Rechtsforschung interessieren sollen. Angezeigt ist auch ein näherer Blick auf die Legal Gender Studies. Deren Perspektiven sind genuin interdisziplinär, sie bieten mit Konzepten wie der Intersektionalität Schlüsselwerkzeuge und sind im deutschsprachigen Raum über Professuren bis hin zu – wie etwa in Linz – eigenen Institutionen akademisch verankert. Die Fluchtforschung ist ebenso Beispiel für ein interdisziplinäres Feld, das eng an das Recht angebunden und am Weg institutioneller Verdichtung ist. Zusammengefasst: Wir können uns freuen, wieder von der interdisziplinären Rechtsforschung zu hören.

Dr. Petra Sußner ist Post-Doc Mitarbeiterin an der HU Berlin. Sie gehört der interdisziplinären DFG-Forschungsgruppe ‚Recht – Geschlecht – Kollektivität' an und ist Redaktionsmitglied der Zeitschrift juridikum; petra.sussner@rewi.hu-berlin.de

3 *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017).
4 *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts[2] (2017).
5 Vgl *Braverman/Blomely/Delaney*, The Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography (2014).

© Verlag Österreich 2019

Autoritäres vs Liberales Europa

Tagungsbericht zur 2. Tagung junger Europarechtler*innen

Maximilian Engel

Am 8.3.2019 fand die 2. Tagung junger Europarechtler*innen zum Thema „Autoritäres vs Liberales Europa" am Wiener Juridicum statt. Wie bereits im Jahr zuvor konzipierten die Assistent*innen für Europarecht der Universität Wien auch die 2. Tagung als interdisziplinäre europarechtliche Plattform, die wechselseitige Einblicke in unterschiedliche Disziplinen ermöglichte. In vier Panels präsentierten vierzehn Rechtswissenschaftler*innen ihre Zugänge zum Generalthema. Bereits am Vorabend fand als Eröffnung ein Kamingespräch mit EuGH-Richterin *Maria Berger* und EuG-Richter *Viktor Kreuschitz* statt.

1. Kamingespräch

Im Zuge des Auftaktes der Tagung hatte der juristische Nachwuchs die Möglichkeit an die beiden damaligen[1] österr Unionsrichter*innen Fragen zu stellen. *Maria Berger* betonte dabei insb den Wechsel der Rolle des EuGH vom Motor der Integration hin zu einer Institution die dem Unionsrecht va in politisch schwierigen Zeiten zum Durchbruch verhelfe. *Viktor Kreuschitz* erläuterte etwa die Bedeutung der französischen Tradition für die Arbeitsweise des Gerichtes.

2. Social Europe reloaded

Luka Mišič eröffnete mit einer kritischen Analyse des Europäischen Sozialmodells, wonach nicht jede*r Unionsbürger*in gleichermaßen Zugang zum System der Personenfreizügigkeit genieße. Die Unionsbürger*innen könnten vielmehr, bedingt durch ihre Leistungsfähigkeit am Arbeitsmarkt und finanziellen Mittel, in Kategorien unterteilt werden. Dieses System werfe die Frage nach dem Erfordernis von mehr Chancengleichheit auf supranationaler Ebene auf.
Sarah Schirmer sprach über die Kompetenzen der EU im Bereich der Sozialdienstleistungen und mögliche Auswirkungen auf den EWR. Nach einer prägnanten Darstellung des Begriffes „Sozialdienstleistungen" erläuterte die Vortragende die einschlägigen Kompe-

1 Seit 20.3.2019 ist *Andreas Kumin* Österreichs Richter am EuGH.

© Verlag Österreich 2019

tenzgrundlagen (wie Art 14 und Art 106 Abs 3 AEUV) und hielt fest, dass eine Koordinierung mit der Sozialpolitik der EU für die EWR-Staaten zumindest möglich sei.
Christian Dorfmayr und *Sebastian Müller* erörterten inwiefern die Rs *Sahyouni*[2] zur ROM III-VO[3] mehrere Traditionsbrüche hinsichtlich der Grundsätze des internationalen Privatrechts begeht. Diese Rs stehe für eine Tendenz der Materialisierung des Kollisionsrechtes, welche eine Politisierung dieses klassisch neutralen Rechtsgebietes mit sich bringe.

3. Der Binnenmarkt – eine unendliche Geschichte

Ranjana Achleitner befasste sich mit dem Handlungsspielraum bei der näheren Ausgestaltung der Grundfreiheiten durch Sekundärrechtsakte. Da der Sekundärrechtsgesetzgeber ebenso wie die MS Adressat der Grundfreiheiten ist, sei eine Neudimensionierung und somit auch eine Einschränkung, sofern gerechtfertigt und verhältnismäßig, der Grundfreiheiten im Zuge von Sekundärrecht möglich. Einblicke aus der Praxis gewährte *Georg Wabl* zum Thema Restrukturierung als Wirtschaftsfaktor in der EU. Insolvenzrecht sei ein wichtiger Aspekt für die Planungssicherheit von Unternehmen und Investor*innen. Daher versuche der Unionsgesetzgeber transparente Mindeststandards zu etablieren, um einer faktischen Behinderung des Binnenmarktes durch allfällige Risikoaufschläge entgegenzutreten.
Maarten Aalbers sprach über die Verantwortung der MS und das damit verbundene zweischneidige Schwert der Anwendungsstandards bei staatlichen Beihilfen. Der Vortragende betonte, dass die Kommission versuche, verzerrenden Praktiken ein Ende zu setzen, dabei jedoch Gefahr laufe konzeptuelle Klarheit einzubüßen.

4. Gemeinsame Werte, gemeinsamer Nenner

Christian Breitler und *Julia Schimpfhuber* befassten sich mit der Frage welcher Wert den Werten der EU gem Art 2 EUV zukommt. Da die Verträge der EU eine Grundentscheidung zugunsten des Binnenmarktes darstellen, sei die Wertesicherung stets zweckgebunden. Zur Verwirklichung des Binnenmarktes sei der Wert der Rechtsstaatlichkeit von besonderer Relevanz. Die Herrschaft des Rechtes werde über die Rsp des EuGH[4] zu Art 19 EUV nun justiziabel gemacht. *Anne-Carlijn Prickartz* setzte sich mit den Konzepten der Souveränität, nationaler Identität sowie gemeinsamer Werte in der EU auseinander und hob hervor, dass diese oftmals Missverständnissen unterliegen würden. Laut *Prickartz* limitieren die MS durch den Beitritt zur EU freiwillig ihre Souveränität und Normen wie Art 2 EUV stünden daher nicht mehr zur freien nationalen Disposition. Spannend sei vor allem wie auf Bewegungen zur Bewahrung nationaler Souveränität von

2 EuGH 20.12.2017, C-372/16, *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:988.
3 VO (EU) 1259/2010 des Rates v 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl L 2010/343, 10.
4 EuGH 27.2.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117.

© Verlag Österreich 2019

Seiten der EU in Zukunft reagiert werde. *Isabel Staudinger* analysierte in Folge den aktuellsten KOM-Vorschlag[5] hinsichtlich der Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips im Falle genereller Mängel in den MS. Dieser Vorschlag sehe einen *ex post*-Konditionalitätsmechanismus vor. Werte der EU würden demnach zu Bedingungen für finanzielle Hilfen aufgewertet. Konkretisierungsbedarf bestehe laut *Staudinger* noch hinsichtlich der Schutzmechanismen zugunsten individueller Beitragsempfänger*innen. *Andreas Orator* beendete das dritte Panel mit einer umfassenden Darstellung wie der EuGH durch seine Rsp in den letzten Jahren die Rechtsstaatlichkeit innerhalb der EU aufrechterhielt. Der Vortragende zeigte auf, wie das Vertragsverletzungsverfahren verfahrensrechtlich robuster gemacht, die richterliche Unabhängigkeit thematisch klargelegt und Art 19 EUV zum praktisch einsetzbaren Anker ausgeformt wurde.

5. Europa – von der (Rechts)Theorie zur Praxis

Das abschließende Panel eröffnete *Melissa Muller* mit einer komparativen Analyse zur Frage ob Art 2 EUV, verglichen mit Art 4 Abs 4 der US-Amerikanischen Verfassung, als Schutzklausel zugunsten der Kopenhagener Kriterien gesehen werden kann. Beide Artikel setzen bestimmte Regierungsstrukturen in den MS voraus. Inwieweit diese Artikel justiziable Durchsetzungsinstrumente darstellen können sei allerdings offen.
Julia Jungfleisch analysierte, dass die verstärkte Zusammenarbeit Trendwende und einen Ausweg aus der Krise der Flüchtlingspolitik darstellen könne. Diese sei als letztes Mittel rechtlich möglich, da insb das ordentliche Gesetzgebungsverfahren bezüglich des Vorschlages zur Dublin IV-VO[6] seit geraumer Zeit stillstehe. *Moriz Kopetzki* referierte zur Entwicklung der Horizontalwirkung der GRC in der jüngsten Rsp des EuGH. Eine Berufung auf das Diskriminierungsverbot gem Art 21 Abs 1 GRC und soziale Grundrechte sei durch die dynamische Auslegung des EuGH möglich, um unmittelbare Ansprüche gegen Private zu begründen. *Kopetzki* betonte jedoch auch die Kritik an dieser Entwicklung, welche ua vor einer Entkonstitutionalisierung der Charta warnt. Zum Abschluss präsentierte *Jakob Gaigg* mit der Definition der EU als Bund eine begriffliche Alternative zu Staatenbund und Bundesstaat. Der Bundesbegriff biete den Vorteil, dass er es vermeide, die föderale Ordnung der EU einseitig darzustellen. Die MS würden politisch eigenständig bleiben und sich paradoxerweise zugleich zusammenschließen, um ihre politische Eigenständigkeit zu erhalten.

Mag. Maximilian Engel, BA war Mitarbeiter am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung und absolviert derzeit die Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien; max.engel@mailbox.org

5 Vorschlag der KOM v 2.5.2018 für eine VO zum Schutz des Haushalts bei Mängeln des Rechtsstaatsprinzips COM(2018) 324 final.

6 Vorschlag der KOM v 4.5.2016 für eine VO zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung der Zuständigkeit von MS bezüglich der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz COM(2016) 270 final.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903031801

Die Durchsetzung des Anspruches auf Grundversorgung

Geldersatz auf Grundlage der AufnahmeRL

Linda Greuter

Im Herbst 2015 kam es österreichweit zu Versorgungslücken bei der Grundversorgung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden. Bezugnehmend auf einen Fall, in dem einer Asylwerberin Grundversorgungsleistungen durch das Land Oö faktisch vorenthalten wurden, befasste sich der VwGH im Erkenntnis vom 20.12.2018, Ra 2018/21/0154 mit dem unionsrechtlich verbürgten Anspruch auf Versorgung von Asylwerber*innen. Dieser besteht, bis eine Entscheidung ihn einschränkt oder entzieht.

1. Anspruch und Rechtsschutz bei faktischem Entzug von Grundversorgung

Die AufnahmeRL[1] zielt auf die Wahrung von Grundrechten ab[2] und enthält Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerber*innen. Um diesen Zielen Rechnung zu tragen, normiert Art 17 AufnahmeRL einen Anspruch auf Grundversorgung ab dem Zeitpunkt der Antragstellung auf internationalen Schutz. Die Leistungen müssen in einem Umfang gewährt werden, der die Führung eines menschenwürdigen Lebens erlaubt. Sie müssen ausreichen, um den Lebensunterhalt zu gewährleisten und die psychische und physische Gesundheit zu wahren.[3] Gegen Entscheidungen, die Leistungen aus der Grundversorgung entziehen oder einschränken, ist gem Art 26 AufnahmeRL ein wirksamer Rechtsbehelf vorzusehen. Eine gerichtliche Überprüfung dieses Behelfs muss nach den Rechtsschutzverfahren der Mitgliedsstaaten wie bei vergleichbaren rein innerstaatlichen Sachverhalten ermöglicht werden.[4] Solange keine Entscheidung über den Entzug verfügt wurde, sind die Leistungen gem Art 20 Abs 5 AufnahmeRL zu gewähren. Innerstaatlich wurden die Grundversorgungsgesetze bisher von Bund und Ländern aufgrund des Kompetenztatbestandes des Armenwesens erlassen (Art 12 B-VG). Die Grundversorgung fällt

1 RL 2013/33/EU, ABl L 180/96.
2 Erwägungsgrund 35, RL 2013/33/EU.
3 Vgl *Groschedl*, Menschenwürdige Aufnahmebedingungen als grundrechtliches Gebot im Asylverfahren, migraLex 2015, 66 (70).
4 Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht[6] (2017) 114f.

© Verlag Österreich 2019

in den Anwendungsbereich des Unionsrechts iSd Art 51 Abs 1 GRC, weshalb die Bestimmungen der AufnahmeRL im Einklang mit den Garantien der GRC umzusetzen sind.[5]

2. Die bisherige Rechtsprechung des VfGH

In der vergangenen Rsp sah der VfGH einen ausreichend effektiven Rechtschutz bei faktischem Entzug von Grundversorgung subsidiär im Wege der Kausalgerichtsbarkeit gegeben, sofern keine Kompetenz einer Verwaltungsbehörde oder eines ordentlichen Gerichtes in Betracht kam.[6] Diese Ansicht war für das oö Grundversorgungsgesetz[7] von besonderer Relevanz. § 4 Oö GVG sah vor[8], dass Asylsuchende im Falle eines Entzuges oder der mangelhaften Gewährung von Grundversorgung eine bescheidmäßige Feststellung binnen vier Wochen verlangen können. Diese Regelung entsprach nicht den unionsrechtlichen Vorgaben an einen ausreichend effektiven Rechtsbehelf iSd Art 26 AufnahmeRL sowie der Bestimmung des Art 20 Abs 5 AufnahmeRL, wonach Entscheidungen über die Einschränkung oder den Entzug der Leistungen objektiv und unparteiisch zu treffen und zu begründen sind. Eine solche nachträgliche bescheidmäßige Feststellung ist nach Ansicht des VfGH aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Bereich der AufnahmeRL unzulässig. Diese Ansicht wird bereits seit 2008 durch den VfGH vertreten.[9] § 4 Oö GVG wurde per 28.06.2016 dahingehend geändert[10], dass die Entscheidung über Einschränkung oder Entzug von Grundversorgungsleistungen für hilfs- und schutzbedürftige Fremde von der Landesregierung mit Bescheid zu treffen ist.
Einer Asylwerberin wurde im Herbst 2015 faktisch keine Grundversorgung gewährt. Nach der Zulassung ihres Asylverfahrens wandte sie sich an die oö Landesregierung und stellte einen Antrag auf Feststellung und Gewährung von Grundversorgungsleistungen iSd §§ 3 Abs 1 und 4 Oö GVG. Aufgrund ihrer akuten Notlage erhob die Betroffene zeitgleich Klage im Wege der Kausalgerichtsbarkeit gem Art 137 B-VG. Mit Beschluss des VfGH vom 15.10.2016, A 15/2015 wurde diese Klage zurückgewiesen. Aufbauend auf das Urteil des EuGH im Fall *Saciri* [11] hielt der VfGH in diesem Beschluss fest, dass der Anspruch auf Grundversorgung ab der Antragstellung auf internationalen Schutz besteht. Leistungen müssen so lange gewährt werden, bis ein Bescheid ergeht, welcher diese einschränkt oder entzieht. Da der Klägerin der Antragsweg offenstand, welcher vorranging zu bestreiten ist, war die Klage zurückzuweisen.

---

5 Vgl *Drexel*, Der Zugang zum Recht (2016) 60.
6 Vgl VfGH 27.11.2006, A4/06 ua; VfGH 11.06.2008, B2024/07; VwGH 19.03.2009, 2009/18/0060; weiterführend: *Matti*, Effektiver Rechtschutz für Asylsuchende im Grundversorgungsrecht? Jahrbuch Asyl-und Fremdenrecht (2016), 123 (136f).
7 Oö Grundversorgungsgesetz LGBl 12/2007 idF 55/2018.
8 IdF LGBl 90/2013.
9 VfGH 11.06.2008, B2024/07.
10 LGBl 64/2016.
11 EuGH 27.02.2014, C-79/13, *Saciri*, Rn 33f.

© Verlag Österreich 2019

3. Rückwirkender Antrag auf Geldersatz ist zulässig

Der Antrag der Betroffenen wurde jedoch nie bearbeitet, weshalb sie sich erneut an die Regierung wandte und Säumnisbeschwerde erstattete. Das ursprüngliche Begehren wurde in weiterer Folge mit Bescheid abgewiesen. Nach erfolgter Bescheidbeschwerde wies das LVwG diese als unbegründet ab, woraufhin außerordentliche Revision erhoben wurde. Am 20.12.2018 behob der VwGH das Erkenntnis des LVwG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, erachtete den faktischen Entzug der Grundversorgung für rechtswidrig und das rückwirkende Leistungsbegehren auf Geldersatz für zulässig. Bezugnehmend auf den Beschluss des VfGH vom 15.10.2016, A 15/2015 hielt der VwGH fest, dass eine Behörde die materiellen Aufnahmebedingungen (Gutscheine, Geld- oder Sachleistungen) in der Form von Geldleistungen zu gewähren hat, wenn sie die gesetzlich vorgesehenen Sachleistungen faktisch nicht gewährt.[12] Eine andere Sichtweise würde dem Grundversorgungsanspruch die Wirksamkeit nehmen und eine Verletzung des *effet utile* darstellen. Der VwGH bejahte die Statthaftigkeit des Antragsweges für Fälle eines faktischen Entzuges von Leistungen oder mangelhaft gewährter Grundversorgung. Es ist sohin zulässig durch einen Antrag rückwirkend Ersatz zu verlangen und damit den Verwaltungsgerichtsweg zu eröffnen. Einer Feststellung des Anspruchs bedarf es grundsätzlich nicht. Asylwerber*innen müssen den Anspruch jedoch direkt im Verwaltungsweg geltend machen und können nicht bloß im Nachhinein Geldersatz verlangen.

Entgegen der Ansicht der Behörde sowie des LVwG bejahte der VwGH die Zuständigkeit der Landesregierung, da die Asylwerberin ihren Hauptwohnsitz in Oö hatte, ihr Asylverfahren bereits zugelassen war und ihr somit als hilfs- und schutzbedürftiger Fremder gem § 1 Oö GVG Grundversorgungsleistungen zustanden. Die fremdenpolizeiliche Meldung war idZ nur als Indiz für den Hauptwohnsitz zu werten. Die Wichtigkeit einer zügigen Entscheidung und eines raschen Abschlusses des Ermittlungsverfahrens durch die belangte Behörde in Grundversorgungsangelegenheiten wurde betont.[13] Dies sei in Hinblick auf Art 47 GRC geboten. Eine schuldhafte Verzögerung der Behörde hätte eine Amtshaftung zur Folge.[14]

Die Revisionswerberin forderte einen Betrag, welcher analog zur oö Mindestsicherung bemessen wurde. Die Höhe des Geldanspruchs stützte sie auf Art 17 Abs 5 AufnahmeRL, wonach sich im Falle einer Gewährung von Geldleistungen deren Umfang auf Grundlage des Leistungsniveaus bemisst, welches die Mitgliedsstaaten für eigene Staatsangehörige anwenden, um ihnen einen angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten. Die Frage der konkreten Höhe des zustehenden Ersatzanspruches ließ der VwGH jedoch unbeantwortet.[15] Mit Erkenntnis vom 11.06.2019[16] gab das oö LVwG der Beschwerde

12 VwGH 20.12.2018, Ra 2018/21/0154, Rn 16; EuGH 27.02.2014, C-79/13, *Saciri*, Rn 48.
13 VfGH 22.09.2008, B753/08 ua.
14 VfSlg 18.447/2008.
15 Vgl *Trentinaglia*, Geldersatz bei vorenthaltener Grundversorgung, asyl aktuell 2018, 34 (37).
16 LVwG-750426/52/MB.

© Verlag Österreich 2019

der Asylwerberin statt und verpflichtete das Land Oö zu einer Geldersatzleistung iHv € 186, bemessen an der Grundversorgung. Die ordentliche Revision wurde zugelassen. Betroffene Asylsuchende sollten jedenfalls (unmittelbar nach dem Entzug oder der mangelnden Gewährung der Grundversorgung) ein Leistungsbegehren bei der zuständigen Gebietskörperschaft stellen, um den Ersatzanspruch rückwirkend geltend machen zu können.

Linda Greuter ist Studentin der Rechtswissenschaften an der JKU Linz und Rechtsberaterin für Asyl- und Fremdenrecht bei der Caritas Flüchtlingshilfe Linz sowie Helping Hands Linz; linda.greuter@caritas-linz.at.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903032201

Ausgewählte Rechtsprobleme des BVT-Untersuchungsausschusses

Stephanie Krisper / Thomas Tauchner

Etwas mehr als ein Jahr ist seit der Einsetzung des *Untersuchungsausschusses über die politische Einflussnahme auf das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT-UsA)* vergangen. Nachdem die Fraktionsberichte bereits geschrieben wurden, ist nun ein guter Zeitpunkt für ein erstes juristisch-politisches Kurzresümee aus der Sicht eines Mitglieds einer kleinen Oppositionspartei in diesem Ausschuss.

1. Einrichtung des UsA

Die Reform des Rechts der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse sowie der relevanten Verfahrensordnung wurden nach einem langen Diskussionsprozess 2014 im Parlament behandelt und kundgemacht.[1] Damit wurde die Möglichkeit für eine qualifizierte Minderheit, 46 der Mitglieder des Nationalrats, geschaffen, dieses parlamentarische Kontrollinstrument einzuberufen.[2] Dieses Novum sei hervorgehoben, weil es sich, in Anbetracht der Aussagen des ehemaligen Kanzlers *Kurz*, offensichtlich nicht bis zu diesem durchgesprochen haben dürfte.[3] Auch der BVT-UsA wurde durch eine qualifizierte Minderheit eingesetzt. Als Abgeordnete der Einsetzungsminderheit verfügt man auch als VertreterIn einer kleinen Partei über großen Einfluss, da Entscheidungen über Verlängerung oder Verkürzung des UsA sowie die Anfechtung mancher Beschlüsse des Geschäftsordnungsausschusses alle Stimmen der Einsetzungsminderheit bedürfen.

2. Ladungen und Begehren von Unterlagen – die verfahrensrechtlichen Hürden für Kleinparteien

Einzelne Abgeordnete haben kaum eine Möglichkeit, das Prozedere des Ausschusses zu beeinflussen.

1 Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse (VO-UA); Anlage 1 zum GOG-NR, BGBl I 2014/99.

2 Art 53 Abs 1 B-VG.

3 *Kurz* hatte vor seiner Absetzung medial verlautbart, der Opposition angeboten zu haben, nach der Wahl die Untersuchungsausschüsse wiedereinzusetzen. Dies ist jedoch weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich ein Recht des Bundeskanzlers, https://orf.at/stories/3124101/ (25.7.2019).

© Verlag Österreich 2019

2.1. Ladungen und Befragung von Auskunftspersonen

Ein Viertel der Mitglieder des Ausschusses kann ein Verlangen auf Ladung einer Auskunftsperson einbringen. Die Ladungen werden seitens des Vorsitzes (ex lege der/die PräsidentIn des NR) festgesetzt. Finden sich nicht genügend Mitglieder des UsA, um ein Verlangen einzubringen, kann nur ein Antrag gestellt werden, der dann allerdings eine, in der Praxis kaum zu bewerkstelligende, Mehrheit braucht.

In der politischen Praxis führt diese Regelung dazu, dass bspw unser Bemühen um Ladung des – mittlerweile ehemaligen – Abgeordneten *Amon* nicht realisiert wurde. Die SPÖ war für ein solches Verlangen nicht zu gewinnen und mehrmalige Anträge fanden, auch nach Ende der Koalition, keine Mehrheit. Begründet wurde dies mit der Stellung *Amons* als aktiver Abgeordneter, wobei dies – mangels gesetzlicher Grundlage – lediglich parlamentarische Usance zu sein scheint.

Aufgrund der Schwelle von einem Viertel der Ausschussmitglieder sind also bei der Auswahl der Auskunftspersonen allen Oppositionsparteien mit nicht beachtlicher Mandatsanzahl die Hände gebunden.

Einer Ladung als Auskunftsperson ist verpflichtend nachzukommen. Einmal geladen, unterliegen Auskunftspersonen, wie ZeugInnen in gerichtlichen Verfahren, der Wahrheitspflicht. Zwar ist die klare Intention des Gesetzgebers anzuerkennen, hier eine der Wahrheitsfindung dienliche Rechtslage mit entsprechenden Konsequenzen einzurichten,[4] doch führt dies in der Praxis häufig zu einer Flucht in Erinnerungslücken.[5]

Neben der allgemein zugänglichen Möglichkeit Sachverhaltsdarstellungen bezüglich vermuteter Falschaussagen einzubringen, ermöglicht die VO-UA bei widersprüchlichen Aussagen zweier Auskunftspersonen eine Gegenüberstellung. Zu einer solchen wäre es aufgrund der widersprüchlichen Aussagen von BVT-Direktor *Gridling* und Generalsekretär *Goldgruber* beinahe gekommen, aufgrund schlussendlich relativierter Aussagen fand sie nicht statt.

Zweifelsohne ist die Justiz bei der Verfolgung angezeigter Falschaussagen in solchen politisch meist durchaus heiklen Fällen besonders gefordert, zumal eine konsequente Strafverfolgung in dieser Hinsicht auch für die Autorität zukünftiger UsA von Bedeutung ist.

2.2. Begehren von Unterlagen

Aufgrund häufiger Ausflüchte von Auskunftspersonen kann ein Mitglied eines UsA seiner Arbeit ohne valide Information, welche sich hauptsächlich in von Ministerien oder der Justiz gelieferten Akten findet, kaum objektiv und effizient nachgehen. Akten und

---

4 § 288 Abs 3 StGB stellt klar, dass auf Aussagen vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss die Strafbestimmung der falschen Beweisaussage anwendbar ist.

5 Für Interessierte kann auf den NEOS Fraktionsbericht verwiesen werden, der Ende September auf der Homepage des Parlaments veröffentlicht wird.

© Verlag Österreich 2019

Unterlagen sind einem UsA, nach Anforderung durch den grundsätzlichen Beweisbeschluss, im Umfang des Untersuchungsgegenstands zur Verfügung zu stellen.
Dabei sind nach der Rechtsprechung des VfGH all jene Akten und Unterlagen zu liefern, die der Aufklärungsarbeit des UsA zumindest abstrakt dienlich sein können.[6] Erweist sich der grundsätzliche Beweisbeschluss nachträglich als unzureichend – was aufgrund laufend neuer Erkenntnisse des UsA nicht ungewöhnlich ist – kann die Vorlage zusätzlicher Beweismittel durch eine ergänzende Beweisanforderung begehrt werden. Auch dafür ist jedoch ein Verlangen eines Viertels der Mitglieder des UsA nötig.
Bei unzureichender Lieferung von Akten und Unterlagen – wie es auch beim BVT-UsA mehrfach der Fall war – kann gem § 27 Abs 4 VO-UA das vorlagepflichtige Organ erneut aufgefordert werden, seiner gesetzlichen Pflicht zur Aktenlieferung nachzukommen. Verstreicht die gesetzliche zweiwöchige Frist, ohne dass der Lieferungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen wurde, kann ein Viertel der Mitglieder gemäß § 27 Abs 5 VO-UA den VfGH zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit und den Umfang der zu liefernden Akten anrufen. Dabei legt der VfGH einen äußerst strengen prozessrechtlichen Rahmen an. Dieser überprüft lediglich konkrete Aktenteile, was die AntragstellerInnen vor schwerwiegende Probleme stellt. Dem VfGH müssen daher konkrete, zu Unrecht nicht gelieferte Aktenteile vorgelegt werden, dies erschwert einen solchen Antrag in der Praxis durchwegs.
So wurde im BVT-UsA seitens der Opposition durch Lücken in der Nummerierung eines Kabinettsakts erkannt, dass offensichtlich einige Aktenteile existieren müssten, die nicht geliefert wurden. Erst durch die Nennung der konkret fehlenden Aktenzahlen war der Antrag hinreichend bestimmt und daher prozessrechtlich zulässig. Der VfGH ließ sich die konkreten Aktenteile vom BMI vorlegen und entschied, dass diese zumindest abstrakt von Relevanz seien und daher dem UsA zu liefern waren.

3. Resümee

Sowohl für die Ladung von Auskunftspersonen, die An- und Nachforderung von Akten und Unterlagen sowie die rechtliche Bekämpfung eines rechtswidrigen Handelns der vorlagepflichtigen Stelle wird eine qualifizierte Minderheit von einem Viertel benötigt.
In Anbetracht der aktuellen Machtverhältnisse in Österreich bedeutet dies, dass bei (nahezu) sämtlichen verfahrensrechtlichen Schritten zumindest eine der drei Großparteien mitgehen muss. Zudem stellen die beschriebenen prozessualen Anforderungen jedenfalls einen Startvorteil für die vorlagepflichtige Stelle dar, welche sich – ohne Wissen des UsA über die Existenz bestimmter vorenthaltener Akten – vor dem VfGH stets auf eine Unzulässigkeit des Antrags mangels ausreichender Konkretisierung berufen kann.

6 VfGH 14.9.2018, UA 1/2018-15; sowie VfGH 9.10.2014, KR 1/2014-9.

© Verlag Österreich 2019

Das oben erwähnte Nichtzustandekommen der Ladung des ehemaligen Abgeordneten *Amon* zeigt, dass Usancen der Großparteien, die auf keinerlei Rechtsgrundlage zurückzuführen sind, eine lückenlose Aufklärungsarbeit aktiv verhindern können. Der Weg zu einer allumfassenden parlamentarischen Kontrolle ist noch weit.

Dr.in Stephanie Krisper ist Abgeordnete zum Nationalrat für NEOS und verfügt über eine langjährige Expertise im Bereich Menschenrechte; stephanie.krisper@neos.eu

Thomas Tauchner ist politischer Referent bei NEOS und beschäftigt sich mit dem BVT-Untersuchungsausschuss und der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste; thomas.tauchner@neos.eu

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903032601

Der Einfluss von #MeToo auf M&A-Deals[1]

Die „Weinstein-Klausel" als Vorbeugung sexualisierter Übergriffe in der Wirtschaftswelt

Agnes Balthasar-Wach / Yara Hofbauer

1. Einleitung

„In the M&A context, the strength and power of #MeToo has elevated sexual harassment into a distinct economic risk and, in some circumstances, a deal-breaker. Sexual harassment risks, known, unknown, potential, real or perceived, should be carefully assessed and addressed by both sellers and acquirers."[2]

Seit Beginn der #MeToo Debatte 2017 – in der allgemeinen Wahrnehmung ausgelöst durch das Aufkommen unzähliger Vorwürfe gegen den Filmproduzenten *Harvey Weinstein* – ist das Thema sexualisierter[3] Übergriffe[4] in der Arbeitswelt omnipräsent.[5] Und auch heute, zwei Jahre später, ist die Thematik immer noch aktuell und das dahinterstehende Problem weiterhin existent. So ergab der Arbeitsklima-Index 2018, dass in Ö 56% der unselbständig erwerbstätigen Frauen an ihrem Arbeitsplatz bereits sexuell belästigt wurden.[6]

---

1 „*M&A*" steht für Mergers and Acquisitions, wörtlich übersetzt „Fusionen und Übernahmen" und stellt einen Überbegriff für Transaktionen von Unternehmen oder Teilen von diesen dar.

2 *Berchem/Leyden/Atkins*, #NotMe: Sex, Reps and Remedies, www.wakingump.com/en/experience/practices/corporate/ag-deal-diary/notme-sex-reps-and-remedies.html (7.2.2019).

3 Da sexuelle Belästigung idR nicht aus einem sexuellen Bedürfnis heraus erfolgt, sondern eine Machtdemonstration darstellt, „*das Sexuelle [...] gleichsam nur die Form, in der Gewalthandeln sich realisiert [liefert]*" (*Schmidt*, Sexualisierte und sexuelle Gewalt – Herausforderungen in schulischen Kontexten, in *Böllert/Wazlawik*, Sexualisierte Gewalt [2014] 59), spiegelt dieser Begriff nicht optimal die Essenz des Übergriffs wider. Deshalb bevorzugen die Autorinnen den Begriff des *sexualisierten Übergriffs* (siehe dazu FN 4).

4 Das Recht versteht sehr unterschiedlich weitgehende Handlungen unter dem Begriff „sexuelle Belästigung" (vgl zu den *Unterschieden* zwischen der strafrechtlichen [§ 218 StGB] und der gleichbehandlungsrechtlichen [§ 6 GlBG] „sexuellen Belästigung" bei *Amon-Konrath/Prisching*, Sexuelle Belästigung – straf- und zivilrechtliche Aspekte, DRdA 2010, 80). Zudem vermag der Begriff „Belästigung" uE nicht das Spektrum der Handlungen zu verdeutlichen, die darunter fallen können (so kennt das Gleichbehandlungsrecht keine Abstufung und sind daher ein unangebrachter sexuell konnotierter Kommentar ebenso darunter zu subsumieren wie eine Vergewaltigung) und klingt somit „verharmlosend und verschleiernd". Auch ist „*diese zwischenmenschliche Gewalt mehr als nur ‚lästig', sie verletzt die persönliche Unversehrtheit, Würde und Integrität und hat oft weitreichende Folgen*" (*Diehl* et al, Sexuelle Diskriminierung und Gewalt in der Arbeits- und Ausbildungswelt: Recht und Realität[2] Berlin [2017] 11). Die Autorinnen haben sich daher für die Verwendung des Begriffs des *sexualisierten* (siehe dazu FN 3) *Übergriffs* (soweit passend) entschieden, wobei sexuelle Belästigung davon natürlich stets mitumfasst ist.

5 „*What began as the ‚#MeToo moment' quickly grew into a #MeToo movement that shows no signs of losing steam*", *Hemel/Lund,* Sexual Harassment and Corporate Law, Columbia Law Review 2018, 3.

6 *IFES*, Newsarchiv, Belästigung am Arbeitsplatz – Mehr als jede zweite Frau betroffen, www.ifes.at/aktuelles/belaestigung-am-arbeitsplatz-mehr-als-jede-zweite-frau-betroffen (27.11.2018).

© Verlag Österreich 2019

Im vorliegenden Beitrag geht es um die Frage, *inwieweit* im Kontext sogenannter *M&A*-Deals, konkret bei Unternehmenszusammenschlüssen, für ein übernehmendes Unternehmen („*Erwerberin*") *negative Folgen* aufgrund von sexualisierten Übergriffen am Arbeitsplatz im zu übernehmenden Unternehmen („*Zielunternehmen*") *beschränkt werden können*. Dieser Artikel fokussiert sich daher auf die Frage der Vermeidung wirtschaftsschädigender Folgen von sexualisierten Übergriffen aus Unternehmenssicht. Ausgehend von dem Verständnis, dass die Erwerberin nur durch eine umfassende Überprüfung potentieller Gefahren/Risiken vorab *und* einer Absicherung für den Fall, dass sich dennoch ein Risiko verwirklicht, optimal geschützt ist, wird sowohl eine *Risikoanalyse* als auch die Verwendung einer „*Weinstein-Klausel*" diskutiert.

Spätestens seit #MeToo ist klar, dass sexualisierte Übergriffe nicht nur negative Auswirkungen auf die Betroffenen selbst, sondern auch deren Arbeitgeber*innen haben können: Die für ein Unternehmen negativen Konsequenzen bei falschem Umgang mit sexualisierten Übergriffen können grob in drei Gruppen von Schadensquellen eingeteilt werden[7], die aber bei Weitem nicht bei jedem Vorfall schlagend werden:

Erstens, solche, die sich aus einem gerichtlichen Verfahren ergeben, wobei unterschiedliche Kläger*innengruppen in Frage kommen. Zum einen die Betroffenen selbst[8], zum anderen (vermeintliche) Belästiger*innen, die gerichtlich gegen die gegen sie gesetzte arbeitsrechtliche Maßnahme vorgehen und letztlich möglicherweise auch sonstige Geschädigte wie insb Gesellschafter*innen oder Aktionär*innen.[9] Zweitens, Schäden, die aus einem etwaigen Reputationsverlust resultieren (zB Umsatzreduktion, Ergebniseinbruch etc). Dafür kann ein einziger bekannt gewordener Übergriff ausreichend sein.[10] Drittens, können mittelbare Kostenquellen, wie etwa Kosten durch (erhöhte) Krankenstände, Abgänge und dadurch Verlust von Wissen, verminderte Leistungsfähigkeit, verschlechtertes Betriebsklima, Akquise- sowie Recruitingschwierigkeiten aufgrund von negativem „Employer-Branding"[11] entstehen.

Solche negativen Konsequenzen bei Fällen sexualisierter Übergriffe in einem Unternehmen sind keine hochtheoretischen Fragen, sondern *reale Risiken*. Anders als bei sonstigem Fehlverhalten eines Unternehmens sind sie allerdings sehr schwer vorab abschätzbar. Dies hängt auch damit zusammen, dass sich die Kostenfolgen nicht auf rechtlich

---

7 Vgl *Zaho*, Ripples of #MeToo in the M&A world: examining the "Weinstein Clause", deallawwire.com/2018/10/25/ripples-of-metoo-in-the-ma-world-examining-the-weinstein-clause/ (25.10.2018); siehe auch 3.

8 Anzumerken ist allerdings, dass der Großteil der Betroffenen bei Fällen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nicht den Gerichtsweg beschreitet.

9 Bspw wurden zwischen Jänner 2017 und August 2018 acht auf US-amerikanischen Börsen notierte Unternehmen von ihren Aktionär*innen im Zusammenhang mit sexualisierten Übergriffen geklagt, vgl *Hemel/Lund*, Columbia Law Review 2018, 4.

10 *Gündemir/Does/Shih*, Working Paper – Backlash Against Sexual Harassment and What Organizations Can Do About It (12, Study 3; 2018).

11 Vgl *Borowiec*, Why you need to include sexual harassment in ODD investigations, info.imdda.org/blog/why-include-sexual-harassment-in-operational-due-diligence-investigations (23.5.2018).

© Verlag Österreich 2019

festgestelltes Fehlverhalten beschränken müssen, sondern auch durch Vorwürfe ausgelöst werden können, die keiner gerichtlichen Ahndung zugeführt wurden.[12]
Vor diesem Hintergrund bestehen gute Gründe dafür zu prüfen, ob das Risiko eines aufkommenden Diskriminierungs- oder Belästigungsfalls im eigenen, aber auch im Zielunternehmen minimiert wurde. Denn stellt sich heraus, dass keine Strukturen und präventive Maßnahmen vorhanden sind, wird dies die Verhandlungsposition der veräußernden Partei schwächen. Im Sommer 2018 wurde im Rahmen von M&A-Deals daher über eine sogenannte „*Weinstein*-Klausel" (auch „#MeToo Rep") diskutiert, die zu diesem Zweck neuerdings in manche Transaktionsverträge inkorporiert wird.

2. Lippenbekenntnisse vs reale Veränderung?

Neben den oben dargestellten negativen Folgen für Arbeitgeber*innen besteht auch die aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des/der Arbeitgeber*in resultierende rechtliche *Verpflichtung* (und nicht Obliegenheit), die eigenen Mitarbeiter*innen in ihrer sexuellen Integrität zu schützen.[13] Da immer mehr Betroffene sich außerdem durch die Entwicklungen der letzten zwei Jahre dazu ermutigt fühlen, ihre Erfahrungen mit sexualisierten Übergriffen öffentlich zu teilen und anzusprechen[14], müsste das Thema sexualisierter Übergriffe am Arbeitsplatz kontinuierlich an (wirtschaftlicher) Relevanz gewinnen.
Ob dies wirklich flächendeckend der Fall ist, wird sich allerdings erst weisen:
Auf der einen Seite zeigen die Ergebnisse einer aktuellen Umfrage der IMDDA (*Investment Management Due Diligence Association*)[15] zum Umgang mit sexueller Belästigung in der Anlageverwaltungsbranche, dass 89% der Anlageneigentümer*innen[16] bezüglich möglicher Vorwürfe in Richtung sexualisierter Übergriffe am Arbeitsplatz *keine Erkundigungen*[17] einholen. Auch ziehen lt Umfrage 76% der Anleger*innen in Betracht, bei

12 Vgl *McGregor*, The challenges of enforcing Wall Street's 'Weinstein clauses', washingtonpost.com/business/2018/08/06/challenge-behind-wall-streets-weinstein-clauses/?utm_term=.930290e8ef47 (5.8.2018).

13 Vgl *Wagner-Steinrigl*, Sexuelle Belästigung: Definition und TO DOs für ArbeitgeberInnen, ARD 6560/5/2017.

14 So sind Beschwerden von Betroffenen bei der Gleichbehandlungsanwaltschaft gegen ihre (ehemaligen) Arbeitgeber*innen in Ö seit #MeToo gestiegen, derstandard.at/2000088506465/Mehr-Beschwerden-wegen-sexueller-Belaestigung-am-Arbeitsplatz, (2.10.2018); vgl auch die Darstellung von *Moore* zum Umdenken in der Fehrnseh- und Filmbranche (*Moore*, CEOs, pay attention: Harvey Weinstein shows sexual harassers have to be fired before they destroy your company, linkedin.com/pulse/companies-cant-minimize-sexual-harassment-any-more-its-heidi-n-moore/?mod=djemRiskCompliance [10.5.2017]).

15 IMDDA Inc. (Coral Springs, USA) wurde 2015 von Fachleuten der Investmentbranche gegründet, widmet sich der Förderung der Interessen von Due Diligence-Experten durch Bildungsprogramme, unabhängige Forschung, Best Practices und Netzwerkmöglichkeiten und setzt sich für die Förderung der Interessen institutioneller Investoren ein, die eine Due Diligence bei neuen und bestehenden Investitionen durchführen. IMDDA ist in Nordamerika, Großbritannien, Singapur und Hongkong tätig.

16 Die geografische Verteilung der von IMDDA befragten Investoren stellt sich wie folgt dar: 68% USA/Kanada, 25% Europa, 7% Asien/Australien (*IMDDA*, Us Too: A Due Diligence Survey and Analysis on the Current State of Sexual Harassment in the Investment Management Industry – The Investment Management Due Diligence Association Survey on Sexual Harassment, 2018).

17 Fachleuten, die mit der Kapitalallokation an Investmentmanagementgesellschaften befasst sind, wurde im Wortlaut folgende allgemein gehaltene Frage gestellt: „*Do you specifically inquire about sexual harassment in the workplace?*".

© Verlag Österreich 2019

einem/r Fondsmanager*in zu investieren, der/die mit sexueller Belästigung in Verbindung gebracht wird/wurde.[18]

Auf der anderen Seite zeichnen diverse rezente Interviews mit namhaften Führungspersönlichkeiten aus der Wirtschaft ein anderes, etwas problembewussteres Bild dahingehend, dass sehr wohl ein Umdenken stattgefunden hat und „*reputation management*" zunehmend zu einem wichtigen Bestandteil der Unternehmensbewertung wird.[19] Auch in einer von der Arbeitsrechtskanzlei *Littler* 2018 veröffentlichten Studie, in der nach eigenen Angaben über 800 Führungskräfte, HR-Expert*innen und Unternehmensjurist*innen in acht europäischen Ländern (Ö war nicht darunter) darüber befragt wurden, ob die #MeToo Bewegung dazu geführt hat, dass sich ihre Unternehmen mit dem Thema befassen, gab eine deutliche Mehrheit, nämlich 79%, an, dass sie tatsächlich etwas getan hätten.[20] Es wurden allerdings ausschließlich Mitarbeiter*innen in Führungspositionen befragt.

Schließlich zeigt auch die vermehrte Verwendung einer „*Weinstein*-Klausel" in Transaktionsverträgen ein gesteigertes Problembewusstsein. Während im Jahr 2017 von ca 1.200 von *Intelligize*[21] untersuchten M&A-Transaktionen nur bei einer eine entsprechende Klausel verwendet wurde, wurden im Jahr 2018 bei derselben Anzahl an untersuchten M&A-Transaktionen solche Klauseln in 45 Fällen eingesetzt.[22]

3. Gesellschaftsrechtliche Tools zur Absicherung (Analyse und Klauseln)

Um bei einem Zusammenschluss potentielle Risiken im Zusammenhang mit sexualisierten Übergriffen innerhalb des Zielunternehmens zu minimieren, sollte zum einen das Risiko von möglichen Haftungsfragen aufgrund von sexualisierten Übergriffen in der

---

Positiv schlussfolgert IMMDA aus dieser Zahl (89%), dass die Bedeutung des Problems der sexualisierten Übergriffe oder zumindest das Bewusstsein dafür neu ist und infolgedessen schon 11% der Befragten diese Frage mit „Ja" beantworteten und so schon einige Investoren bereits nach dem Thema fragen.

18 *Comtois*, Most asset owners don't consider sexual harassment when conducting due diligence – survey, Pensions&Investments, www.pionline.com/article/20180511/ONLINE/180519954/most-asset-owners-dont-consider-sexual-harassment-when-conducting-due-diligence-8211-survey (11.5.2018).

19 *Mintz-Group*, #MeToo is also an earthquake for the due-diligence business – Topics: Background Checking, https://mintzgroup.com/metoo-also-earthquake-due-diligence-business/ (19.1.2018), ("*Jeffrey Cohn, managing director for global CEO succession planning with the DHR International recruiting firm, was quoted by the Journal as saying that the scandal about the sexual activities of moviemaker Harvey Weinstein was a turning point in U.S. corporate life.*").

20 *Swinkels*, New Littler Research Reveals 79% of European Employers are Taking Action to Reduce Risks of Sexual Harassment, https://www.littler.com/publication-press/press/new-littler-research-reveals-79-european-employers-are-taking-action-reduce (12.11.2018).

21 Intelligize ist eine Tochtergesellschaft von LexisNexis® mit Hauptsitz in Washington, DC und bietet eine webbasierte Forschungsplattform, die dabei unterstützen soll, dass Anwaltskanzleien, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Unternehmen und andere Organisationen die gesetzlichen Vorschriften einhalten sowie solidere Geschäfte und Vereinbarungen abschließen (www.intelligize.com/about/, 2019).

22 *Peters/Clabaugh*, The Impact of Social, Political and Data Privacy Issues on M&A Transactions, Intelligize Special Report (26.3.2019).

© Verlag Österreich 2019

Due Diligence[23] analysiert und zum anderen entsprechende Haftungsklauseln aufgenommen werden. Im Folgenden wird auf diese beiden Schritte im Einzelnen eingegangen.

3.1. Risikoanalyse bei Unternehmensübernahme

„*Unlike traditional due diligence considerations, the risk assessment for such deals is not confined to evaluating the potential legal liability of the target company*."[24]

Für rechtliche Konsequenzen sexualisierter Übergriffe am Arbeitsplatz bestehen unterschiedliche Subsumtionsmöglichkeiten, die von der Art des Fehlverhaltens und der geschädigten Person abhängen. Ein Fehlverhalten kann einerseits direkt im sexualisierten Übergriff liegen, insofern dieser von einer Person auf Führungsebene begangen wird (§ 6 Abs 1 Z 1 GlBG); andererseits in der möglicherweise unzureichenden Reaktion auf sexualisierte Übergriffe gegenüber Mitarbeiter*innen durch andere Mitarbeiter*innen oder sonstige Dritte wie Kund*innen, Geschäftspartner*innen, etc (§ 6 Abs 1 Z 2 GlBG). Natürlich ist die betroffene Person immer auch Geschädigte, aber dies bedeutet nicht, dass sie daraus resultierende Ansprüche auch gerichtlich geltend macht. Zudem ist der zu erwartende Schadenersatz sehr gering. Zwar sieht § 12 Abs 11 GlBG einen *Mindest*schadenersatz von EUR 1.000,– vor. Allerdings wird diese Summe allgemeinhin eher als Richtwert, denn als Untergrenze verstanden, weshalb der (in der österr Rechtstradition ohnehin eher gering ausfallende) zugesprochene Schadenersatz wegen sexueller Belästigung oder mangelnder Abhilfe bei einer solchen für sich genommen kein wirksames Abschreckungsmittel darzustellen scheint. Demgegenüber ist es auch möglich, dass durch das (auch bloß informelle) Bekanntwerden des internen Umgangs die Reputation des Unternehmens leidet (siehe 1) und daraus ein *finanzieller Schaden*[25] entsteht. Darüber hinaus könnte dieser nach sich ziehen, dass betroffene Gesellschafter*innen/Aktionär*innen zur Geltendmachung von diversen Ansprüchen ebenfalls den Gerichtsweg[26] bestreiten.

---

23 Aus dem Englischen wortwörtlich übersetzt bedeutet „Due Diligence" *gebührende Sorgfalt* oder auch *sorgfältige Prüfung*. Vgl die Definition von: *Hasenauer/Stingl*, Due Diligence (2015) 1: „*Im Kontext von M&A- und sonstigen Wirtschaftstransaktionen bedeutet dieser – der anglo-amerikanischen Fachsprache entlehnte – Terminus die im Vorfeld einer Transaktion bzw Investition mit gebührender Sorgfalt durchgeführte Risikoprüfung des Transaktions- bzw Investitionsgegenstands. Er ist ein in internationalen Transaktionen seit langem gebräuchlicher Begriff und mittlerweile auch im rein nationalen Zusammenhang durchaus gängiger Usus. Die Due-Diligence-Prüfung dient der Durchleuchtung eines Unternehmens im Hinblick auf wertrelevante Aspekte im Vorfeld einer geplanten Transaktion oder Investition. Sie ist für eine vernünftige Risikoevaluierung unerlässlich geworden.*"

24 *Amdur/Judish/Asch*, Deals and Due Diligence in the #MeToo Era, https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/due-diligence-in-the-metoo-era.html (29.1.2018).

25 *Berchem/Leyden/Atkins*, #NotMe: Sex, Reps and Remedies (7.2.2019).

26 Siehe 1 zu dem Bsp von auf US-amerikanischen Börsen notierten Unternehmen, welche von ihren Aktionär*innen im Zusammenhang mit sexualisierten Übergriffen geklagt wurden; in Ö könnte wohl ev versucht werden, einen Sorgfaltsverstoß im unternehmerischen Kontext zu begründen (§ 1311 ABGB), wobei zu beachten ist, dass Reflexschäden idR nicht direkt zu ersetzen sind (*Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmen- und Gesellschaftsrecht II3 [2017] 256; *Parsche*, Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (2010) http://othes.univie.ac.at/10655/).

© Verlag Österreich 2019

Bei Durchführung einer Risikoanalyse müssen drei mögliche Szenarien unterschieden werden: (i) Fälle, die schon bekannt und (juristisch) abgehandelt sind oder werden (ii) Fälle, die schon bekannt und noch nicht (juristisch) abgehandelt sind oder werden und (iii) Fälle, die dem/der Arbeitgeber*in bislang unbekannt sind. Gerade die noch unbekannten Fälle stellen eine besondere Herausforderung dar, denn die Dunkelziffer betroffener Personen am Arbeitsplatz ist signifikant[27], weshalb die Untersuchung sonstiger Parameter der Unternehmenskultur (zB Beschäftigungspolitik, Organisationsaufbau, Meldesysteme, Sensibilisierung des Betriebsrats, ua) maßgeblich ist.

Nützliche Informationen für eine solche Risikoanalyse können aus vielfältigen Quellen gewonnen werden. Zunächst ist es für die Erwerberin relevant zu wissen, ob es anhängige oder drohende (gerichtliche) Rechtsstreitigkeiten aufgrund von sexualisierten Übergriffen gibt. Daneben kann es aber auch aufschlussreich sein, zu wissen, wie mit solchen Verfahren in der Vergangenheit umgegangen wurde, insb ob es abgeschlossene Rechtsstreitigkeiten oder Vergleiche zwischen Unternehmen, Betroffenen und/oder Täter*innen gibt und auch, welche Strukturen grundsätzlich – und unabhängig von einem konkreten Fall – vorhanden sind. Auch fehlendes, unwirksames oder unangemessenes (und somit gesetzwidriges) Nachkommen der arbeitgeber*innenseitigen Abhilfeverpflichtung bei Bekanntwerden eines sexualisierten Übergriffs, etwa weil die betroffene Person nicht ernst genommen wird, deutet auf eine risikoanfällige Unternehmenskultur hin.[28] Im Übrigen geben Informationen wie die Anzahl an Frauen in höheren Positionen, der Andrang auf ausgeschriebene Positionen oder die Verweildauer von Mitarbeiter*innen in ihrer Gesamtheit auch Aufschluss über die herrschende Unternehmens- und Arbeitskultur. Die Erwerberin ist aber nicht allein auf Informationen aus der Sphäre des Zielunternehmens angewiesen. So können auch Internet- bzw Social Media-Einträge – zu denken ist etwa an Bewertungen von (ehemaligen) Mitarbeiter*innen und Beiträge über Arbeitsklima oder Unternehmenskultur – aufschlussreich sein.

