

nr 1/2021

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Recht und Politische Ökonomie

recht & gesellschaft

Intersektionale Rechtswissenschaften  
Leistbares Wohnen  
Hacktivism

debatte corona

Schule und das Recht auf Bildung

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister,  
Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at  
juridikum.at

VERLAG  
ÖSTERREICH

# Konsequente Prekarisierung

## Die UG-Novelle 2020

Isabell Doll / Maria Sagmeister

---

Während die Corona-Pandemie noch immer unseren Alltag prägt, ihre Auswirkungen und Dauer ungewiss sind, wurde die größte Novelle des Universitätsgesetzes 2002 (UG)<sup>1</sup> seit dessen In-Kraft-Treten in Begutachtung geschickt. Die geplanten Änderungen werden ua als noch stärkere Prekarisierung wissenschaftlicher Laufbahnen und Erhöhung des Drucks auf Studierende kritisiert.

Die Begutachtungsfrist endete Mitte Januar, in etwa zeitgleich mit Redaktionsschluss dieses Heftes.<sup>2</sup> Anlass genug, auch hier Stellung zu beziehen, nicht zuletzt da viele unserer Redakteur\*innen und Autor\*innen befristet an Universitäten beschäftigt und daher von den geplanten Änderungen direkt betroffen sind. Denn nach maximal 8 Jahren Befristung soll künftig Schluss sein, wenn die Uni keine unbefristete Stelle anbietet.<sup>3</sup> Ein zu erwartendes studienrechtliches Chaos, demokratische Defizite und arbeitsrechtliche Katastrophen für viele Mitarbeiter\_innen wurden auch vom Betriebsrat in Aussicht gestellt.<sup>4</sup> Entsprechend formiert sich der Protest an den Universitäten breit und greift den Slogan der Audi-Max-Proteste von 2009 leicht verändert wieder auf: „Bildung brennt“.<sup>5</sup>

Die zentralen Kritikpunkte betreffen zunächst hinsichtlich des Studiums die Festlegung einer Mindestleistung von 24 ECTS in den ersten 4 Semestern. In der Regierungsvorlage wurde die Mindestzahl nach heftiger Kritik auf 16 ECTS gesenkt.<sup>6</sup> Besonders Studierende aus nicht-akademischen Haushalten und Berufstätige, aber auch Personen, die ein Zweitstudium aufnehmen möchten, könnten von Mindestleistungen abgeschreckt bzw tatsächlich behindert werden. Die Streichung von Nachfristen zur Inskription und Weitermeldung sowie die Reduktion der Mindestanzahl an Prüfungsterminen bei gleichzeitiger Beibehaltung der Mindeststudiendauer setzt Studierende zusätzlich unter Druck.

---

1 Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002 – UG) BGBl I 2002/120.

2 Inzwischen liegt die RV vor, die einige Kritikpunkte aufgenommen hat, insbesondere wurde die Mindeststudienleistung auf 16 ECTS gesenkt, 662. StProtNR 27. GP.

3 § 109 UG, 79/ME 27. GP.

4 *Betriebsrat für das wissenschaftliche Personal der Universität Wien*, Weihnachtswünsche vom Betriebsrat, E-Mail an die Mitarbeiter\*innen v 24.12.2020.

5 <https://bildung-brennt.at/> (25.1.2021).

6 § 59 a, 662. StProtNR 27. GP.

Die Novelle ist mit Blick auf die noch stärkere Prekarisierung von wissenschaftlichen Karrieren problematisch. Zwar sind sich viele einig, dass die Kettenvertragsregelung des § 109 UG geändert<sup>7</sup> oder schlicht abgeschafft gehört<sup>8</sup> jedoch nicht in dem Sinn wie vorgeschlagen: Künftig sollen befristete Arbeitsverhältnisse – wie sie in universitären Laufbahnen Usus sind – endgültig auf eine Dauer von 6 bzw 8 Jahren begrenzt werden.<sup>9</sup> Einen Arbeitsplatz mit der gesicherten Aussicht auf Arbeitslosigkeit auszustatten und dies als Verbesserung der Rahmenbedingungen durch die Schaffung klarer Verhältnisse zu bezeichnen,<sup>10</sup> mutet höhnisch an. Denn freilich wünscht man sich unbefristete anstelle der befristeten Verhältnisse, doch fehlen Strategien zur Etablierung nachhaltiger, transparenter und planungssicherer Karrierewege jenseits der Professur. Dem Gebot der Nachwuchsförderung wird mit diesen Vorschlägen nicht gedient, sondern vielmehr entgegen gewirkt.<sup>11</sup> In der Regierungsvorlage sind die Universitäten nunmehr per Leistungsvereinbarung dazu angehalten, nachhaltige Karrieremodelle zu entwickeln.<sup>12</sup> Wir sind gespannt, wie diese umgesetzt werden.

Prekarisierung trifft Frauen besonders hart, so prognostiziert die *Österreichische Gesellschaft für Geschlechterforschung* (ÖGGF) negative Folgen für die Geschlechtergleichstellung, welche als leitender Grundsatz und Ziel des UG gilt.<sup>13</sup> Die strikte Befristung erhöht den „Druck in der ‚Rushhour‘ des Lebens, in welcher sowohl die Familienplanung als auch die Karriere-Entwicklung miteinander vereinbart werden sollen“, was bekanntlich aufgrund der ungleichen Verteilung von Betreuungsverantwortung für Frauen noch immer schwerer ist als für Männer.<sup>14</sup> Wissenschaftler\*innen in Elternkarenz wird eine geringfügige Weiterbeschäftigung, etwa ein Lehrauftrag, und damit das Netzwerken und Im-Austausch-Bleiben erschwert. Die Befristung kann zudem aus anti-diskriminierungspolitischer Perspektive Personen benachteiligen, die (aufgrund von familiären oder sozialen Verpflichtungen, Behinderung, usw) weniger mobil sind. Das würde die soziale Durchlässigkeit von Universitäten und somit auch Diversität und Innovation nachhaltig verhindern.<sup>15</sup>

Die Neuregelung gefährdet schließlich die Einheit von Forschung und Lehre. Die strikte Begrenzung befristeter Arbeitsverhältnisse kann es zB Projektmitarbeiter\*innen unmög-

7 Vgl Kroeger, Von der Prekarisierung in die Arbeitslosigkeit? Das neue Universitätsgesetz, publikum.net 21.12.2020, <https://publikum.net/von-prekarisierung-zu-arbeitslosigkeit-ug-novelle/> (29.1.2021).

8 *Bildungsbrennt*, Stellungnahme zu § 109, <https://bildung-brennt.at/ueber-die-ug-novelle/stellungnahme-zu-paragraph-109/> (28.1.2021).

9 Ausnahmen sind bspw, dass Prae-Doc Zeiten im Ausmaß von bis zu 4 Jahren und Arbeitsverhältnisse als studentische Mitarbeiter\*in unberücksichtigt bleiben (§ 109 Abs 6 ME; weitere Ausnahmen in Abs 8 ME).

10 Vgl 79/ME 27. GP, Vorblatt 7.

11 Vgl auch *Wiedlack/Lajta-Novak*, Ein neues Universitätsgesetz gegen den wissenschaftlichen Nachwuchs, *derstandard.at* 27.1.2021, [www.derstandard.at/story/2000123590860](http://www.derstandard.at/story/2000123590860) (4.2.2021).

12 § 13 Abs 1 Z 1, 662. StPRotNR 27. GP.

13 § 1 und 2 Z 9 UG.

14 ÖGGF, 21/SN-79/ME 27. GP, 2.

15 *Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen Universität Klagenfurt*, 101/SN-79/ME 27. GP, 5f.

lich machen, ihre Forschungsergebnisse in die Lehre einzubringen. Nicht einmal, wer sein eigenes Gehalt – und das etwaiger Projektmitarbeiter\*innen – durch Drittmittel selbst mitbringt, soll bleiben dürfen. Die weitere Ökonomisierung der Lehre führt zur Verunmöglichung eines forschenden (und kritischen) Studierens. Gleichzeitig besteht das Risiko, dass hervorragende Lehrbeauftragte nicht weiter beschäftigt werden können.<sup>16</sup> Vielversprechende Wissenschaftler\*innen werden so ins Ausland oder in die Privatwirtschaft gedrängt.<sup>17</sup>

Die Wissenschaft und ihre Lehre sind wesentliche Bausteine im Fundament einer demokratischen Gesellschaft. Das UG sollte faire Bedingungen für Studierende und Mitarbeiter\*innen sowie demokratische Strukturen zur Organisation der Institutionen bieten, in diesem Sinne: Nieder mit der Novelle 2020.

Mag.<sup>a</sup> Isabell Doll und MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Maria Sagmeister sind Mitherausgeberinnen des *juridikum* und befristet an der Universität Wien beschäftigt; isabell.doll.id@gmail.com; maria.sagmeister@univie.ac.at

---

<sup>16</sup> Vgl. ÖGGF, 21/SN-79/ME 27. GP, 3.

<sup>17</sup> *Bildungsbrennt*, Stellungnahme.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 1 Konsequente Prekarisierung  
*Die UG-Novelle 2020*  
Isabell Doll / Maria Sagmeister

## merk.würdig

- 6 Aufholbedarf beim Beschäftigtendatenschutz  
*Rezension*  
Petr Kudelka-Thompson
- 10 She dissents  
*Nachruf auf Ruth Bader Ginsburg (1933 – 2020)*  
Elisabeth Holzleithner / Roman Friedrich
- 13 Dolmetschen bei Gericht  
*Die Situation der Gerichtsdolmetscher\_innen in Österreich*  
Eva Adensamer
- 17 AKW, LTE und UVP...  
*Transparenz und Prüfpflicht bei der Laufzeitverlängerung von Atomreaktoren*  
Priska Lueger

## debatte

- 22 Corona, die Schule und das Recht auf Bildung  
*Erfahrungsbericht eines Lehrers an einer Mittelschule*  
Thomas Schobesberger

## recht & gesellschaft

- 31 Rereading Crenshaw  
*Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive*  
Ines Rössl
- 41 Leistbares Wohnen – Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dafür wie geändert werden?  
*Vorschläge zur Wohnungsgemeinnützigkeit und zum Mietrecht*  
Walter Rosifka
- 52 Hacktivism  
*Recht auf freie Meinungsäußerung oder Gefahr für die demokratische Gesellschaft?*  
Elio Dalpra
- 62 Nicht so voreilig!  
*Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Oö NSchG 2001*  
Monika Bucha

## thema

- 72 Vorwort der Gastherausgeber\_innen  
Gabriel M. Lentner / Hanna Palmanshofer / Antonia Reiss
- 75 Die Codierung von Kapital  
*Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit*  
Katharina Pistor
- 84 Vom Code des Kapitals zu Experimentellem  
*Pluralismus*  
Leo Specht
- 88 Verantwortung in multinationalen Konzernen: Ein Beitrag zum Recht und politischer Ökonomie der globalen Unternehmung  
Laura Knöpfel
- 98 The Code of Data Capital:  
*A Distributional Analysis of Law in the Global Data Economy*  
Roxana Vatanparast

111 Coding States-Shareholders  
*Reflections on State-Owned Enterprises and Attribution of Conduct in Investor-State Arbitration*  
Eirini Kikarea

125 The Distributive Impact of Third-Party Funding in Investment Arbitration  
Love Rönnelid

nach.satz

138 Sport: The Great Equalizer?  
*Wieso Sport nicht geschlechtergerechter ist*  
Verena Pirker

## 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, Paul Hahnenkamp, 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 68,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 22,-  
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blaßnig, Miriam  
Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein,  
Karol Felsner, Jakob Fux, Judith Fitz, Ümra Gencer,  
Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig,  
Kevin Fredy Hinterberger, Emanuel Matti, Hanna  
Palmanshofer, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević,  
Valerie Purth, Antonia Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister,  
Christoph Stoll, Petra Sußner, 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  
Holzleitner (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:

Eva Adensamer, Monika Bucha, Elio Dalpra, Isabell Doll,  
Roman Friedrich, Elisabeth Holzleitner, Eirini Kikarea,  
Laura Knöpfel, Petr Kudelka-Thompson, Gabriel M.  
Lentner, Priska Lueger, Hanna Palmanshofer, Katharina  
Pistor, Verena Pirker, Antonia Reiss, Walter Rosifka,  
Love Rönnelid, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Thomas  
Schobesberger, Leo Specht, Roxana Vatanparast

### Gastherausgabe des themas:

Gabriel M. Lentner, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss

## 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 dem 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  
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at  
Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at  
Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Aufholbedarf beim Beschäftigtendatenschutz

Rezension

Petr Kudelka-Thompson

---

Rezension zu: *Susanne Haslinger, Andreas Krisch, Thomas Riesenecker-Caba* (Hrsg), Beschäftigtendatenschutz, 2020, ÖGB Verlag, 300 Seiten, ISBN: 978-3-99046-405-2

## 1. Warum noch ein weiteres Buch zur DSGVO?

Kaum eine europäische Gesetzgebung der letzten Jahre hat so viel mediale Aufmerksamkeit erhalten, wurde mit derart gemischten Gefühlen aufgenommen wie die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)<sup>1</sup>. Beschert hat sie uns nicht zuletzt einen Reigen an datenschutzrechtlicher Literatur. Eine Vielzahl an Kurzkomentaren, Handbüchern, Ratgebern und Praxisleitfäden bietet von Enthusiast\_innen bis Verzweifelten breite Auswahlmöglichkeiten, je nach Kenntnisstand, Muße und Geduldsfaden. Manche Werke haben sich als Standardwerke<sup>2</sup> mit bereits mehr Auflagen etabliert, als Jahre seit Geltung der DSGVO vergangen sind. Trotz der Menge an Literatur fanden auf Antworten hoffende Leser\_innen darin häufig jedoch nicht viel Neues.

Was also hebt diesen Zuwachs von der bestehenden DSGVO-Literatur ab? Hier stehen die unselbstständig Beschäftigten im Fokus, die aufgrund des wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Praxis meist auf dem kürzeren Ast sitzen. Darüber hinaus beschränkt sich die Publikation nicht ausschließlich auf die allgemeinen Bestimmungen der DSGVO, sondern präsentiert diese im Kontext einschlägiger arbeitsverfassungsrechtlicher Bestimmungen, die in der Literatur bislang häufig unterrepräsentiert blieben. Die 12 Autor\_innen kommen überwiegend aus der organisierten Arbeitnehmer\_innenvertretung von Arbeiterkammer und Gewerkschaft, sowie der Personal- und Belegschaftsberatung, und bringen dadurch viel Erfahrung aus der Praxis mit.

Das von *Susanne Haslinger, Andreas Krisch* und *Thomas Riesenecker-Caba* herausgegebene, kompakte Handbuch ist optisch ansprechend gestaltet sowie gut strukturiert. Auf knapp 300 Seiten behandelt das Buch in 17 Kapiteln alle gängigen Themen des

---

1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 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 119/1.

2 *Knyrim*, Praxishandbuch Datenschutzrecht (2020) 4; *Kühling/Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG (2020) 3; *Forgó*, Grundriss Datenschutzrecht (2018); *Kummert*, Datenschutz in Fragen und Antworten (2019).

Datenschutzrechts. Dazwischen finden sich aber auch jene Kapitel, die sich mit spezifisch arbeitsrechtlichen Fragen beschäftigen und unzweifelhaft den besonderen Wert dieses Buches ausmachen. Viele Überschriften sind bereits als Fragen formuliert, um Praktiker\_innen die Orientierung noch weiter zu vereinfachen. Ein detailliertes Stichwortverzeichnis, praktische Checklisten und Merkbboxen helfen auch datenschutzrechtlichen Laien, Antworten auf in der Praxis auftkommende Fragen zu finden.

## 2. Fokus und Schwerpunktsetzung

Besonders interessant wird es gerade dort, wo die Publikation jene Themen aufgreift, die den betrieblichen Alltag prägen: neue digitale Systeme zur optimierten Mitarbeiter\_innensteuerung, nicht selten aber auch Mitarbeiter\_innenüberwachung.

„Das wirtschaftliche Interesse am Einsatz bestimmter Technologien und an der Effizienzsteigerung durch die Verarbeitung diverser (und vor allem einer stetig wachsenden Menge von) Daten steht im permanenten Spannungsfeld zur Überwachung der Arbeitnehmer\_innen und zum Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte. Das Beschäftigungsverhältnis ist dabei von einer besonderen Abhängigkeit geprägt – finanziell, rechtlich und technisch. Dieser zwangsläufige Interessenkonflikt (...) soll durch die umfassende Interessenvertretungsaufgabe des Betriebsrats entschärft werden.“<sup>3</sup>

Das Buch widmet sich dabei einer Vielfalt an mitbestimmungspflichtigen Systemen: Personalverwaltungs-, Kollaborationssysteme und soziale Medien, Messengerdienste, Zutrittskontroll-, Ressourcenplanungssysteme, Cloud, Data Warehouse und Business Intelligence, Big Data, Ticketsysteme und Firmenfahrzeuge, um nur einige zu nennen.

Zu begrüßen ist ebenso das Kapitel zu Risikoanalysen und Risikoabschätzungen mit Anleitungen zur Risikobewertung und dem Erstellen einer Risikomatrix.

Das Buch punktet weiters mit der Darstellung relevanter Regelungen des Arbeitsverfassungsrechts für die Betriebsratstätigkeit<sup>4</sup>, wie die Einsichtsrechte des Betriebsrates in personenbezogene Arbeitnehmer\_innendaten nach § 89 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)<sup>5</sup> sowie Informationsrechte und Auskunftspflichten nach § 91 Abs 1 ArbVG. Besonders gelungen ist die Behandlung der jeweiligen Betriebsvereinbarungstatbestände nach §§ 96, 96a, 97 ArbVG. Eine eigene Checkliste für Betriebsvereinbarungen erweist sich als besonders wertvolle Unterstützung.

Auch eine Darstellung der wichtigsten Judikatur zum Verhältnis von DSGVO, ArbVG und DSG<sup>6</sup> sowie der Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates geben zusätzliche prakti-

---

3 Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba, Vorwort, in *Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba* (Hrsg), Beschäftigtendatenschutz, Handbuch für die betriebliche Praxis (2020) 18.

4 Chlestil, Mitwirkung des Betriebsrates bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, in *Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba*, Beschäftigtendatenschutz.

5 Bundesgesetz v 14.12.1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG), StF BGBl 22/1974.

6 Datenschutzgesetz (DSG), BGBl I 165/1999, idGF.

sche Orientierung. Sie behandeln Themen wie die Einsichtsrechte des Betriebsrates zwecks Überprüfung der Vordienstzeitenanrechnung<sup>7</sup>, das Überwachungsrecht des Betriebsrates betreffend Einhaltung betrieblicher Übungen<sup>8</sup>, sowie diverse zustimmungspflichtige Maßnahmen: Telefonkontrollsysteme<sup>9</sup>, Fingerscanner<sup>10</sup>, Alkomaten<sup>11</sup>, Videoüberwachung<sup>12</sup>, Führungskraft-Beurteilungsbogen<sup>13</sup> und Persönlichkeitstests<sup>14</sup>. Hierbei werden stets auch die wichtigsten und entscheidungsrelevanten Tatbestandsmerkmale herausgearbeitet:

„Ein Bewertungsverfahren, bei dem ausschließlich ‚Soft Skills‘ wie Neigungen, Interessen und andere Persönlichkeitsmerkmale wie Belastbarkeit, Frustrationstoleranz und höchstpersönliche ‚Werte‘, nicht aber ‚Hard Skills‘, also die Fachkompetenz, abgefragt werden, berührt massiv die Persönlichkeit der getesteten Personen und ist nicht durch überwiegende berufliche Interessen gerechtfertigt.“<sup>15</sup>

Auch für juristische Laien werden Konzepte wie die Menschenwürde nachvollziehbar erklärt und ihr Zusammenhang mit zustimmungspflichtigen Maßnahmen dargestellt: „Die die Persönlichkeit im Gesamten umfassende Beurteilung geht verloren, an ihre Stelle tritt die Beurteilung von willkürlich zusammensetzbaren Ausschnitten aus dem Gesamtverhalten des AN.“<sup>16</sup>

### 3. Klarer Mehrwert für Personaler\_innen und Betriebsräte

Effizienzsteigerungen durch vereinfachte Kommunikations- und Kollaborationstools und optimierte Ressourcenverteilung sind für Arbeitgeber\_innen ebenso attraktiv wie intelligente Zutritts- und Überwachungssysteme. Der/die gläserne Arbeitnehmer\_in droht in vielen Bereichen zur Realität zu werden. Hier bedarf es eines Korrektivs, welches die Überwachungslust vieler Arbeitgeber\_innen auf rechtlichem Wege in die Schranken weisen kann. Diese Publikation zeigt auf, welche wichtige Rolle der Beschäftigtendatenschutz in der Praxis spielt, und welche Möglichkeiten die Arbeitnehmer\_innenvertretung hat, die Rechte der Belegschaft zu schützen. Dies gelingt auf eine Art und Weise, die kein allzu hohes datenschutzrechtliches Vorwissen erfordert. Der besondere Wert der Publikation liegt im Fokus auf die Schnittstelle von Datenschutz, Arbeitsverfassungsrecht und

7 OGH 30.10.2017, 9 ObA 115/17b.

8 OGH 27.2.2019, 9 ObA 9/19t.

9 OGH 13.6.2000, 8 ObA 288/01p.

10 OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d.

11 OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w.

12 VwGH 23.10.2017, Ro 2016/04/0051.

13 OGH 20.8.2008, 9 ObA 95/08y.

14 OGH 27.2.2018, 9 ObA 94/17i.

15 *Chlestil*, Mitwirkung des Betriebsrates bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, in *Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba*, Beschäftigtendatenschutz 151.

16 *Goricnik*, Adaptation und Neuabschluss von Betriebsvereinbarungen zum Datenschutz im Lichte der DSGVO, in *Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba*, Beschäftigtendatenschutz 175.

Arbeitnehmer\_innenvertretung. Dass auch andere wesentliche Kapitel der DSGVO behandelt werden, rundet die Publikation zwar ab, tut dies aber auf Kosten des Tiefgangs bei spezifisch für den Beschäftigtendatenschutz relevanten Themen. Am Ende bleibt jedoch ein klar positiver Eindruck. Ein gelungener Ratgeber und eine Bereicherung sowohl für Datenschutz-Neulinge als auch für erfahrene Routiniers.

Petr Kudelka-Thompson ist Datenschutzbeauftragter bei Acredia Versicherung AG und lebt in Wien;  
petr.kudelka-thompson@acredia.at

# She dissents

Nachruf auf Ruth Bader Ginsburg (1933 – 2020)

Elisabeth Holzleithner / Roman Friedrich

---

Am 18.9.2020 – und just an dem Tag, an dem zwei Pionierinnen der Legal Gender Studies im deutschsprachigen Raum, *Andrea Büchler* und *Ute Sacksofsky*, Ehrendoktorate der Uni Wien erhielten – starb *Ruth Bader Ginsburg* (RBG), Associate Justice am Supreme Court of the United States. Ihr Sitz am Höchstgericht ist wieder besetzt: RBGs Nachfolgerin *Amy Coney Barrett* wurde bloß eine Woche vor der *general election* in einem alle Konventionen missachtenden politischen Manöver von Präsident *Donald J. Trump* und der republikanischen Senatsmehrheit ernannt und bestätigt.<sup>1</sup>

RBG hinterlässt allerdings wesentlich mehr als bloß ihren Sitz am Supreme Court: Sie hat ganze Generationen von Jurist\*innen mit ihrem Denken inspiriert, und sie hat mit den von ihr verantworteten Gerichtsurteilen – und vor allem auch mit ihren *dissenting opinions* – die Öffentlichkeit für viele rechtliche Fragestellungen sensibilisiert. Ihr Leben und die Art, wie sie mit persönlichen und beruflichen Herausforderungen umgegangen ist, hat auch auf der Seite jener, die andere politische Einstellungen und rechtliche Einschätzungen pflegen, Bewunderung hervorgerufen.

Während ihres anspruchsvollen Studiums an der Harvard Law School, als eine von neun Studentinnen des Jahres 1956,<sup>2</sup> kümmerte RBG sich nicht nur um ihre Tochter im Kleinkindalter, sondern auch um ihren Ehemann *Marty*, ebenfalls angehender Jurist, als er an Krebs erkrankte. Auf den Abschluss *summa cum laude* folgten Stationen als *law clerk* am Bundesgericht in New York sowie eine 20 Jahre umfassende Zeit in der Wissenschaft: als Mitarbeiterin eines Projekts zum internationalen Verfahrensrecht an der Columbia Law School, das RBG ins progressive Schweden führte, als Professorin, zunächst an der Rutgers University – eine von damals 20 weiblichen *law professors* in den USA<sup>3</sup> –, später an der Columbia University. Ihre Gründung des ersten den Frauenrechten gewidmeten *law journal* – des *Women's Rights Law Reporter* – war nicht nur ein markanter Pfeiler ihres reichhaltigen wissenschaftlichen Schaffens, sondern auch Ausgangspunkt für RBGs bahnbrechende advokatorische Tätigkeit: Ihre Mitbegründung des *Women's*

---

1 Vgl für viele *Crooks/Deger-Sen*, We were clerks at the Supreme Court. Its legitimacy is now in question, New York Times 25.10.2020, [www.nytimes.com/2020/10/25/opinion/supreme-court-amy-coney-barrett.html](https://www.nytimes.com/2020/10/25/opinion/supreme-court-amy-coney-barrett.html) (4.11.2020); aA *Smith*, A Judicial Double Standard for Conservatives and Amy Coney Barrett, ACLJ Website, <https://aclj.org/supreme-court/a-judicial-double-standard-for-conservatives-and-amy-coney-barrett> (5.11.2020).

2 *Ginsburg*, The changing complexion of Harvard Law School, in Harvard Women's Law Journal (2004) 304 (304).

3 *Hill Kay*, Ruth Bader Ginsburg, Professor of Law, in Columbia Law Journal (2004) 1 (20).

*Rights Project* im Rahmen der *American Civil Liberties Union* führte sie als Parteivertreterin vor den Supreme Court; fünf ihrer sechs Causen waren erfolgreich. Sie überzeugte die neun Richter davon, dass die *Equal Protection Clause* des 14. Verfassungszusatzes nicht nur Diskriminierung aus Gründen der „race“,<sup>4</sup> sondern auch auf Grund des Geschlechts verbietet<sup>5</sup> – und dass bei geschlechtsspezifischen Differenzierungen nicht nur ein „rational basis test“ durchzuführen, sondern zumindest ein mittelstrenger Maßstab („intermediate scrutiny“)<sup>6</sup> anzulegen ist.<sup>7</sup>

Nach 14 Jahren am Bundesberufungsgericht in Washington D.C. erfolgte 1993 die Ernennung an den Supreme Court durch Präsident *Bill Clinton*. Etwa 20 Jahre nach ihrer Erfolgsserie vor dem Gericht, dem sie nun als Richterin angehörte, verkündete *RBG* die *majority opinion* im wohl wichtigsten Frauenrechte betreffenden Fall der jüngeren Zeit: Das Aufnahmeverbot für Frauen an die altehrwürdige Militärakademie *Virginia Military Institute* wurde für verfassungswidrig erklärt.<sup>8</sup> Ihr zentrales Argument war dabei, dass der Staat Frauen gleiche Zugangsmöglichkeiten nicht auf Basis von unhaltbaren Generalisierungen und Stereotypen hinsichtlich „the way women are“ vorenthalten dürfe.<sup>9</sup> *RBG* vertrat differenzierte, keineswegs durchgehend linksliberale Positionen (so etwa im Straf- und Wirtschaftsrecht oder bei Fragen des Föderalismus).<sup>10</sup> Zu *Antonin Scalia*, der immer wieder Urteile mitverantwortete, mit denen das Recht auf Schwangerschaftsabbruch oder Affirmative Action eingeschränkt wurde, der bei der Ausweitung der Rechte von Frauen und Homosexuellen immer auf der Gegenseite stand und bisweilen beißende *dissenting opinions* verfasste,<sup>11</sup> pflegte sie auf Grundlage der gemeinsamen Liebe zur Oper enge persönliche Beziehungen.<sup>12</sup> Und *RBG*s Politik der kleinen Schritte auf dem Weg zu großen sozialen Veränderungen hat durchaus Widerspruch hervorgerufen – wie auch ihre Strategie, Geschlechtergerechtigkeit über den Weg männlicher Beschwerdeführer herbeizuführen, um über deren Diskriminierung für die zur Entscheidung berufenen männlichen Richter das Problem der Geschlechterdiskriminierung überhaupt erst sichtbar zu machen. Dabei leitete sie keine große Vision, sondern sie sah sich Worten von *Sarah Grimké* verpflichtet, welche die Frauenrechtlerin und Abolitionistin im 19. Jahrhundert an die Männerwelt

---

4 Wir übersetzen race hier bewusst nicht mit „Rasse“, vgl NN, Lost in Translation, Süddeutsche Zeitung 17.5.2018, [www.sueddeutsche.de/kultur/rassismusdebatte-lost-in-translation-1.3983863](http://www.sueddeutsche.de/kultur/rassismusdebatte-lost-in-translation-1.3983863) (7.11.2020).

5 *Reed v Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

6 Zu den unterschiedlichen *standards* im US-Verfassungsrecht siehe *Kelso*, Standards of Review under the Equal Protection Clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The “Base plus Six” model and modern Supreme Court practice, *Journal of Constitutional Law* (2002) 225.

7 *Craig v Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

8 *United States v Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

9 AaO; vgl *Greenhouse*, Ruth Bader Ginsburg, Supreme Court’s Feminist Icon, Dies, *New York Times* 18.9.2020, [www.nytimes.com/2020/09/18/us/ruth-bader-ginsburg-dead.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article](http://www.nytimes.com/2020/09/18/us/ruth-bader-ginsburg-dead.html?action=click&module=RelatedLinks&pgtype=Article) (6.11.2020).

10 Vgl *Wehle*, The surprising conservatism of Ruth Bader Ginsburg, *Politico* 20.9.2020, [www.politico.com/news/magazine/2020/09/20/ruth-bader-ginsburg-conservatism-418821](http://www.politico.com/news/magazine/2020/09/20/ruth-bader-ginsburg-conservatism-418821) (7.11.2020); vgl auch *RBG*s Kommentar zu einem ihrer frühen Texte zu einem juristischen Thema: „I hope you noticed how moderate I was“, *Ginsburg*, My own words (2016) 22.

11 Vgl *Obergefell v Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (*Scalia*, J., dissenting).

12 *Senior*, The Ginsburg-Scalia act was not a farce, *New York Times* 22.9.2020, [www.nytimes.com/2020/09/22/opinion/ruth-bader-ginsburg-antonin-scalia.html](http://www.nytimes.com/2020/09/22/opinion/ruth-bader-ginsburg-antonin-scalia.html) (6.11.2020).

richtete: „I ask no favors for my sex. I surrender not our claim to equality. All I ask of our brethren is, that they will take their feet from off our necks“.<sup>13</sup>

RBGs Einfluss auf Rechtspraxis und Rechtswissenschaft entfaltete sich in den letzten Jahren, gegen eine zunehmend konservative Mehrheit am Supreme Court, vielfach in geschliffenen *dissenting opinions* in knappen Entscheidungen von weltanschaulich aufgeladenen Causen. In einem Fall, der Schwangerschaftsabbruch weiter einschränkte,<sup>14</sup> beschied sie der Mehrheit einen Rückfall in überkommene Geschlechterstereotypen.<sup>15</sup> Aufsehen erregte ihr *dissent* in *Shelby County v Holder*, wo zentrale Bestimmungen des Voting Rights Act aus 1965 invalidiert wurden, die dazu dienen sollten, Benachteiligungen von insbesondere afroamerikanischen Wähler\*innen hintanzuhalten. Ihre eindrucksvolle Formulierung war Anlass, den „Notorious RBG“-Tumblr ins Leben zu rufen: „Throwing out preclearance when it has worked and is continuing to work to stop discriminatory changes is like throwing away your umbrella in a rainstorm because you are not getting wet.“<sup>16</sup>

Die Bezeichnung als „The Notorious RBG“ wurde in Anlehnung an den Rapper „The Notorious B.I.G.“ gewählt.<sup>17</sup> RBGs Bekanntheit wurde damit enorm gesteigert, ihr Status als Richterin wurde legendär, und viele Menschen fieberten mit ihr mit, als bekannt wurde, dass sich ihr infolge der bereits vierten Krebsdiagnose gezeichneter Gesundheitszustand wieder verschlechtert hatte. Ihr großer Wunsch, die Amtszeit von *Trump* zu überleben – und wenn nicht, dass mit der Nachbesetzung ihrer Stelle bis nach der Präsidentschaftswahl zugewartet wird –, hat sich nicht erfüllt. Ihr Tod hinterlässt eine große Lücke, noch dazu, wo mit *Amy Coney Barrett* eine Richterin RBGs Sitz am Gericht übernommen hat, die in vielen wesentlichen Positionen das Gegenteil ihrer Vorgängerin vertritt. Umso mehr gilt es, RBGs Vermächtnis zu pflegen – und das heißt auch: sich mit ihren Schriften auseinanderzusetzen, ihre Thesen zu diskutieren und als Jurist\*innen ihrem Credo zu folgen, das sie in Auseinandersetzung mit einem berühmten Satz von *Martin Luther King* generierte: „The arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.“ RBG ergänzte: „... if there is a steadfast commitment to see the task through to completion.“<sup>18</sup>

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Holzleithner ist Professorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies und Vorständin des Instituts für Rechtsphilosophie an der Universität Wien; elisabeth.holzleithner@univie.ac.at

Mag. Roman Friedrich, E.MEUS, ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; roman.friedrich@univie.ac.at

13 *Grimké*, Woman Subject Only to God, Newburyport, 7<sup>th</sup> mo. 17, 1837, in *Grimké/Grimké*, On Slavery and Abolitionism (2015) 35. So etwa in der mündlichen Verhandlung des Falls *Frontiero v Richardson* vor dem Supreme Court; siehe *Carmon/Knizshnik*, Notorious RBG (2015) 45; *De Hart*, Ruth Bader Ginsburg (2018) 207.

14 RBG stand, wengleich überzeugte Befürworterin des Rechts der Frau auf Schwangerschaftsabbruch, der bahnbrechenden Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), stets kritisch gegenüber, weil sie ihr zu weitgehend und verfrüht erschien; vgl FN 9.

15 *Gonzales v Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) (*Ginsburg*, J., dissenting).

16 *Shelby County v Holder*, 570 U.S. 529 (2013) (*Ginsburg*, J., dissenting); <https://notoriousrbg.tumblr.com/post/53878784482> (24.11.2020).

17 Dazu und zu ihrer inkrementellen Strategie siehe RBG im Gespräch mit *Charlie Rose*, in dem sie sich selbst als „flaming feminist litigator“ bezeichnet: [www.youtube.com/watch?v=tQKebo5gewI](http://www.youtube.com/watch?v=tQKebo5gewI) (24.11.2020).

18 *Shelby County v Holder*, 570 U.S. 529 (2013) (*Ginsburg*, J., dissenting).

# Dolmetschen bei Gericht

## Die Situation der Gerichtsdolmetscher\_innen in Österreich

Eva Adensamer

---

In einem fairen und menschenrechtskonformen Gerichtsverfahren hat jeder Mensch das Recht, seine Muttersprache zu verwenden. Um ein solches Verfahren sicherzustellen, muss jeder Staat die Voraussetzungen für qualitatives Dolmetschen vor Gericht schaffen. Ist ein\_e Beteiligte\_r der Verfahrenssprache nicht mächtig, so ist ein rechtsstaatliches Verfahren ohne gut ausgebildete Dolmetscher\_innen nicht denkbar.

### 1. Rechtliche Grundlagen

Nach der in Österreich im Verfassungsrecht stehenden Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) haben Angeklagte das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>1</sup> Das umfasst auch das Recht, in einer ihnen verständlichen Sprache über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden und die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers oder einer Dolmetscherin zu verlangen, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht verstehen oder sich nicht ausreichend ausdrücken können.<sup>2</sup> Auch die EU-Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren legt dieses Recht fest.<sup>3</sup>

Diese Vorgaben sind in Österreich in § 56 Strafprozessordnung (StPO) über die Übersetzungshilfe umgesetzt.<sup>4</sup> Im Zivilverfahren kann die Übernahme von Dolmetschkosten durch den Staat im Rahmen der Verfahrenshilfe beantragt werden.<sup>5</sup> Diese Bestimmungen sind auch in Verfahren außer Streitsachen anzuwenden.<sup>6</sup>

### 2. Dolmetscher\_innen bei Gericht

Da nur mit qualifizierten und vertrauenswürdigen Dolmetscher\_innen die Vorgaben der EMRK und der EU-Richtlinie 2010/64/EU erfüllt werden können, hat der österreichische

---

1 Art 6 Abs 1 EMRK.

2 Art 6 Abs 3 lit a, lit e EMRK.

3 RL 2010/64/EU des Rates v 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, Abl L 280/I, 14.

4 § 56 Abs 1, 2 StPO, BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/24.

5 § 63 Abs 1, 64 Abs 1 Z 1 lit c Zivilprozessordnung (ZPO) BGBl I 2009/137.

6 § 7 Abs 1 Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111.

Gesetzgeber im Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (SDG) die Voraussetzungen (Praxisjahre und/oder einschlägiges Studium, Prüfung durch den Österreichischen Verband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Dolmetscher [ÖVGD]<sup>7</sup>) bestimmt, unter denen Dolmetscher\_innen in die Liste der Gerichtsdolmetscher\_innen (GDs) eingetragen und von den Gerichten bestellt werden können.

Es können aber auch andere vertrauenswürdige Dolmetscher\_innen herangezogen werden, die vor Beginn der Vernehmung zu beeiden sind, oder sogar als Hausdolmetscher\_innen auf Dauer beeidet werden.<sup>8</sup> Eine Überprüfung der Qualifikation ist in diesen Fällen nicht vorgesehen. Nicht zertifizierte Dolmetscher\_innen haben zwar zu Beginn ihrer Tätigkeit im Verfahren ihre Qualifikation kurz darzulegen<sup>9</sup>, müssen sich aber nicht dem Qualifikationsverfahren unterwerfen.

Laut StPO sollen vorrangig eingetragene GDs bestellt werden.<sup>10</sup> Diese Bestimmung wird aber in der Gerichtspraxis oft ignoriert. Es bedarf daher weiterer gesetzlicher Mittel, etwa der Begründungs- und Berichtspflicht des Entscheidungsorgans im Fall der Bestellung nicht zertifizierter Dolmetscher\_innen.

### 3. Entlohnung

Die Entlohnung der Gerichtsdolmetscher\_innen ist im Gebührenanspruchsgesetz (GebAG) 1975 geregelt.<sup>11</sup>

Die Gebühren der GDs wurden zuletzt im Jahr 2007 festgelegt, wobei den Dolmetscher\_innen für die erste halbe Stunde € 24,50 und für jede weitere halbe Stunde € 12,40 brutto zustehen.<sup>12</sup> Seit 2007 gab es weder eine Gebührenerhöhung noch eine Inflationsanpassung, was einen ständigen Einkommensverlust mit sich bringt.

Änderungen des GebAG durch die Budgetbegleitgesetze 2010<sup>13</sup> und 2014<sup>14</sup> brachten zudem massive finanzielle Verschlechterungen.

So können etwa für vier Stunden Dolmetschtätigkeit in strafrechtlichen Verfahren, in Pflugschaftssachen und in zivilrechtlichen Verfahren, bei denen die Parteien Verfahrenshilfe genießen, € 111,30 verrechnet werden. Nach Abführung von Einkommensteuer und Sozialversicherung verbleiben dem oder der Dolmetscher\_in ca € 13,00 netto pro Stunde. Die in der Regel freiberuflichen Dolmetscher\_innen haben keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, Urlaub oder Krankenstand. Wird eine Verhandlung abgesagt, gibt es keinen Anspruch auf Entschädigung.

7 § 14 Z 1, 2 Sachverständigen- und Dolmetschergesetz (SDG) BGBl I 1975/137.

8 § 82 Abs 1, 2 Geschäftsordnung der Gerichte I. und II. Instanz BGBl II 2013/469.

9 § 86 Gerichtsorganisationsgesetz BGBl I 1997/114.

10 § 126 Abs 2b StPO BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/24.

11 Gebührenanspruchsgesetz (GebAG) BGBl 1975/136.

12 § 54 Abs 1 Z 3 GebAG idF BGBl II 2007/134.

13 Art 21 Abs 3 Budgetbegleitgesetz 2010 BGBl I 2010/111.

14 Art 8 Abs 2 Budgetbegleitgesetz 2014 BGBl I 2014/40.

Diese Entlohnung steht weder in einem Verhältnis zu dem langwierigen Qualifikationsverfahren noch zu den Anforderungen an Konzentration, Verantwortung und Flexibilität während des Dolmetschens in einer Gerichtsverhandlung.

#### 4. Auswirkungen

Aufgrund dieser Entwicklungen hat der Beruf der Gerichtsdolmetscher\_innen in den letzten Jahren ständig an Attraktivität verloren.

Immer weniger ausgebildete Dolmetscher\_innen sind unter diesen Bedingungen bereit, sich der Mühe einer Gerichtsdolmetschprüfung zu unterziehen. Der Berufsstand ist überaltert, das Durchschnittsalter von Gerichtsdolmetscher\_innen liegt bei über 60 Jahren. Die Anzahl beedeter GDs ist seit 2006 von 1400 auf 720 gesunken. In zehn Jahren könnte dieser Berufsstand ausgestorben sein.<sup>15</sup>

Für Richter\_innen wird es immer schwieriger, beedete Dolmetscher\_innen zu finden und sie sind dann vermehrt auf nicht ständig beedete und oft unzureichend oder gar nicht ausgebildete Personen angewiesen. Dadurch kann es zu Verfahrensfehlern, Verzögerungen und in der Folge teuren Verfahrenswiederholungen kommen. Besonders heikel wird die Situation, wenn Haftfristen nicht mehr eingehalten werden können.

Die Folgen von Übersetzungsfehlern haben in erster Linie die Menschen zu tragen, die auf korrekte Übersetzungen vor Gericht angewiesen sind.<sup>16</sup> Und wenn es einmal keine GDs mehr gibt, wird dies etwa auch zu spüren bekommen, wer im Ausland studiert, wer im Ausland geheiratet hat oder Unternehmen mit internationalen Beziehungen, da Dokumente nicht mehr beglaubigt übersetzt werden können.

#### 5. Aktuelle Lage

Seit Jahren setzt sich der Vorstand des ÖVGD für eine Verbesserung der finanziellen Situation der GDs ein. Das Bundesministerium für Justiz (BMJ) hat ihn immer wieder tröstet und versprochen, die Dolmetschtätigkeit bei Gerichten bald adäquat zu entlohnen.

Am 17.9.2019 führte der ÖVGD unter Beteiligung vieler Mitglieder in den großen österreichischen Gerichten einen Aktionstag durch. Dieser hatte zwar durchaus ein Medienecho und die brennenden Probleme wurden einem größeren Personenkreis bewusst<sup>17</sup>, er zeigte aber keine nachhaltige Wirkung. In der Folge wurde vom ÖVGD ein

---

15 *Kroisleitner*, Gerichtsdolmetscher wollen marktgerechten Lohn, *derstandard.at* 17.9.2019, [www.derstandard.at/story/2000108739205](http://www.derstandard.at/story/2000108739205) (22.12.2020).

16 Vgl bspw Medienberichte: <https://salzburg.orf.at/v2/news/stories/2892507/>, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/falsch-uebersetzt-urteil-nichtig/116.946.706> <https://tirol.orf.at/v2/news/stories/2827031/>, <https://wien.orf.at/v2/news/stories/2770967/> (alle 22.12.2020).

17 *Kroisleitner*, *derstandard.at*.

Forderungskatalog erstellt, der auch im November 2020 als Grundlage für das Gespräch mit dem BMJ diente.<sup>18</sup>

Das Justizministerium legte im Vorsommer 2020 einen Diskussionsentwurf vor und machte dem ÖVGD Hoffnung auf die dringend notwendige Gebührenerhöhung. Dabei wurde der Forderungskatalog 2019 des Verbandes weitgehend berücksichtigt und die GDs waren vorerst beruhigt.

Das Justizbudget für 2021 wurde um 65 Millionen erhöht und am 14.10.2020 wurde die Regierungsvorlage für das Budgetbegleitgesetz 2021 vorgelegt.<sup>19</sup> Obwohl als Schwerpunkt der Regierungsvorlage eine Überarbeitung der Eintragung in die Gerichtsdolmetscherliste vorgesehen ist, wurde der Vorstand des ÖVGD nicht einmal vorinformiert, dass die GDs trotz gegenteiliger Versprechungen von BM *Zadić* wieder einmal leer ausgehen würden.

Bei einem Gespräch des Vorstands des ÖVGD mit den zuständigen Personen im BMJ am 11.11.2020 wurden die GDs abermals auf einen späteren Zeitpunkt vertröstet.

Schöne Worte zum 100-jährigen Bestehen des ÖVGD im Oktober 2020, wenn auch von der Bundesministerin für Justiz gesprochen, werden nicht genug sein, um auf Dauer ein faires und menschenrechtskonformes Gerichtsverfahren zu garantieren!

MMag. Eva Adensamer, Allgemein beidete und gerichtlich zertifizierte Dolmetscherin für Russisch und Spanisch; eva.adensamer@aon.at

---

18 ÖVGD, Presseaussendung, 11.11.2020, [www.gerichtsdolmetscher.at/Dokumente/Presse/2020-11-11\\_%C3%96VGD\\_PR\\_PA\\_Forderungennicht%20erf%C3%BCllt\\_20.%2011.11.pdf](http://www.gerichtsdolmetscher.at/Dokumente/Presse/2020-11-11_%C3%96VGD_PR_PA_Forderungennicht%20erf%C3%BCllt_20.%2011.11.pdf) (22.12.2020).

19 RV 408/2020 der 27. GP.

# AKW, LTE und UVP...

## Transparenz und Prüfpflicht bei der Laufzeitverlängerung von Atomreaktoren

Priska Lueger

---

### 1. Aktuelle Entwicklungen

Ob aufgrund der ursprünglichen Betriebsgenehmigung, eines die Laufzeit festlegenden Gesetzes oder schlichtweg aufgrund der technischen Ausstattung – jedes Atomkraftwerk (AKW) hat eine bestimmte Ablaufzeit. Die meisten Staaten, in denen Atomstrom mit in den 1970er und 1980er Jahren errichteten Kraftwerken generiert wird, sind derzeit darum bemüht, diese Reaktoren trotz ihres Ablaufdatums zumindest für die nächsten 10 bis 20 Jahre weiterhin zu betreiben.

Aufgrund der mit der Produktion von Atomstrom und Reaktorunfällen verbundenen weitreichenden Gefahren sind benachbarte Staaten, Umweltschutzorganisationen und Einzelpersonen daran interessiert, sich in die rechtlichen Verfahren einbringen zu können. Da einige Staaten in ihrem nationalen Recht jedoch Schnellverfahren oder keinerlei Erneuerung der Bewilligung vorsehen, kam in den vergangenen Jahren eine internationale Debatte rund um die Prüfpflicht solcher Laufzeitverlängerungen (*lifetime extensions* bzw. „LTE“) auf. Es stellt sich somit die Frage, inwieweit die Staaten aufgrund unions- und/oder völkerrechtlicher Vorgaben zu einer umfassenden Prüfung verpflichtet sind.

### 2. Espoo und die LTE Guidance

Den völkerrechtlichen Rahmen bietet zunächst das Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Espoo Konvention), das 1997 sowohl durch Österreich als auch die EU ratifiziert wurde.<sup>1</sup> Art 2 Abs 2 der Konvention legt fest, dass beabsichtigte Tätigkeiten („proposed activities“), die in Anh I angeführt sind und voraussichtlich erhebliche nachteilige grenzüberschreitende Umweltauswirkungen haben, unter Einbindung der möglicherweise betroffenen Staaten und deren Öffentlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind.

Das Espoo Implementation Committee (Espoo IC) dient als allgemeine Anlaufstelle für Vertragsparteien und Mitglieder der Öffentlichkeit und überprüft die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben. Die von ihm vorbereiteten Entscheidungen zur Umsetzung der Konvention werden im Zuge der Vertragsstaatenkonferenz verabschiedet. Aufgrund der

---

1 BGBl III 1997/201 idF BGBl III 2019/236, Beschluss des Rates v 27.6.1997.

Tatsache, dass derzeit zahlreiche Atomkraftwerke das Ende ihrer ursprünglich vorgesehenen Laufzeit erreichen, sind aktuell Verfahren zu 17 Atomkraftwerken mit zahlreichen Reaktorblöcken beim Espoo IC, anhängig.<sup>2</sup>

Insb bezüglich der Entscheidung rund um die LTE des ukrainischen AKW Rivne kam es im Zuge der 7. Espoo Vertragsstaatenkonferenz 2017 zu Auseinandersetzungen, weshalb eine Arbeitsgruppe mit der Erstellung einer Guidance zu dieser Frage beauftragt und die Entscheidung in den anhängigen Verfahren bis zu deren Verabschiedung aufgeschoben wurde.<sup>3</sup> Allgemein gültige Aussagen zum Thema sollten Vertragsstaaten und das Espoo IC bei der Feststellung unterstützen, inwieweit die Bestimmungen der Konvention im Falle von AKW-Laufzeitverlängerungen zu berücksichtigen sind. Nach langen, durch politischen Konflikt geprägten Debatten konnte letztendlich ein Kompromiss gefunden werden, der im Rahmen der 8. Espoo Vertragsstaatenkonferenz im Dezember 2020 verabschiedet wurde.<sup>4</sup>

Was in der Endversion der Guidance bedauerlicher Weise gänzlich unterblieb und deren Handhabung deutlich erschwert, ist eine Definition des Begriffs Laufzeitverlängerung bzw. „LTE“. Da auch bisher im Konventionskontext keine Legaldefinition existiert, wirft dies die Frage auf, inwieweit die Guidance überhaupt zur Anwendung kommt.<sup>5</sup> Das ist insb im Hinblick auf den Hinweis im Erwägungsgrund zur Entscheidung VIII/6 der Espoo Vertragsstaatenkonferenz,<sup>6</sup> dass „nicht alle Formen von LTE die Kriterien einer ‚proposed activity‘ erfüllen“<sup>7</sup>, kritisch zu betrachten. Diese Formulierung indiziert, dass die Bestimmungen der Konvention auf bestimmte Fälle nicht anzuwenden sind. Welche Fälle dies betrifft, ist jedoch unklar. Im Ergebnis wird es dem Espoo IC überlassen, wiederum im Einzelfall zu eruieren, ob es sich bei der jeweiligen LTE also um eine „proposed activity“ handelt, wobei die Guidance darüber keine weiteren Aufschlüsse bietet.

Doch auch ohne klare Definition der Begriffs LTE ist die Guidance unter dem Aspekt bereits verabschiedeter Entscheidungen der Espoo Vertragsstaaten zu interpretieren. Diesbezüglich ist der Fall *Rivne* ausschlaggebend, in dem festgehalten wurde, dass die Verlängerung der AKW-Betriebszeit nach bereits abgelaufener Lizenz unter die Bestim-

2 Vgl Bericht über die Aktivitäten des Espoo IC, 24.9.2020, ECE/MP.EIA/2020/4-ECE/MP.EIA/SEA/2020/4, 18 f.

3 S von der Vertragsstaatenkonferenz zur Espoo Konvention und zum SUP Protokoll gemeinsam verabschiedete Entscheidungen, ECE/MP.EIA/23.Add.1-ECE/MP.EIA/SEA/7.Add.1, 18.

4 Decision VIII/6 on the applicability of the Convention to the lifetime extension of nuclear power plants, ECE/MP.EIA/2020/1-ECE/MP.EIA/SEA/2020/1; Guidance on the applicability of the Convention to the lifetime extension of nuclear power plants, ECE/MP.EIA/2020/9.

5 Kritisch dazu ÖKOBÜRO/RACSE, Lifetime Extension of Nuclear Power plants – Analysis of Legal Aspects (2020) 19 ff, [www.oekobuero.at/files/456/oekobueroracse\\_legal\\_analysis\\_lte\\_final.pdf](http://www.oekobuero.at/files/456/oekobueroracse_legal_analysis_lte_final.pdf) (31.1.2021).

6 Vgl Fn 4.

7 „Noting that a lifetime extension of a nuclear power plants [sic!] does not always fulfil the criteria for a proposed activity“, Decision VIII/6 on applicability of the Convention to the lifetime extension of nuclear power plants, ECE/MP.EIA/2020/1-ECE/MP.EIA/SEA/2020/1, am 9.12.2020 verabschiedete Version, <https://unece.org/environment/documents/2020/12/guidance-applicability-convention-lifetime-extension-nuclear-power-0> (31.1.2020).

mungen der Konvention fällt.<sup>8</sup> Berücksichtigt man das in Art 2 Abs 1 der Espoo Konvention festgelegte Ziel der „Vermeidung, Verminderung und Überwachung erheblicher, grenzüberschreitender nachteiliger Auswirkungen“, so sind gleich gelagerte Fälle, unabhängig von nationalrechtlichen Unterschieden, die zu einem anderen Verfahrensablauf im Detail führen, unter dem Aspekt der Umweltauswirkungen auch gleich zu behandeln. Sowohl in Bezug auf die Guidance,<sup>9</sup> als auch in den bisherigen Fällen zu Atomkraftwerken,<sup>10</sup> ist zudem das der Konvention zugrundeliegende Vorsorgeprinzip zu beachten. Es ist also davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit der Konvention im Falle einer LTE den Regelfall darstellt.

### 3. Andere rechtliche Hintergründe

Auch hinsichtlich der Anwendbarkeit der Aarhus Konvention<sup>11</sup> wurden bereits unterschiedliche Fälle angestoßen.<sup>12</sup> Diese UNECE-Konvention enthält neben Vorschriften über den Zugang zu Umweltinformationen und den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten relevante Vorgaben hinsichtlich der Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren.

Das Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), das die Umsetzung der Konvention kontrolliert, fällte 2019 eine Entscheidung in einem Fall zur LTE des niederländischen AKW Borssele. Hier hielt das ACCC ua fest, dass ein öffentliches Verfahren gem Art 6 Aarhus Konvention der Entscheidung über die Laufzeitverlängerung voranzugehen hat, sofern die Betriebszeit eines Atomreaktors nicht nur minimal verlängert wird.<sup>13</sup>

Abseits der UNECE-Konventionen ist insbesondere die UVP-Richtlinie<sup>14</sup> zu erwähnen, gemäß der bestimmte in Anh I angeführte Projekte einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind. Diese dient ua der Umsetzung beider völkerrechtlicher Konventionen<sup>15</sup> und erfordert gem Art 6 die Einbindung der Öffentlichkeit sowie gem Art 7 auch die Konsultation anderer Staaten, im Falle möglicherweise erheblicher Auswirkungen auf die Umwelt außerhalb des Ursprungslandes.

8 Entscheidung VI/2, ECE/MP.EIA/20.Add.1 – ECE/MP.EIA/SEA/4.Add.1, Rn 68, Entscheidung IS/1h iVm Entscheidung IS/1, ECE/MP.EIA/27/Add.1 – ECE/MP.EIA/SEA/11/Add.1.

9 S insb Rn 15 der Guidance.

10 Decision VII/6, ErwGr 3, ECE/MP.EIA/23/Add.2–ECE/MP.EIA/SEA/7/Add.2.

11 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl III 2005/88 idF BGBl III 2014/58.

12 Beim Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) etwa zur Laufzeitverlängerung des AKW *Borssele*, ACCC/C/2014/104, oder des tschechischen AKW *Dukovany*, ACCC/C/2016/143; beim EuGH insb zum belgischen AKW *Doel*, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622.

