

nr 3/2012

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Widerstand & Recht

recht & gesellschaft

Strafanzeige gegen Nestlé
Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung
Zweifache Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren

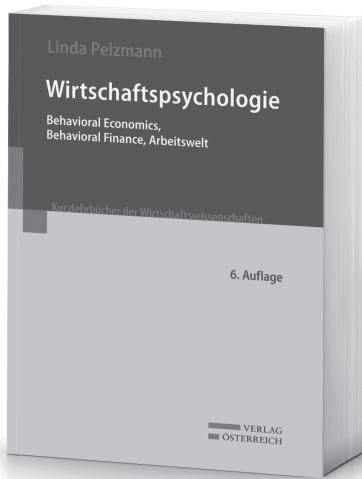
Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl
und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Pelzmann

Wirtschaftspsychologie



Lehrbuch
6. Auflage, 2012
407 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-6253-8
€ 49,-

Versandkostenfrei
im neuen Webshop bestellen
www.verlagoesterreich.at

Wirtschaft und Gesellschaft stehen an einem historischen Wendepunkt. Für viele versiegen die Möglichkeiten, fette Gewinne zu machen, für andere ergeben sich ganz neue Geschäfte. Die Konfrontation mit dem unbekanntem Terrain bewirkt eine Verschiebung der Profite, eröffnet neue Perspektiven und bringt neue Regeln hervor. Linda Pelzmann erklärt die gegenwärtigen Turbulenzen und den Schatten der Zukunft kompetent und schlägt mit zukunftsweisenden Forschungsergebnissen neue Kapitel der Wirtschaftspsychologie auf.

„Linda Pelzmann erklärt das irrationale Verhalten. Mit ihrer bahnbrechenden Forschung führt sie uns in das Geheimnis der psychologischen Kettenreaktion ein.“ (Sharon Kramer, Harvard University)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Von menschlichen Begegnungen und ihrer „Sozialschädlichkeit“

Ronald Frühwirth

„Öffentlichen Orten ist [...] die Begegnung mit anderen Menschen immanent.“ Der Verfassungsgerichtshof hat erstmals eine Entscheidung darüber getroffen, ob ein generelles Bettelverbot mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist (VfGH 30.06.2012, G 155/10). Und der zitierte Satz sticht ganz besonders hervor. Daher gleich nochmals, weil es so beachtenswert ist, eine derart deutliche Klarstellung vom VfGH zu hören: „Öffentlichen Orten ist [...] die Begegnung mit anderen Menschen immanent“. Und: „Eine Störung der öffentlichen Ordnung kann [...] von der bloßen Anwesenheit einzelner Menschen an öffentlichen Orten [...] nicht ausgehen“. Auch das eine erfreuliche, bedeutsame verfassungsgerichtliche Positionierung, die allerdings nicht uneingeschränkt gilt. Diese Klarstellungen gelten nämlich nur für „stille Formen der Bettelei“, also für Personen, die „unaufdringlich und nicht aggressiv oder überhaupt ‚still‘, nur durch schriftlichen („Taferl“) oder symbolischen („Hut“) Hinweis an einem öffentlichen Ort einen anderen Menschen um finanzielle Hilfe“ bitten (Rz 30).

Aber eines nach dem anderen: Uneingeschränkt positiv zu bewerten sind die eingangs wiedergegebenen verfassungsgerichtlichen Aussagen. Sie stellen klar, dass die „bloße Anwesenheit“ von Menschen für andere keine „Belästigung“ darzustellen vermag (als solche hat die Salzburger Landesregierung im Verfahren – siehe Rz 29 – das „stille Betteln“ gewertet). Der VfGH hat die erwähnten Klarstellungen im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz getroffen. Er kann diesbezüglich keine sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss bestimmter Menschen von der Teilnahme am Leben im öffentlichen Raum erkennen. Darüber hinaus sieht er die Meinungsäußerungsfreiheit durch Bettelverbote berührt. Der „Appell an die Solidarität und finanzielle Hilfsbereitschaft“, die Möglichkeit, „andere Menschen auf [eine] individuelle Notlage aufmerksam zu machen“ (Rz 33) ist vom Anwendungsbereich der von Art 10 Abs 1 EMRK gewährleisteten Kommunikationsfreiheit umfasst. Kein Einwand dagegen.

Anderes gilt für die verfassungsgerichtliche Bewertung des Bettelns in Hinblick auf Art 8 EMRK. Dieser werde von Bettelverboten nämlich nicht berührt. Bei der Abhandlung des Gleichheitssatzes und der Kommunikationsfreiheit wird das Bild von bettelnden Personen noch (überraschend) selbstbestimmt gezeichnet. In Zusammenhang mit Art 8 EMRK schlägt der VfGH einen anderen Tenor an. Betteln kann aus Sicht des VfGH kein aus freien Stücken gewählter Erwerbszweck sein, weil „Bettelei“ keine Form

der Teilhabe am Wirtschaftsleben darstelle (Rz 21). Er führt zwar zuvor unter Hinweis auf die Rsp des EGMR noch aus, dass Art 8 EMRK ein Recht gewährleiste, das Leben nach eigenen Vorstellungen ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess einzurichten und zu führen, gelangt aber zu dem Schluss, dass „Bettelei [...] nicht als Ausdrucksform eines individuellen Lebensstils iSd Art. 8 EMRK angesehen werden“ könne, da sie „im Kern die Behebung oder Linderung einer persönlichen Notlage bezweckt“ (Rz 22 ff).

Es ist ein bestimmtes Bild von Sozialstaatlichkeit, das hier zum Ausdruck kommt: Arme Schlucker davon auszuschließen, um Hilfe zu bitten – das geht zu weit. Aber die Vorstellung, dass jemand nicht bloß aus einer Notlage heraus bettelt, sondern sich in Verwirklichung eines individuellen Lebensstils dazu entscheidet, das für seinen/ihren Lebensunterhalt Notwendige durch Zuwendungen anderer zu erhalten, das würde zu weit gehen. Eine diesbezügliche Auseinandersetzung mit Betteln als kulturellem Phänomen unterlässt der VfGH. Man denke etwa an die selbstverständliche Praxis buddhistischer Mönche, mit der Almosenschale von Haus zu Haus zu gehen. Auch in der christlichen Ethik war das Betteln über Jahrhunderte hinweg positiv konnotiert.