Nur in einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Informationen ist eine valide *Risikoeinschätzung* möglich. So kann bspw das Fehlen von in der Vergangenheit gemeldeten Fällen darauf hindeuten, dass Mitarbeiter*innen dem System nicht vertrauen, der interne Meldeprozess inexistent, intransparent oder unbekannt ist sowie, dass er schlicht nicht funktioniert.[29] Kann seitens des Zielunternehmens nicht klar die Abfolge eines Verfahrens im Fall einer Meldung dargelegt werden, insb wer die erste Ansprechperson ist und wer die internen Ermittlungen durchführt,[30] so stellt dies ein eindeutiges *Warnsignal* dar.

---

27 Vgl ua *Zaho*, Ripples of #MeToo in the M&A world: examining the "Weinstein Clause" (25.10.2018).

28 *Amdur/Judish/Asch*, Deals and Due Diligence in the #MeToo Era (29.1.2018).

29 Vgl *McGregor*, The challenges of enforcing Wall Street's 'Weinstein clauses' (5.8.2018).

30 *Harris/Rose/West* regen an, dass hier ein externer Ermittler sinnvoll ist (*Harris/Rose/West*, Board Investigations of #Metoo allegations: What "Weinstein Clauses" mean for sexual harassment investigations, Wall Street Lawyer 2018, Vol 22, issue 12) Demgegenüber stellt *Ng* die Unvoreingenommenheit eines Ermittlers in den Vordergrund: „*The hallmarks for a qualified investigator include neutrality, experience conducting investigations, professional demeanor, availability, and what is referred to as testifiability*." (*Ng*, Investigation Requirements for #MeToo Complaints, www.lexisnexis.com/lexis-practice-advisor/the-journal/b/lpa/posts/investigation-requirements-for-metoo-complaints [18.12.2018]).

© Verlag Österreich 2019

3.2. Beispiele für die Formulierung einer „*Weinstein*-Klausel"

Werden Risikofaktoren entdeckt oder können diese mangels Sensibilität des Zielunternehmens im Umgang mit diesen Themen nicht evaluiert werden, bedeutet dies noch nicht, dass die Transaktion nicht stattfinden kann. Allerdings sollte die Erwerberin diese Informationen für Preisverhandlungen nutzen sowie sich durch eine „*Weinstein*-Klausel" haftungsrechtlich absichern. Das Ergebnis der Risikoanalyse determiniert somit die Verwendung der Klausel.

Eine „*Weinstein*-Klausel" enthält die Zusage, dass bis auf die gegenüber der Erwerberin offengelegten Punkte, keine weiteren Risiken iZm sexualisierten Übergriffen bestehen bzw die Erwerberin schadlos gehalten wird, sollten solche dennoch nachträglich hervorkommen. Da die besondere Schwierigkeit für Unternehmen iZm sexualisierten Übergriffen darin liegt, dass bereits die Behauptung, es sei zu einem solchen gekommen, folgenschwer[31] sein kann (also auch, wenn es zu keinem rechtlich verbindlichen Verfahrensergebnis gekommen ist), sollte dieses Risiko ebenfalls in einer „*Weinstein*-Klausel" angesprochen werden.[32]

Die Klausel kann auch mit weiteren Maßnahmen kombiniert werden.[33] Vorgeschlagen wurde etwa, die Führungsebene des Zielunternehmens dazu zu verpflichten, eine persönliche Garantie darüber abzugeben, alle ihnen bekannten Übergriffe sowie eigene inadäquate Verhaltensweisen gegenüber Mitarbeiter*innen offen zu legen.[34] Tw begleitet wurde eine „*Weinstein*-Klausel" von der treuhänderischen Hinterlegung einer Summe von bis zu 10% des Gesamtvolumens der Transaktion, die im Fall des Auftretens eines Vorwurfs eines sexualisierten Übergriffs von der Erwerberin geltend gemacht werden können.[35]

Die bislang in der Praxis verwendeten Beispiele[36] für eine solche „*Weinstein*-Klauseln" variieren hinsichtlich der umfassten Zeiträume, Personenkreise und darin, inwieweit sie bereits abgeschlossen sind. Beispielhaft seien im Folgenden zwei in der Praxis verwendete Klauseln angeführt:

(1) "*To the Company's Knowledge, in the last* ***ten (10) years****, (i) no allegations of sexual harassment have been made* ***against any officer of the Company****, and (ii) the Company has* ***not entered into any settlement agreements*** *related to allegations of sexual harassment or misconduct by an officer of the Company*."[37]

---

31 Zu den möglichen Schadensquellen siehe bereits 1.

32 Vgl *Zabo*, Ripples of #MeToo in the M&A world: examining the "Weinstein Clause", (25.10.2018).

33 *Berchem/Leyden/Atkins*, #NotMe: Sex, Reps and Remedies (7.2.2019).

34 *Amdur/Judish/Asch*, Deals and Due Diligence in the #MeToo Era (29.1.2018).

35 *Berchem/Leyden/Atkins*, INSIGHT: #NotMe-Sexual Harassment Risk Assessment in Mergers & Acquisitions, news.bloomberglaw.com/mergers-and-antitrust/insight-notme-sexual-harassment-risk-assessment-in-mergers-acquisitions-1?utm_source=rss&utm_medium=MANW&utm_campaign=00000169-0b8f-d88a-a7ed-2bdf60b50001 (28.2.2019).

36 Nach Kenntnisstand der Autorinnen wurde eine entsprechende Klausel in Ö bislang nicht verwendet.

37 *Berchem/Leyden/Atkins*, INSIGHT: #NotMe—Sexual Harassment Risk Assessment in Mergers & Acquisitions (28.2.2019).

© Verlag Österreich 2019

(2) "***Except as set forth on Schedule [x]****, none of the [specified] Entities is party to a* ***settlement agreement*** *with a current or former officer, employee or independent contractor of any [specified] Entity resolving allegations of sexual harassment by either (i) an* ***officer*** *of any [specified] Entity or (ii) an* ***employee*** *of any [specified] Entity. There are no, and since [a specified date] there have* ***not been any Actions*** *pending or, to the Company's Knowledge, threatened, against the Company, in each case, involving allegations of sexual harassment by (A) any member of the Senior Management Team or (B) any employee of the [specified] Entities in a managerial or executive position*."[38]

Einschätzung: Um potentielle Gefahren auszuschließen, ist es uE unzureichend, sich lediglich auf Fehlverhalten von Führungskräften zu beschränken. Vielmehr sollte der *grundsätzliche* Umgang des Zielunternehmens mit sexuellen Übergriffen von der Klausel umfasst sein. Beispiel 2 inkludiert auch Vergleiche (*Settlement Agreements/Settlements*) und zwar unabhängig davon, in welcher Position sich der/die beschuldigte Mitarbeiter*in befindet. Demgegenüber sind Klagen oder Drohungen (*Actions*) gegenüber dem Zielunternehmen auf Übergriffe beschränkt, die von einer Person in Führungsposition begangen wurden. Dies ist nicht nachvollziehbar, weil Unternehmen auch dann haften (und Rufschädigung zu befürchten haben), wenn sie im Fall von Übergriffen „unter Mitarbeiter*innen" nicht adäquat reagieren. Die Einbeziehung von aktuellen oder in der Vergangenheit liegenden Settlements ist jedenfalls empfehlenswert,[39] insb, da diese vor langfristigen Schäden nicht schützen (siehe dazu 4).
Auffallend ist, dass die in der Praxis verwendeten Klauseln eine mögliche Haftung auf Fälle beschränken, die dem Zielunternehmen bereits bekannt sind. Ratsam ist es demgegenüber allerdings, auch eine Haftung für (noch) unbekannte in der Vergangenheit liegende Fälle aufzunehmen, insb, wenn ein mangelhaftes oder fehlendes Melde- und Reaktionssystem eine hohe Dunkelziffer befürchten lässt. In diesem Zusammenhang ist die Bedeutung des Ergebnisses der Risikoanalyse im Hinblick auf in der Vergangenheit liegende Fälle hervorzuheben: Kann das Zielunternehmen keine Vorfälle nennen, in denen sexualisierte Übergriffe gemeldet wurden (und darauf reagiert wurde), lässt dies unter Umständen auf einen mangelhaften Melde- und Reaktionsprozess innerhalb des Unternehmens schließen.

4. Nach der Transaktion ist vor der Transaktion – die Sicht (potentiell zukünftiger) Zielunternehmen

Die einzige Möglichkeit für eine Erwerberin das Risiko zu mindern, besteht darin, es zu kennen. Kann das Zielunternehmen darlegen, welche Maßnahmen gesetzt wurden, wer

38 Ebd.
39 *Jaeger*, The "Weinstein Clause": M&A deals in the #MeToo era, www.complianceweek.com/news/news-article/the-weinstein-clause-ma-deals-in-the-metoo-era (12.10.2018)

© Verlag Österreich 2019

die zuständige Abteilung ist oder inwieweit Meldeprozesse implementiert wurden, so lässt dies den Schluss zu, dass das Risiko zumindest eingegrenzt werden kann. Dabei geht es nicht nur darum, *dass*, sondern auch *wie* auf Fälle sexualisierter Übergriffe im Unternehmen reagiert wird, nämlich unvoreingenommen, objektiv und gründlich.[40] Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass Unternehmen, die sich mit der Problematik sexualisierter Übergriffe in der eigenen Einrichtung bereits vor der Transaktion intensiv auseinandergesetzt haben, sich diesbezüglich in einer guten Verhandlungsposition befinden. Umso mehr Maßnahmen zur Prävention, Meldung und Evaluierung von sexualisierten Übergriffen im Zielunternehmen implementiert wurden, desto leichter fällt somit die Risikoanalyse.

In einem ersten Schritt muss klar sein, wo innerhalb der Unternehmensstruktur das Thema Prävention und Reaktion sexualisierter Übergriffe organisatorisch zu verorten ist. Naheliegend sind die Bereiche Nachhaltigkeit (*CSR*[41]), Human Resources (*HR*), Compliance oder Recht. Dabei muss auch die Aufgabenverteilung iZm der Prävention von und dem Umgang mit sexualisierten Übergriffen klar und für jede*n Mitarbeiter*in erkennbar sein. So kommt jedenfalls der HR-Abteilung die Pflicht zu, einen gründlichen Background-Check über Bewerber*innen durchzuführen und – gerade bei der Einstellung von Führungskräften – diese genauestens (zB Medienbeiträge über etwaiges Fehlverhalten, mögliche in der Vergangenheit liegende Gerichtsverfahren) zu überprüfen.[42] Im Bereich der CSR kann beispielsweise die Informations- und Berichtspflicht gegenüber der Führungsetage über die Unternehmenskultur im Allgemeinen und konkrete Maßnahmen, die im Bereich Prävention gesetzt wurden, liegen. In die Abteilung (Arbeits-) Recht kann die Aufgabe fallen, im Fall eines Übergriffs über das weitere Schicksal der auslösenden und der betroffenen Person im Unternehmen zu entscheiden. Auch bezüglich der Handlungsabläufe für den Meldungsfall müssen die Zuständigkeiten absolut klar geregelt sein. So empfiehlt es sich beispielsweise die Vertrauensperson für Betroffene getrennt von der Beschwerdestelle, welche die internen Ermittlungsmaßnahmen durchführt (und somit einer Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegt) einzurichten.

Nach *Moore*[43] sollten Unternehmen Vergleiche (aufgrund von sexualisierten Übergriffen) als *schlechte Investition* betrachten, weil Verschwiegenheitsklauseln langfristig keine Skandale verhindern können. Vielmehr würde diese Vorgehensweise das unerwünschte Verhalten sogar noch begünstigen, weil Belästiger*innen ihr eigenes Verhalten als un-

---

40 *Ng*, Investigation Requirements for #MeToo Complaints (18.12.2018).

41 Corporate Social Responsibility. Die CSR eines Unternehmens gibt Einblick in seine Wertehaltung und die Unternehmenskultur.

42 *Androsova*, Headlines highlight the reputational and financial risks of sexual harassment *https://www.lexisnexis.com/communities/lexisnexis_biz/b/bizblog/archive/2017/10/18/headlines-highlight-the-reputational-and-financial-risks-of-sexual-harassment.aspx* / (18.10.2017).

43 *Moore*, CEOs, pay attention: Harvey Weinstein shows sexual harassers have to be fired before they destroy your company, www.linkedin.com/pulse/companies-cant-minimize-sexual-harassment-any-more-its-heidi-n-moore/?mod=djemRiskCompliance (10.5.2017); *Androsova*, Headlines highlight the reputational and financial risks of sexual harassment (18.10.2017).

© Verlag Österreich 2019

problematisch einordnen und sich selbst als unfehlbar betrachten würden. Durch die digitale Vernetzung ist es zudem schwieriger, einmal aufgekommene Gerüchte unter den Tisch zu kehren und Informationen verbreiten sich schlicht schneller. Unternehmensintern sollte eine feste Grenze für Vergleiche pro (Führungs-)Kraft gesetzt werden, bei deren Überschreiten diese jedenfalls gehen muss. Um die potenziellen Kosten solcher verfrühten und erzwungenen Abgänge zu begrenzen, sollten Unternehmen gleichzeitig Klauseln in (Arbeits-)Verträge aufnehmen, die Abfindungszahlungen in Fällen von sexualisierten Übergriffen ausschließen.[44]

Auch wenn die *Motivation* einer Risikoanalyse vor der Durchführung einer Transaktion sowie der Verwendung einer „*Weinstein*-Klausel" primär monetärer Natur ist, können sie zumindest *indirekt eine positive Auswirkung auf (potentiell) betroffene Mitarbeiter*innen* haben. Denn sie führen zu einer *Stärkung des Bewusstseins* über die Verpflichtung, Mitarbeiter*innen in ihrer sexuellen Integrität zu schützen (schützen zu müssen) und schaffen einen Anreiz, wirksame Strukturen dafür einzurichten. Eine „*Weinstein*-Klausel" hat bei vielfacher Benutzung also va dann eine Wirkung, wenn Unternehmen zur Vermeidung einer aufwändigen Risikoanalyse mit möglicherweise hervorkommenden *Red Flags* vorab (somit bereits vor einer möglichen Transaktion) kontinuierlich Maßnahmen setzen und interne Systeme entwickeln, die dann bei einer Due Diligence Prüfung vorgebracht werden können.

Dr.in Agnes Balthasar-Wach ist spezialisiert auf Europarecht und öffentliches Wirtschaftsrecht. Sie ist Konzipientin in Wien und externe Lehrende an der Universität Wien; agnes@balthasar-wach.at.

Dr.in Yara Hofbauer, LL.M (Harvard) arbeitet als Case Handlerin der Bundeswettbewerbsbehörde und ist Gründerin der upright GmbH, eine Unternehmensberatung die Arbeitgeber*innen bei Prävention und Reaktion iZm sexueller Belästigung und Sexismus unterstützt; y.hofbauer@upright.at.

44 Ebd.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903033601

Unter Generalverdacht

Wenn der Verdacht eines Mangels selbst zum Mangel wird

Herbert Weißensteiner

1. Problemstellung

Kann ein Produkt, bei dem ein Mangel bloß vermutet wird, bereits aufgrund dieses Verdachts mangelhaft sein? Grundsätzlich ist das Vorliegen eines Mangels zu beweisen, um Gewährleistungsrechte geltend machen zu können. Nun gibt es Konstellationen, in denen bloß ein begründeter Verdacht besteht, dass einer Sache ein Mangel anhaftet. Ist es nun denkbar, dass ein solcher Mangelverdacht, ohne dass der Mangel tatsächlich bewiesen wurde, ausreicht, um einen Gewährleistungsanspruch der KäuferInnen zu bejahen? Diese Frage sollte va anhand des Kaufs eines Lebensmittels, dessen Mindesthaltbarkeitsdatum (MHD) im Zeitpunkt der Übergabe bereits überschritten war, gelöst werden. Dieser Beitrag untersucht daher, ob ein Mangelverdacht selbst ein Sachmangel sein kann und ob das MHD einen ausreichenden Verdacht in diesem Sinne begründet. Brisant ist diese Frage va, wenn der Konsum des Produkts auch mit der Gefahr einer Gesundheitsbeeinträchtigung einhergeht, solange der Verdacht noch nicht ausgeräumt wurde. Das Gewährleistungsrecht, die Vertragspflichten und eine Abwägung verschiedener Meinungen – auch aus Deutschland – helfen bei der Suche nach Antworten.

Die betroffenen lebensmittelrechtlichen Ordnungsvorschriften, wie etwa zur generellen Möglichkeit des Verkaufs abgelaufener Lebensmittel, ergeben sich va aus der EU/LM-InfoVO.[1] Sie ist dementsprechend auch autonom auszulegen.[2] Auch das Gewährleistungsrecht beruht sowohl in Österreich als auch in Deutschland auf der Umsetzung einer EU-Richtlinie.[3] Die dadurch erreichte Harmonisierung sowohl des Gewährleistungs- als auch des Lebensmittelrechts lässt es daher aufgrund der Ähnlichkeit der Rechtsordnungen förderlich erscheinen, auch auf den deutschen Meinungsstand zum hier interessierenden Problem einzugehen.

1 VO (EU) 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl L 2011/304, 18.
2 *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht[4] (2002) Rz 825.
3 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien zu Verbrauchsgütern, ABl L 1999/171, 12.

© Verlag Österreich 2019

2. Vorüberlegungen

Eingangs ist zu beachten, dass Lebensmittel, deren MHD bereits überschritten ist, nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften weiterhin verkauft werden dürfen.[4] Die hL verlangt dabei aber neben dem ohnehin auf der Verpackung aufgedruckten Datum einen gesonderten Hinweis darauf.[5] Unterbleibt ein solch gesonderter Hinweis, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein abgelaufenes Lebensmittel Vertragsinhalt hätte werden sollen.

Der Umstand, dass ein MHD auf verpackten Produkten verpflichtend anzugeben ist, führt zudem noch nicht zu einem offensichtlichen Umstand iSd § 928 ABGB.[6] Dabei muss eine offensichtliche Eigenschaft vorliegen, die im allgemeinen Verkehr als Mangel qualifiziert würde. Durch die Offensichtlichkeit, die das Gesetz mit der Wendung „in die Augen fallend"[7] umschreibt, sollte den ErwerberInnen klar sein, dass der Kaufgegenstand eine gewisse (negative) Eigenschaft aufweist. Aus diesem Grund wird die Sache mit eben dieser negativen Eigenschaft Vertragsinhalt und führt damit zum Ausschluss der Gewährleistung für diese Eigenschaft.[8] Mit einer in die Augen fallenden Offensichtlichkeit ist jedoch eine Prüfpflicht nicht vereinbar.[9] Um beim Einkauf im Selbstbedienungssupermarkt aber das Haltbarkeitsdatum jedes Lebensmittels zu erfassen, bedürfte es zwangsläufig der Überprüfung jedes einzelnen MHD bei jedem einzelnen Produkt. Das würde im Ergebnis zu einer Prüfobliegenheit führen, die strenger wäre als im Unternehmergeschäft und daher jedenfalls abzulehnen ist.[10] Führen jetzt die KäuferInnen eine solche umfassende Überprüfung jedes Produkts nicht bereits bei Übergabe durch, sondern bemerken erst später, dass ihnen ein Lebensmittel übergeben wurde, dessen MHD

---

4 Früher ausdrücklich in § 9 Lebenstmittelkennzeichnungsverordnung 1993 (eingeführt durch BGBl 1993/72; geändert ua durch BGBL II 1999/462) geregelt; nun ergibt sich diese Erlaubnis aus Art 24 EU/LM-InfoVO; vgl dazu *Blass* ua, LMR[3], Art 2 EU-InformationsVO, 11. Erg.-Lfg. Rz 59; *Grube* in *Voit/Grube*, LMIV[2] (2016) Art 24 Rz 55; *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 24 Lebensmittelinformations-VO Rz 6.

5 *Grube* in *Voit/Grube*, LMIV[2] Art 24 Rz 55; *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 24 Lebensmittelinformations-VO Rz 6; krit *Blass* ua, LMR[3] § 5 LMSVG Rz 22; aA VwSlg 14.299 A /1995 in der die bloße Angabe des überschrittenen MHD ohne zusätzlichen Hinweis ausreichend war s dazu auch *Hauer*, Lebensmittelrecht im Wandel, ÖJZ 2007, 316 (317) FN 17.

6 *Iro*, Ist die Ware nach Ablaufen der „empfohlenen Aufbrauchfrist" mangelhaft? RdW 1987/8, 250; aA *Madl*, Mangel trotz einwandfreier Qualität? RdW 1988, 191.

7 RGBl 1916/69.

8 *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 928 Rz 1; *Zöchling-Jud* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 928 Rz 7 (Stand 1.1.2016, rdb.at); *P.Bydlinski* in KBB[5] § 928 Rz 2.

9 *Gschnitzer* in *Klang*[2] IV/1 522; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 928 Rz 7, 5; *Hödl* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar[4] § 928 Rz 3; *Zöchling-Jud* in *Kletcka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 928 Rz 11; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*[4] § 928 ABGB Rz 3 geht im Anschluss an *Wilhelm*, JBl 1981, 203 (205) von einer „bescheidenen Prüfungspflicht" aus, die er darin sieht, dass der Übernehmer nicht die Augen vor dem verschließen darf, was jeder sieht; nicht einheitlich hingegen der OGH der teilweise von Untersuchungs- oder Nachforschungsobliegenheiten ausgeht: vgl etwa OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95: Bilanzprüfung bei Erwerb eines Unternehmens; OGH 02.04.1998, 6 Ob 390/97i: Bei Hinweis auf öffentlich-rechtliches Leistungsrecht.

10 Zur Untersuchungsobliegenheit nur bei beidseitigen Unternehmergeschäften: *Kramer/Martini* in *Straube/Ratka/Rauer*, UGB I[4] § 378 Rz 32 (Stand 1.4.2011, rdb.at) *Kerschner* in *Jarbonegg/Artmann* UGB[2] §§ 377, 378 Rz 82; zum strengeren Unternehmergeschäft: *Kerschner* in *Jarbonegg/Artmann* UGB[2] §§ 377, 378 Rz 15; *Kramer/Martini* in *Straube/Ratka/Rauer*, UGB I[4] § 378 Rz 3.

© Verlag Österreich 2019

bereits überschritten war, stellt sich die Frage, ob sie die Pflicht trifft, eine tatsächliche Qualitätsbeeinträchtigung beweisen zu müssen, um einen gewährleistungsrechtlichen Austauschanspruch erheben zu können oder ob der Verdacht der Qualitätsbeeinträchtigung durch das überschrittene MHD für die Mangelhaftigkeit ausreicht. § 924 ABGB legt fest, dass der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs und damit idR bei Übergabe vorhanden sein muss. Die darin aufgestellte Vermutung, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorhanden war, wenn er innerhalb der ersten 6 Monate hervorkommt, hilft für die Beantwortung der Frage, ob der Mangelverdacht als solcher überhaupt als Mangel qualifiziert werden kann, nicht weiter.

Das hier interessierende Problem stellt sich also va dann, wenn ein Lebensmittel gekauft wird, dessen MHD bereits bei Übergabe überschritten war und kein gesonderter Hinweis auf diesen Umstand erfolgte. Die Frage, inwieweit der bewusste Kauf eines abgelaufenen Lebensmittels Auswirkungen auf die Gewährleistung hat, wird hier nicht behandelt.

3. Das Problem des Mangelverdachts bei abgelaufenen Lebensmitteln

Ein gewisser Verdacht, dass das Produkt mit einem Mangel behaftet ist, kann bei einem abgelaufenen Lebensmittel nicht geleugnet werden. Selbst die HerstellerInnen des Lebensmittels sehen das Risiko der Mangelhaftigkeit ab diesem Zeitpunkt als so groß an, dass sie das Vorliegen der produktspezifischen Eigenschaften nicht mehr gewährleisten möchten.[11] Vielmehr steht – selbst wenn Erfahrungswerte sagen, dass ein bestimmtes Lebensmittel auch nach Überschreiten des MHD noch genießbar ist – ein solch abgelaufenes Lebensmittel immer unter dem Verdacht, dass ihm ein Mangel anhaften könnte. Dieser Verdacht zeigt sich alleine schon daran, dass VerbraucherInnen, die bspw bewusst eine abgelaufene Milch trinken wollen, den ersten Schluck vorsichtig nehmen und sich durch Riechen, Schmecken und anhand der Konsistenz zuvor von der Genusstauglichkeit überzeugen werden. Ein Verhalten, das bei frischer Milch vor Überschreiten des MHD regelmäßig unterbleiben wird. Dieser Mangelverdacht knüpft damit unmittelbar an das MHD an.[12]

In Deutschland ist es durchaus anerkannt, dass der bloße Verdacht eines Mangels, ohne dass er feststeht, bereits die Mangelhaftigkeit einer Sache begründen kann.[13] In den dies-

---

11 Vgl dazu Art 2 Abs 2 EU/LM-InfoVO; *Meisterernst* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 2 Lebensmittelinformations-VO Rz 124; *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 24 Lebensmittelinformations-VO Rz 4; *Grube* in *Voit/Grube*, LMIV[2] Art 24 Rz 10; *Michalski/Riemenschneider*, Die zivilrechtliche Bedeutung des Mindesthaltbarkeitsdatums für den Verbraucher, BB 1993, 2097 (2099); für Ö vgl *Blass* ua, LMR[3] Art 24 EU-Informations-VO Rz 1.

12 Art 2 Abs 2 EU/LM-InfoVO; *Meisterernst* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 2 Lebensmittelinformations-VO Rz 124; *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 24 Lebensmittelinformations-VO Rz 4; *Grube* in *Voit/Grube*, LMIV[2] Art 24 Rz 10.

13 *Weidenkaff* in *Palandt*[76] § 434 Rz 14; *D. Schmidt* in PWW[13] § 434 Rz 32, 106; *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 158; *Westermann* in MüKoBGB III/1[7] § 434 Rz 13; *Berger* in *Jauernig*, BGB[17] § 434 Rz 14, 29.

© Verlag Österreich 2019

bezüglich grundlegendsten Entscheidungen des BGH, den sog Hasenfleischentscheidungen,[14] wurde eine Judikaturlinie eingeschlagen, wonach der Verdacht der Mangelhaftigkeit selbst einen Sachmangel gem § 434 BGB darstellen kann. Bei den Hasenfleischentscheidungen ging es um importiertes Hasenfleisch aus Argentinien, das zum Weiterverkauf in Deutschland erworben wurde. Da Fleisch aus denselben Importen mit Salmonellen verseucht war, stand das Hasenfleisch unter dem Generalverdacht, ebenfalls mit Salmonellenerregern kontaminiert zu sein. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass dieser Verdacht der Kontamination einen Sachmangel darstellt. Dabei sprach er auch die Frage an, ob sich der Mangelverdacht mit zumutbaren Mitteln ausräumen ließe, was im gegenständlichen Fall aber verneint wurde, da nur eine labortechnische Untersuchung jedes einzelnen Fleischstückes Gewissheit gebracht hätte. Ähnlich wird auch im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ein begründeter Mangelverdacht als Mangel angesehen.[15]

4. Relevanz der Rechtslage in Deutschland

Das nun geltende österr wie auch das deutsche Gewährleistungsrecht beruht auf der Umsetzung einer EU-Richtlinie.[16]

In Deutschland besteht nach § 433 BGB die Pflicht der VerkäuferInnen zur sachmängelfreien Leistung.[17] Der Sachmangel selbst ist in § 434 BGB definiert.[18] Anders als noch das alte deutsche Gewährleistungsrecht, das terminologisch auf das Vorliegen eines Fehlers bzw das Fehlen zugesicherter Eigenschaften abstellte, kommt es nach geltender Rechtslage primär auf die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache an.[19] Außer der Begrifflichkeit hat die Neuregelung aber nichts grds Neues gebracht.[20] So kommt es nach altem wie nach neuem Recht auf das Abweichen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit an.[21] Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich dabei va aus der vertraglichen Vereinbarung oder mangels ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung daraus, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet oder ob ihr eine Beschaffenheit fehlt, die

14 BGH VIII ZR 75/71 (Hamburg), NJW 1972, 1463; BGH VIII RZ 176/66 (Celle) NJW 1969, 1171.

15 BGH IHR 2005, 160; *Magnus*, Mangelverdacht als Mangel im CISG? in FS *Canaris* II (2007) 257 (261).

16 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien zu Verbrauchsgütern, ABl L 1999/171, 12; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rz 480.

17 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 481; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 1; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 1.

18 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 480.

19 *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 36; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 6, 16; *Chr. Berger* in *Jauernigg*[11] § 434 Rz 2; *Stöber*, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers (2005) 100.

20 Die erfolgte Gleichstellung von Aliudlieferung und Zuweniglieferungen sind für die gegenständliche Arbeit nicht von Bedeutung; *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 481; *Aden*, BGB-Leicht[2] 234 ff.

21 Zum alten Gewährleistungsrecht vgl etwa: *H. Weitnauer* in *Erman*, BGB I[7] vor § 459 Rz 3; *Putzo* in *Palandt* BGB[51] § 459 Rz 8; *Huber* in *Soergel*, BGB III[12] § 459 Rz 20; *H.P. Westermann* in MüKoBGB III/1[1] § 459 Rz 8; Zum neuen Gewährleistungsrecht vgl etwa: *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 482; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 36; *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 40; gegenüberstellend *Stöber*, Beschaffenheitsgarantien 101.

© Verlag Österreich 2019

bei Sachen gleicher Art üblich ist und nach Art der Sache auch erwartet werden kann.[22] Wie auch in Ö kommt es hierbei auf die Verkehrserwartung an.[23] Die Soll-Beschaffenheit wird daher durch den Vertrag festgelegt, wobei sie sich aus einer Vereinbarung (§ 434 Abs 1 S 1 dBGB), der Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs 1 S 2 Nr 1 dBGB) oder aber der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 Abs 1 S 2 Nr 2 dBGB) ergeben kann.[24]

Die Frage, was in Ö als Mangel zu gelten hat, beantwortet das Gesetz in § 922 ABGB. Demzufolge leisten die ÜbergeberInnen Gewähr dafür, dass die Sache dem Vertrag entspricht, wodurch die Pflicht zur vertragsgemäßen Leistung statuiert wird.[25] Demnach liegt ein Mangel vor, wenn die Sache nicht den bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften entspricht.

Dass die Ware nach deutschem Gewährleistungsrecht der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen muss, kann im Wesentlichen als Äquivalent zu den bedungenen Eigenschaften im österr Gewährleistungsrecht angesehen werden und setzt daher eine gewisse vertragliche Umschreibung oder Vereinbarung der Beschaffenheit voraus.[26] Die Eignung zur vertraglich vorausgesetzten und zur gewöhnlichen Verwendung entspricht im Wesentlichen den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften in Ö. Es zeigt sich daher eine Ähnlichkeit der Bestimmungen. Außerdem ist die Funktion des deutschen und des österr Gewährleistungsrechts dieselbe: Nämlich jene einer verschuldensunabhängigen Haftung für Abweichungen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit.[27]

5. Lösungsansätze in Deutschland

5.1. Gebrauchsbeeinträchtigung als Mangel

Nach hM in Deutschland soll es darauf ankommen, ob das Merkmal, an welches der Verdacht anknüpft, vereinbart oder eine bestimmte Verwendung vertraglich vorausgesetzt wurde. Sollte eine bestimmte Verwendung nicht ausdrücklich vereinbart worden sein, hat die Sache eine Beschaffenheit aufzuweisen, die bei Sachen dieser Art üblich sind und die KäuferInnen nach Art der Sache gewöhnlich erwarten können.[28] Nun ist der gewöhnlich vorausgesetzte Verwendungszweck eines Lebensmittels der Verzehr desselben

---

22 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 483, 485; *Aden*, BGB-Leicht[2] 234 ff; *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 73; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 8; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 6.

23 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 485; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 50; *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 84.

24 Vgl *Aden*, BGB-Leicht[2] 234 ff; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 8; *Matusche-Beckmann*, *Staudinger*, BGB (2014) § 434 Rz 36; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 6.

25 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II[14] Rz 315; *Krejci*, Zum neuen Gewährleistungsrecht, VR 2001, 201.

26 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 483; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 29; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 16.

27 *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 481; *Aden*, BGB-Leicht[2] 233; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 1; *D. Schmidt* in PWW[6] § 437 Rz 21; so schon *Honsell* in *Staudinger*[12] Vorbem zu § 459 Rz 3; *Weidenkaff* in *Palandt*[76] § 434 Rz 9.

28 Vgl *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht Rz 483, 485; *Aden*, BGB-Leicht[2] 234 ff; *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 73; *D. Schmidt* in PWW[6] § 434 Rz 8; *Westermann* in MüKoBGB III[7] § 434 Rz 6.

© Verlag Österreich 2019

innerhalb der Aufbrauchfrist.[29] Ist die Aufbrauchfrist jedoch bereits verstrichen, ist eine solche gewöhnliche Verwendung des Lebensmittels nicht mehr möglich. Damit entspricht aber die Sache bereits bei Übergabe nicht der von der Verkehrsauffassung erwarteten, üblichen Beschaffenheit und ist somit bereits aus diesem Umstand mangelhaft. Dass dem Lebensmittel im Grunde nur ein Verdacht der Mangelhaftigkeit in Bezug auf seine Qualität anhaftet, ist unerheblich. Mangels gegenteiliger Vereinbarung sind die VerkäuferInnen nämlich vielmehr dazu verpflichtet, eine Sache zu liefern, die nicht mit einem Verdacht behaftet ist.[30] Die Einschränkung des gewöhnlichen Gebrauchs zeigt sich va, wenn ein solcher Verdacht aus Vorsicht zu einem Konsumverzicht führt.[31] Daraus ergibt sich konsequenterweise, dass das Lebensmittel selbst dann mangelhaft ist, wenn die VerkäuferInnen später beweisen können, dass die Sache in Bezug auf dessen Qualität einwandfrei war. Die VerkäuferInnen sind nämlich verpflichtet im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs eine Sache zu liefern, der kein Verdacht der Mangelhaftigkeit anhaftet und die sich somit zum gewöhnlich vorausgesetzten Verwendungszweck eignet.[32]
Diese Gebrauchsbeeinträchtigung besteht lediglich dann nicht, wenn die VerkäuferInnen vorab gesondert auf das überschrittene Mindesthaltbarkeitsdatum hingewiesen haben. Damit lassen sie nämlich den VerbraucherInnen die Wahl, ob sie mit dem abgelaufenen Produkt einverstanden sind, was dazu führt, dass ein abgelaufenes Lebensmittel Vertragsinhalt wird und somit bei Leistung eines abgelaufenen Lebensmittels auch kein Abweichen vom vertraglich Geschuldeten vorliegt. Zudem besteht eine erhöhte Sorgfaltspflicht der Unternehmer hinsichtlich der Qualitätskontrolle bei der Abgabe abgelaufener Lebensmittel, worauf VerbraucherInnen vertrauen dürfen.[33] Beim Verkauf ohne gesonderten Hinweis wird aber auch dieses Vertrauen erschüttert, da nicht klar ist, ob (zumindest) dem Verkäufer bewusst war, dass es sich um ein abgelaufenes Produkt handelte oder versehentlich ein solches geleistet wurde.

5.2. Keine Ausräumungspflicht durch die ÜbernehmerInnen

Ein Vergleich der gesundheitlichen Folgen bei einem Salmonellenverdacht, wie in den Hasenfleischentscheidungen, und jenen beim Genuss sonstiger, lediglich abgelaufener Lebensmittel geht am Problem vorbei.[34] Es kommt nämlich bei der Gewährleistung nicht auf die Gefährlichkeit eines Mangels, sondern lediglich darauf an, ob die gelieferte Ware mit der geschuldeten Leistung übereinstimmt. Ein „bisschen" Mangel bleibt im Gewähr-

29 *Matusche-Beckmann*, Staudinger, BGB (2014) § 434 Rz 78; *Weidenkaff* in Palandt[76] § 434 Rz 22.
30 Vgl dazu *Faust* in FS Picker (2010), 185 (192).
31 zB Babynahrung; s OGH 09.09.1986, 10 Os 118/86 wo in einem Strafverfahren nach § 64 LMG 1975 (entspricht § 90 LMSVG, s *Blass* ua, LMR[3] § 90 LMSVG Rz 1) mit einem Konsumverzicht argumentiert wurde.
32 *Faust* in FS Picker (2010) 185 (197); so auch *Grunewald* in FS Konzen (2006) 131 (138); vgl auch BGH im Glykol-Wein-Fall BGH VIII ZR 247/87 (LG Essen), NJW 1989, 218 (219).
33 *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] § 7 LMKV RZ 7.
34 *Meyer*, Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums, BB 1987, 287 (290).

© Verlag Österreich 2019

leistungsrecht ein Mangel. Auf die Frage, ob den VerbraucherInnen die Ausräumung des Mangelverdachts durch Schmecken, Riechen oder eine optische Kontrolle zumutbar ist, muss im Grunde gar nicht eingegangen werden. Der BGH hat zwar in den Hasenfleischentscheidungen eine solche Ausräumungspflicht der VerbraucherInnen angesprochen, sie findet aber in den vertraglichen Pflichten keine Deckung.[35]

Diese Ausräumungspflicht war nämlich bereits nach alter Rechtslage in Deutschland[36] eher zweifelhaft und seit dem neuen Gewährleistungsrecht ist sie jedenfalls abzulehnen. Es obliegt nicht den KäuferInnen, die Eignung zur vertragsgemäßen Verwendung – nämlich dem unbedenklichen Verzehr – erst dadurch herzustellen, dass ein Mangelverdacht ausgeräumt wird. Viel überzeugender ist daher die Ansicht, dass das Lebensmittel von sich aus zur gewöhnlichen Verwendung geeignet sein muss. Das ist nur dann der Fall, wenn kein Mangelverdacht am Lebensmittel haftet. Auch die Überlegung, dass die gewährleistungsrechtliche Verbesserung bei einem Mangelverdacht eben die Ausräumung dieses Mangels durch die VerkäuferInnen ist, unterstützt diesen Standpunkt, andernfalls wohl sogar eine Selbstverbesserung vorliegen würde. Die Besonderheit und der Unterschied zu einem Fall, in dem die ÜbernehmerInnen einen Mangel einfach vermuten, liegt darin, dass der Mangelverdacht seinen Ursprung im gelieferten Produkt selbst hat. Der Verdacht der Mangelhaftigkeit wird gerade durch den Umstand ausgelöst, dass das MHD beim entsprechenden Lebensmittel bereits überschritten ist. Die Gefahr einer Ausuferung der gewährleistungsrechtlichen Haftung besteht daher nicht.

Ebenso ist die Frage nach einem gefahrlosen Inverkehrbringen eines Lebensmittels von jener nach Gewährleistungsansprüchen im Zivilrecht zu trennen. Unbestrittener Weise kann ein Lebensmittel auch nach überschrittenem MHD weiter in Verkehr gebracht werden,[37] solange es nicht wertgemindert oder gesundheitsschädlich ist. Dies ergibt sich aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die nur für das Inverkehrbringen von wertgeminderten und gesundheitsschädlichen Lebensmitteln (Verwaltungs-)Straftatbestände normieren.[38]

5.3. Die Unverkäuflichkeit der Ware

Zu guter Letzt ging es im Anlassfall der Hasenfleischentscheidung – aber bspw auch beim Dioxin-Schweinefleisch-Fall[39] – überdies auch immer um die Verkäuflichkeit der Ware, da die ÜbernehmerInnen in diesen Fällen auch HändlerInnen waren. Ob die Waren zum Weiterverkauf bestimmt sind oder nicht, rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung.[40] Einmal wird die Ware gekauft, um sie wieder zu verkaufen, ein anderes Mal, um

35 Vgl auch *Köhler*, Zivilrechtliche Aspekte des Mindesthaltbarkeitsdatums bei Lebensmitteln, DB 1985, 215 (216).

36 Nach alter Rechtslage durften Abweichungen nicht bloß geringfügig sein: *Ostler* in *Staudinger*[11] § 459 Rz 29.

37 *Grube* in *Voit/Grube*, LMIV[2] Art 24 Rz 55; *Rathke* in *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht[164] Art 24 Lebensmittelinformations-VO Rz 6; für Ö: *Blass ua*, LMR[3], Art 2 EU-InformationsVO, 11. Erg.-Lfg. Rz 59.

38 Vgl insb für Deutschland § 58 LFGB, Art 14 Lebensmittel-Basis-VO VO EG 2002/178 und für Ö §§ 81 und 90 LMSVG.

39 BGH VIII ZR 247/87, NJW-RR 1987, 243.

40 *Grunewald* in FS *Konzen* (2006) 131 (138).

© Verlag Österreich 2019

sie zu konsumieren. In beiden Fällen geht es letztlich um die gewöhnliche Verwendung und ist daher in beiden Fällen dafür Gewähr zu leisten, dass die Ware für die gewöhnliche Verwendung tauglich ist.[41]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass auch der Verdacht der Mangelhaftigkeit für sich gesehen einen Mangel darstellen kann, wenn der gewöhnlich vorausgesetzte Gebrauch aufgrund des Mangelverdachts beeinträchtigt ist. Weil im Zeitpunkt der Übergabe keine Sache geliefert wird, die zum gewöhnlichen Gebrauch geeignet ist und deshalb ein Abweichen vom vertraglich Geschuldeten vorliegt.

6. Das Problem des Mangelverdachts in Österreich

In Ö ist anders als in Deutschland nicht generell anerkannt, dass der Verdacht der Mangelhaftigkeit bereits selbst einen Sachmangel darstellen kann. Im Folgenden wird gezeigt, dass dies aber auch für Ö gelten muss.

6.1. Übertragung der Lösungsansätze nach Österreich

Das Problem des Mangelverdachts hängt eng mit den Beweislastregeln zusammen. So besagt der Grundsatz der *Rosenberg*'schen Formel, dass jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnorm trägt.[42] Zur Frage, ob ein Mangel vorliegt, wird daher in der österr Literatur und Judikatur durchwegs darauf verwiesen, dass sowohl der Vertragsinhalt als auch das Vorliegen eines Mangels gem § 924 ABGB von den ÜbernehmerInnen zu beweisen ist.[43] Dies spricht auf den ersten Blick grds gegen die Annahme, dass bereits der Verdacht der Mangelhaftigkeit selbst ein Mangel sein kann. Anerkannt sind aber auch die Beweiserleichterungen für ÜbernehmerInnen in Bezug auf den Vertragsinhalt. So geht man davon aus, dass § 922 Abs 1 und 2 ABGB vermuten, dass die Verwendbarkeit der Sache entsprechend der Natur des Geschäfts Vertragsinhalt ist.[44] Von diesem Ausgangspunkt aus stellt sich nun die Frage, ob nicht auch in Ö ein, von der Sache selbst ausgehender Verdacht, der dazu führt, dass die Sache eben gerade nicht entsprechend der Natur des Geschäfts verwendbar ist, einen Mangel darstellen kann.

Die gewöhnliche Verwendung eines Lebensmittels ist jedenfalls der Verzehr desselben.[45] Ist ein solches Lebensmittel aber mit einem begründeten Verdacht behaftet, dass dessen

41 Zur Wiederverkäuflichkeit als gewöhnlich vorausgesetzte Verwendung: *Magnus* in FS Canaris II, 257 (261).

42 *Köllensperger/Trenker*, Einführung in das zivilgerichtliche Verfahren (2018), 69; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht[3] Rz 772; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[3] III/1 Vor § 266 ZPO Rz 32 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

43 *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 922, 923 Rz 24; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*[4] § 922 Rz 30; OGH 1 Ob 509/90, ecolex 1990, 543; OGH 1 Ob 680/85, JBl 1986, 244; OGH 1 Ob 199/07g, JBl 2008, 327; RIS-Justiz RS0018553.

44 Vgl dazu *Welser/Jud*, Gewährleistung § 922, 923 Rz 25; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*[4] § 922 Rz 30; *Reischauer* in *Rummel*[3] § 922,923 Rz 5; OGH 13.9.2012, 8 Ob 60/12z; OGH 28.7.2010, 9 Ob 50/10h; RIS-Justiz RS0114333.

45 *Ofner* in *Schwimann/Kodek*[4] § 923 Rz 2; vgl aber etwa auch *Blass* ua, LMR[3] § 81 LMSVG, Erg-Lfg Rz 10.

© Verlag Österreich 2019

Qualität beeinträchtigt sein könnte, kann dies logischerweise Auswirkungen auf den gewöhnlichen Gebrauch, nämlich den Verzehr des Lebensmittels haben. Die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit zeigt sich besonders dann, wenn es aus Vorsicht vor einer Gesundheitsschädigung zu einem Konsumverzicht des mangelverdächtigen Produkts kommt.[46] Es erscheint daher logisch in Fällen, in denen ein Mangelverdacht Auswirkungen auf den gewöhnlichen Gebrauch einer Sache hat, den Verdacht selbst als Mangel anzuerkennen.

Die aufgestellte Grundregel ist aber durchwegs nicht nur auf das überschrittene MHD bei Lebensmitteln beschränkt. So sind auch Fälle denkbar, in denen aufgrund des Erscheinungsbildes der Anschein erweckt wird, es könne sich um eine Fälschung handeln oder auch ein falscher Inhalt verpackt worden sein, bspw ein Verdacht aufgrund eines nicht eindeutigen oder schiefen Logodrucks auf der Verpackung eines Lebensmittels oder eines Medikaments. Hier bestehen Sicherheitsbedenken bei bloßer – sich aus der Natur des Vertrags ergebender – gewöhnlicher Verwendung.[47] Es wäre aber auch möglich, dass die Qualität des jeweiligen Produkts einwandfrei und somit völlig unbedenklich ist. Alleine der Umstand der nicht perfekt bedruckten Verpackung würde idR für sich gesehen keinen eigenständigen Mangel darstellen. Viele Produkte, va auch Lebensmittel und Medikamente, werden nämlich nicht wegen ihrer Verpackung, sondern wegen ihres Inhalts gekauft. Sobald jedoch aufgrund einer (ungewöhnlichen) Eigenschaft der Verdacht ausgelöst wird, dass es sich zB um eine Fälschung handeln könnte, kommt der Verpackung eine besondere Bedeutung zu. Es wird in diesen Fällen durch die Verpackung ein Zweifel an der Qualität des Inhalts ausgelöst. Das führt zu einer Beeinträchtigung des sich aus der Natur des Vertrags ergebenden gewöhnlichen Gebrauchs.[48] Es ist nämlich nicht ersichtlich, warum die Gefahr einer (auch nur leichten) Gesundheitsbeeinträchtigung hingenommen werden müsste. Diese Gebrauchsbeeinträchtigung ist überdies im Zeitpunkt der bedungenen Übergabe bereits angelegt.

Ebenfalls nicht erklärbar wäre, warum ErwerberInnen eines Produkts, dem ein solcher Mangelverdacht anhaftet, nun ProfessionistInnen aufsuchen sollten, um den Verdacht auszuräumen. Denkbar wären in den genannten Fällen etwa labortechnische Untersuchungen hinsichtlich des Lebensmittels oder Medikaments. All diese Maßnahmen wären mit erheblichen Kosten verbunden. Der Umstand, dass eine Verpackung schief bedruckt wurde, ein Logo beim Aufdrucken auf die Verpackung verrutscht ist oder eben auch die Lieferung bzw Übergabe eines Lebensmittels, dessen MHD bereits überschritten ist, sind zudem grds der ÜbergeberInnensphäre zuzurechnen.[49] Den ÜbergeberInnen wäre es schließlich möglich gewesen, ein Produkt zu leisten, bei dem sich keine begründeten Ver-

46 ZB Babynahrung; s OGH 09.09.1986, 10 Os 118/86 wo in einem Strafverfahren nach § 64 LMG 1975 (entspricht § 90 LMSVG, s *Blass* ua, LMR³ § 90 LMSVG Rz 1) mit einem Konsumverzicht argumentiert wurde.

47 Vgl OGH 24.10.2000, 1 Ob 140/00w; RIS-Justiz RS0114332.

48 *Wimmer*, Fliegerbomben-Blindgänger im Zivilrecht, bbl 2007, 176 (181).

49 Hinsichtlich einer gewissen Pflicht zur Datumskontrolle durch die HändlerInnen s etwa *Neumayer*, Handbuch zur Praxis des Lebensmittelrechts (1985) 13.

© Verlag Österreich 2019

dachtsmomente für einen Mangel ergeben. Zudem sollte mitbedacht werden, dass in Fällen, in denen die ÜbernehmerInnen die Ware aufgrund dieser Verdachtsmomente nicht als Erfüllung annehmen, sondern die Übernahme verweigern, die ÜbergeberInnen angehalten wären zu beweisen, dass die Sache auf die bedungene Art und Weise geliefert wurde, um die Folgen des SchuldnerInnenverzugs zu verhindern. Damit bliebe die Beweislast bei den VerkäuferInnen.[50] Aus diesen Gründen ist es nicht verständlich, warum die ÜbernehmerInnen, wenn sie das Produkt ohne spezielle Kenntnis des überschrittenen MHD und damit ohne spezielle Kenntnis von den verdachtsbegründenden Umständen zuvor als Erfüllung angenommen haben, nun verantwortlich sein sollten, den Mangelverdacht auf ihre Kosten auszuräumen oder aber tatsächlich das Vorliegen einer Qualitätsbeeinträchtigung zu beweisen. Zusätzlich würde den KäuferInnen auch der Beweis obliegen, dass diese Qualitätsbeeinträchtigung bereits im Zeitpunkt der bedungenen Übergabe vorhanden gewesen ist, wie es § 924 ABGB erfordert. All diese Beweisführungen wären korrekterweise nur mit labortechnischen Untersuchungen und Sachverständigen möglich und könnten sich nur auf die Vergangenheit beziehen. Dies ist nicht hinnehmbar. Va, da – wie bereits einleitend angesprochen – im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht einmal eine Untersuchungsobliegenheit seitens der KäuferInnen besteht.[51] Selbst im wesentlich strengeren UnternehmerInnengeschäft ist die Heranziehung Sachverständiger zur Wahrung der Mängelrügeobliegenheit umstritten und wenn eine solche bejaht wird, handelt es sich um Ausnahmefälle.[52] Eine KäuferInnen-Untersuchung hinsichtlich eines möglichen Qualitätsverlusts der Ware aufgrund Überalterung ist zudem abzulehnen, da in diesen Fällen die für die Prüfung erforderliche Zeit den Zustand der Überalterung gerade herbeiführen kann.[53] Dadurch werden die KäuferInnen auch nicht von der Beweislast entbunden. Vielmehr müssten sie die konkreten mangelverdachtsbegründenden Umstände beweisen, die zur Beeinträchtigung des gewöhnlichen Gebrauchs führen. Bei dem Lebensmittel wäre dies etwa der Umstand, dass das MHD bereits im Zeitpunkt des Kaufs überschritten war. Gelingt es den ÜbergeberInnen im Rahmen ihrer gewährleistungsrechtlichen Verbesserungspflicht den begründeten Mangelverdacht der ÜbernehmerInnen auszuräumen, ist die Gebrauchstauglichkeit des Lebensmittels gegeben. Gelingt es ihnen jedoch nicht, ist das Lebensmittel nicht obligationsgemäß und damit mangelhaft.

---

50 *Reidinger* in *Schwimann/Kodek*[4] § 918 Rz 10, 11; *Reischauer* in *Rummel*[3] § 918 Rz 16.

51 *Gschnitzer* in *Klang*[2] IV/1 522; *Reischauer* in *Rummel*[3] § 928 Rz 1, 5; *Hödl* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg) ABGB Taschenkommentar[4] § 928 Rz 3; *Zöchling-Jud* in *Kletcka/Schauer*, ABGB-ON[1.02] § 928 Rz 11 (Stand 1.1.2016, rdb.at); *Ofner* in *Schwimann/Kodek*[4] § 928 Rz 3 geht im Anschluss an *Wilhelm*, JBl 1981, 203 von einer „bescheidenen Prüfungspflicht" aus, die er darin sieht, dass die ÜbernehmerInnen nicht die Augen vor dem verschließen dürfen, was jeder sieht; nicht einheitlich hingegen der OGH: vgl etwa OGH 24.10.1995 4 Ob 1657/95: Bilanzprüfung bei Erwerb eines Unternehmens; OGH 02.04.1998 6 Ob 390/97i: bei Hinweis auf öffentlich-rechtliches Leistungsrecht.

52 OGH 12.08.2004, 1 Ob 145/04m; OGH 6.2.1952, 2 Ob 772/51; *Zöchling-Jud* in *U.Torggler*, UGB[2] (2016) § 377, 378 Rz 19; *Kramer/Martini* in *Straube/Ratka/Rauer*, UGB I[4] § 378 Rz 37 (Stand 1.4.2011, rdb.at); strenger *Kerschner* in *Jarbonegg/Artmann* UGB[2] §§ 377, 378 Rz 88 ff.

53 So auch OGH 12.08.2004, 1 Ob 145/04m, wo es um das MHD eines Klebstoffs ging.

© Verlag Österreich 2019

Diese Beweispflicht hinsichtlich der mangelverdachtsbegründenden Umstände seitens der KäuferInnen entspricht damit auch der in § 924 ABGB festgelegten Beweislast.