13 ACCC/C/2014/104 (Niederlande) ECE/MP.PP/C.1/2019/3, Rn 71.

14 RL 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl L 2012/26, 1.

15 ErwGr 15 bzw 18 u 21 UVP-RL.

Im Zusammenhang mit der Verlängerung der Laufzeit des belgischen Kraftwerks Doel um weitere 10 Jahre bejahte der EuGH bereits 2019 die Anwendbarkeit der UVP-RL.<sup>16</sup> Dabei stützte er sich darauf, dass es sich bei der nicht bloß geringfügigen Verlängerung in Zusammenhang mit umfassenden Renovierungsarbeiten um eine Situation handelt, die mit der Erstinbetriebnahme eines Kraftwerks vergleichbar ist.<sup>17</sup> Der Gerichtshof verzichtete in seinem Urteil auf eine Prüfung der Anwendbarkeit der UNECE-Konventionen und wich damit von den Schlussanträgen von Generalanwältin *Kokott* ab, die deren Relevanz in ihren Schlussanträgen bejaht hatte.<sup>18</sup> Dennoch sind die Ergebnisse auch im Hinblick auf völkerrechtliche Verfahren von gewissem Interesse. Dass die Auswirkungen nicht nur Belgien betreffen, zeigt sich auch anhand eines Falls rund um das slowenische AKW Krško, bei dem das UVP-Feststellungsverfahren zunächst negativ ausgefallen war, ein Rechtsmittelverfahren im Hinblick auf die EuGH-Judikatur jedoch letztendlich zu einer Feststellung der UVP-Pflicht führte.<sup>19</sup>

Selbst wenn die Espoo Konvention ein davon abgekoppeltes Rechtsregime mit anderen Begrifflichkeiten darstellt, so ist aufgrund der Tatsache, dass die meisten Vertragsparteien auch Mitgliedstaaten der EU und noch mehr Vertragsparteien der Aarhus Konvention sind, davon auszugehen, dass hier eine möglichst konsistente Herangehensweise gewählt wird. Nicht zuletzt gilt es, die jeweiligen Rechtsvorschriften für Prüfverfahren insb aus dem Blickwinkel der Berücksichtigung möglicher nachteiliger Auswirkungen auf die Umwelt zu betrachten.<sup>20</sup>

#### 4. Fazit und Ausblick

Nach einem langen, durch rechtliche und politisch motivierte Debatten geprägten Weg also wieder zurück zum Start? Nicht ganz! Denn selbst wenn man davon ausgehen kann, dass die anhängigen Fälle vor dem Espoo IC trotz der verabschiedeten Guidance von Fall zu Fall entschieden werden müssen, hätte dieses Vorgehen auch nie vollständig ersetzt werden können. Denn ein Fall gleicht nie gänzlich einem anderen. Eine pauschale Entscheidung für über 50 Reaktorblöcke wäre in diesem Sinne also schlicht unmöglich. Auf jeden Fall aber hat die langwierige Erstellungsphase der Guidance viele unterschiedliche Fragestellungen aufgeworfen und die Sensibilität der Staaten für die Thematik erhöht, was auf Ebene der Vertragsstaaten auf die umfassenden Verhandlungen zurückzuführen ist und sich auch im durch mehr zivilgesellschaftlichen Austausch und öffentliche Kommunikation zum Thema zeigt.

---

16 EuGH 29.7.2019, *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622.

17 Ebd, Rn 79.

18 ECLI:EU:C:2018:972.

19 Upravno sodišče Republike Slovenije 17.2.2020, 1U2135/2018-17.

20 Insb ErwGr 5 und Art 2 Abs 1 Espoo Konvention, Art 6 Abs 1 Aarhus Konvention, ErwGr 2 und Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 UVP-RL.

Und vor allem: Die Verfahren können nun fortgesetzt werden – und das mit einem inzwischen neu zusammengesetzten Espoo IC, in dem nun auch Österreich einen Sitz belegt. Nach und nach zeichnet sich so auf internationaler Ebene ein Bild, das die Transparenz und Prüfpflicht bei der Laufzeitverlängerung von AKW zunehmend verdeutlicht. In Anbetracht der Tatsache, dass die Grundsätze und Rahmenbedingungen der Espoo Konvention weiterhin beachtlich sind und innerhalb der EU auch auf das Reglement der UVP-Richtlinie Verlass ist, gibt es also durchaus Grund für Optimismus.

Mag.<sup>a</sup> Priska Lueger arbeitet als Umweltjuristin bei der österreichischen Umweltschutzorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung und für das europäische Umweltrechtsnetzwerk Justice & Environment; [priska.lueger@oekobuero.at](mailto:priska.lueger@oekobuero.at)

# Corona, die Schule und das Recht auf Bildung

## Erfahrungsbericht eines Lehrers an einer Mittelschule

Thomas Schobesberger<sup>1</sup>

---

### 1. Einleitung

In ihrem Buch „Generation Haram“ beschreibt die Lehrerin und Journalistin *Melisa Erkurat* ein System, das Kinder aufgrund ihrer Herkunft, ihrer Fluchterfahrungen, der Sprache, die sie zuhause sprechen, sowie des Bildungsabschlusses ihrer Eltern und des institutionellen Rassismus von Anfang an zu Verlierer\*innen macht.<sup>2</sup> Sie schildert auf plastische Art ein Schulsystem, das seit Jahren wegen seiner Chancenungleichheit kritisiert wird.<sup>3</sup>

Dieses im Hinblick auf die Bereitstellung von Chancengleichheit ohnehin schon überforderte System wurde im März 2020 völlig unvorbereitet von der Corona-Pandemie getroffen. Von einem Tag auf den anderen mussten die Schulen von Präsenzunterricht auf Fernunterricht umstellen. Während manche Schüler\*innen aus sozioökonomisch besseren Verhältnissen passabel mit der Situation zurechtkamen, traf die Krise die oben beschriebenen „Verlierer\*innen“ unseres Schulsystems mit voller Wucht: Wer es schon vor der Pandemie schwer hatte, verlor weiter den Anschluss.<sup>4</sup>

Dieser Beitrag untersucht die möglichen Auswirkung der Corona-Pandemie auf das Recht auf Bildung, wobei der Fokus auf die Situation in der Mittelschule gelegt wird. Zunächst erfolgt eine Bestandsaufnahme des Rechts auf Bildung, danach werden die Einschränkungen des Schulbetriebs untersucht. Schließlich wird ein Ausblick auf mögliche Verbesserungen gegeben. Der Beitrag beruht unter anderem auf den Erfahrungen des Autors, der als Lehrer an einer Mittelschule arbeitet.

Während der Zeit der Erstellung dieses Beitrags wurde der zweite Lockdown mit Fernunterricht von 17.11.2020 bis 7.12.2020 verhängt. Auf die Unterschiede zwischen dem ersten und zweiten Mal Fernunterricht wird speziell eingegangen.

---

1 Dank gebührt Mag.<sup>a</sup> *Nadine Hauptfeld* für wertvolle Inputs bzgl des Schulrechts.

2 *Erkurat*, Generation Haram. Warum Schule lernen muss, allen eine Stimme zu geben (2020).

3 *Bruneforth/Weber/Bacher*, Chancengleichheit und garantiertes Bildungsminimum in Österreich, in *BIFIE*, Bildungsbericht 2012, 206; *UNICEF Office of Research*, An Unfair Start: Inequality in Children's Education in Rich Countries, Innocenti Report Card 15 (2018).

4 *Erkurat*, Generation Haram 177; *Stajić*, Das Gerede von der „Krise als Chance“ ist absurd naiv, *derstandard.at* 14.4.2020, [www.derstandard.at/story/2000116799045](http://www.derstandard.at/story/2000116799045) (10.11.2020).

Der dritte Lockdown von 7.1.2021 bis 18.1.2021, der bei der Bearbeitung des Beitrags bereits angekündigt war, schien zum Zeitpunkt der Bearbeitung im Schulwesen im Vergleich zu Lockdown Nummer zwei keine Veränderungen zu bedeuten.

## 2. Das Recht auf Bildung

Das Recht auf Bildung findet sich auf internationaler Ebene in Art 26 AEMR<sup>5</sup>, Art 13 und 14 IPwskr<sup>6</sup>, Art 28 UN-Kinderrechtskonvention<sup>7</sup>, Art 24 UN-Behindertenrechtskonvention<sup>8</sup> sowie in Art 2 1. ZP EMRK<sup>9</sup> und Art 14 GRC.<sup>10</sup> Auf innerstaatlicher Ebene ist das Recht auf Bildung in Art 17 und 18 StGG<sup>11</sup> verankert und wird durch die allgemeine Schulpflicht<sup>12</sup> umgesetzt.

Es beinhaltet einerseits die staatliche Verpflichtung zur Bereitstellung öffentlicher Bildungseinrichtungen, die Gewährleistung ihrer Zugänglichkeit und die Sicherung der Einheit und Qualität der Bildung.<sup>13</sup> Inwieweit der österreichische Staat dieser Verpflichtung, va hinsichtlich der Qualität der Bildung, gerecht wird, wird unter Punkt 3 untersucht. Das Recht auf Bildung ist andererseits ein Abwehrrecht gegen die Beschränkung des Zugangs zu bestehenden Bildungsinstitutionen und verbietet als solches, die Nutzung der öffentlichen Bildungseinrichtungen aus unsachlichen Gründen zu beschränken.<sup>14</sup>

Daraus ergibt sich e contrario, dass der Zugang beschränkt werden kann, wenn eine sachliche Rechtfertigung dafür gegeben ist. Eine solche gesetzlich normierte Eingriffsermächtigung ist in § 18 EpiG<sup>15</sup> zu finden, der die (Teil-)Schließung von einzelnen Schulen im Falle des Auftretens einer anzeigepflichtigen Krankheit ermöglicht. Auf den Unterschied zwischen solch einer punktuellen Schließung und österreichweiten Einschränkungen des Unterrichts wird unter Punkt 4.1. eingegangen.

## 3. Der Präsenzunterricht als Regelmodell

Das österreichische Schulsystem und das Schulunterrichtsgesetz (SchUG)<sup>16</sup> gehen davon aus, dass Unterricht als Präsenzunterricht in einem Schulgebäude stattfindet. Diese An-

---

5 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

6 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 993 UNTS 3.

7 Übereinkommen über die Rechte des Kindes 1577 UNTS 3.

8 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2515 UNTS 3.

9 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idF BGBl III 2018/139.

10 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 391.

11 Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBL 1867/142 idF BGBl 1988/684.

12 Bundesgesetz über die Schulpflicht 1985 BGBl 1985/76 idF BGBl I 2019/86.

13 *Berka/Binder/Kneibls*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Handbuch<sup>2</sup> (2019) 885 mwN.

14 *Berka/Binder/Kneibls*, Grundrechte 889.

15 Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2020/124.

16 Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen (Schulunterrichtsgesetz 1986 – SchUG) BGBl 1986/472 idF BGBl I 2020/80.

nahme bedeutet vor dem Hintergrund des Rechts auf Bildung, dass der Staat die entsprechende bauliche Infrastruktur für den Unterricht zur Verfügung stellen und zugänglich halten muss.

„Schule“ ist damit nicht nur die mehrjährige Bildungsphase, durch die Kinder und Jugendliche gehen. Die Infrastruktur spielt beim Lernprozess bereits eine wesentliche Rolle. Auf den Punkt gebracht wird das durch die Formel vom „Raum als dritten Pädagogen“. Noch bedeutender scheint jedoch zu sein, dass die Schule als bauliche Institution das Lernen vom Zuhause trennt und damit im Regelfall, mit Ausnahme des Heimunterrichts, entprivatisiert. Diese Zentralisierung von Lernen in den Schulen und Klassenzimmern stellt nicht nur den sozialen Aspekt des Lernens in den Vordergrund, da Kinder und Jugendliche am besten von ihren gleichaltrigen Peers lernen. Sie hält auch nicht-schulische Faktoren, die sich negativ auf die Entwicklung eines Kindes auswirken können, fern bzw kann sie deren Folgen abfedern. Einige Beispiele für solche Faktoren sind Betreuungspflichten, beengte Wohnverhältnisse oder Gewalterfahrungen. Für viele Kinder, so *Erkurt*, ist Schule demnach jener Ort, an dem sie ihren familiären Pflichten entkommen und wieder Kinder sein dürfen. Damit ist die Schule für sie va ein Anker, ein „safe space“.<sup>17</sup> Mit welcher hohen Erwartungen die Schule konfrontiert ist, zeigt auch die Vorstellung von Schule als „Tor zum Abenteuer Leben“, als welche sie manchmal bezeichnet wird.<sup>18</sup>

Von dieser Idealvorstellung einer Institution, die eine gelungene Bildungsbiografie und ein freies, selbstbestimmtes Leben ermöglicht, sind viele Schulen weit entfernt und waren es bereits vor dem Ausbruch der Pandemie. So beträgt etwa die Zahl jener, die keine höhere Ausbildung als den Abschluss der Pflichtschule haben, im Jahr 2015 knapp 13 %, und noch mehr bei Jugendlichen mit Migrationsbiografie.<sup>19</sup> Diese Gruppe ist in Folge öfter und länger arbeitslos.<sup>20</sup> Besorgniserregend sind auch die Zahlen jener Menschen, die von funktionalem Analphabetismus betroffen sind: Zwischen 300.000 und 600.000 sind es schätzungsweise in Österreich.<sup>21</sup> Die OECD geht von etwa 970.000 Menschen in Österreich aus, die nicht ausreichend lesen können, davon etwa die Hälfte mit Geburtsland Österreich und Deutsch als Erstsprache.<sup>22</sup>

In diesem Zusammenhang erscheint es bereits zweifelhaft, ob der Staat mit seinem derzeitigen Schulsystem, also im „Normalbetrieb“ mit Präsenzunterricht, seiner Verpflichtung ausreichend gerecht wird, die Qualität und Einheitlichkeit des Unterrichts zu gewährleisten und damit das Recht auf Bildung zu garantieren. Inwieweit sich die Ein-

---

17 *Erkurt*, Generation Haram 182.

18 *Brezina*, Blödsinn gibts nicht. Wie wir Kinder fürs Leben begeistern (2019) 112.

19 *Steiner/Lassnig*, Selektion, Dropout und früher Bildungsabbruch, IHS Policy Brief 2/2019, <https://irihs.ihs.ac.at/id/eprint/5039/> (19.12.2020).

20 *Schöttle*, Funktionaler Analphabetismus in Österreich (2011) 14.

21 *Schöttle*, Analphabetismus 11.

22 *Pesendorfer/Radinger*, Schlüsselkompetenzen von Erwachsenen – Erste Ergebnisse der PIAAC-Erhebung 2011/12 (2013) 40.

schränkungen des Schulbetriebs durch die Corona-Pandemie auf das Recht auf Bildung ausgewirkt haben, soll in weiterer Folge untersucht werden.

#### 4. Fernunterricht während der Corona-Pandemie

##### 4.1. Schließungen einzelner Schulen nach § 18 EpiG gegenüber flächendeckender Umstellung auf Fernunterricht

Wie eingangs erwähnt, bietet § 18 EpiG die Möglichkeit, Schulen tw oder ganz zu schließen, sollten anzeigepflichtige Krankheiten (zu denen das Coronavirus gem § 1 EpiG gehört) an dieser Schule auftreten. Die Schließung obliegt gem § 43 Abs 3 EpiG den Bezirksverwaltungsbehörden, die diese Schließung den Schulbehörden, also den Bildungsdirektionen der Länder, mitzuteilen haben.

Von diesem Normalfall der Schließung einzelner Schulen ist jedoch die von der Corona-Pandemie ausgelöste Situation zu unterscheiden, die im März 2020 eintrat. Vom 18.3.2020 bis 17.5.2020 wechselten alle Schulen und damit rund 1,1 Mio Schüler\*innen und 123.000 Lehrkräfte<sup>23</sup> auf „Home Schooling“, „Fernunterricht“, „Distance Learning“ oder nach § 2 COVID19-SchulVO<sup>24</sup> (C-SchVO, die erste) auf „ortsungebundenes Lernen“. Im Weiteren wird der Begriff „Fernunterricht“ verwendet.

Die Umstellung von Präsenz- auf Fernunterricht geschah hastig und schneller als geplant: Entgegen den tags zuvor verlautbarten Plänen, Unterstufe und Primarstufe (Volksschule) ab Mittwoch, den 18.3.2020, auf Fernunterricht umzustellen, wurde am Freitagmittag der Vorwoche bekannt, dass dies schon ab Montag, den 16.3.2020 der Fall sein würde.<sup>25</sup> Auch beim zweiten Mal ab 17.11.2020 lag nur ein Schultag zwischen Ankündigung und Start des Fernunterrichts. Das dritte Mal Fernunterricht ab 7.1.2021 war der erste mit längerer Vorlaufzeit.

Zusätzlich zur hohen Geschwindigkeit der Umstellung wurde eine eher intransparente und unklare Vorgangsweise gewählt: Nur durch eine Zusammenschau von Erlässen (so weit sie überhaupt öffentlich sind), Rundschreiben, Briefen, Pressemitteilungen und auf der BMBWF-Website veröffentlichte Factsheets lassen sich die rechtlichen Vorgänge rund um die Umstellung ansatzweise rekonstruieren.

Dabei ist fraglich, ob diese Umstellung und Anordnung des Fernunterrichts überhaupt rechtlich gedeckt war. Man mag es als „juristische Spitzfindigkeiten“<sup>26</sup> abtun, und ge-

---

23 BMBWF, Aktuelle Zahlen von Corona-Fällen an Schulen, [www.bmbwf.gv.at/Ministerium/Presse/20201001e.html](http://www.bmbwf.gv.at/Ministerium/Presse/20201001e.html) (10.11.2020).

24 Verordnung des Bundesministers für Bildung, Wissenschaft und Forschung zur Bewältigung der COVID-19 Folgen im Schulwesen für die Schuljahre 2019/20 und 2020/21 BGBl II 2020/208 idF BGBl II 2020/384 (im Folgenden C-SchVO, die erste).

25 16. und 17.3.2020 waren in den Pflichtschulen rechtlich noch Tage mit Präsenzunterricht. Faktisch waren sie bereits Fernunterricht, da Schüler\*innen an beiden Tagen entschuldigt waren.

26 So die Einordnung der Kritik an der Umsetzung der Corona-Maßnahmen durch *Sebastian Kurz* in der Nachrichtensendung „Zeit im Bild 2“ v 6.4.2020.

wiss mussten die Schulbehörden zum Zeitpunkt des ersten Infektionsgeschehens schnell handeln, doch scheint es, als hätte va in der Anfangsphase im März und April 2020 der rechtliche Rahmen für die getroffenen Maßnahmen gefehlt. In seinem Erlass vom 12.3.2020 verfügte Bildungsminister *Heinz Faßmann* das Aussetzen des regulären Unterrichts. Möglichst viele Kinder sollten, wie betont wurde, nicht in die Schule kommen.<sup>27</sup> Ursprünglich nur bis zu Beginn der Osterferien am 3.4.2020 geplant, wurde diese „Überbrückungsphase“ später bis 24.4.2020 verlängert.<sup>28</sup>

Diese getroffenen Anordnungen setzten die im SchUG implizit getroffene Annahme aus, der Unterricht habe als Präsenzunterricht stattzufinden.<sup>29</sup> Erst mit dem 3. COVID-19-Gesetz vom 4.4.2020,<sup>30</sup> also drei Wochen nach der Anordnung des Fernunterrichts, wurde § 132c Schulorganisationsgesetz (SchOG)<sup>31</sup> eingefügt, der dem Bildungsminister erlaubt, Fernunterricht per Verordnung zu verfügen. Diese Ermächtigung wurde rückwirkend mit 1.3.2020 in Kraft gesetzt.<sup>32</sup> Auf Verordnungsebene wurde dann mit der C-SchVO (der ersten) vom 13.5.2020 rückwirkend klargestellt, dass der Unterricht von 18.3.2020 bis zur Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts am 18.5.2020 als „ortsungebundener Unterricht“ stattzufinden habe.<sup>33</sup> Festzuhalten ist also, dass die Umstellung auf Fernunterricht mehre Wochen ohne rechtliche Grundlage geschah. Angesichts der dramatischen Infektionszahlen im Frühling 2020 war die Umstellung wohl alternativlos, aber gleichzeitig rechtlich problematisch.

Die Umstellung des zweiten flächendeckenden Fernunterrichts ab 17.11.2020 und ab 7.1.2021 konnte sich demgegenüber auf die Anfang September erlassene C-SchV 2020/21<sup>34</sup> (der zweiten), die die erste C-SchVO von Mai 2020 ablöste, stützen. Im Hinblick auf die bezirksweise Umstellung ermöglicht § 34 C-SchVO 2020/21 (wiederum die zweite), Schulen in einzelnen Bezirken dazu zu verpflichten, Fernunterricht anzuordnen, sollte die zuständige Schulbehörde die Schulpel auf „Rot“ schalten.

## 4.2. Probleme bei der Umsetzung des Fernunterrichts

Fernunterricht bedeutet, dass die gewohnten Lernstrukturen, Abläufe, Hilfestellungen und Sozialgefüge wegfallen, die in der Schule vorhanden sind. Stattdessen verlagert sich das Schulleben physisch wieder in die eigenen vier Wände, was dazu führt, dass die Familie zwangsläufig wieder mehr in das Lernen eingebunden wird. Es ist anders gespro-

27 Erlass „Umgang des Bildungssystems mit dem Coronavirus“ des BMBWF v 12.3.2020 (ohne GZ).

28 Schreiben des BMBWF an die Bildungsdirektionen v 6.4.2020 (GZ 2020-0.221.783).

29 Siehe zb die Bestimmungen des § 43 (1) SchUG über die Pflichten der Schüler\*innen, zum Unterricht zu erscheinen, oder die Bestimmung des § 45 SchUG über das Verbot des Fernbleibens, die vom Unterricht in der Schule ausgehen.

30 3. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/23.

31 Bundesgesetz vom 25. Juli 1962 über die Schulorganisation BGBl 1962/242 idF BGBl I 2020/133.

32 § 131 Abs 41 SchOG bzw Art 16 Z 3. COVID-19-Gesetz.

33 § 2 C-SchVO (die erste).

34 Verordnung des Bundesministers für Bildung, Wissenschaft und Forschung zur Bewältigung der COVID-19 Folgen im Schulwesen für das Schuljahr 2020/21 (C-SchVO 2020/21) BGBl II 2020/384.

chen eine Privatisierung der Lernleistung.<sup>35</sup> In vielen Fällen bestand der Fernunterricht aus der Zusammenstellung von Arbeitsblättern, die Schüler\*innen im Eingangsbereich der Schule abholen und nach Erledigung wieder abgegeben konnten. An vielen Schulen wurden zusätzlich hastig Online-Angebote geschaffen, um den Unterricht digital weiterführen zu können. Spätestens hier rächten sich die über die letzten zwei Jahrzehnte verpassten Gelegenheiten, den papiergebundenen Unterricht durch digitales Unterrichten zu begleiten und aufzuwerten. Vielen Schüler\*innen wie auch Lehrkräften und Eltern fehlten die Kompetenzen, um digitales Lernen zu ermöglichen. Diese Kompetenzen umfassen dabei ganz banale Tätigkeiten (aus akademischer Sicht) wie das Anlegen einer E-Mail-Adresse, die Anmeldung auf und die Nutzung von Online-Plattformen.<sup>36</sup> Neben den Schwierigkeiten auf Anwendungsebene waren es aber vor allem die fehlenden Computer, Laptops oder Tablets, die für den Fernunterricht unerlässlich sind und vor allem in vielen sogenannten bildungsfernen Haushalten fehlten. Wie viele Geräte von Bildungsministerium (für Höhere Schulen) und den Bundesländern (für die Volks- und Pflichtschulen) bereitgestellt wurden,<sup>37</sup> ist wegen der unterschiedlichen Kompetenz nicht einfach nachvollziehbar. Beim zweiten Mal Fernunterricht waren es jedenfalls deutlich mehr Geräte, die deutlich früher eintrafen.

In vielen Fällen waren die Geräte aber gar nicht der entscheidende Faktor für den Lernerfolg. In vielen Haushalten scheiterte der Fernunterricht an Voraussetzungen wie einer stabilen Internetverbindung, einem eigenen, ruhigen Lern- oder Arbeitsplatz für die Schüler\*innen oder an der Freiheit, nicht die Betreuung von Geschwistern übernehmen zu müssen, weil zeitgleich auch die Kindergärten ihren Betrieb eingeschränkt hatten.

Der Fernunterricht nahm den Schüler\*innen auch das gewohnte Umfeld und den wichtigen persönlichen Austausch mit Gleichaltrigen. Aus Sicht der Lehrkräfte trat noch ein anderer sozialer Aspekt des Lernens hinzu: Unterrichten braucht Gespür für das Gegenüber, große Anstrengungen, um sich in die Motivationslage und Gefühlswelt von Kindern und Jugendlichen einzufühlen, eine feine Sensorik für die Wahrnehmung von Zwischentönen, um die Beweggründe für bestimmtes Verhalten, wie Mitarbeit und Arbeits-eifer, zu ergründen. Es liegt auf der Hand, dass viel von dieser emotionalen Arbeit nicht über Videokonferenzen, Sprachnachrichten oder geschriebene Nachrichten transportiert werden kann, sondern den persönlichen Austausch voraussetzt. Um diesen sozialen Aspekt teilweise kompensieren zu können, brauchte es großen Einfallsreichtum von Lehrkräften, um zB Aufgabenstellungen so zu gestalten, dass sie den Schüler\*innen in der emotionalen Ausnahmesituation einen seelischen und akademischen Nutzen brachten, anstatt einfach nur Rechtschreibübungen zu verschicken. War es schon schwer genug, diesen Nut-

---

35 Steiner/Köpping/Leitner/Pessl, Blog des Institut für Höhere Studien, COVID-19 LehrerInnenbefragung – Zwischenergebnisse, [www.ihs.ac.at/de/publications-hub/blog/beitraege/lehrerinnenbefragung-zwischenergebnisse/](http://www.ihs.ac.at/de/publications-hub/blog/beitraege/lehrerinnenbefragung-zwischenergebnisse/) (24.12.2020).

36 Beispiele für solche Plattformen sind Google Classroom, Microsoft Teams oder Eduvidual.

37 Nimmervoll, Bund stellt 12.000 Schülern digitale Leihgeräte zur Verfügung, [derstandard.at/2000116694243](http://derstandard.at/2000116694243) (10.11.2020).

zen bei regelmäßig stattfindendem Fernunterricht zu erzielen, wurde es unmöglich, wenn Schüler\*innen gar nicht mehr erreicht werden konnten.<sup>38</sup>

Besonders hart traf es jene, die auch während des regulären Unterrichts schon Schwierigkeiten hatten, mitzukommen: Kinder, die auf ihre Geschwister aufpassen müssen, die in beengten Wohnverhältnissen leben, die nicht die richtige Ausrüstung zuhause haben. Im Umkehrschluss lässt sich mit den Worten von *Erkurt* sagen: „Es hat genau dort funktioniert, wo Schule generell klappt: bei den bürgerlichen Familien.“<sup>39</sup>

#### 4.3. Verweigerung von Betreuung an Schulstandorten

Für genau diese Fälle, in denen die Familie die Reprivatisierung der Bildung nicht stemmen kann, sollte die Institution Schule ein Auffangnetz bilden, auch während einer Pandemie und während des Fernunterrichts. In der medialen Darstellung ging unter, dass die Schulen während der Zeit des Fernunterrichts nie geschlossen waren und durchgehend Betreuung an den Standorten angeboten wurde. Von Anfang an galt das ausdrücklich für Kinder, deren Eltern keine Betreuung organisieren konnten, deren Eltern in „systemkritischen Berufen“ arbeiteten oder deren Eltern Alleinerzieher\*innen waren.<sup>40</sup> De facto scheint bereits diese, für die explizit genannten Gruppen vorgesehene Betreuung an einigen Standorten allerdings nicht angeboten worden zu sein. So berichtete die Arbeiterkammer über Beschwerden von Eltern, die Schulen hätten die Betreuung der Kinder verweigert.<sup>41</sup>

Es stellt sich jedoch im Umkehrschluss die Frage, welche Möglichkeiten all jene hatten, die zwar zuhause Betreuung im Sinne von Aufsicht hatten, aber deren Lernfortschritt daheim nicht gewährleistet werden konnte. Seitens Bildungsminister *Fassmann* wurde bereits am 21.3.2020 betont, dass auch all jene, „wo es zuhause eng wird“, die Betreuung in der Schule in Anspruch nehmen könnten.<sup>42</sup> Offensichtlich wurde das den Schulen nicht klar genug mitgeteilt. Am 6.4.2020 wurde daher in einem Schreiben des BMBWF an alle Bildungsdirektionen klargestellt, dass Eltern das Betreuungsangebot an den Schulen in Anspruch nehmen könnten, bevor es zur „Überlastung“ zuhause kommen würde. Und zwar könne dies „unabhängig vom beruflichen Hintergrund der Eltern“ geschehen.<sup>43</sup> Relevant war das va für jene Schüler\*innen, deren Eltern im Zuge der Krise arbeitslos wurden oder ihre Kinder nicht beim Fernunterricht unterstützen konnten. Wenig überraschend fanden und finden sich diese Schüler\*innen hauptsächlich an besonders benachteiligten Schulstandorten.

38 *Riss*, Umfrage: 20 Prozent der Schüler für Lehrkräfte nicht erreichbar, *derstandard.at* 27.3.2020, [www.derstandard.at/story/2000116236460](http://www.derstandard.at/story/2000116236460) (10.11.2020).

39 *Erkurt*, Generation Haram 178.

40 Erlass des BMBWF v 12.3.2020 (ohne GZ); Elternbrief von Bildungsminister *Fassmann* v 12.3.2020 (ohne GZ).

41 *NN*, AK: Teil der Schulen und Kindergärten verweigert Betreuung, *orf.at* 16.4.2020, [www.orf.at/stories/3162116/](http://www.orf.at/stories/3162116/) (10.11.2020).

42 *NN*, Schulen bieten auch in den Osterferien Betreuung an, *Kleine Zeitung* 21.3.2020, [www.kleinezeitung.at/international/corona/5788588](http://www.kleinezeitung.at/international/corona/5788588) (22.12.2020).

43 Schreiben des BMBWF an die Bildungsdirektionen v 6.4.2020 (GZ 2020-0.221.783).

Im Gegensatz zum ersten Lockdown und der ersten Phase des Fernunterrichts wurde für den am 17.11.2020 beginnenden zweiten Lockdown von Anfang an klargestellt, dass die Schulen den Schüler\*innen die notwendige Unterstützung zukommen lassen müssen: Schüler\*innen ohne geeigneten Arbeitsplatz, ohne Zugang zu IT-Endgeräten, ohne Betreuung zuhause, mit Bedarf nach pädagogischer Unterstützung oder in psychosozialen Problemlagen seien in der Schule zu beaufsichtigen und beim Lernen zu unterstützen.<sup>44</sup> Die rechtliche Grundlage dafür bietet § 38 C-SchVO 2020/21 (die zweite), der eine Ausnahme vom automatischen Fernunterricht bei Ampelphase „Rot“ (§ 34 C-SchVO, die zweite) bildet und Beaufsichtigung und Lerngruppen in der Schule während des Fernunterrichts ermöglicht. Zur Zeit der Bearbeitung dieses Beitrags wurden für das dritte Mal Fernunterricht von 7.1.2021 bis 18.1.2021 ähnliche Regeln erlassen, die sich auf die gleichen Rechtsnormen stützen.<sup>45</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen: War das Schulsystem schon im Präsenzunterricht von Chancenungleichheit geprägt, so verstärkte der Fernunterricht während der Pandemie dies noch mehr. Zu einer weiteren, allerdings nur punktuellen Verschärfung kam es durch die Weigerung einiger Schulen, überhaupt Betreuung anzubieten. Die Schulen waren mit Ausnahme der nach § 18 EpiG geschlossenen Einrichtungen offen, wie klar aus den Informationen des Bildungsministeriums hervorging, und hätten den Schüler\*innen unabhängig vom beruflichen Hintergrund der Eltern spätestens mit dem klarstellenden Rundschreiben vom 6.4.2020 zur Verfügung stehen müssen.

Die Politik zog aus den Erfahrungen des ersten Lockdowns immerhin ihre Lehren und weitete die Betreuung in Schulen aus. Die geänderten Regeln zeigten eindeutige Ergebnisse: So waren während des zweiten Mals Fernunterricht etwa 15 % der Schüler\*innen in Betreuung.<sup>46</sup>

## 5. Nach der Krise ist vor der Bildungsgerechtigkeit: Kleine Schritte nach vorne

Die Pandemie zwang die Verantwortlichen in der Bildungspolitik, Neuerungen in Angriff zu nehmen. So wurden erstmals im August 2020 Sommerschulen für jene Schüler\*innen angeboten, die während des Fernunterrichts besonders wenig sprachliche Förderung erfuhren.<sup>47</sup> Klarerweise konnte dieses kurzfristige, improvisierte Angebot bei Weitem nicht die Ungleichheiten abfedern. Aber es scheint alles in allem eine positive Erfahrung für Schüler\*innen gewesen zu sein<sup>48</sup> und lässt hoffen, dass sich durch den Fo-

---

44 Beilage zum Erlass des BMBWF v 14.11.2020 (GZ 2020-0.748.656).

45 Beilage zum Erlass des BMBWF v 18.12.2020 (GZ 2020-0.834.140).

46 N.N., Unterricht im Lockdown: Zirka 15 Prozent der Kinder kommen in die Schule, Die Presse 17.11.2020, [www.diepresse.com/5898957](http://www.diepresse.com/5898957) (24.12.2020).

47 BMBWF, Sommerschule 2020 – Informationsbroschüre für Schulleitungen bzw. mit der Durchführung betraute Lehrpersonen und Unterrichtende an der Sommerschule (2020) 5.

48 NN, Eine Woche Sommerschule im Schnelldurchlauf – Tagebuch einer Lehrkraft, [www.schulgschichtn.com/eine-woche-sommerschule-im-schnelldurchlauf-tagebuch-einer-lehrkraft/](http://www.schulgschichtn.com/eine-woche-sommerschule-im-schnelldurchlauf-tagebuch-einer-lehrkraft/) (10.11.2020).

kus auf positive Lernerfahrungen auch die Wahrnehmung der Schule durch die Schüler\*innen zum Guten ändern könnte.

Eine weitere Reaktion auf die Pandemie ist der im Juni 2020 vorgestellte 8-Punkte-Plan der Bundesregierung. Er soll zu einer Vereinheitlichung von Lernplattformen, einem Ausbau der digitalen Lehrmaterialien sowie zur Bereitstellung von Basis-IT-Infrastruktur an den Schulen und von kostengünstigen Endgeräten für alle Schüler\*innen führen.<sup>49</sup> Es bleibt abzuwarten, wie viele jener Schulen, deren Schüler\*innen diese Geräte und die damit verbundenen Kompetenzen am meisten nötig hätten, sich ernsthaft auf diesen Schritt einlassen.

## 6. Zusammenfassung und Fazit

Das Schulsystem in Österreich war vor der Corona-Pandemie bereits von starker Chancengleichheit geprägt. Die Krise traf dann jene besonders hart, die auch im regulären Präsenzunterricht den Anschluss bereits verloren hatten. Ob die Probleme beim Fernunterricht und die Verweigerung von Betreuung an Schulen einen Eingriff in das Recht auf Bildung bedeuteten, lässt sich aus derzeitiger Sicht, ohne Kenntnis der mittel- und langfristigen Auswirkungen, aber noch nicht sagen.

Kaum ein Beitrag über Bildungsgerechtigkeit kommt ohne den Hinweis aus, dass es im Schulsystem noch einen großen Reformbedarf gibt. Und so kann das Fazit auch in diesem Beitrag nur lauten, dass das Schulsystem – mit oder ohne Coronakrise – noch einen weiten Weg vor sich hat, um Chancengleichheit für alle Schüler\*innen zur Realität zu machen. Weiterhin ausständig und bei den herrschenden politischen Mehrheitsverhältnissen unwahrscheinlich bleiben neben einer kurzfristigen Hilfe für die am meisten benachteiligten Standorte<sup>50</sup> die wirklich großen Würfe, wie die Einführung einer gemeinsamen Schule der 10- bis 14-Jährigen,<sup>51</sup> einer Ganztagschule,<sup>52</sup> einer Reform der Lehrer\*innen-Ausbildung, die grundlegende Überarbeitung der Lehrpläne mit Ausrichtung auf Kompetenzen des digitalen Zeitalters und vieles mehr. Es bleibt zu hoffen, dass es nicht noch größere Verwerfungen braucht, um diese Veränderung herbeizuführen.

Mag. Thomas Schobesberger ist Jurist und arbeitet als *Teach for Austria*-Fellow an einer Mittelschule in Niederösterreich; thomasschobesberger@gmail.com

49 BMBWF, 8-Punkte-Plan für die Digitalisierung der österreichischen Schulen, [www.digitaleschule.gv.at/#8punkteplan](http://www.digitaleschule.gv.at/#8punkteplan) (10.11.2020); siehe auch <https://digitaleslernen.oead.at/> (24.12.2020).

50 *Arbeiterkammer Wien*, AK fordert 500 Pilotschulen, die nach Chancenindex finanziert sind, OTS 2.9.2020, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20200902\\_OTS0070/ak-fordert-500-pilotschulen-die-nach-chancenindex-finanziert-sind](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200902_OTS0070/ak-fordert-500-pilotschulen-die-nach-chancenindex-finanziert-sind) (10.11.2020).

51 Ein benachteiligender Aspekt der (nicht nur baulichen) Trennung von Gymnasien und Mittelschulen ist der Umstand, dass Schüler\*innen in Mittelschulen weniger Möglichkeiten haben, mit *role models* im Bildungsbereich zu interagieren. Auch ganz banale Hilfestellungen wie Nachhilfe durch ältere Mitschüler\*innen fehlen so.

52 *Erkurt*, Generation Haram 185.

# Rereading Crenshaw

## Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive

Ines Rössl

---

### 1. Einleitung

„Intersektionalität“ verweist – so könnte man eine vorläufige Annäherung an den Begriff versuchen – darauf, dass sich Identitäten, individuelle Handlungsmöglichkeiten und gesellschaftliche Strukturen nie entlang nur einer einzigen Kategorie sozialer Ungleichheit (wie zB Geschlecht, Rassifizierung, Klasse) erfassen lassen, sondern dass diese Kategorien zusammenwirken.<sup>1</sup> Der Gedanke, dass Herrschaftsverhältnisse miteinander verwoben sind, hat eine lange und vielstimmige Geschichte.<sup>2</sup> „Intersektionalität“ als Begriff wurde schließlich Ende der 1980er Jahre von der US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerin *Kimberlé Williams Crenshaw* geprägt, die sich dabei explizit auf die Tradition des feministisch-antirassistischen Denkens aus der Perspektive von *Women of Color* stützte.<sup>3</sup> Mittlerweile ist die einschlägige Literatur kaum überblickbar und in unterschiedlichen Disziplinen verortet. Intersektionalität ist sowohl in politisch-aktivistischen Kontexten als auch im akademischen Feld zu einem „buzz word“<sup>4</sup> mit Zugkraft geworden,<sup>5</sup> wobei Begriffsverständnisse und methodologische Operationalisierungen jeweils sehr unterschiedlich ausfallen.

In den Rechtswissenschaften wird das Intersektionalitätskonzept vor allem im Antidiskriminierungsrecht und anderen Rechtsmaterien mit gleichheitsrechtlicher Dimension (etwa in Bezug auf den UN-Menschenrechtsschutz) rezipiert, um auf Schutzlücken und Unterkomplexitäten hinzuweisen.<sup>6</sup> Viel seltener wird es auf andere Rechtsmaterien an-

---

1 Vgl *Carastathis*, Intersectionality: Origins, Contestations, Horizons (2016); *Hancock*, Intersectionality: an intellectual history (2016); *Collins/Bilge*, Intersectionality (2016); *May*, Pursuing intersectionality, unsettling dominant imaginaries (2015); *Meyer*, Theorien der Intersektionalität zur Einführung (2017); *Bohrer*, Marxism and Intersectionality. Race, Gender, Class and Sexuality under Contemporary Capitalism (2019).

2 Vgl zB *Davis*, A. Y., Women, race & class (1983); *books*, Ain't I a Woman<sup>2</sup> (1992); *Moraga/Anzaldúa*, This Bridge Called my Back: Writings by Radical Women of Color<sup>4</sup> (2015 [1981]); *Combabebe River Collective*, A Black Feminist Statement (1977) in *Moraga/Anzaldúa* (Hrsg), This Bridge Called My Back<sup>4</sup> (2015) 210.

3 Vgl *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum 1989, 139 (139).

4 *Davis*, K., Intersectionality as buzzword: A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful, Feminist Theory 2008, 67.

5 Vgl krit ua *Bilge*, Intersectionality Undone: Saving Intersectionality from Feminist Intersectionality Studies, Du Bois Review 2013, 405.

6 Vgl zB *Atrey*, Intersectional discrimination (2019); *Philipp et al* (Hrsg), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung: soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014); *Schiek/Lawson* (Hrsg), European Union non-discrimination

gewandt.<sup>7</sup> Die Frage, wie eine rechtswissenschaftliche intersektionale Methodologie aussehen könnte, wird dabei nur in Ansätzen thematisiert.<sup>8</sup> Um sich ihr anzunähern, liegt es nahe, bei *Crenshaw* nachzulesen.

So gut wie jeder Aufsatz zu Intersektionalität enthält eine Referenz auf *Crenshaw*, weshalb es auf den ersten Blick wie ein „alter Hut“ erscheinen mag, sich ausgerechnet mit ihrem Werk zu beschäftigen. Trotzdem oder gerade deshalb halte ich ein „rereading“ von *Crenshaw* für besonders lohnend, zumal insbesondere ihr Verhältnis zum Recht als solchem tendenziell unterbelichtet bleibt.<sup>9</sup> Für den vorliegenden Beitrag greife ich ihre Unterscheidung von struktureller, politischer und repräsentationaler Intersektionalität heraus, um anhand dieses Aspektes zu überlegen, wie sie Recht konzipiert und welche Orientierungspunkte sich daraus für eine intersektionale Rechtskritik ergeben können. Zunächst nimmt der Beitrag eine Begriffsklärung vor (2), danach macht er kursorisch mit *Crenshaw* vertraut (3, 4), es folgt eine Auseinandersetzung mit den drei Arten von Intersektionalität (5) und schließlich geht es darum, wie diese für Analysen des Rechts fruchtbar gemacht werden könnten (6).

## 2. Begriffsklärung

Der Begriff „Intersektionalität“, wie er in der Literatur verwendet wird, schillert. Manchmal bezeichnet er ein analytisches Konzept, manchmal einen methodologischen Zugang. Man vergleiche etwa die beiden folgenden Sätze, beide sind einschlägigen Aufsätzen zum Thema entnommen: 1. „*Intersektionalität bezeichnet die Mehrdimensionalität oder Verschränktheit von Diskriminierungen oder Identitäten.*“<sup>10</sup> 2. „*[It] is our view that intersectionality is best framed as an analytic sensibility.*“<sup>11</sup> Im ersten Satz beschreibt Intersektionalität die sozialen Verhältnisse, im zweiten beschreibt der Begriff eine bestimmte Analyseperspektive auf diese Verhältnisse. Intersektionalität kann also „sowohl die Sache wie den Blick auf die Sache bezeichnen“.<sup>12</sup>

---

law and intersectionality: investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination (2011); *Holzleithner*, Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination, *Transnational Law & Contemporary Problems* (2005) 928; *Chow*, Has Intersectionality Reached its Limits? Intersectionality in the UN Human Rights Treaty Body Practice and the Issue of Ambivalence, *Human Rights Law Review* 2016, 453.

7 Vgl zB *Markard*, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, *Kritische Justiz* 2009, 353; *Sußner*, Invisible intersections, queer interventions: same sex family reunification under the rule of asylum law, in *Spijkerboer* (Hrsg), *Fleeing Homophobia. Sexual orientation, gender identity and asylum* (2013) 176.

8 So das Anliegen meiner in Arbeit befindlichen Dissertation, Exposé online unter [https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/s\\_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium\\_PhD/Expose1/Rechtsphilosophie/Intersektionale\\_Rechtskritik.pdf](https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/Expose1/Rechtsphilosophie/Intersektionale_Rechtskritik.pdf) (29.3.2021).

9 Vgl aber *Chebout*, Back to the roots! Intersectionality und die Arbeiten von Kimberlé Crenshaw, [www.portal-intersektionalitaet.de](http://www.portal-intersektionalitaet.de), 2012.

10 *Markard*, *Kritische Justiz* 2009 (353).

11 *Choi/Crenshaw/McCall*, Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2013, 785 (795).

12 *Meyer*, *Theorien* 18.

Dass es verschiedene Bedeutungen von „Intersektionalität“ gibt und die Ebenen immer wieder verschwimmen, ist insofern nicht verwunderlich, als sie tatsächlich eng zusammenhängen: „Intersektionalität“ als Forschungsperspektive entwickelte sich aus der Beschäftigung mit „Intersektionalität“ als sozialem Phänomen. Trotzdem wäre es mE sinnvoll, die beiden Begriffsbedeutungen besser unterscheidbar zu machen. Denn wie *Catherine MacKinnon* festhält: „Method concerns the way one thinks, not what one thinks about, although they can be related.“<sup>13</sup> Im Folgenden soll daher der Begriff „Intersektionalität“ für das Phänomen intersektionaler sozialer Verhältnisse reserviert sein, sowie für das theoretische Konzept der Intersektionalität, mithin die abstrahierte Vorstellung einer Verwobenheit von Herrschaftsverhältnissen, die als Analyseinstrument, als „Brille“ für die soziale Wirklichkeit, dienen kann. In beiden Fällen bezeichnet „Intersektionalität“ einen (konkreten oder abstrahierten) Aspekt der Wirklichkeit. Demgegenüber vermeide ich es, „Intersektionalität“ als Bezeichnung einer Methodologie oder eines Forschungsansatzes zu verwenden. Dafür werden stattdessen Begriffe wie „intersektionaler Forschungsansatz“ oder „intersektionale Methodologie“ verwendet.

### 3. *Crenshaw* als Referenzpunkt

Trotz der vielfältigen Genealogien intersektionalen Denkens war es vor allem *Crenshaws* theoretische Intervention und Begriffsbildung, die weite Verbreitung fand und oft als Ausgangspunkt der Theorie behandelt wird. Dies liegt ua daran, dass es durch ihre Begriffsbildung möglich wurde, „verschiedene theoretische Ansätze unter einem konzeptionellen Label zu verdichten“, was „die akademische und institutionelle Verankerung des Konzepts und seine Reise in neue Kontexte“ begünstigte.<sup>14</sup> Dass *Crenshaw* in so gut wie keinem Text zu Intersektionalität fehlt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihr Werk oftmals nur sehr selektiv rezipiert wird. Auch die weit verbreitete Rede davon, dass *Crenshaw* das Intersektionalitätskonzept „geprägt“ („coined“) habe, kann insofern irreführend sein, als man meinen könnte, *Crenshaw* habe lediglich eine passende Bezeichnung für etwas gefunden, das ohnehin bereits vorhanden war. Dies ignoriert die Eigenständigkeit ihres Werks und verschleift die Unterschiede zwischen Denkansätzen unterschiedlicher Autor\*innen, die sich zwar in gemeinsamen Theorietraditionen verorten, aber doch verschiedene Akzente setzen.<sup>15</sup> *Crenshaw*, das darf nicht vernachlässigt werden, interveniert mit ihrem Werk in spezifisch rechtswissenschaftliche Diskurse: Mitte der 1980er bewegte sie sich im Umfeld der *Critical Legal Studies* („CLS was the place to be for progressive, left wing, and other non-conformist law-folks“<sup>16</sup>), musste jedoch feststellen, dass das Problem rassifizierter

---

13 *MacKinnon*, Intersectionality as Method: A Note, Signs: Journal of Women in Culture and Society 2013, 1019 (1019).

14 *Meyer*, Theorien 26.

15 Vgl *Carastathis*, Intersectionality 24f; *Collins/Bilge*, Intersectionality 81–84.

16 *Crenshaw*, Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward, Connecticut Law Review 2011, 1253 (1288).

Herrschaft dort eine Leerstelle war.<sup>17</sup> Aus den theoretischen Debatten innerhalb der CLS, den Einflüssen feministischer Rechtswissenschaft<sup>18</sup> sowie aus studentisch-aktivistischen Erfahrungen entstand schließlich die *Critical Race Theory*,<sup>19</sup> zu deren zentralen Vertreter\*innen Crenshaw zählt.<sup>20</sup> Für Crenshaws intersektionalen Ansatz ist dies nicht nur deshalb bedeutsam, weil sie sich schwerpunktmäßig mit der Situation Schwarzer Frauen in den USA beschäftigt, sondern auch für ihr Verhältnis zum Recht. So wendet sie sich etwa gegen die dekonstruktivistische Methode der CLS (das sogenannte „trashing“), da diese nichts an den kritisierten Herrschaftsverhältnissen ändere.<sup>21</sup>

Bekannt ist Crenshaw vor allem für zwei Texte: „*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*“ (1989) und „*Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*“ (1991).<sup>22</sup>

#### 4. Crenshaw und das Antidiskriminierungsrecht

In „Demarginalizing...“ analysierte Crenshaw Beispiele aus der US-amerikanischen Antidiskriminierungsjudikatur, die aufzeigten, mit welchen Begründungen Schwarzen Frauen rechtlicher Schutz vor Diskriminierung verwehrt wurde.<sup>23</sup> Berühmt wurde vor allem Crenshaws Besprechung von *DeGraffenreid v General Motors*.<sup>24</sup> In dem Fall ging es – sehr verkürzt gesprochen – um die Nachwirkungen einer diskriminierenden Einstellungspolitik, die spezifisch Schwarze Frauen traf, hingegen weder Weiße Frauen noch Schwarze Männer. Das Gericht vertrat den Standpunkt, dass nur rassistische Diskriminierung und/oder Geschlechterdiskriminierung vorgebracht werden könnte, aber keine kombinierte Form. Die Klägerinnen drangen daher mit ihrem Diskriminierungsvorbringen nicht durch. *DeGraffenreid* gilt als Paradebeispiel für „intersektionale Diskriminierung“ und dafür, wie schubladisierendes antidiskriminierungsrechtliches Denken ausgerechnet jene nicht schützt, die entlang mehrerer Ungleichheitsachsen<sup>25</sup> (im Beispiel: Geschlecht und Rassifizierung) diskriminiert werden.

17 Vgl. Crenshaw, Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, Harvard Law Review 1988, 1331.

18 Vgl. Crenshaw, Connecticut Law Review 2011, 1290, FN 120.

19 Siehe dazu Crenshaw, Connecticut Law Review 2011, 1253.

20 Vgl. Crenshaw et al (Hrsg.), Critical race theory: the key writings that formed the movement (1995).

21 Vgl. Crenshaw, Harvard Law Review 1988, 1366–1369, 1381–1386.

22 Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 139; Crenshaw, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, Stanford Law Review 1991, 1241.

23 Vgl. zum Folgenden Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989.

24 United States District Court, E.D. Missouri, 4.5.1976, 413 F. Supp. 142 (1976); United States Court of Appeals, 8th Circuit, *Emma DeGraffenreid et al v General Motors Assembly Division*, St. Louis, et al, 15.7.1977, No 76-1599.

25 Vgl. Klinger/Knapp, Achsen der Ungleichheit – Achsen der Differenz: Verhältnisbestimmungen von Klasse, Geschlecht, „Rasse“/Ethnizität, in Klinger/Knapp/Sauer (Hrsg.), Achsen der Ungleichheit. Zum Verhältnis von Klasse, Geschlecht und Ethnizität (2007) 19.

2016, also fast 30 Jahre nach *Crenshaws* Text, hatte auch der EuGH erstmals im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens über eine explizit als solche an ihn herangetragene intersektionale Diskriminierung zu entscheiden: In *Parris* ging es darum, dass ein älteres gleichgeschlechtliches Paar keinen Zugang zu einer betrieblichen Hinterbliebenenrente hatte. Der EuGH verneinte sowohl eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung als auch aufgrund des Alters. Und schließlich verneinte er auch die Möglichkeit einer Kombination: Er hielt zwar fest, dass eine Diskriminierung auf mehreren Gründen beruhen kann. Allerdings nicht dann, „wenn eine Diskriminierung wegen dieser Gründe, einzeln betrachtet, nicht nachgewiesen ist.“ Eine Bestimmung, „die weder eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung noch eine Diskriminierung wegen des Alters begründet, [könne] keine Diskriminierung aufgrund einer Kombination dieser beiden Faktoren schaffen.“<sup>26</sup> Damit wiederholt der EuGH eben jenes Manöver, das *Crenshaw* in Bezug auf *DeGraffenreid* kritisiert hatte.<sup>27</sup>

*Crenshaw* betont, dass es nicht nur um Fallkonstellationen wie in *DeGraffenreid* geht, die mittlerweile landläufig als „intersektionale Diskriminierung“ bezeichnet werden und in denen das Ineinandergreifen mehrerer Kategorien zu einer spezifischen Diskriminierungssituation führt.<sup>28</sup> Ihr kritisches Anliegen ist umfassender. Es geht *Crenshaw* generell um „the problem of sameness and difference and its relation to power“.<sup>29</sup> So bringt sie auch Judikaturbeispiele, in denen Schwarzen Frauen verwehrt wurde, ihre Diskriminierung mithilfe von Statistiken nachzuweisen, die alle Frauen eines Unternehmens erfassen. Die Gerichte „would not entertain the notion that discrimination experienced by Black women is indeed sex discrimination“.<sup>30</sup> Manchmal werden also die Diskriminierungserfahrungen Schwarzer Frauen nicht in ihrer Partikularität anerkannt (siehe *DeGraffenreid*) und manchmal nicht in ihrer Allgemeinheit: „Black women were harmed not only when they were forced into sameness, but also when their difference was interpreted as reflecting an experience so different from Black men and white women that they were rendered categorically distinct from them.“<sup>31</sup>

*Crenshaws* Rechtsdenken hat nicht nur eine antidiskriminierungsrechtliche Stoßrichtung, sondern sie benutzt das Konzept der Intersektionalität „to describe or frame various re-

26 EuGH 24.11.2016, C-443/15, *Parris/Trinity College Dublin ua* Rz 80f.

27 Vgl. *Schiek*, Intersektionelle Diskriminierung vor dem Europäischen Gerichtshof – Ein erster verfehelter Versuch? Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24.11.2016 – Rechtssache *Parris*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2017, 407.

28 Neben intersektionaler Diskriminierung im engeren Sinn werden auch noch andere Varianten mehrdimensionaler Diskriminierung (so häufig der Oberbegriff) wie etwa „additive Diskriminierung“ unterschieden. Auch *Crenshaw* betont, dass Schwarze Frauen nicht nur von einer Diskriminierung „als Schwarze Frauen“ betroffen sein können, sondern auch von kulminierten Effekten rassistischer und sexistischer Diskriminierung (vgl. *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989, 149). In der diskriminierungsrechtlichen Literatur werden uneinheitliche Begrifflichkeiten verwendet. Für einen viel rezipierten Systematisierungsvorschlag unterschiedlicher Varianten siehe *Makkonen*, Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore (2002).

29 *Cho/Crenshaw/McCall*, Signs: Journal of Women in Culture and Society 2013, 795.

30 *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989, 148.

31 *Crenshaw*, Close Encounters of Three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality, Tulsa Law Review 2010, 151 (164).

relationships between race and gender [...] as a way to articulate the interaction of racism and patriarchy generally“.<sup>32</sup> Dementsprechend beschäftigt sie sich keineswegs nur mit dem Antidiskriminierungsrecht.