Aber darauf näher einzugehen, wäre wohl auch etwas viel verlangt gewesen. Offenkundig sah sich ja nicht einmal der Antragsteller im Normenprüfungsverfahren veranlasst, darauf Bezug zu nehmen. Die in der Entscheidung wiedergegebenen Ausführungen des Antragstellers (bzw seiner Rechtsvertreterin) sind getragen vom Bedürfnis, das „stille“ Betteln von „aggressivem“ oder „qualifiziertem“ Betteln abzugrenzen. „Stille“ Bettler_innen werden im Antrag als Personen geschildert, die „in einer spezifischen Haltung (durch Stehen, Sitzen, Knien), mit Behältnissen (dazu zählt auch die aufgehaltene Hand), mit einem Bild der Kinder bzw der Familie oder einem Text, der auf ihre persönliche Situation hinweist, und mit bittenden Augen oder einem still gesprochenen ‚Bitte‘“ in die Öffentlichkeit treten.

Das ist das Bild von „guten“ oder „würdigen“ Bettler_innen, die zwar in die Öffentlichkeit treten und auf ihr Begehren aufmerksam machen, dies aber so passiv wie nur irgendwie möglich tun, sodass niemand, der/die nicht hinschauen will, verhalten ist, dies zu tun. Das Wort „Bitte“ *still* zu sprechen kommt einem Redeverbot gleich, Bettler_innen nicht zuzugestehen, auch im Stehen oder Gehen ihrer Bitte Ausdruck zu verleihen, wirkt befremdlich, ihnen „bittende Augen“ abzuverlangen, grenzt an Zynismus.

Die Entscheidung des VfGH zeigt die Grenzverschiebungen auf, die die (rechts)politische Debatte zur Zulässigkeit von Bettelverboten mit sich gebracht hat. Indem gleich vielerorts absolute Bettelverbote proklamiert und daneben in mittlerweile so gut wie allen Bundesländern spezifische Formen des Bettelns verboten wurden, wurde in der öffentlichen Debatte ein vermeintlicher Konsens suggeriert, dass Betteln unerwünscht sei, aber man_frau darüber reden könne, ob dessen „stille“ Ausformung nicht gerade noch tolerierbar sei. Die Diskussion über die Zulässigkeit von Bettelverboten beginnt damit für die Verbotsgegner_innen von vornherein in der Defensive, weil sie sich – um

ernst genommen zu werden – dazu veranlasst sehen, sich von den vermeintlich konsensual abgelehnten Formen des „aggressiven“, „aufdringlichen“ oder „gewerbsmäßigen“ Bettelns zu distanzieren. Dabei gibt es gute Gründe dafür, Bettelverbote grundsätzlich abzulehnen, den Sinn und Zweck der Bestrafung von bettelnden Personen in Frage zu stellen, Definitionen von „Gewerbsmäßigkeit“ zu bekritteln, endlich Belege für das Vorhandensein einer inflationär behaupteten „organisierten Bettelei“ einzufordern, darauf zu vertrauen, dass Menschen in der Lage sind, gegen ein sie „belästigendes“ Verhalten mit einem schlichten „nein“ aufzutreten und immer wieder die Frage zu stellen, was bettelnde von nach Mitgliedschaften, Spenden oder Unterschriften fragenden (oder keilenden) Personen unterscheidet. Ein gutes Beispiel für die verschobene politische Debatte ist die Begründung des Individualantrags, die schon so weit in die Defensive gerückt ist, dass sie es sogar für nötig erachtet, das nicht-„stille“ Betteln als „sozial schädliches“ Verhalten (Rz 4 aE) zu bezeichnen.

Dass diese Diskursverschiebung zumindest in der juristischen Diskussion mittlerweile festgeschrieben wurde, zeigt das am selben Tag ergangene Erkenntnis des VfGH zum ambitionierten Individualantrag oberösterreichischer Landtagsabgeordneter gegen die Bestimmungen im Oö Polizeistrafgesetz zum Verbot „aggressiven“ und „aufdringlichen“ Bettelns. Darin hält der VfGH wie selbstverständlich und ohne besonderen argumentativen Aufwand fest, dass „bestimmte Erscheinungsformen der Bettelei [...] als im besonderen Maße geeignet erachtet werden, das örtliche Zusammenleben zu stören“, und stimmt der Ansicht zu, dass die entsprechenden Regelungen „auch die von den Bettlern durch deren besonderes Verhalten bedrängten Mitglieder der örtlichen Gemeinschaft schützen sollen“ (VfGH 30.06.2012, G 132/11, Rz 48).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 249 Von menschlichen Begegnungen und ihrer „Sozialschädlichkeit“
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 254 „Recht ist geronnene Politik“
Miriam Broucek
- 258 Asyl für Assange: eine völkerrechtliche Bewertung
Matthias Kettemann

recht & gesellschaft

- 261 Strafanzeige gegen Nestlé
Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen?
Claudia Müller-Hoff/Thomas M. Schmidt
- 270 „Die Intersektionalität schwingt latent immer mit“
Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Divergenz zwischen Lebensrealitäten und Rechtspraxis
Klaus Starl/Simone Philipp/Isabella Meier/Veronika Apostolovski
- 280 Die zweifache Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren und ihr Konflikt mit grundrechtlichen Verfahrensgarantien
Helmut Kinzel

thema

- 289 Vorwort: Widerstand & Recht
Nina Eckstein/Ines Rössl
- 292 Widerstandsrecht oder ziviler Ungehorsam?
Zur rechtshistorischen Einordnung von Widersetzlichkeit
Ilse Reiter-Zatloukal
- 302 Verfasstes Widerstandsrecht und der Substanzverlust der Demokratie
Andreas Fisahn
- 313 Widerstandsrecht im österreichischen Strafrecht
Markus Helmreich
- 320 Das Wuchern der Gefahr
Einige gesellschaftstheoretische Bemerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes 2012
Andrea Kretschmann
- 334 Von wegen „volle Versammlungsfreiheit“
Roland Pichler
- 344 Normalisierung des Ausnahmezustands – eine Rückschau auf die Blockupy-Aktionstage in Frankfurt am Main
Max Pichl
- 354 Aufbegehren für ein kleines Stück Freiheit
Hausbesetzung(en) in Graz
Philipp Hense

361 Frauen im Widerstand in Lateinamerika
Maria Hörtnner

372 Vom progressiven Gebrauch des Rechts
Strategische Klagen bei Menschenrechtsverletzungen
Wolfgang Kaleck

nach.satz

382 Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig
Daniela Krömer

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl und Joachim Stern

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 58,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienler: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Elisabeth Hörtlehner, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva

Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Veronika Apostolovski, Miriam Broucek, Nina Eckstein, Andreas Fisahn, Ronald Frühwirth, Markus Helmreich, Philipp Hense, Maria Hörtnner, Wolfgang Kaleck, Matthias Kettemann, Helmut Kinczel, Andrea Kretschmann, Daniela Krömer, Isabella Meier, Claudia Müller-Hoff, Simone Philipp, Max Pichl, Roland Pichler, Ilse Reiter-Zatloukal, Ines Rössl, Thomas M. Schmidt, Klaus Starl

Offenlegung

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

Layout und Satz: b+r sartzstudio, graz

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ines Rössl: ines.roessler@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

„Recht ist geronnene Politik“

Miriam Broucek

Eine Buchbesprechung von Ehs/Gschiegl/Ucakar/Welan (Hg): Politik und Recht. Spannungsfelder der Gesellschaft, Wien, Facultas, 2012, 457 S.