7. Conclusio

Der Verkehr setzt Produkte gewöhnlich voraus, die nicht mit einem vom Produkt selbst ausgelösten, begründeten Mangelverdacht behaftet sind. Aus österr Sicht handelt es sich bereits dabei um eine Abweichung von der gewöhnlich vorausgesetzten Beschaffenheit der Ware, weshalb ein Mangel gem § 922 Abs 1 ABGB vorliegt.[54] Sollte bei einem Lebensmittel bereits im Zeitpunkt der Übergabe das MHD überschritten sein, ohne dass auf diesen Umstand gesondert hingewiesen wurde, führt dies zu einem begründeten Mangelverdacht. Eine tatsächliche qualitative Verschlechterung muss nicht bewiesen werden. Das Vorliegen der verdachtsbegründenden Umstände, also dem bereits bei Übergabe überschrittenen MHD, ist von den ÜbernehmerInnen zu beweisen. Bei der Wiederverkäuflichkeit handelt es sich überdies um eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft der Ware.

Mag. Herbert Weißensteiner ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien und lebt in Wien; herbert.weissensteiner@univie.ac.at

54 So auch *Wimmer*, bbl 2007, 176 (181); für das UN-Kaufrecht: BGH IHR 2005, 160; für das Prudukthaftungsrecht: *Hartjes*, Kostentragung beim Austausch potenziell schadhafter Produkte in *Gisch/Koban/Ratka* (Hrsg) Haftpflicht und D & O-Versicherung 2016 (2017) 25 (33); vgl aber auch *P. Bydlinski* in KBB[5] § 922 Rz 1.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903034701

EGMR vs EuGH

Unterschiede und Ähnlichkeiten zum Recht auf Familienzusammenführung

Micha Kriebernegg

„Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben [...] das wissen wir erst, seitdem Millionen von Menschen auftauchten, die solche Rechte verloren hatten und sie zufolge der neuen globalen politischen Situation nicht wiedergewinnen konnten.“[1]

Die Tatsache, dass Menschen nach Europa emigrieren, um dort entweder bessere Arbeits- und Lebensbedingungen oder Schutz vor Verfolgung zu suchen, ist nicht neu. Dass sich diese Personen meist nach einem gemeinsamen Familienleben sehnen, ist selbstverständlich. Die steigende Anzahl von Personen, die Schutz vor Verfolgung in Europa suchen, führte in den letzten Jahren dazu, dass zahlreiche europäische Staaten, darunter Österreich, Deutschland, Finnland und die Niederlande rechtliche Grundlagen zur Familienzusammenführung (FZ) restriktiver gestalteten.[2]

Im Folgenden soll versucht werden, einen Überblick über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Spruchpraxen der beiden europäischen Höchstgerichte zum Recht auf FZ nach der FamilienzusammenführungsRL (RL 2003/86/EG[3]) und Artikel 8 EMRK[4] zu geben. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, ob der EGMR bzw der EuGH ein Recht auf FZ garantiert und ob Flüchtlingen[5] (bzw subsidiär Schutzberechtigten) aufgrund ihrer „*Verletzlichkeit*“ gewisse Privilegien zukommen. Letztlich soll ein kurzer rechtspolitischer Ausblick über die weitere Entwicklung der hier behandelten FZ als Anstoß für weitere Diskussionen dienen.

1. Ein Menschenrecht auf FZ? Zur Spruchpraxis des EGMR oder „von Abdulaziz bis Tanda-Muzinga“

Nach Art 8 EMRK hat „*jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens*“. Ausnahmen, die einen Eingriff in dieses essentielle Grundrecht dennoch recht-

1 *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, Die Wandlung 1949, 754 (760).

2 Vgl *Commissioner for Human Rights*, Time for Europe to get migrant integration right (2016), https://rm.coe.int/16806da596 (abgefragt am 08.04.2019); Medien-Servicestelle, Familiennachzug: Rechtliche Entwicklung und aktuelle Trends (2016), http://medienservicestelle.at/migration_bewegt/2016/05/12/familiennachzug-rechtliche-entwicklung-und-aktuelle-trends/ (08.04.2019).

3 RL (EG) 2003/86 des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl 2003 L 251; Artikelbezeichnungen und die Abkürzung „RL“ beziehen sich jeweils auf die RL 2003/86/EG.

4 Art 8 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4.11.1950 BGBl 1958/210 idF BGBl 2010/47.

5 Als Flüchtlinge sind im vorliegenden Artikel stets Konventionsflüchtlinge iSd Genfer Flüchtlingskonvention gemeint.

© Verlag Österreich 2019

fertigen können, finden sich in Art 8 Abs 2 EMRK (nationale Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung usw).

Der EGMR bewegt sich stets im Spannungsfeld zwischen dem völkerrechtlichen Grundsatz, wonach Vertragsstaaten die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von „*Fremden*" kontrollieren dürfen, und dem in Art 8 EMRK verankerten Recht auf Achtung des Familienlebens.[6] Der EGMR wird dabei nicht müde zu betonen, dass aus Art 8 EMRK kein Recht auf die Wahl des ehelichen Wohnsitzes und auf FZ in einem bestimmten Vertragsstaat abzuleiten ist.[7]

1.1. Zum variablen Familienbegriff des EGMR

Generell kann gesagt werden, dass der EGMR den Begriff des „*Familienlebens*" nicht zu eng fassen möchte und stellt dabei va auf die Existenz von engen persönlichen oder emotionalen Bindungen ab.[8] In FZ Angelegenheiten setzt der EGMR zusätzlich zum Bestehen rechtlicher Bande eine faktische Familieneinheit voraus, welche weitere Elemente einer über die normale, gefühlsmäßige Verbindung hinausgehenden Abhängigkeit aufweist.[9] Ein Familienleben wird primär bei verheirateten Paaren und ihren Kindern („*Kernfamilie*") angenommen. Die Eheschließung in Folge der Einreise durch die zusammenführende Person wirkt sich negativ auf die FZ aus.[10]

1.2. Zum weiten Ermessensspielraum

Wo EGMR und EKMR anfangs noch den Fokus auf der Prüfung eines staatlichen Eingriffs hatten, wandte sich der EGMR in seinen jüngeren Entscheidungen den staatlichen Verpflichtungen (positive obligations) zur Gestattung der Einreise oder des Aufenthalts zu.[11] Der EGMR achtet auf die *„fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation"*.[12]

Anstatt der „*einzigen Möglichkeit*" ein gemeinsames Familienleben aufrecht zu halten, wendet sich der EGMR in seinen jüngeren Entscheidungen dem „*most adequate way to*

---

6 EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/NED,* Rn 36; EGMR 01.03.2006, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ao/NED,* Rn 43.

7 EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/SUI,* Rn 38; EGMR 28.11.1996, 21702/93, *Ahmut/NED,* Rn 71.

8 *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters,* European Migration Law (2009) 146; vgl *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Institutsgarantien 259.

9 *Weichselbaum*, Familiennachzug im grundrechtlichen Kontext, JAP 4/2000-2001, 204; *Breitenmoser*, Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in der Schweizer Rechtsprechung, EuGRZ 1993, 537 (541); EGMR 28.05.1985, 9214/80; 9473/81; 9474/81, *Abdulaziz/GBR* Rn 62 f; EGMR 21.06.1988, 10730/84, *Berrehab/NED*, Rn 21; EGMR 18.02.1991, 12313/86, *Moustaquim/BEL*, Rn 36; EGMR 19.02.1996, 23218/94, *GÜL/SUI*, Rn 32.

10 EGMR 28.05.1985, 9214/80/9473/81/9474/81, *Abdulaziz/GBR,* Rn 63 f, 68; EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/NED,* Rn 28.

11 *Wiederin,* Migranten und Grundrechte. Ein Überblick (2003) 12.

12 EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/SUI,* Rn 38; EGMR 10.07.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/FRA,* Rn 64.

© Verlag Österreich 2019

family life" zu.[13] Der EGMR prüft die Gründe der familiären Trennung[14] und ob einer Rückkehr in das Herkunftsland „*unüberwindbare Hindernisse*" entgegenstehen.[15] Dabei findet insbesondere der bisherige Aufenthaltsort des Familienmitgliedes, die Verfolgung im Herkunftsland, der Anspruch auf Sozialleistungen im Herkunftsland, die Art des Aufenthaltstitels, die Zumutbarkeit, ins Herkunftsland zurückzukehren und die Bindungen zum Herkunftsland bzw betroffenen Konventionsstaat Berücksichtigung (elsewhere approach).[16] Besondere Gewichtung kommt dem Kindeswohl zu.[17] Aus der Judikatur des EGMR geht allerdings nicht eindeutig hervor, ob bzw zu welchem Verfahrensstand das Alter des Kindes relevant ist.[18]

1.3. Flüchtlingsstatus

Eine gewisse Privilegierung zeichnet sich bei Flüchtlingen ab.[19] Der EGMR betont, dass die Familieneinheit ein grundlegendes Recht des Flüchtlings ist und dass die FZ Flüchtlingen ein „*normales Leben*" gewähren kann. Darüber hinaus wies dieser bei der Erlangung eines internationalen Schutzes auf die erwiesene Verletzlichkeit von Flüchtlingen hin.[20] Deswegen ist es notwendig, dass Flüchtlinge von FZ-Verfahren profitieren, die günstiger sind als diejenigen, die Personen ohne Fluchthintergrund zur Verfügung gestellt werden.[21] Eine derartige Bevorzugung setzt allerdings einen Konsens auf internationaler und europäischer Ebene voraus, welcher aus den Bestimmungen der FamilienzusammenführungsRL oder dem Mandat des UNHCR hervorgeht.[22]

Zur Frage der Beweisbarkeit familiärer Bindungen stellte der EGMR fest, dass in Analogie zur FamilienzusammenführungsRL andere Beweise für das Bestehen zu berücksichtigen sind, wenn Flüchtlinge nicht in der Lage sind, offizielle Belege vorzulegen.[23] Die

---

13 EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/SUI,* Rn 39; EGMR 01.03.2006, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ao/NED,* Rn 48; vgl *Czech*, EuGRZ 2017, 232 ff; vgl EGMR 08.03.2016, 25960/13, *I.A.A. ao/GBR*, Rn 40.

14 *Wiederin,* Migranten und Grundrechte 13; EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/SUI,* Rn 41.

15 *Czech*, EuGRZ 2017, 235; *Costello*, The Human Rights of Migrants in European Law (2016) 121, 126 ff; EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/NED*, Rn 40.

16 *Blume* in *Wiederin*, Perspektiven im Ausländerrecht 115 f; vgl EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/NED*, Rn 40; *Weichselbaum*, Die Regelung des Familiennachzuges in Österreich im Lichte der Vorgaben der EMRK, ZAR 2003, 359 (361).

17 *Langenfeld/Mohsen*, Die neue EG Richtlinie zum Familiennachzug und ihre Einordnung in das Völkerrecht, ZAR 2003, 398 (403); EGMR 08.11.2016, 56971/10, *El Ghatet/SUI*, Rn 46.

18 *Smyth*, The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled ist the Court's Use of the Principle?, EJML 17/2015, 70 (75); EGMR 08.11.2016, 56971/10, *El Ghatet/SUI*, Rn 51.

19 EGMR 10.07.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/FRA,* Rn 74; vgl EGMR 01.03.2006, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ao/NED,* Rn 47.

20 EGMR 10.07.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/FRA,* Rn 75.

21 *Czech*, A right to family reunification for persons granted international protection? The Strasbourg case-law, state sovereignty and EU harmonisation (2016), http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/ (02.02.2019).

22 EGMR 10.07.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/FRA,* Rn 76.

23 EGMR 10.07.2014, 52701/09, *Mugenzi/FRA*, Rn 54.

© Verlag Österreich 2019

drohende Verfolgung im Herkunftsland ist maßgebend für das Vorliegen von unüberwindbaren Rückkehrhindernissen.[24] Va muss die spezielle Situation von Flüchtlingen berücksichtigt werden, wonach ein langes Verfahren die Garantien der Flexibilität, Raschheit und Wirksamkeit verletzt.[25] Die Herstellung der Familieneinheit für Flüchtlinge ist grundsätzlich nicht im Herkunftsland, sondern nur im Aufenthaltsstaat möglich.[26]

1.4. Zwischenrésumé

Der EGMR hält fest, dass aus Art 8 EMRK kein generelles Recht auf FZ abgeleitet werden kann. Erst nach und nach entwickelte der EGMR gewisse Kriterien (siehe *Sen/NED*[27] als bahnbrechende Entscheidung), wonach eine FZ in seltenen Ausnahmefällen nach strenger Prüfung (elsewhere approach) gewährt wurde. Die verletzliche Gesamtsituation von Flüchtlingen wird in FZ-Verfahren durchaus berücksichtigt. Auffallend ist allerdings, dass der EGMR in FZ Fällen mit ausländischem Bezug von seiner grundsätzlichen Konzeption des Familienbegriffs abweicht und weitaus strengere Anforderungen bei der familiären Bindung voraussetzt.

2. Die FamilienzusammenführungsRL 2003/86/EG

2.1. Nachzugsvoraussetzungen

Das Ziel der RL ist die Aufrechterhaltung der familiären Gemeinschaft von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Gebiet der Mitgliedstaaten aufhalten (Art 1, Art 2 lit a) und einen Aufenthaltstitel besitzen. Darüber hinaus muss der/die Zusammenführende „*begründete Aussicht*“ darauf haben, ein „*dauerhaftes Aufenthaltsrecht*“ zu erlangen und die Familienangehörigen müssen Drittstaatsangehörige sein (Art 3 Abs 1). Dies gilt unabhängig davon, ob die familiären Bindungen vor oder nach der Einreise des/der Zusammenführenden entstanden sind (Art 2 lit d). Ausgenommen vom Anwendungsbereich der RL sind Asylwerber/innen, Familienangehörige von Unionsbürgern/innen und – zumindest nach dem Wortlaut – vorübergehend bzw subsidiär Schutzberechtigte (Art 3).[28]
Im Fokus der RL steht die so genannte „*Kernfamilie*“, also der/die Ehegatte/in und die minderjährigen Kinder (Art 4 Abs 1 lit a-d, Abs 2 lit a, b). Für Kinder über 12 Jahren, die unabhängig vom Rest der Familie im Aufnahmestaat ankommen, kann durch die Mitgliedstaaten die Erfüllung von Integrationserfordernissen vorausgesetzt werden (Art 4 Abs 1 letzter UA). Die Mitgliedstaaten können ein erfordertes Mindestalter der

24 EGMR 01.03.2006, 60665/00, *Tuquabo-Tekle ao/NED,* Rn 47; *Ecker*, Die Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, migraLex 3/2004, 74; vgl EGMR 19.02.1996, 23218/94, *Gül/SUI,* Rn 41.
25 EGMR 10.07.2014, 19113/09, *Senigo Longue ao/FRA*, Rn 75.
26 *Langenfeld/Mohsen*, ZAR 2003, 400.
27 EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen/NED*.
28 Zur aktuellen Judikatur betreffend subsidiär Schutzberechtigte siehe Punkt 2.6.

© Verlag Österreich 2019

Ehegatten/innen vorsehen (Art 4 Abs 5). Die Mitgliedstaaten haben die Art und die Stärke der familiären Bindungen, die Dauer ihres Aufenthalts und das Vorliegen familiärer, kultureller oder sozialer Bindungen zum Herkunftsland zu berücksichtigen (Art 17). Die Mitgliedstaaten können von den Zusammenführenden einen ausreichenden Wohnraum, eine Krankenversicherung, feste und regelmäßige Einkünfte und Integrationserfordernisse verlangen (Art 7).

Flüchtlinge müssen keine der Bedingungen nach Art 7 (Wohnraum, Krankenversicherung usw) erfüllen (Art 12 Abs 1), außer der Antrag auf FZ wird erst nach einer Frist von 3 Monaten nach Zuerkennung des Flüchtlingsstatus gestellt (Art 12 Abs 1 letzter UA). Diese Begünstigungen können allerdings von bereits vor der Einreise bestehenden familiären Bindungen abhängig gemacht werden (Art 9 Abs 2).[29] Ein Nachweis nach Art 7 muss erbracht werden, wenn die FZ in einem Drittstaat möglich ist, zu dem Familienangehörige oder die zusammenführende Person eine besondere Bindung haben (Art 12 Abs 1 UA 2).[30] Im Falle unbegleiteter Minderjähriger haben die Mitgliedstaaten den Verwandten in gerader aufsteigender Linie ersten Grades den Nachzug zu gestatten (Art 10 Abs 3).

2.2. Der EuGH als Garant der FZ? Von *Parlament* bis *K & B*

2.2.1. Zum Ermessensspielraum

Der EuGH gewährt den Mitgliedstaaten bei der Prüfung der FZ einen gewissen Ermessensspielraum, um eine grundrechtskonforme Umsetzung zu ermöglichen.[31] Staatliche Mittel zur Erreichung der Ziele der RL müssen stets geeignet sein[32] und muss das Familienleben gefördert werden.[33] Va sind die Dauer des Aufenthalts und das Vorliegen familiärer, kultureller oder sozialer Bindungen zum Herkunftsland zu berücksichtigen.[34] Beim Erfordernis einer Integrationsprüfung nach Art 7 Abs 2 sind die besonderen Umstände wie das Alter, das Bildungsniveau, die finanzielle Lage oder der Gesundheitszustand der Familienangehörigen zu berücksichtigen.[35]

---

29 Diese Regelung steht im Widerspruch zu Art 2 lit d wonach der Zeitpunkt der Entstehung familiärer Bindungen irrelevant ist.

30 Diese Regelung erinnert an den vom EGMR angewendeten elsewhere approach.

31 EuGH (GK) 27.06.2006, Rs C-540/03 (*Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union*) Rn 35 ff, 57, 66, 70, 103 f, 105.; vgl EuGH 06.12.2012, Rs C-356/11 und Rs C-357/11 (*O. und S./Maahanmuuttovirasto, Maahanmuuttovirasto/L.*) Rn 77, 80.

32 EuGH 09.07.2015, Rs C-153/14 (*K und A/Minister van Buitenlandse Zaken*) Rn 51 f.

33 EuGH 21.04.2016, Rs C-558/14 (*Khachab/Subdelegación de Gobierno en Álava*) Rn 25; vgl EuGH Rs C-356/11 und Rs C-357/11 *O. und S.* Rn 80.

34 EuGH 04.03.2010, Rs C-578/08 (*Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken*) Rn 48.

35 EuGH Rs C-153/14 *K und A* Rn 58; *Peers*, Integration Requirements for family reunion: the CJEU limits Member States' discretion (2015), http://eulawanalysis.blogspot.co.at/2015/07/integration-requirements-for-family.html (28.01.2019).

© Verlag Österreich 2019

Der EuGH hält fest, dass den Mitgliedstaaten präzise positive Pflichten auferlegt werden, denen klar definierte subjektive Rechte entsprechen, da es bei der Zusammenführung bestimmter Familienmitglieder keinen Ermessenspielraum gibt.[36]

2.2.2. Zu den sonstigen Erfordernissen

Ein Mitgliedstaat darf nicht zwischen den Umständen und dem Zeitpunkt der Familienentstehung unterscheiden. Einer zusammenführenden Person darf die FZ nicht verwehrt werden, auch wenn diese über ausreichend feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, jedoch zusätzlich eine besondere Sozialhilfe in Anspruch nehmen kann.[37] Eine Prognose über zukünftige feste, regelmäßige und ausreichende Einkünfte ist legitim.[38] Zur Verhinderung von Zwangsehen kann die Erreichung des 21. Lebensjahrs bei der Antragsstellung auf FZ vorausgesetzt werden.[39] Ein Drittstaatsangehöriger, der während des Asylverfahrens volljährig wird, ist dennoch als „*Minderjähriger*" anzusehen.[40]

2.2.3. Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte

Der EuGH führt aus, dass eine nationale Regelung, wonach ein Antrag auf FZ nach den günstigeren Bestimmungen für Flüchtlinge (Kapitel V der RL) abgelehnt werden kann, weil er mehr als drei Monate nach der Schutzzuerkennung gestellt wurde, vereinbar mit Art 12 Abs 1 ist (Ausnahme von den allgemeinen Voraussetzungen). Allerdings muss die Möglichkeit bestehen, im Rahmen einer anderen Regelung einen neuen Antrag zu stellen und darf bei unverschuldeter Verspätung keine solche Ablehnung erfolgen. Weiters müssen für Flüchtlinge die sonstigen günstigeren Voraussetzungen weiterhin gelten.[41]

In einer jüngeren Entscheidung zur RL 2011/95/EU (QualifikationsRL) führt der EuGH aus, dass eines der wesentlichen Ziele dieser RL darin besteht, zu gewährleisten, dass die Mitgliedstaaten gemeinsame Kriterien zur Bestimmung der Personen anwenden, die tatsächlich internationalen Schutz benötigen. Darüber hinaus ergibt sich aus der RL, dass der Unionsgesetzgeber (auf Basis des Stockholmer Programms[42]) einen einheitlichen Status für alle Personen, denen internationaler Schutz gewährt wird, einführen wollte und wurde der Anwendungsbereich auf subsidiär Schutzberechtigte ausgedehnt.[43] Nach Art 23 Abs 1 QualifikationsRL haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass

36 EuGH Rs C-540/03 (*Parlament/Rat*) Rn 60.
37 EuGH Rs C-578/08 *Chakroun* Rn 52, 62 f.
38 EuGH Rs C-558/14 *Khachab* Rn 48.
39 EuGH 17.07.2014, Rs C-338/13 (*Noorzia/Bundesministerin für Inneres*) Rn 15 f, 19.
40 EuGH 12.04.2018, Rs C-550/16 (*A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) Rn 64.
41 EuGH 07.11.2018, Rs C-380/17 (*K, B/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) Rn 66.
42 *Rat der Europäischen Union*, Das Stockholmer Programm, https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%2017024%202009%20INIT (17.02.2019).
43 EuGH 13.09.2018, Rs C-369/17 (*Ahmed/Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*) Rn 37 ff.

© Verlag Österreich 2019

der Familienverband aufrechterhalten werden kann. Nach Art 20 Abs 2 QualifikationsRL gilt dies sowohl für Flüchtlinge als auch für Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz. Personen mit subsidiärem Schutzstatus sind, abgesehen von gewissen Ausnahmeregelungen, dieselben Rechte und Leistungen zu gewähren wie Flüchtlingen.[44]

In seiner jüngsten Entscheidung zur Anwendbarkeit der FamilienzusammenführungsRL auf subsidiär Schutzberechtigte kommt der EuGH zum Ergebnis, dass in einem Fall, in dem das vorlegende Gericht über das Recht eines subsidiär Schutzberechtigten auf FZ zu entscheiden hat, der EuGH für die Auslegung von Regelungen der RL dann zuständig ist, wenn diese durch das nationale Recht auch auf subsidiär Schutzberechtigte für unmittelbar und unbedingt anwendbar erklärt worden sind. Generell hält der EuGH jedoch fest, dass die RL in allen anderen Fällen nicht auf subsidiär Schutzberechtigte anwendbar ist.[45]

3. Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Rechtsprechung

3.1. Einzelfallentscheidung vs subjektives Recht

Der EGMR musste ein einzelfallbezogenes, individuelles Recht auf FZ quasi erst aus Art 8 EMRK ableiten. Im Zentrum der Prüfung von FZ Fällen steht die Abwägung der betroffenen individuellen und staatlichen bzw gemeinschaftlichen Interessen und genießt die staatliche Souveränität im Bereich der Migration nach wie vor große Achtung. Eine Verletzung von Art 8 EMRK wird nur selten festgestellt. Der EGMR bleibt bei seiner strikten Rsp, wonach die Gewährung des Rechts auf FZ stets eine Einzelfallentscheidung darstellt. Dem EuGH hingegen liegt ein gesetzliches Reglement zu Grunde, das die FZ – zumindest für die „*Kernfamilie*", da kein Ermessensspielraum – als subjektives Recht garantiert, Ziel der RL ist die Förderung des Familienlebens und die Aufrechterhaltung der familiären Gemeinschaft. Der EuGH bestätigt, dass die im Unionsrecht geregelte FZ Drittstaatsangehöriger durchaus über die Möglichkeiten zur FZ nach Art 8 EMRK hinausgeht.[46]

Der EuGH scheut sich nicht vor der Feststellung, dass die FZ die Grundregel darstellt und jede Ausnahme davon im Einklang mit den unionsrechtlichen Grundsätzen stehen muss. Eine Aushöhlung des Rechts auf FZ steht dem Grundsatz des Effektivitätsgebots entgegen; nationales Verfahrensrecht darf die Zielverwirklichung der RL nicht unmöglich machen.

3.2. Zum Familienbegriff

Gemeinsam ist beiden Höchstgerichten die Priorisierung der „*Kernfamilie*".[47] Ob die Regelungen der RL auf weitere Familienmitglieder Anwendung finden, liegt im freien

44 EuGH 01.03.2016, C-443/14 und C-444/14 (*Alo und Osso/Warendorf und Hannover*) Rn 32.
45 EuGH Rs C-380/17 K,B Rn 33, 37, 41.
46 *Walter*, Familienzusammenführung in Europa. Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, Nationales Recht (2009) 298.
47 *Thym*, EuGRZ 2006, 554.

© Verlag Österreich 2019

Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten. Der Grad familiärer Bindungen fällt für den EGMR weniger ins Gewicht, doch verlangt dieser in FZ Fällen zum Bestehen rechtlicher Bande zusätzlich eine faktische Familieneinheit. Ausschlaggebend für den EGMR ist meist, ob Kinder involviert sind, und fokussiert sich dieser weniger auf das Alter der Kinder als auf die negativen Konsequenzen, die durch eine Verwehrung der FZ drohen.[48] Aus den unterschiedlich strengen Maßstäben des EGMR resultiert jedoch eine geringe Rechtssicherheit für Betroffene. Für den EuGH spielt das Alter von Kindern durchaus eine Rolle und lässt dieser gewisse Nachzugsbarrieren für Kinder zu.

Der EGMR lässt generell offen, ob der Zeitpunkt der Familiengründung für die Gewährung einer FZ ausschlaggebend ist. Eine gewisse Tendenz zeichnet sich in seiner Leitentscheidung zu *Abdulaziz ua/GBR* ab, wonach sich die Eheschließung nach der Einreise der Beschwerdeführer/innen negativ auf die FZ auswirkte. Die FamilienzusammenführungsRL hingegen verwehrt einem Mitgliedstaat, zwischen den Umständen und dem Zeitpunkt der Familienentstehung zu unterscheiden. Diese Regelung gilt wiederum nicht für Flüchtlinge.

3.3. Zur wechselseitigen Bezugnahme der beiden Höchstgerichte

Generell ist festzuhalten, dass die Existenz der europäischen Harmonisierungsmaßnahmen die Rsp und Entscheidungsfindung des EGMR nicht unmittelbar beeinflusst und nimmt der EGMR in FZ-Fällen an keiner Stelle Bezug auf die Rsp des EuGH.[49] Der EGMR greift auf die Bedeutung der FamilienzusammenführungsRL zurück, um hervorzuheben, dass es für die spezielle Behandlung von Flüchtlingen in FZ-Verfahren einen internationalen und europäischen Konsens gibt.[50] Dem EGMR obliegt für die Auslegung von Unionsrecht zwar keine Entscheidungskompetenz, doch kann seine Spruchpraxis umgekehrt als mittelbare Vorgabe an das Unionsrecht gedeutet werden.[51] Der EuGH wiederum betont, dass die Bestimmungen der EMRK mit Bezug auf die Auslegung durch den EGMR[52] zu verstehen sind und legt dieser seinen Entscheidungen auch direkt Urteile des EGMR zu Grunde.[53]

---

48 *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters,* European Migration Law (2009) 167.

49 *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, EuGRZ 2006, 553.

50 EGMR 10.07.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga/FRA,* Rn 75 f.

51 *Thym*, EuGRZ 2006, 553; vgl EGMR 10.03.2004 (GK), 56672/00, *Senator Lines/15 EU Member States*; vgl *Scheeck,* The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights, ZaöRV 2005, 837 (849 ff).

52 EuGH C-540/03 *Parlament/Rat* Rn 54 ff; Art 17 RL wird in der Lehre als ein unmittelbarer Verweis auf die Kriterien des Art 8 EMRK gesehen. *Hauschild*, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Recht auf Familienzusammenführung, ZAR 2003, 272; *Groenendijk*, Familienzusammenführung als Recht nach Gemeinschaftsrecht, ZAR 2006, 191 (193).

53 EuGH Rs C-540/03 *Parlament/Rat* der Rn 55, 56.

© Verlag Österreich 2019

3.4. Zur Möglichkeit der FZ in einem Drittstaat

Bei der Prüfung von FZ Fällen berücksichtigen beide Gerichte den Aufenthaltsstatus und das Vorliegen familiärer, kultureller oder sozialer Bindungen zum Herkunftsland. Besteht eine besondere Beziehung zu einem Drittstaat, so verlangt die RL weitere Voraussetzungen zur Gewährung der FZ. Für den EGMR muss die Möglichkeit des familiären Zusammenlebens in einem anderen Land ausgeschlossen sein und berücksichtigt dieser auch die Umstände und den Zeitpunkt der Familienentstehung.

3.5. Zum Aufenthaltsstatus

Die beiden Höchstgerichte stimmen überein, dass Flüchtlingen aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit jedenfalls eine gewisse Sonderrolle zukommt. Der EGMR betont zwar die Relevanz des Aufenthaltstitels, doch misst dieser der Stärke des Aufenthaltsstatus keine große Rolle bei, wenn unüberwindbare Hindernisse einer Rückkehr in das Herkunftsland entgegenstehen. Der EuGH wendet die Bestimmungen der RL entgegen ihrem Wortlaut hinsichtlich des Ausschlusses subsidiär Schutzberechtigter auch auf diese an, wenn die Regelungen der RL nach innerstaatlichem Recht auch auf diese angewendet werden. Vor dem Hintergrund seiner jüngeren Entscheidungen zur QualifikationsRL und der Tatsache, dass der Unionsgesetzgeber einen einheitlichen Status für alle Personen einführen wollte, denen internationaler Schutz gewährt wird, bleibt allerdings fraglich, ob der generelle Ausschluss subsidiär Schutzberechtigter unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes nach Art 14 EMRK und der materiellen Gewährleistung des Rechts auf Familieneinheit nach Art 8 EMRK nicht weitgehend leerläuft. Das fehlende individuelle Recht auf FZ für subsidiär Schutzberechtigte erscheint unter diesem Aspekt als planwidrige Regelungslücke.[54]

3.6. Résumé

Der EuGH konzentriert sich im Gegensatz zum EGMR weniger auf Ausnahmeregelungen, sondern darauf, wie weit eine Begrenzung der unionsrechtlichen Regelungen zur FZ überhaupt zulässig ist.[55] Die Bindung von Betroffenen an einen anderen Staat, der Aufenthaltsstatus und die Gewichtung der „Kernfamilie" finden bei beiden Gerichten Berücksichtigung. Die gegenseitige Bezugnahme in ihrer Rsp lässt eine gewisse Annäherung der höchstgerichtlichen Spruchpraxis erkennen.

---

54 *Bast*, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2018, 45; EGMR 06.02.2013, 22341/09, *Hode und Abdi ./. UK*, Rz 52ff; EuGH 01.03.2016 Rs C-443/14 und C-444/14 (Alo ao) Rn 29ff; *Ludwig Boltzmann Institut*, Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Asylgesetz 2005 geändert wird, https://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/attachments/stellungnahme_bim_asylgesetz_2015-11-30.pdf (17.02.2019).

55 *Walter*, Familienzusammenführung 299.

© Verlag Österreich 2019

Aufgrund des subjektiven Anspruchs, der sich aus der FamilienzusammenführungsRL ableiten lässt, besteht für Betroffene im Gegensatz zu einem Verfahren vor dem EGMR (trotz zahlreicher Anforderungen) offenkundig eine höhere Chance auf Gewährung der FZ. Der EGMR hingegen gewährt die FZ nur in Ausnahmefällen, zumal dieser im Gegensatz zum EuGH den Zeitpunkt und die Umstände der Familienentstehung bzw das staatliche Interesse an Einreise-/Aufenthaltskontrollen besonders berücksichtigt.

4. Positive Aussichten?

Aufgrund der zurückhaltenden Spruchpraxis des EGMR blieb die Frage, welche Umstände definitiv für eine FZ vorauszusetzen sind, lange unbeantwortet.[56] Zwar ist eine sanfte Öffnung hin zu einer liberaleren Rsp erkennbar, doch darf dies nicht zur Annahme führen, dass sich an den strengen Voraussetzungen der FZ etwas geändert hätte. Eine Öffnung der Spruchpraxis hin zu einem subjektiven Anspruch auf FZ scheint vor dem Hintergrund der politischen Differenzen der Vertragsstaaten im Bereich der europäischen Flüchtlings- und Migrationspolitik derzeit eher unwahrscheinlich. Dass der EGMR dem elsewhere approach, also der Möglichkeit des familiären Zusammenlebens in einem anderen Staat, eine derart große Gewichtung beimisst, ist als problematisch anzusehen, zumal nicht erkennbar ist, warum ein anderer Nationalstaat eine Familie gemeinsam aufnehmen sollte. Wenn er das nicht tut, hätte diese kein gemeinsames Aufenthaltsland.
Mit der RL konnte trotz vieler Unstimmigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten eines der ersten Regelwerke zur Harmonisierung unionsrechtlicher Migrationspolitik und somit eines der ersten Rechtsinstrumente im Bereich der legalen Einwanderung geschaffen werden. Dennoch herrscht aufgrund des großen Ermessensspielraums, den die RL gewährt, ein niedriger Harmonisierungsgrad vor.[57] Die RL garantiert lediglich einen Mindeststandard und haben die Regelungen der RL teilweise dazu geführt, dass einige Mitgliedstaaten bereits vorhandene weitergehende Rechte zur FZ einschränkten.[58] Ein gewisser rechtlicher Fortschritt fiel somit der unionsrechtlichen Harmonisierung zum Opfer.

Nach mittlerweile 16 Jahren seit Inkrafttreten der RL würde die Umwandlung in eine Verordnung – vor dem Hintergrund des europäischen Harmonisierungstrends betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – einen nächsten wichtigen Schritt darstellen. Bei der Novellierung der RL wäre darauf zu achten, dass (bedingungslose) Nachzugsmöglichkeiten für einen größeren familiären Kreis gewährt werden und nachziehende Familienmitglieder auch mit sofortiger Wirkung in den Genuss eines sicheren Aufenthaltsrechts, Arbeitsmarktzugangs und sozialer Unterstützungsmaßnahmen kommen. Va die derzeitigen Regelungen zur Altersbeschränkung von Kindern, die zeitlichen

56 *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters,* Migration Law 141, 162.
57 *Walter*, Familienzusammenführung 281; *Ecker*, Familienzusammenführung, 2004, 70.
58 *Lukits*, Die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen in Österreich (2016) 10.

© Verlag Österreich 2019

Einschränkungen zur Antragstellung für Flüchtlinge sowie die starre Fixierung auf die „Kernfamilie“ sind aus grundrechtlicher Perspektive bedenklich.
Darüber hinaus sollten im Sinne der Gleichbehandlung auch subsidiär Schutzberechtigte bzw vorübergehend Aufenthaltsberechtigte zukünftig generell vom Recht auf FZ erfasst werden, zumal sich diese Personen in ihrer Schutzbedürftigkeit keineswegs von Flüchtlingen unterscheiden. Die derzeitige unterschiedliche Behandlung stellt – in Ermangelung einer objektiven Rechtfertigung – jedenfalls eine Diskriminierung dar.

Mag. Micha Kriebernegg ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Dr. Günther Schmied in Graz;
micha.kriebernegg@gmx.net

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903035801

Lieber ohne?!

Warum Pflichtuntersuchungen für Sexdienstleiter_innen nicht vor STIs schützen

Esther Ayasch / Alina-Michelle Seiler

1. Einleitung[1]

Die Pflichtuntersuchungen für Sexdienstleister_innen wurden in den meisten europäischen Staaten bereits abgeschafft. In Österreich ist es nach wie vor notwendig, sich regelmäßigen Untersuchungen zu unterziehen, um legal in der Sexarbeit tätig zu sein. Ursprünglich wurden Zwangskontrollen im 19. Jahrhundert mittels polizeilicher Erlässe eingeführt,[2] als man Prostituierten die Schuld an der Verbreitung von Syphilis gab.[3] Für die Gesamtbevölkerung wurden im Jahr 1918 mit einer Vollzugsanweisung des Staatsamts für Volksgesundheit erstmals Maßnahmen zur „Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Geschlechtskrankheiten" erlassen.[4] Heute sind die Kontrolluntersuchungen in der Verordnung „Gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen" (V 2015)[5] auf Grundlage des § 11 Abs 2 GeschlechtskrankheitenG 1945 (GeschlKrG), welches auf der Vollzugsanweisung 1918 beruht sowie in § 5 AidsG 1993[6] geregelt. Weiters sind das EpidemieG[7] (enthält ua Hepatitis B) und das TuberkuloseG[8] iRd Pflichtuntersuchungen von Bedeutung.
Der Teil der aktuellen Normen, der als „präventiv" bezeichnet werden könnte, fokussiert auf die Sexdienstleister_innen, wodurch das Vorurteil, diese seien ein Krankheitsherd, und veraltete Moralvorstellungen gefördert werden. Der Notwendigkeit von Prävention in der Gesamtbevölkerung wird keine Rechnung getragen.

1 Bei der Recherche wurden Interviews mit Expert_innen zu „Sexarbeit, Gesundheit und Recht" geführt. Ein Teil der interviewten Personen wird auf deren ausdrücklichen Wunsch nicht namentlich genannt. Wir bedanken uns bei allen Mitwirkenden. Stellenweise wurde die männliche oder weibliche Formulierung bewusst gewählt.
2 ZB in Wien: Polizeidirektionserlass vom 6. Februar 1873, Z 208 praes abgedruckt in *Rauscher* (Hrsg), Die Normen für die Wiener Polizei-Verwaltung 1873.
3 *Ringdal*, Die neue Weltgeschichte der Prostitution (2006) 208.
4 StGBl 49/1918.
5 V der Bundesministerin für Gesundheit über gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen, BGBl II 198/2015.
6 AidsG BGBl 728/1993 idF BGBl I 61/2018.
7 EpidemieG BGBl 186/1950 idF BGBl I 37/2018.
8 TuberkuloseG BGBl 127/1968 idF BGBl I 63/2016.

© Verlag Österreich 2019

Darüber hinaus entsprechen die von den genannten Normen erfassten sexuell übertragbaren Infektionen (STIs) nicht den gängigsten Infektionen und neue Behandlungsmöglichkeiten wurden vom Gesetzgeber bisher nicht berücksichtigt.
Die Kontrolluntersuchungen stehen in den letzten Jahren vermehrt in der Kritik feministischer Gruppierungen, Beratungsstellen und Personen dieser Berufsgruppe. Hauptkritikpunkte sind der menschenverachtende Charakter von Pflichtuntersuchungen und die aus medizinischer Sicht fehlende Notwendigkeit.[9]
Der vorliegende Artikel soll einen Überblick über das System der Pflichtuntersuchungen geben und diese kritisch durchleuchten.

2. Sexuell übertragbare Infektionen[10]

Es gibt mehr als 30 Erkrankungen,[11] die auch oder hauptsächlich sexuell übertragbar sind und durch Bakterien, Viren, Pilze oder Einzeller ausgelöst werden. Als „klassische" sexuell übertragbare Krankheiten werden *Syphilis*, *Gonorrhoe* (Tripper), *Ulcus molle* (weicher Schanker) und *Lymphogranuloma inguinale* (venerische Lymphkotenentzündung) bezeichnet, die im GeschlKrG aufgezählt werden.[12] Diese Infektionen machen jedoch nur ca 10 % der in Ö vorkommenden STIs aus.[13] Weitere STIs sind ua HIV, *Chlamydia trachomatis* (Chlamydien), Humane Papillomviren (HPV) und *Trichomoniasis vaginalis* (Trichomonaden-Infektion).
Laut World Health Organisation (WHO) stecken sich weltweit täglich eine Million Menschen mit *Chlamydien, Gonorrhoe, Syphilis* oder *Trichomoniasis vaginalis* an.[14] Die Infektionen verlaufen oft mit geringen oder unspezifischen Symptomen oder sogar symptomlos. Dadurch bleiben sie oft lange Zeit unbemerkt und können bei ungeschütztem sexuellen Kontakt unbewusst übertragen werden.[15]
Seit der Entdeckung des Penicillins sind bakterielle STIs gut behandelbar. In den letzten Jahren hat es allerdings bereits einzelne Fälle gegeben, in denen eine Behandlung von *Gonorrhoe* aufgrund von Antibiotikaresistenzen nicht erfolgreich war.[16]

---

9 *DerStandard.at*, NGOs beklagen Stigmatisierung von Sexarbeiterinnen (APA, 16.12.2016), www.derstandard.at/story/2000049429731/tag-gegen-gewalt-an-sexarbeiterinnen-ngos-beklagen-stigmatisierung; *Czarnecki* et al, Prostitution in Deutschland – Fachliche Betrachtung komplexer Herausforderungen (2014) 14, https://dstig.de/images/Sexarbeit/prostitution4final.pdf (31.05.2019).

10 *Mylonas*, Sexuell übertragbare Erkrankungen (2016) 16 ff.

11 *DerStandard.at*, Wie sich sexuell übertragbare Krankheiten verändert haben (APA, 8.3.2018), https://derstandard.at/2000075635904/Wie-sich-sexuell-uebertragbare-Krankheiten-veraendert-haben (31.5.2019).

12 § 1 GeschlKrG.

13 Redaktion Gesundheitsportal, Geschlechtskrankheiten: Basis-Info www.gesundheit.gv.at/krankheiten/immunsystem/geschlechtskrankheiten/info (31.5.2019).

14 *The Lancet Infectious Diseases Commission*, Sexually transmitted infections: challenges ahead, The Lancet (2017), https://doi.org/10.1016/S1473-3099(17)30310-9 (31.05.2019).

15 *Mylonas*, Sexuell übertragbare Erkrankungen 18.

16 *DerStandard.at*, Tripper wird gegen Antibiotika resistent (red, 30.3.2018), https://derstandard.at/2000077067830/Die-Geschlechtskrankheit-Tripper-kommt-zurueck (31.5.2019).

© Verlag Österreich 2019

HIV ist nach wie vor nicht heilbar. Bei wirksamer Medikation ist die Viruslast im Körper jedoch so gering, dass eine Übertragung von HIV auf andere Personen ausgeschlossen und ein weitgehend normales Leben möglich ist.[17] Zu einem Ausbruch von Aids kommt es nur noch selten.[18] Mit PrEP (Präexpositionsprophylaxe), welches im Vorhinein bei zu erwartetem Risikoverhalten eingesetzt werden kann, und PEP (Postexpositionsprophylaxe), dessen Einnahme innerhalb weniger Stunden nach einem Risikokontakt die Gefahr einer Übertragung minimieren kann, gibt es weitere Möglichkeiten zum Schutz vor HIV.[19]

3. Studien zum Thema STIs und Sexarbeit

Sexdienstleister_innen werden in Bezug auf STIs/HIV als Risikogruppe angesehen, weil sie überdurchschnittlich viele Sexualpartner_innen haben.[20] Im Bereich der Sexarbeit ist es schwierig, Pauschalierungen zu treffen, da Sexarbeit in unterschiedlichsten Gestaltungsformen auftritt.[21] Folglich variieren auch die Infektionsrisiken mit STIs, welche zusätzlich von gesellschaftlichen Strukturen, sozialen, kulturellen und rechtlichen Faktoren beeinflusst werden.[22] Sexarbeiter_innen haben nicht per se ein höheres Ansteckungsrisiko als andere Personen in vergleichbaren Lebenssituationen mit vergleichbarer Partner_innenzahl und sexuellen Praktiken. Ausschlaggebend für erhöhte Infektionsrisiken sind aber zB spezifische Arbeitsbedingungen und die sexuellen oder hygienischen Praktiken.[23] Über den Zusammenhang von STIs und Sexarbeit wurde in den letzten Jahren eine Vielzahl internationaler Studien veröffentlicht,[24] die insb das Auftreten von HIV bei Sexdienstleister_innen sowie rechtliche und gesellschaftliche Faktoren, welche STIs/HIV begünstigen, untersucht haben. Ein Forschungsteam der London School of Hygiene & Tropical Medicine analysierte aktuelle Studien, in die Daten aus 33 Ländern eingeflossen waren. Insgesamt zeigte sich hierbei, dass Sexarbeiter_innen, die Kriminalisierung bzw unterdrückender Kontrolle ausgesetzt waren, ein höheres Risiko hatten, Gewalt zu erfahren, und schlechtere gesundheitliche Bedingungen erlebten. Für diese Gruppe war

17 Deutsche Aidshilfe, HIV/Aids, Hepatitis und Geschlechtskrankheiten (2019) 23 f, www.aidshilfe.de/shop/pdf/10373 (15.07.2019).

18 *Expertin STIs* (2018), Persönliches Interview, Wien (12.7.2018).

19 Deutsche Aidshilfe, Infomappe für die Beratung in Aidshilfen (2016) 23, www.aidshilfe.de/shop/pdf/8131 (01.06.2019).

20 *Reeves* et al, National sex work policy and HIV prevalence among sex workers: an ecological regression analysis of 27 European countries, The Lancet HIV 2017, e134–e140; *Expertin STIs* (2018) macht darauf aufmerksam, dass mehr Sexualkontakte nicht mit einem erhöhten Infektionsrisiko gleichzusetzten seien.

21 *Bekker* et al, Combination HIV prevention for female sex workers: what is the evidence, The Lancet 2015, 72–87; *Daniel*, The sexual health of sex workers: no bad whores, just bad laws, Social Research Briefs, 1; *Das/Horton*, Bringing sex workers to the ventre of the HIV response, The Lancet 2015, 3–4.

22 *Daniel*, Social Research Briefs 2010, 1; *Bekker* et al, The Lancet HIV 2015, 385.

23 *Sektion Sexuelle Gesundheit der Deutschen STI-Gesellschaft (DSTIG)*, STI/STD: Beratung, Diagnostik und Therapie. März 2013, https://dstig.de/images/Literatur/dstig_sti-beratung_diagnostik_therapie_1.%20auflage.3.2013.pdf (31.05.2019)

24 https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1002680#references (16.07.2019).

© Verlag Österreich 2019

auch die Durchsetzung von Kondomen in Verhandlungen mit Kund_innen erschwert.[25] Beweise über die positive Wirkung von Pflichtuntersuchungen gibt es nicht.[26]

4. Rechtslage in Österreich

4.1. Strafgesetzbuch

§ 178 StGB pönalisiert die vorsätzliche, § 179 StGB die fahrlässige Gefährdung mit meldepflichtigen übertragbaren Krankheiten.[27] Bei diesen potentiell-abstrakten Gefährdungsdelikten muss der/die Partner_in weder tatsächlich angesteckt noch konkret gefährdet werden. Es reicht, wenn die Handlung eine Infektion herbeiführen kann.[28] Das geschützte Rechtsgut ist nach hA nicht die individuelle sondern die öffentliche Gesundheit.[29] Entsprechend ist eine Einwilligung der gefährdeten Person nicht möglich.[30] Im Falle einer erfolgten Ansteckung kommt außerdem eine Strafbarkeit nach den Körperverletzungsdelikten gem §§ 83 ff StGB in Betracht.[31]

4.2. Geschlechtskrankheitengesetz[32]

Für die taxativ aufgezählten Krankheiten nach § 1 GeschlKrG[33] besteht nach § 2 leg cit eine allgemeine Behandlungspflicht. Zusätzlich müssen sich Personen, wenn der begründete Verdacht einer Erkrankung besteht, einer Untersuchung unterziehen.[34] Laut § 4 leg cit besteht eine beschränkte Meldepflicht, wenn eine Erkrankung vorliegt und „entweder eine Weiterverbreitung der Krankheit zu befürchten ist oder sich [die/]der Kranke der ärztlichen Behandlung beziehungsweise Beobachtung entzieht".[35] Eine anonyme Meldung zu statistischen Zwecken schon bei Vorliegen einer Infektion wäre für

25 www.lshtm.ac.uk/newsevents/news/2018/criminalisation-and-repressive-policing-sex-work-linked-increased-risk (31.5.2018).

26 *Czarnecki* et al, Prostitution in Deutschland – Fachliche Betrachtung komplexer Herausforderungen (2014) 14, https://dstig.de/images/Sexarbeit/prostitution4final.pdf (31.05.2019).

27 Die Strafbarkeit besteht nur bei Erkrankungen, die zumindest beschränkt anzeige- oder meldepflichtig sind. Siehe dazu *Aigner*, HIV-Infektion und Strafbarkeit nach §§ 178, 179 StGB – Kundmachung von Rechtsvorschriften, RdM 2000, 87; *Flora*, Die Strafbarkeit HIV-infizierter Personen nach §§ 178, 179 StGB aufgrund von Sexualkontakten mit nicht-infizierten Sexualpartnern, RZ 1999, 65; *Flora*, §§ 178 StGB Rz 33 ff; *Murschetz* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² § 178, 179 Rz 5.

28 *Flora*, RZ 1999, 65; *Flora* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafrecht (2009) §§ 178 StGB Rz 14f; *Flora*, Die strafrechtliche Regulierung von einvernehmlichen Sexualkontakten, juridikum 2014, 218; *Murschetz* § 178, 179 Rz 2.

29 *Flora*, RZ 1999, 65; *Flora*, §§ 178 StGB Rz 5-6; *Murschetz*, § 178, 179 Rz 1.

30 *Flora*, RZ 1999, 65; *Flora*, §§ 178 StGB Rz 5-6; *Murschetz*, § 178, 179 Rz 1.

31 *Flora*, §§ 178 StGB Rz 45.

32 GeschlkrG 1945; umfassender auch *Hummelbrunner*, Recht der Infektionskrankheiten (2016) 177 ff, sowie *Hummelbrunner*, GeschlKrG, in *Neumayer/Resch/Wallner*, GmundKomm (2016) 1993 ff.

33 Tripper, *Syphilis*, weicher Schanker und *Lymphogranuloma inguinale*.

34 § 3 GeschlKrG; *Hummelbrunner* in GmundKomm, GeschlKrG § 3 RZ 1.

35 *Hummelbrunner* in GmundKomm, GeschlKrG § 4 RZ 5.

© Verlag Österreich 2019

die Gestaltung präventiver Maßnahmen förderlich,[36] findet derzeit jedoch nur auf freiwilliger Basis statt.[37] Geschlechtskranke Personen sind von behandelnden Ärzt_innen gem § 8 GeschlKrG eingehend über die Infektionen sowie über Verhaltensweisen, um deren Verbreitung zu verhindern, aufzuklären.
Das GeschlKrG ermächtigt in § 11 Abs 2 den/die Gesundheitsminister_in zur Erlassung von Vorschriften, welche sich spezifisch auf gesundheitliche Vorkehrungen und die Überwachung jener Personen beziehen, „die gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper dulden oder solche Handlungen an anderen vornehmen".
Veränderte epidemiologische Bedingungen sowie medizinische Fortschritte wurden bei Novellen des GeschlKrG nicht berücksichtigt. Die in § 1 GeschlKrG aufgezählten Krankheiten sind seit 1945 unverändert.[38]

4.3. Aidsgesetz

Das AidsG regelt die Vorgehensweise, wenn eine Person mit dem HI-Virus infiziert ist und zumindest eine Indikatorerkrankung vorliegt.[39] Im AidsG gibt es eine der Art nach beschränkte Meldepflicht bei Vorliegen einer manifesten Aids-Erkrankung und/oder im Falle des Todes einer an Aids erkrankten Person.[40] Da HIV-Infektionen in der Regel schon vor dem Ausbruch von Aids diagnostiziert werden, ist auch eine Anpassung der Meldepflicht anzudenken, nach der die statistisch relevantere HIV-Infektion zur anonymen Meldung führen könnte.[41]
Das AidsG ist im Gegensatz zum GeschlKrG wesentlich moderner gestaltet und beinhaltet auch Präventionsgedanken, etwa die Verpflichtung des Gesundheitsministers/der Gesundheitsministerin zur Ausarbeitung von Informationskonzepten[42] sowie die Einrichtung von Vereinen, die mit der Beratung und Betreuung in Hinblick auf Aids betraut sind.[43]

4.4. Sexdienstleistungsspezifische Gesetzeslage

Aufgrund der Ermächtigung in § 11 Abs 2 GeschlKrG wurde die Verordnung „Gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen" (V 2015) erlassen: Die Sexdienstleister_innen müssen sich regelmäßigen Untersuchungen unter-

36 *Expertin STIs* (2018).
37 S dazu die vorläufige Statistik in Hygienemonitor 1-2/2019, S. IV mit FN j), https://at.universimed.com/files/grafik/HygieneMonitor/2019/Hygienemonitor_1-2_2019.pdf (31.5.2019).
38 StGBl 231/1945; BGBl 54/1946, BGBl 345/1993, BGBl I 98/2001.
39 § 1 AidsG, V des BM für Gesundheit BGBl 1994/35 idF 1994/819.
40 § 3 Abs 1 AidsG, § 3 Abs 1, 2 AidsG.
41 *Expertin STIs* (2018).
42 § 8 Abs 1 AidsG.
43 § 8 Abs 2 AidsG. Hierfür wurden die Aidshilfen eingerichtet.