## 5. Crenshaw und die drei Dimensionen von Intersektionalität

*Crenshaw* beschäftigt sich in ihrem Werk bspw mit Gewaltschutz, mit Stereotypisierungen in strafgerichtlichen Vergewaltigungsverfahren, mit der Rolle von Sexismus/Rassismus bei Fragen der Meinungs- bzw Kunstfreiheit, mit sexueller Belästigung oder mit Disziplinierungsmaßnahmen gegen Jugendliche und mit dem US-amerikanischen Gefängnisssystem.<sup>33</sup> Dabei fokussiert sie durchgehend auf die Situation Schwarzer Frauen in den USA, regt jedoch an, auch Fragen von „class, sexual orientation, age, and color“ zu untersuchen.<sup>34</sup>

Wiewohl das Recht der zentrale Angelpunkt ist, spielt der Blick auf außerrechtliche Diskurse, soziale Realitäten sowie auch die historische Kontextualisierung eine entscheidende Rolle für *Crenshaws* stark interdisziplinären Zugang. Wenn sie Gerichtsentscheidungen oder ganze Rechtsmaterien untersucht, so geht es ihr, das lässt sich wohl zusammenfassend sagen, um das Ineinandergreifen von rechtsdogmatischen Konzepten bzw bestimmten Rechtsfolgen mit strukturellen Bedingungen, spezifischen Vulnerabilitäten und diskursiv hergestellten Zuschreibungen.

In ihrem zweiten bekannten Text, „Mapping the Margins...“, aus 1991 vertieft und systematisiert *Crenshaw* die Auseinandersetzung mit dem Intersektionalitätskonzept, indem sie unterschiedliche Dimensionen von Intersektionalität beschreibt, die sie auch in späteren Texten immer wieder aufgreift: Strukturelle Intersektionalität („structural intersectionality“), politische Intersektionalität („political intersectionality“) und repräsentationale Intersektionalität („representational intersectionality“).<sup>35</sup>

Strukturelle Intersektionalität bezeichnet das Zusammenwirken von verschiedenen strukturellen Faktoren, das zu einer spezifischen gesellschaftlichen Positionierung von Personen führt. *Crenshaw* erläutert, wie bspw im Fall migrantischer *Women of Color* Armut, Sorgepflichten, geringe berufliche Qualifikation, rassistische Diskriminierung am Arbeits- und Wohnungsmarkt, Sprachbarrieren und migrationsrechtliche Regelungen eine spezifische Form der Vulnerabilität erzeugen. Wenn diese Frauen dann zusätzlich auch noch von geschlechtsbezogener Gewalt betroffen sind, entsteht eine Situation besonderer Ohnmacht. Denn die Kontextbedingungen führen dazu, dass es für diese Frauen besonders schwierig ist, aus einer Gewaltbeziehung auszusteigen. Auch staatliche Gewaltschutz-

---

32 *Crenshaw*, Stanford Law Review 1991, 1265.

33 Vgl die bereits genannten Texte von *Crenshaw* sowie zu weiteren Nachweisen vgl unten, FN 34 und 40.

34 *Crenshaw*, Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew, in *Matsuda et al* (Hrsg), Words That Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment (1993) 111 (114).

35 Zum Folgenden vgl *Crenshaw*, Stanford Law Review 1991.

und Empowerment-Maßnahmen können nur dann wirksam sein, wenn sie diese spezifischen Kontextbedingungen berücksichtigen. Strukturelle Intersektionalität beschreibt also die Mehrdimensionalität sozialer Positionierung und deren Konsequenzen für individuelle Handlungsmöglichkeiten.

Intersektionalität bezeichnet aber bei *Crenshaw* nicht nur die Mehrdimensionalität sozialer Positionierung, sondern auch die politische Unsichtbarkeit eben dieser Positionierung – ein „Zwischen-den-Stühlen-Landen“ in Bezug auf Diskurse und staatliche Maßnahmen. IdZ spricht *Crenshaw* von „politischer Intersektionalität“. Diese bezeichnet den Umstand, dass emanzipatorische Bewegungen (wie Feminismus und Antirassismus) das Zusammenwirken unterschiedlicher Herrschaftsverhältnisse zu wenig berücksichtigen, wodurch Personen, die sich an der „Kreuzung“ mehrerer Emanzipationsdiskurse befinden, unsichtbar bleiben, zB wenn in politischen Auseinandersetzungen antirassistische und feministische Anliegen gegeneinander ausgespielt werden. Auch staatliche Maßnahmen, die den Anspruch haben, gesellschaftliche Hierarchien zu bekämpfen oder zumindest deren Effekte zu lindern, tendieren dazu, intersektionale Realitäten zu ignorieren, weil diese nicht in die gängigen Frameworks zu passen scheinen. Klassisches Beispiel ist das Antidiskriminierungsrecht, dessen Schutzlücken am Beginn von *Crenshaws* Auseinandersetzung mit Intersektionalität standen.

Als dritte Form von Intersektionalität nennt *Crenshaw* repräsentationale Intersektionalität („representational intersectionality“). Diese bezieht sich auf die Darstellung intersektional positionierter Personen im gesellschaftlichen Imaginären. So lässt sich etwa danach fragen, welche stereotypen Zuschreibungen und Bilder, welche medialen und popkulturellen Darstellungsformen mit Schwarzen Frauen verknüpft sind. Repräsentationale Intersektionalität bezeichnet, wie Identitäten und Herrschaftsverhältnisse im kulturellen Raum verhandelt werden und was dies für intersektional marginalisierte Personen bedeutet.

Die verschiedenen Formen von Intersektionalität (strukturelle, politische und repräsentationale) sind nicht als streng voneinander abgrenzbar zu begreifen. Im Gegenteil: Sie bilden einen zusammenhängenden Komplex.<sup>36</sup>

Wie *Crenshaw* in einem späteren Text klarmacht, korrespondieren die unterschiedlichen Formen von Intersektionalität mit unterschiedlichen Dimensionen von Herrschaft: „I believe three aspects of subordination are important: the structural dimensions of domination (structural intersectionality), the politics engendered by a particular system of domination (political intersectionality), and the representations of the dominated (representational intersectionality).“<sup>37</sup>

Ausgehend davon lassen sich gesellschaftliche Problemfelder wie bspw geschlechtsspezifische Gewalt als komplexes Zusammenspiel unterschiedlicher Dimensionen beschreiben: Geschlechtsspezifische Gewalt geschieht (1.) unter spezifischen strukturellen Bedin-

---

<sup>36</sup> *Crenshaw* in *Matsuda et al* 114.

<sup>37</sup> *Crenshaw* in *Matsuda et al* 114.

gungen materieller, rechtlicher und sozialer Natur, sie zieht (2.) Maßnahmen und politische Forderungen nach sich, und (3.) im gesellschaftlichen Imaginären existieren bestimmte Narrative über die Täter und Opfer. Das Problem „vergeschlechtlichte Gewalt“ umfasst also nicht nur die tatsächliche Gewalterfahrung, sondern auch die politischen, rechtlichen und kulturellen (Fehl-)Repräsentationen dieser Erfahrungen<sup>38</sup> sowie die strukturellen Bedingungen, unter denen die Gewalt stattfindet.

## 6. Schlussfolgerungen für Crenshaws Rechtsdenken

In Crenshaws interdisziplinären Analysen trifft Recht auf sozio-ökonomische Strukturen bzw operiert in deren Rahmen und ist auf engste Weise mit ihnen verbunden, gestaltet diese mit. Es hat damit Anteil an der Herstellung und Verfestigung intersektionaler „sozialer Rangbeziehungen“<sup>39</sup>. Hierfür spielt auch die diskursive, Bedeutungen produzierende und verarbeitende Dimension des Rechts eine entscheidende Rolle. Immer wieder untersucht Crenshaw gesellschaftliche Narrative und deren Auswirkungen im Rechtsdiskurs.<sup>40</sup> Diese Narrative beeinflussen, wie Vorbringen in einem Verfahren oder soziale Probleme, die Gegenstand eines Normgebungsprozesses sind, verstanden werden, in welchen „Frame“ sie eingepasst werden. So beschäftigt sich Crenshaw etwa damit, wie sich rassistisch-sexistische Stereotype auf Diskurse über sexualisierte Gewalt gegen Schwarze Frauen und auf die strafgerichtliche Verfolgung dieser Delikte auswirken. Denn diese Stereotype, deren Wurzeln historisch bis in die Sklaverei zurückreichen, prägen nicht nur die Gewalterfahrungen, die Schwarze Frauen machen, sie haben auch Einfluss darauf, ob ihnen geglaubt wird und ob ihre Erzählungen ernst genommen werden.<sup>41</sup> Abgesehen davon, dass das Recht gesellschaftliche Narrative aufgreift und benutzt, ist es selbst an deren Legitimierung und Festigung beteiligt: „[...] it is within the law that cultural attitudes are legitimized through organized state power.“<sup>42</sup>

Und so findet man sich in einer Art Teufelskreis wieder, in dem sozio-ökonomische Positionierungen und (normative) Diskurse ineinander verflochten sind und einander bedingen und der durch das Recht immer wieder befeuert wird. „Legal discourse“, sagt Crenshaw, „is both ideological and material“<sup>43</sup>.

---

38 Vgl Crenshaw in Matsuda et al 120.

39 Mangold, Mehrdimensionale Diskriminierung – Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, Rechtsphilosophie – Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts 2016, 152 (162).

40 Vgl zB Crenshaw, Whose Story Is It, Anyway? Feminist and Antiracist Appropriations of Anita Hill, in Morrison (Hrsg), Race-ing justice, en-gendering power: essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the construction of social reality (1992) 402; Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989; Crenshaw in Matsuda et al; Crenshaw, From Private Violence to Mass Incarceration: Thinking Intersectionally About Women, Race, and Social Control, UCLA Law Review 2012, 1418; Crenshaw, Black Girls Matter: Pushed Out, Overpoliced and Underprotected (verfasst mit Priscilla Ocen und Jyoti Nanda), 2015.

41 Vgl Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 1265–1282; Crenshaw in Morrison.

42 Crenshaw in Matsuda et al 111.

43 Crenshaw/Bello/Macini, Talking about intersectionality. Interview with Kimberlé W. Crenshaw, Sociologia del diritto 2016, 11 (15).

Gemeinsam mit Kolleg\*innen beschäftigte sich *Crenshaw* in den letzten Jahren mit den überproportional hohen Inhaftierungszahlen Schwarzer Frauen und Mädchen in den USA. Beim Aufspüren möglicher Ursachen richtet sie ihren Blick wiederholt auf das Zusammenspiel von privaten und staatlichen Akteur\*innen bzw von verschiedenen Regelungsbereichen – ein Zusammenspiel, das sie immer wieder als „interface“ (Schnittstelle, Verbindung) bezeichnet.<sup>44</sup> So lassen sich etwa Zusammenhänge zwischen einem diskriminierenden, segregierten Wohnungsmarkt und der Inhaftierungsgefährdung Schwarzer Frauen identifizieren oder aufzeigen, wie wohlfahrtsstaatliche Maßnahmen und strafpolizeiliche Eingriffe im Tandem operieren.<sup>45</sup> *Crenshaws* intersektionales Rechtsdenken fokussiert also nicht nur auf die vielfältigen Verflechtungen von Kategorien wie Rassifizierung und Geschlecht, sondern auch auf das Ineinandergreifen von verschiedenen Rechtsgebieten und institutionellen Logiken, die selten in Zusammenschau betrachtet werden.

Eine weitere Pointe von *Crenshaws* Analysen ist die Beobachtung, dass politische Akteur\*innen und auch das Recht mit eindimensionalen Kategorien operieren, die auf eine mehrdimensionale Realität treffen. Dieses Aufeinandertreffen erzeugt besondere Unterdrückungsmomente bzw die Perpetuierung sozialer Marginalisierung. Es wurden oben bereits Beispiele dafür genannt: Das Antidiskriminierungsrecht, das mit bestimmten Diskriminierungsgründen operiert, tut sich schwer, intersektionale Diskriminierungserfahrungen zu erfassen. Oder: Gewaltschutzmaßnahmen fokussieren auf ein homogen gedachtes Subjekt „Frau“ und ignorieren die je nach sozialer Position unterschiedlichen Kontextbedingungen. *Crenshaw* bezeichnet denn auch das Zusammenspiel aus gesellschaftlicher Positionierung einerseits und Unsichtbarmachung dieser Positionierung andererseits als paradigmatisches intersektionales Dilemma: „This is the paradigmatic political and theoretical dilemma created by the intersection of race and gender: Black women are caught between ideological and political currents that combine first to create and then to bury Black women’s experiences.“<sup>46</sup>

In den Sozialwissenschaften wird iZm den verschiedenen methodologischen Fragen intersektionaler Forschung immer wieder problematisiert, welche Analyseebenen überhaupt in den Blick genommen werden. *Gudrun-Axeli Knapp* fragt etwa: „Sprechen wir über axiale Prinzipien gesellschaftlicher Strukturierung in einer bestimmten historischen Konstellation, sprechen wir über Diskriminierung, über soziale Kollektive, über Konstruktionen von ‚Identität‘ oder über Subjektivität?“<sup>47</sup> Im deutschsprachigen Raum ha-

44 Vgl zB *Crenshaw*, UCLA Law Review 2012, 1442 et passim.

45 Vgl *Crenshaw*, UCLA Law Review 2012, 1441-1448; *Lipsitz*, „In an Avalanche Every Snowflake Pleads Not Guilty“: The Collateral Consequences of Mass Incarceration and Impediments to Women’s Fair Housing Rights, UCLA Law Review 2012, 1746; *Ocen*, The New Racially Restrictive Covenant: Race, Welfare, and the Policing of Black Women in Subsidized Housing, UCLA Law Review 2012, 1540.

46 *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989, 160.

47 *Knapp*, Verhältnisbestimmungen: Geschlecht, Klasse, Ethnizität in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in *Klinger/Knapp* (Hrsg), ÜberKreuzungen. Fremdheit, Ungleichheit, Differenz (2008) 138 (143). Vgl auch *Anthias*, Intersectional what? Social divisions, intersectionality and levels of analysis, *Ethnicities* 2012, 3.

ben *Gabriele Winker* und *Nina Degele* eine „intersektionale Mehrebenenanalyse“ entwickelt, bei der sie „Praxen sozialer Positionierung im Schnittpunkt von Identitätskonstruktionen, sozialen Strukturen und symbolischen Repräsentationen“ untersuchen.<sup>48</sup> Für die Rechtswissenschaften bietet es sich an, auf *Crenshaws* Dreiteilung in strukturelle, politische und repräsentationale Intersektionalität zurückzugreifen. Recht ist vor diesem Hintergrund als Teil strukturell-materieller Rahmenbedingungen wie auch als (ideologischer) Diskurs zu verstehen, in dem Bedeutungen (re-)produziert werden. Das Recht trägt dazu bei, intersektionale Realitäten (Ungleichheiten, Vulnerabilitäten...) zu schaffen – gerade an den Schnittstellen zwischen verschiedenen Rechtsbereichen und politischen Diskursen und im Zusammenspiel mit außerrechtlichen sozioökonomischen Bedingungen. Eine Pointe intersektionaler Rechtskritik ist es dann, auf die aufgrund eindimensionaler Framings mangelnde juristische Adressierbarkeit eben dieser intersektionalen Ungleichheitsverhältnisse, die durch das Recht selbst (mit)produziert werden, hinzuweisen.

Mag.<sup>a</sup> Ines Rössl ist Redaktionsmitglied des Juridikum und Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; ines.roessler@univie.ac.at

---

48 *Winker/Degele*, Intersektionalität: zur Analyse sozialer Ungleichheiten<sup>2</sup> (2010) 63f.

# Leistbares Wohnen – Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dafür wie geändert werden?

Vorschläge zur Wohnungsgemeinnützigkeit und zum Mietrecht

Walter Rosifka

---

## 1. Der angespannte Wohnungsmarkt

Kauf- und Mietpreise von Immobilien sind in den letzten Jahren (nicht nur, aber vor allem) in den Ballungsgebieten überdurchschnittlich gestiegen, etwa die Kaufpreise für Eigentumswohnungen in Wien in den letzten 20 Jahren um 150%.<sup>1</sup> Zuletzt vermeldete zB die Statistik Austria für November 2020, dass die Inflationsrate in Österreich im Jahresvergleich zwar nur 1,3% betragen hätte, aber dass sich „Wohnen“ als stärkster Preistreiber erwies.<sup>2</sup> Die Mieten stiegen insgesamt um 5,6%, die Instandhaltung von Wohnungen verteuerte sich nicht einmal halb so viel.

Wenn durchschnittliches Einkommen aus Erwerbsarbeit oder Pension oft nicht mehr ausreicht, sich zu angemessenen und leistbaren Bedingungen mit einem Zuhause zu versorgen, sind Eingriffe des Staates in den Wohnungsmarkt erforderlich. In Österreich wird einem zu geringen Bestand an leistbarem Wohnraum hauptsächlich durch drei Säulen entgegengewirkt; durch die Anwendung des Mietrechtsgesetzes (MRG)<sup>3</sup> auf Wohneinheiten vornehmlich im Altbaubestand, die Gestaltung des gemeinnützigen Sektors (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG)<sup>4</sup> und mittels der Förderung des Wohnungsneubaus und der Wohnhaussanierung<sup>5</sup>.

Im *juridikum* wurden vom Autor bereits zwei Spielfelder, auf denen in Richtung mehr leistbares Wohnen interveniert werden kann, einer kritischen Bestandsaufnahme unterzogen und auch Verbesserungen zu den Themenfeldern der Wohnbauförderung und der Bodenpolitik vorgeschlagen.<sup>6</sup> Schwerpunkte des nachfolgenden Beitrages sind ausführlichere Analysen und Vorschläge rund um das Wohnzivilrecht, und zwar zum Mietrecht und zum WGG.

---

1 Wohnimmobilienpreisindex ÖNB, [www.oenb.at/isaweb/report.do?report=6.6](http://www.oenb.at/isaweb/report.do?report=6.6). (21.12.2020)

2 Statistik Austria, Pressemitteilung: 12.399-239/20; [www.statistik.at/web\\_de/presse/124976.html](http://www.statistik.at/web_de/presse/124976.html) (21.12.2020).

3 Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520 idF BGBl 2018/58.

4 Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz BGBl 1979/139 idF BGBl I 2019/104.

5 Die Kompetenz zur Förderung von Wohnungsneubau und der Wohnhaussanierung ist Kompetenz der Länder; vgl Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG.

6 *Rosifka*, Leistbares Wohnen – Welche rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dafür wie geändert werden? Anregungen zu Wohnbauförderung und Bodenpolitik, *juridikum* 2020, 342.

## 1.1. Wohnungspolitik und Markteingriffe

Bereits angesprochen wurde,<sup>7</sup> dass das System der Subjektförderung für einkommensschwache Haushalte – etwa in Form von Wohnbeihilfe – nur bei kurzsichtiger Betrachtung *sozial treffsicher* ist; im Endeffekt handelt es sich aber um eine Umverteilung von Steuermitteln zu den Immobilieneigentümer\_innen.<sup>8</sup> Zudem können solche Fördermittel den Mietenanstieg sogar noch befeuern.<sup>9</sup>

Es sind daher auch Regulierungen iZm der marktwirtschaftlichen Ausbeutung von Grund und Boden notwendig. Solche „Eingriffe“ in den freien Markt sind umso mehr gerechtfertigt, wenn man sich vor Augen führt, dass Profit am Immobilienmarkt meist überhaupt erst durch das Handeln der öffentlichen Hand und/oder die Gesellschaft ermöglicht wird. Neben direkt ausbezahlten Mitteln aus der Objektförderung für Neubau und Sanierung, die nicht nur gemeinnützigen, sondern auch privaten Bauträger\_innen und Vermieter\_innen gewährt werden, darf man die indirekte Förderung durch die öffentliche Hand nicht außer Acht lassen. Der Wert von unbebauten und bebauten Immobilien und ihre Wertsteigerungen resultieren ja oft nicht aus der eigenen Leistung der Eigentümer\_innen, sondern aus den Investitionen und Entscheidungen der Allgemeinheit: Liegenschaften und Wohnungen können zumeist nur dort lukrativ verkauft oder vermietet werden, wo die öffentliche Hand für die Infrastruktur, für die Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen und den sozialen Frieden sorgt.

## 2. Problemfeld Wohnungsgemeinnützigkeit

Für die im europäischen Vergleich ziemlich einzigartige gemeinnützige Wohnungswirtschaft gibt das Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz (WGG) als Rahmen und Inhalt vor, dass jede gemeinnützige Bauvereinigung (GBV) ihre Tätigkeit unmittelbar auf die Erfüllung dem Gemeinwohl dienender Aufgaben des Wohnungs- und Siedlungswesens zu richten und Wohnungen zu begrenzten Preisen zu errichten, zu verwalten und zur Verfügung zu stellen hat. Sie müssen ihr Vermögen der Erfüllung solcher Aufgaben widmen und ihren Geschäftsbetrieb regelmäßig prüfen und überwachen lassen. Ein direktes Verbot der Gewinnerzielung gibt es nicht, auch wenn die Preis- und Mietbegrenzungen die Gewinnmöglichkeiten der GBV natürlich einschränken. Zusätzlich ist die Gewinnausschüttung an die Eigentümer\_innen (= Gesellschafter/Aktionär\_innen oder Genossenschafter\_innen) auf maximal 3,5% ihrer Kapitaleinlagen beschränkt. Der Rest des Gewinns ist für gemeinwirtschaftliche Aufgaben einzusetzen und fließt somit in die Rücklagen.

---

<sup>7</sup> Rosifka, *juridikum* 2020, 343.

<sup>8</sup> Die Beihilfe ist ja eine zusätzliche Einnahme der Vermieter\_innen, die ein lebensnotwendiges Produkt zu Preisen anbieten, welche für Teile der Bevölkerung ansonsten nicht leistbar sind.

<sup>9</sup> *Fack* belegte mit Daten zur französischen Wohnbeihilfe, dass ein Hauptteil der Wohnbeihilfe durch Mietpreissteigerungen durch die Vermieter\_innen abgeschöpft wird: Are housing benefit an effective way to redistribute income? Evidence from a natural experiment in France, in *Labour Economics* Vol 13 (2006) 747.

Im Spannungsfeld zwischen möglichst günstigen Mieten im Bestand und dem Auftrag zum auch eigenkapitalfinanzierten Neubau ist im WGG beim Verhältnis der GBV zu ihren Wohnungsmieter\_innen und -käufer\_innen das sogenannte Kostendeckungsprinzip der tragende Grundsatz. Urspr sollten und durften die gesetzlichen Mieten und Kaufpreise (nur) wenige Prozent mehr Einnahmen zulassen, als zur Refinanzierung der Herstellungskosten notwendig waren. Leider wurde dieses System in den letzten Jahrzehnten mehrmals geschwächt, einerseits durch die Privatisierung der vormals im Eigentum des Bundes stehenden GBV, andererseits durch verschiedene den tragenden Prinzipien widersprechende WGG-Novellen.<sup>10</sup> Damit wurden die Interessen von renditeorientierten Investor\_innen an GBV bzw an deren Wohnungsbestand massiv geweckt.<sup>11</sup> Auch bei privaten oder institutionellen Eigentümer\_innen von GBVs, die ihre Rolle sogar schon mehrere Jahrzehnte ohne das Streben nach Gewinn- und Abschöpfungsmaximierung ausgefüllt hatten, riefen die neuen Profitmöglichkeiten mit gemeinnützigem Wohnraum Begehrlichkeiten – etwa nach einer Änderung von Bewertungs- und Ausschüttungsregeln – hervor.<sup>12</sup> Da wundert es denn auch nicht mehr, dass die nicht gemeinnützige Schwesterfirma einer GBV – mit fast identen Strukturen auf Eigentümer\_innen- und Geschäftsführungsseite – eines der Grundprinzipien der Gemeinnützigkeit, welche die Leistbarkeit des Wohnens dauerhaft sicherstellt, beim Verfassungsgerichtshof angefochten hat. Obwohl das nicht gemeinnützige Unternehmen die Wohnbauten von seiner gemeinnützigen Schwesterfirma zu extrem günstigem Preis erworben hatte,<sup>13</sup> sah es sich durch die Entgeltbegrenzung des § 14 Abs 7a WGG ua in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit des Eigentums verletzt. Der Antrag wurde vom VfGH zurückgewiesen, als zu eng gefasst, ohne dass auf das Vorbringen inhaltlich eingegangen wurde.<sup>14</sup> Ob dieser – im konkreten Fall geradezu obskure (weil einzelne Vertreter der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft selbst dahinter standen) – Versuch wiederholt wird, eines der wichtigsten WGG-Grundprinzipien<sup>15</sup> ihrer Wirksamkeit zu berauben, bleibt abzuwarten. Eine (im Einzelfall „kleine“ aber in der Gesamtzahl massenhafte) laufende Privatisierung von Sozialwohnungen findet tatsächlich vor allem im Rahmen der sogenannten „Mietkaufmodelle“ durch die ehemaligen Mieter\_innen statt. Immer wieder werden solche Wohnungen nach dem Kauf von den neuen Eigentümer\_innen am freien Wohnungs-

---

10 Zu nennen in erster Linie die Novelle, mit welcher den GBV beim Verkauf von Wohnungen freie Marktpreise ermöglicht wurden; siehe § 18 Abs 3a und Abs 3b WGG idF BGBl I 2001/162.

11 *Rosifka*, Privatisierung von Sozialwohnungen? awblog.at 14.9.2018, <https://awblog.at/privatisierung-von-sozialwohnungen/> (10.9.2020).

12 Oder man übertrug die gemeinnützigen Wohnungen an ein nicht gemeinnütziges Schwester- oder Tochterunternehmen, das man manchmal (aus praktischen Gründen, oder um die Transaktion zu verschleiern?) mit identen Initialen versah. So haben etwa die Mieter\_innen der betreffenden Bauten des ÖSW (Österreichisches Siedlungswerk, gemeinnützige WohnungsAG) kaum mitbekommen, dass sie schon seit einigen Jahren eine nicht gemeinnützige Vermieterin haben, die ÖSW (Öko-Soziales-Wohnen Wohnungsbesitz GmbH).

13 Der Notariatsakt spricht sogar von „ohne gesonderte Gegenleistung“.

14 VfGH 28.2.2017, G 162/2016 (Beschluss).

15 Welches bei den meisten WGG-Bauten das leistbare Wohnen bisher nachhaltig sichergestellt hat.

markt angeboten, zu Mieten von 13 Euro/m<sup>2</sup> und mehr oder zu Kaufpreisen doppelt so hoch, als die ehemaligen Mieter\_innen selbst bezahlt haben. Zwar sind seit der letzten WGG-Novelle<sup>16</sup> eine Verlängerung der Spekulationsfrist beim Weiterverkauf gemeinnützig errichteten Wohnraums durch ehemalige Mieter\_innen<sup>17</sup> und eine neue für 15 Jahre ab Ankauf geltende Mietzinsbegrenzung (§ 15h WGG) für die Weitervermietung derartiger Wohnungen vorgesehen. Wenn man allerdings die Absicht konsequent verfolgen würde, eine Sozialbindung bei gemeinnützig errichtetem Wohn- und Geschäftsraum möglichst lange aufrechtzuerhalten, müsste die Spekulation auf Lebensdauer des gemeinnützigem Wohnungsbestandes verhindert werden. Nach meiner Ansicht müssten der Grundsatz „einmal WGG – immer WGG“ und die Preis- und Mietzinsregeln des WGG schlichtweg lückenlos, dauerhaft und nachhaltig gelten, auch für den an die ehemaligen Mieter\_innen einer GBV veräußerten Wohnungsbestand. Auch dann, wenn dieser weiterverkauft wird; es handelt sich schließlich um unter den Prämissen der Gemeinnützigkeit geschaffenes Vermögen, das ein Leben lang gemeinwohlverpflichtet sein sollte!

Freilich: Dieser Grundsatz hilft im Interesse des leistbaren Wohnens auch wenig, wenn selbst im Geltungsbereich des WGG Marktmieten<sup>18</sup> und Marktpreise zulässig sind. Wenn der WGG-Gesetzgeber für die Käufer\_innen einer Genossenschaftswohnung einerseits gesetzlich einen „begrenzten“ Kaufpreis iSd § 15a iVm § 23 Abs 4b WGG oder gem § 15d iVm § 23 Abs 4c WGG definiert, sie dann aber der Möglichkeit beraubt, gegen gesetzwidrige Preise effektiv vorzugehen, haben nicht nur die Betroffenen zu Recht dafür kein Verständnis. Erwerber\_innen können nämlich die genannten Preisbestimmungen zu ihren Gunsten nicht durchsetzen; sie müssen sich – sogar bei gefördert errichteten Wohnungen – aufgrund anderer WGG-Bestimmungen<sup>19</sup> allen Kaufpreisforderungen beugen, mit denen die GBV gerade noch nicht den Preis freifinanziert errichteter vergleichbarer Objekte übersteigt; auch dann, wenn die oben genannten Preisberechnungsvorschriften missachtet wurden.

So lang man sogar innerhalb der Bestimmungen des WGG mit gemeinnützigem (und meist auch gefördertem) Wohnraum so Kasse machen kann, rückt dieser immer mehr in den Fokus profitorientierter Investor\_innen und Spekulant\_innen. Und es fördert den Verlust leistbaren Wohnraums; das zeigt etwa die BUWOG laufend vor; auch wenn und obwohl ja noch weiterhin die zivilrechtlichen Bestimmungen des WGG für ihre vor 1.4.2001 errichteten Bauten gelten<sup>20</sup>, also auch die Preisbegrenzungen. Anstatt dass aber eine 100 m<sup>2</sup> große Wohnung zum gesetzlich zulässigen Preis von monatlich 400 Euro zuzüglich Betriebskosten und Umsatzsteuer an eine junge Familie vermietet wird, wird diese Wohnung mit einem Preis von fast 300.000 Euro zum Kauf angeboten. Dass die-

---

16 BGBl I 2019/85.

17 § 15g WGG.

18 § 13 Abs 4 und 5 WGG.

19 § 18 Abs 3a und 3b WGG.

20 § 39 Abs 6a iVm § 20 Abs 1 Z 3 WGG.

ser Preis von einer jungen Familie in der Regel nicht finanziert werden kann, die Bruttomiete von ca 720 Euro aber sehr wohl leistbar gewesen wäre, führt auch vor Augen, dass der Verkauf der ehemals bundeseigenen Gesellschaften zum Verlust zigtausender leistbarer Wohnungen geführt hat.

Im Bereich des WGG wäre also die nachhaltige Zurverfügungstellung günstigen Wohnraums für mehrere Generationen und die Schaffung neuen günstigen Wohnraums durch lückenlose und klare Miet- und Preisobergrenzen und das strikte Vermögensbindungsprinzip langfristig zu sichern. In diesem Sinne wären jedenfalls alle zuvor kritisierten Gesetzesbestimmungen zu streichen bzw zu adaptieren. Überdies müssten zur Sicherstellung aller WGG-Instrumente für nachhaltig leistbares Wohnen alle nach WGG-Prinzipien errichteten Objekte im öffentlichen Grundbuch als solche gekennzeichnet werden.

### 3. Änderungsbedarf im Mietrecht

Im Grunde hat die kritische Bestandsaufnahme von *Eberharter* und *Handler* im *juridikum*<sup>21</sup> zum Reformbedarf im Mietrecht kaum etwas an Aktualität verloren.<sup>22</sup> Ihren Ausführungen ist weitgehend zuzustimmen, im Einzelnen seien nachfolgend einige Anmerkungen und Ergänzungen zu einzelnen Themenbereichen hinzugefügt.

#### 3.1. Anwendungsbereich des MRG

Das österreichische „Drei-Klassen-Mietrecht“<sup>23</sup> ist in seinen grundsätzlichen Differenzierungen zweifellos nicht sachgerecht.<sup>24</sup> Die – noch dazu in den Abgrenzungen sehr unklare – Zersplitterung der Rechtslage<sup>25</sup> bereitet den Rechtsanwender\_innen (Vertragsparteien, aber auch Gerichten und Parteienvertreter\_innen) im rechtlichen Alltag große Schwierigkeiten. Auch ist etwa die Tatsache, dass Mietverhältnisse sogar im selben Haus<sup>26</sup> einerseits dem MRG gar nicht unterliegen (etwa eine Dienstwohnung), andererseits dem Anwendungsbereich des MRG nur teilweise (ein Dachbodenausbau zB aus dem Jahr 2004) oder aber voll unterliegen (die Wohnungen in den unteren Geschoßen), sachlich nicht begründbar. Wenn so in einem Haus nur bestimmte Mieter\_innen<sup>27</sup> einen gesetzlichen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung über die im ge-

---

21 *Eberharter/Handler*, Reformbedarf im Mietrecht – Forderungen an den Gesetzgeber, *juridikum* 2013, 231.

22 Immerhin wurde seit dem 11.11.2017 die Pflicht zur Vergebühnung von Wohnungsmietverträge beseitigt (BGBl I 2017/147). Weiters wurde in § 3 Abs 2 Z 2a MRG die Verpflichtung der Vermieterseite normiert, mitvermietete Wärmebereitungsgeräte zu erhalten, dies gilt auch im Teilanwendungsbereich iSd § 1 Abs 4 MRG (BGBl I 2014/100).

23 *Eberharter/Handler*, *juridikum* 2013, 232 ff.

24 Eine grundsätzlich unterschiedliche rechtliche Behandlung verschiedener Arten der Raummiete ist mE nur in wenigen Ausnahmefällen gerechtfertigt, etwa bei der Unterscheidung zwischen dauerhafter Wohnungsmiete und der Miete eines Hotelzimmers.

25 Im Grunde gleichartige Mietverhältnisse unterliegen in vielen Detailfragen nicht einheitlichen rechtlichen Rahmenbedingungen.

26 Etwa in einem vor 1945 errichteten Gebäude mit mehr als zwei Mietobjekten.

27 Nur jene Mieter\_innen in Mietgegenständen, die dem Vollenwendungsbereich des MRG unterliegen.

samten Gebäude angefallenen und allen(!) Mietparteien des Hauses verrechneten Kosten haben, andere Mietparteien auf derselben Liegenschaft aber nicht, ist dies schlichtweg objektiv nicht nachvollziehbar und dringend zu ändern.

Ebenso ist es nicht zu rechtfertigen, dass auf gefördert errichtete Mietwohnungen zwar das MRG voll anwendbar ist (keine Ausnahme iSd § 1 Abs 4 Z 1 MRG), dieselben Wohnungen dann aber durch bloße Umwandlung in Eigentumswohnungen plötzlich nur einem sehr geringen Teil des MRG unterliegen (Teilausnahme iSd § 1 Abs 4 Z 3 MRG). Durch den bloßen Formalakt der Wohnungseigentums-Begründung verlieren Mieter\_innen von urspr gefördert errichteten Wohnungen gesetzliche Rechte, etwa bezüglich der Reparaturen ernster Schäden des Hauses, korrekter Betriebskostenverrechnung und der Abtretung von Mietrechten zB an Ehegatten im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung. Der Anwendungsbereich des MRG sollte daher dahingehend vereinfacht werden, als es für alle Mietverhältnisse über Räume<sup>28</sup> einheitlich gelten sollte, bis auf sachlich wirklich notwendige Ausnahmefälle, etwa Mietverträge im Rahmen von professionellen Beherbergungsbetrieben. Durch einen solchen einheitlichen Anwendungsbereich würde endlich die für Rechtsanwender\_innen seit Jahrzehnten gewünschte Rechtsklarheit geschaffen werden. Eine allenfalls begründbare Differenzierung hinsichtlich bestimmter Vertragsgegenstände (Geschäftsräumlichkeiten, Häuser mit einer sehr geringen Anzahl vermietbarer Objekte, Dachgeschoßausbauten oder etwa frei finanzierte Neubauten, die nicht älter als 30 Jahre sind) sollte nur bei einzelnen Bestimmungen und Regelungsbereichen (etwa bei der Frage, welche gesetzliche Mietzinsreglung für welche Mietobjekte) des aber prinzipiell einheitlich geltenden MRG vorgenommen werden.

### 3.2. Regelung des Mietzinses

Zum angemessenen Hauptmietzins iSd § 16 Abs 1 MRG wurde schon erwähnt, dass ihm aufgrund der Rsp schon seit Mitte der 1980er Jahre keine substanzielle mietzinsbegrenzende Funktion mehr zukommt.<sup>29</sup> Daher gibt es im Vollenwendungsbereich des MRG für einen Großteil der ihm unterliegenden Mietverhältnisse seit 1994 das System des Richtwertmietzinses gem § 16 Abs 2 bis 4 MRG. Es wurde mit der Absicht eingeführt, den Auswüchsen der Mietenentwicklung am Wohnungsmarkt „taugliche Begrenzungen entgegensetzen“.<sup>30</sup> In der Praxis ist dieses System in seiner heutigen Form zur Sicherstellung leistbarer Mieten allerdings weitgehend untauglich.

*Eberharter/Handler* kritisieren das System zu Recht als intransparent<sup>31</sup>, ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens – mit den damit verbundenen (erheblichen) Kosten – könne der zulässige Betrag nicht ermittelt werden. Häufig ist ein Gerichtsverfahren not-

28 Samt mitgemieteter Flächen.

29 *Rosifka*, *juridikum* 2020, 347.

30 BAB, 1268 BlgNR 18. GP, 11.

31 *Eberharter/Handler*, *juridikum* 2013, 238.

wendig, um zu klären, wie hoch der maximal zulässige Mietzins für das konkrete Mietobjekt ist. Das hindere insbesondere einkommens- und vermögensschwächere Mieter\_innen an der Durchsetzung ihrer Rechte. Tatsächlich gibt es keine genaue gesetzliche Definition oder Begrenzung (weder der Art noch der Höhe nach) fast aller Zuschläge zum Richtwert.<sup>32</sup> Da kommt es dann vor, das gerichtlich beeedete Sachverständige sogar Zuschläge für „ansprechende Breiten-Tiefen-Verhältnisse der Räume“ berechnen. Selbst die Gerichte haben ihre liebe Not mit den unklaren gesetzlichen Vorgaben; so haben etwa bei einer zu bewertenden Mietwohnung drei verschiedene Gerichte im Instanzenweg drei verschieden hohe gesetzliche Hauptmietzinse berechnet, die um bis zu 20% auseinanderlagen. Obwohl sie dasselbe Gesetz auf dieselbe Wohnung angewendet haben.<sup>33</sup>

Besonders verunglückt ist der sogenannte Lagezuschlag. Er berechnet sich – sofern eine nach der Verkehrsauffassung und der Erfahrung des täglichen Lebens überdurchschnittliche Lage tatsächlich vorliegt<sup>34</sup> – gem § 16 Abs 3 MRG anhand einer Rendite von 3,96% pa, in der Regel indexiert. Das stellt in einer Wirtschaft, welche vor der Corona-Pandemie pro Kopf und Jahr im Schnitt um etwa 1,5% real wuchs, und in der die Zinsen am Kapitalmarkt dermaßen tief gesunken sind, eine nicht zu rechtfertigende Rente dar. Noch dazu auf aktuelle, in den Ballungsgebieten explodierende Bodenpreise, die viele Vermieter\_innen gar nicht real bezahlen mussten, weil sie schon vor längerer Zeit gekauft haben. Mit dem Lagezuschlag hat man also die Auswüchse des (Boden- und Wohnungs-) Marktes in die Berechnung der Mietenobergrenze integriert, ihnen aber nicht entgegengewirkt. Der Zinssatz von fast 4% (eingeflossen in die Berechnungsformel nach § 16 Abs 3 MRG) wurde 1993 im Gesetz verankert, als die Hypothekarzinsen ca 7 bis 8% betragen; heute betragen die Zinsen ein Drittel bis ein Viertel davon. Auch die Sparzinsen waren damals drei bis viermal so hoch wie jetzt. Diese Parameter am Kapitalmarkt haben sich erheblich verringert, die Lagezuschlagsrenditen habe sich hingegen – bei fixem Zinssatz und explodierenden Bodenpreisen – vervielfacht. Eine sofortige Korrektur dieser gesetzlichen Lagerendite, in ein angemessenes Verhältnis zu den Zinssätzen am Kapitalmarkt sollte umgehend vorgenommen werden. Die – derzeit starre – Berechnungsformel<sup>35</sup> einer indexierten Rendite auf das allgemeine Niveau von Grundstückskosten zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses sollte flexibler gestaltet sein und an einen variablen Zinssatz gebunden werden, etwa an die umlaufgewichtete Durchschnittsrendite für Bundesanleihen (UDRB);<sup>36</sup> mit einem moderaten Aufschlag, von zB einem Prozentpunkt.

---

32 Dass es für jedes Bundesland einen eigenen Richtwert gibt, dzt beträgt er zwischen 5,30 und 8,92 €/m<sup>2</sup>, ist der Transparenz ebenfalls nicht dienlich.

33 OGH 5 Ob 296/02v.

34 Nicht selten hat man den Eindruck, dass manche Verkehrskreise gerne 90% des Wiener Stadtgebietes oder des Landes NÖ als überdurchschnittlich und den Rest als Durchschnitt einstufen würden. Solche Auslegungen mögen zwar bestimmten Interessen entgegenkommen, sind aber jedenfalls unsachlich und weder mit dem Sinn noch mit dem Ziel der gesetzlichen Bestimmungen zu vereinbaren.

35 0,33% Zinsen pro Monat, bzw jährlich 3,96%.

36 Die UDRB wird seit April 2015 durch die OeNB berechnet und veröffentlicht. Sie ersetzt die Sekundärmarktrenditen (SMR), die bis dahin oft als Referenzzinssatz für Gesetze und Verträge genutzt wurden.

Abgesehen von dieser Sofortmaßnahme sollte man das Richtwertsystem sowohl in einer Ausweitung seines Geltungsbereichs<sup>37</sup> und darüber hinaus in einigen wesentlichen Punkten verbessern, damit es mehr zum leistbaren Wohnen beiträgt und dem Anspruch genügen kann, ein effektives Mietenregelungssystem zu sein. Ausgenommen davon sollten nur alle ohne Fördermittel errichteten Wohnungen sein, die jünger als 30 Jahre sind. Dieser Zeitraum reicht in der Regel aus, um die Errichtungskosten – jedenfalls die Baukosten<sup>38</sup> – zu refinanzieren. Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Mietenregulierung steigen auch die Chancen, dass die Investor\_innen vermehrt in die Neuerrichtung von Wohnbauten in den Ballungsgebieten investieren, als dass sie versuchen, mit schon seit Jahrzehnten bestehenden Wohnhäusern profitträchtige Umsätze zu machen; letzteres trägt weder zur Vermehrung von Wohnraum noch von Arbeitsplätzen bei. Neben einem – für das erwähnte Wohnungssegment – bundesweit einheitlichen Richtwert und einer klaren gesetzlich taxativen Aufzählung der zulässigen Zuschläge, der Art und der Höhe nach, *muss die Berechnung des Lagezuschlages einfacher und von den spekulativen Manövern des Finanzkapitals am Bodenmarkt abgekoppelt werden*. Vermieter\_innen erhalten mit einem solchen Zuschlag idR ja auch keine Rendite auf eigene Investitionen, sondern für Leistungen der öffentlichen Hand, etwa für aus Steuermitteln finanzierte öffentliche Infrastruktureinrichtungen, zB eine U-Bahn im Nahbereich der Immobilie. Der Lagezuschlag sollte keinesfalls mehr als 20 % des Richtwertes ausmachen; ansonsten würde dieser Wertkomponente einer Wohnung – neben ihren spekulativen Aspekten – eine unsachlich überhöhte Relevanz zukommen. Man könnte – unter Hinzuziehung von Expert\_innen verschiedenster Bereiche des gesellschaftlichen Lebens – Definitionen von 3 oder 5 Lageklassen<sup>39</sup> erstellen,<sup>40</sup> und diese für Länder, Regionen und Städte so anwenden, dass in jede Lageklasse ungefähr gleich viele/große Gebiete fallen. Den außerhalb des Durchschnitts liegenden Klassen ordnet man dann Zuschläge und Abstriche von jeweils 20% (oder 10 und 20% bei insgesamt 5 Lageklassen) zu. Damit wären Standorteigenschaften wie die Erschließung der Wohnungsumgebung mit öffentlichen Verkehrsmitteln und Verkehrswegen, die soziale Infrastruktur (Gesundheitsversorgung, Kindergärten, Schulen und sonstige Bildungseinrichtungen), das Vorhandensein von Naherholungs-, Freizeit- und kulturellen Einrichtungen (Grünflächen, Spielplätze, Erholungsgebiete, Restaurants, Kinos, Theater, Sportmöglichkeiten, Museen, etc), die Nähe zu Ämtern und Behörden sowie Nahversorgungsmöglichkeiten mit den Gütern des täglichen Bedarfs nicht völlig irrelevant, aber – vor dem Hintergrund dass diese Qualitäten, sofern sie überdurchschnittlich vorliegen, nicht eigens von Vermieter\_innenseite finanziert wurden – nicht überbewertet.

---

37 Entgegen weit verbreiteter Ansicht unterliegen alle nach 1945 errichteten Wohnungen gar keiner Mietenregulierung nach dem MRG, bzw der völlig uneffektiven Begrenzung mit dem angemessenen Hauptmietzins.

38 Die Grundkosten unterliegen keiner Absetzung für Abnutzung; sie müssen auch nie über die Miete „zurückverdient“ werden, sondern bleiben ohnedies mindestens im ursprünglichen Wert im Vermögen des Eigentümers bzw der Eigentümerin.

39 Gut, mittel und mäßig; oder sehr gut, gut, mittel, mäßig und schlecht.

40 Ähnliche Differenzierungen trifft auch die WKÖ in ihrem jährlichen Immobilienpreisspiegel.

### 3.3. Befristungsrecht

Während bei Neuvermietungen von Gemeinde- und Genossenschaftswohnungen diese Vertragsform kaum vorkommt, ist die Befristung von Wohnungsmietverträgen im privaten Bereich mittlerweile die Regel. In Österreich werden jährlich etwa 60 bis 65% der neu abgeschlossenen privaten Mietverträge befristet abgeschlossen, in der Regel nur auf 3 bis 5 Jahre. Vor dem Hintergrund, dass man gemäß der österreichischen Rechtslage als Pächter\_in eines Grundstückes für den Erwerbsgarten-, Obst- oder Weinbau Anspruch auf eine Mindest-Richtpachtzeit von 10 Jahren zugestanden erhält,<sup>41</sup> erscheint mir die Mindestbefristungsdauer beim Wohnungsmietrecht von drei Jahren nicht nur als nicht verhältnismäßig, sondern sogar als menschenverachtend und krass familienfeindlich.

Befristete Mietverhältnisse bedeuten für die betroffenen Mieter\_innenhaushalte enorme Rechtsunsicherheit, weniger Mieter\_innenschutz (Mieter\_innen gehen kaum gegen gesetzwidrige Mietzinse oder überhöhte Betriebskosten vor, wenn sie den Verlust der Wohnung fürchten) und sie verteuern die Wohnkosten (regelmäßig Übersiedlungs-, Maklerkosten, usw). Weiters ist der Verlust sozialer Netze und Bezugspunkte durch unfreiwillige Umzüge problematisch; insb für Familien mit Kindern. Sehr oft werden Befristungen zum Lukrieren von „windfall profits“ benutzt. Ein typisches Beispiel: Bei Ablauf der Mietdauer werden Mieter\_innen vor die Wahl gestellt: Entweder sie müssen samt Familie die Wohnung und meist auch die gewohnte Wohnumgebung (Schul- und Kindergarteninfrastruktur, soziale Kontakte, ...) aufgeben – oder einer Verlängerung des Mietvertrages zu einem um zB 20% höheren Mietzins zustimmen. Die Mietenden sollen der Vermieter\_innenseite also plötzlich mehr Leistung erbringen, obwohl die Gegenleistung gleich bleibt und Vermieter\_innen selber keinerlei Mehrleistung erbringen.

Ziel muss es aber sein, allen Menschen in diesem Land gute Wohnverhältnisse, mehr Rechtssicherheit und leistbares Wohnen zu ermöglichen und ihnen dazu den *Erhalt der sozialen Netze und des städtischen/schulischen und gesellschaftlichen Umfeldes* zu gewährleisten.

Im Mietrechtsgesetz sollte daher festgelegt werden, dass der unbefristete Mietvertrag mit Kündigungsschutz<sup>42</sup> die Regel ist und Befristungen für Mietverhältnisse über Wohnungen nur bei sachlicher Rechtfertigung zulässig sind (vergleichbar der deutschen Rechtslage)<sup>43</sup>; das wäre etwa der bei Mietvertragsabschluss bereits absehbare konkrete zukünftige Eigenbedarf des Vermieters für sich oder nahe Angehörige. Eine Alternative wäre aber auch, in der Frage der grundsätzlichen (Un)Zulässigkeit zwischen Unternehmer\_innen und Verbraucher\_innen auf der Vermieter\_innenseite zu unterscheiden. Wirtschaftliche Profitüberlegungen sollten von unserer Gesellschaft keinesfalls über den Wert eines sicheren Zuhauses gestellt werden; es geht um die Heimat der Menschen im wahrscheinlich echtsten und ursprünglichsten Sinn.

---

41 § 5 Abs 1 Z 2 Landpachtgesetz (LPG) BGBl 1969/451 idgF.

42 Was ja nicht „unkündbar“ bedeutet.

43 „Zeitmietvertrag“ gem § 575 BGB.

### 3.4. Unsachlich kurzer Refinanzierungszeitraum für Kosten von Sanierungsmaßnahmen

Aufgrund der Marktsituation und der relativ wirkungslosen Mietenregulierung stehen in Ballungsgebieten aber nicht nur die Wohnungssuchenden unter Druck, wie sie eine leistbare Wohnung finden können. Auch Altmietler\_innen mit unbefristeten Mietverhältnissen (sogar jene, die vor längerer Zeit Verträge zu einem nicht regulierten, freien Marktmietzins abgeschlossen haben, der sich aus heutiger Sicht aber als vergleichsweise günstig erweist) sehen ihre Wohnsicherheit und die Leistbarkeit ihres Wohnens zunehmend gefährdet. Das österreichische Mietrecht bietet zudem einen leider nur lückenhaften Schutz gegen den Absiedlungsdruck von Investor\_innen und Spekulant\_innen. Im Gegenteil, mangelhafte gesetzliche Bestimmungen werden sogar dazu missbraucht, Mieter\_innen zum „freiwilligen Verlassen“ der Wohnungen zu bewegen, oder sogar bei gerichtlichen Kündigungen benutzt.

Ich möchte hier auf einen Aspekt eingehen, der von Vermieter\_innen etwa in Verfahren iSd § 37 Abs 1 Z 10 MRG zur Erhöhung der Hauptmietzinse<sup>44</sup> durchaus „erfolgreich“ eingesetzt wird. Vermieter\_innen haben dabei die Möglichkeit, über eine gerichtlich festgesetzte Mieterhöhung größere Erhaltungsarbeiten zu finanzieren, für welche die Mietzinsreserve der letzten 10 Jahre und die laufenden Mietzinseinnahmen der nächsten 10 Jahre keine Deckung bieten. Geradezu astronomische Steigerungen – selbst Vervielfachungen des bisher bezahlten Mietzinses – sind dabei möglich. Dies ist vor allem der Tatsache geschuldet, dass das sogenannte Deckungserfordernis (= die nicht gedeckten Kosten der Sanierungsarbeiten, zuzüglich Kosten der Bauverwaltung und -überwachung sowie Fremdfinanzierungskosten) auf maximal 10 Jahre bzw 120 Monate verteilt wird.<sup>45</sup> Pro Quadratmeter können sich daraus durchaus zweistellige Eurobeträge als monatliche Mieterhöhung ergeben.

Der für die Mieterhöhung gesetzlich vorgesehene Verteilungszeitraum ist mit maximal 10 Jahren aber völlig unangemessen kurz festgesetzt. An anderer Stelle<sup>46</sup> spricht das MRG noch ausdrücklich davon, dass auch die Hauptmietzinse zur Bedeckung der Kosten einer Erhaltungsarbeit heranzuziehen sind, welche während des Zeitraums zu erwarten sind, „in dem sich solche oder ähnliche Arbeiten unter Zugrundelegung regelmäßiger Bestandsdauer erfahrungsgemäß wiederholen“. Im erwähnten Erhöhungsverfahren müssen die Mieter\_innen jedoch alle Kosten von Baumaßnahmen über 10 Jahre refinanzieren, auch wenn manche oder vielleicht sogar alle Bauteile eine wesentlich längere Bestandsdauer haben, bis zu 150 Jahren.<sup>47</sup> Eine weit sachgerechtere Lösung ist seit 1.1.2016 im WGG zu finden. Dort sieht § 14 Abs 2 WGG zwar auch unter ähnlichen Vorgaben wie im MRG eine gerichtliche Erhöhung des Entgelts vor. Der Zeitraum über den die Erhöhung verteilt wird, beträgt jedoch grundsätzlich 20 Jahre, ausgenommen die beantragten

---

44 §§ 18, 18a, 18b, 19 MRG.

45 Gem § 18 Abs 1 Z 3 MRG.

46 Vgl § 3 Abs 3 Z 1 MRG.

47 Vgl NN, „Wann wird es Zeit, das Haus zu sanieren?“, in Haus & Eigentum, Zeitschrift für Haus, Grund und Wohnungseigentum, Juni 2017, 8 ff; mit einer ausführlichen Aufstellung über die Lebensdauer einzelner Bauteile, die „auf Erfahrungswerten aus der Praxis basieren“. Sie reicht bei konstruktiven Teilen bis zu 150 Jahren, Fenster haben zB eine Lebensdauer von 30 bis 60 Jahren.

Arbeiten weisen in einer Gesamtschau eine erheblich kürzere oder längere Bestandsdauer auf. Ist das der Fall, dann ist diese Bestandsdauer als Verteilungszeitraum festzusetzen. Aus einem verlängerten Umlagezeitraum ergeben sich dann natürlich für die Bewohner\_innen monatlich eher leistbare Beträge an Wohnkostenbelastung.

Eine solch sachgerechte Lösung würde es auch erschweren, die Abbruchreife von Häusern herbeizurechnen um idZ gerichtliche Aufkündigungen von Mietverhältnissen<sup>48</sup> zu erwirken. Erst jüngst hat der OGH unter Berufung auf die hL und stRsp wieder bestätigt, dass für die Beurteilung, ob wirtschaftliche Abbruchreife vorliegt, auf einen Zeitraum von nur 10 Jahren abzustellen ist.<sup>49</sup> Auch in dieser Rechtsfrage wird also ein unsachlich kurzer Refinanzierungszeitraum angewendet, für Kosten von Sanierungsmaßnahmen, deren Lebensdauer ja weit länger ist. Es wäre jedenfalls sachgerecht und verhältnismäßig, die in § 18 Abs 1 Z 3 MRG derzeit vorgesehene Begrenzung des Verteilungszeitraum aufzuheben, und eine Regelung analog des § 14 Abs 2 WGG vorzusehen; die Dauer des Umlagezeitraums sollte der regelmäßigen Bestandsdauer der so finanzierten Arbeiten entsprechen.