„Recht ist geronnene Politik“, zitieren die Herausgeber_innen des Sammelbandes „Politik und Recht“ den deutschen Verfassungsrichter und FAZ-Feuilletonisten Dieter Grimm. Das Verständnis einer wechselseitigen Bedingtheit von Recht und Politik trifft in Österreich auf einen tradierten Gesetzespositivismus, welcher verkürzt gesagt Recht als weitgehend politikfremde Materie versteht. Zwar gingen gesatzten Normen zweifelsfrei politische Entscheidungen voraus – das Recht sei jedoch ein in sich abgeschlossenes System.

Eine derartige Sichtweise ist geneigt, nicht nur der (österreichischen) Rechtswissenschaft, sondern auch der öffentlichen Wahrnehmung den Blick auf die tatsächlichen Spannungen zwischen Politik und Recht zu verstellen. Recht ist als soziales Phänomen ein Mittel zur Reglementierung menschlicher Verhaltensweisen. Dies macht es zu einem Machtinstrument, einem Werkzeug der Herrschaftsausübung (siehe dazu Rechtsrealisten wie Machiavelli oder Hobbes, den Rechtssoziologen Eugen Ehrlich oder die Systemtheorien Luhmanns) und impliziert, dass auch der Inhalt des Rechts, die einzelnen Verhaltensnormen selbst, vom Willen der Herrschenden nicht völlig unabhängig, sondern ihm vielmehr untergeordnet sind. In demokratisch geordneten Staaten steht es dem Gesetzgeber zwar keineswegs so frei wie etwa im Absolutismus des 17. Jahrhunderts, Freiheiten ganz nach Belieben zu gewähren oder zu beschränken. Ohne jeden Zweifel können mit Gesetzen gesellschaftliche Entwicklungen aber gesteuert und verändert werden.

Beobachtet man beispielsweise die konsequente Befolgung neoliberalistischer Thesen durch die überwiegende Staatenmehrheit und wie sich Staatsregierungen angeblichen Marktlogiken und ökonomischen Sachzwängen verschreiben, ist es kein Schaden, sich wieder einmal die Frage nach der Möglichkeit eines völlig politikunabhängigen Rechts zu stellen. Schließlich nehmen nationale und supranationale Machthaber_innen gegenwärtige Marktkrisen mehr und mehr zum Ausgang, die Grenzen zwischen Politik und Recht (im Sinne des Ergebnisses eines demokratischen Entscheidungsfindungsprozesses) mit Vorsatz oder aber aus Unkenntnis heraus zu verwischen. Der Gesellschaft wird damit zunehmend suggeriert, der Gesetzwerdungsprozess sei ein von der Politik abgekoppelter – es existiere somit ein „unpolitisches Recht“.

Die Herausgeber_innen des Bandes „Politik und Recht“ setzen sich mit ihrem Sammelband zum Ziel, eine aktuelle interdisziplinäre rechtspolitische Analyse an der Schnittstelle von Politik- und Rechtswissenschaft in Österreich zu unternehmen, um die Politik hinter dem Recht transparent zu machen. Dabei konnten sie zweifelsohne renommierte Politiker_innen, Politik- und Rechtswissenschaftler_innen sowie langgediente Staatsbeamt_innen gewinnen. Im Ergebnis muss das jedoch nicht unbedingt immer ein Gewinn sein, wenn sich einzelne Beiträge in überblicksartigen Schilderungen der österreichischen Verfassung und des Gesetzgebungsprozesses verlieren bzw sich der Genese einzelner Bundesgesetze widmen, die ohne Mehrwert für eine kritische Reflexion der österreichischen Gesetzeserzeugung und der politischen Rahmenbedingungen bleiben.

Demgegenüber schälen einige Autor_innen sehr wohl jene demokratie- und rechtspolitischen wunden Punkte der Zweiten Republik heraus, die in Zeiten fortschreitender neokonstitutioneller Tendenzen und damit einer zunehmenden Entdemokratisierung von Entscheidungsprozessen eine neue Aktualität erlangen.

So illustriert der Verfassungsrechtler Theo Öhlinger anhand der österreichischen Bundesverfassung die praktizierte Reduktion weg von einer – dem verfassungstheoretischen Wesen eigentlich gerecht werdenden – rechtlichen Grundordnung hin zu einem simplen Sammelsurium von mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen (Verfassungs-)Gesetzen, deren Verfassungscharakter sich einzig durch Ausweis und Stimmenquorum geriert. Historisch lässt sich diese Entwicklung aus der Instrumentalisierung des österreichischen Verfassungsrechts als „Koalitionspakt“ erklären, bei dem aus vorgeblichen Stabilitätsgründen die Regierungsparteien nach dem Zweiten Weltkrieg weite Bereiche der Rechtsgestaltung der demokratischen Mehrheitsregel entzogen sehen wollten. Dazu war es lediglich nötig, alle Gesetze vom österreichischen Nationalrat mit der für Verfassungsgesetze notwendigen Zweidrittelmehrheit zu beschließen (bei Großkoalitionen bzw Alleinregierungen eine leicht zu nehmende Hürde). Unterstützung fand diese Vorgehensweise im traditionellen österreichischen Gesetzespositivismus, der – da streng am Wortlaut orientiert – mit den einer Verfassung als Rahmenwerk gerecht werdenden offenen Formulierungen in Widerstreit steht. Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit pflegten daher lange Zeit einen Auslegungsstil, der die Differenzen zwischen Einfachgesetz und Verfassungsgesetz verwischt und zu einer überdetaillierten Ausgestaltung von Verfassungsrecht führt.

In letzter Konsequenz wurde mit diesen Methoden die österreichische Verfassung zu einem beliebig einsetzbaren flexiblen Instrument verbogen und schließlich sogar zu einem Instrument der Politik gemacht, ohne dass selbst der VfGH dem Einhalt gebieten konnte – aufgehobene Regelungen wurden einfach kaum verändert als Verfassungsbestimmung neu erlassen.

Diese gelebte österreichische Verfassungswirklichkeit (gerne „Realverfassung“ genannt) erzeugt erhebliche weitere Spannungsfelder zwischen Rechts- und politischem System.