© Verlag Österreich 2019

ziehen, die in einem Lichtbildausweis – auch „Deckel" genannt – vermerkt werden.[44] Zusätzlich sind Sexdienstleister_innen nach § 4 Abs 2 AidsG verpflichtet, sich regelmäßig auf das Vorliegen einer HIV-Infektion untersuchen zu lassen.
Außerdem besteht für Ärzt_innen aufgrund der V 2015 und des AidsG die Pflicht zur Aufklärung der Sexarbeiter_innen.[45] Das Vorliegen einer der in den Gesetzen verankerten Infektionen steht einer legalen Berufsausübung entgegen.[46]

4.4.1. Eingangsuntersuchungen

Vor Aufnahme ihrer Tätigkeit müssen sich Sexdienstleister_innen einer Eingangsuntersuchung unterziehen, bei der insb das Freisein von Tripper und *Syphilis*[47] sowie von HIV[48] festgestellt werden soll. Laut einer Information für Sexdienstleister_innen, die auf der Seite des Sozialministeriums zu finden ist, wird weiters auf Chlamydien und ggf auf Hepatitis B getestet.[49] Die genitale Chlamydieninfektion ist keine im GeschlKrG aufgezählte Infektion und somit für das Ausstellen des Ausweises nicht von Bedeutung. Die Feststellung einer genitalen Chlamydieninfektion erfolgt als Nebenprodukt iRd Untersuchung auf *Gonorrhoe*.[50]
Eine Untersuchungspflicht für die nach EpidemieG meldepflichtige Krankheit Hepatitis B besteht nur für Kranke, Krankheits- und Ansteckungsverdächtige.[51] Eine spezielle Untersuchungspflicht für Sexdienstleister_innen ist nicht normiert. Einer Expertin zufolge wird die Untersuchung von Sexarbeiter_innen auf Hepatitis B in ganz Ö nicht durchgeführt.[52] Die Testungen auf Hepatitis B und Chlamydien (getrennt von *Gonorrhoe*) würden derzeit ohne rechtliche Grundlage erfolgen und dem Legalitätsprinzip widersprechen.[53]
Des Weiteren ist für Sexarbeiter_innen in manchen Landesgesetzen eine Untersuchung auf Tuberkulose in Tbc-Reihenuntersuchungsverordnungen normiert.[54] Diese sehen zB Untersuchungen von Personen aus Ländern mit hoher Tbc-Prävalenz, von Migrant_innen

---

44 V der BM für Gesundheit über gesundheitliche Vorkehrungen für Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen, BGBl II 198/2015. Dazu auch *Ayasch*, Reformen bei der Untersuchung von SexdienstleisterInnen, ZfG 2016, 113.
45 § 4 Abs 4 AidsG, § 1 Abs 3 V 2015. Dazu auch *Ayasch*, ZfG 2016, 113.
46 § 4 Abs 1 AidsG.
47 § 1 V 2015; *AG Prostitution,* Sexwork Info 2017, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/dam/jcr:6ef4ff34-983b-4a77-ad15-b0bd1e802c02/sexwork_info_broschuere_deutsch.pdf (31.5.2019).
48 § 4 Abs 2 AidsG.
49 www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Infektionskrankheiten_A_Z/Geschlechtskrankheiten (31.5.2019). Dass man unter dem Punkt „Geschlechtskrankheiten" des Sozial- und Gesundheitsministeriums nur sexarbeitsspezifische Information findet, ist bezeichnend für den vorherrschenden Konnex zwischen Sexarbeit und STIs.
50 *Expertin Gesundheitswesen* (2018), Persönliches Interview, Wien (28.6.2018).
51 §§ 1, 5 Abs 1 EpidemieG.
52 *Expertin Gesundheitswesen* (2019), Telefonat, Wien (16.07.2019).
53 Art 18 Abs 1 B-VG.
54 In NÖ (LGBl 9450/3-0), Sbg (LGBl 2002/51 idF 2013/63), Bgld (LGBl 2018/23), OÖ (LGBl 1990/80 idF 2010/18) und Ktn (LGBl 2001/93).

© Verlag Österreich 2019

aus Drittstaaten oder von Personen, die in Obdachlosenheimen leben, vor.[55] Bis 2016 bestand nach dem TuberkuloseG die Möglichkeit auf dem Verordnungsweg bestimmte Berufsgruppen zu Untersuchungen vor dem Berufsantritt zu verpflichten.[56] Die Verordnung, in der zB Lehrer_innen, Masseur_innen, Kosmetiker_innen, Ärzt_innen sowie Hebammen angeführt waren, war bereits 1994 aufgehoben worden. Die gesetzliche Grundlage entfiel 2016, weil diese Untersuchungen als epidemiologisch nicht mehr zeitgemäß angesehen wurden.[57] Warum die Tuberkulose-Gefahr für Sexdienstleister_innen höher sein sollte als bei den genannten Berufen, ist nicht ersichtlich.

Die Eingangsuntersuchungen sowie in weiterer Folge die Kontrolluntersuchungen werden in Wien im Zentrum für sexuelle Gesundheit[58] und in den anderen Bundesländern bei den zuständigen BezVBeh (Gesundheitsämtern) kostenfrei[59] durchgeführt.[60] Neuerdings wird auf Grund eines VwGH-Erkenntnisses in manchen Bundesländern eine Bundesverwaltungsabgabe[61] in der Höhe von 2,10 € pro Untersuchung eingehoben. Der VwGH sieht die Bescheinigung der Untersuchung im Privatinteresse der Sexarbeiter_innen liegend, obwohl die Untersuchung per se im Interesse der öffentlichen Gesundheit durchgeführt wird.[62]

Die Analyse aller Proben wird österreichweit durch die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES) vorgenommen.[63] Erst bei Erhalt der negativen Befunde nach ca zwei bis drei Tagen[64] wird gem § 2 V 2015 der österreichweit geltende „Deckel" ausgestellt.[65]

4.4.2. Kontrolluntersuchungen

Für die Aufrechterhaltung der Gültigkeit des Ausweises sind zumindest alle sechs Wochen Kontrolluntersuchungen vorgesehen, wobei bei jedem Termin auf *Gonorrhoe* und Chlamydien untersucht wird (Abstrich/Harnprobe). Bei jedem zweiten Termin findet zusätzlich eine Blutuntersuchung auf *Syphilis* und HIV statt.[66] Der durchgeführte HIV-Test

55 *Hummelbrunner*, Infektionskrankheiten (2016) 133.
56 § 26 TuberkuloseG bis BGBl 63/2016.
57 Erl zu BGBl I 63/2016, www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01187/fname_538808.pdf (31.5.2019).
58 www.wien.gv.at/gesundheit/einrichtungen/sexuelle-gesundheit/ (31.5.2019).
59 Siehe dazu Erl BMG-92740/0008-II/A/4/2015.
60 § 2 V 2015.
61 Nach Tarifpost A Z 3 der BVwAbgV 1983, BGBl 24/1983, zuletzt geändert durch BGBl 5/2008.
62 Erk Ra 2016 03/0055-6; *AG Prostitution*, Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Prostitution" im Rahmen der Task Force Menschenhandel, Mai 2018, 43, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/dam/jcr:67ef595f-aa2e-4966-886a-add9fdde0f3d/3._Bericht_der_AG_Prostitution,_Regelung_der_Prostitution_in_%C3%96sterreich,_Mai_2018.pdf. (31.05.2019) § 2 V 2015.
63 § 1 Abs 6 V 2015.
64 *Christine Nagl* (2018), Persönliches Interview, Wien (17.05.2018).
65 *AG Prostitution,* Arbeitsbericht, Juni 2008, 34, www.frauen-familien-jugend.bka.gv.at/dam/jcr:1a9c99ea-8386-4281-9e17-a87ec02f1861/prostitution_02_26160.pdf (31.5.2019).
66 § 1 Abs 1 V 2015, www.sozialministerium.at/site/Gesundheit/Krankheiten_und_Impfen/Krankheiten/Uebertragbare_Krankheiten/Infektionskrankheiten_A_Z/Geschlechtskrankheiten (31.5.2019); www.sophie.or.at/wp-content/uploads/2008/04/Piktogramm_deutsch.pdf (31.05.2019).

© Verlag Österreich 2019

ist ein kombinierter Antikörper- und Antigentest.[67] Die Kontrolluntersuchungen werden im Ausweis vermerkt, welcher im Fall einer bestätigten Infektion (nicht bei Chlamydien) oder nicht eindeutig negativem HIV-Test einzuziehen ist.[68] Seit 2016 werden jährlich in Wien ca 20.000 Untersuchungen an ca 4.000 Sexarbeiter_innen durchgeführt.[69]

4.4.3. Berufsverbot

Eine Tätigkeit in der Sexarbeit ist ohne gültigen „Deckel" nicht gestattet. Eine Infektion mit einer im GeschlKrG genannten STI führt zur Abnahme des Ausweises und somit zum Verbot sexuelle Dienstleistungen jeglicher Art (auch Tätigkeiten bei denen kein Ansteckungsrisiko besteht) bis zum Ende der Ansteckungsgefahr anzubieten.[70] Die Infektion mit dem HI-Virus führt zu einem dauerhaften Berufsverbot,[71] da im Gegensatz zur Verordnung im AidsG nicht auf die Ansteckungsgefahr, sondern auf das Vorliegen der HIV-Infektion an sich abgestellt wird, die bislang nicht heilbar ist. Ein Zuwiderhandeln wird nach § 12 Abs 2 GeschlKrG bzw § 9 Abs 1 AidsG bestraft.[72]

4.4.4. Grundrechtliche Überlegungen

Die Pflichtuntersuchungen sind staatliche Maßnahmen, welche die Intimsphären der Sexarbeiter_innen stark betreffen. Auch das absolute Berufsverbot bei vorhandener HIV-Infektion ist ein drastischer Einschnitt in das Leben der Sexdienstleister_innen, da ein Berufswechsel aufgrund der Stigmatisierung schwierig ist.

Die Pflichtuntersuchungen sowie das Berufsverbot stellen einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG dar. Diesen sieht *Hummelbrunner* jedoch im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit als gerechtfertigt.[73]

Die Untersuchungspflicht ist außerdem als Zwangsuntersuchung zu klassifizieren und somit ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK. Laut *Murer* ist dieser trotz seiner Intensität gerechtfertigt, da es auch im Interesse der Sexdienstleister_innen läge, dass Infektionen schnellstmöglich erkannt und behandelt würden.[74]

Der Staat sollte Maßnahmen, die Grundrechte betreffen mit äußerster Sorgfalt einsetzen und in Hinblick auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse regelmäßig auf deren Sinnhaftigkeit überprüfen. In den beiden zitierten Werken wurden epidemiologische Studien

---

67 *Expertin Gesundheitswesen* (2019); Antikörper finden sich auch bei Personen, die in Behandlung stehen und nicht mehr infektiös sind.
68 §§ 3 und 4 V 2015.
69 *Expertin Gesundheitswesen* (2018).
70 § 4 Abs 1 V 2015.
71 § 4 Abs 1 AidsG.
72 Eine tatsächliche Gefährdung kann zusätzlich eine Strafbarkeit nach StGB nach sich ziehen.
73 *Hummelbrunner*, Infektionskrankheiten 188.
74 *Murer*, Prostitution und Verfassung (2016) 171 ff.

© Verlag Österreich 2019

nur unzureichend eingebunden, dementsprechend könnte das Ergebnis der Grundrechtsprüfungen unter Einbeziehung solcher anders aussehen. Insb das Berufsverbot könnte bei HIV-positiven Personen in wirksamer Behandlung überschießend sein. Als gelinderes Mittel könnte wie nach der V 2015 auf die Ansteckbarkeit abgestellt werden.

5. Praxis in Österreich

In ganz Ö sind derzeit ca 6.000 bis 7.000 Personen sichtbar als Sexdienstleister_innen tätig, davon ca 4.000 in Wien. 90–95 % der Sexarbeiter_innen in Ö sind Migrant_innen, vorwiegend aus Bulgarien, Rumänien und Ungarn.[75] Wie viele Personen unerfasst tätig sind, ist unklar,[76] insb Österreicher_innen würden laut *Knappik*, Sprecher von *sexworker.at*, die Registrierung aufgrund der großen Stigmatisierung meiden.[77]

Die Erfahrung von Expert_innen zeigt, dass Sexdienstleister_innen generell Wert auf geschützten Geschlechtsverkehr (jedenfalls bei Vaginalverkehr) legen, da ihre (sexuelle) Gesundheit Voraussetzung für ihre Tätigkeit ist und somit als Existenzgrundlage dient.[78] Der Wissensstand bezüglich STIs/HIV variiert und wird von der Dauer der Tätigkeit, dem Alter und der Herkunft der Sexarbeiter_in beeinflusst.[79] Unerfahrene Sexdienstleister_innen seien Expertinnen zufolge eher dazu bereit, der Nachfrage nach ungeschütztem Sexualverkehr nachzukommen.[80] Weiters könnten hoher Konkurrenzdruck und eine prekäre wirtschaftliche Situation dazu führen, dass ungeschützter Geschlechtsverkehr angeboten wird.[81] Bei Oralverkehr wird allgemein häufig auf Schutzmaßnahmen verzichtet.[82]

Aufgrund der Kontrolluntersuchungen gehen Kunden[83] regelmäßig davon aus, dass Sexdienstleister_innen frei von STIs seien[84] oder nehmen das Risiko einer Ansteckung in Kauf.[85] Die falsche Vorstellung der Kunden, Kontrolluntersuchungen wären ein Schutz vor der Übertragung von STIs, wird durch Bordelle verstärkt, die zusätzliche wöchentliche „Pflichtuntersuchungen" im Haus durchführen und dann mit „gesunden Frauen" werben.[86]

---

75 *Nagl* (2018); *Sophia Shivarova* (2018), Persönliches Interview, Sozialberaterin bei LEFÖ, Wien (28.05.2018).
76 *AG Prostitution*, Empfehlungen 29.
77 *Christian Knappik* (2018), Persönliches Interview, Sprecher von sexworker.at, Wien (09.05.2018).
78 *Shivarova* (2018); *Judith Schatz* (2018), Persönliches Interview, Beratungsstelle LENA, Linz (21.06.2018); *Knappik* (2018); Für Europa wird der Kondomgebrauch unter Sexdienstleister_innen auf 80-90% geschätzt, wobei die Zahl in Ländern, in denen Sexarbeit verboten ist, niedriger zu sein scheint. *ICRSE*, Understanding sex workers' right to health (2017).
79 *Shivarova* (2018).
80 *Shivarova* (2018); *Helga Amesberger* (2018), Persönliches Interview, Wien (30.05.2018); *Schatz* (2018).
81 *Expertin STIs* (2018); *Shivarova* (2018).
82 *Shivarova* (2018); *Schatz* (2018); *Amesberger* (2018).
83 In den zitierten Interviews wurde nur von Männern als Kunden gesprochen.
84 *Shivarova* (2018); *Knappik* (2018); *Schatz* (2018).
85 *Expertin STIs* (2018).
86 ZB Pascha Salzburg am 12.1.2019 (jetzt „Nights") www.facebook.com/NightsSalzburg/photos/a.161153860632146/2055994311148082/?type=3&theater (31.5.2019); AG Prostitution, Empfehlungen 40; *Nagl* (2018).

© Verlag Österreich 2019

Fehlendes Wissen bzw Bewusstsein über die Gefährlichkeit und Ansteckungsmöglichkeiten von STIs/HIV tragen ebenfalls dazu bei, dass Kunden Unsafe-Sex-Praktiken fordern und ggf dafür mehr Geld anbieten.[87]

Die Ergebnisse der Kontrolluntersuchung sind nicht immanent vorliegend, sodass die untersuchte Person nach einer Kontrolluntersuchung mit gültigem „Deckel", in welchem nur die Vornahme der Tests im gesetzlich festgelegten Umfang und nicht das Freisein von STIs vermerkt ist, vorerst unwissend infiziert arbeiten und STIs übertragen kann. Weiters kann jeder Risikokontakt zu einer Ansteckung führen, die erst im Rahmen der nächsten Untersuchung festgestellt wird.

Problematisch sind ebenfalls Bordellbetreiber_innen, die aufgrund der großen Nachfrage nach ungeschütztem Sex – va nach Oralverkehr[88] – den Sexdienstleister_innen diese Praktiken vorschreiben und bei Nichtvornahme Strafzahlungen verlangen.[89] Dies steht im klaren Widerspruch zur Sexarbeit als selbstständiger Tätigkeit und zur sexuellen Integrität der Sexarbeiter_innen.[90]

In der Berufsgruppe der Sexdienstleister_innen bestehen unterschiedliche Standpunkte zum Thema „Pflichtuntersuchung", die sich in absoluter Ablehnung bis hin zur Befürwortung manifestieren.[91] *Amesberger* hebt hervor, dass Sexarbeiter_innen oft der Meinung seien, dass sie selbst die Untersuchungen nicht benötigen würden, sie für andere jedoch als sinnvoll erachten. Weiters würden die Modalitäten der Untersuchungen, unter denen diese durchgeführt werden, stark beeinflussen, ob jemand ihnen positiv oder negativ gegenüber eingestellt sei.[92] Befürworter_innen der Pflichtuntersuchungen unter den Sexdienstleister_innen befürchten, dass mit dem Ende der gesetzlichen Untersuchungspflicht ein Ende der kostenlosen Untersuchungen einhergehen könnte.[93] *Sexworker.at* und *Red Edition*, Selbstorganisationen von Sexdienstleister_innen, sprechen sich explizit gegen die Zwangsuntersuchungen aus.[94] *Knappik* macht darauf aufmerksam, dass viele Sexarbeiter_innen diesen nicht widersprechen würden, weil sie sich ihrer Menschenrechte nicht bewusst seien.[95]

Von Seite der nichtstaatlichen Beratungsstellen herrscht Einigkeit über den diskriminierenden Charakter der Pflichtuntersuchungen, weiters erachten sie die erzwungenen „Gesundheits-Checks" als wenig wirkungsvoll.[96]

---

87 Ton-Aufnahme der Aidshilfe Oberösterreich „Alles was Spaß macht"; Expertin STIs (2018); *Amesberger* (2018).

88 *Nagl* (2018).

89 *Amesberger*, Sexarbeit in Österreich – Ein Politikfeld zwischen Pragmatismus, Moralisierung und Resistenz (2014) 92 ff; *Shivarova* (2018); *AG Prostitution*, Empfehlungen 39, 42.

90 Die sexuelle Selbstbestimmung ist in Ö verfassungsrechtlich geschützt durch Art 8 EMRK; dazu auch *Shivarova* (2018). Zur Sexarbeit als selbstständiger Tätigkeit siehe *AG Prostitution*, Empfehlungen 19.

91 *Amesberger*, Sexarbeit in Österreich 98f; *Amesberger* (2018); *Knappik* (2018); *AG Prostitution*, Empfehlungen 40.

92 *Amesberger* (2018). Pflichtuntersuchungen seien nicht mit durchschnittlichen Besuchen bei Gynäkolog_innen vergleichbar. *Expertin Sexarbeit* (2018), Persönliches Interview, Wien (09.05.2018); *AG Prostitution*, Empfehlungen 40.

93 *Amesberger* (2018).

94 *Knappik* (2018); *Béal*, Sexarbeit selbstbestimmt, Augustin 483 (2019) 6 f.

95 *Knappik* (2018).

96 *Shivarova* (2018); *Schatz* (2018); siehe dazu auch *AG Prostitution*, Empfehlungen 40.

© Verlag Österreich 2019

Vielfach wird kritisiert, dass die Verantwortung für die Verbreitung von STIs allein den Sexdienstleister_innen auferlegt werde. Kunden müssten hingegen keine regelmäßigen Untersuchungen nachweisen.[97] Schon um die Jahrhundertwende wurde bemängelt, dass Pflichtuntersuchungen primär dem Schutz von Kunden dienen.[98] Dabei haben diese es selbst in der Hand, welche (ungeschützten) Dienstleistungen sie nachfragen und in Anspruch nehmen.

Insg wäre es wichtig, Sexarbeiter_innen die Verantwortung über den eigenen Körper zurückzugeben[99] und die Eigenverantwortung aller Beteiligten zu fördern.[100] Der Großteil der Expert_innen plädiert daher für ein umfassendes freiwilliges und kostenloses Angebot.[101]

6. Conclusio

Die Abschaffungen der Pflichtuntersuchungen im restlichen Europa sowie diverse Studien verweisen darauf, dass Zwangskontrollen zur Marginalisierung der Sexarbeit beitragen und sich nicht positiv auf die öffentliche Gesundheit auswirken. Die Vermutung liegt nahe, dass Kontrolluntersuchungen in Ö nach wie vor aus moralischen Gründen vorgenommen werden. Der OGH hat die Sittenwidrigkeit sexueller Dienstleistungen bereits 2012 verneint, eine moralische Bewertung der Sexarbeit in Bezug auf gesundheitliche Aspekte ist ebenso abzulehnen.

Verpflichtende Tbc-Untersuchungen für diverse Berufsgruppen wurden in Ö schon in den 1990er Jahren aufgrund erwiesener Sinnlosigkeit abgeschafft. Für Sexdienstleister_innen bestehen sie weiterhin. Warum genau diese Berufsgruppe einem höheren Risiko unterliegen sollte, welches diese Untersuchung rechtfertigen würde, ist unklar.

Der Hauptfokus in der STI-Prävention liegt auf Sexarbeiter_innen, während sich die Gesamtbevölkerung erst bei Symptomen oder sonstigem Verdacht einer STI kostenlos testen lassen kann. Die Realität in Bezug auf HIV ist aufgrund des moderneren AidsG und der eingerichteten Aidshilfen wesentlich besser. Ein vergleichbarer niederschwelliger Zugang zur präventiven Testung sollte besonders im Hinblick auf die auftretenden Antibiotikaresistenzen für die Gesamtbevölkerung für sämtliche wichtige STIs ermöglicht werden.

Auf gesetzlicher Ebene hat eine Novelle des GeschlKrG zu erfolgen, welche den Stand der Medizin berücksichtigt und die Aufnahme der einzelnen Infektionen ins Gesetz entsprechend abwägt. Der österr Gesetzgeber könnte sich an Deutschland orientieren und alle meldepflichtigen Infektionskrankheiten in ein „InfektionsschutzG" zusammenfassen.

---

97 *Knappik (2018)*; *Amesberger* (2018); *AG Prostitution*, Empfehlungen 40.
98 *Pappritz*, Prostitution und Abolitionismus (1917) 3 ff.
99 *Schatz* (2018).
100 *Expertin Gesundheitswesen* (2018).
101 *Schatz* (2018); *Shivarova,* (2018); *Expertin STIs* (2018); *Amesberger (2018)*.

© Verlag Österreich 2019

Die Pflicht einer (anonymisierten) Meldung sollte jedenfalls ausgedehnt werden, um einen umfassenden Überblick über auftretende Infektionen zu haben und auf Entwicklungen gezielt reagieren zu können. Geschultes Personal in neu geschaffenen Einrichtungen bzw niedergelassene Ärzt_innen mit entsprechendem Angebot und Fortbildung könnten zu einem wertfreien Umgang mit STIs beitragen und Diskriminierungen im Gesundheitsbereich reduzieren. Langfristig ist eine Entstigmatisierung von STIs und der Sexarbeit sowie die Schaffung sicherer Arbeitsbedingungen für Sexdienstleister_innen die sinnvollste Maßnahme für die Förderung der Selbstbestimmung und Gesundheit von Sexarbeiter_innen.

Mag.ª Esther Ayasch lehrt am Institut für Römisches Recht der Universität Wien und verfasst ihre rechtshistorische Dissertation zum Thema sexuell übertragbare Infektionen und Sexarbeit; esther.ayasch@univie.ac.at

Alina-Michelle Seiler studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien, setzt sich für die Entstigmatisierung von Sexarbeit ein und steht als Gründungsmitglied von „Sex-Aware“ für einen offen Dialog über STIs; alina.seiler@gmail.com

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903037001

Thema: Polizei

Vorwort der Gastherausgeber_innen

Angelika Adensamer / Philipp Hense-Lintschnig / Antonia Wagner

Die Polizei – deren Bindung an rechtsstaatliche Vorgaben und insb das Legalitätsprinzip in Ö erst seit Mitte der 1990er gesetzlich festgeschrieben ist.[1]

Die Polizei – diese „gespenstische Erscheinung" in der nach *Walter Benjamin* die „Trennung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt aufgehoben"[2] ist. Sichtbar wird dies empirisch daran, dass die Polizei diejenige Einrichtung ist, die am häufigsten in Form von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (sog AuVBZ) – das sind normative Handlungen ohne jegliche vorgelagerte Verfahren – entscheidet. Dass diese beinahe ausschließlich nur einer nachprüfenden Kontrolle zugänglich sind, zeigt auch die juristische Besonderheit an den Erscheinungs- und Handlungsformen der Polizei.

Die Polizei – jene Trägerin staatlicher Gewalt, deren Selbstverständnis oftmals mit Kritik und Forderungen nach Transparenz konfligiert. „ART. 10 EMRK – ACAB FÜR IMMER". Mit diesem Banner wiesen Fußballfans des SK Rapid beim Auftakt der Bundesliga auf einen kürzlich gewonnenen Rechtsstreit hin.[3] Hintergrund war ein Verwaltungsstrafverfahren wonach die Verwendung des Slogans „A.C.A.B." – All Cops Are Bastards – den öffentlichen Anstand verletze, da es sich bei dem Wort „Bastard" um ein Schimpfwort handle.[4] Der VfGH, der in diesem Fall zu entscheiden hatte, ob die Verwaltungsstrafe eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit begründet, war von dieser Argumentation nicht überzeugt. Das Schwenken eines Transparents, wodurch die ablehnende Hal-

1 Dies geschah durch die Schaffung des Sicherheitspolizeigesetzes – SPG, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2018/58. Zur Rechtslage vor Einführung des SPG vgl statt vieler, *Merkl*, Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, ZÖR 1931, 199ff. Im Wesentlichen konnten die Sicherheitsbehörden auf Grundlage einer das Legalitätsprinzip sprengenden verfassungsunmittelbaren Verordnungsermächtigung handeln. Nur hingewiesen sei auf die mannigfaltigen Probleme, die das SPG weiterhin enthielt, etwa das *gallische Dorf* des § 49 SPG, vlg dazu *Dopplinger/Kretschmann,* Die Produktion gefährlicher Räume, juridikum 2014, 22f.

2 *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt, Gesammelte Schriften, Bd II 1 (1991) 179 (189).

3 Foto abrufbar unter ultrasrapid.at/2019/07/26/sk-rapid-wien-red-bull-18 (1.8.2019).

4 S dazu die Begründung des Verwaltungsgerichts Wien, 2.11.2018, VGW-031/056/11692/2017-6. Auch von anderer Seite gab es in der Vergangenheit Kritik an der Verwendung *Bastard* für Polizist_innen, s dazu *Flugblatt der Roten Hilfe e.V. zum problematischen Gebrauch der Parole A.C.A.B.* das insb klassistische und rassistische Gründe ins Treffen führt; abrufbar unter rotehilfegreifswald.blogsport.de/2012/12/13/warum-a-c-a-b-scheisse-ist (1.8.2019).

© Verlag Österreich 2019

tung eines Fußballfans gegenüber dem Stand der Polizei als Teil der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck gebracht wird, ist im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt.[5] Exemplarisch steht diese Geschichte für das problematische Verhältnis der Polizei zu jenen, die von polizeilichen Zwangsmaßnahmen betroffen sind und diese überprüfen lassen wollen.

Dieser Schwerpunkt hat es sich zur Aufgabe gemacht, das Handeln der Polizei und ihre Rolle im Rechtsstaat aus verschiedensten Perspektiven zu untersuchen.

Wie wird die Rolle der Polizei im Staat und ihr Verhältnis zu Gewalt eingeordnet? Mit dieser Frage beschäftigen sich *Andrea Kretschmann* und *Aldo Legnaro*. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive beschreiben sie in einer akribischen Aufarbeitung kritische Positionen gegenüber der Polizei und ihre normativen Konsequenzen.

Daniel Loick beschäftigt sich mit der Kritik an staatlichen Gewaltinstitutionen wie dem Gefängnis, dem Lager oder eben der Polizei. Dass die Polizei als Ordnungshüterin nicht alternativenlos ist, beschreibt *Loick* anhand des abolitionistischen Aktivismus der Black Panthers und fragt, welche Konsequenzen aus diesen aktivistischen Erfahrungen für eine zeitgenössische Rechtskritik gezogen werden können.

Eine „*gute Policey*" – das ist eine, deren Handlungen in einem rechtsstaatlichen Verfahren überprüfbar sind. Dem Themenbereich der Rechenschaftspflicht und der Kontrolle der Polizei widmen sich gleich mehrere Artikel dieses Heftes. *Emanuel Matti* untersucht, ob der vorläufige Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln in Bescheidform und insb der Rechtsschutz gegen Mandatsbescheide mit den rechtsstaatlichen Vorgaben des Effektivitätsgebots vereinbar ist. Er kommt dabei hinsichtlich der Mandatsbescheide zum Schluss, dass hier weiterhin eine rechtsstaatliche Lücke klafft.

Philipp Sonderegger plädiert für ein rechenschaftsfreundliches Selbstverständnis der Polizei. Erfahrungen aus dem zivilgesellschaftlichen Polizei-Monitoring würden zeigen, dass die österr Polizei in diesem Bereich noch Defizite habe, so *Sonderegger*.

Im Artikel von *Elisabeth Riess* geht es um die Dokumentation von Polizeimaßnahmen. Sie widmet sich der Frage, wann Bildaufnahmen von polizeilichem Handeln und deren Veröffentlichung erlaubt sind und in welchen Fällen der Persönlichkeitsschutz der Polizist_innen überwiegt.

Einer technologisierten Form polizeilichen Handelns widmen sich *Angelika Adensamer* und *Lukas Klausner*. „Predictive Policing" soll der Polizei anhand von Algorithmen ermöglichen, Orte oder Personen an bzw von denen Verbrechen zu erwarten sind, frühzeitig zu erkennen. Detailliert zeigen die Autor_innen auf, dass derartigen Systemen sowohl aus technischer und praktischer Sicht als auch im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit starke Bedenken gegenüberstehen. Insb besteht die Gefahr, dass aufgrund eines

5 VfGH 18.6.2019, E 5004/2018-11. Ähnlich kam 2016 das dt Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass die Kundgabe des Slogans „ACAB" vor dem Hintergrund der Freiheit der Meinungsäußerung nicht ohne weiteres strafbar sei und eine „Kollektivbeleidigung" nur bei Bezug zu einer abgegrenzten und überschaubaren Personengruppe strafbar sei. S BverfGE, 17.Mai 2016, 1 BvR 257/14: 1 BVR 2150/14.

© Verlag Österreich 2019

„Datenbias“ prognosebasierte Modelle der Polizeiarbeit zu sich selbst erfüllenden Prophezeiungen umschlagen.

Mag.ª Angelika Adensamer (MSc) ist Juristin und Kriminologin bei der Grundrechtsorganisation epicenter.works und Redaktionsmitglied der Zeitschrift juridikum; angelika.adensamer@epicenter.works

DI (FH) Mag. Philipp Hense-Lintschnig ist Redaktionsmitglied des juridikum und lebt in Graz; philipp@hense-lintschnig.at

Mag.ª Antonia Wagner ist Redaktionsmitglied des juridikum und arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; antonia.wagner@wu.ac.at

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903037301

Polizei und Gewalt

Sozialwissenschaftliche Lektüren eines untrennbaren Verhältnisses

Andrea Kretschmann / Aldo Legnaro

Polizei und Gewalt werden stets als assoziierte Erscheinungen gesehen. Je nach politischem Standpunkt wird aus dem unauflöslichen Verhältnis von Polizei und Gewalt jedoch Unterschiedliches gefolgert. So tritt *Matteo Salvini*, der zwischen Rechtspopulismus und Rechtsextremismus oszillierende italienische Innenminister, in der Öffentlichkeit gerne mit einer Jacke auf, die den Schriftzug *Polizia* trägt. Das soll Autorität, Macht, Durchsetzungskraft, Gewalt und energische Entschiedenheit des Durchgreifens signalisieren. Er bedient sich damit eines Bildes von Polizei, das diese Trägerin des staatlichen Gewaltmonopols als ein primär repressives Organ zeichnet. Es ist exakt dieselbe Bewertung der Rolle von Polizei, aber von einem anderen politischen Standpunkt aus eine völlig gegensätzliche Folgerung, die die 2015 neugewählte griechische Linksregierung dazu veranlasste, die Sperrzäune vor dem Parlament und die Polizeibusse vor Ministerien entfernen zu lassen: Das sollte der Beginn einer „Versöhnung des Volkes mit der Polizei und der Polizei mit dem Volk" sein, wird ein Minister zitiert (SPIEGEL 7/2015: 90). Dieses von dem Gedanken einer bürgernahen Polizei getragene Vorhaben dauerte allerdings nicht sonderlich lange an – dann griff angesichts neuer Massenproteste gegen die Regierungspolitik die griechische Polizei wieder zu vertrauten Mitteln.

In staats- und rechtstheoretischen, soziologischen und kriminologischen Diskussionen, die die politischen Auffassungen von Polizei als Institution oftmals informieren, sind dieselben, und dabei dieselben gegensätzlichen, Auffassungen mehr oder weniger explizit auffindbar (s zB *Bittner* 1970; *Jobard* 2014): Die Polizei verfügt über Waffen, hat uU das Recht, sie einzusetzen, und verteidigt die jeweilige staatliche Ordnung. In Staaten, deren Gewaltmonopol durch Polizei ausgeübt wird, gilt deswegen die Anwendung privater Gewalt zur Sanktionierung von (vermeintlichen) Straftaten als strafwürdige Selbstjustiz (vgl zB *Schmidt-Lux* 2012). Dies wirft die Frage nach der konkreten Rolle von Polizei in demokratisch verfassten Gesellschaften aus Sicht der Forschungsstände auf: Wie wird das Verhältnis von Polizei und Gewalt im gesellschaftlichen Gefüge jeweils gedeutet, und weiterführend: welche Kritik von Polizei wird daraus uU gefolgert?

Der Beitrag will einen Überblick über die verschiedenen Positionen vermitteln und diese typisieren; dies gerade vor dem Hintergrund, dass die Positionen oftmals nur implizit verhandelt werden. Eine Erörterung der Positionsbestimmungen von Polizei in Gesellschaft ist auch deshalb relevant, da diese nicht selten als unhinterfragte Prämissen eine

© Verlag Österreich 2019

untersuchungsleitende Funktion haben. Dabei nehmen wir bewusst keine Trennung zwischen politik- oder rechtstheoretischen, soziologischen oder kriminologischen Arbeiten vor, da diese sich in hohem Maße gegenseitig beeinflussen. Wir unterscheiden in der Folge zwischen *autoritären* Positionen, die das Verhältnis von Polizei und Gewalt als notwendig ansehen, und *progressiven* Positionen, die das Verhältnis von Polizei und Gewalt problematisieren; diese fächern sich wiederum in zwei verschiedene normative Strömungen auf. Hier lässt sich eine *kontingente* Strömung, die davon ausgeht, dass polizeiliches Agieren einer verstärkten externen Kontrolle bedarf, von einer *anarchistischen* Strömung, die den Gewaltcharakter der Polizei durchwegs ablehnt und eine Abschaffung der Polizei fordert, unterscheiden. Anschließend reflektieren wir die verschiedenen Modi von Kritik dieser beiden Strömungen.

1. Die autoritäre Position: Polizei und Gewalt als positives gesellschaftliches Verhältnis

Erstens sind jene Positionen zu nennen, die das untrennbare Verhältnis von Gewalt und Polizei nicht problematisieren, sondern als positive Notwendigkeit rahmen. Die als autoritär zu bezeichnenden Perspektiven schreiben der Polizei die Funktion zu, eine möglicherweise aufsässige Bevölkerung bzw Staatsfeinde uU auch durch den Einsatz von Gewalt zu kontrollieren. Hierfür steht paradigmatisch das rechte staatstheoretische Denken, das *Carl Schmitt*, gemeinhin als Kronjurist des Dritten Reiches bezeichnet, entfaltet hatte. Sein Diktum: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet" (1922/2004: 13) wird gewissermaßen operational gemacht durch seine Ausführung, dass es keine Norm gebe, die auf ein Chaos anwendbar wäre: „Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht." (ebd: 19) Von Polizei ist hier nicht explizit die Rede; sie bildet aber als Verkörperung des staatlichen Gewaltmonopols das zentrale Instrument, mit dem die Definition über das Normale als souveräne Handlung des Entscheidenden zur Not mittels Zwang als Akt des Dezisionismus durchgesetzt werden kann, und deswegen muss sie gar nicht weiter erwähnt werden. In diesem Verständnis des Gewaltmonopols liegt der primäre – und positiv besetzte – Akzent auf Gewalt.

Hieran anschließend ist das Konzept des Feindstrafrechts zu nennen, wie es *Günther Jakobs* (2000) propagiert. Wie bei *Schmitt* bleibt Polizei bei ihm ganz implizit, doch setzt er Feindstrafrecht mit Krieg gegen Feinde, die er als Unpersonen ansieht, gleich, und wer sollte diesen Krieg führen – da es sich um Feinde handelt, die bereits im Land sind – wenn nicht die Polizei? Der Polizei kommt hier eine unbeschränkte Souveränität zu, die sich in demokratischen Verfassungsstaaten, in denen die Exekutive parlamentarischer und gerichtlicher Kontrolle unterliegt, nicht legitimieren lässt. Auch das von *Josef Isensee* (1983) postulierte Grundrecht auf Sicherheit kann in eine ähnliche Richtung führen, denn wollte man ein solches Recht exzessiv auslegen, ließe sich jeglicher Grundrechts-

© Verlag Österreich 2019

eingriff mit Sicherheitserwägungen begründen. Die Folge ist eine Umkehrung des klassisch-liberalen Verständnisses von Grundrechten: Deren Funktion besteht dann weniger im Schutz *vor* dem Staat als *durch* den Staat, was die Frage nach möglichen illegitimen Zwangsanwendungen durch die Polizei letztlich ganz zum Verschwinden bringt. Dies sind (in letzter Konsequenz zumindest) für die Gegenwart lediglich Proklamationen, die aber auf die Tendenz verweisen, Polizei zum Universalinstrument eines fetischisierten Sicherheitsbegriffs zu machen.

An die autoritären Positionen schließen staats- und rechtstheoretische, soziologische und kriminologische Arbeiten an, die eine gesellschaftliche Funktion der Polizei als positive Ordnungsstifterin voraussetzen und entsprechend der Vorstellung, dass ein Mehr an Polizei auch mehr Sicherheit mit sich bringt, nach einer Effektivierung der Polizei bzw nach dem Ausbau polizeilicher Maßnahmen fragen. Es ist eben dies die gewöhnliche – autoritär gefärbte – Argumentation von Innenministerien.

2. Die progressive Position: Polizei und Gewalt als Verhältnis unter kritischer Beobachtung

Dazu entgegengesetzt stehen grundlegend kritische Positionen gegenüber der Polizei, die wir als progressiv bezeichnen. Auch hier wird das untrennbare Verhältnis von Gewalt und Polizei gesehen, aber anders als obenstehend negativ ausgelegt, wenn auch mit unterschiedlichen politischen Ableitungen. Es wird nahegelegt, dass Polizei als gesellschaftlich problematische Akteurin zu sehen ist, da ihre Kompetenz von Strafverfolgung und Kontrolle der Öffentlichkeit an sich bereits repressive Momente beinhaltet und sie zudem ihre Befugnisse oft überschreitet: Folgerichtig wird sie eher als Gegenspielerin von demokratischen Prozessen gedacht. So sieht *Walter Benjamin*, prominenter Intellektueller und Sozialphilosoph in der Weimarer Republik, zur gleichen Zeit ähnlich wie *Carl Schmitt* Polizei als eine Institution autoritärer Gewalt, da rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt in der Polizei die Tendenz hätten, sich auf „gespenstische" Weise miteinander zu vermischen (*Benjamin* 1921/1965: 43). Dies führt nach *Benjamin* dazu, dass die Zwecke polizeilichen Handelns nicht identisch sind mit denen des übrigen Rechts, vielmehr bezeichnet „das ‚Recht' der Polizei (...) den Punkt, an welchem der Staat, (...) seine empirischen Zwecke, die er um jeden Preis zu erreichen wünscht, nicht mehr durch die Rechtsordnung sich garantieren kann. Daher greift ‚der Sicherheit wegen' die Polizei in zahllosen Fällen ein, wo keine klare Rechtslage vorliegt, wenn sie nicht ohne jegliche Beziehung auf Rechtszwecke den Bürger als eine brutale Belästigung durch das von Verordnungen geregelte Leben begleitet oder ihn schlechtweg überwacht." (ebd: 44) *Benjamin* suggeriert, dass die Polizei eine unumschränkte Gewaltmacht entwickelt, keinerlei rechtliche Grenzen mehr kennt und auf diese Weise staatliche Zwecke exekutiert, die sich nur durch spontan polizeilich gesetztes Recht erfüllen lassen. Doch ist in Rechnung zu stellen, dass die Polizei im demokratischen Verfassungsstaat nicht von sich aus Recht setzt, sondern dass sie gelten-

© Verlag Österreich 2019

des Recht – im Rahmen ihres Handlungsspielraums oder in Überschreitung von diesem – ausführt oder auf dem Verordnungsweg agiert (*Kretschmann* 2014).[1]
Ganz in diesem Sinne argumentieren auch viele soziologische oder kriminologische empirische Studien, die das Verhältnis von Polizei und Gewalt nicht in Einzelfällen begründet sehen, sondern strukturelle Ursachen zugrunde legen. Sie schließen an die Position einer möglichen polizeilichen – verstanden im Sinne *Benjamins* – ‚Rechtsfortsetzung' (*Kretschmann* 2019) an, bieten aber einen empirisch differenzierteren Blick. So verknüpft *Fabien Jobard* (2013) *Benjamins* Argumentation mit derjenigen *Schmitts* zum Ausnahmezustand, indem er empirische Befunde zum polizeilichen Handeln heranzieht. Dann lasse sich ein polizeilicher Dezisionismus ersehen, der nach einer sozialen Geografie vorgehe – in bestimmten (geographischen) Bereichen, etwa hauptsächlich von Angehörigen der Unterschicht oder MigrantInnen bewohnten Vierteln, emanzipiere sie sich vom Recht und mache es damit gewissermaßen selbst. Vor Augen hat er dabei das polizeiliche Agieren in französischen *banlieues*, wie es etwa *Fassin* (2014) als „petty states of exception" beschrieben hat. Das ist zwar ein Dezisionismus der kleinen Münze (*Schmitt* hatte Größeres im Sinn), doch werden vergleichbare Befunde selektiver und durchaus stigmatisierender polizeilicher Praktiken auch für Deutschland vorgelegt (etwa *Hunold* 2011; *Belina* 2016). In ihnen wird aufgezeigt, dass Verdacht und Vorurteil nahe beieinander liegen, wenn die Polizei anlasslos Kontroll- und Identifizierungsmaßnahmen vornimmt (*Behr* 2019). Indizien für als kriminell etikettierbare Verhaltensweisen werden dann, so wird gezeigt, notwendigerweise an äußeren Umständen (etwa Aussehen, Verhalten, Örtlichkeiten) festgemacht (*Feest* 1971; *Legnaro* 2018). Kurz: Die empirischen Studien verdeutlichen, dass eine polizeiliche Tendenz, die rechtlichen Grenzen zu überschreiten bzw ihre Vollmachten selektiv anzuwenden, existiert, sodass sich indirekte Rechtsfortbildungen durch die Polizei anhand bestimmter – und damit in besonderer Weise betroffener – Bevölkerungsgruppen entwickeln. Im Mittelpunkt einschlägiger gegenwärtiger Diskussionen stehen schließlich Entwicklungen möglichst frühzeitig ansetzender präventiver Praktiken der Polizei, die Ermittlungen und Überwachungen bis weit in das Vorfeld der eigentlichen Deliktbegehung hinein erfordern und ermöglichen und die Tendenz befördern, gesellschaftliche Probleme jeglicher Art als Sicherheitsprobleme zu codieren, wofür sich der Terminus Sekuritisierung eingebürgert hat (vgl *Buzan* et al 1998). Sie gehen darauf ein, dass diese Präventionsorientierung nicht nur mit (tw erheblich) erweiterten rechtlichen Befugnissen für die Polizei und ihrer Aufrüstung mit neuen technischen Kompetenzen einhergeht. Auch kommt es zu einer gewissen Autonomisierung des Polizei-Apparats, wie sie *Fritz Sack* (1995) schon früh beschrieben hat – es ergeben sich neuartige dezisionistische Möglichkeiten, ließe sich sagen, wenn etwa das Recht der Polizei

1 Ob sie innerhalb des rechtlichen Rahmens gehandelt, ihn exzessiv ausgelegt oder gar überschritten hat, kann nur nachträglich durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden, so wie auch das Recht selbst einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Eine Delegitimierung im Nachhinein ändert zwar nichts am Faktum der geschehenen Überschreitung, mag aber zukünftige polizeiliche Übertretungen verhindern.

© Verlag Österreich 2019

die Möglichkeit einräumt, Gefahrengebiete zu definieren, anlasslose Kontrollen durchzuführen oder bestimmte Personen dauerhaft zu überwachen. Eine solche Perspektive macht einen Großteil heutiger kritischer kriminologischer Forschung aus, die zudem auf die sehr niedrige Anklagequote und besonders hohe Einstellungsquote gegenüber PolizistInnen hinweist (vgl *Derin/Singelnstein* 2019: 225). Es sind, zusammen mit ihrem Gewaltmonopol, solche in alltägliche Handlungsvollzüge eingebettete Ambiguitäten, Selektivitäten und Diskriminierungen, die die tiefe Polizei-Skepsis der kriminologischen Forschung ganz im Sinne *Benjamins* prägen, wie schon ein Blick in die ältere, vom *labeling approach* (etwa *Feest/Lautmann* 1971; *Feest/Blankenburg* 1972; eingeschränkt *Girtler* 1980) oder von marxistischen Theoremen (*Hall* et al 1978) informierte Literatur zeigt.

3. Die kontingente und die anarchistische Ableitung: Einhegung versus Abolition

Zwei unterschiedliche normative Konsequenzen leiten sich aus der progressiven Position ab. Die hier zuerst genannte, kontingente Position betrachtet das Verhältnis von Polizei und Gewalt als einhegbar. Es wird als schwieriges Verhältnis gesehen, in dem teils Einzelfälle, teils strukturelle Probleme der Polizei als Organisation, teils aber auch die allgemeine, der Polizei zugrunde liegende Logik der ‚Rechtsfortsetzung', problematisiert werden. Daraus wird gefolgert, dass Polizeien in starkem Maße gesellschaftlicher Kontrolle bedürfen. Einerseits wird die parlamentarische Kontrolle als wichtig erachtet, andererseits werden darüber hinaus externe Kontrollen, die über die herkömmlichen parlamentarischen Einrichtungen hinausgehen, als unerlässlich angesehen. Gerade der Umstand, dass die Polizei in Ermittlungsverfahren gegen PolizistInnen zumeist gegen sich selbst ermittelt, hat in der letzten Dekade in vielen Ländern dazu geführt, unabhängige Kontrollstellen einzufordern – mit unterschiedlichem Erfolg (vgl etwa für England *Lister/Rowe* 2016). Hintergrund dieser kontingenten Auffassung ist – anders als in Hinblick auf abolitionistische Positionen hinsichtlich des Gefängnisses (vgl etwa *Ruggiero* 2010; *Oparah* 2013) – die Grundannahme der Unverzichtbarkeit von Polizei in gegenwärtigen Gesellschaften. Wenn, wie wir seit *Durkheim* (1895/1961: 156ff) wissen, abweichendes und somit auch kriminelles Verhalten in jeder Gesellschaft vorkommt und als Bewusstmachung und Aktualisierung der geltenden Normen sogar eine gesellschaftliche Funktion erfüllt, dann brauche es notwendigerweise eine Institution, die solche Abweichung zu definieren, zu etikettieren, zu erkennen befugt ist. Derzeit wird hierfür die Polizei als Vorarbeiterin von Staatsanwaltschaften und Gerichten eingesetzt. Aus dieser Perspektive heraus bildet sie dann eine funktional notwendige Einrichtung der Ordnungsbildung und Ordnungsherstellung, deren alltägliches Handeln in der Regel zu den nicht weiter hinterfragten Selbstverständlichkeiten zählt. Zudem werden bestimmte Delikte als derart schädigend betrachtet, dass es zur Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung der Möglichkeit einer unmittelbaren Unterbindung bedürfe. Die Problematik des Verhältnisses von Polizei und Gewalt wird zwar gesehen, gleichzeitig wird anerkannt,

© Verlag Österreich 2019

dass Polizei nicht nur repressiv wirkt, sondern zur Bewältigung des Alltags immer wieder auch außerordentlich hilfreich sein kann. Als Opfer eines Überfalls oder Einbruchs, so wird argumentiert, werden die meisten derjenigen, die Polizei heftig kritisieren, doch auf sie zurückgreifen. Aus konfliktsoziologischer Perspektive wird hervorgehoben, dass ein nicht mehr existentes Gewaltmonopol als ein Kennzeichen von *failed states* gilt und unter den derzeitigen Verhältnissen keineswegs zu Herrschaftsfreiheit führe, sondern zu einem Gewalt-Oligopol, dessen AkteurInnen militärisch um die Vorherrschaft kämpften, wobei sie sich in aller Regel um die Zivilbevölkerung wenig und die Menschenrechte gar nicht scherten, wie sich in zahlreichen Konflikten der Gegenwart zeige (vgl div Beiträge in *von Trotha* 1997; *von Trotha* 2003). Die Etablierung eines staatlichen Gewaltmonopols wird demnach nicht von vornherein als Negativum, sondern im Gegenteil als eine historische europäische Errungenschaft betrachtet, auch wenn reflektiert wird, dass diese Entwicklung ihrerseits über lange Zeit mit der Anwendung von Gewalt verbunden war. *Tilly* (1985) bezeichnet denn auch den gesamten langwierigen Prozess dieser Etablierung, der mit der Staatenbildung einhergeht, unumwunden als ‚organisierte Kriminalität'.