#### 4. Fazit

In der österreichischen Rechtsordnung finden sich mehrere Baustellen, an denen für mehr leistbares und sicheres Wohnen gearbeitet werden muss. Wo anders als bei diesem Grundbedürfnis jedes Menschen sollten sich Gemeinwohlorientierung und das „Soziale“ einer sozialen Marktwirtschaft deutlicher zeigen? Mit einem Mehr an Wohnbauförderung allein ist es keinesfalls getan. Wenn Mieten stärker als das allgemeine Preisniveau steigen, wie dies in den Ballungsräumen bei praktisch jedem Neuvertragsabschluss der Fall ist, hat dies negative Effekte auf den Konsum – und somit auf Wachstum und Beschäftigung. Überproportionale Steigerungen der Mieten bedeuten zudem verstärkte Ausgaben für die Wohnbeihilfe, also für die öffentliche Hand; Gelder, die der Allgemeinheit dann an anderer Stelle fehlen, etwa für die Bildung, das Gesundheitswesen, die Alterssicherung oder für die Belange der öffentlichen Sicherheit.

Ein faires und den Auswüchsen des Marktes entgegenwirkendes Mietrecht muss mehr Leistbarkeit und Wohnsicherheit für alle Teile der Bevölkerung bieten. Die Preise des gefördert errichteten und sanierten Wohnraums sind daher nachhaltig auf die gesamte Bestandsdauer der Baulichkeiten zu begrenzen; weiters soll auch der frei finanzierte Wohnraum – nach Ablauf eines begrenzten Zeitraums zur Refinanzierung der Produktionskosten – einer wirksamen Mietzinsobergrenze unterliegen. Stellen wir die Würde des Menschen über den Grundsatz der Profitmaximierung um jeden Preis.

Mag. Walter Rosifka ist Leiter des Teams Wohnen in der AK Wien/Abteilung Kommunalpolitik und Wohnen; [walter.rosifka@akwien.at](mailto:walter.rosifka@akwien.at)

---

48 Gem § 30 Abs 2 Z 14 MRG; den gekündigten Mietparteien muss jedoch Ersatz beschafft werden; vgl dazu § 32 MRG.  
49 OGH 6 Ob 199/18k.

# Hacktivism

## Recht auf freie Meinungsäußerung oder Gefahr für die demokratische Gesellschaft?

Elio Dalpra

---

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

Während die Enthüllungen der Plattform Wikileaks<sup>2</sup> oder die Veröffentlichungen geheimer Dokumente der National Security Agency<sup>3</sup> von einer breiten medialen Berichterstattung begleitet wurden, sind Begrifflichkeiten, wie *site defacement* bislang nur einer informierten Öffentlichkeit bekannt. Dabei gibt es bereits zahlreiche Beispiele dafür in Österreich, von denen zwei herausgegriffen werden sollen:

Einerseits wurde die Webseite des WKR-Balls anlässlich des am internationalen Holocaust-Gedenktag stattfindenden Balls von unbefugten Dritten so verändert, dass die Hymne der Sowjetunion zu hören und ein salutierendes Pony zu sehen war.<sup>4</sup> Andererseits veränderten wiederum Unbefugte die Mauthausen-Gedenkwebseite unmittelbar vor der Befreiungsfeier des ehemaligen Konzentrationslagers Mauthausen derart, dass Kinderpornografie gezeigt sowie die Mahnung „Niemals vergessen“ in „Niemals zerfressen“ umformuliert wurde.<sup>5</sup> Diese beiden Fälle illustrieren das Verunstalten von Webseiten als Ausdruck eines (politischen) Protests (*site defacement*).<sup>6</sup> Wie geht man mit diesen Protesten um? Manifestiert sich in beiden Fällen tatsächlich das Recht auf freie Meinungsäußerung oder handelt es sich vielmehr um eine Gefahr für die demokratische Gesellschaft?

Beide *Hacks* stellen Vorgehensweisen dar, die sich dem Phänomen *Hacktivism* zuordnen lassen. Die Symbiose aus *Hacking* und *Activism* wird als „the nonviolent use of illegal or legally ambiguous digital tools in pursuit of political ends“<sup>7</sup> beschrieben. Diese Definition beinhaltet zum einen die Fusion zwischen *computer hacking* und *grassroot poli-*

---

1 Der gegenständliche Beitrag basiert auf einzelnen Gedanken der Dissertation des Autors *Hacktivism – virtual activism as a threat to a democratic society?*, welche im März 2020 an der Universität Wien verteidigt wurde.

2 *DerStandard.at*, Chelsea Manning erhält Whistleblower-Preis, 17.1.2014, [www.derstandard.at/story/1389857430237/](http://www.derstandard.at/story/1389857430237/) (13.7.2020).

3 *The New York Times*, Edward Snowden, Whistle-Blower, 1.1.2014, [www.nytimes.com/2014/01/02/opinion/edward-snowden-whistle-blower.html](http://www.nytimes.com/2014/01/02/opinion/edward-snowden-whistle-blower.html) (13.7.2020).

4 *DerStandard*, Anonymous greift Webseiten des Wiener Korporationsrings an, 27.1.2012, [www.derstandard.at/story/1326503953027/](http://www.derstandard.at/story/1326503953027/) (13.7.2020).

5 ORF, Hackerangriff auf Mauthausen-Gedenkseite, 8.5.2015, <https://ooe.orf.at/v2/news/stories/2709709/> (15.7.2020).

6 Bspw *Samuel*, *Hacktivism and the Future of Political Participation*, 1.9.2004, [www.alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hacktivism-entire.pdf](http://www.alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hacktivism-entire.pdf) (13.7.2020) 8 f.

7 *Samuel*, *Hacktivism*, [alexandrasamuel.com](http://alexandrasamuel.com), 2.

*tical protest*.<sup>8</sup> Zum anderen ist die Verwendung des Internets, um politisch motivierte Ziele auf eine proaktive und progressive Art und Weise zu erreichen<sup>9</sup>, enthalten. Damit sind finanzielle Beweggründe sowie die Ausübung von körperlicher Gewalt als Motiv explizit nicht erfasst. Die Definition umfasst jedoch sehr wohl politischen Protest als Ausdruck von Widerspruch, der darauf abzielt, öffentliche Aufmerksamkeit zu erwecken. Nach österreichischen strafrechtlichen Regelungen ist *Hacktivism*<sup>10</sup> – insb gem § 118a StGB<sup>11</sup>, der widerrechtliche Zugriffe auf Computersysteme pönalisiert – strafbar. Für § 118a StGB reicht es aus, dass auf objektiver Tatbestandsebene spezifische Sicherheitsvorkehrungen von Computersystemen überwunden werden, über die die\*der Täter\*in nicht allein verfügen darf, um sich Zugang zu diesen zu verschaffen. Zur Erfüllung der subjektiven Tatseite muss, zusätzlich zum Tatbildvorsatz, für den Eventualvorsatz ausreicht, Absichtlichkeit als erweiterter Vorsatz vorliegen. § 118a Abs 1 StGB unterscheidet dabei drei Fälle:

Die Spionageabsicht ist darauf gerichtet, sich oder einem anderen Unbefugten Kenntnis personenbezogener Daten zu verschaffen, deren bloße Kenntnis bereits schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen verletzt (§ 118a Abs 1 Z 1 StGB). Die datenbezogene Verwendungsabsicht zielt darauf ab, einem anderen durch die Verwendung von im System gespeicherten und nicht für ihn bestimmten Daten, deren Kenntnis er sich verschafft, einen Nachteil zuzufügen (§ 118a Abs 1 Z 2 StGB 1. Fall). Die systembezogene Verwendungsabsicht verfolgt das Ziel einem anderen durch die Verwendung des Computersystems selbst einen – materiellen sowie immateriellen – Nachteil zuzufügen (§ 118a Abs 1 Z 2 StGB 2. Fall).<sup>12</sup> Dabei ist grundsätzlich jede Verwendung des Computersystems sowie jeder intendierte Nachteil denkbar. Bspw das Zufügen eines Nachteils durch Hacken des Computersystems eines *Smart Home*, um die automatisch gesteuerte Stromversorgung abzuschalten.<sup>13</sup> Im Hinblick auf die angeführten Beispiele von *Hacktivism* spielt vor allem die systembezogene Verwendungsabsicht eine entscheidende Rolle, die unabhängig von einer zugrundeliegenden politischen Motivation<sup>14</sup> strafbar ist.<sup>15</sup>

8 *Jordan/Taylor*, *Hacktivism and Cyberwars* (2004) 1.

9 *Vegh*, *Classifying Forms of Online Activism*, in *McCaughy/Ayers*, *Cyberactivism* (2003) 81 ff, mwN.

10 Das Phänomen *Hacktivism* erfüllt potenziell mehrere Straftatbestände. Neben § 3h VerbotsG wären ebenfalls noch andere Delikte (besonders §§ 126a, 126b, 126c, 225a, 278c StGB) relevant. Die Beurteilung, ob diese Tatbestände erfüllt sind, würde jedoch weitreichende Informationen über den konkreten Sachverhalt voraussetzen: Beispielsweise, ob es zu einer Löschung bzw Veränderung von Daten gekommen ist oder, ob die betreffende Webseite *bloß* ersetzt wurde? Im letzten Fall ist eine Unterdrückung von Daten, die in Verbindung mit einer Webseite stehen, sicherlich denkbar, jedoch wiederum abhängig davon, wie der *Hack* konkret ausgeführt wurde. Aus diesen Gründen wird auf das Computersystem selbst und das Verwenden eines solchen fokussiert. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass im Zentrum dieses Artikels die Überlegung steht, ob *Hacktivism* als Erscheinungsform des Rechts auf freie Meinungsäußerung anzusehen ist. Folglich liegt der Fokus auf dem essenziellen Bestandteil von *Hacktivism*, nämlich *Hacking* (= „widerrechtliche Zugriffe auf Computersysteme“) und somit auf § 118a StGB.

11 StGB 1974 BGBl 1974/60 idF BGBl I 2019/111.

12 Zu einer detaillierteren Darstellung siehe *Reindl-Krauskopf* in *Höpfel/Ratz*, *Wiener Kommentar zum StGB* § 118a Rn 34 ff (Stand 17.10.2017, rdb.at).

13 *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, *IT-Strafrecht* (2018) 22 f.

14 Vergleiche dazu § 278c Abs 3 StGB wonach die Tat nicht als terroristische Straftat gilt, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten ausgerichtet ist.

15 *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, *IT-Strafrecht* (2018) 16 ff.

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun folgende Frage: Handelt es sich bei den oben angeführten Beispielen von *Hackivism* um *neue* Erscheinungsformen einer durch Art 10 EMRK<sup>16</sup> geschützten Meinungsäußerung, sodass eine Strafbarkeit iSd § 118a Abs 1 Z 2 StGB als verfassungsrechtlich bedenklich erscheint? Um dies beantworten zu können, muss zunächst geklärt werden, ob *Hackivism* überhaupt in den Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK fallen kann. Wenn dem so ist, wird eruiert, ob dieses Phänomen eine Gefahr für die demokratische Gesellschaft iSd Art 10 Abs 2 EMRK darstellt und daher verfassungsrechtlich zulässig verboten werden darf, oder durch das Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt wird.

### 1.1. Hackivism = eine Meinungsäußerung iSd Art 10 Abs 1 EMRK?

Grundsätzlich ist vom Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK jede zwischenmenschliche Kommunikation<sup>17</sup> unabhängig von verwendeten Kommunikationstechnologien<sup>18</sup> umfasst. Des Weiteren werden ebenso faktische Handlungen erfasst, die einer Meinungsäußerung gleichkommen.<sup>19</sup> Solche faktischen Handlungen wurden als *symbolic speech*<sup>20</sup> vom EGMR anerkannt.<sup>21</sup> Zudem ist hervorzuheben, dass auf Schutzbereichsebene grundsätzlich der Inhalt, Wert, Zweck oder die Richtigkeit einer Äußerung keine Rolle spielen.<sup>22</sup> Folglich sind sowohl die Art und Weise, wie eine Äußerung getätigt wird als auch deren Inhalt frei wählbar.<sup>23</sup> Dies führt dazu, dass sogar diffamierende, unbegründete sowie in böser Absicht artikulierte Meinungsäußerungen vom Schutzbereich umfasst sind.<sup>24</sup> Diese Elemente treffen insbesondere auf Äußerungen im Kontext einer freien politischen Debatte zu, die vom EGMR in besonderer Weise geschützt wird.<sup>25</sup>

Der Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK umfasst jedoch nicht sämtliche Meinungsäußerungen. Vielmehr zieht der EGMR Art 17 EMRK heran, um Meinungsäußerungen vom Schutzbereich auszuschließen, die auf die Abschaffung der festgelegten Rechte und Freiheiten der EMRK abzielen sowie gegen fundamentale Werte der Konvention gerichtet sind.<sup>26</sup> Dies gilt besonders für die Herabwürdigung des Holocaust<sup>27</sup>, für hate speech<sup>28</sup> und poli-

16 EMRK BGBl 1961/199 idF BGBl III 2018/139.

17 Bspw *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) 382.

18 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) 512.

19 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention 384.

20 Concurring Opinion of Judge Jambrek, in EGMR, 25.11.1997, 121/1996/740/939, *Grigoriades/Greece*, Rn 6.

21 Bspw Verunmöglichung einer Jagd durch lautes Heulen und Blasen eines Jagdhorns, siehe EGMR, 25.11.1999, 25594/94, *Hashman and Harrup/UK*, Rn 28.

22 *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2016) 227 f.

23 *Berka*, Die Kommunikationsfreiheit, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund und Menschenrechte in Österreich, Band 2 (1992) 414.

24 Selbstverständlich schließt dieser Umstand eine Sanktionierung solcher Äußerungen nicht aus siehe *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (1996) 387.

25 Zur Wichtigkeit einer solchen siehe EGMR, 12.6.2001, 29032/95, *Feldek/Slovakia*, Rn 83.

26 EKMR 10.10.1979, 8348/78 & 8406/78, *J. Glimmerveen and J. Hagenbeek/the Netherlands*, 195 f.

27 Bspw EGMR 20.10.2015, 25239/13, *M'Bala M'Bala/France*, Rn 40 ff.

28 Zur Differenzierung des EGMR, wann hate speech anzunehmen ist bzw welche Rolle Gewalt in diesem Kontext spielt siehe bspw EGMR 13.2.2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98, *Refah Partisi (the Welfare Party) and others/Turkey*, Rn 135 ff.

tischen Extremismus<sup>29</sup>. Daher lassen sich Restriktionen gegen solche Äußerungen, die geeignet sind, den sozialen Frieden sowie das Vertrauen in demokratische Institutionen zu erschüttern, in höherem Maße rechtfertigen.<sup>30</sup>

*Hacktivism* – in Gestalt von *site defacement* – ist als faktische Handlung, die eine Meinungsäußerung darstellt, zu qualifizieren und somit grundsätzlich vom Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK umfasst. Jedoch verfügt *Hacktivism* ebenfalls über das Potenzial, den sozialen Frieden sowie das Vertrauen in demokratische Institutionen zu erschüttern. Dies deshalb, da – der oben angeführten Definition folgend – politische Motivation sehr weitreichend zu verstehen ist und somit auch gegen den sozialen Frieden bzw gegen demokratische Institutionen gerichtet sein kann.

Beide als Beispiel angeführte *Hacks* sind Ausdruck dieses Antagonismus. Einerseits sind sie als politische Meinungsäußerung (Protest gegen Ball, Protest gegen Gedenken) im Kontext einer freien politischen Debatte iSd Art 10 EMRK zu qualifizieren. Andererseits ließen sie sich als Herabwürdigung des Holocaust (Protest gegen Gedenken) sowie als hate speech oder politischen Extremismus (Protest gegen Ball) im Anwendungsbereich des Art 17 EMRK verorten. Somit wäre eine (juristische) Auseinandersetzung an dieser Stelle beendet. Gem Art 17 EMRK müsste man festhalten, dass derartige Formen von *Hacktivism* als symbolische Sprache – trotz der Verortung im Kontext einer freien politischen Debatte – nicht vom Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK umfasst wären.

### 1.1.1. Hacktivism als Gefahr für die demokratische Gesellschaft?

Der Ausschluss von (politischen) Äußerungen aus dem Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK bereits prima facie ist – obwohl verständlich – nicht unproblematisch. Im Lichte der Judikatur im Fall *Handyside/UK* lässt sich ein solches Vorgehen nicht überzeugend mit dem dort judizierten Grundsatz in Einklang bringen: „Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art 10-2), it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’.”<sup>31</sup>

Wird nun versucht die Herabwürdigung des Holocaust, hate speech oder politischen Extremismus iSv Pluralität, Toleranz und Weltoffenheit als fundamentale Bedingung für die Entwicklung jedes\*r Einzelnen in einer demokratischen Gesellschaft zu rechtfertigen? Keineswegs, vielmehr wird ein Weg skizziert, der es erlaubt, extreme Meinungsäu-

29 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) 779.

30 Grabenwarter, European Convention on Human Rights (2014) 273.

31 EGMR 7.12.1976, 5493/72, *Case of Handyside/UK*, Rn 49.

ßerungen – iSd Art 17 EMRK – zu differenzieren, wenn erforderlich keinen Schutz durch das Recht auf freie Meinungsäußerung zu gewähren und gleichzeitig die essenzielle Bedeutung von Widerspruch in einer freien politischen Debatte<sup>32</sup> als Fundament einer demokratischen Gesellschaft zu erhalten.

Der EGMR verwendet Art 17 EMRK nicht nur um den Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK zu beschränken, sondern auch um auf Verhältnismäßigkeitsebene festzustellen, ob Eingriffe für eine demokratische Gesellschaft gem Abs 2 notwendig sind. Bspw hatte der EGMR zu beurteilen, ob eine Verurteilung nach § 3a Z 2 Verbotsg<sup>33</sup> eine Verletzung des Art 10 EMRK darstellt. Interessanterweise zog der Gerichtshof Art 17 EMRK nicht heran, um nationalsozialistisches Gedankengut aus dem Schutzbereich auszuschließen. Vielmehr kam Art 17 EMRK auf Verhältnismäßigkeitsebene zum Einsatz, um die Verurteilung gem Art 10 Abs 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig zu erachten.<sup>34</sup> Somit eröffnete der EGMR – zumindest implizit – Meinungsäußerungen, die in den Anwendungsbereich des Art 17 EMRK fallen, den Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK.<sup>35</sup>

Diese Öffnung des Schutzbereiches beinhaltet mE zwei wesentliche Vorteile. Zum einen wird verhindert, dass auf Schutzbereichsebene (bestimmte) verletzend, schockierende oder verstörende Meinungsäußerungen bereits aufgrund ihres Inhaltes, Wertes, Zwecks oder ihrer Richtigkeit vorzeitig ausgeschlossen werden und es somit zu einer Differenzierung (bestimmter) Meinungsäußerungen kommt. Besonders vor dem Hintergrund, dass bei der Unvereinbarkeit mit der EMRK eine Individualbeschwerde gem Art 35 Abs 3 lit a EMRK unzulässig ist.<sup>36</sup> Dies würde dem liberalen Grundgedanken der EGMR-Judikatur<sup>37</sup> widersprechen, da somit der Rechtsschutz deutlich stärker eingeschränkt wird, als wenn Art 17 EMRK auf Verhältnismäßigkeitsebene einbezogen wird. Zumal der Gerichtshof gem Art 35 Abs 4 EMRK Beschwerden noch – in jedem Stadium des Verfahrens – zurückweisen kann, welche er für unzulässig hält.<sup>38</sup> Zum anderen ermöglicht dies auf Verhältnismäßigkeitsebene die Auseinandersetzung mit politischem Protest, der vordergründig geeignet erscheint, auf die Abschaffung der EMRK sowie gegen die fundamentalen Werte der Konvention gerichtet zu sein. Diese Auseinandersetzung – ob solche Meinungsäußerungen den Schutz gem Art 10 EMRK genießen – gewährleistet die Freiheit der politischen Kontroverse als essenzielle Bedingung des Konzeptes einer demokratischen Gesellschaft<sup>39</sup> und berücksichtigt somit den oben genannten Grundgedanken der *Handyside*-Judikatur umfassend.

32 Zur Wichtigkeit einer freien politischen Debatte siehe EGMR, 12.6.2001, 29032/95, *Feldek/Slovakia*, Rn 83.

33 Verbotsgesetz 1947 StGBI 1945/13 idF BGBl I 1992/148.

34 EGMR, 1.2.2000, 32307/96, *Schimanek/Austria*.

35 Bereits *Hinghofer-Szalkay*, Extreme Meinungen und Meinungsäußerungsfreiheit, Journal für Rechtspolitik, 106 (108).

36 Bspw EGMR 14.3.2013, 26261/05 and 26377/06, *Kasymakhunov and Saybatalov/Russia*, Rn 102 ff.

37 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention 384.

38 Für weiterführende Informationen bzgl der Rahmenbedingungen einer solchen Entscheidung, siehe bspw EGMR 28.11.2017, 72508/13, *Merabishvili/Georgia*, Rn 214, mwN.

39 EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Austria*, Rn 42.

Diesem Ansatz folgend sind beide als Beispiel angeführte Fälle von *Hacktivism* nicht bereits auf Schutzbereichsebene des Art 10 Abs 1 EMRK auszuschließen, sondern auf Ebene der Verhältnismäßigkeit iSd Abs 2 zu beurteilen.

## 2. Strafrechtliche Verfolgung von *Hacktivism* = in einer demokratischen Gesellschaft notwendig iSd Art 10 Abs 2 EMRK?

Beurteilt man nun den Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit durch § 118a Abs 1 Z 2 StGB, kann vorweggenommen werden, dass dieser den Bedingungen des Art 10 Abs 2 EMRK – gesetzlich vorgesehen<sup>40</sup> und im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechenverhütung<sup>41</sup> bzw der Rechte anderer, insb etwa der Eigentumsfreiheit gem Art 1 1. ZProtMRK<sup>42</sup>, – entspricht. Nach Ansicht des EGMR sind Eingriffe in das Recht auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft nur notwendig, wenn sie einem *pressing social need*<sup>43</sup> entsprechen und nicht einen *chilling effect*<sup>44</sup> haben. Daher ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, wie der Gerichtshof „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig[e]“ Eingriffe rechtfertigt. Grundsätzlich sieht der EGMR die Demokratie als einziges politisches Modell, welches mit der EMRK kompatibel ist.<sup>45</sup> Somit hat in einer demokratischen Gesellschaft ein ständiges Abwiegen – besonders im Kontext des Rechts auf freie Meinungsäußerung – widerstreitender Interessen zu erfolgen.<sup>46</sup> Denn es muss möglich sein, verschiedene (extreme) politische Ansichten zu vertreten, selbst wenn staatliche Institutionen in Frage gestellt werden, solange diese nicht gegen die Demokratie als solche gerichtet sind.<sup>47</sup> Dieser Gedanke findet sich ebenfalls in (radikalen) Demokratietheorien, die Widerspruch solange akzeptieren, wie dieser staatliche Institutionen oder den Rechtsstaat nicht in Frage stellt.<sup>48</sup> Nur unter diesen Bedingungen ist es daher möglich, dass diese Art von Protest eine demokratische Gesellschaft weiterentwickelt und somit als Leitprinzip einer solchen

40 Gesetze müssen präzise formuliert, zugänglich und vorhersehbar sein siehe bspw *Schiedermair*, Art 10 EMRK, in *Schmahl/Pabel*, Internationaler Kommentar zur EMRK (2013) 29 f, mwN.

41 Zur Zulässigkeit der Strafverfolgung als legitimes Interesse zur Verbrechenverhütung siehe EGMR, 20.10.2015, 11882/10, *Pentikäinen/Finland*, Rn 86.

42 Der Schutz der Rechte anderer umfasst grundsätzlich alle in der EMRK garantierten Rechte siehe *Schiedermair* in *Schmahl/Pabel* 33, mwN.

43 EGMR 21.6.2012, 34124/06, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Schweiz*, Rn 65.

44 Unter einem chilling effect versteht man grundsätzlich eine abschreckende Wirkung einer (staatlichen) Maßnahme. Beispielsweise die Sanktionierung einer Richterin – Verlust des Richter\*innenamtes sowie die Verunmöglichung wieder als Richterin arbeiten zu können – für ihre geäußerte Kritik an der Unabhängigkeit der Justiz. Solch schwerwiegende staatliche Sanktionen sind geeignet, andere davon abzuhalten, sich in zukünftigen Debatten zu Wort zu melden und ihr Recht auf freie Meinungsäußerung wahrzunehmen, was sich zum Nachteil einer demokratischen Gesellschaft auswirkt; EGMR 26.2.2009, 29492/05, *Kudeshkina/Russia*, Rn 98 f.

45 EGMR 30.1.1998, 1331/1996/752/951, *United Communist Party of Turkey and others/Turkey*, N. 45, mwN.

46 EGMR 17.2.2004, 44158/98, *Gorzelik and others/Poland*, Rn 90.

47 EGMR 27.4.2010, 7/08, *Tănase/Moldova*, Rn 167.

48 *Bluhm/Malowitz*, Integration durch Konflikt, in: *Lembcke/Ritzi/Schaal* (Hg) Zeitgenössische Demokratietheorie, Band 1 (2012) 202 ff, mwN.

fungieren kann.<sup>49</sup> Vergleichbares vertritt der EGMR, für den es essenziell ist, dass der Konflikt zwischen widerstreitenden Interessen nicht durch Gewalt, sondern durch Dialog ausgetragen wird.<sup>50</sup> Diese Grenze beachtend ist der EGMR bereit, das Recht auf freie Meinungsäußerung sehr weit zu gewähren, wie die folgende Judikatur zeigt: Auch bloße Werturteile werden geschützt, wenn sie ein ausreichendes Tatsachensubstrat aufweisen (zulässig ist die Bezeichnung einer Politikerin als „Kellernazi“, weil sie sich unzureichend von rechtsextremen Gedankengut distanziert hat).<sup>51</sup> Wenn NGOs die Rolle der Medien übernehmen, genießen sie einen vergleichbaren Schutz, vorausgesetzt NGOs stellen wichtige Informationen für öffentliche Debatten zur Verfügung (*public watchdog*).<sup>52</sup> Personen (vor allem Politiker\*innen), die in der Öffentlichkeit stehen, müssen massivere Kritik erdulden (*public figure*).<sup>53</sup>

Somit ist die entscheidende Frage, ob *Hacktivism* in diesem Kontext demokratische Regeln und Ideale negiert oder in einer demokratischen Gesellschaft – in Gestalt extremer Meinungsäußerungen – notwendig ist? In anderen Worten: Verfolgt der Eingriff durch § 118a Abs 1 Z 2 StGB – wonach der widerrechtliche Zugriff auf Computersysteme mit nachteiliger systembezogener Verwendungsabsicht ohne Einbeziehung der politischen Motivation strafbar ist – ein legitimes Ziel und ist es eines solchen *pressing social need* erforderlich oder führt er zu einem *chilling effect*? Zieht man die beiden eingangs genannten Fälle heran, ergibt sich ein unterschiedliches Bild:

Entsprechend der Judikatur des EGMR ist das Verunstalten der Mauthausen Gedenkwebseite als Werturteil<sup>54</sup> zu qualifizieren. Jedoch weist weder Kinderpornografie noch das Verächtlichmachen der Mahnung „Niemals vergessen“ ein ausreichendes Tatsachensubstrat auf, um gegen ein solches Gedenken an den Holocaust zu protestieren. Durch diese faktische Handlung werden auch nicht wichtige Informationen für eine öffentliche Debatte zur Erinnerungskultur als eines *public watchdogs*<sup>55</sup> geliefert. Selbst wenn die KZ-Gedenkstätte Mauthausen – aufgrund ihrer öffentlichen Präsenz und Positionierung

49 Marchart, New protest formations and radical democracy, in: *Peace Review*, Volume 16, Issue 4 (2004) 419.

50 EGMR *United Communist Party of Turkey and others/Turkey*, Rn 57.

51 EGMR 13.11.2003, 39394/98, *Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH/Austria*, Rn 39 – 41.

52 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel and Morris/UK*, Rn 89.

53 EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Austria*, Rn 42.

54 Nach der Rsp des OGH fallen unwahre, diffamierende Tatsachenbehauptungen oder auf unwahren bzw nicht hinreichenden Tatsachenbehauptungen beruhende negative Werturteile oder Wertungsexzesse nicht unter den Schutzbereich des Art 10 EMRK (OGH 29.6.2011, 15 Os 175/10i). Meines Erachtens – anknüpfend an die Ausführungen zu Art 17 EMRK – birgt ein solcher Ausschluss von Meinungsäußerungen bereits auf Schutzbereichsebene, besonders im Falle von Werturteilen, die Gefahr, dass (bestimmte) Meinungsäußerungen aufgrund ihres Inhaltes, Wertes, Zwecks oder ihrer Richtigkeit vorzeitig ausgeschlossen werden. Es käme damit erneut zu Differenzierungen zwischen Meinungsäußerungen, die einerseits Auswirkungen auf den Rechtsschutz hätten und andererseits dem liberalen Grundgedanken der EGMR-Judikatur widersprächen. Dies beachtend, sollten (auch) solche Meinungsäußerungen auf Verhältnismäßigkeitsebene beurteilt werden.

55 Der EGMR ist bereit die Rolle eines *public watchdogs* nicht ausschließlich der Presse, sondern – sofern auf einer zutreffenden Faktenbasis sowie auf Grundlage von nachprüfbaren Informationen eine Frage von öffentlichem Interesse thematisiert wird – diese Aufgabe auch anderen Gruppen bzw. Individuen „[...] outside the mainstream [...]“ zuzugestehen. Siehe EGMR *Steel and Morris/UK*, Rn 89.

hinsichtlich der Erinnerungskultur an den Holocaust<sup>56</sup> – als *public figure*<sup>57</sup> zu interpretieren ist, hat sie diese Art der „Kritik“ nicht zu erdulden. Vielmehr handelt es sich um eine verstörende, verletzende und schockierende Meinungsäußerung, die als Gefahr für eine demokratische Gesellschaft zu qualifizieren ist, welche eine politische Debatte bewusst zerstört und somit ein Abwägen widerstreitender Interessen unmöglich macht. Eine Sanktion gegen diese Aktion steht im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung gem Art 10 Abs 2 EMRK und stellt daher keine Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung dar. Vielmehr entspricht diese Sanktionierung einem *pressing social need* und führt nicht zu einem *chilling effect*. Folgerichtig wäre gem Art 10 Abs 2 iVm Art 17 EMRK eine solche faktische Handlung nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt, die strafrechtliche Verfolgung daher verfassungsrechtlich zulässig.

Auch im zweiten Anlassfall stellt das *site defacement* der Webseite des WKR-Balles ein Werturteil dar. Das Abspielen der sowjetischen Hymne ist als Anspielung auf die Befreiung des Vernichtungslagers Auschwitz-Birkenau am 27.1.1945 durch sowjetische Truppen<sup>58</sup> zu interpretieren. 2012 fiel der WKR-Ball mit seinem problematischen Verhältnis zum Antisemitismus<sup>59</sup> mit dem stets am 27. Januar stattfindenden internationalen Holocaust-Gedenktag zusammen, gegen den sich der beschriebene Protest richtet. Somit besteht ein ausreichendes Tatsachensubstrat, welches dieses Werturteil – das Verunstalten der Website – rechtfertigt. Zudem wird durch diesen *Hack* die Rolle eines *public watchdog* übernommen, da eine öffentliche Debatte darüber initiiert wird, ob das Abhalten dieses Balles an diesem spezifischen Tag in der Hofburg, einem der repräsentativsten Gebäude der Republik Österreich, angemessen ist. Darüber hinaus kann der Wiener Korporationsring als *public figure* klassifiziert werden, welcher sich als öffentlich auftretender Organisator<sup>60</sup> einem höheren Maß an Kritik – das Verändern der eigenen Webseite – gefallen lassen muss.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass der *Hack* eine nachteilige Verwendung des Computersystems darstellt und somit in die Eigentumsfreiheit eingreift. Somit stellt sich die Fra-

---

56 Bspw APA, Buchpräsentation zu Gedenkstättenpädagogik in Österreich: Die ‚vergessenen Orte‘ als Ausgangspunkt für Erziehung zur Demokratie und Toleranz, 25.1.2012, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20120125\\_OTS0008/buchpraesentation-zu-gedenkstaettenpaedagogik-in-oesterreich](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20120125_OTS0008/buchpraesentation-zu-gedenkstaettenpaedagogik-in-oesterreich) (25.8.2020).

57 Der EGMR qualifiziert Personen bzw Interessensvertreter\*innen juristischer Personen als public figures, wenn sich diese an einer politischen Debatte beteiligen und akzeptiert bspw weitreichendere Kritik an Kandidat\*innen, politischen Parteien und deren Unterstützer\*innen im Zuge einer öffentlichen Debatte unmittelbar vor Wahlen EGMR 19.2.1998, 141/1996/760/961, *Bouman/UK*, Rn 39 ff sowie erweitert den Schutz für Meinungsäußerungen gegen public figures, wenn diese in einem politischen Kontext getätigt werden. Siehe EGMR 26.2.2002, 28525/95, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Austria*, Rn 41 ff.

58 UNESCO, International Holocaust Remembrance Day, 2020, <https://en.unesco.org/commemorations/holocaust-remembranceday> (24.7.2020).

59 Für mehr Informationen siehe DÖW, Nationalfreiheitlicher Antisemitismus, Jänner 2012, [www.doew.at/erkennen/rechtsextremismus/neues-von-ganz-rechts/archiv/jaenner-2012/nationalfreiheitlicher-antisemitismus](http://www.doew.at/erkennen/rechtsextremismus/neues-von-ganz-rechts/archiv/jaenner-2012/nationalfreiheitlicher-antisemitismus) (15.7.2020).

60 Siehe bspw APA, Wiener Korporationsball heuer im Zeichen von Freiheit und Demokratie, 19.1.2012, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20120119\\_OTS0063/](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20120119_OTS0063/) (24.7.2020).

ge, ob der Schutz des Computersystems des WKR iSd Eigentumsschutzes schwerer wiegt als die Eigentumsbeschränkung<sup>61</sup> durch den geäußerten Protest. Dies ist mE nicht der Fall. Zum einen dauerte diese Eigentumsbeschränkung weder über einen längeren Zeitraum an, noch wurde die Webseite unbrauchbar<sup>62</sup> gemacht. Es ginge aber zu weit, hier gar keinen Nachteil iS § 118a Abs 1 Z 2 StGB zu erblicken. Denn der mit dem *Hack* einhergehende Kontrollverlust der WKR-Webseite ist zweifellos ein solcher. Unabhängig davon stellt der unbefugte *Hack* fremder Computersysteme eine „beleidigende, schockierende und verstörende“ faktische Handlung iSd *Handyside*-Judikatur<sup>63</sup> dar, welche aber weder zu einer Absage noch zu einem eingeschränkten Verlauf des WKR-Balles führt. Somit überwiegt der Umstand, dass diese Aktion zwar als „beleidigende, schockierende und verstörende“ Meinungsäußerung zu sehen ist, diese eine politische Debatte jedoch nicht zerstört, sondern vielmehr – durch den beschriebenen Protest und die damit in Zusammenhang stehenden Implikationen – zu dieser beiträgt. Dieser *Hack* kann auch nicht gem Art 10 Abs 2 EMRK iVm Art 17 EMRK als Bedrohung für die Werte der EMRK gesehen werden, da es sich um eine gewaltlos geäußerte Kritik im Rahmen einer Debatte von öffentlichem Interesse handelt, die weder die Demokratie noch andere verfassungsrechtliche Grundfeste in Frage stellt.

Nichtsdestotrotz ist der widerrechtliche Zugriff auf Computersysteme mit nachteiliger systembezogener Verwendungsabsicht nach § 118a Abs 1 Z 2 StGB aufgrund des Fehlens eines Tatbestandausschlusses oder Rechtfertigungs- bzw Entschuldigungsgrundes, welcher eine zugrundeliegende politische Motivation vergleichbar mit jener in § 278c Abs 3 StGB<sup>64</sup> berücksichtigt, ausnahmslos strafbar. Diese umfassende Strafbarkeit führt betreffend den *Hack* der Webseite des WKR-Balles dazu, dass der Eingriff durch § 118a Abs 1 Z 2 StGB keinem *pressing social need* dient. Er ist weder iS der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung noch iS des Schutzes der Rechte anderer in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. Vielmehr unterbindet er den durch *Hacktivism* artikulierten Protest vollständig, was einem *chilling effect* gleichkäme.

Die Auseinandersetzung mit der Judikatur des EGMR zeigt, dass diese Art des Protests in einer demokratischen Gesellschaft möglich sein muss und daher den Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung genießt. Solange § 118a Abs 1 Z 2 StGB ohne Einbeziehung einer skizzierten (politischen) Motivation strafbar ist, widerspricht die Regelung Art 10 EMRK. Im Hinblick auf den insofern klaren Wortlaut<sup>65</sup>, der jeden intendierten

61 Eine detaillierte Beschreibung des Rechts auf Unverletzlichkeit des Eigentums siehe bspw *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Verfassungsrecht, 801 ff, mwN.

62 Für mehr Informationen siehe *DerStandard.at*, WKR.at erneut gehackt, 5.2.2012, [www.derstandard.at/story/1328162572867](http://www.derstandard.at/story/1328162572867) (27.8.2020).

63 Siehe dazu den Ausschnitt der englischen Originalfassung in Fn 31 „Freedom of expression [...] is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.“.

64 Siehe bereits oben Fn 14.

65 Interessanterweise signalisierte jüngst der OGH Bereitschaft, bei außergewöhnlich großem Beitrag zu einer Debatte von öffentlichem Interesse, vom klaren Wortlaut abzugehen, indem er die Formulierung „nicht öffentliche Äußerung“ iSd § 120 Abs 2 StGB entgegen dem Wortlaut nicht örtlich, sondern inhaltlich interpretierte. Siehe näher OGH 23.1.2020, 6 Ob 236/19b.

materiellen sowie immateriellen Nachteil umfasst, wäre eine verfassungskonforme (einschränkende) Interpretation des Straftatbestandes mangels nicht vorhandener Auslegungsvarianten des § 118a Abs 1 Z 2 StGB nicht möglich. Somit ist *Hacktivism* ausnahmslos und entgegen des im dargelegten Rahmen bestehenden Schutzes durch Art 10 EMRK strafbar, womit § 118a Abs 1 Z 2 StGB letzter Halbsatz als verfassungswidrig anzusehen ist.

### 3. *Hacktivism* = Neuvermessung des Rechts auf freie Meinungsäußerung?

Die juristische Betrachtung der beiden Fälle von *site defacement* spiegelt die Ambivalenz sowie die notwendige Differenzierung des Phänomens *Hacktivism* wider. Es hat sich gezeigt, dass *Hacktivism* zum einen zu einer politischen Debatte beitragen, zum anderen diese aber auch zerstören kann. Letzteres wird durch Art 17 EMRK verhindert. Jedoch ist mE der Ausschluss solcher Meinungsäußerungen bereits auf Schutzbereichsebene überschießend, da damit eine politische Debatte unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Diesem Grundgedanken sowie der Überzeugung radikaler Demokratietheorien, denen zufolge Protest ein Leitprinzip für die Weiterentwicklung von Demokratien darstellt, folgend, ermöglicht *Hacktivism* die Fortführung des ständig und immer wieder notwendigen Ausgleichs von widerstreitenden Interessen. Deshalb ist – im Einklang mit der Judikatur des EGMR – *Hacktivism* auf Verhältnismäßigkeitsebene zu beurteilen. Nur dann ist es möglich zu eruieren, ob es geeignet ist, als Protestform qualifiziert zu werden, welche den Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung genießt. Dies entspricht dem Verständnis des Gerichtshofs, der die EMRK als lebendiges Instrument begreift, welches er unter Berücksichtigung der jeweils aktuellen gesellschaftlichen Gegebenheiten auslegt, und dadurch den europäischen Menschenrechtsstandard laufend fortentwickelt.<sup>66</sup> Auch wenn *Hacktivism*, aufgrund des charakteristischen Eindringens in fremde Computersysteme, als beleidigende, schockierende und verstörende Meinungsäußerung zu qualifizieren ist, kann er – im skizzierten Rahmen – als eine ständige Fortentwicklung des Rechts auf freie Meinungsäußerung gesehen werden. Denn Widerspruch – unabhängig von der verwendeten Kommunikationstechnologie – und der damit verbundene stetig notwendige Ausgleich widerstreitender Interessen ist ein Kernstück einer freien politischen Debatte in einer demokratischen Gesellschaft und insofern keine Neuvermessung des Rechts auf freie Meinungsäußerung, sondern vielmehr ihre notwendige Konsequenz.

Mag. Mag. Elio Dalpra, PhD arbeitet als Universitätsassistent (post doc) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; elio.dalpra@univie.ac.at

---

66 EGMR 25.4.1978, 5856/72, *Tyren/UK*, Rn 31.

# Nicht so voreilig!

## Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Oö NSchG 2001

Monika Bucha

---

### 1. Entwicklung und Bedeutung des österreichischen Naturschutzrechts

Der Naturschutzbegriff erfuhr im Laufe der Geschichte eine fortlaufende Entwicklung: während mit der Regelung der Jagd und Fischerei im Mittelalter noch ein sehr *konkreter und objektbezogener* Schutz zur Bewahrung herrschaftlicher Besitzansprüche im Vordergrund stand,<sup>1</sup> liegt das moderne Verständnis darin, die Natur in *all ihren Erscheinungsformen* zu pflegen und zu bewahren.<sup>2</sup> Die erste Kodifikation dieses allgemeinen Schutzes fand sich ab dem Jahr 1939 in der Verordnung zur Einführung des Deutschen Reichsnaturschutzgesetzes wieder.<sup>3</sup> Ab dem Jahr 1952 wurde die Verordnung allmählich durch die Naturschutzgesetze der Länder, in der uns heute geläufigen Form, ersetzt.<sup>4</sup> Doch wieso ist das Naturschutzrecht so wichtig? Unsere stetig steigende Inanspruchnahme der Natur inklusive der immer intensiver werdenden landwirtschaftlichen Nutzung bringen den ökologischen Haushalt aus dem Gleichgewicht. Dies hat ua immense Auswirkungen auf die Artenvielfalt. So waren zwischen 2013 und 2018 mehr als drei Viertel der in der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)<sup>5</sup> genannten Lebensraumtypen in Österreich unter einem „ungünstigen Erhaltungszustand“ eingestuft.<sup>6</sup> Zudem war ein Rückgang der fliegenden Insekten in Deutschland um 75% zwischen 1989 und 2016 zu beobachten (für Österreich liegen keine Daten vor, jedoch ist davon auszugehen, dass der Rückgang hier in ähnlichem Ausmaß stattfand).<sup>7</sup> Diese dramatischen Zahlen verdeutlichen die Notwendigkeit, die Effektivität des Naturschutzes zu bewahren bzw zu verstärken.

Darüber hinaus trägt das Naturschutzrecht zur Verlangsamung des Treibhausgas effekts bei. So verhindert es nicht nur die unkontrollierte Rodung von Wäldern, die der Spei-

---

1 Vgl *Bußjäger*, Die Naturschutzkompetenzen der Länder (1995) 9, 12.

2 Vgl *Köhler*, Naturschutzrecht (2012) 5.

3 Vgl *Bußjäger*, Naturschutzkompetenzen 9, 12; Verordnung zur Einführung des Deutschen Reichsnaturschutzgesetzes im Lande Österreich GBl für das Land Ö 1939/245.

4 ZB für Niederösterreich das Naturschutzgesetz LGBl 1952/39.

5 FFH-RL 92/43/EWG ABl L 1992/206, 7.

6 Vgl *European Environment Agency*, Conservation status and trends of habitats and species, [www.eea.europa.eu/themes/biodiversity/state-of-nature-in-the-eu/article-17-national-summary-dashboards/conservation-status-and-trends](http://www.eea.europa.eu/themes/biodiversity/state-of-nature-in-the-eu/article-17-national-summary-dashboards/conservation-status-and-trends) (20.12.2020).

7 Vgl *Hallmann ua*, More than 75 percent decline over 27 years in total flying insect biomass in protected areas (2017), <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0185809> (1.11.2020).

cherung von CO<sub>2</sub> dienen, sondern auch die Trockenlegung und Drainage von Mooren, Sümpfen oder Feuchtwiesen.<sup>8</sup> Diese Sumpflandschaften speichern große Methanmengen, ein Gas, das nach seiner Freisetzung 28-mal klimaschädlicher ist als CO<sub>2</sub> und damit überproportional stark zur Erderwärmung beiträgt.<sup>9</sup> Insb in Anbetracht der langen Regenerationsdauer gerodeter Wälder und trockengelegter Feuchtlandschaften gilt es, die präventive Wirkung des Naturschutzrechts auch in diesem Bereich zu bewahren und zu fördern.

Da der Naturschutz gem der Auffangklausel nach Art 15 B-VG<sup>10</sup> Ländersache ist, können die einzelnen Naturschutzgesetze der Länder leicht voneinander abweichen.<sup>11</sup> Gleich ist ihnen jedoch eine gewisse Struktur, die sich auf materiell-rechtlicher Ebene in folgende vier Bereiche einteilen lässt: den Naturdenkmalschutz, den Landschaftsschutz, den (europäischen) Artenschutz sowie den (europäischen) Flächenschutz.<sup>12</sup> Diese Schutzvorschriften wären ohne einem formell-rechtlichen Konstrukt, das ihren wirksamen Vollzug garantiert, recht zahnlos. Für einen effektiven Verfahrensvorgang sorgen heute daher das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG)<sup>13</sup> sowie das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)<sup>14</sup>. Um ihre Entwicklung soll es, mit einem abschließendem Fokus auf ihr Zusammenspiel mit dem Naturschutzrecht, in den folgenden Absätzen gehen.

## 2. Das einheitliche Verwaltungsverfahrenrecht nach dem B-VG

Wirft man einen kurzen Blick in die Geschichte des österr Verwaltungsverfahrenrechts, so zeigt sich, dass sich im Zuge des Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts allmählich ein Konsens darüber etablierte, dass auch die Tätigkeit der Verwaltung eine Rechtsfunktion darstellt.<sup>15</sup> Die Einrichtung des VwGH im Jahr 1876 kann dabei als Meilenstein dieser Entwicklung betrachtet werden. Fünfzig Jahre später mündeten die von ihm entwickelten Grundsätze<sup>16</sup> eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens schließlich in der Erlassung eines Gesetzespakets (bekannt als: „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“), in dem das Allgemeine Verwaltungsgesetz von 1925<sup>17</sup> die wohl bedeutendste Rolle einnimmt.<sup>18</sup>

---

8 Vgl zB § 5 Z 12 Oö NSchG 2001 (Trockenlegungen) und § 5 Z 14 Oö NSchG 2001 (Rodungen).

9 Vgl *Umweltanwaltschaft*, Moore – Erhaltung und Sanierung (2009) 8, [www.ooe-umweltanwaltschaft.at/Mediendateien/Text\(5\).pdf](http://www.ooe-umweltanwaltschaft.at/Mediendateien/Text(5).pdf) (1.11.2020) iVm *Nelles/Serrer*, Kleine Gase – Große Wirkung. Der Klimawandel (2018) 37 mwN.

10 BGBl 1930/1 idF 2021/2.

11 Vgl *Bußjäger*, Österreichisches Naturschutzrecht (2001) 42 ff.

12 Vgl *Ehrenstein*, Naturschutzrecht in Österreich (2015) 20.

13 BGBl 1991/51 idF BGBl 2018/58.

14 BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2020/119.

15 Vgl *Schäffer*, 80 Jahre Kodifikation des Verwaltungsverfahrens in Österreich, ZÖR 2004, 285 (289).

16 Aufbereitung dieser bei *Tezner*, Handbuch des österreichischen administrativverfahrens (1896) passim.

17 BGBl 1925/274.

18 Vgl *Schäffer*, ZÖR 2004, 291 und 297.

Als Grund für die Erlassung eines einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetzes in Form des AVG kann nicht nur der nach dem Ende des Ersten Weltkriegs desolante Zustand der Staatskassen gesehen werden. Ebenso waren die Forderungen nach einer erhöhten Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit mit ein Treiber in der Vereinheitlichung und Vereinfachung der verfahrensrechtlichen Abläufe der Behörden. Dies sorgte für eine Entlastung der Bevölkerung, aber auch der Beamt\_innen. Jurist\_innen einer Bezirksverwaltungsbehörde mussten damit nicht mehr überlegen, ob sie nun als Naturschutz- oder als Wasserrechtsbehörde agierten – für sie galten in beiden Fällen grundsätzlich dieselben Verfahrensregeln gem AVG.<sup>19</sup>

Mit der Schaffung des AVG bzw mit der Schaffung des VwGVG wurde dem Bundes- bzw dem Landesgesetzgeber die Kompetenz entzogen, das Verfahrensrecht des jeweiligen Materiengesetzes eigenständig zu regeln. Eine Orientierung am AVG (grundsätzlich nur mehr relevant für Verfahren im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden) bzw am VwGVG war geboten, nur in bestimmten Fällen gemäß Art 11 Abs 2 bzw Art 136 Abs 2 B-VG durfte davon abgewichen werden. Im Fall des oö Natur- und Landschaftsschutzgesetzes 2001 (Oö NSchG 2001)<sup>20</sup> bedeutet dies, dass der oö Landesgesetzgeber – trotz seiner Kompetenz, den materiellen Inhalt des Gesetzes zu regeln – grundsätzlich nicht in der Lage war und ist, vom VwGVG abweichende naturschutzrechtliche Verfahrensregeln zu erlassen. Die *ex lege* aufschiebende Wirkung von Beschwerden ist Teil des allgemeinen österr Verwaltungsverfahrenrechts. Seinen prominentesten Niederschlag findet es in § 64 AVG mit Blick auf die Berufung gegenüber Behörden. Seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012<sup>21</sup> und der damit einhergehenden zweistufigen Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit finden sich die relevanten Bestimmungen hinsichtlich der Beschwerdeerhebung gegenüber Verwaltungsgerichten zudem in §§ 13 und 22 VwGVG. Die Naturschutzgesetze der Länder greifen zur Regelung ihrer Verwaltungsverfahren heute grundsätzlich auf das VwGVG zurück. Eine Ausnahme stellt die aufschiebende Wirkung gemäß § 43a Oö NSchG 2001 dar.

### 3. Die Einführung des § 43a Oö NSchG 2001 aus verfassungsrechtlicher Sicht

Mit der Novelle des Oö NSchG 2001 im Jahr 2014<sup>22</sup> kam es im Hinblick auf die aufschiebende Wirkung zu einer Verdrängung der sonst allgemein – und in den Naturschutzgesetzen der übrigen Länder weiterhin – geltenden §§ 13 und 22 VwGVG durch § 43a Oö NSchG 2001. Die aufschiebende Wirkung tritt damit nicht mehr automatisch ein, sondern erst nach einem *erfolgreichen* Antrag der beschwerdeführenden Partei bei der Behörde nach Abs 2 *leg cit*. Erfolgreich ist der Antrag nur dann, wenn der Gewäh-

19 Vgl Schäffer, ZÖR 2004, 286 ff.

20 LGBI 2001/129 idF 2020/125.

21 BGBl I 2012/51.

22 LGBI 2014/35.

rung der aufschiebenden Wirkung keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen sowie wenn es der beschwerdeführenden Partei gelingt glaubhaft zu machen, dass ihr (bzw der Natur) bei einem sofortigen Vollzug des angefochtenen Bescheids ein unverhältnismäßiger Nachteil drohe.<sup>23</sup>

Die Einführung des § 43a Oö NSchG 2001 samt der damit vorgenommenen Beweislastumkehr sorgte für negatives Aufsehen in der Naturschutz-Szene.<sup>24</sup> Mit Blick auf das rechtsstaatliche Prinzip<sup>25</sup> und die vom VfGH in stRsp geforderte „faktische Effizienz des Rechtsschutzes“<sup>26</sup> scheint die Kritik auch aus juristischer Sicht berechtigt. So ist die rechtzeitige Gewährung der aufschiebenden Wirkung von naturschutzrechtlichen Beschwerden in der Theorie zwar möglich, in der Praxis wird sie allerdings oft bereits daran scheitern, dass die Behörde bei der Entscheidung über den Antrag auf aufschiebende Wirkung lediglich an die 6-Monats-Frist nach § 73 AVG iVm § 17 VwGVG gebunden ist. So ließ sich die Bezirkshauptmannschaft (BH) Gmunden als Naturschutzbehörde knapp sechs Monate Zeit, um einen Antrag nach § 43a Abs 2 Oö NSchG 2001 schließlich abzuweisen.<sup>27</sup>

### 3.1. Keine Erforderlichkeit nach Art 136 Abs 2 B-VG

Den Erläuterungen zum LGBl 2014/35<sup>28</sup> zufolge ergebe sich die Kompetenz zur Änderung des Oö NSchG 2001 aus Art 15 Abs 1 B-VG. Dies mag zwar für den Großteil der im Oö NSchG 2001 enthaltenen Bestimmungen zutreffen, nicht jedoch für § 43a leg cit. Wie bereits unter Punkt 2 erläutert, liegt die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens seit der Schaffung des AVG bzw des VwGVG nicht mehr bei den Gesetzgebern des jeweiligen Materiengesetzes, in dem Fall also nicht mehr beim oö Landesgesetzgeber. Die Schaffung des § 43a leg cit durch den oö Landesgesetzgeber kann sich aus kompetenzrechtlicher Sicht auf Grundlage des Art 136 Abs 2 B-VG lediglich in zwei Fällen als rechtmäßig erweisen: nämlich I., wenn das VwGVG<sup>29</sup> selbst dazu ermächtigt,<sup>30</sup> oder II., wenn diese vom VwGVG abweichende Bestimmung zur Regelung des Gegenstandes unbedingt *erforderlich*<sup>31</sup> sind.<sup>32</sup>

---

23 BH Linz-Land 4.10.2019, BHLLAgrar-2019-317140/29-VM, [www.waldschutz-pasching.at/wp-content/uploads/19-10-04\\_Bescheid-Aufschiebende-Wirkung-NSch-Bescheid.pdf](http://www.waldschutz-pasching.at/wp-content/uploads/19-10-04_Bescheid-Aufschiebende-Wirkung-NSch-Bescheid.pdf) (1.11.2020).

24 Vgl *Naturschutzbund* OÖ, Stellungnahme zu § 43a Oö NSchG 2001 v 10.3.2014, [www.ooe-umwelthanwaltschaft.at/Mediendateien/stng\\_ngo.pdf](http://www.ooe-umwelthanwaltschaft.at/Mediendateien/stng_ngo.pdf) (1.11.2020) iVm *Österreichische Umwelthanwält\_innen*, Stellungnahme zur Novelle zum OÖ NSchG 2001 v 28.2.2014, [www.ooe-umwelthanwaltschaft.at/Mediendateien/Stellungnahme\\_alleUAnw.pdf](http://www.ooe-umwelthanwaltschaft.at/Mediendateien/Stellungnahme_alleUAnw.pdf) (1.11.2020).

25 Vgl VfSlg 1455/1952.

26 Vgl VfSlg 11.196/1986; jüngst VfSlg 20.239/2018.

27 BH Gmunden 25.5.2020, BHGMN-2017-467129/58-SW, als Verweis zu finden in [www.lvwg-ooe.gv.at/Entscheidungen/2020/551740\\_33.pdf](http://www.lvwg-ooe.gv.at/Entscheidungen/2020/551740_33.pdf) (1.11.2020).

28 Vgl 1051/2014 Blg Oö LT 27. GP 2.

29 So zB § 53 VwGVG.

30 Eine Ermächtigung zum Erlass des § 43a Oö NSchG 2001 liegt nicht vor.

31 „Unerlässlich“, vgl VfSlg 19.921/2014; vgl Art 11 Abs 2 B-VG.