Der Rechtswissenschaftler und Bedienstete der Parlamentsdirektion Christian Konrath fürchtet durch sie eine regelrechte Entdemokratisierung, wenn sie die zweite Säule der Demokratie, die Legislative, rein formell verstanden wissen will und das parlamentarische Handeln einem, wie Konrath es nennt, (post-)konkordanten Regieren unterordnet.

Konrath stellt überzeugend dar, wie der Art 1 B-VG, der von Hans Kelsen noch im Sinne einer extremen Bezogenheit auf das Parlament (und damit mittelbar die Bürger_innen adressiert) intendiert war, im Laufe der Jahre durch österreichische Verwaltungstradition, tradiertes Rechtsdenken und Parteipolitik überlagert und infrage gestellt wurde. Die Kelsen'sche Systematik des österreichischen „Stufenbaus der Rechtsordnung“, der die Legitimationskette immer auf den Gesetzgeber (Zusammenwirken von National- und Bundesrat) zurückführt, erlaubt ihm zufolge in der Praxis auch die formalistische Reduktion des Parlaments zu einem singulären Gesetzgeber. Auch hier wirkt die Rechtswissenschaft mit ihrem positivistischen Normbegriff fördernd ein, indem das Parlament als abstrakte Legitimationsfigur von Gesetzestexten betrachtet wird.

Im Ergebnis kommt es so zu einer Trennung von Politik und Recht – während die Verfassung politisch instrumentalisiert wird, reduziert sich das Parlament zum schlichten Part eines rationalisierten Rechtserzeugungsprozesses. Das parlamentarische Selbstverständnis wird geschmälert und lässt den österreichischen Nationalrat seine ihm vom B-VG gegebenen Möglichkeiten zur Gesetzgebung, Kontrolle und Mitwirkung nur bedingt ausschöpfen. Auch eine Positionierung als Interpret von Verfassungsnormen erfolgt nicht.

Die parlamentarische Reduktion induziert auch die Existenz einer vorgeblich unpolitischen Verwaltung und verschleiert dabei die Tatsache, dass diese in der Regel im Auftrag der Regierung – respektive der Ministerkabinette – rechtsgestalterisch tätig wird (ohne dabei noch erst die zumeist politische Besetzung verwaltungsrechtlicher Schlüsselpositionen zu nennen).

Die Facetten der österreichischen Realverfassung münden unweigerlich in der Frage nach einer Erneuerung und Stärkung der demokratischen Institutionen Österreichs. Eine große Rolle spielt dabei auch die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit, der die Politikwissenschaftlerin Tamara Ehs ein großes Spannungspotential zu demokratisch verhandelten allgemeinen Rechtsnormen zuschreibt. Der VfGH als bedeutender Schauplatz politischer Gestaltungsmacht ist dabei genau zu untersuchen.

Eine vollständige österreichische rechtspolitische Analyse kann jedoch nicht ohne gleichzeitigen engen Bezug auf die Europäische Union auskommen, dem Zentrum gegenwärtiger politischer rechtsgestalterischer Aktivität. Es ist bedauerlich, dass der Sammelband in seiner rechtspolitischen Analyse der Europäischen Union nur wenig Raum schenkt. Dies umso mehr, als zur Zeit der Buchveröffentlichung die Diskussionen über immer offenkundiger werdende Mitbestimmungsdefizite der EU und die Notwendigkeit neuer Partizipationsmöglichkeiten für die Bürger_innen mit dem weitgehend ohne der-

artige Handhabe einer Einwirkung beschlossenen Fiskalpakt einen vorläufigen Höhepunkt erreichen.

Gerade die krisenhafte Perspektive ist geeignet, die Bedingtheit von Recht und Politik klar herauszustreichen und verhaftete Unschärfen in der gesellschaftlichen Wahrnehmung zu korrigieren. Die vorliegende Textsammlung muss allerdings hinter ihrem selbstgesetzten Ziel einer Bestandsaufnahme politischer und rechtlicher Rahmenbedingungen in Österreich zurückbleiben, zu oberflächlich bleiben die Beiträge letztendlich ob ihrer Kürze. Für einen Denkanstoß ist sie jedoch allemal geeignet.

Miriam Broucek ist Juristin in Wien; miriam.broucek@reflex.at

Asyl für Assange: eine völkerrechtliche Bewertung

Matthias C. Kettemann

Julian Assange unterhält ein vielschichtiges Verhältnis zur Diplomatie. Mit seinem größten Coup – der Veröffentlichung der ihm zugespielten Depeschen der US-Diplomatie ab Oktober 2010 – setzte er sich der Kritik aus, diplomatische Beziehungen zu gefährden. Um diese zu schützen, sehen nämlich Art 24 und 27 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (WDK) die Unverletzlichkeit der Schriftstücke von Missionen und der amtlichen Korrespondenz von DiplomatenInnen vor. Wie schon bei der Veröffentlichung von internen Dokumenten von Banken und Sekten ab 2007 und später zunehmend von Regierungen – wie etwa der *Guantánamo Files* (2011), der *Global Intelligence Files* (2012) und der *Syria Files* (2012) – heiligte für *Assange* indes der Zweck die Mittel. Getreu dem Grundsatz, dass *sunlight the best disinfectant* sei, untergrub Wikileaks das Vertrauen in die Unverletzlichkeit diplomatischer Korrespondenz.

Doch als *Assange* am 19.6.2012 vor seiner Auslieferung nach Schweden in die Räumlichkeiten der ecuadorianischen Botschaft in London floh und dort um Asyl ansuchte, vertraute er darauf, dass Großbritannien als Gaststaat die Unverletzlichkeit der Räumlichkeiten der ecuadorianischen Mission (Art 22 (1) WDK) wahren würde. Sein Vertrauen auf die Diplomatie machte sich bezahlt. Am 17.8.2012 verkündete der ecuadorianische Präsident *Correa* die Gewährung von Asyl an den Botschaftsgast. Unabhängig vom Ausgang des konkreten Falles verhalf *Assange* den völkerrechtlichen Regeln des diplomatischen Schutzes damit zu einer (wohl kurzen) medialen Renaissance – ein schöner Anlass für eine völkerrechtliche Bewertung.