Auch die zweite Perspektive, die wir in ihrer normativen Haltung als anarchistisch bezeichnen, räumt der Polizei durchaus das Potenzial der Herstellung von sozialer Ordnung ein. Allerdings handele es sich, eben da die Polizei ein unkontrolliertes und unkontrollierbares Verhältnis zur Gewalt aufweist, um eine immer schon abzulehnende Ordnung. Hierfür repräsentativ ist die Position des Philosophen *Jacques Rancière* (2002). Bei ihm steht die allein negative soziale Bedeutung von Polizei im Zentrum, da sie jene gesellschaftlichen Teilungen, die bei den autoritären Ansätzen als notwendig für den Erhalt gesellschaftlicher Ordnung betrachtet werden, stillstelle: Er verwendet Polizei hierbei metaphorisch, verstanden als „die Gesamtheit der Vorgänge, durch welche sich die Vereinigung und die Übereinstimmung der Gemeinschaften, die Organisation der Mächte, die Verteilung der Plätze und Funktionen und das System der Legitimierung dieser Verteilung vollziehen" (*Rancière* 2002: 39). Damit kennzeichnet er Polizei als die Gesamtheit an Institutionen, die eine gesellschaftliche Struktur und Ordnung konstituieren und mit ihrer Gewalt soziale Ungleichheit aufrechterhalten. Das, was er als niedere Polizei rahmt – er spricht von „Gummiknüppelschlägen der Ordnungskräfte" (*Rancière* 2002: 40) –, interessiert ihn an dieser Stelle nicht; vielmehr überträgt er das, was er als polizeiliche Logik ausmacht, auf ein allgemeineres negatives Prinzip der sozialen Schließung in politischen Prozessen. Er schließt damit an den Begriff der „guten Policey" der frühen Neuzeit an, die als Typus staatlicher Ordnungsgesetzgebung nahezu alle Bereiche von Wirtschaft und Gesellschaft reglementierte und auf soziale Kontrolle und Disziplinierung abzielte (vgl etwa *Härter* 2016). Polizei in diesem Sinne stellt nach *Rancière* eine Grenze zwischen einem sichtbaren, teilhabenden Innen und einem ausgeschlossenen Außen her und bedeutet derart „eine Ordnung des Sichtbaren und des Sagbaren, die dafür zuständig ist, dass diese Tätigkeit sichtbar ist und jene andere es nicht ist, dass dieses

© Verlag Österreich 2019

Wort als Rede verstanden wird, und jenes als Lärm" (ebd: 41). Demnach sind für *Rancière* auch repräsentative Institutionen – im Gegensatz zu seinem Begriff von Politik – polizeilich. Polizei dient hier ganz im Gegensatz zu den oben skizzierten Ansätzen als Begriff für die Etablierung einer abzulehnenden Gesellschaftsordnung, da sie notwendig Ausschlüsse produziere.[2] Ähnlich sieht dies etwa *Oliver Marchart*, wenn er aus radikaldemokratischer Perspektive in Bezug auf Straßenprotest schreibt: „Der erwachte Souverän soll gleichsam bewusstlos geschlagen werden [...] Polizeiliche ‚Aufstandsbekämpfung' – im Sinne der Kontrolle, Überwachung und gegebenenfalls physischen Niederschlagung demokratischer Proteste – zielt auf die Fixierung der fluiden Grenze zwischen regelkonformen und regelprüfenden oder – überschreitenden Protesten. Polizei heißt Arrest, genauer: die Arretierung sozialer Bewegung." (*Marchart* 2016: 503) Im Sinne *Rancières* ließe sich auch von dem Versuch reden, das Bemühen um Sichtbarkeit zu unterdrücken. Für eine Abschaffung von Polizei steht im Sinne dieser normativen Sichtweise exemplarisch *Loick* (2010; siehe auch *Loick* in diesem Heft). Er räumt zwar ein, dass eine Gesellschaft ohne Polizei nicht automatisch eine freie Gesellschaft sein werde: „Aber die Gesellschaft wird so lange nicht frei sein, solange sie sich vorbehält, ihre Mitglieder (oder ihre Gäste) zu bestrafen oder zu disziplinieren, zu segregieren oder zu exkludieren, zu dirigieren oder zu exploitieren. All diese Maßnahmen umfasst aber der Begriff der Polizei irreduzibel, und sei es der demokratisch kontrollierten und durch liberale Grenzen eingeschränkten Polizei" (ebd: 178). Notwendig sei dann die „Etablierung nicht von Rechtsgewalt und Polizei durchdrungener Bereiche" (ebd: 178), um eine Deaktivierung des Rechts und die Abschaffung einer mit seiner Durchsetzung beauftragten Institution zu ermöglichen. Radikale demokratische Selbstbestimmung, so sein Argument ganz im Sinne *Rancières*, werde auf Kommunikation und Aushandlung basierende soziale Integration ermöglichen, die auf Zwangsmittel und somit auch auf die Polizei verzichten könne (*Loick* 2018: 31).

4. Modi der Polizeikritik: Ableitungen

Strukturell wird die Polizei, das hat die obige Analyse gezeigt, vom Großteil der Forschung nicht als progressive Institution gesehen. Autoritäre Positionen, die der Bewahrung bestehender Herrschaftsverhältnisse auch unter Gewaltanwendung den Primat einräumen, bilden in der Gegenwart eine minoritäre, allerdings wegen ihrer Ausstrahlungskraft in die Politik einflussreiche Strömung. Aus progressiver Perspektive ist der Einsatz von Gewalt durch die Polizei als *ultima ratio* anzusehen, die lediglich im Notfall zur Konfliktschlichtung herangezogen werden sollte. Insofern davon ausgegangen wird, dass sie oft weniger zur Streitbeilegung als zur Eskalation beiträgt bzw dass die Effekte ihrer

2 Betrachtet man die aufständischen Demonstrationen der G*ilets jaunes* in Frankreich im Winter 2018/2019, gewinnt dies ungeahnte Aktualität und führt zugleich in ein zentrales Spannungsfeld zwischen der von Polizei verlangten Neutralität und ihrem faktischen Handeln hinein.

© Verlag Österreich 2019

Ordnungsstiftungen durchaus als negativ zu bewerten sind,[3] müssen gewalttätige Einsätze der Polizei aus diesen Perspektiven als ein temporärer Zusammenbruch gesellschaftlicher Kohäsion betrachtet werden. Sinn und Zweck der Polizei scheinen aus diesen Perspektiven in ihrer Rolle als Ordnungsbewahrerin ambivalent.

Daraus ergeben sich zwei Fragen: einmal stellt sich, – aus progressiver Perspektive – die Frage, wie Polizeien effektiv kontrolliert und ggf auch demokratisiert werden können; zum anderen, ob die Polizei tatsächlich immer die geeignete Institution darstellt, um die ihr gesellschaftlich zugewiesene Ordnungsbildung zu gewährleisten. Die erste Frage eröffnet einige pragmatische Facetten und Möglichkeiten äußerer und innerer Beeinflussungen von Polizei. Beobachtung und Analyse der Entwicklung des Polizeirechts wie polizeilicher Aktionen durch AkteurInnen von Wissenschaft und Zivilgesellschaft können hier ebenso hilfreich sein wie eine institutionalisierte politische Kontrolle etwa durch Polizeikommissionen oä, die polizeiliches Handeln – zur Not erst im Nachhinein – transparent macht (vgl auch *Herrnkind/Scheerer* 2003). Das sind (zumindest theoretisch) Beeinflussungsmöglichkeiten von außen, die ergänzt werden durch Binnenentwicklungen des Polizei-Apparats, die der herrschenden ‚Cop Culture' (*Behr* 2000) entgegenwirken könnten. So bilden in Deutschland zunehmend der kritischen Kriminologie verpflichtete Lehrkräfte junge PolizistInnen aus, und innerhalb der Polizei hat sich ein kritisches Potenzial entwickelt, etwa in der Bundesarbeitsgemeinschaft kritischer Polizistinnen und Polizisten. Solchen positiven Tendenzen stehen allerdings negative gegenüber: Mit *Jaschke* ist anzunehmen, dass die Polizei „aufgrund ihres hoheitlichen und repressiven Charakters nach wie vor ein beruflicher Anlaufpunkt für Orientierungen [ist], denen an Ordnung, Autorität und hierarchischen Strukturen liegt. Ihr Auftrag (...) verlangt eine allgemeine Handlungsorientierung, die die Bereitschaft umfaßt, die bestehenden gesellschaftlichen und politischen Macht- und Herrschaftsverhältnisse zu verteidigen und durchzusetzen." (*Jaschke* 1994: 184) Eine solche Tendenz zeigen auch die zunehmend offenbar werdenden rechtsextremen Orientierungen in der Polizei (s *Kopke* 2019). Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die um die Polizei betriebenen Politiken der wissenschaftlich marginalen Position konservativer Provenienz verpflichtet sind, die liberalen und linken Positionen mithin wenig berücksichtigt werden.

Die zweite Frage steht im Zusammenhang mit den Diskussionen über Abolitionismus, wie sie in Bezug auf das Strafrecht bislang allein hinsichtlich der Abschaffung des Gefängnisses als Institution kasernierter Bestrafung (zuletzt *Scheerer* 2018) und die allgemeine gesellschaftliche Funktionsbestimmung von Strafrecht (*de Lagasnerie* 2017) als Medium von Disziplinierung, Rache, Sühne und Wiederherstellung eines normativen Konsenses diskutiert wurden. Die Vorstellung von Polizei als Herstellerin sozialer Ord-

3 Gerade Beispiele metropolitaner ‚Aufstandsbekämpfung' (etwa in den französischen *banlieues*, vgl *Mouhanna* 2010) zeigen, dass mit der Gewalt der Polizei nicht nur die Legitimation des gesamten Staatsapparats und politischen Systems nachhaltig in Frage gestellt, sondern auch, dass sie kaum etwas anderes als ähnlich gewaltsame Effekte vonseiten derer, die sie poliziert, hervorzubringen in der Lage ist.

© Verlag Österreich 2019

nung ist demgegenüber derart tief verankert, dass eine Welt ohne sie kaum denkbar erscheint, wenngleich es Beispiele einzelner historischer Situationen gibt, in denen Ordnung jedenfalls zeitweise auch ohne Polizei gewährleistet werden konnte (*Williams* 2018). So sind abolitionistische Forderungen in Debatten um die Polizei kaum je präsent. Längst scheint vergessen, dass die Polizei ein durch und durch modernes Phänomen ist, das erst mit der Entstehung bürgerlicher Freiheiten zu einer wesentlichen gesellschaftlichen Disziplinar- und Kontrollform werden konnte. Das lässt bereits ahnen, dass die polizeiabolitionistische Sichtweise durchaus utopische Züge trägt und bis jetzt keine rechte Lösung erdacht worden ist. Utopien beschreiben allerdings Fernziele, bei denen fraglich ist, ob sie jemals eine Chance auf Umsetzung haben. Dennoch sind sie wichtig, um in der Gegenwart zumindest Kontingenzen herauszustellen und Neues denkbar zu machen, um auf dieser Basis erste Veränderungen anzustoßen.

Ganz in diesem Sinne wäre danach zu fragen, ob es nicht gesellschaftliche Bereiche gäbe, die sich entpolizeilichen ließen (*Jobard* 2017), etwa durch zivile Konfliktschlichtung und vergleichbare Vorkehrungen. Dann ließen sich ggf auch solche Trends relativieren wie ein zunehmend steigendes Unsicherheitsgefühl im Bereich der Kriminalität (s etwa *Hummelsheim-Doß* 2016) trotz kontinuierlich sinkender Kriminalitätszahlen (vgl dt PKS 2018). Das wäre dann ganz im Sinne einer *Rancièr*'schen Position, die in der Umcodierung sozialer Bereiche, in einer ‚de-securitization' (*C.A.S.E Collective* 2006), eine Chance auf eine zumindest partiell andere Gesellschaft sähe.

Literatur

Behr, Rafael (2000): Cop Culture – Der Alltag des Gewaltmonopols, Opladen.

Behr, Rafael (2019): Verdacht und Vorurteil. Die polizeiliche Konstruktion der „gefährlichen Fremden", in: Howe, Christiane/Ostermeier, Lars (Hg), Polizei und Gesellschaft. Transdisziplinäre Perspektiven zu Methoden, Theorie und Empirie reflexiver Polizeiforschung, Wiesbaden: 17–45.

Benjamin, Walter (1921/1965): Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt/M: 29–65.

Bittner, Egon (1970): The Functions of the Police in Modern Society, Washington DC.

Buzan, Barry/Wæver, Ole/de Wilde, Jaap (1998): Security. A new framework for analysis, Boulder-London.

C.A.S.E. COLLECTIVE (2006): Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, in: Security Dialogue 37 (4): 443–487.

de Lagasnerie, Geoffroy (2017): Verurteilen – Der strafende Staat und die Soziologie, Berlin.

Derin, Benjamin/Singelnstein, Tobias (2019): Amtliche Kriminalstatistiken als Datenbasis in der empirischen Polizeiforschung, in: Howe, Christiane/Ostermeier, Lars (Hg), Polizei und Gesellschaft. Transdisziplinäre Perspektiven zu Methoden, Theorie und Empirie reflexiver Polizeiforschung, Wiesbaden: 207–230.

Dollinger, Bernd/Schmidt-Semisch, Henning (Hg) (2016): Sicherer Alltag? Politiken und Mechanismen der Sicherheitskonstruktion im Alltag, Wiesbaden.

Durkheim, Émile (1895/1961): Die Regeln der soziologischen Methode, Neuwied.

Fassin, Didier (2014): Petty States of Exception: The Contemporary Policing of the Urban Poor, in: Maguire, Mark/Frois, Catarina/Zurawski, Nils (Hg), The Anthropology of Security. Perspectives from the Frontline of Policing, Counter-terrorism and Border Control, London: 104–117.

Feest, Johannes/Lautmann, Rüdiger (Hg) (1971): Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte, Opladen.

Feest, Johannes (1971): Die Situation des Verdachts, in: Feest/Lautmann: 71–92.

© Verlag Österreich 2019

Feest, Johannes/Blankenburg, Erhard (1972): Die Definitionsmacht der Polizei: Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion, Düsseldorf.

Girtler, Roland (1980): Polizei-Alltag. Strategien, Ziele und Struktur polizeilichen Handelns, Opladen.

Hall, Stuart/Critcher, Chas/Jefferson, Tony/Clarke, John/Roberts, Brian (1978): Policing the Crisis. Mugging, the State, and Law and Order, London.

Härter, Karl (2016): Sicherheit und gute Policey im frühneuzeitlichen Alten Reich. Konzepte, Gesetze und Instrumente, in: Dollinger/Schmidt-Semisch (Hg), Sicherer Alltag? Politiken und Mechanismen der Sicherheitskonstruktion im Alltag, Wiesbaden: 29–55.

Herrnkind, Martin/Scheerer, Sebastian (Hg) (2003): Die Polizei als Organisation mit Gewaltlizenz: Möglichkeiten und Grenzen der Kontrolle, Münster.

Hummelsheim-Doß, Dina (2016). Kriminalitätsfurcht in Deutschland: fast jeder Fünfte fürchtet, Opfer einer Straftat zu werden, in: Informationsdienst Soziale Indikatoren, 55: 6–11.

Hunold, Daniela (2011): Polizei im Revier: das Verhältnis von Polizisten und Jugendlichen vor dem Hintergrund des sozialräumlichen Kontextes, in: Soziale Probleme 23 (2): 231–262.

Isensee, Josef (1983): Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 79.

Jakobs, Günther (2000): Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhard, Björn (Hg), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München: 47–56.

Jaschke, Hans-Gerd (1994): Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Begriffe, Positionen, Praxisfelder, Opladen.

Jobard, Fabien (2013): Zur politischen Theorie der Polizei, in: WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 13 (1): 65–77.

Jobard, Fabien (2014): Conceptualizing of Police, in: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice, New York: 515–524.

Jobard, Fabien (2017): Terrorismus – nicht nur ein Problem der inneren Sicherheit, in: Leviathan 4: 592–599.

Kopke, Christoph (2019): Polizei und Rechtsextremismus, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 21–23, 36–42.

Kretschmann, Andrea (2014): Katalysator Wirtschaftskrise? Zum Wandel von Protest Policing in Europa, in: Bürgerrechte & Polizei (CILIP) 106, 52–62.

Kretschmann, Andrea (2019): ‚Loi et jugement' de Carl Schmitt: Une relecture sociologique, in: Grief 6: 51–58, im Erscheinen.

Legnaro, Aldo (2018): Kennzeichen des Gefährdens. Skizzen einer Ethnomethodologie des Sich-verdächtig-Machens, in: Kriminologisches Journal 2: 123–138.

Lister, Stuart/Rowe, Michael (2016): Accountability of Policing, Abington/New York: Routledge.

Loick, Daniel (2010): But who protects us from you? Zur kritischen Theorie der Polizei, in: jour-fixe-initiative Berlin (Hg): Souveränitäten. Von Staatsmenschen und Staatsmaschinen, Münster.

Loick, Daniel (2018): Was ist Polizei-Kritik?, in: ders (Hg), Kritik der Polizei, Frankfurt/M-New York.

Marchart, Oliver (2016): Demokratie und Dissens. Agonistische Demokratietheorie und die Legitimität von Protest, in: juridikum 4: 494–503.

Oparah, Julia C (2013): Why No Prisons?, in: Scott, David (Hg), Why Prison?, Cambridge: 278–300.

Rancière, Jacques (2002): Das Unvernehmen. Politik und Philosophie, Frankfurt/M.

Ruggiero, Vincenzo (2010): Penal abolitionism, Oxford.

Sack, Fritz (1995): Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand. Zur Entwicklung und Kritik der Strukturen »postmoderner« Kontrolle, in: Gössner, Rolf (Hg), Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat, Baden-Baden: 429–456.

Scheerer, Sebastian (2018): Abschaffung der Gefängnisse, in: Kriminologisches Journal 3: 167–177.

Schmitt, Carl (1922/2004): Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin.

Schmidt-Lux, Thomas (2012): Vigilantismus. Ein Phänomen der Grenze? In: Kriminologisches Journal 2: 118–132.

Ertel, Manfred/ Heyer, Julia Amalia/Mayr, Walter/von Mittelstaedt, Juliane (2015): Trotz und Charme, in SPIEGEL 7: 88–90.

© Verlag Österreich 2019

Tilly, Charles (1985): War Making and State Making as Organized Crime, in: Evans, Peter/ Rueschemeyer, Dietrich/ Skocpol, Theda (Hg), Bringing the State Back In, Cambridge: 169–191.

von Trotha, Trutz (Hg) (1997): Soziologie der Gewalt, Sonderheft 37 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Wiesbaden.

von Trotha, Trutz (2003): Die präventive Sicherheitsordnung, in: Ruf, Werner (Hg), Politische Ökonomie der Gewalt. Staatszerfall und die Privatisierung von Gewalt und Krieg, Opladen: 51–75.

Williams, Kristian (2018) Die Polizei überflüssig machen. In: Loick, Daniel (Hg), Kritik der Polizei, Frankfurt/M-New York: 297–340.

Dr.in Andrea Kretschmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Centre Marc Bloch, Berlin; kretschmann@cmb.hu-berlin.de

Dr. Aldo Legnaro ist freier Sozialwissenschaftler; a.legnaro@t-online.de

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903038401

Rechtskritik und Abolitionismus

Die rechtsphilosophischen Lektionen der *Black Panthers*

Daniel Loick

1. Einleitung

In den letzten zwei Jahrzehnten ist es innerhalb der internationalen kritischen Theoriebildung zu einer verstärkten Auseinandersetzung mit Fragen des Rechts und des Staates gekommen. Hatten viele linke Intellektuelle für lange Zeit va die zivilisierenden, einhegenden und humanisierenden Aspekte des Rechts betont, so haben Theoretiker*innen wie *Giorgio Agamben*, *Wendy Brown* oder *Étienne Balibar* wieder an die exkludierenden, verdinglichenden und ideologischen Komponenten rechtlicher Sozialintegration erinnert.[1] Inzwischen ist diese Renaissance der Rechtskritik auch im deutschsprachigen Kontext angekommen; auch hier gibt es mehr und mehr Autor*innen, die sich etwa in der Tradition von *Hegel*, *Marx* oder des Poststrukturalismus um die Formulierung einer zeitgenössischen Analyse und Kritik des Rechts bemühen.[2]

Beeinflusst zum einen durch die lange Tradition des *Prison Abolitionism*, zum anderen durch den radikalen Aktivismus der *Black Lives Matter*-Bewegung sowie neuerdings auch den Aktivismus von Geflüchteten ist parallel auch innerhalb emanzipatorischer sozialer Bewegungen eine immer stärkere Auseinandersetzung mit den drastischen Effekten staatlicher Sanktionsgewalt zu beobachten. Gewaltinstitutionen wie das Gefängnis, die Polizei oder das Lager werden hinsichtlich ihrer gesamtgesellschaftlichen Funktion analysiert, wegen ihrer destruktiven Auswirkungen auf das soziale Leben kritisiert und aufgrund ihrer rassistisch-selektiven Operationslogik skandalisiert.[3] Diese Bewegungen haben häufig nicht nur avancierte Überlegungen zu alternativen Formen der Konfliktschlichtung, Sicherheitsproduktion oder politischen Selbstregierung angestellt, die nicht

1 Vgl *Agamben*, Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben (2002); *Balibar*, Die Grenzen der Demokratie (1992); *Brown*, States of Injury (1995).

2 Vgl *Buckel,* Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Rechtstheorie (2007); *Fischer-Lescano*, Rechtskraft (2013); *Honneth*, Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit (2011); *Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts (2017); *Menke*, Kritik der Rechte (2015).

3 Vgl dazu *Davis,* Are Prisons Obsolete? (2013); *Taylor*, Von #blacklivesmatter zu Black Liberation (2017); für den deutschen Kontext exemplarisch *Ehrmann/Thompson*, Abolitionistische Demokratie. Intersektionale Konzepte und Praktiken der Gefängniskritik, in *Malzahn* (Hrsg), *Strafkritik* (2018); *Kampagne für Opfer rassistischer Polizeigewalt* (Hrsg), Alltäglicher Ausnahmezustand. Institutioneller Rassismus in deutschen Strafverfolgungsbehörden (2016); *Thompson*, There is No Justice, There is Just Us! Ansätze zu einer feministisch-postkolonialen Kritik der Polizei am Beispiel *Racial Profiling*, in *Loick* (Hrsg), Kritik der Polizei (2018).

© Verlag Österreich 2019

länger auf staatliche Gewalt angewiesen sind, sie haben diese Modelle auch in ihrer eigenen Praxis bereits erprobt und weiterentwickelt.[4]
Diese Skizze will einen Beitrag dazu leisten, eine Brücke zwischen der akademischen und der aktivistischen Theoriebildung zu schlagen. Ein solcher Dialog ist aussichtsreich, weil es vielen zeitgenössischen Rechtskritiken ebenso wie dem abolitionistischen Aktivismus um die Frage der Möglichkeit des Rechts jenseits der bürgerlichen Staatsgewalt geht. Zunächst werden knapp die allgemeinen Konturen einer kritischen Theorie des Rechts und insb der Kritik am Rechtszwang rekonstruiert (2.). Danach wird der abolitionistische Aktivismus anhand eines paradigmatischen Beispiels vorgestellt, nämlich der polizeikritischen Rechtstheorie und -praxis der US-amerikanischen *Black Panthers* (3.). Danach werden beide Stränge zusammengeführt und diskutiert, welche Konsequenzen aus den aktivistischen Erfahrungen für eine zeitgenössische Rechtskritik zu ziehen sind (4.).

2. Recht jenseits der Staatsgewalt

In seiner *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* verwendet *Marx* den Begriff des „menschlichen Gesetzes". Dies ist ein Gesetz, das dem Menschen als „Gattungswesen" angemessen ist.[5] Da *Marx* den Menschen aristotelisch als *zoon politikon* begreift, als essentiell soziale oder politische Lebensform, ist das menschliche Recht wesentlich ein *soziales* Recht, dh ein Recht, das dem Menschen in seiner intersubjektiven Bedingtheit, Abhängigkeit und Aufeinanderverwiesenheit gerecht wird. Die subjektiven Rechte der bürgerlichen Gesellschaft denunziert *Marx* demgegenüber als eine antisoziale Rechtsform, welche den Menschen im anderen Menschen „nicht die Verwirklichung, sondern vielmehr die Schranke seiner Freiheit finden" lässt.[6] Die „Grunddifferenz" zwischen den beiden Rechtsformen, der menschlichen sozialen und der bürgerlichen antisozialen, ist die Demokratie. *Marx* will die Sozialität des Rechts nicht einfach abstrakt postulieren, sondern durch reale Partizipationsgarantien absichern: „Der Mensch ist nicht des Gesetzes, sondern das Gesetz ist des Menschen wegen da."[7] Die Menschlichkeit des Rechts kann sich also nur ins Werk setzen, wenn die wirklichen Menschen in die Lage versetzt werden, ihre Lebensbedingungen wirklich selbst zu gestalten; was „der Mensch" ist kann nur Ergebnis eines geschichtlichen Prozesses der Selbst-Bestimmung des Menschen sein. Der *Marx*'sche Demokratiebegriff unterscheidet sich vom bürgerlichen Demokratiebegriff in mehrerlei Hinsicht. Die wichtigste ist, dass *Marx* eine echte Demokratie für unvereinbar mit dem Privateigentum an Produktionsmitteln hält. Die kapitalistische Produktionsweise entzieht wesentliche Fragen des sozialen Lebens der kollektiven Entscheidungsfindung und unterstellt sie den willkürlichen Dispositionen einzelner Kapitalist*in-

4 Vgl *INCITE*, Color of Violence (2016); im dt Kontext *Brazzell* (Hrsg), Was macht uns wirklich sicher? (2018).
5 Zum Programm eines menschlichen Rechts und dessen Implikationen vgl *Loick*, Juridismus Kap 13.
6 *Marx*, Zur Judenfrage (MEW 1, 1964) 264.
7 *Marx*, Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (MEW 1, 1964) 231.

© Verlag Österreich 2019

nen, während sie die Partizipationsmöglichkeiten der Mehrheit auf die von den materiellen Verhältnissen abgetrennte Sphäre des Staates beschränkt. In einer echten Demokratie würde der Mensch die kollektive Selbst-Bestimmung stattdessen „in seinem empirischen Leben, in seiner individuellen Arbeit, in seinen individuellen Verhältnissen" zur Geltung bringen, dh die ihm als Menschen eigenen Kräfte als „gesellschaftliche Kräfte" erkennen und organisieren.[8] Der Mensch bestimmt sich der authentischen, menschlichen Demokratie zufolge also nicht qua seiner Teilnahme am Staatsgeschehen, sondern durch direkte kollektive Einflussnahme auf sein Leben und Zusammenleben. Damit ist der Fokus der Rechtskritik thematisch erweitert; sie darf sich niemals nur auf das Recht richten, sondern muss das gesellschaftliche Gewebe in seiner Gesamtheit in den Blick nehmen.

Diese umfassende Aneignung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch den Menschen hat eine weitere Implikation. Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft ist zwangsbewehrt; es wird durch Exekutivorgane wie die Polizei mit Gewalt durchgesetzt. Ein knappes Jahrhundert nach *Marx* hat *Benjamin* eine prägnante Kritik an dieser Gewaltangewiesenheit des bürgerlichen Rechts formuliert. In seiner kurzen Skizze „Zur Kritik der Gewalt" zielt er auf die grundsätzliche Diskreditierung von Gewalt als Mittel menschlicher Interaktion und dementiert insb die Legitimität ihrer staatlichen Anwendung, etwa in Form der „rechtssetzenden" Funktion des Militärs und der „rechtserhaltenden" Funktion der Polizei und des Strafsystems. Er verweist dabei auf den *strukturell exzessiven* sowie auf den *transzendental illegitimen* Charakter rechtlicher Gewalt. Sie ist strukturell exzessiv, weil selbst in liberalen Staaten die Polizei immer wieder dazu neigt, sich von einem Instrument der Rechtsdurchsetzung in einen Akteur der Rechtsüberschreitung zu verwandeln. *Benjamin* geht jedoch noch weiter: Er zweifelt, ob „Gewalt *überhaupt*, als Prinzip, selbst als Mittel zu gerechten Zwecken sittlich sei".[9] Selbst wenn es also möglich wäre, eine Polizei und ein Strafsystem zu etablieren, die ihre Kompetenzen niemals überschreiten würden, würde es der Rechtsgewalt noch immer an einer grundlegenden Rechtfertigung mangeln. Gegen diese „mythische" Verlängerung der Gewalt im Medium des Rechts zielt *Benjamin* auf die Entwicklung einer nicht-zwangsförmigen Form des Gesetzes, die in Distanz oder in Opposition zum Staat steht. Diese zunächst utopisch anmutende Idee eines Rechts ohne Zwang gewinnt unter Bedingungen einer radikalen Demokratisierung der gesellschaftlichen Verhältnisse stark an Plausibilität: Wenn die Menschen sich ihre Gesetze wahrhaft selbst geben und sie darin auch ihre realen Lebensbedingungen wirklich selbst gestalten, kann der Prozess der gemeinsamen Beratschlagung Bindungsenergien freisetzen, die den Zwang als Mittel der Rechtsdurchsetzung sukzessive überflüssig werden lassen. An die Stelle der Gewalt als Medium der Rechtsexekution kann dann die freiwillige kollektive Umsetzung des gemeinsam Beschlossenen treten.[10]

---

8 *Marx*, Zur Judenfrage (MEW 1, 1964) 370.
9 *Benjamin*, Kritik der Gewalt (GS II.1, 1991) 179; Hervorhebung hinzugefügt.
10 Vgl *Loick*, Kritik der Souveränität (2012) Teil III.

© Verlag Österreich 2019

Diese Vision eines radikaldemokratischen, nicht mehr zwangsbewehrten Rechts hat auch eine transformationstheoretische Konsequenz. Die konventionellen Modelle zur Gesellschaftsveränderung, die Reform und die politische Revolution, sind wenig geeignet, um mit der tradierten Rationalität des bürgerlichen Rechts zu brechen. Strategien, die auf die Inbesitznahme der bestehenden Souveränität zielen, um das gesellschaftliche Leben zu reprogrammieren, verlängern den heteronomen Charakter der Staatsgewalt. Eine alternative Transformationsstrategie, welche diese Gefahren vermeidet, kann man als *Exodus* bezeichnen, als einen Auszug aus bestehenden Unterdrückungs- und Ausbeutungsverhältnisse mit dem Ziel, an anderer Stelle einen neuen Bund zu schließen, welcher sich vom bisherigen Recht nicht nur dem Inhalt, sondern auch der Form nach unterscheidet.[11]

Das Ziel der emanzipatorischen Rechtskritik ist es, über das bestehende Recht hinauszugehen, nicht hinter es zurückzufallen. Eine verantwortungsvoll betriebene Rechtskritik darf daher das Recht nie nur kritisieren, sondern muss auch angeben können, wie sich seine emanzipatorischen Errungenschaften – etwa die Artikulation von Gleichheit und Selbstachtung, die Absicherung von Differenz und Pluralität, die Zurechnung von Verantwortung und Zugänglichkeit – in der angestrebten Alternative sicherstellen lassen. Anders formuliert muss sich eine solche Rechtskritik den offenkundigen Gefahren und Verlockungen stellen, die eine Kritik bestehender Rechtsordnungen birgt, wie die Entwicklung informeller Hierarchien, die konformistische Unterordnung individueller Besonderheiten unter die Gemeinschaft oder die folgenlose oder anonyme Verletzung der physischen oder psychischen Integrität einzelner Gesellschaftsmitglieder durch andere. Inwiefern eine solche Bewahrung der positiven Errungenschaften des Rechts bei gleichzeitiger Eliminierung der antisozialen, heteronomen und repressiven Elemente durch eine rechtskritische Exodus-Strategie aussichtsreich ist, soll nun im nächsten Schritt anhand des paradigmatischen Falls eines abolitionistischen Aktivismus ausgelotet werden, nämlich der Bewegung der *Black Panthers* in den USA.

3. Die Rechtstheorie und -praxis der *Black Panthers*

Die *Black Panther Party* (BPP) wurde 1966 in Oakland von *Huey Newton* und *Bobby Seale* ursprünglich als *Black Panther Party for Self Defense* gegründet. Die BPP existierte formal bis 1982, hatte ihre Hochzeit aber va Ende der 1960er und Anfang der 1970er Jahre. Den *Panthers* war es temporär gelungen, in einigen Stadtvierteln der größten Städte der USA zu einer bestimmenden gesellschaftlichen Kraft zu werden; die Organisation zählte Tausende von Mitgliedern, unterhielt dutzende Büros im ganzen Land und hatte sogar international einige Ableger. Die Aktivitäten der Gruppe konzentrierten sich auf zwei Schwerpunkte: Zum einen die Selbstverteidigung der Community gegen rassistische

11 Zum Exodus-Motiv vgl *Walzer*, Exodus und Revolution (1985).

© Verlag Österreich 2019

Polizeigewalt mittels bewaffneter Patrouillen, welche die Polizei begleiteten, um sicherzustellen, dass es nicht zu gewalttätigen Übergriffen kommt. Dabei machten sich die *Panthers* das *2nd Amendment* der US-Verfassung sowie die kalifornischen Waffengesetze zunutze, die allen Bürger*innen das offene Tragen von Waffen erlaubte. Außerdem unterstützten die *Panthers* die Bevölkerung, indem sie sie über ihre Rechte aufklärten und indem sie beim Aufbringen von Rechtsverteidigungskosten und Kautionen halfen. Ab 1969 wurde diese rechtspolitische Arbeit zweitens durch ein umfassendes Sozialprogramm flankiert, das die *Panthers* als Überlebensprogramm (*Survival Program*) bezeichneten. Dazu zählte va das berühmt gewordene kostenlose Frühstück für Kinder, aber auch die Bereitstellung von medizinischer Versorgung, die Organisation von Wohngenossenschaften, die Durchführung von Bildungsangeboten und zahlreiche weitere soziale Maßnahmen.[12]

Die theoretisch-philosophischen Grundlagen der *Panthers* basierten auf einer Vielzahl heterogener Quellen.[13] Stammte der größte Einfluss aus dem radikalen Aktivismus von *Malcolm X*, so flossen zunehmend auch antikapitalistische, insb marxistische und maoistische Analysen sowie anti-imperialistische und anti-koloniale Ansätze in die Theoriebildung mit ein. Mit zunehmendem Einfluss von Frauen bei den *Panthers* wurden diese Analysen auch mit feministischen Ansätzen verbunden. Einen bleibenden Bezugspunkt stelle das Konzept des *Black Power* dar, wie es va von *Stokely Carmichael* (später *Kwame Ture*) geprägt hatte.[14] Eine echte Gleichberechtigung innerhalb der von Weißen dominierten Gesellschaft ist demnach illusorisch; nur die Entfaltung eigenständiger politischer, sozialer, ökonomischer und kultureller Macht kann die Lebenssituation schwarzer Menschen wirklich verbessern. In Bezug auf die zentrale Frage, welche Form und Gestalt die schwarze Befreiung annehmen müsse, entwickelten sich die Vorstellungen der *Panthers* in vergleichsweise schnellem Tempo weiter. Anfangs waren sie noch von *Malcom X's* Modell des Schwarzen Nationalismus geprägt, der eine politische Autonomie mit unabhängigen Institutionen vorsah; ein UN-überwachtes Plebiszit unter den Angehörigen der schwarzen Kolonien sollte die genaue Form dieser Selbstbestimmung spezifizieren.[15] Je mehr Fragen von Klasse und Geschlecht in den Fokus der Analyse rückten, desto mehr wurde dieser Nationalismus zunächst zugunsten eines anti-imperialen Internationalismus überwunden, der eine Verbindung mit anderen unterdrückten Völkern suchte. Schließlich entwickelten die *Panthers* das Konzept des „revolutionären Interkommunalis-

12 Zur Geschichte der *Black Panther Party* und insb ihrem Wirken in den lokalen Stadtvierteln, siehe insbesondere *Jeffries* (Hrsg), The Black Panther Party in A City Near You (2018); *Jones* (Hrsg), The Black Panther Party (Reconsidered) (2005); *Joseph* (Hrsg), Neighborhood Rebels. Black Power at the Local Level (2010); *Spencer,* The Revolution Has Come. Black Power, Gender, and the Black Panther Party in Oakland (2016); *Williams/Lazerow* (Hrsg), Liberated Territories. Untold Local Perspectives on the Black Panther Party (2008) sowie den persönlichen Bericht von *Seale,* Seize the Time. The Story of the Black Panther Party and Huey P. Newton (1970).

13 Zur Theorie-Entwicklung der *Panthers* siehe *Hayes/Keine*, „All Power to the People!" The Political Thought of Huey P. Newton and the Black Panther Party, in *Jones* (Hrsg), The Black Panther Party (Reconsidered) (2005).

14 *Carmichael/Hamilton*, Black Power. The Politics of Liberation (1992).

15 *BPP*, What We Want. What We Believe, in *Foner* (Hrsg), The Black Panthers Speak (1970) 2.

© Verlag Österreich 2019

mus", einer neuartigen politischen Struktur, die an die Stelle des konventionellen Nationalstaates eine horizontale Verbindung autonomer Kommunen setzen soll. In jeder der verschiedenen Phasen verstand sich die BPP jedenfalls explizit als revolutionäre Organisation; ihre Kritik an der Polizeigewalt ist nur im Kontext eines breiteren sozialtransformativen Programms zu verstehen.

Die wichtigsten Grundsätze der BPP waren in einem Zehn-Punkte-Programm dargelegt, das in jeder Ausgabe der *Panther*-Zeitung abgedruckt war.[16] Es enthielt neben einer Reihe von sozialen und ökonomischen Forderungen (wie etwa das Recht auf politische Selbstbestimmung, Bildung und soziale Absicherung) auch eine Reihe von Punkten, die direkt die Rolle der Justiz und der Exekutive adressierten. Die *Panthers* fordern etwa die Regierung auf, Schwarze vom Militärdienst (und damit von der Teilnahme am Vietnamkrieg) zu dispensieren, weil sie nicht gezwungen werden sollten, ihr Leben für ein rassistisches Regime zu riskieren (§ 6), zum anderen fordern sie die Freilassung aller schwarzen Menschen aus den Gefängnissen, weil innerhalb des bestehenden Justizsystems nicht von einem fairen Prozess ausgegangen werden könne, wie er in der Verfassung eigentlich garantiert ist (§§ 8 u 9). § 7 fordert ein sofortiges Ende der Polizeigewalt gegen schwarze Menschen und begründet die Etablierung der Selbstverteidigungseinheiten, mit denen schwarze Communities vor polizeilichen Übergriffen geschützt werden sollen. Das Programm vollzieht also eine doppelte Geste: Einerseits beziehen sich die *Panthers* auf ihre verfassungsmäßig garantierten Rechte, andererseits grenzen sie sich vom bestehenden politischen System ab und kündigen ihm die Loyalität auf. Die beiden Seiten dieser Doppelstrategie geben damit Auskunft sowohl über die politischen Forderungen und Vorschläge der Polizeikritik der *Panthers*, als auch über ihre konkrete Praxis und ihre Tragfähigkeit.

Auf das *bestehende Recht* beziehen sich die *Panthers* zum einen strategisch, zum anderen aber auch normativ. Als rein strategisch ist die Berufung auf den zweiten Verfassungszusatz zu verstehen, der die Praxis der bewaffneten Patrouillen ermöglicht. Das Tragen von Gewehren war für die *Panthers* kein Selbstzweck, sondern instrumentell, es diente dem Schutz der Community vor Polizeigewalt. Einen anderen Status besitzt allerdings der Verweis in § 9 auf den 15. Verfassungszusatz, der allen Bürger*innen das Recht zusichert, vor Gericht „by their peers" beurteilt zu werden; eine Garantie, die für schwarze Menschen, die von weißen Jurys verurteilt werden, nicht eingelöst wird.[17] Hier geht es nicht um eine strategische Bezugnahme, sondern um eine immanente Kritik: Die weiß dominierte Gesellschaft wird ihren eigenen normativen Standards nicht gerecht. Die BPP hat es mit dieser Anklage nicht belassen, sondern auch konkrete Vorschläge zur Reformierung des Polizei- und Justizsystems unterbreitet. So formulierte die Organisation 1969 eine Petition, die eine demokratische Kontrolle der Polizei und eine Absetzbarkeit

16 *BPP* in *Foner* 2.
17 *BPP* in *Foner* 2.

© Verlag Österreich 2019

der leitenden Beamten durch die lokalen Communities forderte[18]; zwei Jahre später brachte die BPP in Berkeley das konkrete Referendum ein, die Polizei in mehrere Distrikte aufzuteilen und festzulegen, dass Polizeibeamt*innen nur in Stadtteilen eingesetzt werden dürfen, in denen sie auch wohnen.

Gleichzeitig zu diesen Bezugnahmen auf die bestehende Verfassung und realpolitischen Interventionen zur Demokratisierung von Polizei und Justiz verfolgten die *Panthers* aber auch eine Strategie des Exodus aus dem bestehenden Rechtssystem, dh des praktischen und faktischen Aufbaus autonomer Strukturen. Der abschließende zehnte Punkt des Zehn-Punkte-Programms stellt ein ausführliches wörtliches Zitat der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung dar, welche auf einem gottgegebenen über-positiven Recht auf Auszug und Neugründung insistiert. Da die Legitimität von Regierungen auf der Zustimmung der Regierten beruht, ist es demnach das Recht der Volkes, die Bande mit dem vorliegenden Staat aufzulösen, wenn dieser gegen die grundlegenden Menschenrechte verstößt.[19] Durch die katachrestische Imitation des Gründungsakts des bestehenden Staates kündigen die *Panthers* also zugleich eine Auflösung der Verbindung mit diesem Staat an. BPP-Gründungsmitglied und Verfasser der Zehn Punkte, *Newton*, begründet die Notwendigkeit dieser Loslösung aus einer anti-kolonialen Perspektive. Hier klingt *Marx*' radikaldemokratische Definition des „menschlichen Gesetzes" an: „Men were not created in order to obey laws. Laws are created to obey men."[20] Folgerichtig fordert *Newton* das volle Selbstbestimmungsrecht für die schwarze Kolonien: „it is the duty of the poor and unrepresented", schreibt er, „to construct rules and laws that serve their interests better".

Mit der realen Entfaltung von *Black Power* kam die BPP nolens volens in die Position, eine Alternative oder wenigstens ein funktionales Äquivalent für diejenigen gesellschaftlichen Aufgaben bereitstellen zu müssen, für die offiziell der Staat zuständig war. Dies betrifft insb die Herstellung von Sicherheit, einem der zentralen hegemonialen Rechtfertigungen bürgerlicher Staatsgewalt. Zwar besaß die Legitimierungsstrategie, der Polizei bedürfe es zur Aufrechterhaltung von Sicherheit, für die schwarze Bevölkerung ohnehin keinerlei Glaubwürdigkeit; statt als Freund und Helfer agierte sie in den schwarzen Stadtteilen eher als Besatzungsmacht.[21] Die von den Panthers kontrollierten Gebiete konnten sich daher mühelos als „befreite Gebiete"[22] verstehen, die ihren Bewohner*innen zumindest für eine kurze Zeit – das heißt bevor die verstärkte Repression durch das FBI einsetzte – eine Auszeit von Angst, Schikane, Demütigung und Brutalität verschafften. Dennoch sahen sich die *Panthers* in der Verantwortung, das Leben der schwarzen Bevölkerung sicherer zu machen. Hier wird zunächst die breitere sicherheitspolitische Bedeutung

18 *BPP*, Petition Statement for Community Control of Police, in *Foner* 179.
19 *BPP* in *Foner* 3.
20 *Newton*, In Defense of Self Defense, in *Newton/Hilliard* (Hrsg), The Huey P. Newton Reader (2002) 134.
21 *Baldwin*, A Report from Occupied Territory (The Nation, 11. Juli 1966).
22 *Williams/Lazerow*, Liberated Territories.

© Verlag Österreich 2019

ihrer sozialen Maßnahmen deutlich; die Bereitstellung einer basalen sozialen Infrastruktur und die Befriedigung der Grundbedürfnisse beseitigt nicht nur zahlreiche Gründe für Kriminalität, sie fungiert auch als gemeinschaftlicher Integrationsmechanismus. Programme wie das kostenlose Frühstück oder die Erziehung in der *Liberation School* schaffen Gelegenheiten für Kommunikation, Austausch und Bildung und tragen so zur Formierung der Community bei. Zudem adressierte die BPP Fragen der öffentlichen Sicherheit auch direkt, etwa organisierte sie das Programm *Seniors Against a Fearful Environment* (SAFE), bei dem junge Menschen ältere Community-Mitglieder bei ihren Erledigungen begleiteten. Im zentralen Fokus lag auch die Gewalt durch *gangs*, so zogen die *Panthers* ihnen nicht nur die Mitglieder ab, sondern initiierten auch Waffenstillstände und Friedensschlüsse zwischen konkurrierenden Gruppen.[23]

Wie die Unabhängigkeitserklärung, welche die *Panthers* zitieren, so zielt auch hier die Aufkündigung bestehender Rechtsverpflichtungen auf die Entfaltung einer konstituierenden Macht in Form einer neuen Verfassung. (Insofern handelt es sich hier wirklich um eine Exodus-Politik, sie beinhaltet sowohl einen Auszug aus unterdrückerischen Verhältnissen, einen Weg durch die Wüste und einen neuen Bund, das heißt eine Neugründung im Gelobten Land). Zu diesem Zweck initiierte die BPP 1970 gemeinsam mit einer Vielzahl anderer oppositioneller Gruppen (wie dem *American Indian Movement*, den *Students for a Democratic Society* und der *Gay Liberation Front*) 1970 in Philadelphia die *Revolutionary Peoples' Constitutional Convention* (RPCC), auf der eine neue Verfassung erarbeitet werden sollte (zu deren geplanter Verabschiedung einige Monate später es wegen organisatorischer Probleme dann jedoch nicht kam).[24] Die Workshop-Berichte legen die sicherheits- und justizpolitischen Positionen der *Panthers* dar.[25] Das Positionspapier avisiert eine grundlegende Neudefinition von Kriminalität; va die Ausbeutung des Menschen und der Natur wird als Verbrechen denunziert, so dass das gesamte Rechtssystem gegen die bestehende kapitalistische Gesellschaft in Stellung gebracht wird und so zu einem Katalysator gesellschaftlicher Transformation werden soll. Sog Volksgerichte („peoples' courts") sollen die bürgerlichen Gerichte ersetzen. Die Volksgerichte sollen dezentral organisiert sein und ihre Angehörigen aus den „peers" der Angeklagten bestehen, dh aus Menschen, mit einem ähnlichen soziokulturellen Hintergrund. An die Stelle der (selbst „kriminellen") Polizei sollen freiwillige, rotierende und nicht-professionelle Interventionsteams aus den jeweiligen Communities treten; zentralisierte, nicht-uniformierte oder konspirative Polizeien sollen abgeschafft werden. Kein*e Repräsentant*in

23 Vgl *Williams*, Die Polizei überflüssig machen, in *Loick* (Hrsg), Kritik der Polizei (2018), 310 ff; *Dyson* et al „Brotherly Love Can Kill You": The Philadelphia Branch of the Black Panther Party, in *Jeffries* (Hrsg), Comrades: A Local History of the Black Panther Party (2018).

24 Vgl *Katsiaficas,* Organization and Movement: The Case of the Black Panther Party and the Revolutionary People's Constitutional Convention of 1970, About Place Journal, Vol II, Issue IV, 2013.

25 *Revolutionary Peoples' Constitutional Convention*, Revolutionary Peoples' Constitutional Convention, September 1970, Philadelphia Workshop Reports (1970) aboutplacejournal.org/wp-content/uploads/2014/02/RPCC-WORKSHOP-REPORTS1.pdf (1.7.2019).

© Verlag Österreich 2019

der Exekutive oder der Jurisdiktion darf länger als ein Jahr im Amt sein, ohne vom Volk erneut bestätigt zu werden, jede*r kann jederzeit bei einer unabhängigen Kontrollstelle eine Beschwerde gegen die Polizei einlegen (der Kontrollstelle dürfen selbst keine Polizist*innen angehören). Die Polizei hat jedoch nicht mehr die Aufgabe der Durchsetzung der demokratischen Beschlüsse, diese soll vielmehr in kollektiver Weise durch die Menschen selbst erfolgen.

Während sich also die Rechtspraxis der *Panthers* derjenigen des staatlichen Gewaltapparats gegenüber in Hinsicht auf die Produktion öffentlicher Sicherheit empirisch als überlegen erweist, ist auffällig, dass die Frage der demokratischen Entscheidungsfindung, dh die Legislative, weder in den Verfassungsdiskussionen der RPCC noch in der internen Struktur der Partei eine nennenswerte Rolle spielt. Zwar sahen sich die *Panthers* gemäß des maoistischen Grundsatzes dazu verpflichtet, dem Volke zu dienen („Serve the People" war einer der zentralen Grundsätze der BPP, „Power to the People" ihr wichtigster Slogan), dieses Ideal beinhaltete jedoch keine formalen Partizipationsgarantien. Das Zehn-Punkte-Programm war von zwei Personen verfasst worden, die programmatischen Diskussionen wurden im kleinen Führungskreis geführt, die wesentlichen Entscheidungen wurden zentral im Hauptquartier gefasst und nach dem Top-Down-Prinzip von den lokalen Büros umgesetzt. Der Entscheidungsprozess kannte weder formale Partizipationsrechte der Mitglieder noch einen Minderheitenschutz oder Schiedsverfahren.

Die Problematik dieses Mangels zeigt sich prägnant am Thema des Umgangs mit Drogen. Die Verhaltensregeln der BPP[26], die jedes Mitglied befolgen musste, verbaten strikt den Gebrauch von Alkohol und Drogen, und nicht selten machten es sich die *Panthers* zur Aufgabe, Dealer*innen aus dem Stadtgebiet zu vertreiben, oft mit rabiaten Methoden. Das auf der RPCC verabschiedete Positionspapier zum Thema Drogenpolitik erklärt den Drogengebrauch für konterrevolutionär und fordert die „Ausrottung" (*eradication*) von Drogenverkäufer*innen „by any means necessary".[27] Solche Formulierungen zeigen nicht nur die drogenpolitische Phantasielosigkeit der jungen Bewegung, sie beweisen auch zumindest an diesem Punkt die rechtstheoretische Verhaftetheit der *Panthers* in bürgerlichen Kategorien, indem sie die konventionelle Vorstellung einer Rechtsdurchsetzung qua Zwang unkritisch übernehmen, dabei allerdings die prozeduralen Garantien der demokratischen Gewaltenteilung für obsolet erklären. Neben diesen normativen Einwänden dürfte das Demokratiedefizit der *Panthers* auch praktisch zu dem rapiden Erosionsprozess beigetragen haben, welcher die Organisation seit Anfang der 1970er Jahre befallen hatte; autoritäre Strukturen, die häufig auf persönlichem Charisma basieren, behindern interne Debatten und theoretische Weiterentwicklung, befördern Personenkult und Intrigen und machen die Bewegung viel stärker für äußere Manipulation und Repression anfällig.

---

26 *BPP,* Rules of the Black Panther Party, in *Foner* 4.

27 *Revolutionary Peoples' Constitutional Convention,* Constitutional Convention 3.

© Verlag Österreich 2019

4. Kritische Theorie des Rechts und abolitionistischer Aktivismus

Die Theorie und Praxis der *Black Panthers* hat bis heute Generationen des polizeikritischen Aktivismus informiert. Viele der politischen Forderungen der BPP, etwa zur stärkeren demokratischen Kontrolle der Polizei oder nach einer unabhängigen Beschwerdestelle, sind in konkrete Reformvorschläge eingeflossen und wurden von Bürger*innenrechtsgruppen und Parteien übernommen. Die radikaleren Visionen wie etwa die Vorstellung einer generellen Abschaffung des Gefängnisses begründete ganz neue theoretische und aktivistische Traditionen, die von einflussreichen Organisationen getragen werden. Die radikale Infragestellung der Staatsgewalt findet heute auch in der *Black Lives Matter*-Bewegung eine produktive Weiterentwicklung; ihr ist es gelungen, die Forderung nach einer Abschaffung der Polizei im öffentlichen Diskurs als eine ernstzunehmende realpolitische Forderung zu etablieren. Auch die konkreten Aktivitäten der *Panthers* haben bis heute zahlreiche Gruppen inspiriert, wie etwa zur Praxis des *copwatching*, bei der Bürger*innen die Polizei bei der Streife begleiten, um etwaige Übergriffe zu dokumentieren, wenn auch solche Patrouillen heute zumeist nicht mehr bewaffnet durchgeführt werden. Auch *survival programs* gehören mittlerweile zum festen Repertoire linker Gruppen, nicht nur in Folge von Naturkatastrophen, sondern auch als Teil der Stadtteilarbeit zur Organisierung marginalisierter Communities. Die wohl produktivste Weiterentwicklung hat die abolitionistische Polizeikritik der *Panthers* durch Feministinnen *of color* erfahren; die intersektionale Verbindung der Kritik am *Prison-Industrial-Complex* mit einer feministischen Kritik an Patriarchat und sexualisierter Gewalt hat reichhaltige Ressourcen von Theoriebildung und Praxiserfahrung erschlossen, welche sich unter den Konzepten *Transformative Justice* und *Community Accountability* um die praktische Umsetzung von Formen der Gerechtigkeit jenseits der Staatsgewalt bemühen. All diese Einflüsse sind dabei keineswegs auf die USA beschränkt, vielmehr inkorporieren auch zahlreiche Bewegungen im europäischen Kontext (Bürger*innenrechtsorganisationen, gefängniskritische Organisationen, *copwatch*-Gruppen, Stadtteilinitiativen und feministische *Transformative-Justice*-Kollektive) Elemente aus der Rechtstheorie und -praxis der *Panthers*.[28]

Schon aufgrund ihrer empirischen Relevanz eignen sich die *Panthers* daher als paradigmatischer Testfall einer emanzipatorischen Rechtspraxis unter nicht-idealen Bedingungen. Offenbar weist ihre Rechtstheorie und -praxis große Parallelen zu einigen der Überlegungen auf, die im akademischen Rahmen unter der Rubrik der kritischen Theorie des Rechts angestellt werden: Erstens stellen sie die Transformation des Rechts in den Kontext einer breiteren sozialen Transformation und erweitern damit den thematischen Fokus der Rechtsphilosophie; statt nur über legislative Akte auf das soziale Leben Einfluss nehmen zu wollen, setzen sie direkt an der Veränderung der materiellen Lebensbedingungen an. Zweitens stellen sie von Anfang an die Kritik an der Gewaltangewiesenheit

28 Siehe Fn 3.

© Verlag Österreich 2019

und an den Verselbstständigungstendenzen des Polizeiapparats in den Mittelpunkt ihrer Aufmerksamkeit. Ihre Forderungen zielen auf eine massive Ausweitung demokratischer Kontrollmöglichkeiten der Exekutive und ihrer Rückbindung an die Interessen und Bedürfnisse der Bevölkerung. Schließlich drittens verfolgten die *Panthers* die Transformationsstrategie des Exodus; statt die formative Rolle des Rechts und damit der Staatsgewalt zu reproduzieren, setzen sie auf eine Aufkündigung der Loyalitäten zu einem unterdrückerischen Regime mit dem Ziel einer autonomen Neugründung. Aufgrund dieser Parallelen können die Erfahrungen der *Panthers* Auskunft geben einerseits über Chancen und Potentiale, andererseits aber auch über nicht zu ignorierende Fallstricke und Risiken einer Kritik des Rechts.