32 Vgl *Lukan* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht<sup>19</sup> Art 11 B-VG Rz 13, 27.

Die nach Art 136 Abs 2 B-VG verlangte *Erforderlichkeit* wird in der Judikatur des VfGH sehr restriktiv ausgelegt.<sup>33</sup> Dabei bewertete der VfGH selbstständige Verfahrensregelungen, die einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vorsahen (und damit vom AVG oder vom VwGVG abwichen), meist nur bei besonders dringend oder wichtig erscheinenden Fällen als rechtskonform; so etwa bei der bestehenden Gefahr der Errichtung von Schwarzbauten oder beim drohenden Anstieg illegaler Glücksspielbetriebe.<sup>34</sup> Ob die vom oö Landesgesetzgeber in den Erläuterungen zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 43a Oö NSchG 2001 vorgebrachten Argumente ebenso überzeugend sind, ist fraglich und soll im Folgenden untersucht werden.

### 3.2. Die Domino-Taktik: Ersatz der sachlichen Rechtfertigung?

Den Erläuterungen zum LGBI 2014/35<sup>35</sup> zufolge diene der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 43a Oö NSchG 2001 „nicht zuletzt auch der Harmonisierung innerhalb der oberösterreichischen Gesamtrechtslage“ – weitere Gründe wurden nicht genannt. Nicht nur vermisst diese lapidare Argumentation jegliche Form von sachlicher Auseinandersetzung mit der Erforderlichkeit der Regelung nach Art 136 Abs 2 B-VG, sondern zeigt dabei auch eine gewisse Ironie: Beim Versuch der *landesweiten* Harmonisierung der Gesetzeslage wurde nämlich im selben Zug die vom Verfassungsgesetzgeber mit Art 136 Abs 2 B-VG angestrebte *bundesweite* Harmonisierung des Verwaltungsverfahrensrechts torpediert. So ist das Oö NSchG 2001 aktuell das einzige von neun Naturschutzgesetzen, das vom VwGVG abweicht und einen automatischen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vorsieht.

Das vom oö Landesgesetzgeber vorgebrachte Harmonisierungsargument kam nicht von ungefähr; im Jahr 2013 fanden tatsächlich zwei inhaltsgleiche Ausschlüsse der aufschiebenden Wirkung Eingang in die Oö Bauordnung 1994<sup>36</sup> sowie in das Oö Straßengesetz 1991<sup>37</sup>.<sup>38</sup> Ein Jahr später sollte nun auch das Oö NSchG 2001 denselben Weg einschlagen. Doch selbst wenn das Harmonisierungsargument demnach auf den ersten Blick plausibel klingen mag, so darf man nicht vergessen, dass es daneben eine Vielzahl von oö Landesgesetzen gibt, in denen sich die aufschiebende Wirkung weiterhin nach dem VwGVG richtet, so zB die anderen Umweltmaterien wie das Oö Jagdgesetz<sup>39</sup> oder das Oö Fischereigesetz 2020<sup>40</sup>. Wird der oö Gesetzgeber das Harmonisierungsargument erneut nutzen,

33 Vgl Lukan in Kneibls/Lienbacher (Hrsg), Bundesverfassungsrecht<sup>19</sup> Art 11 B-VG Rz 13 ff, 25 mwN.

34 Vgl VfSlg 17.346/2004 (Schwarzbauten) und VfSlg 20.216/2017 (Glücksspielbetriebe).

35 Vgl 1051/2014 Blg Oö LT 27. GP 29.

36 LGBI 1994/66 idF 2013/90.

37 LGBI 1991/84 idF 2013/90.

38 Vgl 1051/2014 Blg Oö LT 27. GP 29.

39 LGBI 1964/32 idF 2020/41.

40 LGBI 2020/41.

um den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden in eben genannten Gesetzen einzuführen, ohne die Erforderlichkeit nach Art 136 Abs 2 B-VG darzustellen?

Nicht nur der oö Landesgesetzgeber, auch das Oö LVwG hat es verabsäumt, die Erforderlichkeit des § 43a Oö NSchG 2001 sachlich zu begründen.<sup>41</sup> So legte es einen Gesetzesprüfungsantrag der Oö Umweltschutzkommission in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des § 43a Oö NSchG 2001 dem VfGH nicht vor, ua mit der Begründung, dass dieser bereits eine inhaltsgleiche Änderung in der Oö Bauordnung 1994 als nach Art 136 Abs 2 B-VG erforderlich bewertet<sup>42</sup> habe. Hier zeigt sich eine gewisse „Domino-Taktik“ in der Begründung des Oö LVwG. Die Prüfung der Erforderlichkeit des § 43a Oö NSchG 2001 bleibt aus dem Grund aus, weil der VfGH diese bereits bei einer inhaltsgleichen Regelung in der Oö Bauordnung 1994 als gegeben angesehen hat. Dass diese Argumentation erneut jegliche Form der sachlichen Auseinandersetzung mit der neuen Gesetzesmaterie vermisst, ist wohl offensichtlich.

#### 4. Die Einführung des § 43a Oö NSchG 2001 aus unionsrechtlicher Sicht

Die Naturschutzgesetze der Länder haben seit ihrer Einführung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts mehrere Novellierungen erfahren.<sup>43</sup> Änderungen brachten insb die Implementierung der Aarhus-Konvention (AarhK)<sup>44</sup>, der die EU im Jahr 2005 beigetreten<sup>45</sup> ist, sowie die Vogelschutz-RL<sup>46</sup> und die FFH-RL. Gemeinsam stellen die beiden RL die Ausgestaltung von Europaschutzgebieten sicher, die der Bewahrung bestimmter Tier- und Pflanzenarten sowie ihrer Habitate dienen. Ihr Schutz(gebiets)system wird auch als „Natura 2000-Programm“ bezeichnet.<sup>47</sup> Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 43a Oö NSchG 2001 wirkt sich demnach ebenso auf den unionsrechtlichen Naturschutz aus.

##### 4.1. Unionsrechtliche Vorgaben an die aufschiebende Wirkung

Laut Erläuterungen zum LGBI 2014/35<sup>48</sup> verstoße die Novelle des Oö NSchG 2001 nicht gegen das Unionsrecht. Dies trifft zwar auf den Großteil der vorgenommenen Änderungen im Oö NSchG 2001 zu, nicht jedoch auf den mit § 43a leg cit eingeführten Ausschluss der aufschiebenden Wirkung; die grundsätzlich bestehende Verfahrensautonomie der Mitglied-

---

41 Oö LVwG 27.7.2015, LVwG-5550561/2/SE/RP.

42 Vgl VfSlg 19.969/2015.

43 Etwa LGBI 1998/45 für Wien, mit dem das Wiener Naturschutzgesetz 1984 ersetzt und erstmals Europaschutzgebiete eingeführt wurden.

44 2161 UNTS 447.

45 Beschluss des Rates 2005/370/EG, ABl L 2005/124, 1.

46 Vogelschutz- RL 79/409/EWG ABl L 1979/103, 1 idF 2009/147/EG ABl L 2010/20, 7.

47 Vgl Köhler, Naturschutzrecht 8.

48 Vgl 1051/2014 Blg Oö LT 27. GP 3.

staaten ist nämlich unionsrechtlich durch den Grundsatz der Effektivität (Punkt 4.1.1.) sowie durch die Vorgaben an einen effektiven Rechtsschutz (Punkt 4.1.2.) beschränkt.<sup>49</sup>

#### 4.1.1. Der Grundsatz der Effektivität

Der in Art 4 Abs 3 EUV<sup>50</sup> geregelte Grundsatz der Effektivität fordert, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechtsordnung so gestalten, dass das Unionsrecht seine volle praktische Wirksamkeit (*effet utile*) entfalten kann.<sup>51</sup> So könnte sich in bestimmten Fällen mit Unionsrechtsbezug die Notwendigkeit ergeben, den Ausspruch der aufschiebenden Wirkung selbst dann zu gewähren, wenn die Voraussetzungen dafür auf nationaler Ebene gar nicht erfüllt sind. Umgekehrt könnte sich in solchen Fällen die Notwendigkeit ergeben, den Ausspruch der aufschiebenden Wirkung zu unterlassen, auch wenn die Voraussetzungen dafür auf nationaler Ebene grundsätzlich erfüllt wären.<sup>52</sup>

#### 4.1.2. Der europäische Rechtsschutz

Sowohl Art 19 EUV als auch Art 47 GRC<sup>53</sup> bieten natürlichen und juristischen Personen die Möglichkeit, nationale Maßnahmen und Unterlassungen im Anwendungsbereich des Unionsrechts wirksam vor Gericht anzufechten.<sup>54</sup> Dabei gelten Rechtsbehelfe nur dann als *wirksam*, wenn sie bevorstehende Rechtsverletzungen bei drohendem Zeitablauf effektiv verhindern können. Im Jahr 2012 hob der VfGH die in der GRC garantierten Rechte in Verfassungsrang.<sup>55</sup> Sie können seither iSv Art 144 B-VG im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden oder bilden gegebenenfalls einen Prüfungsmaßstab im Verfahren der generellen Normenkontrolle nach Art 139 und 140 B-VG.<sup>56</sup> Der uneingeschränkte Verweis auf das Unionsrecht in Art 47 Abs 1 GRC stellt sicher, dass nicht nur die in der Charta ausdrücklich genannten, sondern *alle* durch das Unionsrecht anerkannten Rechte und Freiheiten die Garantie eines wirksamen Rechtsbehelfs genießen.<sup>57</sup> Davon umfasst sind das unionsrechtliche Primärrecht sowie das nationale Recht, das seinerseits Unionsrecht umsetzt. Daneben gehören auch jene Rechte und Pflichten, die der EuGH im Wege der Rechtsfortbildung auf Basis völkerrechtlicher Verträge entwickelt hat, in den von Art 47 GRC erfassten Anwendungsbereich,<sup>58</sup> wobei hier aus naturschutzrechtlicher Sicht insb auf die AarhK hinzuweisen ist.

49 Vgl Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> Rz 31/4.

50 Vertrag über die Europäische Union BGBl III 1999/85.

51 Vgl Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht I* Art 4 EUV Rz 103 f.

52 Vgl Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>11</sup> Rz 753.

53 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, ABl C 2000/364, 1.

54 Vgl Gaitanides in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht I* Art 19 EUV Rz 60.

55 VfSlg 19.632/2012.

56 Vgl Frenz, *Handbuch Europarecht: Europäische Grundrechte IV* (2008) Rz 5013, 5016.

57 Vgl Eser/Kubiciel in Meyer/Hölscheidt (Hrsg), *GRC*<sup>5</sup> Art 47 Rz 18.

58 Vgl Eser/Kubiciel in Meyer/Hölscheidt (Hrsg), *GRC*<sup>5</sup> Art 47 Rz 18.

Die AarhK ist ein völkerrechtlicher Vertrag zur Förderung der Partizipationsfähigkeit der Öffentlichkeit in naturschutzrechtlichen Verfahren. Damit soll dieser, aber auch Bürgerinitiativen<sup>59</sup> und anerkannten Umweltorganisationen ermöglicht werden, Verstöße ua gegen das Naturschutzrecht und mögliche Missstände geltend zu machen.<sup>60</sup> Art 9 Abs 3 und 4 AarhK sehen vor, dass die Konventionsmitglieder – zu denen neben der EU auch Österreich<sup>61</sup> zählt – dabei einen „angemessenen und effektiven“ und – wenn nötig – „vorläufigen“ Rechtsschutz gewährleisten müssen. Nur so könne der Eintritt potenziell rechtswidriger und irreversibler Umweltschäden effektiv verhindert werden.<sup>62</sup>

In der Rs *Križan*<sup>63</sup> stellte der EuGH fest, dass ein dem europäischen Grundsatz der Effektivität und den Vorgaben des Art 9 Abs 3 und 4 AarhK entsprechender effektiver Rechtsschutz nur dann garantiert sei, wenn der potenziell gegen das Unionsrecht verstoßende Betrieb einer Abfalldeponie bis zum Erlass der Endentscheidung vorübergehend ausgesetzt werden könne. Zudem geht er in der Rs *Protect* davon aus, dass nationale Bestimmungen, die anerkannte Umweltorganisationen daran hindern, möglicherweise unionsrechtswidrige<sup>64</sup> Bewilligungsbescheide anzufechten, nicht den Anforderungen eines nach Art 47 GRCh iVm Art 9 Abs 3 und 4 AarhK wirksamen Rechtsbehelfs entsprächen.<sup>65</sup>

#### 4.2. Verfehlte Harmonisierung: Der zweischneidige Rechtsschutz im Oö NSchG 2001

Nach mehreren Novellierungen<sup>66</sup> finden sich die Vogelschutz-RL und die FFH-RL heute im Wesentlichen in der Gestalt der Europaschutzgebiete gem § 24 und der besonderen Pflanzen-, Pilz- und Tierarten gem § 27 im Oö NSchG 2001 wieder. Das innerstaatliche Verwaltungsverfahren, welches diese europäischen Rechtsgüter behandelt, muss demnach auch den europäischen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz entsprechen. § 43a Oö NSchG 2001 scheint diesen Anforderungen mit Blick auf die unter den Punkten 4.1.1. und 4.1.2. dargelegten Vorgaben nicht zu entsprechen. Bei unionsrechtskonformer Auslegung müssten daher Behörden diese Bestimmung des Oö NSchG 2001 unangewendet lassen und auf die Regelung des VwGVG zurückgreifen.

Gleichzeitig befinden sich im Oö NSchG 2001 eine Vielzahl an rein national geschützten Gebieten, Pflanzen und Tieren, die keinen Teil des Natura 2000-Programms darstellen. Verwaltungsrechtliche Verfahren, die diese Schutzgüter betreffen, müssen die hohen

---

59 Das Unionsrecht sieht (wie auch die AarhK) keine Verpflichtung zur Schaffung von Bürgerinitiativen vor; sieht das nationale Recht allerdings solche vor, ist ihnen das gleiche Recht wie anerkannten Umweltorganisationen zu gewährleisten, vgl VwGH 27.9.2018, Ro 2015/06/0008.

60 Vgl *Altenburger*, Die Aarhus Konvention, in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), Handbuch Umweltrecht<sup>3</sup> (2019) 379 (386).

61 BGBl III 2005/88 idF BGBl III 2014/58.

62 Vgl *Altenburger* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg) 386.

63 EuGH 15.1.2013, C-416/10, *Križan*, ECLI:EU:C:2013:8, Rz 105–110.

64 Möglicherweise gegen die Verpflichtungen aus Art 4 der RL 2000/60 verstoßend.

65 EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect*, ECLI:EU:C:2017:987, Rz 45 und 52.

66 Oö LGBl 2004/24, 2007/138, 2014/35 und 2019/54.

unionsrechtlichen Anforderungen an den Rechtsschutz demnach nicht erfüllen. Die nationalen Gerichte, die diese Schutzgüter behandeln, genießen uneingeschränkte Verfahrensautonomie bei der Abhandlung der sie betreffenden Verfahren; eine Anwendung des § 43a Oö NSchG 2001 wäre hier aus unionsrechtlicher Sicht unproblematisch.

Umgelegt auf ein konkretes Bsp könnte diese Zweiteilung zu folgendem Ergebnis führen: Einer Beschwerde gegen einen Bescheid, der die Drainage einer Feuchtwiese *außerhalb* eines Natura 2000-Gebiets und damit einen rein nationalen Sachverhalt betrifft, käme die aufschiebende Wirkung lediglich nach einem erfolgreichen Antrag gem § 43a Abs 2 Oö NSchG 2001 zu; einer inhaltsgleichen Beschwerde gegen einen Genehmigungsbescheid, der nun aber die Drainage einer Feuchtwiese *innerhalb* eines Natura 2000-Gebiets und damit einen unionsrechtlichen Sachverhalt betrifft, müsste den europäischen Anforderungen an den Rechtsschutz entsprechend sofort und automatisch zur aufschiebenden Wirkung führen.

Ebenso könnte das Schicksal einer gegen ein Bauprojekt im öö Naturschutzgebiet erhobenen Beschwerde uU lediglich davon abhängen, ob auf der geplanten Baufläche ein durch die FFH-RL geschütztes Haselmaus-Paar sein Habitat gefunden hat, oder aber ein Spitzmaus-Paar, das (noch) keinen unionsrechtlichen Schutzstatus erlangt hat.<sup>67</sup>

Die bloße Bewertung dessen, ob ein Gebiet oder eine Art über den nationalen Schutz hinaus auch über einen unionsrechtlichen verfügen soll, wäre damit entscheidend dafür, ob einer Beschwerde die nur bedingt zuzuerkennende aufschiebende Wirkung nach dem Oö NSchG 2001, oder die automatische nach dem VwGVG zukommt. Zwar käme es in beiden Fällen zu einer ex lege-Aufschiebung der Rechtskraft, jedoch sehen lediglich die Vorschriften des VwGVG parallel hierzu ebenso eine ex lege-Sperre des Vollzugs des Bescheids im Tatsächlichen vor, bis über die Beschwerde entschieden wurde. Ein bizarres und vom öö Gesetzgeber so wohl nicht gewolltes Ergebnis.

Um den eben analysierten Vorgaben des Unionsrechts nicht nur mit Hilfe einer unionsrechtskonformen Interpretation – in Form der Verdrängung des § 43a Oö NSchG 2001 durch das VwGVG –, sondern auch auf legislativer Ebene zu entsprechen, wäre eine Ergänzung zu § 43a Abs 1 Oö NSchG 2001 in Form eines Abs 1a erforderlich, der wie folgt lauten könnte:

„Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf Bewilligungsbescheide, die auf Grundlage von §§ 24 Abs 3 oder 29 Abs 1 erlassen wurden.“

Beschwerden gegen Bescheide, die sich auf den im Oö NSchG 2001 integrierten, unionsrechtlichen Naturschutz stützen, müssten damit explizit weiterhin in den Genuss der automatischen aufschiebenden Wirkung nach dem VwGVG kommen. So zeigt sich auch

---

<sup>67</sup> Vgl Anl 3 zur Oö Artenschutzverordnung LGBl 2003/73 idF LGBl 2020/54. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch eine Fallkonstellation, in der sich die Auswirkung auf unionsrechtliche Schutzgüter nur indirekt ergibt, indem etwa die selbst nicht unionsrechtlich geschützte primäre Nahrungsquelle einer unionsrechtlich geschützten Art massiv beeinträchtigt wird.

nach einer Analyse auf unionsrechtlicher Ebene wieder die, bereits unter Punkt 3.2. angesprochene, Ironie der Sache: Nämlich, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nach § 43a Oö NSchG 2001 statt zu der vom oö Landesgesetzgeber angestrebten Harmonisierung der oö Gesamtrechtslage zum Gegenteil, also einer Verkomplizierung derselben führen muss.

## 5. Fazit

Die aufschiebende Wirkung ist ein wesentlicher Bestandteil des effektiven Rechtsschutzes. Gerade im Naturschutzrecht ist es angesichts der häufigen Irreversibilität von Eingriffen besonders wichtig, den vorzeitigen Vollzug angefochtener Bescheide zu verhindern. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung im Oö NSchG 2001 ist aus zwei Gesichtspunkten als rechtswidrig zu bewerten: Erstens verstößt der Ausschluss aufgrund der mangelnden Darlegung seiner *Erforderlichkeit* gegen das Kodifikationsgebot nach Art 136 Abs 2 B-VG. Zweitens genügt die nach § 43a Abs 2 Oö NSchG 2001 nur bedingt zuzuerkennende aufschiebende Wirkung weder den verfassungsrechtlichen noch den unionsrechtlichen Vorgaben an einen effektiven Rechtsschutz. Mit Blick auf die Umsetzung des Natura 2000-Programms im Oö NSchG 2001 bedarf es aus unionsrechtlicher Sicht jedenfalls in diesen Bereichen einer Heranziehung des VwGVG und die Nichtanwendung des unionsrechtswidrigen § 43a leg cit. Die gänzliche Streichung des § 43a Oö NSchG 2001 wäre demnach – nicht zuletzt auch im Hinblick auf die damit erzielte Vereinfachung und Re-Harmonisierung des Verwaltungsverfahrenrechts – wünschenswert.

Monika Bucha, LL.M. BSc hat ihre Masterarbeit zur aufschiebenden Wirkung im Naturschutzrecht verfasst und ist Juristin in Wien; bucha.monika@gmail.com

# Thema: Recht und Politische Ökonomie

## Vorwort der Gastherausgeber\*innen

Gabriel M. Lentner / Hanna Palmanshofer / Antonia Reiss

---

Politik, Recht und Wirtschaft sind in komplexer Weise miteinander verzahnt. Es lohnt sich daher, sie nicht nur isoliert zu betrachten, sondern sie auch in ihrem Zusammenspiel zu analysieren. Wir greifen zu diesem Zweck einen jüngeren Diskurs auf, der an prominenten US-Universitäten unter dem Stichwort *Law and Political Economy* (LPE) geführt wird.<sup>1</sup> LPE-Ansätze vereint die Prämisse, dass Recht die Schaffung und Aufrechterhaltung politischer, sozialer und wirtschaftlicher Ungleichheiten sowie die Erodierung demokratischer Legitimitätszusammenhänge ermöglicht.<sup>2</sup>

Wirtschaft und Märkte werden durch Recht konstituiert. Wird Recht geändert, werden die Weichen für daran anknüpfende Verteilungs- und Machtverhältnisse neu gestellt. Dabei werden nicht nur klassische Rechtsinstitute wie Eigentum, Verträge und Gesellschaftsanteile erfasst. Auch vermeintlich neutrale Konstrukte, wie Geld,<sup>3</sup> werden erst durch Recht geschaffen, und können daher vielfältig ausgestaltet werden. Recht kann folglich dazu dienen, politische und strategische Interessen zu verschleiern, wenn es rein technisch und politisch neutral in Erscheinung tritt und daraus resultierende Verteilungsergebnisse als unvermeidlich präsentiert.<sup>4</sup>

Die Genese von LPE lässt sich in den US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Traditionen des Rechtsrealismus, der *Critical Legal Studies*, *Critical Race Theory* und *Feminist Legal Theory* verorten, hat sich also in einem speziellen Kontext vollzogen.<sup>5</sup> Daher wollen wir hier ganz bewusst keine begriffliche Definition oder Einordnung in den rechtswissenschaftlichen Kanon in Österreich vornehmen. Es handelt sich auch nicht um eine abschließende Darstellung des LPE-Diskurses. Vielmehr sollen einzelne Rechtsfra-

---

1 Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman, Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis, *Yale Law Journal* 2020, 1784. Weiterführend: <https://lpeproject.org/>.

2 Deakin/Gindis/Hodgson/Huang/Pistor, Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law, *Journal of Comparative Economics* 2017, 188; Kennedy, A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy (2016); Piketty, Kapital und Ideologie (2020).

3 Desan, *Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism* (2015).

4 Kennedy, Law in Global Political Economy in Kjaer (Hrsg) *The Law of Political Economy* (2020) 146 ff.

5 Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman, *Yale Law Journal* 2020, 1784.

gen im Lichte dieser Betrachtungsweise aufgegriffen werden. Damit wollen wir Ansatzpunkte und Denkanstöße für eine (heimische) Debatte über Recht und Politische Ökonomie liefern.

Mit den folgenden Beiträgen sollen zudem neue rechtspolitische Handlungsoptionen freigelegt werden. Denn, wenn erst einmal die konkrete konstitutive Wirkung des Rechts (zB im Zusammenhang mit globaler Ungleichheit) ins Blickfeld rückt, lassen sich vermeintliche Sachzwänge auflösen und damit gesellschaftlich relevante Fragen auf demokratischem Wege neu verhandeln.

Als Ausgangspunkt dient uns *Katharina Pistor*s Buch „The Code of Capital”.<sup>6</sup> Im ersten Beitrag stellt *Pistor* ihre Thesen vor und zeigt, wie durch Recht Kapital geschaffen und codiert wird: Danach werden Güter, seien es ein Stück Land, ein Versprechen oder auch Daten, mit staatlich durchsetzbaren Rechten ausgestattet, die ihren Inhaber\*innen einen relativen Vorteil gegenüber anderen verschaffen. Die eigentliche Codierung von Kapital liegt jedoch nicht nur in der Hand des Gesetzgebers, sondern in jener privater Rechtskundiger, deren Aufgabe es ist, das bestehende Regelwerk für ihre Mandant\*innen nutzbar zu machen. Dadurch wird die Verteilung von Vermögen beeinflusst – auf legale Weise. Doch nicht alles, was legal ist, folgert *Pistor*, ist mit demokratischen Grundprinzipien eines Verfassungsstaats vereinbar: Wenn Recht zum Werkzeug von Gewinnmaximierung wird, ohne Rücksicht auf die Auswirkungen auf das Gemeinwohl, wird auch das Vertrauen ins Recht, dem wichtigsten Ordnungsmittel einer Demokratie, zerrüttet.

Im Anschluss setzt *Leo Specht Pistor*s Theorien in den Kontext ökonomischer Analysen und der ihrem Ansatz vorausgegangenen Denkschulen. Auch er nimmt Ungleichheit in den Blick und zeigt auf, welche fundamentale Rolle das Recht in Instituten der Wirtschaft, wie Geld oder Kredit, einnimmt, die überwiegend als gegeben vorausgesetzt werden. *Pistor*s Thesen aufgreifend, liefert er Denkanstöße im Zusammenhang mit der Frage, auf welcher Grundlage gesellschaftliche Veränderung gedacht und experimentelle Ansätze dafür formuliert werden können.

Im dritten Beitrag widmet sich *Laura Knöpfel* der rechtlichen Verantwortung global agierender Unternehmen. Auch sie geht auf den Code des Kapitals ein, hier im Hinblick auf die rechtlichen Fiktionen rund um Unternehmen, Konzerne und Wertschöpfungsketten. Anhand eines Beispiels aus Kolumbien legt der Beitrag dar, wie sich in jüngeren Governanceprojekten positive Ansätze eines effektiven Verantwortungsregimes herausbilden können, die sich an der polit-ökonomischen Realität der globalen Unternehmung orientieren.

Mit *Roxana Vatanparast* begeben wir uns in die Welt des Digitalen. Der Beitrag arbeitet heraus, wie auch Daten, das vielzitierte Öl des Internetzeitalters, mittels Recht in Kapital umgewandelt werden und mit welchen Verteilungsergebnissen dies geschieht. Sie argumentiert, dass erst ein Verständnis des Zusammenspiels von Technologie, Recht und

---

6 *Pistor*, The Code of Capital (2019).

Ökonomie Wege bereiten kann, die herrschende Übermacht einiger weniger Datenriesen in der heutigen globalen Datenwirtschaft einzudämmen und über alternative Rechtsrahmen nachzudenken.

Im fünften Beitrag zeigt *Eirini Kikarea*, wie das internationale Investitionsschutzrecht den Schutz von Vermögenswerten privater Unternehmen gegenüber denjenigen von Staaten privilegiert. Dabei legt sie den Fokus auf staatliche Unternehmen (SOEs), zeichnet die Zurechnungsregeln der Staatenverantwortlichkeit nach und argumentiert, dass das *Corporate-Veil-Prinzip* im Gegensatz zu Privatunternehmen dann weniger erfolgreich war, wenn es darum ging, staatliches Vermögen gleichsam zu schützen. Daraus folgen negative Auswirkungen für nationale Entwicklungsstrategien insbesondere im Globalen Süden.

Schließlich beleuchtet *Love Rönnelid*, wie Rechtsdienstleister\*innen im internationalen Investitionsschutzrecht mittels strategischer Prozessführung eine Rechtmäßigkeitsvermutung von Prozesskostenfinanzierung erreicht haben. Der Beitrag zeigt dabei eindrücklich, wie und mit welchen Folgen vorhandene Strukturen der Schiedsgerichtsbarkeit im Investitionsschutzrecht genutzt wurden, um für internationale Investoren zusätzliches Kapital zu codieren.

Wie diese Abhandlungen zeigen, kann der LPE-Ansatz für verschiedene Rechtsfragen nutzbar gemacht werden. Insbesondere wenn man wachsender Ungleichheit begegnen und demokratische Teilhabe stärken möchte, müssen auch (Vor-)Verteilungseffekte von Normen und Rechtsinstituten durchleuchtet und ökonomische Theorien hinterfragt werden. *Law and Political Economy* gibt dafür die analytischen Instrumente in die Hand und macht deutlich, dass die polit-ökonomische Rolle von Recht neu gedacht werden muss. Hierfür bietet dieser Schwerpunkt – so hoffen wir – einen ersten Anstoß.

Dr. Gabriel M. Lentner ist Assistenzprofessor für Internationales Recht und Schiedsgerichtsbarkeit an der Donau-Universität Krems, TTLF Fellow an der Stanford Law School und war von September 2019–Juni 2020 als Gastforscher an der Harvard Law School tätig; gabriel.lentner@donau-uni.ac.at

Mag.<sup>a</sup> Hanna Palmanshofer, BA hat Theater- Film und Medienwissenschaft und Politikwissenschaft studiert, ist derzeit Studierende der Rechtswissenschaften in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; hanna.palmanshofer@univie.ac.at

Antonia Reiss, BA hat Politikwissenschaft studiert, ist derzeit Studierende der Rechtswissenschaften in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; antonia.reiss@univie.ac.at

# Die Codierung von Kapital

## Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit

Katharina Pistor

---

### 1. Was ist Kapital?

Der Begriff des Kapitals wird unterschiedlich definiert und verwendet. Für Ökonom\*innen ist Kapital neben Arbeit einer der beiden Produktionsfaktoren.<sup>1</sup> Für Jurist\*innen ist es der Geldwert der Einlage von Gesellschafter\*innen. Lange bevor *Karl Marx* „Das Kapital“ geschrieben hat, wurden das Vermögen der Händler\*innen und Handelsbanken als „Kapital“ bezeichnet.<sup>2</sup> *Marx* selbst fasste Kapital als ein soziales Verhältnis auf, das gekennzeichnet ist durch das Privateigentum der Kapitalist\*innen an den Produktionsmitteln einerseits und der Ausbeutung der Arbeiterklasse andererseits. Der erwirtschaftete Mehrwert kommt den Inhaber\*innen der Produktionsmittel zu, die es für weitere Kapitalvermehrung erneut investieren oder aber auch konsumieren können.<sup>3</sup>

Es spricht nichts dagegen, diese verschiedenen Definitionen in ihrem jeweiligen Kontext beizubehalten. Für eine allgemeine Theorie über die Entstehung und Funktion von Kapital bedarf es jedoch der Identifizierung der Mechanismen, die unterschiedliche Güter zu unterschiedlichen Zeiten in Kapital umgewandelt haben. Bei genauerem Hinsehen stellt sich heraus, dass die unterschiedlichsten Güter, die in Kapital umgewandelt wurden – von Land über Geld bis hin zu Finanzderivaten – einen gemeinsamen Code haben.<sup>4</sup> Eigentum, oder genauer Eigentumsrechten, kommt dabei, wie *Marx* richtig erkannt hat, eine zentrale Rolle zu. Eigentum ist aber nur ein „Modul“, wie ich die sechs Privatrechtsinstitute nenne, die über einen Zeitraum von mehr als 400 Jahren, dazu benutzt wurden, Kapital zu schaffen. Das Kreditsicherungsrecht, das Konkursrecht, das Gesellschaftsrecht einschließlich des aus dem *common law* stammenden *trust* sowie das Vertragsrecht haben ebenfalls dazu beigetragen.<sup>5</sup> Diese rechtlichen Module statten einfache Güter mit staatlich durchsetzbaren Rechten aus, wodurch ihren Inhaber\*innen ein relativer Vorteil gegenüber anderen ver-

---

1 Für einen Überblick über die unterschiedlichsten Konzeptualisierungen von Kapital siehe *Hodgson, Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future* (2015).

2 Hierzu *Braudel, Sozialgeschichte des 15.–18. Jahrhunderts: Der Handel* (1991) 248.

3 *Marx, Das Kapital* (1974) 188 ff.

4 Die Zusammenfassung beruht auf der detaillierteren Analyse in *Pistor, Der Code des Kapitals: Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft* (2020).

5 Der *trust* ermöglicht es, Vermögenswerte vor Gläubiger\*innen zu schützen, indem Verfügungsrechte und Vermögensrechten auf verschiedene Personen (den *trust* bzw den *beneficiary*) übertragen werden.

schafft wird. Kapital setzt sich somit aus zwei Komponenten zusammen: Aus einem Gut (einem Objekt, einem Versprechen, einer Idee) und dessen rechtlicher Codierung.

### 1.1. Die Attribute des Kapitals

Welchen Beitrag genau leisten die genannten Module? Sie verleihen einfachen Gütern rechtlich durchsetzbare Attribute, wie Priorität, Beständigkeit, Konvertibilität und Universalität. Priorität setzt eine Rangordnung privater Rechte voraus. Der oder die Inhaber\*in eines stärkeren Rechts kann dieses gegen andere durchsetzen. So geht Eigentum grundsätzlich vertraglichen Ansprüchen vor. Eigentümer\*innen können ihre Sachen von insolventen Schuldner\*innen herausverlangen und die anderen Gläubiger\*innen müssen sie gewähren lassen. Gesicherte Gläubiger\*innen wiederum gehen ungesicherten Gläubiger\*innen vor und ungesicherte Gläubiger\*innen müssen sich mit den Resten begnügen.<sup>6</sup>

Der Konkurs eines\*r Schuldners\*in ist somit ein guter Testfall für die Qualität rechtlicher Ansprüche, welche im Vorfeld geschaffen wurden. Es verwundert daher nicht, dass in jüngster Zeit das Konkursrecht selbst – auch in Europa – Schauplatz für neue Prioritätsrechte geworden ist. Zu nennen sind hier etwa die sogenannten *bankruptcy safe harbors*. Das sind Ausnahmeregelungen, die bestimmte Gläubiger\*innen von den Regeln des Konkursrechts befreien. So können Inhaber\*innen von Derivativen und Repos ihre Ansprüche gegen insolvente Schuldner\*innen auch nach Einleitung des Konkursverfahrens noch saldieren; ein Privileg, das anderen Gläubiger\*innen nicht vergönnt ist.<sup>7</sup>

Prioritätsrechte erlauben es Eigentümer\*innen, ihre Sachen nicht nur nach Belieben zu nutzen und zu veräußern, sondern sie auch zu besichern oder im Falle der Insolvenz vor Verlusten zu schützen. Letztlich aber reichen Prioritätsrechte allein nicht aus, Güter gegen den Zugriff von Gläubiger\*innen zu schützen: Die Hauseigentümer\*innen, die ihre Schulden nicht begleichen können, werden ihre Heime an ihre Gläubiger\*innen verlieren.

Dieses Risiko kann jedoch durch den geschickten Einsatz anderer Rechtsinstitute, wie der juristischen Person oder des *common law trust* gemindert werden, die den Hauseigentümer\*innen größere Beständigkeit verleihen. Durch die Verteilung von Vermögenswerten auf eine oder mehrere juristische Personen, werden diese vor dem Zugriff *mittlbarer* Gläubiger\*innen geschützt. Die Gläubiger\*innen einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft können nicht auf die Gesellschafter\*innen durchgreifen, wenn die Aktiva der Gesellschaft nicht ausreichen, um ihre Ansprüche zu befriedigen. Umgekehrt haben die persönlichen Gläubiger\*innen des Gesellschafters bzw der Gesellschafterin keinen Zugriff auf das Kapital des Unternehmens. Mittels einer einfachen rechtlichen Fiktion – der juristischen Person – können Vermögensmassen voneinander abgegrenzt werden. So können riskante Operationen auf eine Tochtergesellschaft einer Unternehmensgruppe

6 Diese Rangordnung ergibt sich aus den Prioritätsvorschriften nationaler Konkursordnungen.

7 Siehe Art 4 der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 6.6.2002 über Finanzsicherheiten, Abl EG L 168/43.

verlagert werden, die im Falle ihrer Insolvenz abgestoßen werden kann, ohne dabei das Vermögen der Muttergesellschaft oder ihrer Gesellschafter\*innen zu gefährden. Das kann man als effiziente Nutzung rechtlicher Institutionen für die Vermehrung von Kapital bezeichnen – oder als ineffiziente Lizenz, Risiken zu externalisieren. Für die Codierung von Kapital ist vor allem der Umstand von Bedeutung, dass Vermögenswerte geschützt werden, indem sie rechtlich inkubiert werden und dadurch ihre Vermehrung und das Vermögen ihrer Inhaber\*innen gefördert werden.<sup>8</sup>

Für Finanzinstrumente wie Wechsel, Schuldverschreibungen, Pfandbriefe oder Kreditderivative wird Bestandsschutz durch Konvertibilität erreicht. Das Attribut der Konvertibilität setzt die Übertragbarkeit eines Anspruchs voraus, was aus historischer Sicht keine Selbstverständlichkeit ist, geht aber darüber hinaus. Konvertibilität vermittelt die Option, ein Finanzinstrument gegen ein sichereres Instrument einzutauschen oder jedenfalls eine Nachsicherung in der Form von Bargeld zu verlangen, etwa in der Form von *margin calls*.<sup>9</sup> Welche Bedeutung derartigen Forderungen zukommt, wird immer dann sichtbar, wenn die Finanzmärkte kriseln. Dann wird verkauft, was in guten Zeiten Rendite abwarf, aber nun droht an Wert zu verlieren, und gegen solide Staatsanleihen oder Bargeld eingetauscht. Manche Marktteilnehmer\*innen haben direkten Zugriff auf staatliches Geld. Banken können von den Zentralbanken Kredite anfordern, wann immer sie unter Liquiditätsknappheit leiden. Die Knappheit an US-Dollar in globalen Finanzkrisen veranschaulicht die Hierarchie der Finanzsysteme sowie das Bestreben, Finanzinstrumente bei den Zentralbanken als Sicherheit anzubieten, denn bekanntlich vergeben Zentralbanken Kredite nur gegen Sicherheit. Denn das einzig wirklich liquide Finanzinstrument ist das Geld, das Staaten ausgeben, die sich ihre monetäre Souveränität bewahrt haben.<sup>10</sup>

## 2. Privatrecht und Staatsgewalt

Der moderne Staat zeichnet sich durch die Monopolisierung von Gewalt aus, wie *Max Weber* ausgeführt hat.<sup>11</sup> Die Rechtsordnung kann als Institutionalisierung dieses Gewaltmonopols aufgefasst werden. Sie bestimmt, wer unter welchen Voraussetzungen von diesem Gewaltmonopol Gebrauch machen kann. Grundsätzlich kommt das Gewaltmonopol dem Staat zu, und zwar gegenüber seinen Bürger\*innen und anderen natürlichen und juristischen Personen, die in seine Jurisdiktion fallen. Die Rechtsordnung gewährt aber auch Privatpersonen Zugriff auf das Gewaltmonopol, um zu handeln, Kredite aufzunehmen, Unternehmen zu gründen, kurz: um ihre Privatrechtsverhältnisse zu regeln.

---

8 Siehe hierzu im einzelnen *Pistor*, Code des Kapitals, Kapitel 3 „Das Klonen juristischer Personen“.

9 *Margin* oder *collateral calls* erlauben es einer Partei, Bargeld einzufordern, um Risiken, die durch Wertverfall eingetreten sind, aufzufangen.

10 Siehe hierzu auch *Pistor*, From Territorial to Monetary Sovereignty, Theoretical Inquiries in Law 2017, 491.

11 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922/1980) 551 (561).

Nicht alle Versprechen, die Menschen einander machen, sind rechtlich codiert. Soziale Normen werden nicht mit Gewalt durchgesetzt, sondern beruhen auf komplexen Prozessen der Norminternalisierung sowie deren informeller Durchsetzung. Aber erst mit Hilfe staatlichen Rechts wurden Wirtschaftsbeziehungen skalierbar, so dass Parteien über große Distanzen und ohne sich auf Mittelspersonen verlassen zu müssen, miteinander handeln, da sie sich auf die rechtliche Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche verlassen können.

### 2.1. Die inhärente Formbarkeit von Privatrechtsinstituten

Privatrecht ist weitgehend formbares Recht. Da wirtschaftliches Handeln in regionalen, nationalen und globalen Märkten auf Recht beruht, muss Recht auf Entwicklungen im Wirtschaftsleben reagieren und dieses gestalten können. Die Formbarkeit des Privatrechts bedeutet, dass Rechtskundige die Module des Codes immer wieder für neue Güter anpassen können, bzw im Falle der Immaterialgüter mit ihrer Hilfe neue Rechtsgüter schaffen können. Manche Module des Codes unterliegen einem Formzwang; zB können Eigentumsrechte nicht beliebig vermehrt werden, denn für sie gilt der Numerus Clausus. Dennoch bleibt den Anwäl\*innen ausreichend Spielraum, durch kreative Gestaltung von Transaktionen, neue Vermögenswerte für ihre Mandant\*innen zu schaffen. Juristische Personen lassen sich mittlerweile auch in Europa kostengünstig gründen. Und die an sich sachenrechtlichen Rangordnungen können auch vertraglich vereinbart werden, um eine Reichweite zu erzielen, die der Universalität sachenrechtlicher Positionen jedenfalls nahekommt. So lassen sich mit Hilfe von Standardverträgen sowie der Einschaltung von Treuhänder\*innen Verträge gleichen Inhalts mit hunderten, wenn nicht tausenden Investor\*innen abschließen. Die Verwendung von Informationstechnologien hat dies noch weiter erleichtert. Internetnutzer\*innen schließen ohne zu Zögern rechtswirksam Verträge ab, die sie niemals gelesen haben (und für deren Lektüre sie nicht die Zeit hätten), um Zugang zu einer Plattform zu bekommen.

Darüber hinaus kann privatrechtliche Gestaltung zur Vermeidung von Kosten zwingenden Rechts eingesetzt werden. So kann eine Tochtergesellschaft durch Rechtswahl einer anderen Gerichtsbarkeit unterworfen werden als die Muttergesellschaft. Sodann können Geschäfte auf die Tochtergesellschaft übertragen werden, die im Rahmen der für sie geltenden nationalen Rechtsordnung nicht reguliert sind. Das funktioniert selbst dann, wenn die Tochter aus den gleichen Büroräumen operiert wie die Muttergesellschaft. Das war nicht immer so. Aber im Zuge der Globalisierung wurde der Privatautonomie, dh der Möglichkeit, das Recht an das man gebunden ist, selbst zu wählen, ein immer größerer Spielraum eingeräumt. In Europa hat die Rechtsprechung des EuGH seit der *Centros* Entscheidung im Jahre 1999 hierfür den Weg geebnet. Danach können die Mitgliedstaaten nur in Ausnahmefällen verlangen, dass juristische Personen aus anderen Mitgliedstaaten sich bei Zuzug neu gründen, bzw sich inländischen Regeln unterwerfen müssen.

## 2.2. Verteilungseffekte der rechtlichen Codierung des Kapitals

Die sechs Module, die für die rechtliche Codierung von Land, Schulden, Unternehmen und Wissen als Kapital eingesetzt wurden und werden, haben eine lange Geschichte. Manche lassen sich bis auf das römische Recht zurückführen. Dies gilt insbesondere für das Vertrags- und Eigentumsrecht, aber auch für die Grundlagen der juristischen Person.<sup>12</sup> Andere sind etwas jüngeren Datums, aber lassen sich je nach Rechtssystem auf das später Mittelalter bzw die frühe Neuzeit zurückführen, so der common law *trust* oder das Konkursrecht.<sup>13</sup> Ihre Bedeutung als Module für die Kodierung von Kapital wurde erst im Laufe der Zeit erkannt, in einem evolutiven Prozess, der nicht geplant war, jedoch auch nicht gänzlich dem Zufall zugeschrieben werden kann.

Im Streit um die Einhegung („*enclosures*“) von Land, also die Privatisierung von Land zur landwirtschaftlichen Nutzung, in England obsiegten letztlich die *landlords* gegenüber den *commoners*.<sup>14</sup> Die juristische Person, für deren Errichtung es noch bis spät ins 19. Jahrhundert hinein einer staatlichen Genehmigung bedurfte, verschaffte Unternehmen die Möglichkeit, die Risiken ihrer Operationen auf dutzende, wenn nicht hunderte von Rechtspersonen zu verteilen und im Falle des Schadenseintritts zu externalisieren.<sup>15</sup> Die Verbriefung von Hypotheken, die zunächst durchaus die Kosten von Krediten verringert hat, wurde als Mittel zur Herstellung maßgeschneiderter Finanzinstrumente für verschiedene Investor\*innengruppen erkannt und eingesetzt.<sup>16</sup> Die Schuldner\*innen, welche ihre Grundstücke mit Hypotheken belasteten, wurden von Nutznießer\*innen dieser Instrumente zu deren Quelle. Und Patentrechte, deren eigentlicher Zweck Erfindung und Fortschritt sein sollen, wurden als Mittel eingesetzt, um Datenmonopole zu kreieren, aus denen man über weitaus größere Zeiträume Gewinn schöpfen kann.<sup>17</sup> Einfache Kredite wurden Derivativen im Konkursverfahren untergeordnet, mit der Folge dass einfache Kreditgläubiger\*innen einem höheren Ausfallrisiko ausgeliefert waren.<sup>18</sup> Nicht oder nur sehr spät rechtlich kodiert wurden demgegenüber Gemeinschaftsgüter, wie die Nutzungsrechte indigener Völker an Grund und Boden. Eine Entschädigung für die systematische Enteignung, die dieser Anerkennung vorausgegangen war, hat nicht stattgefunden.<sup>19</sup>

Die Verteilung von Vermögen ist in all diesen Fällen auf die Anerkennung bzw Aberkennung von rechtlichen Ansprüchen zurückzuführen. Sie war somit legal. Aber es lässt sich

---

12 Grundlegend *Watson*, Roman Law & Comparative Law (1991).

13 Siehe *Levinthal*, The Early History of Bankruptcy Law (1918) sowie *Fratcher*, Uses of Uses (1969).

14 *McDonagh*, Making and Breaking Property: Negotiating Enclosure and Common Rights in Sixteenth-Century England, History Workshop Journal 2013, 32.

15 *Pistor* et al, The Evolution of Corporate Law: A Cross-Country Comparison, University of Pennsylvania Journal of International Law 2002, 791 sowie *Pistor*, Code des Kapitals, Kapitel 3.

16 Siehe hierzu *Pistor*, Code des Kapitals, Kapitel 4 mwN.

17 Hierzu insbesondere *Pistor*, Code des Kapitals, Kapitel 5.

18 *Morrison/Riegel*, Financial Contracts and the New Bankruptcy Code: Insulating Markets from Bankrupt Debtors and Bankruptcy Judges, American Bankruptcy Institute Law Review 2005, 641.

19 Siehe hierzu die Diskussion des Rechtsstreits der Maya gegen die Regierung von Belize in *Pistor*, Code des Kapitals, Kapitel 2.

kaum verkennen, dass die Gewinner\*innen dieser Verteilungskonflikte bereits zu Beginn der Kodierung die stärkeren Parteien waren – wenn auch nur, weil sie sich die besseren Anwälte\*innen leisten konnten.

Mittlerweile sind Immaterialgüter, also Güter, die ihre Existenz selbst dem Recht verdanken, die wichtigsten Kapitalgüter.<sup>20</sup> Sie haben den Charme, dass sie nicht den gleichen Knappheitsregeln wie Land unterliegen. Gleichzeitig hat der Zugang zur rechtlichen Codierung größere Bedeutung als je zuvor. Die Inhaber\*innen von Kapital verdanken ihr Vermögen dem Recht – und dies ist ein soziales, kein privates Gut.

### 3. Kapital im globalen Kontext

Die privatrechtlichen Module des Kapitals sind nationalen Rechtsordnungen eigen, und es gibt für sie auf globaler Ebene kein Äquivalent. Es gibt keinen globalen Staat und auch kein globales Privatrecht. Dennoch lässt sich die Existenz einer globalen kapitalistischen Wirtschaftsordnung nicht leugnen. Theoretisch wäre es denkbar, dass eine einzige nationale Rechtsordnung mit ihren privatrechtlichen Modulen eine globale kapitalistische Wirtschaftsordnung stützt. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass alle anderen Staaten diese Module anerkennen und ihre Gerichte, die sich daraus ergebenden Ansprüche durchsetzen. Tatsächlich lässt sich der globale Kapitalismus, insbesondere der Finanzkapitalismus, im Wesentlichen auf zwei Rechtsordnungen zurückführen: Auf das englische sowie das amerikanische Recht. Unternehmen, einschließlich Finanzintermediäre, die nach dem Recht dieser Jurisdiktion gegründet wurde, sowie von diesen emittierten Finanzinstrumente können auch in anderen Ländern tätig sein und deren Finanzinstrumente können dort auch gehandelt werden. Zwar können öffentlich-rechtliche Regelungen den Unternehmen Bedingungen und Schranken auferlegen, doch sind diese Möglichkeiten begrenzt: In der EU gilt der freie Kapitalfluss – und für die Mitglieder der Welthandelsorganisation der freie Dienstleistungsverkehr, auch in der Finanzwelt.

Das Verhältnis von modulierbarem Privatrecht auf der einen und dem, durch Verfassungsrecht und internationale Vereinbarungen, rigideren öffentlichen Recht führt zu einem Ungleichgewicht, das sich in der ungleichen Verteilung von Vermögen widerspiegelt. Kapitalgüter können ohne allzu großen bürokratischen Aufwand mit Hilfe privatrechtlicher Module aus verschiedenen Rechtsordnungen neu geschaffen werden. Die meisten regulativen Beschränkungen, einschließlich global abgestimmter Finanzregulierungen, sind für die Emittent\*innen dieser Güter bestimmt, nicht für die Kapitalgüter selbst. Daher konnte sich das sogenannte Schattenbankwesen ausbreiten, ohne auf regulative Grenzen zu stoßen: Es nutzte die privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, um jenseits regulierter Banken ein aus Vertrag, Kreditsicherheiten, *trusts* und juristischen Personen bestehendes, dezentrales Bankwesen zu schaffen.

---

<sup>20</sup> Anders *Haskell Westlake*, *Capitalism without Capital: The Rise of the intangible Economy* (2018), die Immaterialgüter nicht als Kapital bezeichnen, weil sie immateriell sind.

Es bedarf stets einer substanziellen Krise, um Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden aufzurütteln. Sie reagieren typischerweise durch den Erlass neuer Regelungen, aber sehen meist nicht, dass die tieferen Ursachen für die Krisen in der Schaffung von Kapital durch die Rekombination rechtlicher Module liegen. Durch die Übertragung althergebrachter Codierungsstrategien auf neue Güter, und zwar zunehmend auf Güter, wie bspw. Immaterialgüter, die ihre Existenz selbst dem Recht verdanken, wird Vermögen geschaffen, dessen Wert letztlich davon abhängt, dass sie tatsächlich durchgesetzt werden können. In Krisenzeiten stellt sich aber oftmals heraus, dass eine Vielzahl rechtsverbindlicher Versprechen Erwartungen schürt, die sich nicht realisieren lassen, schon gar nicht, wenn alle gleichzeitig versuchen, ihre Rechte durchzusetzen.<sup>21</sup> Als Beispiel lässt sich die Verbriefung von Hypotheken anführen. Die Nachfrage nach diesen Finanzgütern durch Investor\*innen hat dazu geführt, dass Kredite zunehmend auch an kreditunwürdige Schuldner\*innen vergeben und mit Grundstücken besichert wurden, deren Wert fragwürdig war. Die rechtliche Verpackung dieser Kredite als verbrieftes Wertpapier, hat diese ökonomische Realität überspielt. Wenn das Vertrauen darauf, dass gehandelte Papiere sich auch wirklich verwerten lassen schwindet, kommt es zur Krise, die sich dadurch auszeichnet, dass Investor\*innen ihre Werte verkaufen und sie so in staatliches Geld, das seinen nominalen Wert hält, eintauschen. Um kollabierende Märkte zu stabilisieren, muss das Recht selbst gedehnt und teilweise sogar suspendiert werden. Denn die gleichzeitige Durchsetzung eines Großteils der Rechtsansprüche, die vor der Krise geschaffen wurden, führt notwendig zur Destabilisierung, wenn nicht zur Selbsterstörung des Systems. Indem Intermediäre und Vermögensgüter zeit- bzw. teilweise von rechtlichen Regelungen freigestellt werden, ihnen Liquiditätshilfe gegeben wird, auf die sie keinen Anspruch hatten, Intermediären, die keine Banken sind bzw. waren und nie als solche reguliert wurden, dennoch Zugang zu Zentralbanken eingeräumt wird, wird das System stabilisiert. Ohne die Grundfesten der Codierung des Kapitals neu zu ordnen, werden durch diese Maßnahmen jedoch die Grundlagen für die nächste Krise geschaffen.

#### 4. Die (Damen und) Herren des Code

Wie dargelegt, beschreibt die Codierung des Kapitals einen Prozess, in dessen Verlauf ausgewählte Güter mit rechtlichen Attributen, nämlich Priorität, Beständigkeit, Konvertibilität und Universalität, ausgestattet werden, die diese einfachen Güter zu Kapitalgütern machen. Anders als die Kodifizierung, die einen *gesetzgeberischen* Prozess beschreibt, liegt die Codierung von Kapital in der Hand privater Rechtskundler: der Anwalt\*innen und Jurist\*innen. Ihre Aufgabe ist nicht, Regeln zu verabschieden, die für alle gleichermaßen gelten und dem Sozialwohl dienen sollen. Für sie gilt es, das bestehende Regelwerk für ihre Mandant\*innen nutzbar zu machen. Die erfolgreiche Codierung von Kapital setzt voraus, dass das Produkt als legal anerkannt wird. Denn nur so kann sicher-

---

<sup>21</sup> Zu diesem Phänomen des „law-and-finance-paradox“, siehe bereits *Pistor*, *Law in Finance*, *Journal of Comparative Economics* 2013, 311.

gestellt werden, dass die codierten Produkte Abnehmer\*innen finden und somit die codierten juristischen Personen ihren Zweck als Schutzschild erfüllen.

Das Privatrecht bietet umfangreichen Handlungsspielraum für Jurist\*innen, die die Spielregeln verstehen. Während im Strafrecht der Grundsatz gilt, dass ein Täter bzw eine Täterin nur für Taten bestraft werden kann, die zum Tatzeitpunkt bereits Straftaten waren, wird das Privatrecht vom Grundsatz der Gestaltungsfreiheit (Dispositivität, Privatautonomie) bestimmt. Die Parteien können sich auf gesetzliches dispositives Recht stützen, müssen es aber nicht. Nur zwingendes Recht schränkt ihre Privatautonomie ein. Beim Eigentumsrecht gilt grundsätzlich Typenzwang, doch Ausnahmen, wie das Anwartschaftsrecht, bestätigen die Regel.<sup>22</sup>

Dies alles muss gewusst und gelernt sein. Und das passiert nicht im Studium, auch nicht im Gerichtsjahr bzw in Deutschland der Referendarstation oder einem *clerkship* im anglo-amerikanischen Bereich bei Richter\*innen oder Staatsanwält\*innen, sondern in den Anwaltskanzleien. Das Interesse der Mandant\*innen ist hier oberstes Gebot und die besten Anwält\*innen zeichnen sich dadurch aus, dass sie neue Codierungsstrategien entwickeln, die es erlauben die Interessen der Mandant\*innen zu maximieren, ohne dabei mit dem Recht in Konflikt zu kommen.

Die modernen Anwaltskanzleien sind wesentlich unabhängiger von einzelnen Mandant\*innen als sie es noch vor wenigen Jahrzehnten waren. Ihre Macht beruht nicht auf Langzeitbeziehungen mit erlesenen Mandant\*innen, sondern auf ihrer Fähigkeit, für ein wechselndes Klientel neue Codierungsstrategien für Kapital zu entwickeln und diese auf verschiedene Güter und Zwecke zurecht zu schneiden. Bestes Anschauungsmaterial ist die Entwicklung des Schattenbankenwesens, das zeigt, dass Bankgeschäfte nicht notwendig durch Banken ausgeübt werden müssen, sondern sich mit Hilfe des Moduls des Kapitals entzerren und auf eine Kette von Marktakteuren übertragen werden kann, die alle keinen bankrechtlichen Regelungen unterliegen. Sie herrschen nicht über Kapital, aber sie beherrschen die Kunst, mit Hilfe des Rechts Kapital zu schaffen.