Wenn Flüchtlinge die Grenzen der Festung Europas (juridikum 2/2009) bezwungen haben, suchen sie um *territoriales Asyl* an. *Julian Assange* hingegen begab sich nicht nach Ecuador, sondern suchte in der Botschaft um *diplomatisches Asyl* an. Dieses wird allerdings nach Völkergewohnheitsrecht nicht anerkannt, wie der Internationale Gerichtshof im einzigen Fall betonte, in dem er sich damit befasste: im 1951 entschiedenen *Haya de la Torre-Fall (Kolumbien v Peru)*. Das diplomatische Asyl wird auch nicht durch einen universellen völkerrechtlichen Vertrag wie das WDK anerkannt. Dieses enthält allerdings in Art 41 (3) die Klausel, dass besondere Vereinbarungen zwischen Entsendestaat und Empfangsstaat möglich seien: ein von lateinamerikanischen Staaten gewünschter Kompromiss, um die *regionale* Praxis des diplomatischen Asyls beibehalten zu können. Für Großbritannien entfaltet dieses regionale Völkergewohnheitsrecht (das

auch mit der Konvention von Caracas von 1954 regional völkervertragsrechtlich abgesichert ist) indes keine Wirkung.

Assanges Aufenthalt ist gleichwohl völkerrechtlich geschützt. Seine Freiheit wird garantiert durch die Unverletzlichkeit der diplomatischen Räumlichkeiten Ecuadors, solange er sich in diesen aufhält. Während die Konvention von Caracas das Recht auf freien Durchgang nach Gewährung des diplomatischen Asyls garantiert, besteht allerdings keine entsprechende Verpflichtungsgrundlage im allgemeinen Völkerrecht. Zur Begründung des Schutzes der Botschaft berufen sich viele Kommentare auf die Theorie der Extraterritorialität von diplomatischen Missionen. Das ist falsch. Auch Botschaftsgebäude (bzw Botschaftsräumlichkeiten in Gebäuden) sind weiterhin Teil des Territoriums des Empfangsstaates, auf dem allerdings besondere völkerrechtliche Regeln wirksam werden. So schützt das WDK im Einklang mit dem Völkergewohnheitsrecht die Räumlichkeiten der Mission. VertreterInnen des Empfangsstaats (Großbritannien) dürfen sie nur mit Zustimmung des Missionschefs betreten. Darüber hinaus auferlegt Art 22 (2) WDK dem Empfangsstaat die besondere Pflicht, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Räumlichkeiten der Mission vor jedem Eindringen und jeder Beschädigung zu schützen.

Dies scheint im Widerspruch zu stehen zu den namentlich vom ecuadorianischen Präsidenten *Correa* kritisierten Plänen Großbritanniens, die „Botschaft zu stürmen“. Doch eine derartige Drohung wurde nie formuliert. Die britische Botschaft in Quito verfasste ein diplomatisch und völkerrechtspolitisch höchst unkluges Schreiben an die ecuadorianische Regierung, in dem auf die britische Rechtslage hingewiesen wurde. Der *Diplomatic and Consular Premises Act* von 1987 erlaube es, „to take actions in order to arrest Mr Assange in the current premises of the Embassy.“ In der Tat ermächtigt Section 1(3) des Gesetzes von 1987 Minister, den Schutz diplomatischer Räumlichkeiten zu beenden. Es wurde verabschiedet, nachdem eine britische Polizistin einem Schuss zum Opfer fiel, der aus der libyschen Botschaft in London abgefeuert worden war. In diesen Fällen und in jenen, wie Außenministerin Baroness *Young* damals argumentierte, in denen Botschaften „zur Unterstützung von terroristischen Aktivitäten“ eingesetzt würden, sollte das Gesetz der Regierung eine völkerrechtskonforme Handhabe geben, den Schutz der Botschaft aufzuheben. Dies ist entscheidend: Das Gesetz ist völkerrechtskonform, da es explizit an die in der WDK bekräftigten Schutzklauseln anknüpft und eine etwaige Beendigung des Schutzes von funktionswidrigen Nutzungen von Botschaftsgebäuden abhängig macht. Section 1 (4) und (5) enthalten weitere Schutzbestimmungen, nach denen die Völkerrechtskonformität der Schließung explizit geprüft werden müsse und auch Belange (ua) der öffentlichen Sicherheit zu bedenken seien.

Wie sind nun mögliche Handlungsansätze Ecuadors und Großbritanniens völkerrechtlich zu beurteilen? Völkerrechtlich problematisch wäre der Vorschlag, Großbritannien könnte *Assange* einfach nach Ecuador ausreisen lassen, wie etwa *Allende*-UnterstützerInnen, die sich nach dem *Pinochet*-Coup in Botschaften süd- und mittelamerikani-

scher Staaten geflüchtet hatten. Ein solches Vorgehen Großbritanniens würde mit den Verpflichtungen nach dem Europäischen Haftbefehl im Widerspruch stehen. Völkerrechtswidrig wäre es auch, wenn Ecuador versuchen sollte, *Assange* im diplomatischen Kuriergepäck (etwa in einem großen Koffer) außer Landes zu bringen, denn dieses ist nur geschützt, wenn es „diplomatische Schriftstücke oder für den amtlichen Gebrauch bestimmte Gegenstände“ enthält (Art 27 (4) WDK). Weiters völkerrechtswidrig wäre natürlich der britische Versuch, *Assange* in der Botschaft zu verhaften, ohne die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen des Gesetzes von 1987 zu befolgen.

Völkerrechtsgemäß sind indes Verhandlungen zwischen Ecuador und Großbritannien. Der IGH empfahl Kolumbien und Peru dieses Vorgehen im *Haya de la Torre*-Fall. *Assange* könnte auch freiwillig die Botschaft verlassen, wie der chinesische Dissident *Chen Guangchen* nach (umstrittenen) Zusagen von chinesischen und US-Behörden. Außerdem könnte *Assange*, wie einst der ungarische Kardinal *József Mindszenty* in der Budapestener US-Botschaft, sein Quartier in der (allerdings weit kleineren) ecuadorianischen Botschaft aufschlagen.

Überschießend, aber völkerrechtsmäßig, wäre es, wenn Großbritannien seine diplomatischen Beziehungen mit Ecuador beendete, das Botschaftspersonal des Landes verwies und die Botschaft – in Konformität mit dem Gesetz von 1987 – schließen ließe. Doch selbst dann bestehen Pflichten zum Schutz der Räumlichkeiten nach Art 45 lit a WDK; außerdem können dritte Staaten nach Art 45 lit c mit dem Schutz der Interessen Ecuadors als Schutzmächte betraut werden. Dies dürfte allerdings an dem Zustimmungserfordernis des Empfangsstaates Großbritannien scheitern.

Als Abschluss: Der aufgeregten Debatte täte ein Blick aufs größere Ganze gut. Zu oft werden Bewertungen der Legalität und Legitimität des Vorgehens der britischen, schwedischen, ecuadorianischen und amerikanischen Behörden vermischt bzw unter ideologisch gefärbten Gesichtspunkten diskutiert. Wichtige Fragen in der Affäre *Assange* sind einer abschließenden rechtlichen Bewertung nur schwer zugänglich. Etwa: Ist *Assange* ein politisch Verfolgter (dann war die Asylgewährung gerechtfertigt)? Oder nur ein Krimineller, der vor Sittlichkeitsdelikten flieht (dann nicht)? Erhält er in Schweden ein faires Verfahren (dann sollten ihm die britischen Behörden eine Ausreise nahelegen)? Oder würde ihn Schweden an die USA ausliefern (dann wäre dies problematisch)?