In Bezug auf einige der zentralen Versprechen des bürgerlichen Rechts sind hier unzweideutige Erfolge zu verzeichnen. Dies betrifft zunächst den Wert der Sicherheit. Auch wenn die *Panther*-Aktivitäten später eine Intensivierung staatlicher Repression hervorgerufen haben, konnte durch die Überwachung der Polizei zumindest temporär ein wesentlicher Unsicherheitsfaktor im nachbarschaftlichen Leben der schwarzen Bevölkerung neutralisiert werden. Auch längerfristig haben die politischen Forderungen nach *community control* ein gesellschaftliches Selbstverständnis durchgesetzt, das zumindest zu einer leichteren Skandalisierbarkeit rassistischer Polizeigewalt beigetragen hat. Durch die *survival programs* haben die *Panthers* ökonomisch bedingte Kriminalitätsgründe beseitigt, durch die Einbindung marginalisierter Subjekte sowie die Aushandlung von Waffenstillständen haben sie die *gang violence* eingeschränkt und durch Programme wie SAFE haben sie auch das subjektive Sicherheitsgefühl gestärkt. Ein ähnlicher Erfolg kann in Bezug auf die Artikulation von Selbstachtung und Gleichheit konstatiert werden. Die *Panthers* mobilisierten die normativen Rechtfertigungen und den rhetorischen Pathos rechtlicher Gründungsakte; durch die Entfaltung konstituierender Macht bringen sie nicht nur ihre eigene Geschichtsmächtigkeit zur Geltung, sondern aktualisieren auch den Anspruch reziproken Respekts, welcher schon der bürgerlich-demokratischen Rechtsnorm inhärent ist.

Allerdings kann die Bestandsaufnahme nicht in allen Punkten derart positiv ausfallen. Die genannten Empowerment-Effekte erzielen die *Panthers* durch die Möglichkeit der direkten Teilnahme am sozialtransformativen Prozess. Die Mitgliedschaft in der Partei ermöglicht es den einzelnen, sich aus ihrem Status als Objekt gesellschaftlicher Heteronomien herauszuarbeiten und zum Subjekt ihrer Geschichte zu werden.[29] Diese Selbst-Bestimmung setzt durchaus Bindungsenergien frei, welche die Rechtskritik als Ergebnis einer radikal partizipativen Deliberation angekündigt hat. Allerdings entsprechen dieser transformativen Selbstermächtigung auf der Organisationebene keine formalen demokratischen Institutionen. Die Mitglieder haben die Möglichkeit, qua Parteimitgliedschaft den Weltlauf zu ändern, aber nicht die Partei. Dies erklärt auch den deutlichsten Kon-

29 Vgl *Katsiaficas,* Organization and Movement (aaO).

© Verlag Österreich 2019

trast zwischen dem abolitionistischen Aktivismus und der emanzipatorischen Rechtskritik: Statt den Einsatz von Zwang als Exekutivmittel zu problematisieren und zu transzendieren, wird in der *Panther*-Ideologie die Gewalt zum prä-normativen Naturstoff verklärt, dessen Verwendung keinerlei eigenständiger Rechtfertigung bedarf. Die Gewaltanwendung wird naturalisiert und damit entpolitisiert; dies hat dann wenig überraschend die maskulinistische Ästhetisierung und Fetischisierung des Waffengebrauchs zur Folge, der die bürgerlichen Interaktionsformen auf eine phantasielose Weise imitiert.[30] Diese unreflektierte Adaption der bürgerlichen Doktrin des Zwangs als normativ unproblematisches Durchsetzungsinstrument erklärt auch, warum ein weiteres Versprechen des bürgerlichen Rechts in der *Panthers*-Praxis nicht entfaltet, sondern unterschritten wurde: die Ermöglichung von Differenz und Pluralismus. Wie das Beispiel der Drogenpolitik zeigt, werden Abweichung und Transgression nicht als Bereicherung und Katalysator für Weiterentwicklung gesehen, sondern als schädliche Elemente, die es zu eliminieren gilt. Eine Inkorporierung demokratischer Partizipationselemente hätte nicht nur Minderheitenrechte absichern und Verletzungen und Unrecht innerhalb der Community adressieren und adressierbar machen können, sondern auch die Motivation zur Befolgung der gemeinsam ausgehandelten Regeln verstärkt, so dass sich der Rückgriff auf Zwang nach und nach als überflüssig erweisen könnte. Dies bedeutet wohlgemerkt, dass das Problem der *Black Panthers* keineswegs darin lag, dass sie zu weit gingen. Sie gingen nicht weit genug: Sie haben mit den Präsuppositionen des bürgerlichen Rechts und der bürgerlichen Rechtsideologie nicht radikal genug gebrochen. Eine Form der differenzsichernden Partizipation zu finden, welche den Einsatz von Zwang und Gewalt versagen kann, steht damit weiterhin auf der Tagesordnung einer zukünftigen rechtstransformatorischen Praxis.

Daniel Loick ist Philosoph und lebt in Frankfurt/Main; daniel.loick@gmail.com

30 Vgl *Kautzer,* Notes for a Critical Theory of Community Self Defense, in *Crow* (Hrsg), Setting Sights: Histories and Reflections on Community Armed Self-Defense (2017); *Andrews*, Back to Black. Retelling Black Radicalism for the 21st Century (2018) insb Kap 4.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903039601

Effektiver Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln

Aufschiebende Wirkung und Mandatsbescheid

Emanuel Matti

1. Einleitung: Policey, Polizeistaat und Polizei im Rechtsstaat

Bereits in einer Wiener Handwerksordnung aus dem Jahr 1451 findet sich der Begriff *Policey*.[1] Diese *gute Policey* umfasste in der frühen Neuzeit alles, was ordnungsbedürftig erschien, wie etwa Monopole, Zölle, Berufsausübung oder Feiertagsruhe.[2] Im heutigen Verständnis ist zwischen Polizei im organisatorischen Sinn und Polizei im funktionellen (materiellen) Sinn zu unterscheiden.[3] Im organisatorischen Sinn bezieht sich der Begriff auf Behördenstrukturen und Organe, die Aufgaben der Polizei im materiellen Sinn übernehmen.[4] Im funktionellen Sinn meint Polizei die Abwehr von Gefahren durch behördliches Tätigwerden.[5] Dabei obliegt die Abwehr allgemeiner Gefahren der Sicherheitspolizei und ist im Wesentlichen im Sicherheitspolizeigesetz (SPG)[6] und im Polizeilichen Staatsschutzgesetz (PStSG)[7] geregelt. Die Abwehr besonderer Gefahren ist Aufgabe der Verwaltungspolizei. Diese steht in Konnex mit der jeweiligen Verwaltungsmaterie wie etwa Bau-, Gewerbe-, Wasser- oder Veranstaltungspolizei.[8]

Die ursprünglich positive Konnotation des Begriffs der *Policey* als Ordnungssystem steht diametral zum Begriff des Polizeistaates. *Merkl* beschreibt den Polizeistaat als Staat ohne Verwaltungsrecht.[9] Der reinen Rechtslehre dient der Begriff des Polizeistaats als Abgrenzung zum Rechtsstaat, dessen Verwaltung eine gesetzliche Bindung aufweist.[10] Dem liegt

1 *Pauser*, Zur Edition frühneuzeitlicher Normtexte. Das Beispiel der österreichischen Policeyordnungen des 16. Jahrhunderts (2002) 1, univie.ac.at/policey-ak/pwp/pwp_04.pdf (7.8.2019); *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht (1998) 1.

2 *Pauser*, Policeyordnungen des 16. Jahrhunderts 1; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht 2.

3 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 721; *Erlacher/Forster*, SPG Sicherheitspolizeigesetz[2] (2017) 2.

4 Dazu zählen im Bereich der Sicherheitsverwaltung die Sicherheitsbehörden einschließlich der nach militärischem Muster organisierten Wachkörper nach Art 78a ff B-VG, aber auch die Bundes- und Landesbehörden und deren Organe in Ausübung der Verwaltungspolizei; vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 722.

5 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 723; *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht 16.

6 Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2018/55. Gem § 3 SPG besteht die Sicherheitspolizei aus der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, ausgenommen die örtliche Sicherheitspolizei, und aus der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht.

7 Polizeiliches Staatsschutzgesetz BGBl I 2016/5 idF BGBl I 2018/32.

8 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 724.

9 *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 6; siehe auch *Öhlinger*, Der Rechtsstaat, in *Schmid* et al (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2011) 1 (2).

10 *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht 6; *Öhlinger* in *Schmid* et al 2.

© Verlag Österreich 2019

ein formeller Rechtsstaatsbegriff zugrunde, der jeden Staat mit einer Rechtsordnung umfasst,[11] wobei eine Identität von Staat und Rechtsstaat angenommen wird.[12] Dadurch wird der Rechtsstaat – im Gegensatz zum Polizeistaat – berechenbar und am Gedanken der Rechtssicherheit orientiert.[13] Für einen Rechtsstaat im formellen Sinn genügt aber bereits der Ansatz einer Rechtsordnung, wie etwa ein *Blankett*, das einem*einer Alleinherrschenden das *Recht* einräumt, zu tun oder zu lassen was er*sie will.[14] Dies macht die Diskrepanz zwischen formellem und materiellem Rechtsstaatsverständnis deutlich. Der materielle Rechtsstaat knüpft an konkrete Wertvorstellungen an, an denen die positive Rechtsordnung zu messen ist.[15]

Mit Blick auf die österr Bundesverfassung schließt der Rechtsstaat iSd rechtsstaatlichen Prinzips ua einen Rechtsschutzstaat mit ein.[16] Der VfGH judizierte bereits im Jahr 1955 – *Ludwig Adamovich (sen)* folgend[17] –, dass die Rechtsordnung nur jene Rechtsakte dauernd gesichert wissen will, die mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe übereinstimmen.[18] Dies muss durch ein entsprechend ausgestaltetes System von Rechtsschutzeinrichtungen gewährleistet werden.[19] Insofern muss auch polizeiliches Handeln, das mit einem Eingriff in subjektive Rechte verbunden ist, kontrollierbar sein. Dabei ist es geboten, vorläufigen Rechtsschutz einzuräumen, um Rechtsschutzsuchende nicht solange generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung zu belasten, bis das Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist.[20] Hier stehen sich regelmäßig das Interesse an einer raschen Gefahrenabwehr und das Interesse an der Abwehr von potentiell rechtswidrigen Eingriffen in subjektive Rechte von Betroffenen gegenüber.

Im vorliegenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, in welche Rechtsakte polizeiliches Handeln gekleidet ist und inwiefern daran Bestimmungen über den vorläufigen Rechtsschutz anknüpfen (2.1.). Die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes gegen

---

11 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 165; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] (2019) Rz 73f.

12 *Kelsen*, Allgemeine Staatsrechtslehre (1925) 7, 16ff.

13 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 165; siehe auch *Berka*, Verfassungsrecht[7] (2018) Rz 176f.

14 *Merkl*, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in *Klecatsky* (Hrsg), Die Republik Österreich – Gestalt und Funktion ihrer Verfassung (1968) 77 (89f). Dies lässt sich am Bsp einer Bestimmung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes veranschaulichen. In der Zweiten Verordnung zum „Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich" v 18. 3.1938 war bestimmt, dass der „Reichsführer SS und Chef der Deutschen Polizei zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung notwendige Maßnahmen auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen treffen" kann; Kundmachung des Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Zweite Verordnung zum Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich vom 18. März 1938 bekanntgemacht wird, Gesetzblatt für das Land Österreich 1938/37.

15 Vgl statt vieler *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in *Mayer* et al (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS Walter (1991) 271 (271f).

16 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 74.

17 *Adamovich (sen)*, Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts[4] (1947) 71.

18 VfSlg 2929/1955; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 74.

19 VfSlg 2929/1955; 11.196/1986; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 74.

20 VfSlg 11.196/1986.

© Verlag Österreich 2019

polizeiliches Handeln in Bescheidform wird unter Berücksichtigung der Judikatur des VfGH einer eingehenden Untersuchung unterzogen (2.2.). In der Folge wird geprüft, ob die Abwehr von Gefahren durch die Erlassung von Mandatsbescheiden mit den rechtsstaatlichen Vorgaben des Effektivitätsgebots vereinbar ist (3.).

2. Vorläufiger Rechtsschutz als Begrenzung polizeilicher Ordnungsmacht

Der österr Bundesverfassung liegt der Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems zugrunde.[21] Die einfachgesetzliche Festlegung von Rechtsformen hat auf den vorläufigen Rechtsschutz gegen polizeiliches Handeln maßgeblichen Einfluss. In vorliegendem Beitrag soll nur das vorläufige Rechtsschutzsystem gegen individuelle Rechtsakte untersucht werden.[22]

2.1. Rechtssatzform als Ausgangspunkt

Wie dargelegt, umschließt Polizei im funktionellen Sinn die Abwehr von Gefahren durch behördliches Tätigwerden.[23] Aufgabe ist es, Schäden von unterschiedlichen Schutzgütern abzuwenden. Dies geschieht vielfach – aber nicht ausschließlich – in Form von unmittelbarer Befehls- oder Zwangsgewalt (AuvBZ), wobei es im Rahmen des Rechtquellensystems der Disposition des einfachen Gesetzgebers obliegt, in welche Form er einen Rechtsakt kleidet.[24] Die klassischen sicherheitspolizeilichen Organbefugnisse sind im SPG großteils als AuvBZ ausgestaltet.[25] Demgegenüber sind Meldeauflagen und Belehrungen als präventive Maßnahmen zur Verhinderung von Gewalt und Rassismus bei Sportgroßveranstaltungen nach § 49c SPG als Behördenbefugnisse mittels Beschied anzuordnen. Im Bereich der Verwaltungspolizei wählt der Gesetzgeber ebenfalls unterschiedliche Rechtsaktformen. So ist etwa die gewerbepolizeiliche Maßnahme der Betriebsschließung nach § 360 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994)[26] als AuvBZ zu setzen[27] und in der Folge mittels Bescheids zu bestätigen.[28] Im Bereich der Lebensmittelpolizei ist eine erforderliche Tötung von Tieren gem § 59 Abs 1 LMSVG[29] bescheidmäßig anzuordnen, wobei derartige Bescheide ex lege binnen drei Tagen zu vollziehen sind.

---

21 Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 588.

22 Polizeiliches Handeln, das sich an einen generellen Adressatenkreis richtet – wie etwa Platzverbote nach § 36 SPG – finden hier keine Berücksichtigung.

23 *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht 16.

24 Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 588.

25 Etwa Identitätsfeststellung (§ 35 SPG), Wegweisung (§ 38 SPG), Durchsuchung von Menschen (§ 40 SPG).

26 BGBl 1994/194 idF BGBl I 2013/85.

27 Dies sind einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen wie etwa Auswechseln von Schlössern, Versiegelung von Türen.

28 Rechtsschutz wird bis Bescheiderlassung durch Maßnahmenbeschwerde und danach durch Bescheidbeschwerde gewährt: VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0114, mwN. Damit vergleichbar ist auch die Regelung des § 56 GSpG.

29 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, BGBl I 2006/13 idF BGBl I 2013/80.

© Verlag Österreich 2019

Bei der Wahl der Handlungsformen ist der einfache Gesetzgeber an rechtsstaatliche Vorgaben gebunden.[30] Dem rechtsstaatlichen Prinzip ist idR Genüge getan, wenn für einen hoheitlich individuellen Administrativakt entweder die Rechtsform Bescheid, AuvBZ oder Akt schlichter Hoheitsverwaltung gewählt wird, sofern diese Rechtsakte im verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem effektiv überprüft werden können.[31] Entscheidet sich der Gesetzgeber aber für eine konkrete Rechtsaktform, knüpft das jeweils in Art 130 B-VG determinierte verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzsystem daran an.[32] Durch diese Entscheidung nimmt der Gesetzgeber stets Einfluss auf die für den vorläufigen Rechtsschutz geltenden einfachgesetzlichen Regeln, die für die Beurteilung der Wirksamkeit des Rechtsschutzes von zentraler Bedeutung sind. Die Bestimmungen über die aufschiebende Wirkung sind im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hinsichtlich einzelner Rechtssatzformen unterschiedlich ausgestaltet. Wird eine bescheidmäßige Entscheidungsform gewählt, kommt das Suspensivregime des § 13 VwGVG[33] zur Anwendung. Dabei kommt Beschwerden aufschiebende Wirkung zu, sofern diese nicht behördlich ausgeschlossen wird. Insofern liegt ein präventives Rechtsschutzsystem vor, weil grundsätzlich mit der Vollziehung des Bescheids bis zur gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache zuzuwarten oder im Rahmen eines Provisorialverfahrens eine unverzügliche gerichtliche Überprüfung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung vorgesehen ist.[34] Demgegenüber findet sich im Maßnahmenbeschwerdeverfahren vorwiegend nachgelagerter Rechtsschutz. Das VwG kann nach § 22 Abs 1 VwGVG einer Beschwerde zwar auf Antrag aufschiebende Wirkung zuerkennen, wobei im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung der AuvBZ aber oftmals bereits vollstreckt und abgeschlossen ist. Anderes gilt etwa bei (noch) nicht mittels Bescheids bestätigten Betriebsschließungen,[35] die als AuvBZ einzuordnen sind oder bei Eingriffen in die persönliche Freiheit, sofern eine Anhaltung noch andauert.[36] Zudem können Verwaltungsbehörden bei qualifizierter Untätigkeit – wie etwa hinsichtlich der Verweigerung der Rückgabe eines Kfz-Zulassungsscheins oder einer Waffe – im Rahmen des Maßnahmenbeschwerdeverfahrens durch die Gewährung von aufschiebender Wirkung zu einem aktiven Tun verpflichtet werden.[37]

---

30 *Eberhard*, Handlungsformen und Rechtsstaat, in *Ennöckl/N. Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), FS Raschauer (2013) 65 (69).

31 Vgl *Thienel*, Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens – verfassungsrechtliche, gemeinschaftsrechtliche und gesetzliche Verankerung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006) 41 (45).

32 Nach Ansicht des VfGH können im Rahmen einer Beschwerde aber unterschiedliche Beschwerdetypen gegen unterschiedliche Rechtssatzformen zu einer Gesamtbeschwerde kombiniert werden: VfSlg 19.970/2015 Rz 37ff.

33 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2018/57.

34 Siehe § 13 Abs 4 VwGVG.

35 Vgl § 360 GewO 1994 und § 56 GSpG.

36 § 39 Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2017/145 (FPG) sieht je nach Tatbestandsmerkmal eine Anhaltung bis zu 72 Stunden vor. Im Falle einer in rechtswidriger Weise darüber hinausgehenden Anhaltung hat das VwG unverzüglich aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, weil die Anhaltung gegen Art 1 Abs 2 2. Fall PersFrG verstößt.

37 *Eisenberger/Ennöckl/Helm* (Hrsg), Die Maßnahmenbeschwerde[2] (2016) 22ff; VfSlg 6101/1969; 8131/1977.

© Verlag Österreich 2019

2.2. Effektiver vorläufiger Rechtsschutz gegen bescheidmäßiges Polizeihandeln

Einer genaueren rechtsstaatlichen Betrachtung sind jene Konstellationen zu unterziehen, in denen der Gesetzgeber für polizeiliches Handeln zwar die Bescheidform vorsieht, dann aber vom Suspensivregime des VwGVG abweichende Regelungen trifft.

2.2.1. Im Allgemeinen: rechtsstaatliches Prinzip und Art 136 Abs 2 B-VG

Der VfGH hat beginnend mit seiner Rsp zum generell ausnahmslosen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Abgabeverfahren wiederholt ausgesprochen, dass die unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein Mindestmaß an faktischer Effizienz für die rechtsschutzsuchende Partei aufweisen müssen, um dem rechtsstaatlichen Prinzip zu genügen.[38] Insofern ist eine Einschränkung des Effektivitätsgebots anzunehmen, wenn eine einfachgesetzliche Bestimmung dazu führt, dass es für die rechtsschutzsuchende Partei noch während des Rechtsmittelverfahrens zu einer endgültigen, nicht wiedergutzumachenden Belastung kommt und das Rechtsschutzgesuch regelmäßig ins Leere läuft. Sofern dieses Mindestmaß an faktischer Wirksamkeit aber gegeben ist, soll für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens ein Ausgleich zwischen der Position der rechtsschutzsuchenden Partei, dem Zweck und Inhalt der einfachgesetzlichen Regelung, den Interessen Dritter und bestehenden öffentlichen Interessen gefunden werden. Dabei obliegt es aber dem Gesetzgeber, ob er eine Abwägung dieser multipolaren Interessen im Gesetz selbst vornimmt oder sie der Vollziehung überträgt.[39]
Für die Ausgestaltung des Verfahrensrechts der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit – der die Kontrolle polizeilichen Handelns obliegt – finden sich in Art 136 Abs 2 B-VG nähere Vorgaben. Das Verfahren ist durch ein besonderes Bundesgesetz zu regeln. Aufgrund dieser Verfassungsbestimmung wurde das VwGVG erlassen. Zudem können durch Bundes- oder Landesgesetze Verfahrensregelungen getroffen werden, wenn dies zur Regelung des Gegenstandes erforderlich ist oder wenn das VwGVG selbst dazu ermächtigt. Dabei ist es anders als im Rahmen der Regelung des Verfahrens vor den Verwaltungsbehörden nach Art 11 Abs 2 B-VG unerheblich, ob es sich um abweichende Regelungen handelt oder Regelungsaspekte bestimmt werden, die sich nicht im einheitlichen Verfahrensrecht finden. Vorläufiger Rechtsschutz bildet als eigener normativer Bereich einen Regelungsaspekt, der hinsichtlich Bescheidbeschwerden in Form eines Suspensivregimes Eingang ins VwGVG findet. Nachdem das VwGVG den Materiengesetzgeber nicht dazu ermächtigt, abweichende Bestimmungen über die aufschiebende Wirkung zu treffen, ist eine Abweichung vom Suspensivsystem nur zulässig, wenn diese *erforderlich* ist.[40] Hinsichtlich des Begriffs der Erforderlichkeit wurde die Rsp des VfGH

38 VfSlg 11.196/1986; 13.003/1992; 13.305/1992; 14.671/1996; 15.218/1998; 16.245/2001; 18.809/2009.
39 VfSlg 12.683/1991; 13.003/1992; 13.305/1992.
40 *Matti*, Zeit sich zu beschweren – Zur Zulässigkeit sondergesetzlicher Regelungen über die Beschwerdefrist, in *Autengruber* et al (Hrsg), Zeit im Recht – Recht in der Zeit (2016) 33 (35ff) mwN.

© Verlag Österreich 2019

zu Art 11 Abs 2 B-VG auf Art 136 Abs 2 B-VG übertragen.[41] Insofern muss die Abweichung im Regelungszusammenhang mit den materiellen Vorschriften stehen oder aufgrund besonderer Umständen unerlässlich sein.[42]
Darüber hinaus weist Art 136 Abs 2 B-VG auch eine rechtsstaatliche Schlagseite auf. Abweichende Regelungen über die aufschiebende Wirkung sind nur zulässig, wenn sie dem Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes entsprechen. Dieser Aspekt des Prüfungsmaßstabs kann als Blaupause der oben dargestellten Rechtsstaatsjudikatur des VfGH verstanden werden.

2.2.2. Effektiver vorläufiger Rechtsschutz am Beispiel einer bescheidmäßig auferlegten erkennungsdienstlichen Behandlung

Eine der ersten Entscheidungen des VfGH über die Möglichkeit des generellen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit erging zu § 77 Abs 2 erster Satz zweiter Halbsatz SPG.[43] Bis zur Aufhebung durch den VfGH sah die Bestimmung vor, dass Beschwerden gegen eine bescheidmäßig auferlegte Aufforderung zur erkennungsdienstlichen Behandlung generell ausnahmslos keine aufschiebende Wirkung zukommt. Nach Ansicht des VfGH rechtfertigt das öffentliche Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr zwar grundsätzlich die sofortige Vollstreckung eines Bescheids mit dem eine erkennungsdienstliche Behandlung nach dem SPG angeordnet wird.[44] Allerdings musste die erkennungsdienstliche Behandlung aufgrund der inzwischen aufgehobenen Rechtslage jedenfalls vorerst hingenommen werden, selbst wenn der damit verbundene Eingriff in subjektive Rechte potentiell auf einer rechtswidrigen behördlichen Entscheidung beruhte.[45] Dadurch wurden Rechtsschutzsuchende mit dem Rechtsschutzrisiko in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich bis zur endgültigen Rechtsschutzgewährung einseitig belastet, weshalb der VfGH die Bestimmung aufhob.[46]
Bedeutsam ist die grundrechtliche Tragweite der Entscheidung.[47] Auf der einen Seite steht das öffentliche Interesse an der Verhinderung schwerer Straftaten und somit auch das Interesse Dritter am Schutz von Leib und Leben – diesbezüglich ergeben sich staatliche

41 Zur Erforderlichkeit nach Art 11 Abs 2 B-VG siehe *Lukan*, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 19. Lfg (2017) Art 11 Abs 2 B-VG Rz 22ff.
42 Ebd Rz 27. Das Abstellen auf den Regelungszusammenhang bedeutet, dass der Gesetzgeber ein Ziel verfolgen muss, das ohne die abweichende Regelung nicht erreicht werden kann. Unter *besonderen Umständen* sind Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Sachlichkeit zu verstehen.
43 BGBl 1991/566 idF BGBl I 2013/161, aufgehoben durch BGBl I 2014/97.
44 VfSlg 19.922/2014 Rz 22.
45 VfSlg 19.922/2014 Rz 21.
46 Ebd.
47 Ebd.

© Verlag Österreich 2019

Schutzpflichten aus Art 2 EMRK.[48] Demgegenüber steht das Interesse der beschwerdeführenden Partei, keine potenziell rechtswidrige erkennungsdienstliche Behandlung über sich ergehen lassen zu müssen. Somit geht es um das Interesse an einer Hintanhaltung eines potenziell rechtswidrigen Eingriffs in die körperliche Integrität und in den Schutzbereich des Art 8 EMRK.[49] Dieses Interesse wirkt für sich genommen zwar deutlich geringer als etwa das Interesse am Schutz von Leib und Leben.[50] Den staatlichen Schutzpflichten des Art 2 EMRK kann aber bereits durch die Möglichkeit des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 13 Abs 2 VwGVG Rechnung getragen werden.[51] Insofern muss bei entsprechender Gefahrenprognose eine potenzielle „Entstehung oder Fortsetzung eines rechtswidrigen Zustandes [...] etwa in Form der Begehung schwerer Straftaten nicht hingenommen werden".[52] Im Lichte der Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes und der Möglichkeit der Zielerreichung durch einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung fehlt es an der Erforderlichkeit eines generell ausnahmslosen Ausschlusses.

3. Rechtsschutz gegen Mandatsbescheide betreffend unaufschiebbare Maßnahmen bei Gefahr im Verzug

Eine besondere Problematik besteht aus rechtsstaatlicher Sicht bei Mandatsbescheiden nach § 57 AVG.[53] Bei der Vorschreibung von Geldleistungen nach einem gesetzlich, statutarisch oder tarifmäßig feststehenden Maßstab oder bei Gefahr im Verzug kann die Behörde einen Mandatsbescheid erlassen, dem kein Ermittlungsverfahren vorauszugehen

---

48 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[6] (2016) 174f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1390; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] Rz 747; siehe zu staatlichen Schutzpflichten und Art 2 EMRK in der jüngeren Rsp: VfSlg 19.708/2012 und VwGH 6.7.2016, Ra 2016/01/0008. Einfachgesetzlich finden sich entsprechende sicherheitspolizeiliche Aufgaben (Gefahrenabwehr nach § 21 SPG und vorbeugender Rechtsschutz von Rechtsgütern nach § 22 SPG). Diese Aufgaben sind mit den Befugnissen des zweiten Hauptstücks des dritten Teils des SPG zu erfüllen.

49 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[6] 282 mwN.

50 Die Hintanhaltung einer Gefahr für Leib und Leben wird vom VwGH als zwingendes öffentliches Interesse iSd § 30 Abs 2 VwGG verstanden: VwGH 10.6.2014, Ro 2014/06/0047.

51 VfSlg 19.922/2014 Rz 22.

52 VfSlg 19.922/2014 Rz 22.

53 *B. Raschauer* erachtet die Bestimmung des § 57 AVG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung des Art 130 B-VG als zulässige Regelung im Rahmen eines administrativen Vorverfahrens. Die Einführung der zweigliedrigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ziele lediglich darauf ab, dass devolutive Rechtsmittel – mit Ausnahme der Gemeindeselbstverwaltung – abgeschafft werden sollen. *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln", in *Giese/Holzinger/Jabloner* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat – FS Stolzlechner (2013) 547 (550f). Dieses Argument vermag nicht die hier aufzuzeigenden rechtsstaatlichen Bedenken zu entkräften, weil es sich nicht mit den Vorgaben des rechtsstaatlichen Effektivitätsprinzips auseinandersetzt. Zudem ist anzumerken, dass den Verwaltungsgerichten eine „rechtsstaatliche Filterfunktion" zukommt, die über jene des administrativen Instanzenzugs hinausgeht: VfSlg 19.989/2015 Rz 11 und *Eberhard*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 (274). *B. Davy* geht davon aus, dass die Ermächtigung zur Erlassung eines Mandatsbescheids zum sofortigen Vollzug von behördlichen Ermächtigungen in dringenden Fällen nicht gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstoße. Eine nähere Auseinandersetzung oder Begründung findet sich allerdings nicht: *B. Davy*, Vorläufige Polizeiverfügungen und Rechtsschutz, ZfV 1989, 335 (342f).

© Verlag Österreich 2019

hat.[54] Die Erlassung eines Mandatsbescheids liegt im Ermessen der Behörde.[55] Dem Zugang zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahren – bzw soweit vorgesehen dem devolutiv administrativen Instanzenzug – ist das remonstrative Rechtsmittel der Vorstellung vorangestellt.[56] Eine Überprüfung der behördlichen Entscheidung durch ein VwG ist erst nach dem Durchlaufen des Vorstellungsverfahrens möglich.

Als rechtsstaatlich problematisch erweist sich die Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Mandatsbescheide, mit denen der rechtsschutzsuchenden Partei – und dies ist insb bei polizeilichem Handeln von Bedeutung – wegen Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen auferlegt werden. Einer Vorstellung kommt als remonstratives Rechtsmittel in diesem Fall keine aufschiebende Wirkung zu. Der Mandatsbescheid ist somit sofort vollstreckbar.[57] Leitet die Behörde binnen zwei Wochen nach Einlangen der Vorstellung das Ermittlungsverfahren ein, bleibt der Mandatsbescheid bis zur neuerlichen behördlichen Entscheidung mittels Vorstellungsbescheids in Kraft.[58] Bis zur Erlassung dieses Bescheids besteht keine Möglichkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.[59] Die Behörde hat binnen sechs Monate über die Vorstellung zu entscheiden. Eine potenziell rechtswidrige Entscheidung muss solange hingenommen werden, wobei gegebenenfalls durch die Vollstreckung des Mandatsbescheids unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden und die rechtsschutzsuchende Partei einseitig mit allen Folgen einer potenziell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung belastet wird. Hier ist etwa an eine nachträgliche gewerbepolizeiliche Auflage nach § 79 GewO 1994, an eine Anordnung einer einmaligen bekämpfungstechnischen Behandlung des Waldes im Rahmen der Forstaufsicht gem § 172 Abs 6 ForstG 1975[60] oder einen Entzug der Lenkberechtigung nach § 24 FSG[61] für einen Zeitraum, der das Vorstellungsverfahren nicht übersteigt, zu denken. Wird der Mandatsbescheid einmal vollstreckt, kommt dem Vorstellungsbescheid nur mehr deklaratorische Wirkung zu, sofern eine Folgenbesei-

---

54 § 57 AVG bildet eine Ausnahme des in § 56 AVG statuierten Grundsatzes, dass der Erlassung eines Bescheids die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts in einem Ermittlungsverfahren voranzugehen hat, soweit er nicht von vornherein klar gegeben ist: *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 57 (Stand 1.7.2005, rdb.at) Rz 1.

55 *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit[5] (2016) 115; *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht[6] (2018) Rz 427; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[10] (2014) Rz 580.

56 Vgl zur Zulässigkeit der Vorstellung und zur Entscheidung der bescheiderlassenden Behörde *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht[6] Rz 429f; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[10] Rz 582ff.

57 *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 57 Rz 34 mwN. Dies ist auch die Intention des Gesetzgebers, siehe AB 360 BlgNR 2. GP, 7: [...] *Zur Verhütung einer Gefahr muß die Behörde mitunter sofort eingreifen. In solchen Fällen ist sie berechtigt und verpflichtet, die unaufschiebbaren Verfügungen auch in solchen Angelegenheiten ohne weiteres zu erlassen und zu vollstrecken, deren Austragung sonst, das heißt außer der Gefahr, nur nach Durchführung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens zulässig wäre. Personen, die sich durch eine solche Vorschreibung oder Provisorialverfügung beschwert erachten, können dagegen bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, Vorstellung erheben. Diese Vorstellung kann naturgemäß keine aufschiebende Wirkung haben, wenn sie gegen die Anordnung einer „unaufschiebbaren Maßnahme" gerichtet ist.* [...].

58 *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht[10] Rz 587f.

59 In der Literatur wird allerdings vertreten, dass eine Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz gegen einen Mandatsbescheid aufgrund des Unionsrechts in Betracht kommt, *Hengstschläger/Leeb,* AVG, § 57 Rz 35 mwN.

60 Forstgesetz 1975 BGBl 1975/440 idF BGBl I 2013/104.

61 Führerscheingesetz BGBl I 1997/120 idF BGBl I 2015/74.

© Verlag Österreich 2019

tigung nicht in Betracht kommt: Die Aufwendungen für die nachträgliche gewerberechtliche Auflage oder die Behandlung des Waldes wurden bereits getätigt, die Zeit, in der ein Kraftfahrzeug mangels Führerschein nicht in Betrieb genommen werden konnte, ist bereits verstrichen. Ein an den Vorstellungsbescheid anknüpfendes verwaltungsgerichtliches Rechtsmittelverfahren hat nur mehr theoretische Bedeutung, weil der rechtswidrige behördliche Akt bereits in einer endgültigen Belastung der rechtsschutzsuchenden Partei resultierte. Im besten Fall kommt eine allfällige Schadenskompensation im Rahmen der Amtshaftung in Frage, die allerdings keine Folgenbeseitigung iSd § 28 Abs 5 VwGVG darstellt. Es zeigt sich, dass es § 57 AVG der Behörde ermöglicht, das von rechtsstaatlichen Überlegungen geleitete System des vorläufigen Rechtsschutzes auszuhebeln.

Selbst wenn sich während des Vorstellungsverfahrens herausstellt, dass die Behörde das Vorliegen von *Gefahr im Verzug* in rechtswidriger Weise angenommen hat, kommt die Zuerkennung der aufschiebende Wirkung nicht in Betracht.[62] Der VwGH lehnt idZ auch ausdrücklich die Auffassung *Hellblings* ab,[63] der im Vorstellungsverfahren eine Zuerkennung der aufschiebende Wirkung aufgrund einer analogen Anwendung des § 30 Abs 2 VwGG für geboten erachtet, wenn durch die Vollstreckung ein nicht wiedergutzumachender Schaden eintritt und keine „öffentlichen Rücksichten" die sofortige Vollstreckung gebieten.[64] Vor dem Hintergrund der genannten Rsp des VwGH und insb der Konzeption der Vorstellung als remonstratives Rechtsmittel sowie der Ausgestaltung des § 57 AVG als gefahrenpolizeiliche Ermächtigung[65] kann aber ohnedies nicht vom Vorliegen einer echten Lücke ausgegangen werden, die für eine analoge Anwendung Voraussetzung wäre.[66] Dem Gesetzgeber ging es bei Schaffung des § 57 AVG um die behördliche Verhütung einer Gefahr. Die Materialien bezeichnen den Mandatsbescheid gar als „Provisorialverfügung", wobei einer Vorstellung „naturgemäß" keine aufschiebende Wirkung zukommen könne, wenn sie gegen eine unaufschiebbare Maßnahme gerichtet ist.[67] Daher scheidet ein Analogieschluss zum Provisorialsystem der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder zu § 64 AVG hier schon mangels echter Lücke aus.

Durch die Erlassung eines Mandatsbescheids wird nicht nur die aufschiebende Wirkung im Rechtsschutzverfahren ausgeschlossen, sondern auch die Garantien des Ermittlungsverfahrens – wie insb die Gewährung von Parteiengehör – ausgehebelt.[68] Dies kann zwar zur Verhütung einer Gefahr notwendig sein, entbindet aber nicht von einer rechtsstaatlichen Interessenabwägung, schon gar nicht, wenn die Auswahl zwischen Mandatsbe-

62 *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 57 Rz 35, mit Verweis auf VwGH 14.3.1977, 2365/76.
63 VwGH 14.3.1977, 2365/76.
64 *Hellbling*, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (1953) 313f insb FN 5.
65 *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 57 Rz 4 mwN.
66 Vgl zum Analogieschluss statt vieler *Potacs*, Rechtstheorie (2015) 188ff.
67 AB 360 BlgNR 2. GP 17.
68 *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 57 Rz 1 mwN.

© Verlag Österreich 2019

scheid und Bescheid iSd § 56 AVG dem Ermessen der Behörde anheimgestellt ist.[69] Die Ausgestaltung des § 57 AVG war bei Erlassung des AVG im Jahr 1925 systematisch konsequent, weil auch § 64 Abs 2 AVG in der damaligen Fassung die Behörde beim Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zu keiner Interessenabwägung verpflichtete.[70] Eine in § 65 der Regierungsvorlage zum AVG 1925 vorgesehene Bestimmung hat keinen Eingang in die Kodifikation gefunden, die die Verwaltungsbehörde im Falle der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung zur Abwägung „der auf der einen oder anderen Seite eintretenden" Nachteile verpflichtet hätte.[71] Insofern bestand aus systematischer Sicht – mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers – eine Parallele zwischen § 57 Abs 2 AVG 1925 und § 64 Abs 2 AVG 1925. Spätestens durch die Änderung des AVG im Jahr 2014 mittels Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013[72] liegt eine solche Systemkonformität zwischen § 64 Abs 2 AVG und § 57 Abs 2 AVG nicht mehr vor, zumal seither eine Abwägung sämtlicher Interessen beim Ausschluss der aufschiebenden Wirkung schon bei textueller Betrachtung vorgesehen ist.[73] Eine aus rechtsstaatlicher Sicht erforderliche Interessenabwägung ist bei der Erlassung eines Bescheids nach § 57 AVG weder durch die bescheiderlassende Behörde vorgesehen,[74] noch wurde eine solche – wie mit Verweis auf die Materialien zu § 57 AVG gezeigt werden konnte – durch den Gesetzgeber vorgenommen. § 57 AVG erweist sich bei näherer Betrachtung vielmehr als gefahrenpolizeiliche Blankettnorm, die mit rechtsstaatlichen Garantien nur schwer vereinbar ist. Demgegenüber weist selbst die Ermächtigung zur sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr im Rahmen der Befugnisausübung – die im SPG in Akzessorietät zur Aufgabenerfüllung erfolgt – einen höheren gesetzlichen Determinierungsgrad auf: nur konkrete, im Gesetz bestimmte Tatbestände ermöglichen es den Exekutivorganen, AuvBZ zu setzen.

Eine rechtsstaatlich gebotene Interessenabwägung hinsichtlich der Möglichkeit der Erlassung von Mandatsbescheiden wird vereinzelt durch den Materiengesetzgeber vorgenommen und gelingt etwa im Bereich des Telekommunikationsrechts.[75] Eine missglück-

---

69 Vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Prinzips darf das Ermessen der Behörde nur soweit gehen, als durch die Erlassung eines Mandatsbescheids nicht missbräuchlich der Zugang zu einem Provisorialverfahren hintangehalten wird und das Rechtsmittelverfahren dadurch keinen Einfluss mehr auf die durch den Vollzug des Bescheids geschaffenen Tatsachen hat.

70 Vgl dazu AB 360 BlgNR 2. GP 20.

71 AB 360 BlgNR 2. GP 20.

72 BGBl I 2013/33.

73 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Vorgaben des rechtsstaatlichen Prinzips – bereits zur alten Rechtslage in Rsp und Lehre davon ausgegangen wurde, dass § 64 Abs 2 AVG eine umfassende Interessenabwägung unter Einbeziehung der Interessen der bf Partei forderte; VwGH 3.7.2003, 2002/20/0078, mit umfassenden Literaturverweis; *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 57 Rz 32 mwN.

74 Im Rahmen der Ermessensentscheidung, ob ein Mandatsbescheid zu erlassen ist, hat die Behörde lediglich die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß des drohenden Schadens, die Dringlichkeit einer Abwehrmaßnahme, die voraussichtliche Dauer des Ermittlungsverfahrens und dessen Vorteile zu veranschlagen: *Hengstschläger/Leeb,* AVG, § 57 Rz 7 mwN.

75 Gem § 55 Abs 12a TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde mit Mandatsbescheid entscheiden, wenn ein Verfahren zur Frequenzzuteilung nicht so rechtzeitig abgeschlossen werden kann, dass eine zeitlich lückenlose Versorgung mit

© Verlag Österreich 2019

te Abwägungsentscheidung trifft der Materiengesetzgeber hingegen im Fremdenpolizeirecht. Die Behörde hat in Form eines Mandatsbescheids zu entscheiden, wenn die Frist zur freiwilligen Ausreise gem § 56 FPG widerrufen oder eine Wohnsitzauflage nach § 57 FPG erteilt werden soll. Hier gelingt es dem Gesetzgeber nicht, die Interessenpositionen der rechtsschutzsuchenden Partei hinreichend zu berücksichtigen.[76]
Aus rechtsstaatlicher Sicht erscheint die Erlassung von Mandatsbescheiden immer dann gerechtfertigt, wenn bereits der Materiengesetzgeber eine Abwägung aller Interessen durchgeführt hat oder die aufschiebende Wirkung gegen den – nach § 57 erlassenen – Bescheid generell ausnahmslos ausschließt.[77] Im Übrigen erweist sich die Erlassung von Mandatsbescheiden als Aushöhlung des im AVG und VwGVG vorgesehenen Suspensivregimes und des rechtsstaatlichen Effektivitätsgrundsatzes. Daher ist eine Annäherung des Vorstellungsregimes an die Regelungssystematik des § 13 VwGVG aus rechtsstaatlicher Sicht zwingend geboten.[78]

4. Conclusio

Die Abwehr von Gefahren durch polizeiliches Handeln ist eine zentrale staatliche Aufgabe. Der Gesetzgeber muss aber gleichzeitig rechtsstaatlichen Anforderungen an die effektive Überprüfbarkeit von polizeilichem Handeln nachkommen. Dies setzt die Schaffung eines Rechtsschutzsystems voraus, dem ein Mindestmaß an faktischer Wirksamkeit zukommt und das multipolare Interessenspositionen berücksichtigt. Wie mit Blick auf den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung und die behördliche Ermessensentscheidung zur Erlassung von Mandatsbescheiden gezeigt werden konnte, ist dies eine Vorgabe, die nicht immer gelingt.
Sofern AuvBZ den Beschwerdegegenstand bilden, wird im Maßnahmenbeschwerdeverfahren nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG im Regelfall nachgelagerter Rechtsschutz gewährleistet. Bei Bescheidbeschwerden nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG ist durch das Suspensivregime des VwGVG ein präventives Rechtsschutzsystem vorgesehen. Abweichungen von

---

Telekommunikationsdiensten mit den verfahrensgegenständlichen Frequenzen sichergestellt und dadurch das öffentliche Wohl gefährdet oder ein schwerer volkswirtschaftlicher Schaden zu befürchten ist oder Nachteile für die Parteien entstehen. Eine solche Zuteilung ist so zu befristen, wie es im Hinblick auf die Umstände des in Rede stehenden Falles angemessen ist.

76 Diese sind mit Blick auf das Interesse an der freien Wahl des Wohnsitzes und des Hausrechts sowie der Regelung der persönlichen Verhältnisse vor Ausreise aus dem Bundesgebiet (wie etwa die Kündigung von Mietverträgen und Beschäftigungsverhältnissen) vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst, vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[6] 287 und 292f.

77 Vgl etwa § 8 Abs 2 Kriegsmaterialgesetz BGBl 1977/540 idF BGBl I 2012/50.

78 Eine verfassungskonforme Fassung des § 57 Abs 2 AVG könnte wie folgt lauten: *Gegen einen nach Abs 1 erlassenen Bescheid kann bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, binnen zwei Wochen Vorstellung erhoben werden. Die Vorstellung hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung von Geldleistungen gerichtet ist. Die aufschiebende Wirkung ist ausgeschlossen, wenn diese auch einer Beschwerde gegen einen nach § 56 erlassenen Bescheid nicht zukommt und nicht zuerkannt werden kann. Im Übrigen kann die aufschiebende Wirkung nur nach den Vorgaben des § 13 Abs 2 VwGVG ausgeschlossen werden.*

© Verlag Österreich 2019

Regelungen des VwGVG über die aufschiebende Wirkung sind vor dem Hintergrund des Art 136 Abs 2 B-VG – der auch eine rechtsstaatliche Schlagseite aufweist – auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen. Im Bereich des Sicherheitspolizeirechts zeigt die Rsp des VfGH, dass ein generell ausnahmsloser Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden gegen eine bescheidmäßig angeordnete erkennungsdienstliche Behandlung verfassungsrechtlich unzulässig ist. Schließlich wurde deutlich, dass § 57 AVG eine Blankettnorm darstellt, derer sich die Behörde bei jeder von ihr getroffenen Annahme einer Gefahr im Verzug bedienen kann, wodurch sich das verwaltungsgerichtliche vorläufige Rechtsschutzsystem aushebeln lässt. Dieses rechtsschutzstaatliche Defizit gilt es durch den Gesetzgeber zu beheben.

Dr. Emanuel Matti ist fachlicher Leiter der Rechtsberatung der Diakonie Flüchtlingsdienst gem GmbH und Redaktionsmitglied des juridikum; emanuel.matti@wu.ac.at

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903040801

„Darf ich Polizist_innen fotografieren?“

Zulässigkeit von Bildaufnahme und Veröffentlichung polizeilichen Handelns

Elisabeth Rieß

1. Einleitung

„Hören Sie bitte auf zu filmen – wenn Sie das irgendwie veröffentlichen, machen Sie sich strafbar“. Mit diesen Worten quittierte ein Exekutivbeamter kürzlich die Dokumentation seines Einschreitens bei einer Ausweiskontrolle in einem Park im 7. Wiener Gemeindebezirk. Bei der kontrollierten Person handelte es sich um den Wiener Rapper T-Ser. Er übertrug die gesamte Amtshandlung live auf seinem Instagram-Profil,[1] um ua auf *Racial Profiling*[2] als Motiv einer Amtshandlung aufmerksam zu machen. Die veröffentlichten Sequenzen des Einsatzes zogen ein breites Medienecho nach sich und wurden hundertfach geteilt.[3] Kommentare wie jener des gezeigten Polizisten, die ein Filmen bzw ein Veröffentlichen des Materials unter Verweis auf eine etwaige Strafbarkeit unterbinden möchten, sind nicht selten zu hören.

Zugleich finden sich im Internet „Memes“ und Videos, die Aufnahmen von Polizist_innen inklusive verächtlicher Untertitel zeigen.

Generell herrscht sowohl auf Seiten von Polizist_innen als auch von Bürger_innen eine gewisse Unsicherheit darüber, inwieweit Polizist_innen abgelichtet werden dürfen und das Ergebnis verbreitet werden darf. Der folgende Beitrag benennt die rechtlichen Rahmenbedingungen und deren Anwendung auf diese und ähnliche Fälle in der Praxis.

2. Das Recht am eigenen Bild

§ 78 Urheberrechtsgesetz (UrhG)[4] normiert mit „dem Recht am eigenen Bild“ den zentralen Rahmen für den Schutz des eigenen Bildnisses. Diese Bestimmung findet sich systematisch zwar zwischen den urheberrechtlichen Leistungsschutzrechten, normiert aber ein „klassisches“ Persönlichkeitsrecht, welches im Kern den Schutz der Menschenwürde

1 instagram.com/stories/highlights/17882155501278139/?hl=de (13.4.2019).

2 *Racial Profiling* bezeichnet das Einschreiten von Polizei- und Sicherheitsorgangen aufgrund stereotypischer Annahmen bzgl Hautfarbe, Religion, Ethnie oder einem bestimmten äußeren Erscheinungsbild im Gegensatz zu einem Einschreiten aufgrund konkreter Verdachtsmomente; vgl *Grabovac/Clara*, Zur Kritik des Ethnic/Racial Profiling in der Polizeiarbeit, juridikum 3/2015, 321.

3 Bspw kurier.at/chronik/wien/rapper-t-ser-zu-racial-profiling-das-passiert-regelmaessig/400148985, derstandard.at/2000089616978, oe24.at/oesterreich/chronik/352302635 (1.5.2019).

4 Urheberrechtsgesetz, BGBl 1936/111 idF BGBl I 2018/105.

© Verlag Österreich 2019

verfolgt und der bildlichen Darstellung durch andere Menschen Grenzen setzt. Diese Bestimmung räumt jedermann – auch Exekutivbeamt_innen – das Recht ein, sich gegen die *Veröffentlichung* des eigenen Bildnisses zu wehren, soweit diese Veröffentlichung „berechtigte Interessen" verletzt.

Im Gegensatz zur korrespondierenden Regelung im dt Recht, welche in § 23 Kunsturhebergesetz ein generelles Abbildungsverbot mit konkreten Ausnahmen normiert, entschied sich der österr Gesetzgeber für einen weniger strengen Bildnisschutz.[5] Eine öffentliche Abbildung muss demnach geduldet werden, soweit nicht besondere, schutzwürdige Gründe vorliegen, die dieser Verbreitung entgegenstehen.[6] Es handelt sich letztlich also um eine Abwägungsfrage – von einer generell vorab einzuholenden Zustimmung durch die abgebildete Person spricht das Gesetz entgegen weit verbreiteter Annahme jedoch nicht. Voraussetzung, um sich auf das Recht am eigenen Bild berufen zu können ist daher einerseits die Veröffentlichung eines Bildnisses und andererseits eine Verletzung der berechtigten Interessen der abgebildeten Person.

2.1. Veröffentlichung

Bevor Bild- oder Videomaterial veröffentlicht werden kann, muss es erst hergestellt werden. Ob das Recht am eigenen Bild auch die bloße Aufnahme im Sinne von Anfertigung eines Bildnisses unabhängig von einer Veröffentlichung zu reglementieren vermag, hatte der OGH bereits mehrfach zu beurteilen.[7] Im ersten Fall weigerte sich ein Rechtsanwalt das beiläufige Fotografieren seiner Person durch die Gegenseite bei einer gemeinsamen Besichtigung zu dulden. Der OGH stellte in weiterer Folge fest, dass das Recht am eigenen Bild in Erweiterung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB auch schon die bloße Bildaufnahme durch andere einzuschränken vermag. Diese Entscheidung soll den Anwendungsbereich der Bestimmung somit auf das reine Herstellen von Fotos ausdehnen. Begründend wurde angemerkt, dass „bereits die Herstellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten einen unzulässigen Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht darstellen" kann und „schon das damit verbundene fotografische Festhalten einer bestimmten Tätigkeit oder Situation" vom Abgebildeten als unangenehm empfunden werden und ihn an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern könnte.[8] Als Argument für die hier vorgenommene Erweiterung des Anwendungsbereichs wurde auf die dt Lehre und Rsp sowie auf die Rsp des EGMR zu Art 8 EMRK Bezug genommen. Wie eingangs kurz erwähnt, stellt der österr Bildnisschutz jedoch eigentlich dezidiert auf einen engeren Anwendungsbereich ab als das dt Recht. Die überwiegende österr Lit hielt zudem bisher daran fest, dass § 78 UrhG eine unbefugte Bildaufnahme

5 ErläutRV zum Entwurf des UrhG BGBl 1936/111 bei *Peter*, Das österreichische Urheberrecht (1954), 615.
6 Siehe § 78 UrhG.
7 OGH 27.02.2013, 6 Ob 256/12h; OGH 27.06.2019, 6 Ob 6/19d.
8 OGH 27.02.2013, 6 Ob 256/12h, Pkt 6.2.