## 5. Recht, Kapital und Demokratie

Der Umstand, dass Kapital seine Grundlage im Recht findet und die Anwält\*innen als die Damen und Herren des Codes Recht einsetzen, um ihren Mandant\*innen Vermögen zu verschaffen, das rechtlich geschützt ist, ist an sich nicht problematisch. Das wird es aber dann, wenn die rechtliche Codierung von Kapital sich weitgehend außerhalb demokratischer Verfahren und Normenkontrolle bewegt. Nicht alles, was formell legal ist, ist gerecht oder mit den Grundprinzipien einer demokratischen Verfassungsordnung vereinbar.<sup>23</sup>

Eine demokratische Selbstbestimmung bedeutet Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung innerhalb dieser Ordnung. Dies setzt voraus, dass alle Akteur\*innen dem selbstgesetzten

---

22 Die Anwartschaft beruht im deutschen Recht auf Richterrecht und gibt ihrem Inhaber einen quasi-dinglichen Anspruch auf eine Sache oder ein Recht.

23 Siehe hierzu insbesondere Kapitel 9 in *Pistor, Code des Kapitals*.

Recht gleichermaßen unterworfen sind und den gleichen Zugang zur Rechtsgestaltung haben. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich; das ist eine Grundnorm moderner verfassungsrechtlicher Ordnungen. Dabei wird in der Regel an das staatliche gesetzte Recht, insbesondere das Straf- und Verwaltungsrecht gedacht, nicht an das Privatrecht, das aber ebenfalls auf staatlicher Gewalt beruht. Mit Hilfe des Privatrechts können neue Kapitalgüter geschaffen werden, die ihren Inhaber\*innen zu Vermögen verhelfen können. Das Recht allein kann Vermögen nicht garantieren, aber ein relativer Vorteil ist im Marktwettbewerb oft entscheidend. Wenn sich die Inhaber\*innen von Gütern dann auch noch das Recht frei aussuchen dürfen, nach denen ihre Güter als Kapital codiert werden, und sie gleichzeitig ohne weiteres im Inland durchsetzen können, wird der Staat mit seinem Gewaltmonopol zum Handlanger privater Interessen. Und zwar nicht irgendwelcher privater Interessen, sondern derer, die sich die besten Anwälte\*innen leisten können. Die demokratischen Gesetzgeber waren nicht unbeteiligt an dieser Privatisierung der Rechtswahl. Kapitaleigner\*innen und deren Anwälte\*innen haben Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden immer wieder davon überzeugen können, dass ihr eigennütziges Handeln letztlich dem Gemeinwohl dienen wird. Die berühmte unsichtbare Hand, die *Adam Smith* in seinem Klassiker „*The Wealth of Nations*“ bemüht, würde es schon richten.<sup>24</sup> Tatsächlich war *Smiths* Welt eine ganz andere als die heutige. Die Geschäftsleute, die sich von zu Hause fortbewegten, würden, so *Smith*, unweigerlich zu ihrem Heimatort zurückkehren. Denn zu Hause, nicht aber in der Fremde, kannten sie die Regeln und konnten sich auf die Institutionen verlassen. Und wenn sie schon mal zu Hause waren würden sie unweigerlich einen Teil ihres neu erworbenen Hab und Guts mit anderen teilen. Heute können sich Unternehmer\*innen und Investor\*innen auf ein globales Netzwerk von Rechtsinstituten stützen, welches ihre Anwälte\*innen wie einen Flickenteppich zusammen gesetzt haben aus den Rechtsordnungen und Rechtsinstitutionen, die ihren Interessen am meisten entgegenkommen. Das Netz ist nicht ohne Lücken und Brüche. Dennoch macht es die Heimkehr zum Ursprungsort weitgehend überflüssig. Im Gegenteil, steuerrechtliche Vorteile legen es oft nahe, einen Großteil des Hab und Guts in fremden Ländern zu lassen, wo es mit niemanden geteilt werden muss. Letztlich basiert dies darauf, dass das staatliche Gewaltmonopol für die Schaffung privater Vermögen eingesetzt werden kann. Im Laufe der Zeit ist dabei das Recht selbst zur Ware geworden, die zum Zweck der Gewinnmaximierung dient, ohne Rücksicht auf die Auswirkungen auf das Gemeinwohl. Das schafft nicht nur Zweifel an der Legitimität der kapitalistischen Wirtschaftsordnung, sondern unterminiert auch das Vertrauen ins Recht, dem wichtigsten Ordnungsmittel einer Demokratie.

Katharina Pistor ist die Edward B. Parker Professorin für Rechtsvergleichung an der Columbia Law School in New York; [kpisto@law.columbia.edu](mailto:kpisto@law.columbia.edu)

---

24 *Smith*, Untersuchung über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker (1776/2005) 467.

# Vom Code des Kapitals zu Experimentellem Pluralismus

Leo Specht

---

## 1. Ökonomie und Ungleichheit

Die Finanzkrise der ausgehenden ersten Dekade dieses Jahrhunderts hat die Unzulänglichkeit ökonomischer Analysen aufgezeigt, welche die Existenz von Geld voraussetzen und das Finanzsystem auf technische Regeln reduzieren. Diese reduktiven Analysen waren eingebettet in Abstraktionen, meist mathematischer Art, die – ein standardisiertes rationales Agieren annehmend – das Verhalten von Akteur\_innen über Preise gesteuert sahen. Rational ist dieser Sichtweise die Orientierung von Handeln an Gewinnmaximierung. Die Vorhersagen dieser Analysen betreffend die Stabilität des globalen Finanzsystems waren noch im Jahre 2008 weit gefehlt. Mit dem Einsetzen der globalen Finanzkrise 2008 wurde der Gebrauchswert dieser Weltsicht einmal mehr deutlich. Er besteht in der Vertiefung gesellschaftlicher Ungleichheit und deren Institutionalisierung als vorgeblich objektive, nicht veränderbare Realität. Das durch die Finanzkrise, noch mehr aber durch den Ausnahmezustand im Gefolge der Corona-Pandemie erkennbare Abrücken von der zuvor skizzierten, ökonomischen Ideologie, machte diese Sichtweise nicht zwangsläufig kenntlich. Vor allem aber verwies dieses Abrücken auf die zentrale Rolle von Recht in der Ausgestaltung des Wirtschaftssystems. Vor diesem Hintergrund setzt auch das Werk *Katharina Pistor's The Code of Capital* an,<sup>1</sup> von dem ausgehend dieser Beitrag weitergehende Gedanken zu Recht und politischer Ökonomie formuliert.

## 2. Recht als Ausgangspunkt für Kritik

Leicht nachzuvollziehen ist die Zentralität des Rechts in kritischer Betrachtung von Geld und dem Finanzsystem, wie sie der *law and political economy* (LPE) Ansatz propagiert. Diese Betrachtung informiert über ein entwickeltes System von (Sachen-)Rechten als Bedingung für die Entwicklung von „Geld“ und Geldschöpfung aus Kredit. Und vor allem über *private Geldschöpfung* im Wege von Banken und durch nicht regulierte *shadow banks*. Dabei ist die Garantie dieser Geldschöpfung (Buchgeld, *fiat money*) durch die öffentliche Hand entscheidend. In entwickelten Wirtschaften wurden Staatshaushalte zum

---

<sup>1</sup> Pistor, *The Code of Capital* (2020). Siehe auch Pistor, *Die Codierung von Kapital. Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit*, *juridikum* 2021, 75.

*lender of last resort* für ein Finanzsystem, das seine Rolle nicht mehr in der Ermöglichung produzierenden (distribuierenden, dienstleistenden) Wirtschaftens sah.

Vielmehr entwickelte der Finanzsektor Techniken, die Gewinne aus einem selbstbezogenen Kreislauf liquider Inhabervermögenswerte (wie Anleihen, Wechsel oder Schuldscheine) schöpfen.<sup>2</sup> Der Finanzkapitalismus des späten 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts basiert auf einem Liquiditätsdiktat, welches das Rechtssystem verändert. Dieses Geld-(Kredit)system sieht sich nicht in einer auxiliären Rolle realen Wirtschaftens. Es ist selbstreferentiell. Daher gibt es einen enormen Überhang an Geldkapital, das spekulativ und nicht im Sinne gesellschaftlicher Produktivität investiert ist.

Einen Pfeiler jenes, seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts entwickelten, globalen Regimes, das dem damals propagierten, vermeintlichen „Ende der Geschichte“<sup>3</sup> entsprach, bildeten Eigentumsideologien und korrespondierende Transaktionspraktiken anglo-amerikanischer Provenienz. Gemeinsam mit der eingangs beschriebenen ökonomischen Weltansicht, wurden sie zum institutionellen Rahmen für die globale Verankerung des derzeit hegemonialen Finanzsystems. In der Begrifflichkeit *Pistors* sind sie der *Code*, der Recht inhaltlich bestimmt.

Lange bevor das Unvermögen ökonomischer Denkschulen Geld abzuleiten Katastrophen wie die globalen Finanzkrisen nach 1989 mitbedingte, war der Zusammenhang von (Privat-) Eigentum und Geld im Fokus kritischer Theorie. Der Nexus von Eigentum und Geld, der Ursprung von Geld in Kredit und die Zentralität der privaten Geldschöpfung im wirtschaftlichen Kreislauf wurde bereits in den 1980er Jahren systematisch herausgearbeitet. Die von *Gunnar Heinsohn* und *Otto Steiger* begründete Schule einer *ownership economics* erschloss diesen Zusammenhang. Das Material ihrer Analyse war die Zivilrechtsdogmatik deutschen (kontinentaleuropäischen) Rechts.<sup>4</sup>

Die Relevanz dieser Analyse erwies sich etwa im Zusammenhang mit den regionalen Finanzkrisen der Jahre 1997 und 1998, die der Mainstream als asiatische oder russische abtat. Sie waren im Kern Vorboten der gesellschaftlichen Katastrophen, die zehn Jahre später global wirksam wurden und es noch immer sind.

Mit dieser Analyse wurde die allgemeine Aussage, Märkte setzen einen institutionellen Rahmen voraus,<sup>5</sup> für kapitalistische Geldwirtschaft(en) präzisiert. Geldkapital bedingt Recht, um Sachwerte in liquides Vermögen zu verwandeln. Der Ursprung von Geld liegt in der Möglichkeit besicherter Kreditierung. Das heißt, Eigentum als Bündel von Rechten, die teilweise immobilisiert werden können, bildet den institutionellen Ursprung von Geld. So setzt beispielsweise eine Hypothek Eigentum an Land das Recht voraus, dieses Land zu verpfänden, es also zu Gunsten eines Dritten zu belasten. Aus den Komponen-

2 *Pistor* definiert solche Vermögenswerte als *private money*, „a privately coded asset that can shower its holders with enormous wealth in the short to medium term, but that will crash sooner or later absent state backing.“, *Code of Capital* 198.

3 *Fukuyama*, *The End of History? The National Interest* 1989 3.

4 *Heinsohn/Steiger*, *Eigentum, Zins und Geld* (2017).

5 Etwa *Böckenförde*, *Staat, Gesellschaft, Freiheit* (1976) 318.

ten Besitz, Nutzung und Verfügung (Disposition), dh aus jenem Bündel von Rechten, das Eigentum konstituiert, wird das Recht zu disponieren zugunsten eines Dritten immobilisiert. Damit kann Land zur Sicherheit für Kreditierung werden. Es wird so von einer bloßen Sache zu einem liquiden Vermögenswert.

Wiewohl moderne Rechtssysteme Eigentum formal auf vergleichbare Weise definieren, ist doch dessen Ausgestaltung jeweils unterschiedlich. Sie ist das Ergebnis gesellschaftlicher Auseinandersetzungen, deren Austragung kulturell bedingt ist. Diese Unterschiede schärfen gesellschaftliche Praxis und in der Folge dogmatische Ausdifferenzierungen, die man nicht über Abstraktionen wie *Eigentum* nachvollziehen kann. Wie auch nicht über die Abstraktion *Geld*. Darin liegt die Stärke von Analysen in der Tradition von Critical Legal Studies, wie jener *Christine Desans*, die Geld im historischen Kontext Englands als spezifisches *constitutional project* begreift.<sup>6</sup> Der Begriff bezeichnet eine konkrete Verfasstheit, wofür *Pistor* den Begriff *Code* verwendet.

### 3. Recht als Code des Kapitals

Der Verdienst der Analyse *Pistors* in *The Code of Capital* ist die Herleitung von Bausteinen des finanzkapitalistischen Systems, sowohl begrifflich (dogmatisch) als auch historisch. Und es ist instruktiv, diese Herleitung im Spiegel der einen oder anderen Gerichtsentscheidung zu reflektieren. *Pistor* zeigt auf, wie sehr es rechtlicher Konstruktionen bedarf, um jene Dynamik des kapitalistischen Systems zu akzelerieren, die in der ständigen Ausweitung von Kredit besteht: „the ability to spend money, one does not have“<sup>7</sup>.

Die Codierung von Recht, seine gesellschaftliche Determinierung, sichert die Reproduktion von Geldkapital. Diese Codierung akzentuiert und perpetuiert eine Realität, die insbesondere in ungleichen Zugängen zu gesellschaftlichem Reichtum resultiert.

Die Dynamik des (finanz-)kapitalistischen Systems bedarf des Rechts. “There is no capital without law, because only law can bestow priority, durability, convertibility and universality on assets”<sup>8</sup>. *Pistor* fragt jedoch, ob Recht nicht gegen das Kapital gewendet werden kann. Sie konstatiert, „[t]he fact that capital cannot rule without law does not imply the reverse, namely that law could not be used to protect other interests on par with capital“.<sup>9</sup> Überraschend ist allein die Wendung, die ihre Analyse an dieser Stelle nimmt. Zunächst positioniert sie das Recht gegen den *Code*: „One could, for example, harness the code and its modules“.<sup>10</sup> Damit ist das Gestaltungspotential angesprochen, das dem Recht auf Grund seiner gesellschaftlichen Bedingtheit innewohnt. *Pistors* darauffolgende Ausführung dieses Potentials erschöpft sich jedoch in der Gegenüberstellung zweier akademischer Analysen: Sie kontrastiert *Eric Posners* und *Glen Weyls* Entwurf „radikaler Märk-

6 *Desan*, Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism (2015).

7 *Pistor*, Code of Capital 199.

8 *Pistor*, Code of Capital 229.

9 *Pistor*, Code of Capital 229.

10 *Pistor*, Code of Capital 229.

te“ (*radical markets*)<sup>11</sup> mit *Christoph Menkes* „Kritik der Rechte“<sup>12</sup>.<sup>13</sup> Dabei beschränkt sie sich auf die Gegenüberstellung von Aussagen der beiden Entwürfe.

Dies wird der Ambition nicht gerecht, die *Pistor* Analyse anleitet: die Gesellschaft zu re-politisieren. Etwa an jener Stelle, die eine *deliberative polity* als gesellschaftliche Arena verortet, „where reason, not just money rules“.<sup>14</sup> Damit ist aber der Begriff *Code* als Widerspiegelung gesellschaftlicher Machtverhältnisse bezeichnet, die Ordnung schaffen, indem sie Recht determinieren. Dieses Recht bildet gesellschaftliche Institutionen, die Märkte ausgestalten.

#### 4. Conclusio: Für eine radikale Kritik

Die Analysen in *The Code of Capital* sind es wert, weiter getrieben zu werden. Nicht um den akademischen *one model fits all* Blaupausen des Mainstreams eine weitere hinzuzufügen. Vielmehr, um das Experimentelle herauszuarbeiten, das dem von *Pistor* vertretenen Menschenbild entspricht. Eben dieses Experimentelle ermöglicht radikale Kritik. Das heißt Kritik, die institutionelle Vorschläge formuliert, welche über die in diesen Vorschlägen zunächst propagierten Veränderungen hinausweisen. Das von *Pistor* zusammengetragene analytische Material lässt die Beschreibung des einen oder anderen Beispiels derartigen Experimentierens zu. Damit würde sie jene Arena der Auseinandersetzung betreten, die in letzter Zeit prominente Stimmen der Veränderung aufgenommen hat.

Etwa *Tamara Lothians* Überlegungen zu einer dezentralen, demokratischen Marktwirtschaft in *Law and the Wealth of Nations*.<sup>15</sup> Oder *Thomas Pikettys* Einlassungen auf Elemente einer partizipativen Gesellschaft des 21. Jahrhunderts.<sup>16</sup> Keiner dieser Beiträge will und kann für sich in Anspruch nehmen, ein vollständiges Programm gesellschaftlicher Veränderungen zu formulieren. Die notwendige Unvollständigkeit ihrer jeweiligen Skizzen wird von beiden Autor\_innen betont.

Gemeinsam ist ihnen das Wissen um die experimentellen Möglichkeiten, die Recht inne- wohnen. Vor allem aber die Überzeugung, es bedürfe programmatischer Entwürfe, um gesellschaftliche Veränderungen anzustoßen. Öffentliche Diskussion, im Sinne der von *Pistor* eingemahnten *deliberative polity*, ist der erste Schritt zu gesellschaftlichem Experiment. Einen Beitrag zu solchen Diskussionen zu leisten ist aber die wesentliche Anforderung an intellektuelles Arbeiten in der Tradition kritischer Theorie.

Dr. Leopold Specht, LL.M., SJD (Harvard) ist Rechtsanwalt in Wien und Mitglied des Institute for Global Law and Policy der Harvard Law School; leopold.specht@specht-partner.com

---

11 *Posner/Weyl*, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society* (2018).

12 *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015).

13 *Pistor*, *Code of Capital* 230 ff.

14 *Pistor*, *Code of Capital* 232.

15 *Lothian*, *Law and the Wealth of Nations* (2017) Kapitel 3: The Democratized Market Economy 113.

16 *Piketty*, *Capital et Ideologie* (2019) Kapitel 17: Elements pour un Socialisme Participatif au XXI siècle 1112.

# Verantwortung in multinationalen Konzernen: Ein Beitrag zum Recht und politischer Ökonomie der globalen Unternehmung

Laura Knöpfel

---

## 1. Einleitung: Verantwortung, Recht und politische Ökonomie einer kolumbianischen Kohlemine

Am Rand einer der größten *Open Pit*-Kohleminen in Lateinamerika, *Cerrejón*, fanden sich an einem Donnerstagnachmittag im Frühling 2015 der CEO und weitere Vertreter des Schweizer Rohstoffunternehmens *Glencore Plc*, der Geschäftsführer einer Schweizer NGO, ein Schweizer Journalist und Schweizer Bürger\_innen im Dorf *Tamaquito II* der indigenen *Wayúu*-Gemeinschaft ein.<sup>1</sup> Das Dorf, gelegen im nordkolumbianischen Departement *La Guajira*, heißt *Tamaquito II* in Anlehnung und Abgrenzung von *Tamaquito*, dem ursprünglichen Dorf der Gemeinschaft, welches sie aufgrund des Kohleabbaus vor einigen Jahren verlassen mussten. Die Gruppe wurde von *Jairo Fuentes*, dem Vorsitzenden der *Wayúu*-Gemeinschaft, in Empfang genommen und in einen überdachten, aber an den Seiten offenen Gemeinschaftsraum geführt. Schweigend erwartete dort die *Wayúu*-Gemeinschaft von *Tamaquito II* die Mitglieder des Managements von *Glencore*, um diese im Beisein der Schweizer Bürger\_innen mit den schädigenden Auswirkungen der Kohlemine direkt zu konfrontieren. Das Zusammentreffen kam zustande, weil das kolumbianische Unternehmen *Cerrejón* je zu einem Drittel *Glencore Plc*, und den australischen und britischen Konzernen *BHP Group Ltd* und *Anglo American* gehört. Die Schweizer Bürger\_innen, die sich an diesem Donnerstagnachmittag in *Tamaquito II* wiederfanden, wohnen in den 5 Zürcher Gemeinden im Säuliamt, Schweiz, die aufgrund des Börsengangs von *Glencore* im Jahr 2011 unerwartet hohe Steuereinnahmen verzeichneten. Zwei Jahre später entschieden diese Gemeinden durch jeweilige Volksabstimmungen, die Steuergelder von *Ivan Glasenberg*, CEO von *Glencore*, an Schweizer Hilfswerke weiterzugeben. Dies war der Anfang der Beziehung zwischen den Schweizer Bürger\_innen und dem Management von *Glencore*, welche ua zu dem unbeholfenen Zu-

---

1 Siehe für mehr Informationen über das in der Einleitung angesprochene Treffen zwischen den Schweizer Bürger\_innen und dem Leitungsgremium von *Glencore* und *Cerrejón* die Reportage von *Rocío Puntas: Puntas*, Was seither geschah zu: „Heiner will es wissen“, Reportagen Juli 2015, 23. Und zur Vorgeschichte des Treffens siehe: *Bernet/Puntas*, Heiner will es wissen, Reportagen Mai 2015, 22. Anm: Ich wohnte dem Treffen in *Tamaquito II* bei, da ich zur selben Zeit an der *Universidad de Los Andes* in Bogotá studierte.

sammentreffen im *Wayúu*-Dorf im Norden Kolumbiens führte. Die Bedingungen des Treffens liegen demnach in der rechtlichen Struktur und ökonomischen Organisation des globalen Rohstoffkonzerns. Die Schweizer Bürger\_innen fühlten sich verantwortlich, weil *Cerrejón* über aktienrechtliche Beteiligungen mit einem Schweizer Unternehmen verbunden ist. Die Anthropologin *Anna Tsing* beschreibt Zusammentreffen dieser Art als *awkward engagements* an globalen Ressourcengrenzen.<sup>2</sup> Nach *Tsing* lassen sich in den Spannungen dieser Zusammentreffen globale Zusammenhänge studieren und begreifen. So steht das Zusammentreffen des *Glencore* Managements, der Schweizer Bürger\_innen und der *Wayúu* Gemeinschaft beispielhaft dafür, dass sich gesellschaftliche Erwartungen an Unternehmensverantwortung nach der rechtlichen und politischen Organisation eines Konzerns richten. Ferner zeigt die Reise des *Glencore* Managements, dass sich das Unternehmen mit den Umsiedelungen im Umfeld einer Kohlemine befasst und sich in einem gewissen Maße verantwortlich zeigt. Diese soziale Verantwortung des Mutterunternehmens für die Vorgänge im Umfeld von Tochterunternehmen und Zulieferer verliert ihre Selbstverständlichkeit, sobald wir in das Recht und das System der zivilrechtlichen Haftung eintreten. Nach *Katharina Pistor* klont Recht juristische Personen auf eine Art und Weise, welche es ermöglicht, Vermögenswerte langfristig zu erhalten und diese vor Gläubigerzugriff zu schützen (*durability*).<sup>3</sup> *Pistor* beschreibt, wie insbesondere das Gesellschafts- und Vertragsrecht ein Gut (*asset*) – das kann etwa ein Stück Boden oder eine Idee sein – so „codiert“, dass es dieses in Vermögen umwandelt. Dazu dienen insbesondere rechtliche Institutionen wie die getrennte Rechtspersönlichkeit, die beschränkte Haftung, die zeitlich unbegrenzte Lebensdauer und die Relativität von Vertragsverhältnissen. Diese rechtlichen Mittel (*legal devices*) durchtrennen und fragmentieren (*parcel*) die engen und verwobenen ökonomischen, sozialen und rechtlichen Beziehungen von Unternehmen innerhalb eines Konzerns.<sup>4</sup> Innerhalb des Rechtssystems werden daher Konzerne und ihre Wertschöpfungsketten nicht als regulatorisches Phänomen an sich wahrgenommen, sondern in einzelne Unternehmen, Verträge und Aktien aufgeteilt.<sup>5</sup> In einem ersten Teil befasst sich dieser Beitrag mit der Entstehung und Charakteristiken von Konzernen und Wertschöpfungsketten, um deren rechtliche Codierung nachvollziehen zu können. In einem zweiten Teil wird aufgezeigt, dass, wie das Einstiegsbeispiel illustriert, die gesellschaftlichen Erwartungen an Unternehmensverantwortung einerseits sowie die konzerninterne Reaktion auf diese Erwartungshaltung andererseits (*corporate social responsibility*) sich gegenläufig zur rechtlichen Codierung durch die Module des Gesellschafts- und Vertragsrechts verhalten. In den letzten zwei Jahrzehnten hat die Rechtsetzung diese gesellschaftlichen Erwartungs- und unternehmerischen Verhaltens-

---

2 *Tsing*, *Friction: An Ethnography of Global Connection* (2005) xi.

3 *Pistor*, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (2019) 14, 47.

4 *Pistor*, *Code of Capital*, 47; *Eckert/Knöpfel*, *Legal Responsibility in an Entangled World*, *Legal Anthropology* 2020.

5 *Sobel-Read*, *Reimagining the Unimaginable: Law and the Ongoing Transformation of Global Value Chains into Integrated Legal Entities*, *European Review of Contract Law* 2020.

strukturen punktuell aufgenommen. Dieser Beitrag argumentiert daher, dass wir aus Sicht der gesellschaftlichen Unternehmensverantwortung eine zaghafte Veränderung des rechtlichen Programmes sehen, welches juristische Personen innerhalb multinationalen Konzernen „klont“.

## 2. Die rechtliche Codierung multinationaler Konzerne

Wie der Name schon impliziert, sind multinationale Konzerne und ihre Wertschöpfungsketten globale Phänomene. Sie entstehen aus der rechtlichen und faktischen Verknüpfung unterschiedlicher Unternehmungen zu Design, Produktion, Handel, Vertrieb, Verkauf und Recycling eines bestimmten Produktes oder einer spezifischen Dienstleistung.<sup>6</sup> Multinationale Konzerne basieren auf Beziehungen, schaffen und formen aber auch neue soziale, politische und wirtschaftliche Verbindungen zwischen Jurisdiktionen, Akteuren, Orten und Gemeinschaften. Sie integrieren und homogenisieren gesellschaftliche Systeme, während sie gleichzeitig länder- und ortsspezifisch Diversitäten ausnützen.<sup>7</sup> Diese ökonomische und politische Organisation der modernen Unternehmung, Konzern und Wertschöpfungskette, lässt sich nur schwer mit seiner rechtlichen Konzipierung in Einklang bringen. Das Recht „sieht“ vertrags- und gesellschaftsrechtliche Beziehungen zwischen zwei oder mehreren klar definierten Parteien, aber keinen multinationalen Konzern.<sup>8</sup> Damit geht aber genau das eigentlich Spezifische des multinationalen Konzerns, die globalen Verbindungen und Beziehungen, sowie die Gleichzeitigkeit von Integration, Autonomie und Diversität, verloren. Die Rechtsanthropologin *Marilyn Strathern* formulierte treffend, dass die umfassenden Verflechtungen zwischen juristischen und natürlichen Personen, privaten Unternehmen und Staaten durch rechtliche Institutionen wie die juristische Person und die *inter partes* Wirkung vertragsrechtlicher Verhältnisse sowie die damit verbundene Bestimmung von internationalen Gerichtsständen und anwendbarem Recht, durchtrennt (*cut*) werden.<sup>9</sup>

Der Code des Kapitals, wie ihn *Pistor* beschreibt, bestimmt auch die rechtliche Aushandlung von Verantwortungsfragen innerhalb von Konzernen und globalen Wertschöpfungsketten.<sup>10</sup> *Pistor* beschreibt bspw anhand einer „institutionellen Autopsie“ der *Lehman Brothers* eindrücklich, wie Inkorporationsstatute es Unternehmungen ermöglichen, eigenständige juristische Personen zu gründen.<sup>11</sup> Als juristische Personen haften Muttergesellschaften nur beschränkt für die Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaften, auch wenn sie 100 % der Aktien an der Unternehmung halten. Über ihre Tochtergesellschaften können sie jedoch an unterschiedlichsten Orten operieren und unternehmerische Ri-

6 Gereffi/Fernandez-Stark, Global Value Chains Analysis: A Primer (2016).

7 Tsing, Supply Chains and the Human Condition, Rethinking Marxism 2009.

8 Sobel-Read, Global Value Chains: A Framework for Analysis, Transnational Legal Theory 2014.

9 Strathern, Cutting the Network, The Journal of the Royal Anthropological Institute 1996.

10 Pistor, Code of Capital.

11 Pistor, Code of Capital, 47-107.

siken eingehen, ohne ihr eigenes Kapital oder das ihrer Aktionär\_innen zu gefährden. Letztere sind wiederum dadurch geschützt, dass sie nur beschränkt für eine inkorporierte juristische Person haften. Des Weiteren schützt ein immer engmaschigeres Netz an multi- und bilateralen Handels- und Investitionsschutzverträgen Auslandsinvestitionen. In den meisten Fällen enthalten diese Verträge spezifische Regeln zur Streitbeilegung, die Muttergesellschaften das Recht einräumen, gegen einen Staat vorzugehen, wenn sie eine Tochtergesellschaft als geschädigt erachten.<sup>12</sup> Konzerne sind also keine „rechtslosen“ Phänomene, im Gegenteil.<sup>13</sup> Wie *Pistor* überzeugend darlegt, sind es die rechtlichen Module des Privatrechts, welche es erst ermöglichten, dass Konzerne und Wertschöpfungsketten zu den dominierenden Strukturen unseres Wirtschaftssystems wurden. *Pistor* zeichnet ein durchaus düsteres Bild. Das kapital-zentrierte System des Rechts verhindert, dass geschädigte Dritte diejenigen Akteur\_innen rechtlich zur Verantwortung ziehen können, deren geschäftliches Handeln oder Geschäftsmodell den Schaden verursachten. Diejenigen Module und Prinzipien des Rechts, welche Konzerne erst ermöglichen – Relativität der Vertragsverhältnisse, juristische Person und beschränkte Haftung und der immer engmaschig werdende Schutz vor Auslandsinvestitionen – sind auch diejenigen rechtliche Instanzen, welche eine effiziente und faire Verantwortungsallokation erschweren.

### 3. *Corporate Governance* und Unternehmensverantwortung

Indes ist das anfangs angesprochene unwahrscheinliche Treffen am Rande der Kohlemine *Cerrejón* Indiz dafür, dass trotz dieser rechtlichen Struktur der globalisierten Wirtschaft die Verantwortung von multinationalen Konzernen für Menschenrechte und Umwelt tagtäglich, in unterschiedlichen Foren und Orten ausgehandelt wird. Wie das Beispiel von *Glencore* und *Cerrejón* illustriert, richtet sich der Ruf nach Verantwortung in jüngerer Zeit an große Unternehmen mit Hauptsitz im Globalen Norden, welche im Globalen Süden über Tochterunternehmen Rohstoffe abbauen oder über Zulieferer Textilien herstellen lassen. Die Aushandlung der sozialen Verantwortung großer Konzerne in ihren Wertschöpfungsketten ist nicht nur politischer Natur, sondern findet vermehrt in einer rechtlichen Sprache und im Rechtssystem statt. Wie die folgenden zwei Abschnitte zeigen, verlief diese rechtliche Aufnahme der sozialen und politischen Diskussion über die menschen- und umweltrechtliche Unternehmensverantwortung über *Soft Law*-Instrumente, insbesondere *Multistakeholder*-Initiativen, und Selbstregulierungen in der Form von Verhaltenskodizes und konzerninterne Richtlinien.

In den 1990er wurden durch die Öffentlichkeitsarbeit von NGOs und Aktivist\_innen menschen-, arbeits- und umweltrechtliche Tragödien, allen voran Bhopal in Indien, be-

---

12 *Pistor*, Code of Capital, 140-142, 154-156.

13 *The IGLP Law and Global Production Working Group*, The Role of Law in Global Value Chains: A Research Manifesto, London Review of International Law 2016.

kannt.<sup>14</sup> Unter dem Druck einer international vernetzten Öffentlichkeit begannen große Unternehmen damit, freiwillige Prinzipien und Initiative zu entwickeln und mitzugestalten, welche ihre soziale Verantwortung für Menschenrechte und Umwelt beschreiben und ihr unternehmerisches Handeln lenken und begrenzen sollten. Staaten, NGOs und internationale Organisationen, oftmals unter Mitwirkung von Unternehmen, haben in den letzten 30 Jahren für unterschiedliche Industrien und Themenbereiche spezifische *Soft Law*-Instrumente entwickelt. Besser bekannt unter dem englischen Begriff der *Multistakeholder Initiatives* (MSI), entwickeln und verabschieden Unternehmen eigene Verhaltenskodizes im Bereich der Menschen- und Arbeitsrechte sowie der Umwelt, sogenannte *Codes of Conduct*. Seit den 1990er und frühen 2000er Jahren definieren und schaffen diese Unternehmensinitiativen Gouvernanzstrukturen, welche über die rechtlichen Grenzen einer juristischen Person hinausgehen und in wirtschaftlich und sozial verstrickte Unternehmen hineinreichen. Die soziale Unternehmensverantwortung, auch besser bekannt unter dem englischen Begriff der *Corporate Social Responsibility* (CSR), ist global geworden. Das wichtigste freiwillige Regelwerk sind die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, welche 2011 vom UN-Menschenrechtsrat einstimmig angenommen wurden.<sup>15</sup> Die 31 Prinzipien beruhen auf dem dreisäuligen *Protect-Respect-Remedy*-Rahmenwerk, welches die staatliche Pflicht, Menschenrechte auch gegenüber den Eingriffen von Dritten zu schützen, der Pflicht von Unternehmen Menschenrechte zu respektieren, gegenüberstellt. Inzwischen wurden die UN-Leitprinzipien zum „common reference point in the area of business and human rights“ für Staaten, NGOs und Unternehmen.<sup>16</sup> Namentlich bildet ihr Konzept der menschenrechtlichen Sorgfaltsprüfungspflicht (*human rights due diligence*) einen gemeinsamen Bezugspunkt. Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht besagt, dass Unternehmen kontinuierlich tatsächliche und potenzielle menschenrechtliche Auswirkungen ihrer geschäftlichen Tätigkeiten ermitteln und daraufhin Maßnahmen ergreifen sollen, um diese zu verhindern, abzuschwächen oder wiedergutzumachen.<sup>17</sup> Es sei hier anzumerken, dass die Frage des Inhalts und Umfangs der sozialen Verantwortung die juristische Person seit ihrer Entstehung begleitet.<sup>18</sup> Eine klare Definition von CSR existiert nicht, und genau darin liegt, wie wir in den folgenden Abschnitten sehen werden, das rechtliche Potential von CSR. In früheren Definitionen erscheint CSR als Gegenbegriff zu rechtlichen Verpflichtungen

---

14 *Deva*, Bhopal: The Saga Continues 31 Years on, in *Nolan/Baumann-Pauly*, Business and Human Rights: From Principles to Practice (2016).

15 *UN Human Rights Council*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework (UN Doc. A/HRC/17/31 [2011]), im Folgenden UN-Leitprinzipien.

16 *Bilchitz/Deva*, The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future, in *Deva/Bilchitz*, Human Rights Obligations of Business (2013) 2.

17 UN-Leitprinzipien 17–21.

18 Gut dokumentiert und aufschlussreich ist idZ die berühmte Debatte zwischen *Adolf A. Berle* und *Merrick Dodd* über die Verantwortung des *Managers* anfangs der 1930er Jahre im Harvard Law Review: *Berle*, Corporate Powers as Powers in Trust, Harvard Law Review 1933, 1049; *Dodd*, For Whom Are Corporate Managers Trustees?, Harvard Law Review 1932, 1145.

und wurde als eine freiwillige auf Moral basierender Übernahme von Verantwortung begriffen. In den letzten zwei Jahrzehnten erfuhr CSR großes rechtliches Interesse. Dies ist ua darauf zurückzuführen, dass jüngere Gesetzesprojekte auf CSR-Initiativen, Prozesse und Dokumente Bezug nehmen, und CSR daher allmählich als positiv-rechtliches Institut verstanden wird.<sup>19</sup>

#### 4. Ansatzpunkte eines rechtlichen Verantwortungsregimes

Den unterschiedlichen freiwilligen Regelwerken und unternehmerischen Verhaltenskodizes ist gemein, dass sie versuchen, sich an den wirtschaftlichen, politischen und sozialen Realitäten der modernen Unternehmung zu orientieren. Es sind nicht die fragmentieren Module des Privatrechts, Gesellschaft- und Vertragsrecht, welche ihre Vorstellung des Konzerns und seiner globalen Wertschöpfungskette prägen, sondern die *global connections* der wirtschaftlichen Globalisierung. Die *Soft Law*-Instrumente zeugen von einer beginnenden normativen Verarbeitung des Konzerns als wirtschaftliche und soziale Einheit. In jüngerer Zeit hat diese normative Verarbeitung der polit-ökonomischen Realitäten global agierenden Unternehmen legislative und judikative Resonanz gefunden. Gesetze nehmen auf CSR Bezug und versuchen ihr Potential, globales Wirtschaften zu regulieren, positiv-rechtlich zu erschließen.

Die bisherigen legislativen Bestrebungen lassen sich in drei Generationen von Gesetzen unterteilen. Die erste Generation umfasst Berichterstattungspflichten zu menschen-, arbeits- und umweltrechtlichen Belangen im Produktionsnetzwerk von Unternehmen. Ein Beispiel ist die EU-Richtlinie zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen.<sup>20</sup> Große Unternehmen von öffentlichem Interesse müssen eine nichtfinanzielle Erklärung ihrem jährlichen Lagebericht beifügen. In diesen nichtfinanziellen Erklärungen müssen die berichtspflichtigen Unternehmen Angaben darüber machen, wie sie Umwelt-, Arbeitnehmer\_innen- und Sozialbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung in ihren Wertschöpfungsketten behandeln. Im Kern geht es darum, dass Unternehmen ihre Verfahren zur Wahrung ihrer Sorgfaltspflicht beschreiben. Sie sollen darüber berichten, ob und wie sie Risiken ihrer Geschäftstätigkeit für Mensch und Umwelt identifizieren, diese angehen und eingetretene Schäden beheben. Die Berichterstattungspflicht eines großen Unternehmens erstreckt sich auf die negativen Auswirkungen, welche direkt mit ihren Geschäftstätigkeiten, Produkten und Dienstleistungen in ihren Geschäftsbeziehungen verbunden sind. Am 30.1.2020, kündigte die EU-Kommission an, dass sie ihre Regelungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung überarbeiten werde. Der Grund dafür ist, dass die momentane Berichterstattung das

---

19 Eller, Das Recht der Verantwortungsgesellschaft. Verantwortungskonzeptionen zwischen Recht, Moral- und Gesellschaftstheorie, Rechtswissenschaft 2019, 5.

20 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen.

wachsende Bedürfnis von Investoren und zivilgesellschaftlichen Organisationen an nicht-finanziellen Informationen nicht erfüllt.<sup>21</sup> Berichterstattungspflichten, welche den EU-Richtlinien ähneln, finden sich neu im Schweizer Obligationenrecht,<sup>22</sup> den Gesetzen zur Modernen Sklaverei in Großbritannien und Australien,<sup>23</sup> und in den USA im *Dodd-Frank Act* und dem kalifornischen Gesetz zu Transparenz in Lieferketten.<sup>24</sup> Letzteres wurde bekannt als erstes Gesetz, welches sich der Gefahr von Sklaverei und Menschenhandel innerhalb globaler Lieferketten annimmt und von der Mutterunternehmung verlangt, dass es über die diesbezüglichen Risiken Bericht erstattet. Die erwähnten Berichterstattungsnormen verlangen jedoch nicht, dass ein Unternehmen tätig wird und konkrete Schritte unternimmt, um das Risiko von Sklaverei und Menschenhandel zu verhindern. Die regulatorische Idee dieser Gesetze der ersten Generation besteht darin, dass mehr nichtfinanzielle Informationen über Unternehmen auch zu mehr öffentlichem Druck führen würde. Als Reaktion auf diese gesellschaftliche Erwartungshaltung sollte in den berichtspflichtigen Unternehmen ein interner Lernprozess einsetzen, Geschäftsprozesse im Bereich von Menschenrechten und Umwelt sorgfältiger zu gestalten. Diesem Wirkungsmechanismus zugrunde liegt die Idee des „reflexiven Rechts“ entwickelt und propagiert in der Krise des Wohlfahrtsstaates der 1980er. Das reflexive Recht beruht auf der Annahme, dass das wirtschaftliche System zu komplex geworden sei, als dass der Staat direkt die Gesellschaft durch Recht steuern könne. Daher sollte das Recht sich darauf beschränken, Prozesse innerhalb Unternehmen zu definieren und zu koordinieren.<sup>25</sup> Auch die zweite Generation der Gesetze zu Unternehmensverantwortung in Wertschöpfungsketten basiert auf dem Ansatz des reflexiven Rechts. Sie gehen jedoch einen Schritt weiter und verpflichten Unternehmen dazu, in menschen-, arbeits- und/oder umweltrechtlichen Belangen tätig zu werden. Das bekannteste Beispiel für ein Gesetz, das gewissen großen Unternehmen Sorgfaltspflichten auferlegt, ist das französische Gesetz zu menschenrechtlicher Sorgfaltspflicht von Muttergesellschaften und Auftraggeber\_innen.<sup>26</sup> Das Gesetz verpflichtet französische Unternehmen, welche am Ende von zwei fortlaufenden Geschäftsjahren mindestens 5000 Arbeitnehmer\_innen, direkt oder über Toch-

21 *Europäische Kommission*, Non-financial reporting by large companies (updated rules) <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive> (2.1.2021).

22 Art 964bis–964septies des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches v 30.3.1911 (AS 27 317).

23 UK Modern Slavery Act 2015; Australian Modern Slavery Act 2018.

24 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010; California Transparency in Supply Chains Act 2010.

25 *Teubner*, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 1982; *Teubner*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review* 1983; *Hess*, Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness, *Journal of Corporation Law* 1999; *Barnard/Deakin/Hobbs*, Reflexive Law, Corporate Social Responsibility and the Evolution of Labour Standards: The Case of Working Time, Working Papers ESRC Centre for Business Research 2004; *Wen*, The Cogs and Wheels of Reflexive Law – Business Disclosure under the Modern Slavery Act, *Journal of Law and Society* 2016.

26 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

tergesellschaften mit Sitz im Inland, oder 10.000 Arbeitnehmer\_innen, direkt oder über Tochtergesellschaften mit Sitz im Inland oder im Ausland, beschäftigen, ihre Aktivitäten sowie diejenigen der Gesellschaften, welche direkt oder indirekt unter ihrer Kontrolle stehen und der Subunternehmer\_innen und Zulieferer, zu welchen das Unternehmen eine „ständige Handelsbeziehung“ pflegt, einer Sorgfaltsprüfung zu unterziehen. Dazu muss jährlich ein Sorgfaltsplan (*plan de vigilance*) veröffentlicht werden. Der Plan soll gemeinsam mit „interessierten Parteien“ erarbeitet werden. Jede Person mit einem begründeten Interesse ist berechtigt, bei einem französischen Gericht einen Antrag zu stellen, um zu erwirken, dass ein Unternehmen seinen Pflichten nachkommt. Angestoßen durch französische NGOs und Gewerkschaften laufen im Moment die ersten gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung dieser Sorgfaltspflichten.

Unternehmerische Sorgfaltsprüfungsspflichten, welche sich auf Wertschöpfungsketten erstrecken, finden sich auch im niederländischen Gesetz gegen Kinderarbeit und dem Schweizer Obligationenrecht.<sup>27</sup> Die jeweiligen Gesetzesbestimmungen führen aber im Gegensatz zum französischen *Loi de Vigilance* keine allgemeine Sorgfaltspflicht ein, sondern beschränken diese auf gewisse Sektoren und Themenbereiche, im spezifischen auf Kinderarbeit (beide) und Konfliktmineralien (nur Schweizer Gesetz). Weitere Jurisdiktionen, insbesondere die EU, Deutschland und Österreich, haben ersten konkrete Schritte unternommen, um ähnliche Sorgfaltspflichtgesetze einzuführen. Als Reaktion auf die Schweizer Volksabstimmung und die legislativen Vorstöße in Deutschland und der EU formierte sich in Österreich ein Komitee „Für ein Liefergesetz in Österreich“, welches die europäischen mit nationalen Gesetzgebungsprojekte begleiten und ergänzen möchte.<sup>28</sup>

Das aktuelle regulatorische Ringen verläuft entlang der Durchsetzung von Sorgfaltsprüfungspflichten, insbesondere hinsichtlich rechtlich verbindlichen Haftungsmechanismen. In Gesetzen dieser dritten Generation werden Sorgfaltspflichten mit Haftungsmechanismen ergänzt. Diese sind aber umstritten und vage formuliert, sodass sich ihre rechtliche Relevanz noch in spezifischen Gerichtsprozessen zeigen muss. Das französische Gesetz zur Unternehmensverantwortung erwähnt bspw die Möglichkeit, dass sorgfaltspflichtige Unternehmen für einen Schaden haften müssen, wenn dieser unter Wahrung der vorgesehenen Sorgfaltspflichtprüfung nicht eingetreten wäre. Die Auseinandersetzungen rund um einen zivilrechtlichen Haftungsmechanismus lässt sich exemplarisch am politischen Seilziehen um die Schweizer Konzernverantwortungsinitiative (KVI) der letzten 6 Jahre nachzeichnen. Nach einem ungewöhnlich langen Hin- und Her zwischen den zwei Kammern des Schweizer Parlaments stimmten am 29.11.2019 die Schweizer Bürger\_innen und Kantone über die KVI ab. Eine knappe Mehrheit der Stimmberechtigten

---

27 Art 964 bis–964septies des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches v 30.3.1911 (AS 27 317); Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, Wet zorgplicht kinderarbeid (Niederländisches Sorgfaltspflichtgesetz über Kinderarbeit).

28 Siehe für die Initiative und das Komitee „Für ein Liefergesetz in Österreich“, [www.lieferkettengesetz.at](http://www.lieferkettengesetz.at) (22.1.2021).

nahm die Volksinitiative an (50,7%). Sie scheiterte jedoch deutlich am Ständemehr, der Mehrheit der Kantone. Damit wird in Kürze der abgeschwächte indirekte Gegenvorschlag des Parlaments in Kraft treten, welcher den 32. Titel des Schweizer Obligationenrechts mit einer allgemeinen Berichterstattungspflicht zu nichtfinanziellen Informationen und einer Sorgfaltsprüfungspflicht im Bereich der Kinderarbeit und Konfliktmineralien ergänzt.<sup>29</sup> Die KVI hätte neben einer allgemeinen Sorgfaltsprüfungspflicht, die sich auf das gesamte Produktionsnetzwerk Schweizer Unternehmen erstreckt, einen zivilrechtlichen Haftungsmechanismus vorgesehen. Der vorgeschlagene Haftungsmechanismus lehnte sich an die bestehende Geschäftsherrenhaftung in Art 55 des Schweizer Obligationenrechts an.<sup>30</sup> Unternehmen sollen haften, wenn ein Schaden, durch sie kontrollierte Unternehmen in Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeit widerrechtlich und kausal verursacht wurde. Es war an diesem Punkt der zivilrechtlichen Haftung, der zu einem unvergleichbar hitzigen Abstimmungskampf führte. Die Schweizer Branchenverbände *Economiesuisse* und *Swissholding* stemmten sich mit ihrer gesamten ökonomischen und politischen Macht gegen die Volksinitiative.

## 5. Zusammenfassung und Ausblick

Dieser Beitrag zeichnet nach, wie wirtschaftlich eng verknüpfte juristische Personen als multinationale Konzerne zu einer sozialen Einheit werden, welche auch gemeinsam zur Verantwortung gezogen bzw haften sollten. Die Anerkennung als soziale Einheit manifestiert sich in MSI, Verhaltenskodexe und der CSR Praxen globaler Unternehmen. Die kurz vorgestellten Gesetze und legislativen Projekte zeugen davon, dass die soziale Einheit der Verantwortung allmählich ihr Pendant in einer rechtlichen Einheit der Verantwortung findet. Damit verändert sich das rechtliche Programm des Klonens der juristischen Personen und der fragmentierenden Tendenz des Gesellschafts- und Vertragsrechts könnte Einhalt geboten werden. Am 9.5.1974 verabschiedete die UN-Generalversammlung ihre Erklärung über die Errichtung einer neuen internationalen Wirtschaftsordnung.<sup>31</sup> Diese neue internationale Wirtschaftsordnung sollte auf „Gerechtigkeit“ und „wechselseitiger Abhängigkeit“ von „entwickelten Ländern und Entwicklungsländern“ beruhen und eine „sich stetig beschleunigende wirtschaftliche und soziale Entwicklung in Frieden und Gerechtigkeit für die heutigen und die kommenden Generationen gewährleisten[n]“. <sup>32</sup> Die Erklärung erwähnt „transnationale Unternehmen“ und begreift ihre wirtschaftliche und soziale Verantwortung als Teil eines Systems, das in eine neue inter-

29 Art 964bis–964septies des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (AS 27 317).

30 Art 55 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (AS 27 317).

31 *Generalversammlung der Vereinten Nationen*, Erklärung über die Errichtung einer neuen internationalen Wirtschaftsordnung, Resolution der Generalversammlung verabschiedet am 1. Mai 1974 (A/RES/3201).

32 *Ibid*, Präambel.

nationale Wirtschaftsordnung übergeführt werden soll.<sup>33</sup> Im Unterschied zu der Erklärung von 1974 liegt der heutige öffentliche und rechtliche Fokus vielmehr auf Akteur\_innen als auf Struktur und System. Einzelne Konzerne stehen im nationalen Rampenlicht und die legislative Aufmerksamkeit liegt auf großen Unternehmen, welche andere Unternehmen wirtschaftlich kontrollieren. Mit der zentralen Prämisse der *Recht und politische Ökonomie*-Methodik, dass Politik, Wirtschaft und Recht sich gegenseitig konstituieren, wird es möglich sein, den aktuellen akteur\_innenbezogenen Ansatz in einen systemorientierten Ansatz zu integrieren.

Laura Knöpfel ist Doktorandin und Research Fellow am Transnational Law Institute des King's College London; laura.knoepfel@kcl.ac.uk.

---

33 Ibid, Absatz 4g.

# The Code of Data Capital:

## A Distributional Analysis of Law in the Global Data Economy

Roxana Vatanparast\*

---

### 1. Introduction

The past decades have witnessed the increased “datafication” of everyday social and economic life,<sup>1</sup> generating new avenues of producing and capturing wealth.<sup>2</sup> In 2009, European Consumer Commissioner Meglena Kuneva claimed that “data is the new oil”<sup>3</sup> and in 2017, *The Economist* claimed that the world’s most valuable resource is no longer oil, but data.<sup>4</sup> While it is a factor in economic input like oil, it differs from oil in that it is not scarce and it is non-rivalrous – the use of data by one company, person, or government does not prevent its use by others.<sup>5</sup> Data has enormous commercial value today, evident in the World Economic Forum’s claim that data is a new asset class,<sup>6</sup> and the International Monetary Fund’s description of data as an economic input akin to raw materials.<sup>7</sup> Other analysts, scholars, and policymakers have described data as a form of capital,<sup>8</sup> a form of labor,<sup>9</sup> a form of

---

\* The author would like to thank David Kennedy for insights that helped inform this article, the STS Program for institutional support, and the editors of this special issue for thoughtful comments, in particular Gabriel M. Lentner.

- 1 Jathan Sadowski, ‘When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction’ (2019) 6(1) *Big Data & Society* 1, 2; Jose Van Dijck, ‘Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology’ (2014) 12(2) *Surveillance & Society* 197; Viktor Mayer-Schönberger and Kenneth Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* (John Murray 2013) 155.
- 2 Julie E Cohen, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism* (Oxford University Press 2019); Sadowski (n 1); Nick Srnicek, *Platform Capitalism* (Polity Press 2016).
- 3 Keynote Speech of European Consumer Commissioner Meglena Kuneva, Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling (March 31, 2009) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_09\\_156](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_09_156)> accessed 28 January 2021.
- 4 ‘The world’s most valuable resource is no longer oil, but data’ *The Economist* (6 May 2017) <[www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource](http://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource)> accessed 28 January 2021.
- 5 Michael Mandel, ‘The Economic Impact of Data: Why Data Is Not Like Oil’ (2017) <[www.progressivepolicy.org/publications/economic-impact-data-data-not-like-oil/](http://www.progressivepolicy.org/publications/economic-impact-data-data-not-like-oil/)> accessed 22 September 2019.
- 6 World Economic Forum, ‘Personal Data: The Emergence of a New Asset Class’ (17 February 2011) <[www.weforum.org/reports/personal-data-emergence-new-asset-class](http://www.weforum.org/reports/personal-data-emergence-new-asset-class)> accessed 28 January 2021.
- 7 Yan Carrière-Swallow and Vikram Haksar, ‘The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective’ (2019) International Monetary Fund Report, Departmental Paper No 19/16, 5 <[www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2019/09/20/The-Economics-and-Implications-of-Data-An-Integrated-Perspective-48596](http://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2019/09/20/The-Economics-and-Implications-of-Data-An-Integrated-Perspective-48596)> accessed 28 January 2021.
- 8 Oracle and MIT Technology Review Insights, ‘The Rise of Data Capital’ (21 March 2016) <[www.technologyreview.com/s/601081/the-rise-of-data-capital/](http://www.technologyreview.com/s/601081/the-rise-of-data-capital/)> accessed 28 January 2021; Sadowski (n 1).
- 9 See, eg, Eric Posner and E Glen Weyl, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society* (Princeton University Press 2018); Imanol Arrieta-Ibarra and others, ‘Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond “Free”’ (2017) 1(1) *American Economic Association Papers & Proceedings* 1.

property,<sup>10</sup> or as infrastructure,<sup>11</sup> while others suggest that none of these analogies are apt to describe data's unique qualities, as it is not just one thing.<sup>12</sup>

Many of these conceptualizations of data and of the global data economy consider law and institutional arrangements as secondary, as a reformist tool that can be used to achieve certain policy aims, or do not consider the constitutive role of the law in shaping distributional outcomes. They leave unquestioned, and thereby affirm, the role of law and legal expertise in helping facilitate unequal distribution of wealth<sup>13</sup> and the consolidation of gains and losses from trade<sup>14</sup> and markets in data globally.

This article takes the view that data is a distinct form of capital in the global economy.<sup>15</sup> In contrast to other conceptualizations of data capital, however, this article argues that data is capital because it is legally coded as such. The value of a piece of raw data is virtually nothing, just as a piece of land on its own without legal coding is just a piece of dirt.<sup>16</sup> The term "data capital" refers to data as a form of capital on par with financial capital.<sup>17</sup> Data capital's value is massive, generating on the level of hundreds of billions of dollars in annual revenues for data brokers and forming the basis of business models of the world's wealthiest firms.<sup>18</sup> Its codification as capital through legal mechanisms, as well as through legal ambiguities, has made data a highly valuable asset with an expectation of future returns for those who exercise control over it and control access to it.<sup>19</sup> This conceptualization puts primacy in the role of law in creating the conditions of possibility for the global data economy and for informational capitalism.<sup>20</sup>

If one conceives of personal and digital data as constituting a set of sociotechnical and economic relations, which are themselves constituted by a set of legal relations,<sup>21</sup> then a

10 Teresa Scassa, 'Considerations for Canada's National Data Strategy' Center for International Governance Innovation (2018) <[www.cigionline.org/articles/considerations-canadas-national-data-strategy](http://www.cigionline.org/articles/considerations-canadas-national-data-strategy)> accessed 29 January 2021; Dan Breznitz, 'Data and the Future of Growth: The Need for Strategic Data Policy' Center for International Governance Innovation (2018) <[www.cigionline.org/articles/data-and-future-growth-need-strategic-data-policy](http://www.cigionline.org/articles/data-and-future-growth-need-strategic-data-policy)> accessed 29 January 2021.