Als *Assange* beschloss, die US-Depeschen online zu stellen, hat er die Welt der Diplomatie nachhaltig herausgefordert; mit seiner Flucht in die ecuadorianische Botschaft schafft er Ähnliches, diesmal hinsichtlich des Rechts der diplomatischen Beziehungen.

Eine Kurzfassung dieses Beitrages ist im Rechtspanorama der „Presse“ vom 27.8.2012 erschienen.

Strafanzeige gegen Nestlé

Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen?

Claudia Müller-Hoff/Thomas M. Schmidt

1. Wozu eine Strafanzeige gegen Nestlé?

Eine wachsende internationale Diskussion beschäftigt sich mit der Frage, ob und wie Unternehmen aus den sogenannten Industrie- und Schwellenländern für gravierende Umweltschäden und Menschenrechtsverletzungen in den Staaten des globalen Südens verantwortlich gemacht werden können. In Europa und Nordamerika engagieren sich breite zivilgesellschaftliche Bündnisse für „Rechte für Menschen – Regeln für Unternehmen“ – so das Motto der derzeitigen Kampagne der European Coalition for Corporate Justice.¹ Ein wesentliches Element dieser Diskussion ist das Testen der Grenzen und Möglichkeiten bestehender Gesetze in beispielhaften Verfahren, welche einerseits anstreben, Unternehmen und ihre Direktor_innen haftbar zu machen, und zugleich darauf hinarbeiten, Mängel der bestehenden Gesetzeslage zu identifizieren und den legislativen Handlungsbedarf aufzuzeigen.

2. Der Fall

Ein solcher Fall ist die vom European Center for Constitutional and Human Rights im März 2012 bei der Staatsanwaltschaft im Schweizer Kanton Zug eingereichte Strafanzeige gegen fünf Direktoren und leitende Angestellte der Nestlé AG sowie gegen das Unternehmen selbst. Ihnen wird vorgeworfen, für die Ermordung des kolumbianischen Gewerkschafters Luciano Romero im Jahre 2005 wegen Unterlassens von Schutzmaßnahmen mitverantwortlich zu sein. In Kolumbien herrscht bis heute ein bewaffneter Konflikt, in dem Gewerkschafter_innen und andere soziale Gruppen systematischer Verfolgung ausgesetzt sind. In den letzten 25 Jahren sind mehr als 2.500 Gewerkschafter_innen gewaltsam zu Tode gekommen. Luciano Romero war einer von ihnen. Er wurde von Paramilitärs mit 50 Messerstichen ermordet. Zuvor hatte er jahrelang für die kolumbianische Nestlé-Tochter Cicolac gearbeitet.² Wegen seines Engagements

1 Vgl die Webseite der Koalition: <http://www.corporatejustice.org> (23.03.2012).

2 Das Arbeitsverhältnis mit ihm war bereits vor seiner Entlassung beendet worden; eine arbeitsgerichtliche Klage dagegen ist in Kolumbien derzeit noch anhängig. Luciano Romero blieb weiter führendes Mitglied von SINALTRAINAL und setzte seine gewerkschaftliche Tätigkeit für die Arbeiter_innen der Cicolac fort bis zu seiner Ermordung.

gements in der Lebensmittelgewerkschaft SINALTRAINAL hatte er mehrfach Todesdrohungen erhalten. Ein kolumbianisches Gericht verurteilte 2007 die unmittelbaren Täter – nachrangige Paramilitärs – und forderte zugleich die Staatsanwaltschaft auf, auch die Auftraggeber_innen zu ermitteln und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Rolle des Unternehmens zu richten. Ermittlungsergebnisse gibt es dazu bis heute nicht.

Nestlé operiert seit 1944 in Kolumbien und hat die Entwicklung des bewaffneten Konfliktes seit seinen Anfängen „mitemlebt“. In der Region um Valledupar, wo Romero ermordet wurde, etablierte in den 1990er Jahren der Paramilitär-Verband „Autodefensas Unidas de Colombia“ (AUC) seine militärische Kontrolle, finanziert durch illegale Geschäfte und Schutzgelder der Unternehmen und geleitet von der Mission, die wirtschaftlichen und politischen Interessen der Großgrundbesitzer_innen militärisch zu verteidigen. Zum Kreise derer gehören in der Region insbesondere die großen Milchviehzüchter_innen, darunter viele Lieferanten der lokalen Nestlé-Tochter Cicolac. So wirkte sich also der Konfliktkontext auch auf das Unternehmen aus. Salvatore Mancuso, ehemaliger Anführer der AUC, bestätigte in mehreren Aussagen vor Gericht, dass Cicolac Zahlungen an die AUC geleistet haben soll. Zu den Lieferanten der Cicolac gehörten Führungsfiguren der Paramilitärs wie der Viehzüchter Hugues Manuel Rodríguez Fuentes. Im Oktober 2008 wurde er wegen paramilitärischer Verbrechen verurteilt. Ermittlungen ergaben, dass er als Vertreter des regionalen Kommandanten Rodrigo Tovar Pupo alias „Jorge 40“ und als Finanzchef der lokalen Fronteinheit der AUC in Valledupar aufgetreten war.

In einem solchen Ambiente ist Gewerkschaftsarbeit lebensgefährlich. Zwischen 1986 und 2011 sind mindestens dreizehn Nestlé-Arbeiter und Anführer der Lebensmittelgewerkschaft SINALTRAINAL ermordet worden oder verschwunden; fünf weitere sind vertrieben worden. Eine solche Bedrohungslage gefährdet die Funktionsfähigkeit einer Gewerkschaft und schwächt so die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer_innen, wovon das jeweilige Unternehmen wiederum – gewollt oder ungewollt – profitiert.

Statt auf diese Gefahren angemessen zu reagieren, hat die lokale Geschäftsleitung von Cicolac noch Öl ins Feuer gegossen. Sie verleumdete Luciano Romero fälschlich als Guerrillero und beschuldigte ihn und seine Kollegen gegenüber den Milchlieferanten, durch ihre Forderungen die Milchpreise zu drücken und den Standort der Fabrik – eine der größten Milchabnehmerinnen in der Region – zu gefährden. Die Gewerkschaft sah dieses Verhalten und die mutmaßlichen paramilitärischen Verbindungen der kolumbianischen Nestlé-Tochter als Risikofaktoren und bat das Schweizer Mutterhaus um Intervention. Dieses hat die Angelegenheit jedoch nur wieder an die kolumbianische Vertretung zurückverwiesen.