© Verlag Österreich 2019

allein nicht verhindern soll.[9] Eine zweite rezente Entscheidung des OGH befasst sich jedoch nun noch einmal eingehender mit dieser Problematik und bestätigt behutsam die Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes auch auf das bloße Herstellen von Fotomaterial, auch wenn er eine Untersagung des Filmens im Anlassfall verneint.[10] Der OGH konkretisiert in dieser neuen Entscheidung die Zulässigkeit des Herstellens von Aufnahmen im Zusammenhang mit Polizist_innen. Anlass bildete hier die Videodokumentation einer Fahrnisexekution und darauffolgende Veröffentlichung des Bildmaterials auf YouTube. Dieser Einsatz wurde mit erhöhter Beamt_innenpräsenz durchgeführt, da es sich beim Schuldner des Exekutionsverfahrens um einen vermeintlichen „Staatsverweigerer“ handelte. Damit zusammenhängend stand der Verdacht im Raum, das von der Frau des Schuldners aufgenommene Video solle zu Schulungszwecken für Gleichgesinnte verwendet werden. Der klagende Polizeibeamte begehrte Unterlassung der Bildaufnahme und Veröffentlichung. Der OGH wies das Begehren auf Unterlassung der Bildaufnahme ab, bestätigte jedoch eine Unterlassungspflicht bzgl der Veröffentlichung. Konkretisiert wurde diese Entscheidung auf Basis einer umfangreichen Interessenabwägung nach § 78 UrhG und § 16 ABGB.

Der OGH führte das Recht auf Wahrung der Geheimsphäre ins Treffen, um einen generellen „Fotografierschutz“ zu untermauern.[11] Dieses schütze sowohl vor Eindringen in die Privatsphäre einer Person, als auch gegen die Verbreitung rechtmäßig erlangter Informationen über die Geheimsphäre.[12] Wird nun bspw durch Anfertigen einer Bildaufnahme in diese anerkannte Privatsphäre eingedrungen, hat der_die Verletzer_in zu behaupten und zu beweisen, dass sein_ihr Eingriff in Verfolgung eines berechtigten Interesses mit dem gelindesten Mittel erfolgte und seine_ihre Interessen in diesem Fall den Schutz der Geheimsphäre eines anderen überwiegen. Eine derartige Abwägung wurde im ersten Fall der Bildaufnahme „zur Belustigung“ vorgenommen und hatte eine Entscheidung gegen den Fotografen zur Folge. Im nunmehrigen Anlassfall gelangt der OGH jedoch zu keiner Notwendigkeit einer Interessenabwägung um eine Bildaufnahme zu rechtfertigen, da das Filmen der Amtshandlung gerade nicht die Privat- oder Geheimsphäre des Klägers betroffen habe. Der Kläger werde zudem in der Aufnahme weder herabgewürdigt noch bloßgestellt, sondern lediglich in Ausübung seines Amtes zu Beweiszwecken gefilmt. Dass dies zu dulden sei, ergebe sich unter anderem aus einem gewissen Präventiveffekt. „Die Staatsgewalt muss bei einem hoheitlichen Einsatz mit Zwangsgewalt akzeptieren, dass diese Vorgänge festgehalten werden, zumal dadurch auch ein gewisser präventiver Effekt gegen allfällige rechtswidrige Übergriffe erreicht wird.“, so der OGH. Um eine Unzulässigkeit der bloßen Bildaufnahme von polizeilichem Handeln zu begründen, bedarf es daher wohl zu Recht besonders triftiger Gründe.

---

9 Siehe zur Kritik an der Entscheidung insb *Zöchbauer*, Verbot von Bildaufnahmen? MR 2013, 59 f.
10 OGH 27.06.2019, 6 Ob 6/19d.
11 RS0009003.
12 RS0009003.

© Verlag Österreich 2019

Unabhängig vom Anfertigen ist ein etwaiger Bildnisschutz im Rahmen einer *Veröffentlichung* zu beurteilen. § 78 UrhG hält fest, „Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden", dies allerdings unter der Voraussetzung, dass auf Seiten der abgebildeten Person triftige Gründe dagegensprechen. Die Rechtsprechung konkretisiert „Öffentlichkeit" dahingehend, dass diese vorliegt, soweit bei einer Verbreitungshandlung damit zu rechnen ist, dass das veröffentlichte Material einer Mehrzahl von Personen sichtbar gemacht wird.[13] Eine konkrete Personenanzahl wird hier nicht genannt, jedoch ist bei einer Veröffentlichung auf diversen Social Media Profilen in der Regel von einer öffentlichen Verbreitung in diesem Sinne auszugehen.[14]
Abschließend hierzu kann festgehalten werden, dass die bloße Bildaufnahme in der Regel gemäß § 78 UrhG zulässig ist und erst im Zuge einer Veröffentlichung bedacht werden muss, ob durch die Veröffentlichung höherrangige Interessen des bzw der Abgebildeten beeinträchtigt werden könnten.

2.2. Interessenabwägung

Bewusst findet sich für die „berechtigten Interessen", deren Verletzung den Bildnisschutz auslösen, keine Legaldefinition. Der Schutz der Persönlichkeit durch diese Norm soll keine Beschränkung durch eine abschließende Aufzählung von Verletzungshandlungen erfahren. Ob ein Interesse berechtigt, die Veröffentlichung eines Bildes zu untersagen, ist im Zuge einer Interessenabwägung zu klären. Auf Seiten der abgebildeten Person soll es hier jedoch nicht um rein subjektive Gründe gehen, die gegen die Veröffentlichung sprechen, sondern um in allgemeiner Anschauung als legitim erkannte Interessen.[15] Insb ist hiervon auszugehen, wenn eine Bildnisveröffentlichung geeignet ist eine Person herabzusetzen, es um eine entwürdigende Darstellung geht oder sie zu Missdeutungen Anlass gibt. Ebenso, wenn ein Foto in Kombination mit einem denunzierenden oder missverständlichen Begleittext insgesamt zu einem Missbrauch des Bildnisses der betroffenen Person führt.[16] Die Interessenabwägung betrifft meist den Ausgleich zwischen dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung bzw der Kommunikationsfreiheit und jenem auf Achtung der Privatsphäre. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) ist weit und schützt jedwede Form, die eigene Meinung mitzuteilen. Erfasst sind auch Mitteilungen mittels Bild- oder Videoaufnahmen.[17] Inhaltlich schützt die Freiheit der Meinungsäußerung auch schockierende, beleidigende, den Staat kritisierende und ähnliche Äußerungen, da insb diese für eine pluralistische und demokratische Gesellschaft

13 RS0113458; OGH 13.9.1999, 4 Ob 187/99z.
14 „Die Einbindung eines Bildnisses in eine Website erfüllt den Tatbestand des ‚Verbreitens'", 6 Ob 14/16a.
15 OGH 19.09.1994, 4 Ob 100/94.
16 RS0078161.
17 Siehe bspw EGMR 24.06.2004, 59320/00, Caroline von Hannover/Deutschland.

© Verlag Österreich 2019

essentiell sind.[18] Das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art 8 EMRK hingegen, ist mit potentiellen Eingriffen, die für die freie Äußerung einer Meinung notwendig sind, in Einklang zu bringen. Ein Kriterium für die Abwägung zugunsten der Meinungsäußerungsfreiheit stellt „der Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse“ dar.[19] Dieser Umstand ist va bei der Beurteilung von Bildnisveröffentlichungen von polizeilichem Einschreiten relevant.

2.3. Interessenabwägung bei Darstellung von Polizist_innen

Für die konkrete Interessensbewertung bei Veröffentlichung einer Foto- oder Videoaufnahme von Polizist_innen bzw Amtshandlung nach § 78 UrhG sind folgende Aussagen bzw Feststellungen zu treffen:[20]

Wenn es um das Filmen oder Fotografieren von Amtshandlungen und eine darauffolgende Veröffentlichung geht, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass neben allgemein berechtigenden Interessen auch „Sonderinteressen“ aus der spezifischen Berufsausübung bestehen können. Hierbei ist insb daran zu denken, dass Polizist_innen als solche „geoutet“ werden und in weiterer Folge nur mehr eingeschränkt zu verdeckten Ermittlungen herangezogen werden können. IdS hat der OGH in zwei Fällen ausgesprochen, dass berechtigte Interessen auf Seiten der Beamten durch Bildnisveröffentlichung verletzt wurden, da diese zum einen bei einer in Zivil vorgenommenen Handlung fotografiert und im Begleittext als Polizisten kenntlich gemacht wurden bzw als Teil einer Sondereinheit einem breiten Publikum kenntlich gemacht wurden.[21] In beiden Fällen waren die Betroffenen Teil von Sondereinheiten der Polizei. Es handelte sich einmal um einen Kläger der nicht-uniformierten Wirtschaftspolizei, ein anderes Mal um ein Mitglied der „Cobra“-Einheit.[22] Der OGH räumte den Interessen der Polizisten an der Nicht-Veröffentlichung mit folgender Begründung den Vorrang ein: „Das Anonymitätsinteresse von Polizeibeamten, die im Bereich der organisierten Kriminalität und der Terrorismusbekämpfung eingesetzt werden und daher Vergeltungsakten der Gegenseite ausgesetzt sein können, wird im Allgemeinen das Interesse eines Rundfunkunternehmens überwiegen, diese Beamten in Berichten über Routineeinsätze mit erkennbaren Gesichtern zu zeigen.“[23]

Dennoch lässt sich anhand dieser Jud nicht die Aussage treffen, dass eine generell identifizierende Berichterstattung über Polizeieinsätze unzulässig wäre, mit dem Argument,

---

18 EGMR 07.12.1976, 5493/72, Handyside/Vereinigtes Königreich; EGMR 24.062004, 59320/00, Caroline von Hannover/Deutschland; EGMR 07.02.2012, 40660/08 u 60641/08, Caroline von Hannover II/Deutschland.

19 Vgl bspw EGMR 04.06.2009, 21277/05, Standard Verlags GmbH/Österreich, Z 46.

20 Vgl dazu den Beitrag von *Sonderegger* in diesem Heft, Ein rechenschaftsfreundliches Selbstverständnis für die Polizei, juridikum 2019, 432.

21 Dank an dieser Stelle gebührt Herrn RA Dr. *Robert Kerschbaumer*, der mir seine Expertise und Einschätzung zu diesem Thema großzügig zur Verfügung gestellt hat.

22 OGH vom 16.12.2014, 4 Ob 224/14s; OGH vom 18.07.2000, 4 Ob 172/00y.

23 OGH 16.12.2014, 4 Ob 224/14s.

© Verlag Österreich 2019

ein potenziell zukünftiger verdeckter Einsatz könne dadurch uU erschwert werden. Handelt es sich jedoch um einen Einsatz in Zivil oder um besondere Einsatzeinheiten, die womöglich ermittlungstaktische Geheimhaltungsinteressen haben, ist von einer identifizierenden Veröffentlichung von Foto- und Videomaterial abzusehen. Gegen das reine Anfertigen des Videomaterials bspw zur späteren Vorlage in einer gerichtlichen Auseinandersetzung, kann jedoch grundsätzlich nichts eingewendet werden (siehe oben).
Die Interessenabwägung zugunsten des Bildnisschutzes der einschreitenden Beamt_innen sollte aber jedenfalls in jenen Fällen ihre Grenze finden, in denen es um die Veröffentlichung fraglicher, unkorrekt oder überschießend ausgeführter Amtshandlungen geht. Das Vorgehen der Polizei muss in einer demokratischen Gesellschaft hinterfragt und öffentlich zur Diskussion gestellt werden können. Hier ist bspw an Mitschnitte von Demonstrationen zu denken, in denen Beobachter_innen mitunter als *public watchdogs* eine bedeutende Funktion zukommt.[24] Ein Aufmerksam-Machen bspw auf ein besonders hartes Vorgehen der Polizei oder fragwürdige Motive für das Einschreiten wie eingangs beschrieben (Racial Profiling) oder auch die Erzielung von Präventiveffekten muss ebenfalls im Rahmen der freien Meinungsäußerung und der Kontrolle staatlicher Machtausübung möglich sein und hat den Persönlichkeitsschutz des handelnden Organs in den Hintergrund treten zu lassen. Handelt es sich um große Einsätze oder Amtshandlungen von besonderem Informationswert, muss der Bildnisschutz der einzelnen Beamt_innen ebenfalls gegenüber dem Informationsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten.[25] In einer jüngst medial verbreiteten Mitteilung wurde von einem Bildnisschutz-Prozess in Kärnten berichtet.[26] In diesem Fall wurde ein Polizist bei einer Routine-Verkehrskontrolle gefilmt. Das Video wurde anschließend ins Netz gestellt und mehrfach geteilt. Der Polizist wurde daraufhin in seinem privaten Umfeld vermehrt auf das Video angesprochen und klagte sodann den Videohersteller auf Unterlassung der Bildnisverbreitung. Er vertrat die Ansicht, sich nicht bei einer Amtshandlung filmen lassen zu müssen. Zwar kam es zu keiner richterlichen Bewertung des Falls, jedoch schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, der die „erlittene Kränkung" des Polizisten durch die Veröffentlichung mit EUR 6.000 aufwog. Gegenständlich war hier die Verbreitung einer routinemäßigen Verkehrskontrolle, die zur Erheiterung des Bekanntenkreises weiterverbreitet wurde und darüber hinaus keine konkreten Veröffentlichungsmotive verfolgte. Offen bleibt, wie im Falle eines Urteils, welches einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung des Veröffentlichers dargestellt hätte, die Interessensabwägung des Gerichts ausgesehen hätte. ME wäre in diesem Fall, da auch der Veröffentlicher selbst keine weiteren Motive der Veröffentlichung außer „Belustigung" nannte, jedenfalls den privaten Interessen des be-

24 Siehe FN 19.

25 In Deutschland wird diese Interessabwägung allgemeingültig dadurch gelöst, dass Polizist_innen als „relative Personen der Zeitgeschichte" eine Bildnisveröffentlichung dulden müssen, soweit es sich um Einsätze von besonderem Interesse handelt.

26 kaernten.orf.at/news/stories/2976587/ (27.4.2019).

© Verlag Österreich 2019

troffenen Polizisten Vorrang zu geben gewesen. So bekräftigt auch der OGH in seiner jüngsten Entscheidung zum (polizeilichen) Bildnisschutz, dass auf die Frage der Zulässigkeit der Veröffentlichung nur mittels einer Interessenabwägung geantwortet werden muss, wenn seitens des_der Veröffentlichers_in darüber entsprechende Behauptungen aufgestellt werden.[27] Kann daher wie in jenem Fall nicht ausgeschlossen werden, dass die Videoaufnahme einer speziellen Fahrnisexekution lediglich zur Veröffentlichung für entsprechende Verkehrskreise gedacht ist, um dort die Staatsgewalt herunterzumachen und werden keine weitergehenden Veröffentlichungsgründe behauptet, ist die Veröffentlichung des Videomaterials unzulässig.[28]
Kritisch zu betrachten ist als Conclusio zum urheberrechtlichen Bildnisschutz jedenfalls die relativ „offene“ Formulierung des Persönlichkeitsschutzes nach § 78 UrhG bzw erweitert durch § 16 ABGB. Die konkrete Ausgestaltung führt dazu, dass der Ausgang der Interessenabwägung durchaus inkonsistent vorgenommen werden kann und gesellschaftspolitischen Wertungen und richterlichen Einzelmeinungen zugänglich ist.

3. Erweiterung durch das Datenschutzrecht

Das Aussehen eines Menschen stellt ein personenbezogenes Datum dar.[29] Werden also Bild- oder Videoaufnahmen einer Person angefertigt und ist diese darauf erkennbar, dann unterliegt dieser Vorgang grundsätzlich auch dem Regime des Datenschutzrechts. Nach den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) bedarf jede Datenverarbeitung einer Grundlage, die diese erlaubt (Art 5).[30] Art 6 und 9 DSGVO zählen die in Frage kommenden Erlaubnistatbestände auf. Eine Erweiterung bzw Präzisierung einzelner Erlaubnistatbestände ist jedoch in bestimmten Verarbeitungssituationen durch das Recht der MS möglich, so in Ö auch für die Bildaufnahme geschehen. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung in Bezug auf Bildaufnahmen des privaten Bereichs (im Gegensatz zu hoheitlichen Aufgaben) ergibt sich aus § 12 DSG.[31] Fotos aus dem persönlichen/familiären Bereich unterliegen diesen Einschränkungen jedoch nicht, da diese gemäß der sog „Haushaltsausnahme“ (Art 2 Abs 2 lit c DSGVO) nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen.[32] Ebenso ausgenommen vom Anwendungsbereich der DSGVO bzw des DSG sind journalistische Tätigkeiten. § 9 Abs 1 DSG bestimmt, dass dieses Bundesgesetz auf Datenverarbeitungen durch Medieninhaber_innen, Herausgeber_innen, Medienmitarbeiter_innen und Arbeitnehmer_innen eines Medienunternehmens iSd Mediengesetzes

27 RS0077785; 6 Ob 6/19d, Pkt 2.1.
28 6 Ob 6/19d, Pkt 2.2.
29 VfGH 9.12.2008, B 1944/07.
30 VO (EU) 679/2016 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl L 2016/119, 1.
31 Datenschutzgesetz (DSG), BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2019/14.
32 *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG³ § 12, 2017, AB 1761 BlgNR 25. GP 8.

© Verlag Österreich 2019

und journalistischen Zwecken dienend, keine Anwendung findet. Soweit es sich um wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Tätigkeiten handelt und das Recht auf freie Meinungsäußerung dies erfordert, findet die DSGVO bzw das DSG auch nur eingeschränkt Anwendung (§ 9 Abs 2 DSG).[33] § 9 DSG folgt der Vorgabe durch Art 85 DSGVO, wonach die MS das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit durch Rechtsvorschriften in Einklang zu bringen haben.

Verfolgt sohin die Aufnahme oder Veröffentlichung von Polizeiaufnahmen ausschließlich das Ziel, Informationen, Meinungen oder Ideen in der Öffentlichkeit zu verbreiten, kann sich der oder die Veröffentlicher_in auf die datenschutzrechtliche Privilegierung von journalistischer Tätigkeit berufen, soweit dies notwendig ist, um das Recht auf freie Meinungsäußerung zu wahren, wie auch vom EuGH jüngst festgehalten.[34]

Die Prämisse des Schutzes journalistischer Tätigkeit ist daher bei der Beurteilung nach datenschutzrechtlichen Aspekten stets mitzudenken.

3.1. Bildaufnahme

Das DSG ändert vermeintlich die Beurteilung des Bildnisschutzes insb in Bezug auf die Bildaufnahme an sich. Wo das Recht am eigenen Bild nicht eindeutig die bloße Herstellung eines Lichtbildes zu unterbinden vermag, enthält § 12 DSG Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Bildaufnahme. Die Bildaufnahme ist demnach nur zulässig, wenn sie im lebenswichtigen Interesse einer Person erforderlich ist, die betroffene Person einwilligt, gesetzliche Bestimmungen es erlauben oder im Einzelfall überwiegende berechtigte Interessen der Verantwortlichen oder einer dritten Person bestehen und die Verhältnismäßigkeit gegeben ist. Letztgenannter Erlaubnistatbestand (Z 4) macht den Bildnisschutz nach Datenschutzrecht ebenfalls vom Vorliegen berechtigter Interessen abhängig. Es kommt in diesem Fall ebenfalls zu einer Abwägung der Interessen, die sich insb aus der Ausübung der Grundrechte, der Achtung der Privatsphäre sowie der freien Meinungsäußerung ergeben. Nachdem es hier also um dieselben Wertungsfragen geht, kann auf die Ausführungen zur Interessenabwägung nach § 78 UrhG zurückgegriffen werden. Spricht also ein berechtigtes Interesse für eine Aufnahme bzw Veröffentlichung von Amtshandlungen nach den oben dargelegten Gründen, so ist auch von berechtigten Interessen für eine zulässige Bildaufnahme nach datenschutzrechtlichen Erwägungen auszugehen.[35] Insgesamt sieht das DSG jedoch eine niedrigere Schwelle für die Beurteilung der bloßen Bildaufnahme vor, da die Interessensabwägung nur einen von mehreren Erlaubnistatbeständen für die Bildaufnahme bildet und in § 12 Abs 3 sogleich eine umfassende Vor-Beurteilung verschiedener Dokumentationssituationen zugunsten der Bildaufnahme vor-

33 *Engel/Rieß/Wohlgemuth* in *Forgó* (Hrsg), Grundriss Datenschutzrecht (2018) 276 f.
34 EuGH 14.02.2019, C-345/17, *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija.*
35 So auch *Zöchbauer*, Erneut: Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichung, MR 2017, 299 (301).

© Verlag Österreich 2019

genommen wird („Eine Bildaufnahme ist gemäß Abs 2 Z 4 insbesondere dann zulässig, wenn,...“). Hinzuweisen ist hierbei auf Abs 3 Z 3 leg cit, der Bildaufnahmen zu privaten Dokumentationsinteressen pauschal erlaubt, soweit diese nicht primär auf eine identifizierende Bilderfassung gerichtet sind. Eine Bildaufnahme bspw zu Beweiszwecken kann damit durchaus gerechtfertigt werden, soweit es sich nicht um eine völlig anlasslose Beweisdokumentation handelt.[36]

3.2. Übermittlung

Die Übermittlung der rechtmäßig hergestellten Bilder regelt § 12 Abs 5 DSG. Dieser hält fest, dass im Wege einer zulässigen Bildaufnahme ermittelte personenbezogene Daten im erforderlichen Ausmaß übermittelt werden dürfen, wenn für die Übermittlung ebenfalls eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 12 Abs 2 Z 1-4 DSG vorliegt. Übermitteln meint hierbei insb die Veröffentlichung bzw das Zugänglichmachen durch einen Dienst der Informationsgesellschaft (bspw Soziale Netzwerke).[37] Zudem ist bei der Übermittlung darauf Bedacht zu nehmen, inwieweit diese in Form einer identifizierenden Bildaufnahme notwendig ist, um die eigenen Interessen zu verfolgen oder ob nicht dem Grundsatz der Datenminimierung gem Art 5 Abs 1 lit c DSGVO durch ein Verpixeln Rechnung zu tragen ist.[38] Auch für die Zulässigkeit der Übermittlung von Bildnissen und Videomaterial bspw von Polizist_innen (zu beurteilen nach § 12 Abs 5 iVm Abs 2 Z 4 DSG) kann auf die Ausführungen zur Beurteilung des berechtigten Interesses gemäß § 78 UrhG verwiesen werden.

So kann also auch nach aktueller datenschutzrechtlicher Rechtslage eine Zulässigkeit der Bildaufnahme und Veröffentlichung von polizeilichem Handeln nicht limitiert werden, soweit es sich um eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zwecke der freien Meinungsäußerung und der Information der Allgemeinheit über Vorkommnisse von allgemeinen Interesse, die für das Ausloten des demokratischen Zusammenlebens und der Angemessenheit staatlicher Kontrolle essentiell sind, handelt.

4. Verbot nach StGB?

Eine weitere Möglichkeit wäre es, die ungerechtfertigte Bildaufnahme strafrechtlich zu sanktionieren. Der Schutz der Menschenwürde in Gestalt der Privatsphäre ist dem österr Strafgesetzbuch zwar bekannt[39], die Verletzung der Privatsphäre durch Bildaufnahme ist strafrechtlich (bisher) jedoch nicht erfasst.

---

36 *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG³ § 12, 2017, Anm 11.
37 *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG³ § 12, 2017, ErläutAB 2018 Abs 5.
38 *Pollirer/Weiss/Knyrim/Haidinger*, DSG³ § 12, 2017, Anm 16.
39 §§ 118 ff StGB.

© Verlag Österreich 2019

Bestrebungen dahingehend wurden zuletzt 2009 durch einen Ministerialentwurf des Justizministeriums laut[40], welcher eine Strafbarkeit der Verletzung der Privatsphäre durch Bildaufnahme forderte. Auch hier zeigt ein Blick nach Deutschland, dass das dStGB in § 201a eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahme kennt und die deutlich strengere dt Gesetzeslage zum Bildnisschutz untermauert.
Befürworter_innen einer strafrechtlichen Sanktion für unbefugte Bildaufnahmen argumentieren, dass va durch die technischen Entwicklungen ein Eindringen in die Privatsphäre durch Bildaufnahme immer leichter wird und das StGB die unerlaubte Tonaufnahme ja bereits sanktioniert. Ein umfassender strafrechtlicher Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereiches müsse daher konsequent nicht nur durch das Verbot bestimmter Tonaufnahmen (§ 120 StGB), sondern auch durch ein Verbot besonders beeinträchtigender Bildaufnahmen erreicht werden.[41] Eine derartige Strafbestimmung ist mE nicht wünschenswert, da die Unzulässigkeit einer Bildaufnahme in vielen Fällen schwierig zu beurteilen ist, weit in das Recht auf freie Meinungsäußerung eingreifen würde und das DSG (§ 12 Abs 4 Z 1), UrhG (§ 78) und MedienG (§ 7) bereits eine rechtliche Handhabe für Probleme aus der Bildveröffentlichung bieten.

5. Bildaufnahme durch Schaulustige

Neben den „klassischen" rechtlichen Instrumenten zum Schutz des eigenen Bildes, kann uU seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2018[42] auch auf eine rechtliche Handhabe gegen sog „Gaffer" zurückgegriffen werden.
Zum einen ist nunmehr auch die Behinderung (und nicht nur das bloße Unterlassen) im Rahmen der Unterlassenen Hilfeleistung nach § 95 StGB strafbar, zum anderen ermöglicht § 38 Abs 1a Sicherheitspolizeigesetz (SPG)[43] die Wegweisung penetranter Schaulustiger. Mit diesem Regelungspaket sollten, neben der Sicherstellung einer effektiven Hilfeleistung, die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und Helfenden geschützt werden.[44]
Die Sicherheitsbehörden können eine Wegweisung nun vornehmen, ohne selbst von dieser Behinderung betroffen zu sein. Die mit § 38 Abs 1a SPG korrespondiere Verwaltungsstrafbestimmung in § 81 SPG sieht sogar die Möglichkeit einer Festnahme bei Zuwiderhandlung vor. Von dieser Möglichkeit muss aber abgesehen werden, soweit gelindere Mittel zur Verfügung stehen. Handelt es sich beim behindernden Verhalten um eine Bildaufnahme, kann die Abnahme des Mobiltelefons ein erstes Mittel zur Durchsetzung die-

40 ErläutME 82 BlgNr 24. GP 1.
41 Siehe vertiefend *Thaler*, Der strafrechtliche Schutz der Privatsphäre am Beispiel der Bildaufnahme, Dissertation Universität Wien (2013) 55f.
42 BGBl I 2018/70.
43 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) BGBl 1991/566 idF BGBl 2018/56.
44 ErläutME 51 BlgNr 26. GP 1.

© Verlag Österreich 2019

ser Bestimmung darstellen.[45] Um überhaupt ein Vorgehen nach § 38 Abs 1a SPG zu legitimieren, muss jedoch die Störung der öffentlichen Ordnung im Zusammenhang mit einem Unglücksfall vorliegen. Von solch einem ist auszugehen, soweit es sich um ein plötzlich eintretendes Ereignis handelt, das zu einem erheblichen Schaden für Leib und Leben eines Menschen führt bzw diesen befürchten lässt (Verkehrsunfälle, kriminelle Geschehen uä).[46] Sowohl der Begriff der „Störung der öffentlichen Ordnung“, also auch jener des „Unglücksfalles“ sind weiten Interpretationen zugänglich und bedürfen daher einer Konkretisierung, um einerseits einer exzessiven Anwendung Einhalt zu gebieten und andererseits Normunterworfene keiner Unsicherheit auszusetzen. Eine Wegweisung oder Abnahme der Foto- und Videokameras ohne konkret behinderndes Verhalten sollte aber wohl über diese „Hintertür“ und eine dadurch unsachgerechte Einschränkung der freien Meinungsäußerung nicht ermöglicht werden, da in diesem Fall die Beurteilung der Zulässigkeit keiner Interessenabwägung zugänglich wäre und die Sicherheitsbehörden im Rahmen ihrer Einschränkungsbefugnis so die Vorgaben zum Bildnisschutz umgehen könnten.

6. Zusammenfassung

Darf ich Polizist_innen fotografieren? Ja. Allenfalls sind mir bei der Veröffentlichung jedoch Grenzen gesetzt, soweit hinter meiner Veröffentlichung keine besonderen Motive stehen, wie bspw die Allgemeinheit über Ungereimtheiten in der Amtshandlung zu informieren. Habe ich keine besonderen Gründe für meine Veröffentlichung und müssen die abgebildeten Beamt_innen durch meine Veröffentlichung eine Herabwürdigung ihrer Person befürchten, so ist die Bildaufnahme (nach DSG) und die Veröffentlichung in der Regel nicht zulässig.

Es müssen jedoch gewichtige Gründe auf Seiten der staatlichen Kontrollorgane stehen, die das Überwiegen des Schutzes ihrer Persönlichkeit begründen und die Bildnisveröffentlichung untersagen. Die Interessenabwägung hat mit zu umfassen, dass die bildliche Darstellung der Polizei und ihres Amtshandelns ein wichtiges Mittel darstellt, um staatliche Gewalt zu kontrollieren, die eigene Meinung frei zu äußern, zu Diskursen von allgemeinem Interesse beizutragen und geeignet ist, die Grund- und Menschenrechte anderer zu sichern und Verletzungen dieser zu beweisen.

Mag.[a] Elisabeth Rieß, ist Juristin beim ÖIAT – Österreichisches Institut für angewandte Telekommunikation; riess@oiat.at

45 *Stiebellehner*, Zur Strafbarkeit sogenannter „Gaffer“, JMG 2018 H 2, 101 (103).
46 *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 95 Rz 4 f.

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903041901

Ich weiß, was du nächsten Sommer getan haben wirst

Predictive Policing in Österreich

Angelika Adensamer / Lukas Daniel Klausner

1. Was ist Predictive Policing?

Predictive Policing (in Folge: PP) wird ins Deutsche als „prognosebasierte",[1] „vorhersagebasierte"[2] oder „vorausschauende"[3] Polizeiarbeit übersetzt. Die Definition von PP besteht aus zwei Elementen: 1. die polizeiliche Prognose und 2. das dahinterstehende computergestützte Verfahren. Dass etwas vorhergesehen werden muss, um in diesem Sinne „predictive" zu sein, ist klar; was genau vorhergesagt wird, unterscheidet sich aber je nach Software, Modell und Maßnahme. Eine „Vorhersage" kann in diesem Kontext immer nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage bedeuten, niemals eine Prognose „mit Sicherheit", so *Belina*.[4] Der Begriff „Predictive Policing" wird dann verwendet, wenn die Prognose auf computergestützten analytisch-technischen Verfahren[5] beruht. Dies sind üblicherweise quantitative,[6] datenbasierte[7] Verfahren.

Über diese Gemeinsamkeiten hinaus bestehen einige Unterschiede zwischen verschiedenen Maßnahmen des PP. Manche gehen mit Eingriffen in subjektive Rechte einher, wenn sie zB Personenkontrollen nach sich ziehen, andere werden nur zum Management von Streifendiensten verwendet. Manche operieren auf Basis personenbezogener Daten, andere ohne; manche beziehen die Prognosen auf Orte, wie zB das Pilotprojekt in Baden-Württemberg, in dem die Software PRECOBS zur Vorhersage von Orten genutzt wird, an denen Einbruchsdiebstähle am wahrscheinlichsten sind[8] (sog Hot-Spots, auch als „Risk Terrain Modelling" bezeichnet), andere auf Personen (wie zB die Strategic Subject List in Chicago[9]).

Aufgrund der Vielschichtigkeit der Problemstellungen von PP haben wir uns dazu entschieden, in diesem Artikel mit einem interdisziplinären Ansatz problematische Aspekte

1 *Egbert*, Predictive Policing in Deutschland, in *Strafverteidigervereinigungen*, Räume der Unfreiheit – Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages, 2.–4. März 2018 (2018) 242.
2 *Egbert*, Siegeszug der Algorithmen? APuZ 2017, 17.
3 *Gerstner*, Predictive Policing als Instrument zur Prävention von Wohnungseinbruchdiebstahl (2017) 2.
4 *Belina*, Predictive Policing, MschKrim 2016, 88.
5 *Egbert* in *Strafverteidigervereinigungen* 242; *Perry* et al, Predictive Policing (2013) 1; *Gerstner*, Policing 3; *Uchida*, Predictive Policing, in *Bruinsma/Weisburd*, Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice (2014) 3871ff.
6 *Perry* et al, Policing 1; *Belina*, MschKrim 2016, 86.
7 *Gerstner*, Policing 2; *Gluba*, Predictive Policing – eine Bestandsaufnahme (2014) 7.
8 *Gerstner*, Policing 1.
9 S zB *Sheehey*, Algorithmic Paranoia, Ethics Inf Technol 2019, 49–58.

© Verlag Österreich 2019

technischer, praktischer und gesellschaftlicher Natur von PP überblicksmäßig zu umreißen. In rechtlicher Hinsicht wird die Frage erörtert, inwieweit die Polizei heute überhaupt befugt ist, ohne Anfangs- oder Gefahrenverdacht Ermittlungsmaßnahmen zu setzen. Dass das neue PNR-G[10] dies möglich macht, ist ein Novum für die österr Rechtsordnung. Schließlich wird auch ein Überblick über in Ö eingesetzte bzw entwickelte PP-Modelle gegeben.

2. Technische und praktische Probleme von PP

2.1. Garbage In, Garbage Out – Daten und ihre Bewertung

Schon die technischen und praktischen Aspekte von PP bergen viele Tücken. Die erste Problemquelle liegt schon in den Daten selbst:[11] Diese bilden naturgemäß oft bestehende Ungleichheiten und Diskriminierungen in der Gesellschaft ab.[12] Wird nicht bewusst und wohlüberlegt versucht, diese Differenzen auszugleichen, reproduziert nur auf solchen Daten basierendes Handeln diese wiederum.[13] Auch die Auswirkungen diskriminierender Polizeiarbeit der Vergangenheit sind so in kriminologischen Daten sichtbar (*dirty data*, analog zu *dirty policing*),[14] nicht zuletzt auch wegen „Under-Reporting" von Sexualstraftaten[15] oder rassistischen Verbrechen.[16] Es wäre die Pflicht der PP-Modelle anwendenden Behörde, dieser Verzerrung in der Datenbasis entgegenzuwirken, berührt ein durch Probabilistik (mit-)geleitetes Agieren der Exekutive doch das Verbot von Diskriminierung durch die Polizei.[17] Eine Voraussetzung hierfür, an der es der Polizei oft mangelt, ist sowohl eine entsprechend diverse Belegschaft als auch ein Bewusstsein für diskriminierende Strukturen;[18] dieser Mangel steht mit der Ungleichbehandlung von Minderheiten durch die Polizei in Wechselwirkung und erzeugt ein zusätzliches Bias.[19] Eine ähnliche Problematik besteht auch bzgl der Diversität sowie einer sozialwissenschaftlichen und ethischen Grundbildung der für das System verantwortlichen Techniker*innen.

---

10 PNR-Gesetz BGBl I 2018/64.

11 In der Informatik spricht man hier gerne von „garbage in, garbage out" und meint damit, dass schlechter oder fehlerhafter Input für ein System ebenso schlechten oder falschen Output dieses Systems bedeutet, egal wie gut das System selbst funktioniert.

12 *Hao*, Police Across the US are Training Crime-Predicting AIs on Falsified Data, MIT Technology Review v 13.2.2019, technologyreview.com/s/612957 (22.7.2019).

13 *Singelnstein*, Predictive Policing, NStZ 2018, 4.

14 „Dirty Policing" steht als Sammelbegriff für verfehlte, diskriminierende und tw sogar gesetzeswidrige Praktiken und Verhaltensweisen in der Polizeiarbeit; analog dazu wurde der Begriff „Dirty Data" gebildet, s *Richardson/Schultz/Crawford*, Dirty Data, Bad Predictions, N Y Univ Law Rev Online 2019, 192.

15 *Taylor/Gassner*, Stemming the Flow, Police Pract Res 2010, 241ff.

16 *Kushnick*, 'Over Policed and Under Protected', Sociol Res Online 1999, Rn 1.7.

17 Vgl zB § 5 Abs 1 Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (Richtlinien-Verordnung – RLV) BGBl 1993/266 idF BGBl II 2012/155.

18 *Myers West/Whittaker/Crawford*, Discriminating Systems (2019) 15ff.

19 *Legewie/Fagan*, Group Threat (2016).

© Verlag Österreich 2019

Weiters ist auch die Interpretation der Primärdaten oft problematisch. Oberflächliche Betrachtung der räumlichen Verteilung von Fallhäufigkeiten führt oftmals einfach zu einer Konzentration auf Orte mit großer Bevölkerungsdichte oder mit aus ähnlich trivialen Gründen erhöhtem Datenaufkommen. Auch die Wahl der richtigen Bezugsgröße hat schon einen großen Einfluss auf die Bewertung, wenn man etwa statt der Wohnbevölkerung die tatsächlich anwesenden Personenzahlen (*ambient population*) heranzieht.[20] Selbst die bloße Mustererkennung ist auf vielerlei Arten fehleranfällig: Sie nimmt zwangsläufig eine gewisse Regularität des Verbrechens an (was gerade bei selteneren Straftaten kaum zutrifft), verleitet zur Symptombekämpfung[21] und verschleiert diskriminierende Praktiken in der Polizeiarbeit nach außen wie innen.[22]

2.2. Probabilistik und Modellierung

Die Modellierung soziologischer Phänomene durch naturwissenschaftliche oder naturwissenschaftlich motivierte Algorithmen wirft weitere Fragen auf. Oft werden gar keine (wie beim rein korrelativ arbeitenden *HunchLab*[23]) oder vereinfachende Grundannahmen getroffen oder ohne zugrundeliegende soziologische methodologische Überlegungen Algorithmen eingesetzt, die zu wissenschaftlich nicht schlüssig herleitbaren Prognosen führen. In vielen Fällen wird nicht oder bestenfalls am Rande reflektiert, dass allen derartigen algorithmischen Zugängen zahlreiche implizite Grundannahmen zugrunde liegen.[24] In Oakland wurde zB ein PP-Algorithmus getestet, der auf Basis der sog „Near-Repeat"-Kriminalitätstheorie von seismographischen Modellen inspiriert ist,[25] dessen zentrale Berechnung aber auf einen schlichten gleitenden Mittelwert hinausläuft und keinerlei Rückkopplungseffekte auf das Kriminalitätsaufkommen[26] berücksichtigt.[27] Auch dass verschiedene Bevölkerungsgruppen unterschiedliche Elastizitäten in Bezug auf die Verübung von Straftaten aufweisen,[28] wird nicht in Betracht gezogen und kann die erwarteten Ergebnisse ins Gegenteil verkehren.[29] Generell ist eine wichtige Frage für jegliche statistisch angeleitete Strategie, wie das modellgeleitete Agieren wiederum das kriminelle Verhalten beeinflusst und welche Effekte zweiter und

---

20 *Belina*, MschKrim 2016, 92ff.
21 Gemäß *Goodharts* Gesetz: „When a measure becomes a target, it ceases to be a good measure."
22 *Kaufmann/Egbert/Leese*, Predictive Policing and the Politics of Patterns, Br J Criminol 2019, 11ff.
23 *Shapiro*, Reform Predictive Policing, Nature 2017, 459.
24 *Bennett Moses/Chan*, Algorithmic Prediction in Policing, Polic Soc 2018, 809ff.
25 *Mohler* et al, Randomized Controlled Field Trials of Predictive Policing, J Am Stat Assoc 2015, 1399–1411.
26 Hiermit ist gemeint, dass die Aktivität der Polizei wiederum Auswirkungen auf das Kriminalitätsaufkommen hat, was sich wiederum auf das Handeln der Polizei auswirkt etc.
27 *Lum/Isaac*, To Predict and Serve? Significance 2016, 18.
28 „Elastizität" bezeichnet in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften die Beeinflussbarkeit einer gewissen Größe relativ zu einer anderen Größe. Hier ist damit gemeint, dass verschiedene Bevölkerungsgruppen unterschiedlich auf das Poliziertwerden reagieren, dh, dass sich ihr Verhalten in Abhängigkeit vom Handeln der Polizei in verschiedener Weise bzw unterschiedlich stark verändert.
29 *Harcourt*, Against Prediction (2007) 23f.

© Verlag Österreich 2019

höherer Ordnung (dh kaskadierende und rückbezügliche Folgeeffekte[30]) das wiederum auf die Exekutivarbeit hat.[31]

2.3. Kontrolle und Evaluierung

Schlussendlich bleiben auch in der Beurteilung und Einordnung der algorithmisch getroffenen oder von Algorithmen unterstützten Entscheidungen noch große Lücken. Mangelnde Transparenz macht viele algorithmische Systeme zu reinen Black Boxes[32] und erschwert oder verunmöglicht eine kritische Betrachtung.[33]
Datengeleiteten Entscheidungen wird zudem Objektivität und Neutralität zugeschrieben (und dabei nicht zuletzt der Bias in der Datenbasis durch diskriminierende Polizeipraktiken der Vergangenheit verschleiert), wodurch häufig auch die Notwendigkeit für Begründung und Rechtfertigung des eigenen Handelns negiert wird.[34]
Zuletzt fehlt nach wie vor eine kritische Evaluierung der Effektivität sowie der Vor- und Nachteile von PP-Verfahren.[35] Eine rezente groß angelegte Literaturstudie kam zu dem Resultat, dass bislang kaum empirische Belege vorliegen, weder bzgl des versprochenen Nutzens noch bzgl der von Expert*innen befürchteten Nachteile.[36] PP-Modelle sind in aller Regel schon deswegen kaum evaluierbar, da nicht erfüllte Prognosen immer sowohl einem Effekt des Einschreitens als auch einem Fehler der Prognose zuschreibbar sind. Die Schwierigkeiten in der Evaluierung lassen auch an der Ernsthaftigkeit der Beteuerungen von Ressourceneinsparung und Effizienzsteigerung zweifeln, die oftmals mit der Einführung von PP einhergehen.

3. Politische und gesellschaftliche Fragestellungen

Andere Probleme entstehen nicht erst durch den Einsatz von Algorithmen, werden dadurch aber (teils empfindlich) verschärft; auf diese Aspekte können wir hier aus Platzgründen nur relativ kurz eingehen.[37] Einerseits besteht die Gefahr von Feedbackloops: Über jene Regionen, in die die Polizei öfter geschickt wird, wird auch mehr Datenmate-

---

30 S FN 26.
31 *Richardson/Schultz/Crawford*, N Y Univ Law Rev Online 2019, 20ff.
32 Unter „Black Box“ versteht man in der Systemtheorie ein (mglw sehr komplexes) System, dessen innere Funktionsweise nicht bekannt ist und das daher nur auf Basis reiner Input-Output-Korrespondenzen betrachtet und verstanden werden kann, ohne interne Zusammenhänge und Vorgänge zu kennen.
33 *Ferguson*, Policing Predictive Policing, Wash U J L & Pol'y 2017, 1165ff. Zu diesem Themenkreis gehört auch die Frage der Verantwortlichkeit, siehe folgender Abschnitt.
34 *Lum/Isaac*, Significance 2016, 18f; *Bennett Moses/Chan*, Polic Soc 2018, 817f. Manche Systeme wie *HunchLab* werben sogar explizit damit, rein korrelativ zu arbeiten und somit angeblich unvoreingenommen zu sein; *Shapiro*, Nature 2017, 459.
35 Vgl *Belina*, MschKrim 2016, 93f mit weiteren Nachweisen; *Bennett Moses/Chan*, Polic Soc 2018, 815ff.
36 *Meijer/Wessels*, Predictive Policing, Int J Publ Admin 2019.
37 Für einen generellen Überblick s zB *Kretschmann*, Das Wuchern der Gefahr, juridikum 2012, 320–333; *Singelnstein*, NStZ 2018, 1–9.

© Verlag Österreich 2019

rial gesammelt, was wiederum mehr Anlass geben kann, Polizeistreifen dorthin zu entsenden, wodurch es zu einem positiven Regelkreis kommen kann.[38] Andererseits gibt es aber auch (im Zusammenspiel mit der im vorigen Abschnitt erwähnten Problematik der Symptombekämpfung) klassische Verdrängungseffekte, dh gewisse Formen von Kriminalität werden durch räumlich fokussierten Polizeieinsatz nur verlagert.[39] Die Frage, die beim Einsatz neuer Technologien oftmals auf der Strecke bleibt, ist, welche Polizeiarbeit überhaupt wie effektiv ist – und nicht nur wo, wann und gegen wen sie eingesetzt wird. Die ausgeschickte Polizeistreife wird gesamtgesellschaftliche Probleme, die die Sozialwissenschaft als kriminogene Faktoren identifiziert hat, wie zB gesellschaftlichen Ausschluss und Perspektivenlosigkeit, nicht lösen, selbst wenn sie noch so effizient eingesetzt wird.

Ein weiterer großer Themenkomplex ist die Frage der Verantwortlichkeit, im rechtlichen wie im ethischen Sinne; insb stellt sich die Frage der Teilung der Verantwortlichkeit zwischen Entwickler*innen von PP-Systemen, den Einsatz solcher Systeme beschließenden Führungskräften und tatsächlich für die Letztentscheidungen verantwortlichen Polizist*innen. Auch die Tatsache, dass solche Algorithmen gem Art 11 der Polizei-Richtlinie[40] bei Entscheidungen zum Nachteil von Personen nur zur Entscheidungsunterstützung eingesetzt werden und die Letztentscheidung von Menschen getroffen wird, kann nur bedingt beruhigen. Die „Vorschläge" des Systems werden in vielen Fällen nicht hinterfragt und fallweise sogar wider besseres Wissen der Fachleute übernommen (*algorithmic bias* bzw *automation bias*).[41] Diese tw oder gar vollständige Entkopplung von Verantwortung wirft bereits jetzt konkrete rechtliche Fragen in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens auf.[42] Hier sind noch unzählige Fragen ungeklärt, beginnend bei ganz grundlegenden wie der zurechenbaren Verantwortlichkeit für Entscheidungen, wenn die Letztentscheider*innen weder über den Einsatz von Algorithmen (mit-)bestimmen noch diese in ausreichendem Umfang verstehen können (sei es mangels technischen Wissens oder wegen fehlender Transparenz der algorithmischen Systeme). Bis auf erste Ansätze[43] stehen Forschung und Politik hier noch ganz am Anfang.

Auch die bereits im vorigen Abschnitt diskutierte Frage der Datengrundlage ist nicht nur eine technische, sondern auch eine politische Frage,[44] insb die Auswahl und Abstraktion

---

38 *Ensign* et al, Runaway Feedback Loops in Predictive Policing, PMLR 2018, 160–171.

39 *Belina*, MschKrim 2016, 93; *Singelnstein*, NStZ 2018, 4.

40 RL (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L 2016/119, 89.

41 *Goddard/Roudsari/Wyatt*, Automation Bias, J Am Med Inform Assoc 2011, 123ff; *Korff/Georges*, Passenger Name Records, Data Mining & Data Protection (2015) 29f.

42 S hierzu etwa *Citron*, Technological Due Process, Wash U J L & Pol'y 2008, 1249–1313; *van der Sloot/Broeders/Schrijvers* (Hrsg), Exploring the Boundaries of Big Data (2016) 166f.

43 *Citron*, Wash U J L & Pol'y 2008, 1294ff; *van der Sloot/Broeders/Schrijvers* (Hrsg), Boundaries, 1–286.

44 Für eine plakative Darstellung der Lage in Ö sowohl hinsichtlich der Datenqualität als auch des Umgangs mit Komplexität seitens des Führungspersonals siehe *Marouschek*, Vom Informationsfriedhof zu Führungsinformationssystemen, SIAK-Journal 2008/2, 15–25.

© Verlag Österreich 2019

der durch die Daten vermeintlich objektivierten Tatbestände und Sachverhalte.[45] Da PP-Modelle gerade darauf aufbauen, lückenlos alle Gebiete bzw Personen auf kriminogene Faktoren hin zu analysieren und miteinander zu vergleichen, bedeutet ihre Anwendung notgedrungen, dass niemand komplett unbeobachtet bleiben kann. Kombiniert mit der Möglichkeit, schon einzuschreiten, bevor überhaupt Straftaten passiert sind,[46] ergibt sich die Gefahr eines Staates ohne Freiheit vor Überwachung und ohne das Anerkenntnis, dass sich die Gesamtheit einzelner individueller Entscheidungen, auf die es schlussendlich ankommt, in mathematischen Wahrscheinlichkeiten niemals abbilden lassen kann. Den Individuen wird ein generalisierter Verdacht entgegengebracht.[47] Dadurch werden ihre Gruppenzugehörigkeiten konstituiert und hervorgestrichen, während die Bedeutung ihrer Individualität hintangestellt wird. Es ist kein Zufall, dass diese Entwicklungen in Zeiten von nie dagewesenen Datenmengen, höherer und fortgeschrittener Analyseleistung sowie einer vorherrschenden (und zumeist wohl politische Interessen verbergenden) Technokratisierung der Politik geschehen.

4. PP im Lichte polizeilicher Aufgaben

Aus der Verwendung von Methoden des PP ergeben sich eine Vielzahl wichtiger rechtlicher Fragen: Von der Legalität konkreter Maßnahmen über den Schutz von Grundrechten und vor Diskriminierung, Datenschutz, Rechtsschutz für individuell Betroffene und die rechtliche Qualität algorithmischer Entscheidungen bis hin zur Bedeutung von Algorithmen zur Unterstützung von Entscheidungen auf die Arbeitsverhältnisse von Polizist*innen. Im Folgenden werden wir exemplarisch nur folgende rechtliche Frage anschneiden, ohne sie jedoch abschließend beantworten zu können: Auf Basis welcher gesetzlichen Aufgaben ist die Polizei überhaupt befugt, ohne Anfangs- oder Gefahrenverdacht Ermittlungsmaßnahmen zu setzen? Gibt es keine Aufgaben, zu deren Erfüllung die Polizei PP-Methoden einsetzen kann, ist ihr Einsatz rechtlich unzulässig.

Die Strafprozessordnung bietet eine Rechtsgrundlage für die Aufklärung von Straftaten und die Verfolgung Verdächtiger (§ 1 Abs 1 StPO).[48] Das Strafverfahren beginnt mit dem Anfangsverdacht (§ 1 Abs 2 StPO); der Bezug auf den Verdacht einer Straftat hat laut den Erl zur StPO-Reform 2004 den rechtsstaatlichen Zweck, Personen davor zu schützen, „ohne gegebenen Anlass zum Objekt von Ermittlungen zu werden“[49] – ein Telos, den der OGH 2012 bestätigte.[50] Schließlich wurde 2014 in § 1 Abs 3 StPO erstmals eine

45 *Belina*, MschKrim 2016, 94f.
46 Wie zB im Bereich der erweiterten Gefahrenerforschung in § 6 PStSG, siehe genauer unten.
47 *Ferguson*, The Rise of Big Data Policing (2017) 126.
48 Strafprozessordnung BGBl 1975/631 idF BGBl I 2018/70.
49 ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 26.
50 OGH 11.6.2012, 1 Präs. 2690–2113/12i.

© Verlag Österreich 2019

Definition des Anfangsverdachts geschaffen.[51] Dieser liegt erst vor, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist. Laut den Erl soll durch diese Bestimmung sichergestellt werden, dass ein Ermittlungsverfahren erst beginnt, wenn „verifizierbare und widerlegbare Anhaltspunkte" vorliegen.[52] Mangelt es an solchen Anhaltspunkten, „hat die Staatsanwaltschaft von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abzusehen".[53] Die StPO bietet also keine Rechtsgrundlage für präventive Ermittlungen ohne Anfangsverdacht auf eine begangene Straftat. Folglich scheinen die Entwicklung und der Einsatz von PP-Programmen durch das BKA (su) in Anbetracht dessen, dass dem BKA gem § 5 Abs 1 u Abs 2 BKA-G[54] ausschließlich kriminalpolizeiliche Aufgaben iSd StPO obliegen, auf rechtlich mehr als wackeligen Beinen zu stehen.