11 Peter Kawalek and Ali Bayat, 'Data as Infrastructure' Paper for the UK Commission on Infrastructure (2017), <[www.nic.org.uk/wp-content/uploads/Data-As-Infrastructure.pdf](http://www.nic.org.uk/wp-content/uploads/Data-As-Infrastructure.pdf)> accessed 29 January 2021.

12 Susan Ariel Aaronson, 'Data Is Different: Why the World Needs a New Approach to Governing Cross-border Data Flows' (2018) Center for International Governance Innovation Paper No 197, 36.

13 Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019).

14 David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Princeton University Press 2018) 171–217.

15 On data as capital, see Sadowski (n 1).

16 Pistor (n 13).

17 Oracle and MIT (n 8).

18 Sadowski (n 1) 8.

19 Pistor (n 13); Katharina Pistor, 'Rule by Data: The End of Markets?' (2020) 83 *Law and Contemporary Problems* 101.

20 "Informational capitalism" is defined and discussed in Section 2, *infra*. While the terms "global data economy" and "informational capitalism" are both used throughout this article, the use of informational capitalism is used to emphasize it as a mode of production, while the global data economy is used to emphasize the global aspects of the data economy.

21 Amy Kapczynski, 'The Law of Informational Capitalism' (2020) 129 *The Yale Law Journal* 1460, 1467 (calling for "a more serious engagement with the political economy of data, grounded in the recognition that data is a social relation – an artifact not only of human cognition but also of legal structures").

law and political economy (LPE) framework might be particularly useful for understanding the distributive effects of law in the global data economy. Far from being a lawless space,<sup>22</sup> law plays a constitutive role in the global data economy and its distributive stakes.<sup>23</sup> Changes in institutional and technological arrangements can affect the current status quo, reshaping it in ways that help promote more democratic forms of governance and experimentalism in different models of production and distribution.

### 1.1. The Political Economy of Data-Driven Technologies and Business Models

To better understand the proper roles of the state, the market, and commons-based production in it, it is necessary to understand the political economy of the institutions in which technology is embedded.<sup>24</sup> This is in contrast to early libertarian approaches which saw no role for the state<sup>25</sup> and non-market approaches to technological governance which saw no role for markets.<sup>26</sup> Originally, decentralized and distributed features of the internet enabled new, participatory forms of production, but its governance remained hierarchical, even if a broader range of actors and new forms of governance emerged in its aftermath.<sup>27</sup> As the internet and the digital economy have developed into their current configurations, which include the Internet of Things, mobile and cloud computing, big data, and fiber optics, new dimensions of power and control points have been identified where technological design choices and institutional arrangements coalesce to create concentrations of economic and political power.<sup>28</sup>

Paradoxically, the decentralization of platform services is leading to increased monopolization, as the platform services of companies like Google (Alphabet), Amazon, Apple, and Facebook, are becoming integrated into almost every service at every layer of the mobile and digital ecosystem through technical and material integration into the source code of mobile apps.<sup>29</sup> This platformization goes into the very infrastructure of digital services, increasing their power through de- and recomposing their software into the open web.<sup>30</sup> This creates a dynamic where platforms increase their market power by competing with the other companies that depend upon their technical infrastructure and by functioning as gatekeepers to market access through both technical means and by

---

22 Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power* (Public Affairs 2019) 103–104.

23 Cohen (n 2); Kapczynski (n 21).

24 Yochai Benkler, 'A Political Economy of Utopia?' (2019) 18 *Duke Law & Technology Review* 78; Kapczynski (n 21) 1477.

25 See, eg, John Perry Barlow, 'A Declaration of the Independence of Cyberspace' (8 February 1996) <[www.eff.org/cyberspace-independence](http://www.eff.org/cyberspace-independence)> accessed 29 January 2021.

26 Benkler (n 24).

27 Ibid.

28 Yochai Benkler, 'Degrees of Freedom, Dimensions of Power' (2016) 145 *Daedalus* 18.

29 Tobias Blanke and Jennifer Pybus, 'The Material Conditions of Platforms: Monopolization Through Decentralization' (2020) 6(4) *Social Media + Society*.

30 Ibid 1–2.

setting the rules of the game.<sup>31</sup> In doing so, they are acting as both platforms and market participants, which antitrust law expert Lina Khan argues should be structurally separated functions.<sup>32</sup> The data that platforms gather from their business clients gives them advantages to outcompete or exclude them altogether.<sup>33</sup>

Many technology companies today primarily rely on data-driven technologies and business models as their primary sources of revenue, and data is their largest asset.<sup>34</sup> Not only do data analytics and databases generate value on data markets, but data is also used for behaviorally targeted advertising. This lies at the heart of business models in informational capitalism, which attempts to nudge, influence, and manipulate people into buying products and services as part of the ad-based business model underlying many services that are free to their users (such as Google Search, Facebook, and Instagram), which is another means of generating value through data. Corporations increasingly compete with one another for user data, because network effects can mean huge economies of scale and increased accuracy in behavioral targeting, creating winner-takes-all dynamics.<sup>35</sup> They sometimes use data to outcompete and undermine rivals in multi-sided markets.<sup>36</sup> The trend towards “platform capitalism,” where the platform has become a key actor in markets and is reshaping them altogether, can be seen as the byproduct of economic trends and transformations in capitalism over the past half century that have led to the decrease in industrial manufacturing and an increase in immaterial modes of production, including the data economy.<sup>37</sup> Global finance and financialization have played a significant role in the development of this economy and the dominant role of platform firms in it.<sup>38</sup>

## 1.2. The Global Data Economy’s Distributive Effects

Technologies embed, reflect, and help shape, social and political orders.<sup>39</sup> They are also, similar to markets, shaped by law.<sup>40</sup> Information technologies have become “bound up

31 See Lina M Khan, ‘The Separation of Platforms and Commerce’ (2019) 119 Columbia Law Review 973.

32 Ibid.

33 Ibid 981.

34 Oracle and MIT (n 8). This is not just the case for technology companies. Scholars have identified, for example, how corporations in other sectors are increasingly becoming technology corporations with data-driven components. Sadowski (n 1) 8; Laura DeNardis, *The Internet in Everything: Freedom and Security in a World with No Off Switch* (Yale University Press 2020) 11-13 (noting that all firms are now technology companies).

35 Khan (n 31) 1035.

36 Lina M Khan, ‘Amazon’s Antitrust Paradox’ (2017) 126 Yale Law Journal 710.

37 Cohen (n 2); Srnicek (n 2).

38 Jason Jackson, ‘The Global Rise and Regulation of Platform Firms and Markets’ in Alvaro Santos, Chantal Thomas and David Trubek (eds), *World Trade and Investment Law Reimagined: A Progressive Agenda for an Inclusive Globalization* (Anthem Press 2019) 135–138.

39 Sheila Jasanoff, ‘The Idiom of Co-Production’ in Sheila Jasanoff (ed), *States of Knowledge: The Co-production of Science and the Social Order* (1st edn, Routledge 2004) 1–12; Langdon Winner, ‘Do Artifacts Have Politics?’ (1980) 109 *Daedalus* 121.

40 Kapczynski (n 21) 1477 (citing Yochai Benkler, ‘A Political Economy of Oligarchy: Winner-Take-All Ideology, Superstar Norms, and the Rise of the 1%’ (Sept. 2017) (working paper) <[www.benkler.org/Political%20Economy%20of%20oligarchy%2001.pdf](http://www.benkler.org/Political%20Economy%20of%20oligarchy%2001.pdf) [<https://perma.cc/8FVU-24BS>] ).

in dynamics of increasing inequality, stagnation, and market concentration.”<sup>41</sup> The design and business models around networked information technologies are reproducing current dynamics of economic and political power.<sup>42</sup>

The data economy has a distinctive role to play in issues of distribution, which has much to do with the legal arrangements and entitlements that shape it. These distributive effects include, among other things, increased commercialized and government surveillance, increased market power of monopolistic firms and the resultant increased concentration of wealth and power in just a few hands, environmental harms,<sup>43</sup> labor dematerialization, casualization, and outsourcing,<sup>44</sup> exacerbation of systemic and structural forms of racial and social inequities,<sup>45</sup> and widening the gap between developed and developing countries.<sup>46</sup> These distributive effects are amplified through technological capabilities and network effects. Moreover, the global data economy (and the digital economy more broadly), is governed by international laws that favor trade liberalization, often taking away the ability of states to experiment with institutional alternatives domestically<sup>47</sup> and benefiting technology corporations based in the Global North.<sup>48</sup> International organizations and domestic welfare agencies are also increasingly using algorithmic decision-making in determinations of who receives welfare and humanitarian assistance and who does not.<sup>49</sup>

As will be discussed, recent legal scholarship has engaged with the political economy of the data economy and informational capitalism.<sup>50</sup> While these accounts use law and po-

41 Ibid 1477. On avoiding deterministic, naturalizing accounts of technology as an exogenous factor that has resulted in increasing inequality, and other accounts that emphasize institutions while treating technology as marginal, see Yochai Benkler, ‘The Role of Technology in Political Economy’ (July 25, 2018) Law & Political Economy Blog <<https://lpeproject.org/blog/the-role-of-technology-in-political-economy-part-1/>> accessed 29 January 2021.

42 Cohen (n 2) 1.

43 Elettra Bietti and Roxana Vatanparast, ‘Data Waste’ (2020) 61 *Harvard Int’l L. J.* Online <<https://harvardilj.org/2020/04/data-waste/>> accessed 29 January 2021.

44 Cohen (n 2); Jackson (n 38) 131 (multisided platforms are using “novel techniques of aggregating and deploying labor on demand while leveraging the power of network effects to rapidly grow their consumer base and build scale”).

45 See, eg Virginia Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor* (St. Martin’s Press 2018); Safiya Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism* (NYU Press 2018); Ruha Benjamin, *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code* (Polity Press 2019).

46 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), ‘Digital Economy Report 2019: Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries’ (2019) <<https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2019>> accessed 29 January 2021.

47 See generally, Roberto Mangabeira Unger, *Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics* (Princeton University Press 2007).

48 Pallavi Arora and Sukanya Thapliyal, ‘Digital Colonialism and the World Trade Organization’ (2019) TWAILR: Reflections #11/2019; Vahini Naidu, ‘Knowledge production in international trade negotiations’ (2019) *Africa at LSE* <<https://blogs.lse.ac.uk/africaatlse/2019/06/14/knowledge-production-international-trade-digital/>> accessed 29 January 2021.

49 Fleur E Johns, ‘Data Mining as Global Governance’ in Roger Brownsword, Eloise Scotford and Karen Yeung (eds), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* (Oxford University Press 2017); United Nations General Assembly, Report by Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights Phillip Alston (11 October 2019) UN Doc. A/74/493.

50 See, eg, Cohen (n 2); Kapczynski (n 21); Salomé Viljoen, ‘Democratic Data: A Relational Theory for Data Governance’ (11 November 2020) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3727362](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3727362)> accessed 29 January 2021.

litical economy approaches, none have used Katharina Pistor's *The Code of Capital* as an analytic framework for understanding law's role in constituting the global data economy and to map its global distributive effects. In mapping how legal entitlements contribute to the unequal distribution of value derived from this economy through assetization of data by giving it the qualities of priority, durability, universality, and convertibility,<sup>51</sup> the article will discuss some alternatives for more inclusive, equitable, and democratic forms of distribution and governance over data. Seeing the global data economy as legally constructed denaturalizes it and offers possibilities to imagine and shape alternative futures.

## 2. The Role of Law in Informational Capitalism

Contemporary capitalism is characterized by what is called “informational capitalism.” Informational capitalism refers to “the alignment of capitalism as a mode of production with informationalism as a mode of development. (...) In a regime of informational capitalism, market actors use knowledge, culture, and networked information technologies as means of extracting and appropriating surplus value, including consumer surplus.”<sup>52</sup> The shift to informational capitalism marks a shift away from an economy based primarily on manufacturing to one primarily based on the “production, accumulation, and processing of information.”<sup>53</sup> These developments, according to legal scholar Julie Cohen, are the result of patterns of legal entitlements and disentitlements that have facilitated them and granted rights and control over informational resources like personal data in ways that reinforce already existing political and economic power dynamics.<sup>54</sup> The move toward informational capitalism has entailed the commodification of data in ways similar to what Polanyi described in “The Great Transformation”, namely the reconfiguration of resources such as land, labor, and money as commodities – what he terms “fictitious commodities”.<sup>55</sup> In the process, society was disembedded from economic relations that became dominated by markets.<sup>56</sup> What we witness today is the transformation to informational capitalism. Data and information being reconfigured as a commodity comes as a result of increased commodification and property-like entitlements in intangible and informational resources since the mid-twentieth century in the form of intellectual property over intellectual goods and knowledge.<sup>57</sup>

---

51 Pistor (n 13).

52 Cohen, (n 2) 5–6 (citing Manuel Castells, *The Rise of the Network Society* (2d edn, Wiley-Blackwell 2010)).

53 Ibid 6. Cohen also notes that informational capitalism also denotes a transformation of the means of controlling and managing traditional industrial production.

54 Ibid 11–12.

55 Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Farrar & Rinehart 1944).

56 Ibid; Zuboff describes personal data and “behavioral surplus” as the fourth fictitious commodity. Zuboff (n 22).

57 Cohen (n 2) 16; Pistor (n 13).

The “property-like” quality of entitlements in data and algorithms are emphasized here because they are not considered formal property by several legal scholars.<sup>58</sup> Intellectual property rights are not typically recognized in data or facts, and only in a very limited manner for databases.<sup>59</sup> The key legal mechanisms for protecting tech companies is trade secret law, which protects valuable, secret commercial information, and contract law,<sup>60</sup> which grants tech companies the power to exclusively control user data when a user accepts a digital terms of service. It is legal tools that endow tech companies with property-like entitlements in data, such as exclusive control,<sup>61</sup> even if they lack formal property rights in data. According to Cohen, data extraction today “constitutes a new type of public domain ... the *biopolitical public domain*: a source of raw materials that are there for the taking and that are framed as inputs to particular types of productive activity.”<sup>62</sup> Its productive activities involve “the description, processing, and management of populations, with consequences that are productive, distributive, and epistemological.”<sup>63</sup> Data in the public domain legally constructs and legitimates data extraction by privileging those who assert priority rights to the data<sup>64</sup> they appropriate through digital enclosures.<sup>65</sup> Yet these entitlements are what give digital platforms and data-driven technology companies considerable power – both monopoly power and the power to reshape markets and exacerbate existing social and economic inequalities.<sup>66</sup> Most importantly, the “law of informational capitalism,” insulates it from democratic demands by not only protecting data as a form of property, but also by internationalizing aspects of informational capitalism to protect it from domestic controls.<sup>67</sup> Private governance by firms, also enabled and protected by law,<sup>68</sup> further insulates the global data economy from democratic governance and demands.

Moreover, Pistor describes how data has become a *res nullius*, open for anyone to seize. This conceptualization of data in the business sector is captured in the following quote: “From a data-production perspective, activities are like lands waiting to be discovered. Whoever gets there first and holds them gets their resources – in this case, their data riches.”<sup>69</sup> The quote resembles similar ways of thinking that motivated territorial exploitation in colonial encounters and conquests, and “data colonialism” is one way that

---

58 See, eg, Cohen (n 2) 44–45; Kapczynski (n 21) 1466; Lothar Determann, ‘No One Owns Data’ (2018) 70 *Hastings Law Journal* 1.

59 Kapczynski (n 21) 1501.

60 Ibid 1501–1502.

61 Cohen (n 2) 62–63.

62 Ibid 48–49.

63 Ibid 49.

64 Ibid 44, 50.

65 Cohen (n 2) 25, 62–64.; Pistor (n 19).

66 Kapczynski (n 21) 1465.

67 Ibid 1466.

68 In the US, for example, their activities and software are protected as free speech under the First Amendment of the Constitution. See Kapczynski (n 21).

69 Oracle and MIT (n 8) 6.

scholars have captured the similarity of these dynamics.<sup>70</sup> Moreover, data is distinguishable from other assets in that tech companies are not reliant solely upon formal property rights backed by the coercive power of the state. Instead, these corporations use technological barriers to their databases, while at the same time extracting data based on its ambiguous legal status.<sup>71</sup> Data extraction can occur without any prior allocation of property rights.<sup>72</sup>

At the global level, international trade law and international investment law provide protections to firms at the cost of democratic control by people. They effectively hinder domestic regulatory frameworks on data, and the ability of states to explore alternative domestic institutional arrangements that might have more equitable distributive effects.<sup>73</sup> The push towards strong intellectual property rights and prohibitions of data localization or other regulatory frameworks that might hinder free flow of data in international trade law agreements, are pushing national economies around the world toward promoting the free flow of data.

From a policy perspective, these trade agreements do not take into account differences between developing and developed countries or the long-term consequences of promoting free trade in data. Developing countries have very different interests than more developed countries, as developing countries tend to be digital service importers while the EU and US are digital service exporters. Moreover, some scholars argue that unless there is community ownership over data resources, that trade agreements which promote the free flow of data are likely to put data ownership into the hands of the data collecting corporations, which operate in ways that are at odds with democratic demands.<sup>74</sup> While global data governance and the promotion of the digital economy through international trade agreements promises economic development and prosperity for all, “trade policymakers arguably continue to over-emphasize the expected gains from the digital transformation of the global economy while downplaying the costs,” including constraints on domestic distributive measures.<sup>75</sup>

---

70 Nick Couldry and Ulises A Mejias, *The Costs of Connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism* (Stanford University Press 2019); Sadowski, (n 1) 3 (“The goal of transforming everything into data and the search for new sources of data echoes imperialist modes of accumulation”) (internal citations omitted); see also Cohen (n 2) 59 (“The drive to explore and colonize the global public domain of personal data has produced ... extensions of surveillance via a two-pronged strategy of policing and development, followed by a step back as the data harvests are consolidated and absorbed,” what she terms the “postcolonial two-step”).

71 Pistor (n 19) 106–107.

72 Ibid 108.

73 On how dominant understandings of free trade, also reflected in international trade law, inhibit domestic institutional experimentation, see Unger (n 47).

74 See, eg, Eyal Benvenisti, ‘Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?’ (2018) 29 *European Journal of International Law* 9; Parminder Jeet Singh and Jai Vipra, ‘Economic Rights Over Data: A Framework for Community Data Ownership’ (2019) 62(1) *Society for International Development* 1–5.

75 Thomas Streinz, ‘Digital Megaregulation Uncontested? TPP’s Model for the Global Digital Economy’ in Benedict Kingsbury and others (eds), *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP* (Oxford University Press 2019) 312–342, 338–339.

While many scholars have emphasized the law of informational capitalism from the United Statesean perspective, the law of informational capitalism is actually a mixture of local, national, regional, and international laws that govern it, as well as a patchwork of other forms of governance, such as private governance by firms and the normative effects of data-driven technologies themselves. This patchwork governance of the global data economy is not always orderly and coherent. The biggest technology firms and platforms are in the United States, followed by China, but the European Union has exercised leadership in data privacy and data protection regulations which have extraterritorial effects.<sup>76</sup> Given that the data economy is transnational, a multitude of formal and informal legal regimes and modes of governance are shaping it at once. Firms can do regulatory arbitrage and seek out headquarters or corporate subsidiaries in corporate-friendly and tax-friendly jurisdictions to limit their tax and legal liabilities.<sup>77</sup> Moreover, intellectual property rights such as trade secrets give property-like entitlements to the technological tools and devices that make the data economy possible. Labor laws, and ways of getting around them through global supply chains, informal or casualized labor, and dematerialized labor, where the most high-value labor is increasingly immaterial in the knowledge or data economy, have created new dynamics and increased inequality between capital and labor.<sup>78</sup> This increased inequality between capital and labor often leaves workers with decreased bargaining power, weaker protections, and lower wages. Financial laws and legal innovation of financial instruments through legal coding<sup>79</sup> have also enabled the financialization of databases and data sets<sup>80</sup> which further concentrates wealth in the hands of the few.<sup>81</sup> Law constitutes relative positions of power in which different actors, with different interests, goals, and projects, interact and struggle<sup>82</sup> in the global (data) economy.

### 3. Data + Law = Data Capital

In *The Code of Capital*, Katharina Pistor lays the groundwork for an analytic framework of law and political economy. As discussed in her contribution, she focuses on the

---

76 The EU's regulatory leadership which has global standardizing effects has been called the "Brussels Effect." Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020); see also Cedric Ryngaert and Mistale Taylor, 'The GDPR as Global Data Protection Regulation?' (2020) 114 *American Journal of International Law* Unbound 5; Christopher Kuner, 'The Internet and the Global Reach of EU Law' in Marise Cremona and Joanne Scott (eds), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law* (Oxford University Press 2017) 112–145; on the extraterritoriality of the GDPR and other regulatory frameworks governing data transfers, see Roxana Vatanparast, 'Data Governance and the Elasticity of Sovereignty' (forthcoming 2021) 46 *Brooklyn Journal of International Law*.

77 Pistor (n 13) 67–76.

78 Cohen (n 2) 30–33; Jackson (n 38).

79 Pistor (n 13).

80 On the economic value of data sets, data analytics, and databases making them prospects for financialization and securitization, see Fleur E. Johns, 'The Deluge' (2013) 1 *London Review of International Law* 9, 10–11.

81 On the connections between the developments of networked information technologies and datafication with financialization, Cohen (n 2) 26, 29–30.; Sadowski (n 1) 9.

82 Kennedy (n 14) 59, 66–69.

legal qualities of capital that create wealth and inequality.<sup>83</sup> Law codes simple assets into capital, mainly through private law mechanisms, such as property law, contract law, collateral law, trust law, corporate law, and bankruptcy law.<sup>84</sup> These legal mechanisms privilege the holders of assets by ensuring priority, durability, universality, and convertibility.<sup>85</sup> These four qualities privilege holders of assets that are coded into capital when backed by the (threat of) coercive power of the state.<sup>86</sup>

While finance and capital move globally, they are mostly governed by the laws of the State of New York and the laws of England.<sup>87</sup> Through contractual choice of law clauses, these jurisdictions' laws end up becoming the *de facto* laws of the global economy. So too in the global data economy. While that economy is increasingly spreading throughout the world, due to the dominance of major technology firms in the US and China, and due to the leadership of the EU in the regulatory domain over the data economy, those three jurisdictions' laws are becoming the *de facto* regulatory leaders of the global data economy. The effect of this is that most national economies are operating according to sets of rules decided elsewhere – whether regulatory regimes with extraterritorial effects, such as the GDPR, international trade laws based on the “Silicon Valley Consensus,”<sup>88</sup> or governance by firms based in the US and China. The dominance of a few jurisdictions and a few corporations in this area can hinder democratic forms of governance over data.

One of the things that is unique to informational capitalism is not only how it is transforming legal institutions and granting quasi-legal entitlements, but also how it is transforming markets.<sup>89</sup> Pistor argues that governance by and through data could potentially replace law and markets as social ordering mechanisms.<sup>90</sup> Since data is non-rivalrous, technology firms assert quasi-property entitlements and price *access* to data.<sup>91</sup> As data is both a source of wealth and a means of governance, it is also a source of power.<sup>92</sup> One of the distributional problems with the global data economy is that only the technology firms who amass data, have access to it, and exercise control over it are the ones with power, since the power to target and manipulate the behavior of others is a means of exerting control “over future behavior and future economic outcomes.”<sup>93</sup>

Property-like entitlements in data give tech companies priority over others in terms of their claims to future returns based on control of, and access to, personal data, as well

---

83 See Katharina Pistor, ‘Die Codierung von Kapital. Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit’ (2021) 1 *juridikum* 75.

84 Pistor (n 13).

85 *Ibid* 3.

86 *Ibid* 19.

87 *Ibid* 132–134.

88 Streinz (n 75) 329–334.

89 Pistor (n 19); Jackson (n 38) (noting the role of platform firms in global market transformations).

90 Pistor (n 19).

91 *Ibid* 102.

92 *Ibid* 112.

93 *Ibid* 112.

as the analytics and insights gained from personal data. Despite the numerous proposals for treating data like labor or property as a means of redistribution of the value generated from the global data economy, there is no indication that implementing such a reform would alter existing conditions of data extraction, or in other words that sale of data labor or data property would be “non-extractive or uncoerced”.<sup>94</sup> Nor would this proposal adequately address concerns over data privacy, or that the less well off in society would not be under increased pressure to sell their data, enabling the wealthy to put a higher price on their data and their privacy.<sup>95</sup> Moreover, it would be unlikely to address the reproduction of social inequality and social injustice through data commodification and extraction.<sup>96</sup> This priority is obtained through contractual means, when technology firms obtain consent through click-wrap agreements, or through end user license agreements that require users to click accept or agree to use a service. Changes in enforceability rules of these agreements, labor laws, digital tax laws, and intellectual property regimes could create a set of different priority entitlements to data, its access, and the distribution of its value.

Moreover, changing the organizational rules in this domain could shift who has the primary say in how data is extracted, used, governed, and who is entitled to its revenues.<sup>97</sup> Data trusts, for example, could change the priority in entitlements. This gives users the right to share in the earnings based on their data and “exercise voting rights on behalf of the data producers.”<sup>98</sup> Collective governance structures, rather than those focused on individuals, can reverse or set the terms of the convertibility of data as an asset and how the value of that convertible asset is distributed. Collective governance structures such as data trusts and civic data trusts can enable more democratic and inclusive forms of governance over data, as data governs not just at the individual level, but is relational and creates value in data markets at the aggregate, population-level<sup>99</sup> through their predictive power which enables inducing and nudging others.<sup>100</sup> Legal scholars have noted the collective interests at play in the data economy.<sup>101</sup> Local municipal level experiments using distributed ledger technologies have given citizens the power to choose whether they want to share their data for the public good while protecting their data privacy and security if they choose to do so.<sup>102</sup> While civic data trusts like the one in Barcelona seem to work well at the municipal level by also providing opportunities for participation in

---

94 Viljoen (n 50) 39, note 121.

95 Ibid 35–40.

96 Ibid 46–47.

97 On organizational law as one of the key areas for restructuring the data economy, *see* Pistor (n19) 123–124.

98 Ibid 121.

99 Viljoen (n 50).

100 Pistor (n 19) 106.

101 Ibid 111; Viljoen (n 50).

102 ‘Barcelona: showcase of smart city dynamics’ (2018) Smart City Hub <<http://smartcityhub.com/technology-innovation/barcelona-showcase-smart-city-dynamics/>> accessed 29 January 2021.; *see also*, DECODE Project <<https://decodeproject.eu>> accessed 29 January 2021.

government decisions,<sup>103</sup> it remains to be seen how these models might scale, requiring institutional and technological innovation also at the global level.

The unique spatialities of data, which is at once local, national, and global, further complicate the issue of who should govern data and at what scale to best promote democratic forms of governance. An alternative way of governing the global data economy that is aligned with the collective interests at stake in it is to govern it as a global commons. International legal scholar Eyal Benvenisti, for example, argues that to promote more equal access to data, data should be treated “as a shared global resource whose access should be, in principle, secured for all and protected by all.”<sup>104</sup> This could promote making data available for innovation, scientific research, for engaged citizens to govern their data, and to help bridge the “big data divide.”<sup>105</sup> He argues that this does not preclude other uses and governance of data domestically that reflect national concerns, but at the global level, data should be a shared global resource, like international watercourses.<sup>106</sup> While these are promising avenues to explore alternative governance models, questions remain as to whether commons-based governance models can avoid increased datafication, surveillance, concentration of power, and the limits of algorithmic knowledge-production that have been associated with commons-based production models.<sup>107</sup>

With the conflicting variety of interests at stake in the global data economy, none of these proposals can offer simple, universal solutions. Nevertheless, these proposals show the variety of institutional and legal means for creating alternatives to the present state of affairs.

#### 4. Conclusion

As legal philosopher Roberto Unger argues, “[t]echnology is indeterminate in its distributive consequences; what matters is the institutional setting in which it operates.”<sup>108</sup> In doing a distributional analysis of law in the global data economy, this article has aimed to identify some of the “points of choice, openings to contest the political and economic hierarchies and unjust distribution, [and] alternatives to our current institutional arrangements.”<sup>109</sup>

Much work remains to be done on issues of distribution relating to law in the global data economy. While distributional analysis of law and legal expertise is a powerful mode

---

103 Decidim <<https://decidim.org/>> accessed 29 January 2021; accessed 29 January 2021.

104 Benvenisti (n 74) 76.

105 Ibid 79–81.

106 Ibid 79–81.

107 Cohen (n 2) 252.

108 Unger (n 47) 132.

109 David Kennedy, ‘Law in Global Political Economy: Now You See It, Now You Don’t’ in Poul F. Kjaer (ed), *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law* (Cambridge University Press 2020) 149.

of critique of existing institutional arrangements,<sup>110</sup> the co-production of technology and social order<sup>111</sup> might suggest undertaking a distributional analysis of law *and* technology, along with their associated forms of expertise, to better understand the distributive effects of this interaction. Building on this inquiry, doing a distributional analysis of data “global value chains” might be productive in considering alternatives that could distribute the wealth and value derived from the global data economy differently, as well as to understanding the different stakes involved in maintaining the status quo or changing it.<sup>112</sup>

Dr. Roxana Vatanparast is a Research Fellow with the Program on Science, Technology and Society (STS Program) at the Harvard Kennedy School of Government and an Affiliate with the Center on Global Legal Transformation at Columbia Law School; roxana\_vatanparast@hks.harvard.edu; roxanav41@gmail.com.

---

110 See Kennedy (n 14).

111 Jasanoff (n 39).

112 I thank David Kennedy for the idea of using the literature on distributional analysis of global value chains in this context. For an example of this type of analysis in relation to global value chains, see Grietje Baars and others, ‘The Role of Law in Global Value Chains: A Research Manifesto’ (2016) 4 *London Review of International Law* 57; see Jackson (n 38) 135 (noting the similarities between platform firms and GVCs “[b]oth were facilitated by entrenched patterns of labor market inequality between developing and industrialized countries in globalized value chains ....”); see also UNCTAD (n 46) 92-95 (referring to “global data value chains” and the position of developing countries in relation to where the majority of the value of the global data economy is generated and distributed, including in digital advertising markets and cloud and infrastructure assets).

# Coding States-Shareholders

## Reflections on State-Owned Enterprises and Attribution of Conduct in Investor-State Arbitration

Eirini Kikarea\*

---

### 1. Introduction

In her book *The Code of Capital*, Katharina Pistor uses the modern corporation as an example of legal coding that underlies global inequality and private wealth accumulation.<sup>1</sup> She argues that the corporate form serves as a ‘capital minting operation, partitioning assets and shielding them behind a chain of corporate veils to access low-cost debt finance and to engage in tax and regulatory arbitrage’.<sup>2</sup> This article applies Pistor’s theory to international investment arbitration, showing that the assets of private corporations enjoy superior coding to state assets. State-owned enterprises (SOEs) and attribution of conduct in the law of state responsibility are used as focal points. As it is exhibited, in contrast to privately-owned enterprises, international investment law has not always been effective in coding state assets. In some investment arbitration cases involving SOEs, investment tribunals disregarded the corporate veil principle and adopted expansionary views on the definition of state and state acts, whilst at the same private corporations typically do not have international obligations in the investment regime. These decisions, combined with the asymmetric structure of investor-state arbitration more generally,<sup>3</sup> may negatively impact developing states that employ SOEs as part of their national development strategies,<sup>4</sup> leaving state assets more vulnerable to foreign investors’ claims compared to private assets.

The article does not make a normative claim about whether the principle of corporate veil should be maintained or not in relation to public and private corporations. After presenting Pistor’s theory of capital-coding and corporations (2), the article examines how international law regulates public and private corporations, focusing on the prin-

---

\* The author would like to thank Love Rönnelid and Gabriel M. Lentner for their helpful comments on an earlier draft of this article and the interesting joint discussions about international investment law and political economy at Harvard Law School.

1 Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019).

2 Pistor (n 1) 48.

3 The asymmetric/imbalanced character of investor-state arbitration refers to the fact that, in most cases, only private foreign investors can sue states before investment tribunals for alleged international violations and not vice versa. See further, Pia Eberhardt and Peter Fuchs, ‘Internationales Investitionsrecht: Staat–Macht–Konzerne’ (2013) 3 *Juridikum* 330.

4 On the recent rise of state capitalism, see further Joshua Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World* (Oxford University Press 2016) 9.

principle of corporate veil and the attribution of conduct of SOEs to owner-states in the law of state responsibility and investment arbitration (3).

## 2. Capital-coding and corporations

Pistor develops a legal theory of wealth-creation in an attempt to grapple with the question of sustained inequality at a global level. Her main argument is that the reason why capital has survived so many economic cycles and crises historically is because of legal coding. Building on older theories of capital and inequality, such as those expressed by Karl Marx and Karl Polanyi,<sup>5</sup> and the more recent research by scholars like Thomas Piketty,<sup>6</sup> Pistor argues that capital is made of two elements: an asset and a legal code. She shows that although the types of assets that are transformed into capital change over time, their legal coding has remained fairly constant.

More specifically, legal coding transforms an asset into capital, which in turn generates wealth for its owner. This happens because legal coding grants four attributes to assets: priority, durability, universality, and convertibility. Priority rights protect asset-owners by granting them privileged ranking over other claims. Durability ensures a long lifespan for these priority claims. Universality extends priority claims against other actors, beyond those involved in a consensual transaction, leading to *erga omnes* enforcement. And lastly, convertibility refers to the possibility of converting assets into state money when no private party wants to take them.

One of the most important capital-coding tools and example of legal coding is the corporate form and especially the separate legal personality of corporations. Traditionally, the corporate form is perceived as a ‘nexus of contracts’ that enables risk-taking and the mobilisation of resources for big projects. It is often understood as the condition for the operation of markets for corporate bonds and shares, which in turn foster information-sharing and the better allocation of funds across businesses. A law-and-political-economy view offers a different perspective.<sup>7</sup> According to Pistor, the company’s corporate veil, namely the creation of a fictional personality, enables a firm to have rights and obligations, to conclude contracts, to sue and to be sued in its own right. Given the right legal arrangements, the corporate veil operates as an ‘asset-shielding device’ and a ‘capital-minting operation’ that protects past profits and pools of assets from the company’s creditors (except for its direct creditors). It maximises profits by dividing assets of an entity in a way which leads to the reduction of information costs, and in turn of taxation and cost of debt finance.

---

5 See Karl Marx, *Das Kapital* (Lawrence and Wishart 1974); Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Beacon Press 1944).

6 See Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2014).

7 See also Grietje Baars, *The Corporation, Law and Capitalism* (Brill 2019).

The features that are behind the success of the modern corporation are: entity shielding, loss shifting, and the prospect of immortality.<sup>8</sup> Entity shielding directs the claims of creditors to distinct pools of assets, shielding in this way the assets that have been allocated to different corporations. Unless something goes wrong, this partition also benefits the company's creditors because it reduces their transaction costs.<sup>9</sup> Because of the corporate veil, the company's owners can reduce their losses and shift them to other actors such as employees, creditors, or the general public (when governments decide to bailout corporations because they are 'too big to fail'). The shareholders benefit from the company's returns during its lifetime but, if the corporation goes bankrupt, they will only lose their initial investment and will not be liable for the company's debts with their personal property. Lastly, corporations are entities that have the potential to be immortal, to 'live' until they get bankrupt or are dissolved by their shareholders.

These functions of the corporate veil are exploited globally. In addition to financial reasons, dividing a company's assets into different entities also enables corporations to access jurisdictions that have more favourable regulation, for example lower taxation.<sup>10</sup> To attract corporations, many countries engage in what has been termed as 'regulatory competition'. On the international plane, states often conclude investment treaties that provide for vague investment protection standards that have been interpreted expansively by arbitrators, along with direct and effective enforcement mechanisms like investor-state dispute settlement (ISDS).

Corporate lawyers themselves, the 'masters of legal coding', play an important role in these arrangements.<sup>11</sup> Lawyers assist their clients with structuring corporations in a way that they can access beneficial tax regimes and have their assets recognised across different jurisdictions. Moreover, they help them choose applicable contract law that serves their interests.

It is imperative to stress that states provide the legal framework for these processes and that it is the coercive enforcement of laws which enables wealth accumulation and distribution in this way.<sup>12</sup> A reason for states to decide to enact laws, which are favourable for corporations, is because they believe that they will achieve economic growth by protecting the interests of private capital first. Yet, as Pistor argues, this does not necessarily result in increased wealth across the board but in the accumulation of wealth for private asset-owners.<sup>13</sup>

---

8 Pistor (n 1) 56ff.

9 See Anthony J Casey, 'The New Corporate Web: Tailored Entity Partitions and Creditors' Selective Enforcement' (2015) 124(8) Yale Law Journal 2680.

10 Pistor (n 1) 67.

11 Ibid 3.

12 Ibid 15.

13 See also Robert Hale, *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power* (Columbia University Press 1952).

This capital-coding practice, in Pistor's view, one of the root causes of inequality, has passed unnoticed throughout the ages. As previously hinted, this process does not only take place in domestic legal systems. International law has also enabled capital to be mobile and to enjoy protection abroad. Foreign investment and international trade have been enabled mostly by private international law as well as public international law, mainly through the use of international investment law and trade regimes.<sup>14</sup> This article focuses on some specific aspects of international investment law, one of the most important capital-coding tools at the global level.

### 3. Coding private corporations and SOEs in international investment law

As seen above, corporations are very effective legal tools coding private capital. Yet, not all corporations are equally coded international investment law. This section discusses the legal coding of private corporations in the international investment regime (3.1), followed by public corporations (3.2). Using state-owned enterprises (SOEs) and attribution rules as lenses, this section exhibits that public corporations have in several instances enjoyed inferior legal coding than private corporations in investor-state arbitration and, as a result, public assets do not enjoy that high level of protection. In contrast to privately-owned enterprises, the SOEs' corporate veil has not always been effective in shielding state assets in international investment law.

#### 3.1. Coding private corporations: their status and the principle of corporate veil in international investment law

As far as international investment law is concerned, private corporations qualifying as foreign investors benefit from international rights and state obligations that protect foreign investments, but typically have no international obligations themselves. Generally, corporations can directly sue states but cannot be sued by them before investment tribunals. Finally, the principle of the corporate veil is a firmly established principle of international law. It is also applicable in international investment law, enabling corporations to benefit from this important capital-coding tool discussed above.

Corporations are legal persons under national law but in international law their exact status is subject to debate.<sup>15</sup> Despite the fact that corporations and non-state actors play a prominent role in global affairs, international law remains state-centered. Traditionally, the positivist approach to international law dictates that corporations, and most non-state actors in general, are not formal international legal persons, at least not in the same sense as states. The principal actors of international law traditionally are states

---

<sup>14</sup> Pistor (n 1) 132ff.

<sup>15</sup> See further Jean d'Aspremont, *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (Routledge 2011).

and international organisations.<sup>16</sup> However, some non-state actors possess international personality of some sort by virtue of being right/obligation holders.<sup>17</sup> International legal personality is then merely ‘an indirect consequence from their rights and duties’, which only exists ‘occasionally’.<sup>18</sup>

Under the international investment regime, corporations benefit from rights and state obligations establishing investment protection.<sup>19</sup> These international investment agreements (IIAs) establish dispute resolution mechanisms, so-called ISDS, enabling private investors, including private corporations, to directly sue states, alleging that the latter harmed their investments. However, IIAs in force protect foreign investors disproportionately. The regime is asymmetric in the sense that private investors in most cases have international rights and no reciprocal international obligations. In the context of traditional investment agreements, states cannot initiate arbitration proceedings against foreign investors. These treaties are typically one-way instruments containing far-reaching obligations only for contracting states and are geared towards investment protection.<sup>20</sup> Moreover, international law incorporates the corporate veil principle for all entities established as limited liability corporations. This principle was first spelt out by the International Court of Justice (ICJ) in the *Barcelona Traction* case,<sup>21</sup> when examining the standing of Belgium in the context of diplomatic protection. The ICJ stated that corporate entities are separate from their shareholders and that only in exceptional circumstances would their corporate veil be lifted.<sup>22</sup> Viewing the corporation from a historical perspective, the Court observed that limited liability corporations were created to enable the undertaking of projects that go beyond the capabilities of individuals.<sup>23</sup> Contrary to other forms of association, the shareholders of a limited liability company cannot access the assets of the corporation, but at the same time they are not personally liable for the

---

16 See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed, Oxford University Press 2019) 105ff.

17 For non-state actors as right/obligation holders see ICJ, *Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo* (22 July 2010) 116–117.

18 d'Aspremont (n 16) 25.

19 For an overview of IIAs in force, see UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, available online <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> accessed 27 November 2020. The debate whether investors are holders of rights or beneficiaries of inter-state obligations does not affect the arguments presented in this paper as what matters for present purposes is that private corporations benefit from substantive investment rights contained in investment treaties. See also Patrick Dumberry and Erik Labelle-Eastaugh, ‘Non-State Actors in International Investment Law: The Legal Personality of Corporations and NGOs in the Context of Investor-State Arbitration’ in d'Aspremont (n 16) 360ff.

20 For an argument to expand the obligations of foreign investors see further, Gabriel Bottini, ‘Extending Responsibilities in International Investment Law’ (ICTSD 2015), available online <<http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15-Investment-Bottini-FINAL.pdf>> accessed 27 November 2020. See also Ivar Alvik, ‘The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy’ (2020) 31(1) *European Journal of International Law* 289.

21 ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light & Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain, 1970)* (Merits) ICJ Reports 1970, 3.

22 *Ibid* 56–59.

23 *Ibid* para 39.

corporation's debts.<sup>24</sup> The shareholders have very limited rights in relation to the corporation and its assets. This is a situation in which the shareholders willingly get involved, aiming at the receipt of dividends and capital appreciation.

From this and other decisions,<sup>25</sup> combined with the asymmetric structure of the investment regime, it follows that private corporations enjoy very beneficial legal coding in international investment law. Despite not having exactly the same subject-status as states, private corporations acting as foreign investors are able to benefit from international rights and state obligations establishing high levels of foreign investment protection, without typically being liable under investment agreements for their operations in the foreign state. Also, the corporate veil principle is undoubtedly part of international law as evidenced by the jurisprudence of the ICJ.

### 3.2. Coding public corporations: attributing SOEs' conduct to states in investor-state arbitration

When making an investment, foreign investors may interact with a number of different legal entities and persons, such as SOEs, governmental agencies, independent authorities and municipalities. If something goes wrong between the foreign investor and a local SOE, for example, a contractual breach or the enactment of a measure by the SOE that harms the investor, questions may arise regarding the responsibility of the state-shareholder. Under which conditions, is the state-owner responsible for the harmful conduct of the SOE in question?

States are liable in international law by virtue of the rules of state responsibility. The latter regulate the general conditions for a state to be held responsible for its wrongful actions or omissions in international law, and the legal consequences that flow therefrom.<sup>26</sup> Generally speaking, state responsibility arises only for the acts and omissions of state organs and not private entities operating in the state's territory. Only exceptionally would a state be held responsible in international law for the acts of private actors, when their acts are attributable to the state, or if otherwise provided in a treaty by virtue of a *lex specialis*.<sup>27</sup> Investment tribunals have been called upon many times to determine whether the acts of SOEs constitute acts of the owner-state. The point of reference for attribution rules in general international law are the 2001 International Law Commission Draft Articles on State Responsibility (ARSIWA).<sup>28</sup> The ARSIWA attribution rules that are more per-

---

24 Ibid para 41.

25 See ICJ, *Abmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 2010, 155, 156.

26 ILC, 'Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries' (2001) UN Doc A/56/10 (ARSIWA Commentaries) Pt I, Ch. II, 31 para 1.

27 Ibid 38 para 2.

28 ILC, 'Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001' (2001) UN Doc 56/83 and A/56/49(Vol I)/Corr.4 (ARSIWA).

herent to SOEs, are articles 4,5, and 8 ARSIWA. Some tribunals have disregarded the corporate veil principle, finding that the SOEs are state organs under article 4 ARSIWA, mainly on the basis of majority ownership by the state (3.2.1). Other tribunals have attributed the conduct of SOEs to states on the basis of exercise of general control by the government over the SOE instead of ‘effective control’ over their ‘specific’ operations, as required under article 8 ARSIWA (3.2.2). In these situations, loss-shifting is enabled and liability is shifted from SOEs to owner-states, while the assets of private foreign investors remain shielded.

### 3.2.1. SOEs as state organs (article 4 ARSIWA)

Article 4 ARSIWA encapsulates the widely recognised rule of customary international law that the acts of state organs are attributable to states.<sup>29</sup> On the basis of their status in domestic law, state organs are classified as *de jure* or *de facto* organs. *De jure* organs are persons or entities expressly classified in domestic law as state organs, or an equivalent term is used that indicates a similar relationship with the state.<sup>30</sup> Based on the principle of separate corporate personality discussed above, there is a presumption that private limited liability corporations that are not expressly classified as state organs, including SOEs, are not *de jure* organs. When domestic law does not include such express denomination, a person/entity may be considered a *de facto* organ, indirectly inferred from other domestic law indicators and/or purely factual elements.<sup>31</sup> In the latter scenario, the internal law/factual elements should meet the evidentiary threshold of the ‘complete dependence’ test devised by the ICJ, unless investment tribunals can identify a different *de facto* organ test on the basis of a detailed examination of state practice. However, some investment tribunals wrongly reversed the presumption created by the corporate veil principle without explaining the theoretical underpinnings of their decision, finding that the SOEs in question were state organs mainly on the basis of majority state ownership and the governmental/commercial character of their functions.

For example, in *Maffezini v. Spain*, a well-known case among investment arbitration lawyers, the tribunal had to examine whether the acts of Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (SODIGA), an SOE operating in the chemical production industry and established as a private corporation more than 88% owned by the government, were attributable to Spain.<sup>32</sup> The tribunal applied a structural and a functional test, mention-

29 ICJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (Advisory Opinion) 1999 ICJ Rep 1999, 87, para 62; *Case Concerning Armed Activities on The Territory of The Congo (DRC v. Uganda)*, 2005 ICJ Rep 2005,242, para 213.

30 Csaba Kovacs, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer 2018) 59ff.

31 ARSIWA Commentaries (n 27) 42 para 11 (‘not only by law but also by practice...the powers of an entity and its relation to other bodies under internal law will be relevant’).

32 *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/97/7 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (2000) 71ff.

ing that the criteria to be looked at are ‘ownership, control, the nature, purposes, and objectives of the entity whose actions are under scrutiny, and the character of the actions taken’.<sup>33</sup> From a structural perspective, the tribunal noted that what matters is state ownership and whether the SOE was created by the state<sup>34</sup> and, from a functional perspective, whether its acts were private or governmental.<sup>35</sup>

From a structural point of view, the tribunal observed that the fact that the entity is owned by the state, directly or indirectly, gives rise to a rebuttable presumption that it is a state entity.<sup>36</sup> The tribunal noted that this presumption is not absolute and that it may be reversed if the functions exercised by the entity are commercial in nature (the functional perspective). If the entity was created by the state with the intent for it to operate in the private sector as a commercial entity, the presumption of statehood would be defeated. Because the tribunal found that SODIGA was a private corporation created and majority-owned by the state and exercising governmental functions (ie the carrying out of regional development activities), it concluded that SODIGA was a state entity *prima facie* acting on behalf of Spain.<sup>37</sup>

The tribunal noted that it is not clear whether the structural and functional tests are cumulative or not.<sup>38</sup> It observed that, probably, it is not always necessary for the tests to be cumulative but, in any event, if the conditions of both tests are met, a tribunal may more easily conclude that the acts in question are state acts. However, by stating that majority ownership gives rise to a presumption of statehood and then reversing the statehood presumption by applying the functional test, the tribunal wrongly neglected the presumption of separateness created by the principle separate legal personality of corporations. The tribunal should have first examined whether the SOE in question is explicitly classified as a state organ in domestic law and, after acknowledging that it has a separate legal personality from the state, it could have then exceptionally reversed its initial finding if the powers of the corporation and its relationship with other state organs in internal law, and/or other factual elements heavily weighted to the opposite direction.

The *Maffezini* tribunal failed to provide a theoretical justification for the approach it followed and should have examined additional internal law or/and factual evidence before concluding SODIGA was a state organ. From a doctrinal perspective, it should have applied the high evidentiary threshold required by the ‘complete dependence’ test spelt out by the ICJ, unless it could adequately justify the emergence of a new customary test through an examination of state practice. The ‘complete dependence’ test was applied for the first time by the ICJ in *Nicaragua v. United States*, when examining whether the

---

33 Ibid 76.

34 Ibid 89 (‘In view of the fact that SODIGA meets both the structural test of State creation and capital ownership and the functional test of performing activities of a public nature...’).

35 Ibid 89 (‘...and the functional test of performing activities of a public nature...’).

36 Ibid 77.

37 Ibid 89.

38 Ibid 81.

*contras*, a private armed rebel group, was a *de facto* organ of the United States.<sup>39</sup> In this case, the ICJ required a lot of evidence for a finding that a private person/group is controlled by the state.<sup>40</sup> The test provides that the private entity in question should have no real autonomy from the state and state control should extend to totality of the entity's operations. The Court observed that important financial support and powerful ties with a state are not enough for a finding of 'complete dependence', if the person/group/entity enjoys even a slight margin of independence from the state. *De facto* organs should act in the same way as *de jure* organs, the only difference being the 'veneer of legality provided by the state's own domestic law.'<sup>41</sup> Based on this reasoning, the criterion of state ownership and the arbitrary distinction between commercial and governmental functions applied by the *Maffezini* tribunal do not adequately prove the existence of such close links between the government and SODIGA, and the complete lack of independence of SODIGA.

The approach of the *Maffezini* tribunal was also followed by the tribunals in *Salini v. Morocco* and *Italy v. Cuba* cases.<sup>42</sup> In both cases, the tribunals neglected the presumption created by the principle of separate legal personality of corporations when attributing the conduct of the SOEs to the owner-states and failed to apply the high evidentiary threshold required under article 4 ARSIWA.

Other tribunals have been more respectful to the principle of separate legal personality.<sup>43</sup> However, their approaches remain inconsistent, lack coherency, and are often not in line with general international law, as applied by other international courts/tribunals and spelt out in the work of the International Law Commission (ILC).

### 3.2.2. State control over SOEs (article 8 ARSIWA)

Another ground for attribution is found in article 8 ARSIWA, providing that the conduct of a private person/entity shall be considered an act of state under international law, when the person/entity is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that state in carrying out the conduct.<sup>44</sup> There must exist a factual relationship, a 'real link' between the state and the conduct of the private entity in question.<sup>45</sup> In contrast to the state organ attribution ground discussed above, what matters under article 8 ARSIWA is not the general relationship between the state and the SOE but

39 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)* Merits, Judgment ICJ Reports (1986).

40 See also ICJ, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia)* 2007 ICJ Rep 2007.

41 Ibid 587.

42 *Italian Republic v. Republic of Cuba, ad hoc* State-State Arbitration, Final Award (2008); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* [I], ICSID Case No ARB/00/4/ Decision on Jurisdiction (2001).

43 See for example *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. the Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (2016).

44 ARSIWA, article 8.

45 ARSIWA Commentaries (n 27) 47 para 1.

whether the ‘specific’ conduct of the corporation was the result of state control, direction, or instruction. With regard to the degree of control, the ILC in its Commentary embraced the ‘effective control’ test applied by the ICJ in the *Nicaragua* case.<sup>46</sup> The Court held that, if a private entity is not completely dependent on the government to qualify as a state organ, some of its acts may still be attributed on the basis of ‘effective control’ by the state over a specific operation. General or overall control over an SOE and support by the state do not suffice.<sup>47</sup> The test is very restrictive and has a high evidentiary threshold. The specific conduct under examination should be an integral part of the operation that is under the effective control of the state and not incidentally or peripherally related to it.<sup>48</sup> This test was also applied by the Court in the *Genocide Convention* case.<sup>49</sup>

Investment tribunals have explicitly referred to article 8 ARSIWA when addressing questions of attribution of acts of SOEs to states. However, their approaches differ, especially with regard to the notion of ‘control’. Many tribunals have followed the ‘effective control’ test whereas others, like the tribunal in *Yukos* case, were satisfied with a lower threshold of state control over the conduct of the SOE.<sup>50</sup>

In particular, the tribunal in *Yukos v. Russia* dealt with the attribution of Rosneft’s and Yuganskneftegaz’s (YNG) conduct to the Russian State.<sup>51</sup> Both were SOEs majority-owned by the state that were established as private corporations. Their conduct related to the acquisition of YNG and the bankruptcy proceedings of OAO Yukos Oil Company (Yukos). The claimant argued that Rosneft’s acts were attributable to Russia on the basis of ownership and control by the state and that Rosneft was an organ of the state under article 4 ARSIWA. Control was, according to the claimant, established because some members of the Company’s Board of Directors were appointed by the state and were also holding executive positions with the Russian government, and on the basis of some statements made by both Rosneft and President Putin acknowledging that the company furthers the interests of the state and does not just seek to maximise shareholder value.

---

46 Ibid 47 para 4.

47 See however the *Tadic* case before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadic*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A (1999), ILM, vol 38, No 6 (November 1999) 1518, 1541, para 117.

48 ARSIWA Commentaries (n 27) 47 para 3.

49 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia v. Serbia) 2007 ICJ Rep 2007.

50 See also *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29 (2009) 130: ‘[T]he Tribunal is aware that the levels of control required for a finding of attribution under Article 8 in other factual contexts, such as foreign armed intervention or international criminal responsibility, may be different. It believes, however, that the approach developed in such areas of international law is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant.’

51 *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No AA 227, Final Award (18 July 2014).

The tribunal did not accept the claimant's argument that Rosneft was a state organ on the basis of a theoretical possibility of control by the Russian government because of ownership and the appointment of managers by the state. It examined each alleged violation separately to see whether the acts of the SOE were attributable under article 8 ARSIWA. The tribunal then proceeded to attribute the acquisition of YNG by Rosneft and the underlying auction to the state because Putin made a public statement that the acts of Rosneft were made in the interest of Russia through the use of legal market mechanisms.<sup>52</sup>

With regard to the subsequent acts of Rosneft, namely its contracts with Yukos' bank creditors and its auction bidding, the tribunal also attributed these acts to the state despite admitting that specific control was lacking. The tribunal observed that these acts were attributable to the state because the highest officers of Rosneft were 'at the same time serv[ing] as officials of the Russian Federation in close association with President Putin act[ing] in implementation of the policy of the Russian Federation.'<sup>53</sup> Before reaching this conclusion, the tribunal noted that it is likely that Rosneft was acting under the secret direction of the Russian state because its highest officials were part of Putin's entourage. The arbitrators further observed that, even in absence of such secret direction, it can be reasonably inferred that Rosneft was 'reflectively' implementing President Putin's policies because it was 'a creature of Putin's entourage'.<sup>54</sup> Despite highlighting that the situation described cannot be proven in absence of an 'inculpatory admission' by Putin, like the statement relating to the acquisition of YNG, the tribunal in the end attributed these acts to Russia.

Therefore, the tribunal followed a doctrinally questionable approach because it applied a lower threshold of 'control' than that required by the 'effective control' test under article 8 ARSIWA, without properly justifying its choice. It assumed the existence of state direction/control over the SOE's conduct from general political statements and the close personal relationships between the executives of the SOE, who were also state officials, and President Putin. The tribunal also attributed Rosneft's subsequent acts to the state, despite the fact that there was no evidence of state direction or control over its specific operations, probably influenced by its earlier findings on the acquisition of YNG. Overall, the tribunal construed the Russian state expansively by considering Rosneft's acts as 'acts of state' despite the lack of evidence required under article 8 ARSIWA. It was not proved that the acts in question were the product of 'specific' control by the state, widening the scope of responsibility on the basis of assumptions about the relationship between SOEs and the government.