Wenn aber Sicherheitsrisiken durch die eigene Tochterfirma mit provoziert werden, wie im Falle Luciano Romeros, muss nicht ein Mutterunternehmen intervenieren statt delegieren? In ihren *Corporate Business Principles* bekennt sich Nestlé zur Einhaltung der

Menschenrechte und der ILO³-Kernarbeitsnormen zu Arbeits- und Gewerkschaftsrechten. Im Vorwort zur Ausgabe von 2010 erklären Peter Brabeck-Letmathe und Paul Bulcke: „*Als Verwaltungsratspräsident und CEO von Nestlé verpflichten wir uns sicherzustellen, dass das gesamte Unternehmen gemäß diesen Prinzipien geführt wird, und verlangen ihre Befolgung von allen Mitarbeiter/innen weltweit*“. Gewerkschaftsrechte aber gibt es nicht ohne Sicherheit und Schutz für Gewerkschafter_innen. Ist Nestlé bereit, sich an seinen eigenen *Corporate Business Principles* messen zu lassen?

3. Vorschlag einer rechtlichen Lösung

Angezeigt wurden nun der ehemalige und der aktuelle Verwaltungsratspräsident, die zum Zeitpunkt der Tat jeweils zuständigen Direktoren für Lateinamerika und für die Andenregion, sowie der Leiter der Rechtsabteilung, daneben das Mutterunternehmen selbst.⁴

Den Angezeigten wird vorgeworfen, dass sie im Rahmen ihrer Verantwortung als Geschäftsherren nicht ausreichend für die Sicherheit Luciano Romeros Sorge getragen haben. Die Anzeige argumentiert, dass diese Pflicht ihnen obliegen habe, obwohl ein Tochterunternehmen vor Ort präsent war, denn die lokale Firma erfüllte ihre Pflichten nicht ordnungsgemäß. Hier bestand also Interventionsbedarf.

Darüber hinaus bietet die Schweiz seit 2003 zur Ahndung von aus Unternehmen heraus begangenen Verbrechen auch den Weg des Unternehmensstrafrechts an. Danach kann ein Unternehmen bestraft werden, wenn eine Straftat, die im Betrieb begangen wurde, einzelnen Personen nicht zugerechnet werden kann, und dies auf Organisationsmängel des Unternehmens zurückzuführen ist. Dieser Weg ist also nachrangig, subsidiär.

Die Strafanzeige beschreitet beide Wege, den individual- und den unternehmensstrafrechtlichen. Bei beiden stellt sich letztlich die zunehmend international diskutierte Frage nach der Konkretisierung von Sorgfaltspflichten für Unternehmen, die global agieren und dabei Operationen in Gebieten von Konflikten und begrenzter Staatlichkeit unterhalten, welche erhöhte menschenrechtliche Risiken mit sich bringen. Die Strafanzeige gegen Nestlé beantwortet diese Frage, indem sie das *OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* („OECD Tool“)⁵ als Interpretationshilfe nutzt.

Zur rechtlichen Argumentation im Einzelnen:

3 International Labour Organization.

4 Zugleich laufen in Kolumbien bereits seit 2007 Ermittlungen gegen Mitglieder der Geschäftsleitung der lokalen Firma Cicolac, diese machen aber keine erkennbaren Fortschritte.

5 OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf> (04.06.2012).

3.1. Organisationspflichten von Geschäftsherr_innen und Haftung für Unterlassen

Die Geschäftsherrenhaftung ist eine von der Schweizer Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe der Unterlassensstrafbarkeit aufgrund Herrschaft über eine Gefahrenquelle.⁶ Geschäftsherr_in und Garant_in ist, wer aufgrund funktionaler oder tatsächlicher Kontroll- und Einflussmöglichkeiten für die Gefahrenquelle „Betrieb“ verantwortlich oder zuständig ist.⁷ Diese Personen haben durch organisatorische Maßnahmen Straftaten von Betriebsangehörigen, die mit betriebstypischen Gefahren zusammenhängen, zu unterbinden.⁸

Im konkreten Fall wurde das spätere Mordopfer Luciano Romero Molina von führenden Angestellten der Cicolac Ltda öffentlich verleumdet und so als potentiell Ziel für Gewalttaten identifizierbar gemacht. Dies hat den Paramilitärs die Mordtat erleichtert und begründet damit eine strafbare Helferschaft. Diese wiederum stand mit betriebstypischen Risiken in Zusammenhang. Bei der Beurteilung dessen, was betriebstypisch ist, kommt es auf die Umstände des einzelnen Betriebes an.⁹ Betriebstypisch sind im konkreten Fall alle Risiken, die sich aus dem regionalen Kontext des bewaffneten Konfliktes für den Betrieb ergeben. Dazu gehört als Risikofaktor die Tatsache, dass die Lieferanten zu einer sozialen Gruppe gehören, die traditionell Allianzen mit Paramilitärs unterhält. Weiter gehört zu den betriebstypischen Gefahren, dass Gewerkschafter_innen in der Region und überhaupt in Kolumbien stark gefährdet sind, so dass auch die organisierte Arbeiterschaft der Cicolac von vornherein einem erhöhten Risiko unterlag.

Die strafbare Helferschaft der lokalen Geschäftsleitung hätten die Angezeigten als Geschäftsherren und Garanten durch organisatorische Maßnahmen verhindern müssen. Das Unterlassen dieser Maßnahmen begründet, so die Strafanzeige, strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tötung. Dabei reichen die Pflichten der Geschäftsherr_in nur so weit wie ihr tatsächlicher Organisationsbereich. Dieser umfasst nach Auffassung der Anzeigenerstatter_innen auch die rechtlich selbstständige Tochterfirma Cicolac. Denn die Nestlé AG hatte bedeutenden operativen Einfluss und es bestanden intensive personelle Verflechtungen zwischen beiden juristischen Personen, so dass die rechtliche Selbstständigkeit als formales Kriterium hinter die wirtschaftliche Verbundenheit beider juristischer Personen zurücktreten muss.¹⁰ Auch bestanden die Schutzpflichten gegenüber Romero auch in 2005, dem Jahr seiner Ermordung, noch fort, obwohl sein Arbeitsverhältnis bereits 2002 beendet worden war. Denn wenn Ge-

6 *Donatsch* in *Donatsch*, Schweizerisches Strafgesetzbuch Kommentar 28. Auflage 2009 (StGB), Art 11 Rn 15.