Während die StPO die Bekämpfung und Aufklärung von Straftaten regelt, sind in SPG und PStSG[55] sicherheitspolizeiliche Aufgaben festgelegt. Diese umfassen die Gefahrenabwehr und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 3 SPG iVm Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG). Die polizeilichen Aufgaben in SPG und PStSG wurden in den letzten Jahren immer weiter ins Vorfeld verlegt.[56] Die am weitesten ins Vorfeld reichenden Aufgaben, die polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen begründen können, sind die (erweiterte) Gefahrenerforschung und die Abwehr allgemeiner Gefahren und wahrscheinlicher Angriffe. Die Gefahrenerforschung ist gem § 16 Abs 4 SPG[57] die Feststellung einer Gefahrenquelle und des Sachverhalts, soweit dies für die Abwehr einer Gefahr notwendig ist, und obliegt gem § 28a Abs 1 SPG den Sicherheitsbehörden. Gem § 21 Abs 1 SPG obliegt den Sicherheitsbehörden auch die Abwehr allgemeiner Gefahren. Diese sind gem § 16 Abs 1 SPG einerseits gefährliche Angriffe (Z 1 iVm Abs 2 u Abs 3 leg cit) und andererseits kriminelle Verbindungen, also die Verbindung von mindestens drei Personen mit dem Vorsatz, fortgesetzt gerichtlich strafbare Handlungen zu begehen. Die Gefahrenabwehr ist eine Befugnis, die weit ins Vorfeld tatsächlicher Angriffe und Straftaten hineinreicht.[58] Schließlich haben die Sicherheitsbehörden nach § 22 Abs 2 SPG auch die Aufgabe, wahrscheinlichen gefährlichen Angriffen vorzubeugen. Auch wenn diese Aufgaben nicht erst bestehen, wenn eine akute Gefahr besteht, so hängen sie doch von einer „besonderen Situation, in der sich eine akute Gefahr leichter als im Normalfall entwickeln kann", ab.[59] Obwohl diese Aufgaben also sehr weit im Vorfeld liegen, sind sie den-

51 BGBl I 2014/71.
52 181 BlgNR 25. GP 2.
53 181 BlgNR 25. GP 2.
54 Bundeskriminalamt-Gesetz BGBl I 2002/22 idF BGBl I 2016/118.
55 Polizeiliches Staatsschutzgesetz BGBl I 2016/5 idF BGBl I 2018/32.
56 Vgl dazu die Debatte um die erweiterte Gefahrenerforschung ua bei *Kretschmann*, juridikum 2012, 320–333.
57 Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1994/505 idF BGBl I 2018/56.
58 Vgl zB *Zerbes*, Spitzeln, Spähen, Spionieren (2010) 259ff.
59 *Zerbes*, Spitzeln 262.

© Verlag Österreich 2019

noch nicht komplett losgelöst von konkreten Anlässen und Situationen – wären sie es, wären die Definitionen in § 16 SPG obsolet.

Die erweiterte Gefahrenerforschung wurde 2016 vom SPG in den § 6 des damals neuen PStSG verschoben.[60] Auch hier ist aber der Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt: Gem § 6 Abs 1 Z 1 können im Zuge der erweiterten Gefahrenerforschung nur Gruppierungen beobachtet werden, in deren Umfeld mit bestimmten Gefahren und Angriffen zu rechnen ist, und gem § 6 Abs 1 Z 2 besteht die Aufgabe, auf einen begründeten Gefahrenverdacht hin verfassungsgefährdende Angriffe iSd § 6 Abs 2 abzuwehren. *Heißl* erachtet hierfür eine konkrete Bedrohungssituation als notwendig.[61] Ein begründeter Gefahrenverdacht ist dabei laut Erl jedenfalls mehr als die bloße Möglichkeit oder Nichtausschließbarkeit eines Angriffes.[62] Obgleich auch die Aufgaben nach dem PStSG als zu breit und unbestimmt kritisiert wurden,[63] sind sie nicht völlig unabhängig vom Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte für einen Verdacht und können demnach keine Rechtsgrundlage für PP ohne Anlass bieten.

Polizeiliche Eingriffe in subjektive Grund- und Freiheitsrechte ohne Gefahren- oder Tatverdacht – also ohne Anlass – sind mit der Rechtsordnung grundsätzlich nicht vereinbar.[64] So schreibt *Zerbes*: „Selbst zur Verteidigung der strafrechtsbewehrten Rechtsgüter greift die öffentliche Gewalt daher nur aus bestimmten Anlässen ein. Durch exakte Definitionen dieser Anlässe wird sie beschränkt."[65] In einem Rechtsstaat, der sich den Freiheitsrechten verpflichtet, müsse ein „staatsfreier Raum" geschaffen werden.[66]

4.1. Passenger Name Records (PNR)

Schranken für staatliche Eingriffe waren bisher in allen einfachen Gesetzen vorgesehen, die polizeiliche Tätigkeiten regeln, wie in der StPO, dem SPG und dem PStSG, nicht aber im neuen PNR-G. Die EU-RL 2016/681 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität[67] verpflichtet alle Mitgliedstaaten, eine große Menge an Fluggastdaten über alle Personen und Flüge in die und aus der EU zu sammeln, und ermächtigt zur anlasslosen Vorratsdatenanalyse. In Ö wurde die RL durch das PNR-G umgesetzt, welches seit 2018 in Kraft ist. Das PNR-G stellt also insofern einen Paradigmenwechsel dar, als es Ermittlungshandlungen ohne Anlass erlaubt, was für die österr Rechtsordnung ein Novum ist.[68]

---

60 BGBl I 2016/5.
61 *Heißl*, PStSG Polizeiliches Staatsschutzgesetz (2016) § 6 Rz 23.
62 ErläutRV 763 BlgNR 25. GP 4 mVa *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz[4] (2011) § 22.
63 *Adensamer/Sagmeister*, Das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, Schriftenreihe des BMJ-Band 164 (2017) 67ff.
64 Vgl dazu insb *Zerbes*, Spitzeln 242ff.
65 *Zerbes*, Spitzeln 243.
66 Vgl *Zerbes*, Spitzeln 254f.
67 Abl L 2016/119, 132.
68 Ebenso für den dt Rechtsraum, vgl *Singelnstein*, NStZ 2018, 5.

© Verlag Österreich 2019

Gem § 2 Abs 1 PNR-G sind Luftfahrtunternehmen verpflichtet, Fluggastdaten iSd § 3 PNR-G vor dem Abflug und nach dem Check-In an die beim Bundeskriminalamt (BKA) eingerichtete Fluggastdatenzentralstelle (Passenger Information Unit, PIU) (§ 1 Abs 2 PNR-G) weiterzuleiten. Die PIU wird durch § 4 Abs 1 ermächtigt, die bei ihr einlangenden Daten mit Fahndungsevidenzen und sonstigen sicherheitspolizeilichen Datenbanken mit dem Zweck der Verbrechensbekämpfung abzugleichen (Z 1) sowie diese „anhand festgelegter Kriterien" zu analysieren (Z 2). Für die Vorratsdatenanalyse nach § 4 Abs 1 Z 2 gibt es keine weiteren gesetzlichen Voraussetzungen, sie kann also verdachts- und anlasslos eingesetzt werden. Somit fällt die Verarbeitung von Fluggastdaten unter die obenstehende Definition von PP.

Nach § 4 Abs 1 PNR-G können zu den sehr breit angelegten Zwecken des § 1 Abs 1 PNR-G (also zur Vorbeugung, Verhinderung und Aufklärung bestimmter Straftaten) alle bei der PIU eingelangten Daten sowohl gem Z 1 mit anderen Datenbanken als auch gem Z 2 anhand bestimmter „festgelegter Kriterien" iSd § 5 PNR-G abgeglichen werden. Eine engere Einschränkung auf einen Gefahren- oder Tatverdacht gibt es im PNR-G nicht. Dass die anlasslose Verarbeitung von Fluggastdaten einen Eingriff in – und in weiterer Folge auch eine Verletzung von – Art 7 und 8 GRC darstellt, hat schon der EuGH in seinem Gutachten über das Abkommen über den Austausch von PNR-Daten zwischen der EU und Kanada festgestellt.[69] Auch die PNR-RL ist demnach EU-rechtswidrig, Verfahren dagegen wurden schon in Deutschland und Ö angestrengt.[70]

Der Schutz davor, „ohne gegebenen Anlass zum Objekt von Ermittlungen zu werden",[71] wird durch das PNR-G abgeschafft. Das ist mit rechtsstaatlichen Prinzipien und Freiheitsrechten unvereinbar.[72] Derartig unbegrenzt einsetzbare Befugnisse sind für das österr Rechtssystem vollkommen neu. Auch das Rechtsschutzsystem, das in Sicherheitsverwaltung und Kriminalpolizei aufgeteilt ist, wird durch das PNR-G, das zwar polizeiliches Arbeiten regelt, aber keinem von beiden eindeutig zuordenbar ist, auf die Probe gestellt.

4.2. Andere PP-Maßnahmen

Näherer Betrachtung bedarf daneben auch die Befugnis zum Streifendienst, insb im Hinblick auf PP-Maßnahmen, die der Polizei eine Entscheidungshilfe zur Hand geben sollen, wo der Streifendienst ausgeführt werden soll. Der einfache Streifendienst iSd § 5 Abs 3 SPG geht ohne Eingriff in subjektive Rechte einher und ist als solches gem § 28a Abs 2

69 S EuGH 26.7.2015 – Gutachten 1/15 Rz 121ff.

70 *No PNR*, Wir klagen gegen die massenhafte Verarbeitung von Fluggastdaten! nopnr.eu (22.7.2019); *epicenter.works*, Wir kippen die Fluggastdatenspeicherung, epicenter.works/content/wir-kippen-die-fluggastdatenspeicherung-0 (22.7.2019).

71 ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 26.

72 Vgl auch *Korff/Georges*, Records 90.

© Verlag Österreich 2019

SPG grundsätzlich zur Aufgabenerfüllung allgemein zulässig.[73] Laut den Erl zum SPG dient der Streifendienst der „Präventivwirkung durch bloße Anwesenheit" und entspricht einer erhöhten Bereitschaftshaltung, „um bei einer sich konkretisierenden Gefahr schneller einschreiten zu können".[74]

Der Einsatz von PP-Programmen auf der Basis von § 28a Abs 2 SPG ist jedoch – auch wenn je nach konkreter Ausgestaltung rechtlich mglw zulässig – aus rechtspolitischer Sicht problematisch. Es sollte vermieden werden, durch den Einsatz neuer Software Befugnisse maßgeblich zu erweitern. Insb in Anbetracht oben genannter gesellschaftlicher Gefahren bedarf es politischer Entscheidungen der demokratischen Gesetzgebung, nicht die Schaffung von Gegebenheiten durch technische Anschaffungen und Innovationen seitens der Polizei.

5. Predictive Policing in Österreich

Im BKA wird laut einer parlamentarischen Anfragebeantwortung seit 2007 an PP-Modellen gearbeitet,[75] laut *Huberty*, dem Leiter des Büros für räumliche Kriminalanalyse und Geographic Profiling in der Abteilung Kriminalanalyse des BKA, jedoch sogar schon seit 2004.[76] Diese Abteilung, die 2003 ihre Tätigkeit aufnahm, hatte von Beginn an die „zukunftsorientierte" Analyse als Aufgabe.[77] Die Anforderungen an den dort entwickelten Sicherheitsmonitor (SIMO), der 2004 in Betrieb ging[78] und seit 2006 in § 58a SPG gesetzlich verankert ist, inkludierten eine „hohe Qualität der Entscheidungsgrundlagen für Steuerung, Koordinierung und Leitung repressiver und präventiver Maßnahmen, wie Festnahmen, Aufklärungsmaßnahmen der kriminal-polizeilichen Beratungsdienste" etc sowie die Anwendbarkeit „für wirtschaftlich sinnvolle Ressourceneinsätze bei der Streifenplanung", so der erste Leiter der Kriminalanalyseabteilung des BKA *Marouschek*.[79] Auf Basis der Daten des SIMOs wurde 2007 gemeinsam mit Joanneum Research (JR) das Trend-Monitoring-System (TMS) entwickelt, das für bestimmte Kriminalitätskategorien Wochenprognosen liefert.[80]

Im Förderzeitraum 2009–2011 wurde vom Austrian Institute of Technology das KIRAS-geförderte[81] Projekt *SIS4You* durchgeführt, das eine vom BKA betriebene Platt-

73 *Giese* in *Bachmann* et al, Besonderes Verwaltungsrecht[12] (2018) 75; *Keplinger/Pühringer*, Sicherheitspolizeigesetz[16] (2016) 100.
74 ErläutRV 148 BlgNR 18. GP 33.
75 *Sobotka*, Anfragebeantwortung zu der schriftlichen Anfrage (12834/J), 27.6.2017.
76 Zitiert in *Heitmüller*, Vorzeitige Verhaftung, Kepler Tribune v 1.3.2019, jku.at/kepler-tribune/artikel/vorzeitige-verhaftung (22.7.2019).
77 *BMI*, Sicherheitsbericht 2003 (2004) 271.
78 *BMI*, Sicherheitsbericht 2003 271.
79 *Marouschek*, SIAK-Journal 2008/2, 19.
80 *Marouschek*, Das Geografische Informationssystem, SIAK-Journal 2008/3, 93.
81 KIRAS ist das österr Förderprogramm für Sicherheitsforschung, vgl kiras.at.

© Verlag Österreich 2019

form zur Einbruchsprävention mit Hilfe der Bevölkerung entwickeln sollte.[82] Ein weiteres KIRAS-gefördertes PP-Projekt von JR war „BASE of ACE: Austrian Crime Explorer", das eine Basis für regionale Kriminalitätsprognosen schaffen sollte und 2012 abgeschlossen wurde.[83]

2013 startete das KIRAS-Projekt Crime Predictive Analytics (*CriPA*).[84] Dieses „widmet sich der vorausschauenden Analyse der Kriminalität in Form von echtzeitfähigen Prognosen und umfasst die Entwicklung geeigneter Algorithmen, Methoden und Softwarekomponenten[,] mit deren Hilfe sich aussagekräftige Modelle und Muster in Kriminalitätsdatenbeständen identifizieren lassen, um auf diese Weise zukünftige Kriminalitätsentwicklungen vorherzusagen oder das Risiko für Straftaten abzuschätzen."[85] Beteiligt waren an diesem Projekt das BKA, JR, das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie und das Z-GIS der Universität Salzburg.[86] Ziel von CriPA war laut Medienberichten ein geographisches Mapping, um Polizeiressourcen gezielter einzusetzen und durch Polizeipräsenz Einbrüche zu verhindern, nach dem Vorbild des Programms *Pre Crime Observation System* (PRECOBS), das in Deutschland und der Schweiz getestet wurde. Das Projekt CriPA wurde 2015 abgeschlossen[87] und sollte ab dem Frühjahr 2015 im Testgebiet Wien eingesetzt werden.[88] Das Modell wurde schließlich von der Polizei nicht übernommen, die Ergebnisse des Projekts flossen aber in ihre Arbeit ein, berichtet Projektleiterin *Kleb*.[89]

2015 berichtete das BMI auch über das Kriminalitätsprognosemodell (KPM).[90] Das Ziel dieser neuen PP-Modelle war laut BMI, „den polizeilichen Personaleinsatz und die Personalkoordination anhand von kurzfristigen räumlich-statistischen Vorhersagemodellen ressourcenschonend und Erfolg versprechend zu verbessern."[91] Auch die Sicherheitsdoktrin des BMI für 2017–2020 formuliert dieses Vorhaben: Neue Technologien wie Big Data oder Artificial Intelligence seien „revolutionäre Ansätze zur Vorbeugung und Bekämpfung der Kriminalität" und das BMI solle sich hier als „First Mover" positionieren.[92] Dies betreffe insb die Nutzung von Videomaterial, aber auch von Kennzeichenerkennungssystemen.[93] 2017 hieß es in einer parlamentarischen Anfragebeantwortung,

---

82 *BMVIT*, Wissenschaf(f)t Sicherheit. Geförderte KIRAS-Projekte 2009–2011 (2011) 18.
83 *BMI*, Sicherheitsbericht 2012 (2013) 225; *BMVIT*, KIRAS-Projekte 43.
84 *BMI*, Sicherheitsbericht 2013 (2014) 64.
85 *BMI*, Sicherheitsbericht 2013 65.
86 *BMI*, Sicherheitsbericht 2013 65.
87 *BMI*, Sicherheitsbericht 2015 (2016) 84.
88 *Tempfer*, Haltet den Dieb, bevor er zuschlägt, Wiener Zeitung Online v 24.11.2014, wienerzeitung.at/nachrichten/panorama/oesterreich/714102_Haltet-den-Dieb-bevor-er-zuschlaegt.html (22.7.2019); *Macura*, Pre-Crime-System blickt in die Zukunft, news.ORF.at v 2.2.2015, orf.at/v2/stories/2261957/2261958/ (22.7.2019).
89 *Heitmüller*, Kepler Tribune v 1.3.2019.
90 *BMI*, Sicherheitsbericht 2015 84.
91 *BMI*, Sicherheitsbericht 2016 (2017) 82.
92 *BMI*, Sicherheitsdoktrin des BMI für Österreich 2017–2020 (2017) 14.
93 *BMI*, Sicherheitsdoktrin 14.

© Verlag Österreich 2019

dass bislang nur eine PP-Methode im Bereich der Einbruchsprävention im Einsatz sei[94] – unklar bleibt aber, auf welcher Rechtsgrundlage.

Ab 2019 solle laut *Huberty* im BKA die Methode des Risk Terrain Modellings (RTM) eingesetzt werden.[95] Hier sollen mittels des geographischen Informationssystems (GIS) nicht personenbezogene Umgebungsfaktoren analysiert werden, wie die Nähe von Parks und Bars oder Altbaubebauung, aber auch die Durchschnittseinkommen nach Wohnort gemäß den Daten der Statistik Austria.[96] Die meisten dieser Daten seien öffentlich verfügbar, so *Huberty*.[97]

Diese PP-Methoden berühren weder den Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (Art 8 EMRK, Art 7 GRC) noch den des Grundrechts auf Datenschutz (Art 1 § 1 Abs 1 DSG,[98] Art 8 GRC), da sie nicht mit der Verwendung von personenbezogenen Daten einhergehen, sondern va der Planung des Streifendienstes dienen. Anders ist es bei dem folgenden Projekt:

Auch in das umstrittene Projekt *INDECT* war mit der FH Technikum Wien eine österr Hochschule involviert,[99] welches während seiner Laufzeit 2009–2014 durch die Europäische Kommission mit 10,9 Mill Euro gefördert wurde.[100] In diesem Projekt sollten personenbezogene Daten aus sozialen Medien mit Vorratsdaten und Videoaufnahmen kombiniert werden, um „abnormales Verhalten" frühzeitig erkennen zu können.[101] Berichte über *INDECT* führten zu internationalen Protesten der Zivilgesellschaft.[102] Weder auf der offiziellen Projekt-Webseite noch auf der Seite der FH Technikum Wien sind derzeit weitere Informationen zu diesem Projekt zu finden.

6. Fazit

Bestrebungen, Polizeiarbeit verstärkt auf computergestützte Prognosen zu stützen, gibt es in Ö schon länger, aufgrund der zunehmenden Bedeutung von Big Data und Artificial Intelligence ist mit einer Zunahme und Ausweitung von PP-Methoden in den nächsten Jahren zu rechnen. Die meisten in Ö entwickelten oder angewendeten PP-Methoden berühren weder den Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (Art 8 EMRK, Art 7 GRC) noch den des Grundrechts auf Datenschutz (Art 1 § 1 Abs 1 DSG, Art 8

94 Vmtl mit Bezug auf CriPA; *Sobotka*, Anfragebeantwortung (12834/J), 27.6.2017.
95 *Heitmüller*, Kepler Tribune v 1.3.2019.
96 *Al-Youssef*, Predictive Policing: Wie die Polizei Verbrechen voraussagt, derStandard.at v 23.11.2018, derstandard.at/2000091840678 (22.7.2019).
97 Zitiert in *Heitmüller*, Kepler Tribune v 1.3.2019.
98 Datenschutzgesetz BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2019/14.
99 *Laub*, INDECT: Anonymous macht gegen totale Überwachung mobil, derStandard.at v 20.7.2012, derstandard.at/1342139631592 (22.7.2019).
100 *Tajani*, Antwort auf eine schriftliche Anfrage (E-1332/2010 und E-1385/2010), 3.5.2010.
101 *Laub*, derStandard.at v 20.7.2012.
102 *Laub*, derStandard.at v 20.7.2012.

© Verlag Österreich 2019

GRC), und sollen insb der Unterstützung des Streifendienstes und der Einbruchsprävention dienen.

Schon angesichts des oft mangelhaften Bewusstseins für Prozesse gesellschaftlicher Diskriminierung und für die verzerrte Datenbasis, die PP zugrunde liegt, ist aus unserer Sicht von einem Einsatz von PP abzusehen. Auch werden die Grundannahmen nicht reflektiert, die hinter den PP-Modellen stehen, und die Effekte nicht mitbedacht, die die Anwendung der Modelle wiederum hat. Jedenfalls sind die bislang durchgeführten Pilotprojekte ausführlich und kritisch zu evaluieren, was bislang nicht erfolgt ist – da wie in Unterabschnitt 2.3. dargelegt eine Evaluierung nach dem aktuellen Stand der Forschung aber prinzipiell schwierig erscheint, müssen hier entweder neue Evaluierungsansätze entwickelt oder, wenn sich auch dies als nicht machbar herausstellt, das Konzept PP als Ganzes infrage gestellt werden. Bestehende Befugnisse dürfen nicht ohne gesetzliche Grundlage durch den Einsatz neuer Software ausgeweitet werden. Nicht zuletzt sollte man dem Einsatz moderner Technik nicht automatisch höhere „Objektivität" zuschreiben – durch den Einsatz von Technologie werden sowohl politische Interessen verschleiert als auch Verantwortung für polizeiliche Entscheidungen abgegeben.

Für die österr Rechtsordnung völlig neu und im Hinblick auf den Rechtsschutz problematisch ist das PNR-G, durch das die Analyse von personenbezogenen Fluggastdaten ganz ohne Anlass möglich wird, welche auch einen Grundrechtseingriff in das Recht auf Achtung der Privatsphäre (Art 8 EMRK, Art 7 GRC) und das Grundrecht auf Datenschutz (Art 1 § 1 Abs 1 DSG, Art 8 GRC) darstellt. Anlasslose Grundrechtseingriffe sind weder nach der StPO noch nach dem SPG oder der PStSG rechtmäßig. Dem Grundgedanken, dass die Polizei erst bei konkreten Gefahrenlagen oder einem konkreten Tatverdacht tätig werden darf, muss weiterhin Rechnung getragen werden, um einen Raum der Freiheit vor dem Staat garantieren zu können.

Angesichts der zahlreichen Probleme und offenen Fragen sollte eine freie Gesellschaft auf prognosebasierte Polizeiarbeit verzichten und stattdessen Ressourcen und Überlegung in die Lösung jener gesellschaftlichen Probleme investieren, die zu Kriminalität führen.

Mag.[a] Angelika Adensamer, MSc ist Juristin und Kriminologin bei der Grundrechtsorganisation epicenter.works und Redaktionsmitglied der Zeitschrift juridikum; angelika.adensamer@epicenter.works

Dipl.-Ing. Lukas Daniel Klausner, BSc arbeitet als Mathematiker und Informatiker an der FH St. Pölten in den Gebieten Security, Privacy, Data Science und Science and Technology Studies; mail@l17r.eu

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903043201

Ein rechenschaftsfreundliches Selbstverständnis für die Polizei

Das Gewaltmonopol als Risikofaktor für Menschenrechtsverletzungen begrenzen

Philipp Sonderegger

Das Ziel: als „Gesellschaft des Hinsehens und aktiven, verantwortungsvollen Handelns" die Sicherheit von uns allen positiv zu entwickeln.[1]

1. Einleitung – Zum Begriff der Rechenschaftsfreundlichkeit

Die Polizei verfügt über das innerstaatliche Gewaltmonopol und ist mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet. Fehlverhalten der Polizei kann dramatische Folgen für Bürger*innen nach sich ziehen. Aus menschenrechtlicher Sicht muss dem Gewaltmonopol daher eine umfassende öffentliche Kontrolle gegenüberstehen. Die Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns ist ein wesentliches Anliegen des präventiven sowie des nachprüfenden, fallbezogenen Menschenrechtsschutzes. Eine Polizei, die sich als Menschenrechtsorganisation begreift, wird dies anerkennen und das Prinzip der *Rechenschaftsfreundlichkeit* hochhalten.[2]

Der deutsche Begriff Rechenschaft bedarf zunächst einer Auslegung. Er wird seinem englischen Pendant *accountability* allein schon deshalb nicht gerecht, weil die Polizei im angloamerikanischen Sprachgebiet in einer liberaleren Verwaltungstradition steht.[3] Der englische Begriff *accountability* spricht zwei Dimensionen an, jene der Transparenz und Verantwortlichkeit nach außen und jene der Nachvollziehbarkeit und Verantwortlichkeit nach innen.

Die Befehls- und Zwangsgewalt umfassenden Befugnisse der Sicherheitsbehörden bedürfen somit erstens einer wirksameren öffentlichen Kontrolle als schlichtes Hoheitshandeln. Diese Aufgabe kommt zunächst staatlichen Einrichtungen zu. Die Justiz, das Parlament, der Rechtsschutzbeauftragte, der Rechnungshof und die Volksanwaltschaft

1 *GEMEINSAM.SICHER in Österreich*, Mission Statement „Gemeinsam sicher", gemeinsamsicher.at (15.7.2019).

2 *Sterkl*, Mikl-Leitner: „Wo wir keine Flüchtlinge haben, ist die Angst am größten", derstandard.at /2000021416879 (1.7.2019).

3 *Winter*, Police Philosophy and Protest Policing in the Federal Republic of Germany, 1960–1990, in *Della Porta/Reiter* (Hrsg), Policing Protest. The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies (1998) 189ff.

© Verlag Österreich 2019

sind Instrumente der rechtlichen und politischen Kontrolle. Private und öffentlich-rechtliche Medien sowie Organisationen der Zivilgesellschaft erweitern die öffentliche Kontrolle durch Beschaffung und Verbreitung von Informationen und tragen zur demokratischen Willensbildung bei.[4] Aber auch regelmäßig tätige Blogger*innen oder Aktivist*innen ohne hauptberuflichen Hintergrund werden inzwischen als *public watchdogs* anerkannt.[5] Mit den Mechanismen des internationalen Menschenrechtsschutzes – etwa den Besuchen des Anti-Folter-Komitees des Europarates (CPT) – wird die öffentliche Kontrolle durch eine überstaatliche Komponente vervollständigt.[6] Anzumerken ist, dass internationale und zivilgesellschaftliche Kontrolle um ihre Anerkennung als integraler Bestandteil einer wirksamen öffentlichen Kontrolle ringen. Dabei werden die Gefahren einer entfesselten nationalen Politik als Anachronismus des letzten Jhdts dargestellt – obwohl die Suspendierungsverfahren der EU gegen Polen und Ungarn den Bedarf für die Begrenzung nationaler Souveränität durch internationales Recht in prominenter Weise offenbaren. Die deliberative Rolle der Zivilgesellschaft wird von wirtschaftlicher und nationalpolitischer Seite in Frage gestellt, die Handlungsspielräume werden enger.[7] Im Herbst 2018 wurde Österreich diesbezüglich in einem internationalen Ranking auf „eingeschränkt" herabgestuft.[8] Unstrittig dürfte aber weitgehend sein, dass einer lebendigen Zivilgesellschaft grundsätzlich eine wesentliche Rolle in der demokratischen Gesellschaft zukommt,[9] und ihr Verschwinden ein Merkmal totaler Herrschaft darstellen würde.[10] Ungarn und Polen verdeutlichen auch, wie rasch liberale Demokratien auf demokratische und rechtsstaatliche Weise zu illiberalen Demokratien umgebaut werden können.[11] Zivilgesellschaftliche und internationale Kontrolle sind daher notwendiger Bestandteil wirksamer öffentlicher Kontrolle staatlichen Handelns. Die gemeinschaftliche Gestaltung von öffentlichen Angelegenheiten und die Stärkung zivilgesellschaftlicher Akteur*innen fördert ein menschenrechtsschützendes Umfeld sowie die Stärkung der Zivilgesellschaft und ist ein wesentlicher Ansatz der Vereinten Nationen zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen.[12]

---

4 Zur Rolle von NGOs im Bereich der Meinungsfreiheit s RIS-Justiz RS0130243.

5 Auch Blogger*innen können sich auf ein Redaktionsgeheimnis berufen. Vgl *Lehofer*, „Soziale Wachhunde: Redaktionsgeheimnis für NGOs (und Blogger)?", blog.lehofer.at/2010/11/soziale-wachhunde-redaktionsgeheimnis.html (15.7.2019). Der Sonderberichterstatter für Versammlungsfreiheit zählt zu den Menschenrechtsverteidiger*innen, denen ungehinderter Zugang zur Beobachtung von Versammlungen gewährt werden soll, ausdrücklich „Citizen Journalists" und „Blogger", vgl UN Doc. A/HRC/20/27 (2012) para 48.

6 EGMR 4.12.1995, 18896/91, *Ribitsch/Österreich*. Vgl auch *Suntinger*, Der Fall Ribitsch, juridikum 1997.

7 *Amnesty International,* Human Rights Defender Under Threat – A Shrinking Space For Civil Society (2017).

8 *IGO*, Österreich in globalem Rating herabgestuft, gemeinnuetzig.at/2018/11/oesterreich-in-globalem-zivilgesellschafts-rating-herabgestuft/ (15.7.2019).

9 *OHCHR*, Vienna Declaration and Programme of Action (1993) para 67.

10 *Arendt,* Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1986) 958.

11 *Sargentini*, Bericht über einen Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Grundwerte der Europäischen Union durch Ungarn besteht (2017/2131(INL)), europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_DE.html?redirect (15.7.2019)

12 *Rödiger,* Menschenrechtsschutz durch eine starke Zivilgesellschaft, Vereinte Nationen 2017, 2.

© Verlag Österreich 2019

Zweitens beinhaltet der englische Begriff *accountability* die behördeninterne Dimension der eindeutigen Verantwortlichkeit. Jedes behördliche Fehlverhalten muss auch nachträglich einer Person rechtlich und politisch zurechenbar sein. Für den Fall strafrechtlicher Verfehlungen hat die Behörde Vorkehrungen zu treffen, um sicherzustellen, dass Täter*innen in den Reihen der Polizei identifizierbar sind, auch wenn diese etwa in geschlossenen Einheiten und mit heruntergeklapptem Visier agieren.[13] Die gewünschte Zuordenbarkeit von Fehlverhalten ist allerdings kein Selbstzweck. Führungskräfte sind angehalten, schwerem Fehlverhalten und Missständen auch vorzubeugen und im Rahmen ihrer Organisationsverantwortung die dafür notwendigen Bedingungen herzustellen.[14] Auch aus organisationssoziologischer Sicht kommt Führungskräften eine wichtige Rolle zu, sie sind der wesentliche Steuerungsfaktor für Organisationskultur. Dem steht die *Cop-Culture* mit ihrem zentralen Element der Abgeschlossenheit nach außen entgegen.[15] Das sprichwörtliche „mit gutem Beispiel vorangehen" ist daher nicht ausreichend. Fehler müssen (auch für die betroffene Öffentlichkeit wahrnehmbar) benannt und sanktioniert werden, um die Geltung der verletzten Norm nach innen und außen zu bekräftigen. Dies gilt für die untere und mittlere Führungsebene, aber in besonderem Maße auch für die Polizeispitze sowie die politische Führung.

2. Rechenschaftsfreundlichkeit im Zielkonflikt mit anderen Ansprüchen

Die Nachvollziehbarkeit polizeilichen Handelns kann im Zielkonflikt mit anderen Gütern stehen. Denken wir etwa an die Dokumentation von Amtshandlungen durch einen *public watchdog* mittels Filmaufnahmen. Hier stehen dem Wunsch nach Transparenz die Persönlichkeitsrechte von Polizist*innen (bzw Dritten) entgegen[16] oder die Pflicht der Exekutive zur Gefahrenabwehr – und dem damit verbundenen Anspruch, eine notwendige Amtshandlung ungehindert durchzusetzen. (Menschen-)Rechtlich gesehen ist in beiden Fällen eine Abwägung zwischen Rechtsgütern erforderlich. Die rechtmäßige Anfertigung von Filmaufnahmen – und insb deren Verwendung in der Berichterstattung – erfordert die Abwägung zwischen einem öffentlichen Interesse und den Persönlichkeitsrechten von Abgelichteten durch das Medium.[17] Diese Interessenabwägung fällt jedoch nach der jüngeren Rechtsprechung – soweit kein unzulässiger Eingriff in die Privatsphäre vorliegt – bei einem im Kern wahren Begleittext gewöhnlich zugunsten des Mediums aus.[18] Die Auffassung wird durch den EGMR gestützt, wonach Verbote und Beschrän-

13 EGMR 9.11.2017, 47274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103. Vgl auch *Adensamer,* Dauerbrenner polizeiliche Kennzeichnungspflicht, juridikum 2019, 45.
14 EGMR 22.1.2015, 15191/12, *Kitanovski/Mazedonien*.
15 *Behr*, Polizeikultur. Routinen – Rituale – Reflexionen. Bausteine zu einer Theorie der Praxis der Polizei (2006) 39f.
16 Siehe dazu in dieser Ausgabe, *Rieß,* „Darf ich Polizist_innen fotografieren?" Zulässigkeit von Bildaufnahme und Veröffentlichung polizeilichen Handelns, juridikum 2019, 408.
17 RIS-Justiz RS0078088.
18 OGH 20.10.2009, 4 Ob 132/09d.

© Verlag Österreich 2019

kungen in der Wahl medialer Darstellungsmittel nur bei Vorliegen besonderer Gründe mit Art 10 EMRK vereinbar sind.[19] Üben Polizist*innen an einem öffentlich zugänglichen Ort hoheitliche Aufgaben aus, scheint ein unzulässiger Eingriff in ihre Privatsphäre unwahrscheinlich.[20] Dh, Polizist*innen müssen sich grundsätzlich gefallen lassen, dass sie bei der Berichterstattung über Amtshandlungen kenntlich werden. Das gilt insb, wenn die Abbildung an sich unbedenklich ist; also die Person nicht entstellt, im höchstpersönlichen Lebensbereich gezeigt,[21] an den Pranger gestellt[22] oder als einer Undercover-Einheit angehörig geoutet wird.[23]

In solchen Zielkonflikten neigt eine *rechenschaftsfreundliche* Polizei zur Herstellung von Nachvollziehbarkeit. Jedenfalls soll vermieden werden, dass Sicherheitsbehörden und ihre Organe die Autorität des Amtes missbrauchen, um den Begründungsdruck auf die Öffentlichkeit über zu wälzen, indem *public watchdogs* ihr Interesse an hoheitlichem Handeln erklären, sich für ihr „Misstrauen" gegenüber den Behörden rechtfertigen oder willkürlich Nachteile erfahren müssen.

3. Erfahrungsbericht aus der Praxis – Monitoring der Versammlungsfreiheit

Offiziell bekennen sich die österreichischen Sicherheitsbehörden beim Abwickeln von Versammlungen zum No-Surprise-Ansatz, der allen Beteiligten größtmögliche Transparenz über die Absichten und Handlungsspielräume der Polizei in Aussicht stellt.[24] Erfahrungen aus dem zivilgesellschaftlichen Polizei-Monitoring festigen aber nicht unbedingt den Eindruck, die Akzeptanz für öffentliche Kontrolle sei in der Polizei weit verbreitet. Beim Monitoring der Versammlungsfreiheit fallen – neben dem Dauerbrenner Kennzeichnungspflicht – besonders Reaktionen auf das Filmen von Amtshandlungen negativ auf.

Dabei sollte der Nutzen zivilgesellschaftlicher Beobachtung außer Streit stehen. Allein die Anwesenheit von Beobachter*innen kann deeskalierend wirken. Beobachtungen können *good practice* zu Tage fördern – genauso wie Mängel und Lücken in Recht, Policy und Praxis der polizeilichen Abwicklung von Versammlungen.[25] Außerdem kann die Dokumentation von Amtshandlungen wichtiges Beweismaterial für den Rechtsschutz liefern. Neben medialen Ereignissen wie dem Klimademo-Video geht es dabei oft um unspektakuläre Vorfälle, die dennoch gravierende Auswirkungen auf die Betroffenen haben

19 EGMR 11.1.2000, 31457/96, *NEWS/Österreich*.
20 OGH 15.3.1988, 4 Ob 20/88.
21 OGH 15.3.1988, 4 Ob 20/88.
22 RIS-Justiz RS0078074.
23 RIS-Justiz RS0113854.
24 *Menschenrechtsbeirat der Volksanwaltschaft*, Stellungnahme zu einheitlichen Standards, Prüfkriterien und Orientierungslinien bei Polizeilichen Großlagen (2015).
25 *ODHIR*, Handbook on monitoring freedom of peaceful assembly (2011) 8; *UN*, Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, Maina Kiai, UN Doc. A/HRC/20/27 (2012) para 48f.

© Verlag Österreich 2019

können.[26] Bspw musste die LPD Wien nach einer Zeugenaussage des Autors von der Bestrafung mehrerer dutzend Kundgebungsteilnehmer*innen wegen Verletzung von § 7a Abs 4 Versammlungsgesetz absehen. Beigebrachte Videoaufnahmen konnten polizeiliche Angaben widerlegen, die Gegenkundgebung hätte sich bereits im „Strafraum" befunden.[27]

Das Filmen von Amtshandlungen stößt bei Polizist*innen vielfach auf erheblichen Widerstand, selbst auf Kundgebungen, wo Fotograf*innen und Handy-Dokumentation inzwischen zum gewohnten Bild gehören. Das Repertoire reicht von Sichtblockaden über Irreführung, willkürliche Identitätsfeststellungen bis hin zu verbalen Einschüchterungen. Letztere umfassen unspezifischen Warnungen („Pass auf, dass dir nix passiert!") oder die Drohung mit strafrechtlichen Konsequenzen. Bei der Irreführung wird Beobachter*innen durch eine täuschende Formulierung („Gehen Sie weiter, Sie stören die Amtshandlung!" oder „Das ist eine Weisung!") suggeriert, sie würden weggewiesen.[28] Unerfahrene Beobachter*innen können auf diese Weise leicht von ihrem Vorhaben abgebracht werden. Erst auf Nachfrage wird dann eingeräumt, dass keine rechtlich verbindliche Wegweisung iSd SPG ausgesprochen wurde, deren (Un-) Rechtmäßigkeit einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich wäre. Immer wieder beklagen *public watchdogs,* dass ihre bloße Anwesenheit zum Anlass für willkürliche Identitätsfeststellungen genommen werde. Nicht immer münden solche Vorfälle in eine gerichtliche Klärung.[29] Und freilich birgt auch die gerichtliche Beurteilung einen erheblichen Spielraum. Eine Wegweisung des Autors während eines Monitorings am Wiener Akademikerball 2016 wurde vom VwG Wien gebilligt, obwohl offenbar gerade jener der zahlreich anwesenden Beobachter*innen die Amtshandlung zu stören schien, der ganz hinten stand und filmte.[30] Im Ergebnis muss festgestellt werden, dass das Verhalten der österreichischen Polizei zu einem *chilling effect* führen kann, weil *public watchdogs* ihre Aufgabe nur unter Inkaufnahme eines persönlichen Risikos umfassend wahrnehmen können.

Die tendenziell *rechenschaftsfeindliche* Haltung österreichischer Polizist*innen gegenüber zivilgesellschaftlicher Kontrolle steht im Einklang mit jüngeren Akzenten der Polizei- und mittlerweile entlassenen Ressortführung, welche den generellen Professionalisierungskurs der letzten Jahre konterkarieren. Schon im Regierungsprogramm 2017 wurde eine Stärkung der Persönlichkeitsrechte von Polizist*innen angekündigt. 2018 folgte eine Änderung des SPG, die empfindliche Strafen für „Gaffer"[31] brachte und insb ein Risiko für Beobachter*innen darstellt, deren Anerkennung als *public watchdog* nicht gesichert ist. Verschärft wird diese Gefahr noch durch die jüngere Argumentation, zivil-

26 *Scherndl*, Gewalt bei Klimademo: Wenn Polizisten wegschauen, derstandard.at/2000104874087 (15.7.2019).
27 *Meinhart,* Neues Gesetz, erste Anzeigen, profil 2017/26 vom 26.6.2017, 14.
28 Alle Zitate in diesem Abschnitt fielen gegenüber dem Autor, vgl *Sonderegger*, Raues Pflaster Praterstern, phsblog.at/raues-pflaster-praterstern (15.7.2019).
29 *Sterkl*, Identitären Demo: Journalist zieht vor Gericht, derstandard.at/2000084490181 (15.7.2019).
30 VwG Wien 1.9.2016, VGW-102/076/2806/2016.
31 § 38 Abs 1a SPG idF BGBl 55/2018.

© Verlag Österreich 2019

gesellschaftliche Beobachtung sei mit der Einrichtung des Nationalen Präventionsmechanismus hinfällig.[32] Mit Mai 2019 wurde für die Sicherheitsbehörden weiters ein neuer Medienerlass herausgegeben.[33] Dieser wollte eine angebliche Behinderung von Exekutivorganen durch Medien bei Einsätzen im öffentlichen Raum mittels Einsatz von Pressesprecher*innen abwenden. Das ist ein Signal an die Exekutivbediensteten, nicht selbst mit Medien zu sprechen, das von der Opposition als „Zentralisierung der Öffentlichkeitsarbeit" kritisiert wird.[34] Mitgetragen wird dieser *rechenschaftsfeindliche* Kurs von Polizeigewerkschaften, die sich zur Anwältin* einer weit verbreiteten Empfindung machen, eine Kennzeichnungspflicht oder das Filmen von Amtshandlungen bedeute in erster Linie einen substanziellen Machtverlust in der herausfordernden Konfrontation mit dem polizeilichen Gegenüber. Auf diese Weise kanalisiert die Standesvertretung eine nachvollziehbare Unzufriedenheit mit zum Teil schweren Arbeitsbedingungen in eine *rechenschaftsfeindliche* Programmatik. Dabei wird teilweise auch die amtliche Autorität missbraucht, um mit einseitigen und falschen Informationen eine abschreckende Wirkung bei Beobachter*innen zu erzeugen. Die FPÖ-nahe *Freie Exekutivgewerkschaft* hat einem Polizisten am Landesgericht Klagenfurt ein Verfahren finanziert, der zivilrechtlich gegen die Versendung eines Videos an Messenger-Kontakte vorgehen wollte, welches ihn bei einer Verkehrskontrolle zeigt.[35] Der Streitwert betrug 50.000 Euro, es kam zum Vergleich, der Versender des Videos verpflichtete sich zur Begleichung der Gerichts- und Anwaltskosten. Das Kärntner ORF-Landesstudio interviewte den Polizisten und berichtete von einem rechtlichen Präzedenzfall sowie der „Bestrafung" des „Beschuldigten". Die möglicherweise kreditschädigenden Behauptungen – sie suggerieren eine Verurteilung – wurden vom ORF mittlerweile gelöscht. Geblieben ist der Spin des rechtlichen Präzedenzfalls. Obwohl Präzedenzurteile eher nicht von nachgeordneten Instanzen gesprochen werden. Und schon gar nicht in Form eines Vergleichs, der ohne Urteil des Gerichts geschlossen wird.

Die österreichische Polizei und ihre (politische) Führung haben sich in den letzten Jahren zu einem Organisationsverständnis bekannt, das der Allgemeinheit Rechenschaft leistet.[36] Die letzten Monate machen deutlich, dass dieses Bekenntnis kein Garant für die Etablierung einer entsprechenden Organisationskultur ist und der eingeschlagene Kurs schon durch punktuelle Veränderungen leicht in Frage gestellt werden kann.

Philipp Sonderegger beobachtet die Polizei. Er arbeitet als systemischer Berater und ist Menschenrechtler mit den Schwerpunkten Polizei und Versammlungsfreiheit; phs@phsblog.at

32 VwG Wien 1.9.2016, VGW-102/076/2806/2016.

33 Nicht veröffentlicht.

34 *Möchel/Pekovics/Schreiber*, „Innenminister Kickl Zentralisiert die Öffentlichkeitsarbeit", kurier.at/chronik/oesterreich/innenminister-kickl-zentralisiert-die-oeffentlichkeitsarbeit/400480036 (15.7.2019).

35 *Sonderegger*, „Gehen Sie weiter!", phsblog.at/gehen-sie-weiter/ (15.7.2019)

36 *GEMEINSAM.SICHER in Österreich*, Mission Statement „Gemeinsam sicher", gemeinsamsicher.at (15.7.2019).

© Verlag Österreich 2019

 https://doi.org/10.33196/juridikum201903043801

HeForShe

Wie die Vereinten Nationen Männer für die Gleichstellung der Geschlechter sensibilisieren

Birthe Carolina Dorn

2014 hat die Schauspielerin *Emma Watson* als UN Women Sonderbotschafterin die Solidaritätskampagne *HeForShe*[1] ins Leben gerufen. Ziel dieses *Global Solidarity Movement For Gender Equality* ist es, insb Männer für die Gleichstellung der Geschlechter zu sensibilisieren: Sie sollen Sexismus erkennen und bekämpfen, sie sollen sich dafür einsetzen, Gewalt an Frauen und Mädchen zu beenden und sie sollen wissen, welchen Wert die Gleichstellung der Geschlechter hat. Denn nicht nur Frauen, auch Männer werden durch Geschlechterstereotype in der Entfaltung ihrer Potentiale eingeschränkt.[2] Deshalb ist es eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung, Geschlechterstereotype zu hinterfragen und strukturell verankerte Geschlechterverhältnisse neu zu denken. Der Hashtag *#HeForShe* vernetzt Menschen auf der ganzen Welt und öffnet einen Raum für gemeinsame Dialoge. Die Fortschritte der Kampagne werden auf einer Onlineplattform gesammelt. Hier kann zB eingesehen werden, wie viele Menschen schon aktiv geworden sind und welche neuen Beiträge in sozialen Medien unter dem Hashtag *#HeForShe* veröffentlicht worden sind. Außerdem berichtet die Plattform von Veranstaltungen, die iSd Solidaritätskampagne stattgefunden haben.

Besondere Strategien zur Verbreitung von *HeForShe* haben auch die Nationalkomitees von UN Women entwickelt.[3] Weltweit gibt es derzeit 13 solche Komitees. Sie sind nach nationalem Recht errichtete gemeinnützige Vereine. Ihre Beziehung zu UN Women wird durch ein *Recognition Agreement* geregelt. Das Recognition Agreement ist ein Vertrag, der die Kompetenzen des Komitees in Abgrenzung zu UN Women einschließlich der Nutzung des nationalen Logos, der Zusammenarbeit mit Unternehmen und der jeweiligen Regierung regelt. Der Auftrag der Nationalkomitees besteht in erster Linie im Werben von Spenden (Fundraising), dem Informieren über die Arbeit von UN Women sowie in der Förderung von politischer, wirtschaftlicher und sozialer Gleichstellung der Geschlech-

1 Vgl heforshe.org/en (3.5.2019).
2 *Cook/Cusack*, Gender Stereotyping: Transnational legal perspectives (2010) 2.
3 Der Beitrag basiert auf Einblicken, die ich während meines Praktikums in der Bonner Geschäftsstelle des deutschen Nationalkomitees von UN Women von Dezember 2018 bis Januar 2019 sammeln konnte.

© Verlag Österreich 2019

ter in den jeweiligen Ländern.[4] Daher steht auch die Verbreitung von *HeForShe* auf ihrer Agenda.

Das isländische Nationalkomitee von UN Women hat so etwa im Auftrag des isländischen Ministeriums für auswärtige Angelegenheiten ein besonderes Format entwickelt. Das Konzept: Eine *Barbershop-Toolbox*. Angelehnt an die Tradition von Barbershops – also Herrenfriseuren – sollen auf den sogenannten Barbershop-Veranstaltungen Räume für Männer geschaffen werden, in denen sie sich über Geschlechterrollen und die Bedeutung der Gleichstellung der Geschlechter austauschen können. Privatpersonen oder Institutionen können anhand des Leitfadens der Toolbox verschiedene Veranstaltungsformate auswählen und vorbereiten. Dort gehen Teilnehmende[5] dann unter anderem der Frage nach: „Was ist Geschlecht?" oder „Was kann ich tun, um die Gleichstellung der Geschlechter voranzubringen?". Die Veranstaltungen schaffen so ein Bewusstsein dafür, was Gleichstellung bedeutet und dass sie noch keine Realität ist. Die Frage danach, welche Maßnahmen die Geschlechtergerechtigkeit im eigenen Umfeld fördern können, fordert Teilnehmende dazu auf, im Rahmen ihrer eigenen Möglichkeiten aktiv zu werden: als Privatperson im privaten Umfeld, als Führungskraft im Unternehmen oder als Politiker*in in der Kommunal-, Landes- oder Bundespolitik. Die Toolbox arbeitet – angelehnt an die Struktur von *HeForShe* – mit dem Konzept des Bekenntnisses und der Gruppendynamik. Im Rahmen dieser Veranstaltungen sollen Personen sich als *Leader* identifizieren und sich in ihrer Funktion als Vorbild zur Gleichstellung bekennen – dann werden andere folgen. Es geht darum, das Bekenntnis zu Geschlechtergerechtigkeit zu publizieren und medial zu verbreiten, als Text oder Statement auf einer Fotokachel in sozialen Medien.

HeForShe ist ein bislang einzigartiger Aufruf der Vereinten Nationen an Zivilgesellschaften, sich für die Gleichstellung der Geschlechter einzusetzen. Die Konzeption der Barbershop-Toolbox unterstützt dieses Ziel – doch gleichzeitig besteht die Herausforderung, im Diskurs über Geschlechterstereotype dieselben nicht wiederum zu reproduzieren. Ein Konzept, das an alle Menschen gerichtet ist, doch mit einer binären Konzeption – *He for She* – in dieses Spannungsfeld tritt, birgt genau diese Gefahr: Durch stereotype Stilisierungen von Sprache und Körpern und die Anlehnung an marktwirtschaftliche Verhaltensstrategien wird ein sozialer Wettbewerb konstruiert. Das Konzept, das auf Leadership, Gruppendynamiken und Wettbewerb basiert, knüpft an eine stereotype Vorstellung von Männlichkeit und männlicher Kommunikation an. Mit der Zielsetzung, insb Männer für die Gleichstellung der Geschlechter zu mobilisieren, werden dann Geschlechterstereotype reproduziert. Immerhin könnte dieser Widerspruch durch eine verantwortungsvolle Umsetzung der Veranstaltung gelockert werden: Durch die kritische

4 Der Auftrag ist auch in der Vereinssatzung geregelt, aufrufbar unter unwomen.de/fileadmin/user_upload/Satzung_UNWomenNKD_27022015.pdf (3.5.2019).

5 Die Veranstaltungsformate sind insbesondere für männliche Teilnehmer konzipiert, grundsätzlich kann jedoch jede*r partizipieren.

© Verlag Österreich 2019

Reflexion von Geschlechterstereotypen könnten Teilnehmende den Veranstaltungsrahmen schließlich selbst reflektieren und die stereotype Konzeption dekonstruieren. Dass die Rechtsordnung inzwischen auch mehr als zwei Geschlechter anerkennt, macht die Überwindung der binären geschlechtsspezifischen Rollenzuschreibungen letztlich nicht weniger bedeutsam.[6] Obwohl die Konzepte der Toolbox ursprünglich darauf ausgerichtet wurden, die binäre Geschlechterkonstruktion aufzubrechen, könnten Veranstalter*innen die Konzeption nun auch nutzen, um im Kontext der rechtlichen Anerkennung des dritten Geschlechts, generell stereotype Rollenzuschreibungen zu dekonstruieren: Es gilt grundsätzlich aufzuzeigen, dass strukturelle Machtverhältnisse zugunsten des männlichen Geschlechts arbeiten und Frauen und Menschen, die sich keinem der beiden normierten Geschlechter zugehörig fühlen, zurücklassen.

Die Vereinten Nationen und die Nationalkomitees haben mit den unterstützenden Barbershop-Tools eine Debatte angestoßen, die den gesellschaftlichen Diskurs über die Gleichstellung der Geschlechter vorantreibt. Menschen setzen sich aktiv für diese Gleichstellung ein. Durch die Einbindung von sozialen Medien bespielt *HeForShe* eine Plattform, die zahlreiche Menschen, darunter va junge Generationen, erreicht. Dank der unterschiedlichen Veranstaltungsformate innerhalb der Toolbox werden Teilnehmende in unterschiedlichen gesellschaftlichen Funktionen angesprochen. Insb die Ebene der Politik kann wichtige Maßnahmen durchsetzen, um den Wandel zu einer geschlechtergerechteren Welt zu fördern. Dank der Vernetzung des deutschen und isländischen Nationalkomitees hat im März 2019 eine hochrangige Barbershop-Veranstaltung erstmals in Deutschland stattgefunden.[7] Auch wenn das Konzept der Veranstaltung auf den genannten stereotypen Vorstellungen von männlicher Kommunikation basierte, bedeutete die Veranstaltung doch einen Fortschritt für die Führung öffentlichkeitswirksamer Diskurse über Geschlechtergerechtigkeit, die auch eine kritische Perspektive auf Männlichkeiten berücksichtigen.

Dipl.-Jur.[in] Birthe Carolina Dorn ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes Kepler Universität Linz; Birthe_Carolina.Dorn@jku.at

6 Zur rechtlichen Anerkennung einer Dritten Option in Deutschland und Österreich siehe BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16; VfGH 15.6.2018, G 77/2018-9.

7 unwomen.de/fileadmin/user_upload/Veranstaltungen/2019/Nordic_Embassies_Berlin_-_Invitation_International_Women_s_Day_2019.pdf (3.5.2019).

© Verlag Österreich 2019