---

52 Ibid 1470–1472 (he stated that: '[t]oday, the state, resorting to absolutely legal market mechanisms, is looking after its own interests. I consider this to be quite logical').

53 Ibid 1480.

54 Ibid 1474.

In relation to both articles 4 and 8 ARSIWA, the tribunals' approaches are inconsistent and analytically unsound.<sup>55</sup> The way states, SOEs, and their conduct is construed by tribunals differs greatly from case to case, affecting the outcome of the proceedings. If the Respondent state is understood in a restrictive way that in principle excludes SOEs, then foreign investors would face a lot of obstacles to prove that the SOEs' conduct is attributable to the state. If it is perceived in a more expansive manner, as including SOEs on the basis of majority ownership, then foreign investors would find it easier to claim compensation and enforce the arbitral decision against state assets. It is not unlikely that the expansionary approaches discussed above will be repeated in the future, especially given that the inconsistent decision-making of arbitral tribunals seems to be among others the result of broader systemic problems of investor-state arbitration.<sup>56</sup>

### 3.3 Reflections on SOEs, attribution rules and North/South relations

Disregarding the corporate veil principle when SOEs are involved, in combination with the imbalanced nature of investor-state arbitration more generally, may negatively impact developing states that employ SOEs as part of their national development strategies. This is because it would deprive them of an important asset-shielding device, leaving public assets more vulnerable to foreign investors' claims compared to private assets. In particular, attribution rules are often viewed as neutral, 'secondary' rules that apply alongside all 'primary' rules and facilitate the examinations of state responsibility.<sup>57</sup> They have given rise to heated debates in international law, because different parties to international disputes and negotiators disagree on the basis of their divergent policy objectives.<sup>58</sup> At the centre of the debates lies the conflict between the states' freedom to organise their state machinery in municipal law and the uniform application of attribution rules across all states. Rules on attribution are perceived as drawing the boundaries between a private sphere, which escapes international responsibility, and a public sphere, which is subject to it. However, they also create the meaning of what is characterised as 'public' and 'private'. They serve the function of extending or shrinking our perception of states and, in turn, state responsibility, by determining which actor acts in different scenarios. The dichotomy between state and non-state acts in turn rests upon various

---

55 Other tribunals applied the 'effective control' test when assessing article 8 ARSIWA in relation to SOEs' conduct. See for example, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic* (Decision on Merits 2017) 722-4; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/11/28, Award (2014) 304; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Award (2008) 173.

56 This inconsistency in decision-making is to a great extent caused by structural reasons, more specifically the decentralised structure and non-permanent nature of investment tribunals that operate like commercial arbitration tribunals. See further Kate Miles, 'Investor-State Dispute Settlement: Conflict, Convergence, and Future Directions' in Marc Bungenberg et al (eds) *European Yearbook of International Economic Law* (Springer 2016) 273.

57 James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) 64ff.

58 Ibid.

‘distinctions between public and private worlds’ that are common in Western liberal thought, determining which acts and omissions are ‘visible’ from the perspective of international law and which acts remain ‘hidden’.<sup>59</sup> The effect of this taken-for-granted public/private dichotomy has been made visible and has been criticised in scholarship. For instance, feminist scholars have argued that the public/private distinction perpetuates the subordination of women by associating the ‘public’ with politics, law, and economics, considered superior and traditionally associated with men, and the ‘private’ with the household and the family, considered inferior and traditionally associated with women.<sup>60</sup>

The way attribution rules are interpreted and applied also has the potential to impact North/South relations.<sup>61</sup> Because most investment cases are brought by investors originating from developed states against governments in developing states and transition economies,<sup>62</sup> many of them being state capitalist economies (i.e. economies where the presence of SOEs is high),<sup>63</sup> the outcome of these cases is important for the developing world. A very broad approach to the notion of ‘state organ’, ‘governmental authority’ and ‘control’ would lead to the attribution of more SOEs’ acts/omissions to these states and would in turn result to more findings of state responsibility against them. The structure of the whole legal field enables private investors under certain circumstances to shift costs to the state when interacting with SOEs. Given that the compensation sums awarded in investment arbitration are quite significant,<sup>64</sup> a few negative arbitration awards have the potential to heavily impact their economies.

In addition to the conceptual challenges presented by the attribution concepts, there are also systemic problems associated with the investment regime that may worsen the position of developing states. Many commentators have pointed to the structural flaws of the investment system, arguing that it provides financial incentives to arbitrators to multiply investment cases. This is mainly attributed to the so-called ‘double-hatting’ problem, namely a situation in which arbitrators have multiple roles in the arbitral process,

---

59 See Christine Chinkin, ‘A Critique of the Public/Private Dimension’ (1999) 10 *European Journal of International Law* 387, 389. For the public/private distinction in Western thinking see further Margaret Thornton, ‘The Cartography of Public and Private’ in Margaret Thornton (ed), *Public and Private Feminist Legal Debates* (Oxford University Press 1995) 2, 16; Hilary Charlesworth, ‘Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law’ in Margaret Thornton (ed), *Public and Private Feminist Legal Debates* (Oxford University Press 1995) 243.

60 Carole Pateman, ‘Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy’ in Carole Pateman, *The Disorder of Women* (Stanford University Press 1989) 118.

61 James Crawford and Paul Mertenskötter, ‘The Use of the ILC’s Attribution Rules in Investment Arbitration’ in Meg Kinnear et al (eds) *Building International Investment Law: The First 50 years of ICSID* (2015) 27, 33; Mikko Rajavuori, ‘Legal Persons in Investment Treaty Arbitration’ (2017) 18(5) *German Law Journal* 1183, 1211.

62 See UNCTAD Survey 2020. As observed by Crawford and Mertenskötter ‘[e]specially in an international context where BIT claims are still, albeit decreasingly, dominated by companies representing affluent investors against States with low GDPs per capita, the distributive effects of extending attribution rules in the context of international investment law may be significant’ in Crawford and Mertenskötter (n 62) 33.

63 Kurlantzick (n 4) 9.

64 For example, the tribunal in *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, awarded US\$ 1.77 billion (US\$ 2.3 billion with interest applied) and in *Yukos v Russia* (n 52), the tribunal awarded around US\$ 50 billion in compensation.

acting simultaneously as legal counsel, experts, and secretaries.<sup>65</sup> This systemic problem seriously affects the perception of neutrality of the decision-making process because it may give rise to situations of conflict of interest.<sup>66</sup> In this sense, arbitrators may have economic incentives to interpret attribution rules broadly and perceive the notion of 'state' in a way that also encompasses SOEs, because this would result to an increase in arbitration cases submitted before tribunals and in cases that pass to the merits stage. It follows that, because the way attribution rules are interpreted and applied is important for developing states, it is essential for tribunals dealing with SOEs to approach attribution questions with analytical care and avoid issuing inconsistent and ungrounded decisions on attribution questions.

#### 4. Conclusion

Law 'codes' assets thereby turning them into capital through a number of legal devices in municipal and international law, enabling the generation of private wealth. One of the most powerful and enduring legal tools for this process is the corporate veil, which shields the assets of businesspeople and enables them to get access to favourable legal regimes, including investor-state arbitration. In this article, it was argued that the corporate veil has not always been as effective in coding state assets owned by SOEs in international investment law, as it has been side-lined in several instances by tribunals dealing with questions of attribution of SOEs' conduct to owner-states. State acts and owner-states have in some cases been perceived broadly by tribunals, covering the conduct of SOEs on the basis of majority ownership and assumptions regarding the SOEs' ties with states, contrary to international doctrine. The repetition of these approaches is not unlikely given that inconsistent decision-making is a common feature of investor-state arbitration. As a result, these practices may negatively impact developing states, due to the vulnerability of their assets to claims by foreign investors and the widening of the scope of state responsibility for these states.

Eirini Kikarea, LL.M (Cantab), LL.B (UoA) is a PhD Candidate at the University of Cambridge (Scholar of Onassis Foundation, Magdalene College Cambridge, and Leventis Foundation) and a Visiting Researcher at the Institute for Global Law and Policy at Harvard Law School; eirinikikarea@gmail.com

---

65 Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, 'The Revolving Door in International Investment Arbitration' (2017) 20(2) *Journal of International Economic Law* 301.

66 See Phillipe Sands, 'Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel' in Arthur Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Brill, 2012) 28–49.

# The Distributive Impact of Third-Party Funding in Investment Arbitration

Love Rönnelid

---

## 1. Introduction

The practice of third-party funding (TPF) in international investment arbitration has increased rapidly the last decades.<sup>1</sup> TPF involves ways in which an external actor funds litigation in exchange for a part of the proceeds.<sup>2</sup> Many actors now offer to fund investment claims against states. Investing in arbitrations is attractive due to the high value of claims, litigation speed, enforceability of awards, and the capacity to control proceedings and arbitrators.<sup>3</sup> Several of these factors apply with additional force to international investment arbitration. A practitioner has put this fairly poignantly: ‘A world flush with monumental settlements and glaring opacity, a place where public treasuries are treated like ATMs by arbitral bodies and awards can be enforced globally – this is a world that third-party funders are particularly interested in.’<sup>4</sup> Participants in the TPF business hold, in a more muted tone, that investment arbitration provides ‘attractive opportunities’ due to the particular ‘financial benefits and risks’.<sup>5</sup> This article charts the interpretative choices by lawyers that have enabled this situation and examines their distributive impact in the political economy of the investment regime.<sup>6</sup>

The text proceeds as follows. The second section introduces the idea of ‘playing for rules’. It also introduces four types of legal coding of capital that *Katharina Pistor* has identified. The third section describes how TPF emerged in Australia and then spread to other jurisdictions. The fourth section outlines how international adjudicators reacted to

---

1 Gary J Shaw, ‘Third-party funding in international investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit’ (2017) 33 *Arbitration International* 109.

2 Such as through ‘contingency fee’ or ‘conditional fee’ agreements, through lending to the litigant, or by buying the claim.

3 Catherine A Rogers, *Ethics in International Arbitration* (Oxford University Press 2014) 180–81.

4 John H Beisener, ‘Speculating on injustice: Third-party funding of investment disputes’, in Pia Eberhardt and Cecilia Olivet (eds) *Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom* (Nouvelles Imprimeries Havaux 2012) 58.

5 Susana Khouri, Kate Hurford, and Clive Bowman, ‘Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding’ (2011) *Transnational Dispute Management* <[www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1747](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1747)> accessed 21 January 2021, 14.

6 This comprises the broader set of legal institutions that has been termed the ‘investment regime complex’ in Jonathan Bonnitcha, Lauge N Skovgaard Poulsen, and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford University Press 2017) 6–8. As for distribution through law, see David Kennedy, *A World of Struggle* (Princeton University Press 2016) chapter 6.

TPF when it took hold on the international plane. In contrast to national adjudicators, these arbitrators reacted largely with a hands-off approach, or a presumption of legality. In the fifth section, the effects of this choice are discussed. The final section concludes with some thoughts about why the expansion of investor rights is likely to continue, due to the incentive structure where arbitrators are nominated by the parties in a system where only the investor can institute proceedings.

## 2. Third-party litigation funding and how it matters in investment law

TPF migrated from the national to the international context. It is hard to analogise between legal institutions on the national and international plane.<sup>7</sup> When an institution shifts from one plane to the other, it need not achieve the same outcome. Staying attuned to the impact of legal transformation requires understanding the technical changes in context while staying attentive to power dynamics at play. Grasping both these aspects constitutes much of the difficulty in studying the political economy of law.<sup>8</sup> However, analytical methods for such an inquiry are hard to come by.

This is what makes the toolbox provided by *Katharina Pistor* so valuable. Her four attributes of legal coding constitute a precise set of factors that allow for detailed analysis of the distributive impact of legal structures. Sometimes this takes place through the capacity of law to naturalise social structures and keep them in place. It might also occur through decisive moments of legal change, facilitated by a specific subset of lawyers, who Pistor considers ‘masters’ of legal coding.<sup>9</sup> The story of the emergence of TPF in investment law comprises both these aspects. First, a set of legal *changes* enabled the business to take place. Later, as part of the reception at the international stage, law was used to naturalise a phenomenon by *inaction*.

Another useful tool for understanding the effects of TPF is the framework developed by *Marc Galanter*. His work analyses how actors can modify the law when they are able to pool resources to litigate similar questions repeatedly.<sup>10</sup> Those who use the law often will have reason to value long-term legal change, which might then impact later litigation. At times, incremental change in the law might be more valuable than the particular outcome of an individual case, as future litigation in the new legal landscape can make up for the initial loss.<sup>11</sup> Also, those who use the law often have lower barriers to litigate and are less prone to settle cases easily. Moreover, they can build expertise, collect infor-

---

7 An Hertogen, ‘The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law’ (2018) 29 *European Journal of International Law* 1127.

8 This can be described as neither adopting a purely ‘internal’ or ‘external’ view of the law.

9 Katharina Pistor, *Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019) 165.

10 Marc Galanter, ‘Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change’ (1974) 9 *Law & Society Review* 95, 98.

11 *Ibid* 100.

mation, and benefit from economics of scale.<sup>12</sup> If a number of litigants can pool similar cases, individual actors can be compensated for losses accrued in cases that benefit the group long term. Such an ability to take short-term costs for long-term gain is called ‘playing for rules’ by *Galanter*. Where the costs and benefits of litigation can be shifted to a litigation funder, it allows greater capacity to play for rules.<sup>13</sup> The funder can make decisions that affect the law with a view to the long-term interest of a portfolio of cases. But which types of legality could be relevant for targeting? This is where the four attributes for legal coding enter the picture.

The four attributes of legal coding introduced by *Pistor* are ‘priority’, ‘durability’, ‘convertibility’, and ‘universality’. ‘Priority’ allows a legal claim to rank above those of other claims. The classic example here would be the rules of ranking claims in case of bankruptcy. ‘Durability’ means allowing an asset to retain its value against someone else by shielding it against other claims. ‘Universality’ means legal arrangements that allow an asset to be used in another country. This thus includes legal characteristics that allow transferability. Lastly, ‘convertibility’, means the ability to convert a claim to state money.<sup>14</sup> In this category we might thus include all legal tools that increase the capacity to convert assets into state money. As will be seen in section 5, these aspects of legality all help to illuminate how the expansion of TPF enables foreign investors to play for rules.

### 3. The emergence of TPF nationally

The story of the rise of TPF nationally begins in Australia.<sup>15</sup> This is where the common law rules constraining TPF practice were first modified by strategic litigation. These constraints were eg prohibitions of maintenance by champerty, or similar rules.<sup>16</sup> Such prohibitions originally emerged during the feudal era as reactions to powerful parties that used law to extract value from farmers. Because of its technicality, the machinery of justice was deemed easily ‘perverted’ and rules that limited usage of the law this way were put in place.<sup>17</sup> The Australian TPF breakthrough took place where the legislator had already created a limited exception to these rules in the context of insolvency.<sup>18</sup> This exception was intended to enable litigation for those that could not otherwise afford it.<sup>19</sup>

---

12 Ibid 98–100.

13 Maya Steinitz, ‘Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding’ (2011) 95 *Minnesota Law Review* 1268.

14 The four aspects are introduced in *Pistor* (n 9) 13–15.

15 Marco de Morpurgo, ‘A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding’ (2011) 19 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 343.

16 Percy H Winfield, ‘The History of Maintenance and Champerty’ (1919) 35 *Law Quarterly Review* 50.

17 Max Radin, ‘Maintenance By Champerty’ (1935) 24 *California Law Review* 48, 57, and 59.

18 de Morpurgo (n 15) 360.

19 Jasminka Kalajdzic, Peter Cashman, and Alana Longmoore, ‘Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding’ (2013) 61 *American Journal of Comparative Law* 93, 97.

The breakthrough *Fostif* case took place after several attempts to create a legal landscape that enabled TPF.<sup>20</sup> The case concerned licensing payments by tobacco retailers to wholesalers.<sup>21</sup> These were declared unconstitutional, thus creating a right to reclaim them. In this context, a company offered to litigate these cases in exchange for a success fee. The High Court discussed reasons from earlier cases underpinning the prohibitions of champerty, maintenance, and barratry. While these acts were no longer crimes or torts in Australia, the Court noted that ‘considerations of public policy and illegality can still arise in connection with contracts providing for or dealing with maintenance or champerty’.<sup>22</sup> It noted that the degree to which this prohibition might be applicable depended largely on the context and held that risk of corruption in the case at hand was low.<sup>23</sup> It considered the funding arrangement acceptable under the particular circumstances.

The funder in *Fostif* reported in 2008 that the ‘outstanding’ situation was ‘the culmination of many years of patient precedent creation’.<sup>24</sup> In its aftermath, Australian courts continued to accept the practice, but kept a watchful eye on it.<sup>25</sup> As TPF grew, it became increasingly focused on large-scale commercial claims.<sup>26</sup> The funders seem to have acted in the way the *Galanter* model predicted, targeting cases for their influence on the legal landscape.<sup>27</sup> Empirical research indicates that funded cases in Australia are reversed less and cited more often than unfunded cases.<sup>28</sup> This indicates that the funders are able to conduct litigation so as to achieve desired changes in the law.

The precedent was followed by a heated legal debate. Some commentators critiqued it for commodifying justice.<sup>29</sup> Others argued in favour of TPF pointing out that the *removal* of the old prohibitions furthered the same aim they had once been adopted for.<sup>30</sup> Whereas these prohibitions were created to constrain the influence of powerful actors over the justice system, such an influence was now instead diminished by its removal. After all, the retailers in *Fostif* appeared less powerful than the wholesalers. In this context, TPF seemed to allow less powerful parties to make additional use of the courts, without threatening the machinery of justice. In this vein, much of the discussion took place around the idea that TPF would in-

---

20 Vicki Waye, *Trading in Legal Claims: Law, Policy & Future Directions in Australia, UK & US* (Presidial Legal Publications 2008) 68 *et seq.*

21 *Campbells Cash and Carry Pty Limited v. Fostif Pty Limited* [2006] HCA 41.

22 *Ibid* para 67.

23 *Ibid* paras 91–94.

24 IMF (Australia) Ltd, ‘2008 Annual Report’ <[www.imf.com.au/docs/default-source/site-documents/annualreport2008.pdf](http://www.imf.com.au/docs/default-source/site-documents/annualreport2008.pdf)> accessed 22 June 2017, no longer available online.

25 Waye (n 20) 55 and 78.

26 Kalajdzic, Cashman, and Longmoore (n 19) 96, 102.

27 Michael Legg, Edmond Park, Nicholas Turner, and Louisa Travers, ‘The Rise and Regulation of Litigation Funding in Australia’ (2011) 38 *Northern Kentucky Law Review* 625, 633.

28 Daniel L Chen, ‘Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims’ (2015) 46 *RAND Journal of Economics* 23, 51–52.

29 Peta Spende, ‘After Fostif: Lingering uncertainties and controversies about litigation funding’ (2008) 18 *Journal of Judicial Administration* 101; Waye (n 20) 48 *et seq.*

30 Steinitz (n 13) 1299–30.

crease ‘access to justice’.<sup>31</sup> More so, the practice was not accepted across the board and remained limited. In the last instance, the legislator could step in to constrain TPF.<sup>32</sup> This also actually happened when courts were deemed to have taken it too far.<sup>33</sup>

After the Australian breakthrough, the practice was received favourably in other jurisdictions. Nevertheless, both the UK and the US seem overall more restrictive than Australia.<sup>34</sup> Case law in the UK has been characterised as ‘chaotic and undisciplined’.<sup>35</sup> Moreover, TPF is ‘subject to a broad array of regulation’.<sup>36</sup> The US is seemingly more restrictive, with different regulations in different States.<sup>37</sup> Furthermore, there has been a judicial backlash against the practice.<sup>38</sup> In Canada, TPF has been controversial, in particular where stirring up additional litigation.<sup>39</sup> National judges have taken on the role of constraining the practice where the legislator has not intervened: ‘The *de facto* regulator of [TPF], at least for the foreseeable future, is the class action judge.’<sup>40</sup>

What unites these national experiences is a point of departure where the practice has not automatically been accepted. Legal victories for funders have at times been hard won and subject to critique from commentators, restrictions by judges, and regulatory oversight by authorities. While the discussion has taken place largely in the language of ‘access to justice’, increased litigation has not necessarily been deemed beneficial to this cause. TPF has often, but not always, been accepted where it grants weaker parties access to legal remedies against more powerful ones. It generally strengthens groups of parties that individually would litigate only rarely, allowing them to pool similar claims. However, TPF nationally seems to focus increasingly on larger claims and on affecting legal developments desired by funders. While successful at affecting such change, national judges and legislators have at times constrained the practice.

#### 4. How TPF was received by investment tribunals

The history of TPF in international investment law differs from the previous domestic developments. Sometimes, the question of the practice legality was raised where litiga-

---

31 Eric De Brabandere and Julia Lepeltak, ‘Third-Party Funding in International Investment Arbitration’ (2012) 27 ICSID Review 379, 386; Jean-Christophe Honlet, ‘Recent decisions on third-party funding in investment arbitration’ (2015) 30 ICSID Review 699, 712.

32 Lee Atkin, ‘Litigation Lending’ after *Postif*: An Advance in Consumer Protection, or a Licence to ‘Bottomfeeders’? (2006) 28 Sydney Law Review 171, 180.

33 Legg et al (n 27) 638–39.

34 *Waye* (n 20) 20–21.

35 Willem H Van Boom, ‘Third-Party Financing in International Investment Arbitration’ (31 December 2011) <<https://ssrn.com/abstract=2027114>> accessed 14 December 2020, 36.

36 Vicki Waye, ‘Litigation Risk Transfer and Law Firm Financial Arrangements’ (2014) 17 Legal Ethics 107, 115.

37 *Waye* (n 20) 111 *et seq.*

38 Maureen A Weston, ‘The Death of Class Arbitration After *Concepcion*?’ (2012) 60 University of Kansas Law Review 767. This backlash seems to strike at powerless claimants that have tried to pool resources against companies.

39 Kalajdzic, Cashman, and Longmoore (n 19) 113 and 120.

40 *Ibid* 122.

tion had taken place after the assignment of a single claim, such as in *RosInvestCo*. In that case, Russia argued that the claimant was not the investor under the bilateral investment treaty (BIT), since the company was owned through participation agreements by a funder.<sup>41</sup> The tribunal held that the ultimate ownership by the funder did not affect the status of the claimant as an investor under the BIT and that any other reading would ‘lead to absurd results and would be inconsistent with the object of the [BIT]’.<sup>42</sup> Similarly, it held that the participation of the funder did not preclude the claimant from holding an investment, since ‘the Participation Agreements are immaterial to the question whether Claimant had an investment’.<sup>43</sup>

Like in national contexts, the question of multi-party proceedings has partly come to overlap with the question of TPE.<sup>44</sup> The *Abaclat* case concerned 60.000 bondholders united through an entity created by the Italian Banking Association.<sup>45</sup> Argentina argued *inter alia* that it had not consented to multi-party proceedings.<sup>46</sup> In deciding the question of jurisdiction, the tribunal started from the ‘cornerstone consideration’ that jurisdiction should be determined as if there was only one claimant.<sup>47</sup> The adoption of this consideration naturally makes it difficult to decline jurisdiction because of the number of claimants. After having asserted that the ICSID Convention and the BIT provided individual consent, the tribunal found it unreasonable to decline jurisdiction where the number of claimants reached a certain limit. Such a restraining rule would be contrary to the ‘purpose of the BIT and the spirit of ICSID’.<sup>48</sup> In instances where the type of investment so merited, held the tribunal, ‘consent to ICSID arbitration must be considered to cover the form of arbitration necessary to give efficient protection and remedy to the investors and their investments’.<sup>49</sup> This type of argumentation differs from the traditional view in international law, where procedural access to broad substantive obligations is often asserted only cautiously.<sup>50</sup>

The tribunal also considered the ‘mass aspect’ of the case as a question of admissibility. It held that the ICSID Convention neither allowed for nor prohibited mass claims. Thus, the question was how to interpret this loophole.<sup>51</sup> By accepting the group of claims, the tribunal acknowledged that examinations had to be made more cursorily and that Ar-

---

41 *RosInvestCo Ltd v The Russian Federation*, SCC Arbitration V (079/2005) Final Award (12 September 2010) para 323.

42 *Ibid* para 324.

43 *Ibid* paras 381–385.

44 Honlet (n 31).

45 *Abaclat and Others (case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (3 August 2011) paras 4 and 65–6.

46 *Ibid* para 234.

47 *Ibid* para 249.

48 *Ibid* para 490.

49 *Ibid* para 490.

50 Andrew T Guzman, ‘The Design of International Agreements’ (2005) 16 *European Journal of International Law* 579, 612.

51 *Ibid* paras 517 and 520.

gentina would not be able to present arguments about the particular situation of each claimant.<sup>52</sup> Nonetheless, it held that these drawbacks had to be weighed against access to justice for 60.000 individuals, who would otherwise not be able to litigate, which would be ‘shocking’ according to the tribunal.<sup>53</sup> Finally, the claims were deemed admissible as a group since they were considered sufficiently homogenous.<sup>54</sup> The tribunal noted that the Banking Association and the legal entity uniting the bondholders could take advantage of the ICSID Convention, which ‘may be morally condemnable’ – yet it could not lead to the inadmissibility of the case.<sup>55</sup>

The subsequent cases *Ambiente Ufficio* and *Giovanni Alemanni* resemble *Abaclat* in many ways. However, some additional arguments are worth mentioning. In *Ambiente*, a funder had offered its services to litigate bond claims. Argentina, as the defendant state, argued that the control over the arbitration made the funder the real party of interest.<sup>56</sup> The tribunal held that the funder was sufficiently separate from the bondholders and that there were no substantiated conflicts of interest that could undermine jurisdiction of the tribunal.<sup>57</sup> Neither could the fact that both the relevant BIT and the ICSID Convention used the terms ‘a national’ and ‘investor’ – in the singular – implied declining jurisdiction for multi-party claims reasoned the tribunal.<sup>58</sup> More so, the tribunal considered it ‘evident that multi-party arbitration is generally accepted practice in ICSID arbitration, and in the arbitration practice beyond that, and that the institution of multi-party proceedings therefore does not require any consent on the part of the respondent Government beyond the general requirements of consent to arbitration’.<sup>59</sup>

In a similar vein, the tribunal in *Giovanni Alemanni* held that arguments against third-party funding could not be upheld, since it was ‘merely characteristic of incidents of third-party funding in international investment law’.<sup>60</sup> Since the practice was now well established ‘it offered no grounds in itself for objection to the admissibility of a request to arbitrate’.<sup>61</sup> In *Quasar de Valores*, involvement of a third party creating additional litigation was also considered natural. That case was a ‘test case’ where a funder had initiated litigation on behalf of some minor shareholders in order to try out a litigation strategy.<sup>62</sup> The tribunal held that ‘there is no reason in principle why they were not entitled to pursue rights available to them under the BIT, and to accept the assistance

---

52 Ibid paras 531 and 536.

53 Ibid para 537.

54 Ibid para 544.

55 Ibid para 657.

56 *Ambiente Ufficio SPA (case formerly known as Giordano Alpi and others) and others v The Argentine Republic*, ICSID Case no ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 February 2013) para 186.

57 Ibid paras 273–278.

58 Ibid paras 130–131.

59 Ibid para 141.

60 *Giovanni Alemanni and others v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/8 (Decision on Jurisdiction and Admissibility) 17 November 2014, para 278.

61 Ibid para 278.

62 Honlet (n 31) 702.

of a third party, whose motives are irrelevant as between the disputants in this case'.<sup>63</sup> Taking up this reasoning, tribunals do not seem to consider it important to develop an argument about acquiescence or a default rule. Instead, they simply rely on the *existence* of the practice as a reason for not prohibiting or otherwise constraining it.<sup>64</sup> This approach can once again be compared with the strictness in finding jurisdiction and admissibility against states in the broader public international law tradition.<sup>65</sup>

Commentators have noted that the approach taken by the arbitrators in the cases above established a default rule that multiparty proceedings are legal in the investment regime.<sup>66</sup> That case law also suggests that the default rule in investment arbitration has become that TPF is legal. While arbitrators often have taken 'note of the influence and power of third-party funders',<sup>67</sup> they have not assessed the suitability of the phenomenon in the context of the investment regime.

Such presumptions of legality matter. Lawyers can at times offer their clients a powerful defence by arguing that a particular arrangement 'is legal'.<sup>68</sup> In this context, arbitrators have instead merely demanded that a practice should 'not be illegal'. This is significant. On the international plane, where no single actor can easily regulate behaviour, a presumption of legality does a lot of work. Who, if not the arbitrators, would be in a position to regulate this conduct? Neither public nor private international law can easily regulate TPF, which in a sense becomes subject to deregulation in the new transnational context.<sup>69</sup>

Regulatory oversight by adjudicators could easily have taken place internationally – as it did nationally. That it did not, can perhaps be explained in part by the professional sensibility in international commercial arbitration, where arbitrators stress party autonomy.<sup>70</sup> Also, TPF is often defended by invoking 'access to justice' as something necessarily good, regardless of its effects.<sup>71</sup> In a system where 'access to justice' is essentially one-sided, because it only grants procedural rights to investors, this type of access would tend to privilege corporate interests over those of sovereign states. Finally, the appointment structure of the investment arbitration regime appear to create incentives for ar-

---

63 *Quasar de Valores SICAV S.A. v. Orgor de Valores, SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A., and ALOS 34 SL v The Russian Federation Award*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (20 July 2012) para 33.

64 Also, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/09/1, Decision on Jurisdiction (21 December 2012) para 255 *et seq.*

65 John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures* (Oxford University Press 1999) 155.

66 McCarl, 'ICSID Jurisdiction of International Mass Investment Arbitration' (2015) 51 *Stanford Journal of International Law* 173.

67 De Brabandere and Lepeltak (n 31) 380.

68 Pistor (n 9) 171, discussing the power of the phrase 'but it is legal'.

69 Alexander Mills, *The Confluence of Public and Private International Law – Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law* (Cambridge University Press 2009) in particular 69–70; also, Cutler, A Claire, 'Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law' (1997) 4 *Review of International Political Economy* 261.

70 For an important discussion, see Fleur Johns, 'Performing Party Autonomy' (2008) 71 *Law and Contemporary Problems* 243.

71 Deborah L Rhode, 'Access to Justice' (2001) 69 *Fordham Law Review* 1785, in particular 1787.

bitrators to create legal structures that enable more litigation, which is lucrative for arbitrators and counsel alike. Perhaps this can be seen in the awards discussed above, where very different types of argumentation have been employed to enable TPF: In *RosInvest-Co*, the tribunal found the wording of the BIT to be decisive. In *Giovanni Alemanni*, the wordings in the BIT and the ICSID Convention were instead disregarded to enable multi-party procedures. In *Abaclat*, it was the spirit and the purpose of the treaties that required TPF. In later practice, such as *Ambiente* and *Quasar de Valores*, the practice is simply considered natural and well established. Each tribunal reasoned differently, but each extended the reach of the practice.

The (lack of) reaction to TPF by investment arbitrators leads to an increasing capacity of foreign investors to play for rules. Funders can now devise broader litigation strategies with a view to the long-term interests of investors. In order to better understand how this capacity to play for rules might affect the investment regime, let us return to *Pistor's* four aspects of capital. The following section indicates some areas of law where the four aspects of legal coding are in play and affect the legal value of investment awards.

## 5. Playing for rules along the four aspects of coding capital

Each of the four attributes of the legal code of capital are relevant for the investment regime. Let us first turn to 'priority'. The standards of treatment in investment law intervene in the national legal system to grant foreign investors a set of property rights they would otherwise not enjoy.<sup>72</sup> For the most part, litigation can only be activated by the foreign investor, under a framework called arbitration without privity.<sup>73</sup> For these reasons, the foreign investor has the ability to frame the procedure so as to maximise benefits and minimise costs. The standards of treatment have developed over time to expand the level of 'priority' for the investor at the expense of the state. An example is the fair and equitable treatment (FET) standard that arbitrators have expanded to penalise numerous types of state measures.<sup>74</sup> This means that these standards increasingly grant 'priority' to investor rights above other interests. By placing the process over the property rights of foreign investors in a framework where litigation is initiated by the investor, its claims are prioritised over other interests, such as those of the host state, local populations, or national investors.<sup>75</sup> While nothing formally prohibits arbitrators from taking investor *duties* into account, the right to initiate the proceedings is normally in

---

72 For an overview, see Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment* (Kluwer Law International 2009). With respect to FET and indirect expropriation, Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties* (Cambridge University Press 2014).

73 That term was coined by Jan Paulsson, 'Arbitration Without Privity' (1995) 10 ICSID Review 232. For a critique of the terminology, Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (2007) 64.

74 Enumerated in Bonnitcha (n 72) 144.

75 Nicolás Perrone, 'Taking the Expectations of Local Populations Seriously: A fresh start for foreign investment governance?' in John Haskell and Akbar Rasulov (eds) *New Voices and New Perspectives in International Economic Law* (Springer 2019).

the hands of the foreign investor, who can litigate strategically to harness the capacity of the regime to prioritise its claims.<sup>76</sup> Furthermore, the system at times in effect enables investors to shield their operations from state law by upholding the division of an economic activity into different companies or by declining to give effect to local law.<sup>77</sup>

The accommodating attitude of arbitrators towards TPF in the investment regime enables long-term strategic harnessing and development of these priority rights. Funders can target uncertain areas of the law to make them more profitable in the long-term. Individual investors can be compensated in order to allow case law to develop in a direction more beneficial to the interests of the collective of foreign investors. In the terminology of *Galanter*, this enables playing for rules. As investment law is made up of open-ended standards adjudicated by party-appointed arbitrators, the chances to play for rules would seem particularly high. The fact that the standards of treatment have tended to ‘develop’ in the direction of further rights for foreign investors indicates that this capacity is particularly important. And since the presence of TPF is often secret, we cannot know with certainty to which extent the increasingly investor-friendly interpretations are the result of strategic litigation.<sup>78</sup> Nevertheless, by means of TPF, areas can be targeted with more precision knowing that the precedential value of developments can accrue over time in a portfolio of cases.<sup>79</sup>

Investment law also makes the value of the investment more durable in time. In fact, this seems to be the core idea in creating ‘a favourable investment climate’ through investment law.<sup>80</sup> This ‘durability’ through enhanced property protection again diminishes state sovereignty.<sup>81</sup> Practically speaking, the standards of treatment shield the investor from other claims, in particular those arising from the host state.<sup>82</sup> Thus, sources of wealth for foreign investors – that could for a national investor be outweighed by a competing interest, such as an investor obligation – instead simply receive additional capacity to retain value. For example, where a state has allowed private parties to operate public utilities, these have been strengthened by BIT rights.<sup>83</sup> Such rights have thus granted foreign investors deals with more durability than for national investors.

---

76 For a discussion, Andrea K Bjorklund, ‘The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law’ (2013) 17 *Lewis & Clark Law Review* 461.

77 The *Saluka* case is a good example of the first in the jurisdictional phase and of the latter in merits. See *Saluka Investments BV v The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim (7 May 2004) and Partial Award, UNCITRAL Rules (17 March 2006).

78 Honlet (n 31) 699.

79 Similar effects can be observed with respect to investment insurance, see Love Rönnelid, *The emergence of routine enforcement of international investment law – Effects on investment protection and development*, doctoral dissertation (Uppsala University 2018) chapters 6 and 7.

80 ICSID, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, in two parts (Washington, DC 1968) 73.

81 For a classic discussion, Morris R Cohen, ‘Property and Sovereignty’ (1927) 13 *Cornell Law Review* 8.

82 Eg, *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/01/7 (25 May 2004).

83 Eg, *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/1 (3 October 2006).

The expansion of TPF adds capacity to protect and further develop durability rights strategically. Consider the development of the principle of ‘legitimate expectations’ within the FET standard. In several cases, this ability to retain the profit of the investment constitutes a core part of the FET standard, such as where it is deemed to comprise a right to a reasonable return on profit, or the like.<sup>84</sup> Also, durability effects are created by imposing requirements of stability in the regulatory environment.<sup>85</sup> Expanding the capacity to litigate such claims through TPF is likely to increase investment durability.

The third aspect of capital in *Pistor’s* model is ‘universality’, meaning the ability to uphold the value of a claim against anybody, anywhere. In the investment law system, this work is largely performed by two central conventions for enforcing investment awards. The New York Convention and the ICSID Convention make the additional ‘priority’ and ‘durability’ rights of investors subject to special enforcement regimes. These allow enforcement of awards essentially globally. This means that a host state wanting to oppose a decision by arbitrators through non-compliance might face proceedings almost anywhere in the world, including in all jurisdictions where states are likely to hold assets.<sup>86</sup> Due to the decline of state immunity, these enforcement proceedings can now often target state property and assets in the many state parties to the two conventions.<sup>87</sup> During the creation of the regime, the framework under the ICSID Convention was intended to be used for the benefit of both the investor and the host state. Chairman *Aron Broches*, who was the chief architect behind the Convention, repeatedly asserted that it was intended to be balanced in the sense that both investors and states should be allowed to make use of it.<sup>88</sup> However, later legal developments precluded this.<sup>89</sup>

In addition to allowing universal enforcement of awards, the investment regime draws on a number of other legal structures to uphold the universal value of investor claims. For example, both the IMF and the World Bank Group have procedures to refuse lending when investor rights are considered infringed. There are numerous documented instances where these institutions have threatened to withhold or have withheld lending due to investor treatment.<sup>90</sup> Furthermore, sovereign debt created through subrogation to the home state is exempt from restructuring in the Paris Club.<sup>91</sup> Such debt is thus not subject to standardised decreases in instances of payment difficulties. Moreover, some

---

84 Eg, *Walter Bau AG v The Kingdom of Thailand*, 1 July 2009, UNCITRAL rules, paras 12.2–12.3.

85 Federico Ortino, ‘The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?’ (2018) 21 *Journal of International Economic Law*, 845.

86 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009) 1147 para 107.

87 Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press 2013).

88 Eg, ICSID Drafting History (n 80) 379, 424, and 425.

89 Rönnelid (n 79) in particular chapters 3 and 4.

90 Mason and Asher, *The World Bank Since Bretton Woods* (1973) 747–9; Glen Biglaiser, Hoon Lee, and Joseph L. Staats, ‘The effects of the IMF on expropriation of foreign firms’ (2016) 11 *Review of International Organizations* 1, 18.

91 Malcolm Stephens and Diana Smallridge, ‘A Study on the Activities of IFIs in the Area of Export Credit Insurance and Export Finance’ INTAL-ITD-STA Occasional Paper no 16 (Inter-American Development Bank 2002) 11.

countries have national procedures to withhold trade preferences or development aid against countries deemed not to comply with rules of investment protection.<sup>92</sup> TPF allows leveraging all these tools in more powerful ways for the collective of investors. Funders advertise their capacity to make use of these and other tools to create political pressure on host states.<sup>93</sup> They have access to networks of lawyers specialising in enforcement and have for example carried out marketing campaigns targeting the creditworthiness of states.<sup>94</sup> By linking interests of individual investors to entities with capacity to navigate this complicated enforcement landscape, the presumption of legality for TPF enables a powerful alliance of interests.<sup>95</sup>

‘Convertibility’ refers to the capacity to convert claims to state money. Both the above-mentioned enforcement conventions enable enforcement of monetary claims. In the case of the ICSID Convention, Art 54(1) provides for recognition of arbitral awards in all contracting parties and enforcement of ‘pecuniary obligations’. This highlighting of pecuniary obligations arising from awards may have contributed to making it natural for arbitral tribunals to almost exclusively award monetary damages.<sup>96</sup> This makes convertibility easier for the investor and the awards from investment arbitration more fungible, thus enabling further trading and investing. This constitutes convertibility between the investor and other parties, such as a TPF. Moreover, it is noteworthy that as compared to other types of procedures against the state, the quantum in investment arbitration has been considerably higher. The legal structures taken together thus sets in motion a self-enforcing economic logic: The ability to challenge numerous state actions through the open-ended standards of treatment in BITs enables arbitration, in turn attracting capital to TPF to finance strategic litigation to challenge further state regulations.

## 6. Conclusion: Why this dynamic is likely to continue unless states intervene

Investment law allows for challenging a host of national policy measures through vague legal guarantees such as the FET standard. A practitioner explains: ‘Imaginative counsel can construct an FET claim out of virtually any set of facts, provided there is some governmental action in the picture, and any number of experts can be lined up to calculate

92 Peter D. Fox and Charles B. Rosenberg, ‘The Hidden Tool in a Foreign Investor’s Toolbox: The Trade Preference Program as a ‘Carrot and Stick’ to Secure Compliance with International Law Obligations’ (2013) 34 *Northwestern Journal of International Law & Business* 53.

93 Guy Lepage, ‘The role of third-party funders in enforcement of investment treaty awards: practical considerations’, Julien Fouret (ed) *Enforcement of Investment Treaty Awards: A Global Guide* (Globe Business Publishing 2015) 118.

94 Jorge E Viñuales and Dolores Bentolila, ‘The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards against States’, in Laurance Boisson de Chauzournes, Marcelo G. Kohen, and Jorge E. Viñuales (eds) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Nijhoff Publishers 2013) 259; Lepage (n 93) 118–19.

95 Victoria Shannon Sahani, ‘Blurred Lines between Third-Party Funders and Law Firms’ (3 November 2016) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/03/blurred-lines-between-third-party-funders-and-law-firms/>> accessed 8 December 2020.

96 Van Harten (n 73) 103 *et seq*; Joost Pauwelyn, ‘At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed’ (2014) 29 *ICSID Review* 372, 410.

the millions or even billions in profits that the business would have made if only it had been treated fairly by the host state.<sup>97</sup> Law, after all, works in different ways in different countries and is often said to ideally constitute a reflection of the democratic will. Such a reflection will comprise a complex and changing amalgam of ideas. It is this very proximity to vibrant domestic law that is perceived as a threat by foreign investors: ‘They are unfamiliar with local practices and political processes, which render local institutions unpredictable in their eyes.’<sup>98</sup> Thus, foreign investors value the capacity to render domestic institutions predictable and contest local practices. This role is filled by international investment law through demanding transparency for the investor and through making the conditions under which it has invested stable. Developing states are targeted specifically by funders due to their inability to defend themselves against these claims.<sup>99</sup> Under the current system of arbitration without privity, investment law almost exclusively imposes costs on the host state and creates advantages for the foreign investor. The system thus often allows the investor to manage legal risk at the expense of the state.<sup>100</sup> From the point of view of the host state, the investment regime instead constitutes legal risk. Due to the way investment arbitrators have chosen to treat TPF, this risk for the state is exacerbated the more capital is raised by funders, which they do by challenging state practices. As the dynamic deepens and extends, more risk will be shifted from foreign investors to the mostly poor host states where investment law has the most far-reaching political and economic implications. The further this practice continues, the more state capacity to allocate and define property rights is diminished. Those who could most easily put a legal check on the practice other benefit from TPF’s expansion as highly paid and repeatedly appointed arbitrators and counsel. The dynamic in turn creates incentives not to prohibit or constrain TPF. Interventions from the outside might thus be the only way to stop this trend.

Dr. Love Rönnelid, LL.M and LL.D (Uppsala University), is Residential Fellow at the Institute for Global Law and Policy at Harvard Law School and National Research Council Postdoc at the Raoul Wallenberg Institute, Lund with funding from the Knut and Alice Wallenberg Foundation; love.ronnellid@gmail.com

---

97 George Kahale, III, ‘The Inaugural Brooklyn Lecture on International Business Law: ‘ISDS: The Wild, Wild West of International Practice’ (2018) 44 *Brooklyn Journal of International Law* 1, 10.

98 Pistor (n 9) 134.

99 Frank J Garcia, ‘Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System’ (2018) *Boston College Law Review* 2911, 2917.

100 Pistor (n 9) 161 usefully discusses coding as managing legal risk.

# Sport: The Great Equalizer?

Wieso Sport nicht geschlechtergerechter ist

Verena Pirker

---

Sport wird gemeinhin als Feld großer Chancengleichheit gesehen. Wer sich behaupten will, benötigt angeblich lediglich Talent und Training. Wer näher hinsieht, erkennt jedoch ein ganz anderes Bild. Egal ob im Breiten- oder im Spitzensport, 69% aller Mitglieder von Sportvereinen in Europa sind männlich, ebenso wie 92% der Präsident\_innen und 77% der Board-Member der nationalen Olympiakomitees.<sup>1</sup>

Dies hat die Europäische Kommission und den Europarat auf den Plan gerufen, sich intensiv mit den Ursachen für diese Ungleichheiten zu beschäftigen. Insbesondere die gemeinsame Initiative der beiden Institutionen *ALL IN: Towards gender balance in sport* hat nicht nur EU-weit Daten erhoben, sondern liefert Vorschläge, wie man Ungleichheiten abbauen kann. Diese ist stark verzahnt mit dem *Gender Equality – Proposal for strategic actions 2014–2020* der Kommission, das Wege aufzeigt, wie man Geschlechtergerechtigkeit in der Sportwelt verwirklichen kann.<sup>2</sup> Kommission und Europarat erachten dabei vier Punkte als zentral: Erhöhung des Frauenanteils in Entscheidungsgremien, Erhöhung des Anteils weiblicher Coaches, der Kampf gegen und die Prävention von geschlechtsspezifischer Gewalt sowie der Kampf gegen negative Geschlechterstereotype unter Berücksichtigung der Rolle der Medien. Die Kommission sieht vor allem deshalb unionsrechtlichen Handlungsbedarf, weil in vielen Mitgliedstaaten Sport überwiegend in den Händen privater, lokaler Anbieter\_innen liegt, die sich der Geschlechterungleichheit nicht bewusst sind und nur ein holistischer Ansatz wirksam Gleichstellung gewährleisten kann.<sup>3</sup>

Exemplarisch für Österreich sei hier der Rechnungshofbericht zur Sportförderung erwähnt, die von September bis November 2017 geprüft wurde.<sup>4</sup> Zum Prüfungszeitpunkt waren Frauen in Entscheidungsfunktionen im Sportbereich stark unterrepräsentiert. Weiters war für den Rechnungshof (RH) nicht nachvollziehbar, in welchem konkreten Ausmaß Bundes-Sportfördermittel an Frauen bzw Männer verteilt wurden. Die wenigen Förderungsanträge mit Angaben zur Geschlechterverteilung der Mittel zeigten ein Frauen-Männer-Verhältnis von 37 zu 63%.<sup>5</sup> Ganz im Sinne der Kommission und des Europarates wurde vom RH insbesondere kritisiert, dass Gender-Aspekte als Voraussetzung für die Zuerkennung von Fördermitteln im Wesentlichen keine Rolle spielten und eine

---

1 *Europarat*, Human Rights Channel, [www.coe.int/fr/web/human-rights-channel/all-in](http://www.coe.int/fr/web/human-rights-channel/all-in) (13.1.2021).

2 *Europäische Kommission*, Gender Equality in Sport Proposal for Strategic Actions 2014 – 2020 (2014).

3 *Europäische Kommission*, Gender Equality 11.

4 *Rechnungshof Österreich*, Bericht des Rechnungshofes: System der Bundessportförderung (2019).

5 *Rechnungshof Österreich*, Bericht 95–96.

geschlechtergerechte Sportwelt überwiegend durch Einzelprojekte adressiert wurde. Ein durchgängiger Gender-Mainstreaming-Ansatz war jedoch nicht zu erkennen.<sup>6</sup> Zentral für eine geschlechtergerechte Sportwelt ist, dass es in Leitungsfunktionen, sei es bei staatlichen Entscheidungsträger\_innen oder in Amateur\_innenvereinen, zur stärkeren Berücksichtigung von Geschlechteraspekten kommt, auch durch Repräsentation. Entscheidender Faktor dafür ist vor allem, die Zahl nicht-männlicher Sportler\_innen zu erhöhen. Diese sollten in weiterer Folge durch Ausbildungs- und Mentoring-Programme für Führungspositionen geschult werden.<sup>7</sup> Dazu ist anzumerken, dass im Kontext der Vereinbarkeit noch viel Handlungsbedarf besteht. Wer Care-Arbeit leistet, wird weniger wahrscheinlich Ressourcen haben, um sich im Vorstand des lokalen Tischtennisvereins zu engagieren, ganz zu schweigen vom Olympiakomitee des Landes. Abgesehen von der gerechteren Verteilung von Care-Arbeit, wäre eine Quotenregelung, die durch Gesetze und/oder Beschlüsse einzelner Vereine institutionalisiert werden könnte, ein zuverlässiger Weg, Repräsentation zu erhöhen.<sup>8</sup> Auch im Coaching-Bereich sind Frauen stark unterrepräsentiert. Europaweit wird der Anteil von Trainerinnen auf ca 20 bis 30% geschätzt. Bereiche, in denen Frauen stark vertreten sind, wie zB Gymnastik, haben mit höherer Wahrscheinlichkeit Trainerinnen. Dennoch stellen Trainer für Spitzensportlerinnen den Normalfall dar, während Frauen, die Männer trainieren, eine absolute Ausnahmerecheinung sind.<sup>9</sup> Erhöht sich die Präsenz von Frauen in einer Sportart, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass Frauen coachen, wodurch sie zusätzlich Vorbildwirkung entfalten. Leider hat das Gleichbehandlungsrecht kaum Möglichkeiten, zu einer ausgewogenen Rekrutierung von weiblichen und männlichen Coaches beizutragen: Da der größte Teil von Trainings auf Freiwilligentätigkeit beruht, greifen die überwiegend arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht.<sup>10</sup> Dieses Problem zeigt sich auch iZm sexueller Belästigung und anderer geschlechtsspezifischer Gewalt. Belästigungen sind in Österreich zwar vom Schutzbereich des GIBG erfasst, dieses gilt jedoch nur in der Arbeitswelt und beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.<sup>11</sup> Welche Sachverhaltskonstellationen genau vom Güter- und Dienstleistungsbegriff erfasst sind, ist juristisch höchst umstritten.<sup>12</sup> Zudem besteht nur bei Belästigungen im Bereich der Arbeitswelt eine umfassende Abhilfepflichtung.<sup>13</sup> Das Kommissionsdokument fordert daher von allen EU-Ländern völlig zu Recht, Gesetze zu implementieren, die in allen Bereichen des Sports vor sexuellen Übergriffen und anderen Benachteiligungen schützen, unabhängig davon, ob dieser professionell ausgeübt wird oder

6 *Rechnungshof Österreich*, Bericht 13.

7 *Europäische Kommission*, Gender Equality 14–18.

8 Vgl Englische Übersetzung der Regelung des norwegischen olympischen und paraolympischen Komitees (NIF) § 2–4 in *Europäische Kommission*, Gender Equality 14.

9 *Europäische Kommission*, Gender Equality 19.

10 *Europäische Kommission*, Gender Equality 21.

11 Vgl Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) 2004 BGBl 2004/66 idF BGBl 2020/16.

12 Vgl *European Network of Equality Bodies*, Equality Law in Practice: Report on the Implementation of the Race and General Framework Directives (2013) 12 f allerdings zur Richtlinie 2000/43/EG des Rates v 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180/22.

13 Vgl § 38 Abs 2 GIBG sowie §§ 7 Abs 1 Z 2 und 21 Abs 1 Z 2 GIBG.

nicht.<sup>14</sup> Weitere wichtige Möglichkeiten zur Erhöhung der Sensibilität für sexuelle Übergriffe sind ua, diese verpflichtend in Trainer\_innenausbildungen zu thematisieren und große Organisationen wie zB Sportdachverbände dazu anzuhalten, ihre Mitgliederorganisationen über Codes of Conduct zu informieren und sie diesen zu unterstellen.<sup>15</sup> Auch dort, wo das Gleichbehandlungsrecht theoretisch greifen würde, muss sicher noch Bewusstseinsarbeit geleistet werden. Im professionellen Sport herrscht ein massiver Gender-Pay Gap, der mit bestehenden Gesetzen zumindest teilweise bekämpft werden könnte.<sup>16</sup> So kann bei Teilnahmen an Spielen für Nationalmannschaften zwischen den Geschlechtern wohl von einer gleichwertigen Tätigkeit ausgegangen werden.<sup>17</sup> Große Teile des Pay-Gaps werden allerdings nicht durch Preisgelder verursacht.<sup>18</sup> Unterschiedliche Entlohnung wird häufig mit dem Produktmarkt gerechtfertigt (Ticketverkauf, Merchandise).<sup>19</sup> Zentral in diesem Zusammenhang sowie auch für Sponsorship Deals ist die Medienberichterstattung.<sup>20</sup> Hier findet man sich in dem Teufelskreis wieder, dass Frauensport als weniger interessant wahrgenommen wird, weil weniger über ihn berichtet wird. 2014 entfielen nur bis zu 4% der Sportmedienberichterstattung auf Sportveranstaltungen von Frauen. Diese wenige Berichterstattung fokussiert zudem auf Vorkommnisse abseits des Feldes.<sup>21</sup> Auch hier könnte eine verpflichtende Quote helfen. Vor allem im Bereich der „Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung“, die aufgrund der RL über audiovisuelle Mediendienste<sup>22</sup> jedenfalls ausgestrahlt werden müssen, sollten sich die Mitgliedstaaten um Geschlechterparität bemühen.<sup>23</sup> Abgesehen davon deuten Untersuchungen darauf hin, dass sich kommerzielle Investitionen in den Frauensport auszahlen würden, da der Markt bisher kaum erschlossen ist.<sup>24</sup> Auch wenn es derzeit noch viele Baustellen in der Welt des Sportes gibt, bleibt zu hoffen, dass sie durch die Initiativen der Kommission und des Europarates zumindest schrittweise geschlechtergerechter wird.

Mag.<sup>a</sup> Verena Pirker arbeitet für die Gleichbehandlungsanwaltschaft in Wien; verena.pirker92@gmx.at

<sup>14</sup> Europäische Kommission, Gender Equality 28.

<sup>15</sup> Europäische Kommission, Gender Equality 25–32.

<sup>16</sup> Vgl § 3 Z 2 GlBG.

<sup>17</sup> Mayr, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit: Rechtsgutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft (2019) 6–20.

<sup>18</sup> Perasso, 100 Women: Is the gender pay gap in Sport really closing? BBC News 23.10.2017, <https://cutt.ly/ZjXQ7cy> (13.1.2021).

<sup>19</sup> Kappel, „Verbänden steht es frei, Männer und Frauen gleich zu bezahlen“ Ungleiche Gehälter im Sport werden oft wirtschaftlich begründet. Zu Recht? Jetzt! 17.07.2019 [www.jetzt.de/aufsteigerinnen/equal-pay-geschlechtsunterschiede-bei-preisgeldern-im-sport](http://www.jetzt.de/aufsteigerinnen/equal-pay-geschlechtsunterschiede-bei-preisgeldern-im-sport) (21.1.2021).

<sup>20</sup> Europarat, Human Rights Channel, [www.coe.int/fr/web/human-rights-channel/all-in](http://www.coe.int/fr/web/human-rights-channel/all-in) (13.1.2021).

<sup>21</sup> Perasso, 100 Women: Is the gender pay gap in Sport really closing? BBC News 23.10.2017, <https://cutt.ly/ZjXQ7cy> (13.1.2021).

<sup>22</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl L 95/1.

<sup>23</sup> Europäische Kommission, Gender Equality 37 f.

<sup>24</sup> *Women's Sport and Fitness Foundation*, Prime Time: The Case for Commercial Investment in Women's Sports (2014); Raviprakash, Wray, Lee, Westcott, Women's sports gets down to business: On track for rising monetization, Deloitte Insights 7.12.2020, [www2.deloitte.com/xe/en/insights/industry/technology/technology-media-and-telecom-predictions/2021/womens-sports-revenue.html](http://www2.deloitte.com/xe/en/insights/industry/technology/technology-media-and-telecom-predictions/2021/womens-sports-revenue.html) (27.1.2021).