7 Schweizerisches Bundesgericht BGE 96 IV 174; *Donatsch* in *Donatsch*, StGB, Art 11 Rn 15.

8 BGE 96 IV 174, 105 IV 176f., 114 IV 76, 120 IV 300.

9 *Seelmann* in *Niggli/Weiprächtiger (Hg)*, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Auflage 2007 (BSK-Strafrecht I), Art 11 Rn 51 mwN.

10 Vgl zu dieser Ausnahme vom sogenannten juristischen Unternehmensbegriff *Niggli/Gfeller* in *Niggli/Weiprächtiger*, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 405.

fährdungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis entstehen – so wie hier die Gefährdung aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeit –, obliegt Arbeitgeber_innen eine Sorgfaltspflicht, derer sie sich nicht durch Entlassung entledigen können. Sie endet vielmehr erst, wenn auch die Gefährdung nicht mehr besteht. Entsprechendes muss für das Mutterunternehmen gelten, das zwar nicht selbst die Arbeitgeberin ist, wohl aber die Einhaltung der Arbeitgeberinnenpflichten ihrer lokalen Töchter zu überwachen hat.

Was aber ist Inhalt der Garantenpflicht? Wie können die gebotenen organisatorischen Maßnahmen praktisch aussehen, welche mit der erforderlichen hoher Wahrscheinlichkeit im konkreten Einzelfall die Straftaten im Betrieb verhindert hätten?¹¹ Als Auslegungshilfe kann hier das *OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* („OECD Tool“) von 2006 dienen. Es bildet den seit 2000 sich fortentwickelnden international anerkannten Standard unternehmerischen Risikomanagements in Regionen begrenzter Staatlichkeit ab¹² und bietet einen Katalog detaillierter Maßnahmen an, welche die sogenannte „heightened managerial care“ – die erhöhten betrieblichen Sorgfaltspflichten – konkretisieren.¹³

Auf den konkreten Fall übertragen ergibt sich ein ganzes Paket an konkreten Maßnahmen, welche zumindest in der Summe die strafbare Gehilfenschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindert hätten:

- 1) Eine umfassende Risikoanalyse, die nicht nur die Wirkung des eigenen Verhaltens, sondern die gewollten und ungewollten Wechselwirkungen mit legalen und illegalen Konfliktakteuren vor Ort berücksichtigt und die Sicherheits Herausforderungen gegen die Vor- und Nachteile einer Standortverlagerung abwägt; und auf dieser Analyse aufbauend:
- 2) eine Auswahl von Lieferant_innen, die in besondere Weise die Risiken von Verbindungen zu Gewaltakteuren berücksichtigt; dazu gehört ein intensives Monitoring mit präventivem Fokus, die Prüfung von Verdachtsmomenten und zu diesem Zwecke

11 BGE 88 IV, 107, 109; *Seelmann in Niggli/ Weiprächtiger*, BSK-Strafrecht I, Art 11 Rn 29 mwN.

12 Zu berücksichtigen ist, dass das OECD Tool erst 2006 formal verabschiedet wurde, dass aber spätestens seit 2000 Diskussionen über die Sorgfaltspflichten (due diligence) von Unternehmen in Konfliktregionen im Rahmen des UN Global Compact – bei dem Nestlé Mitglied ist – und auf internationaler Ebene an Bedeutung gewonnen. Die bereits 2000 formulierten UN Voluntary Principles on Security and Human Rights (online abrufbar unter <http://www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction> (04.06.2012)) wurden in den folgenden Jahren weiterentwickelt. Der im Mai 2002 veröffentlichte Bericht „Multinational Enterprises in Situations of Violent Conflict and Widespread Human Rights Abuses“ der OECD analysiert transnationales Unternehmenshandeln in Konfliktregionen und stellt fest, dass gerade angesichts schwacher Governance von Regierungen die Anforderungen an unternehmerische Governance sich erhöhen. Ab Mai 2004 begann dann ein intensiver Konsultationsprozess, an dem zahlreiche Institutionen und Experten, auch Unternehmensvertreter, beteiligt wurden, etwa die International Chamber of Commerce, der United Nations Global Compact, und viele mehr. Das OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones von 2006 fasst den bis dahin entwickelten Status Quo der internationalen Diskussion um erhöhte unternehmerische Sorgfaltspflichten in Konfliktregionen zusammen. (*Nowrot*, Das 2006 OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, Policy Papers in Transnational Economic Law, No 23, November 2006, 1 (3–5)).

13 OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf> (04.06.2012), 21, 36f.

- die Veröffentlichung der Lieferant_innenlisten, um Hinweise auf Verbindungen zu bewaffneten Gruppen aus der Öffentlichkeit entgegennehmen und analysieren zu können;
- 3) das Unterbinden von Zahlungen an illegale Gruppen; sollten Zahlungen in der Vergangenheit erfolgt sein, müssen strafrechtliche Ermittlungen gefördert werden, um Straflosigkeit und damit einer Kultur des Rechtsbruchs innerhalb des Unternehmens entgegenzuwirken;
 - 4) personelle Maßnahmen in den kolumbianischen Nestlé-Vertretungen, um sicherzustellen, dass die Mitarbeiter_innen vor Ort willens und in der Lage sind, deeskalierend auf die Konfliktsituation einzuwirken; solche Maßnahmen können die Auswahl von Mitarbeiter_innen, sowie Schulungen, Weisungen, Abmahnungen bis hin zu Entlassungen einschließen;
 - 5) öffentliche Erklärungen zur Distanzierung von Diffamierungen und Bedrohungen.¹⁴ Sollten die staatsanwaltlichen Ermittlungen jedoch in Hinblick auf die Geschäftsherrenhaftung zu keinem Ergebnis kommen und die Letztverantwortung nicht mit Sicherheit einzelnen Personen zuordnen können, muss die Strafbarkeit des Unternehmens selbst in Betracht gezogen werden.

3.2. Strafbarkeit von Unternehmen: ein Rechtspflegedelikt?

Vor dem Hintergrund von Beweisschwierigkeiten im Ermittlungsverfahren im Bereich der Wirtschaftskriminalität wurde die Unternehmensstrafbarkeit in der Schweiz als Rechtspflegedelikt ausgestaltet.¹⁵ Strafgrund ist also nicht schon die Begehung einer Straftat im Betrieb oder deren Nichtverhinderung, sondern allein die Nichtzurechenbarkeit dieser Tat, der sogenannten „Anlasstat“, zu einer bestimmten natürlichen Person.¹⁶ Die Anlasstat ist objektive Strafbarkeitsbedingung und muss nach Art 102 Abs 1 schwStGB „in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks“ begangen worden sein. Damit sollen nur betriebstypische Risiken erfasst werden, die für das Unternehmen auch vernünftigerweise voraussehbar sind.¹⁷ Betriebstypizität erfasst alle Handlungen, die, auch mittelbar, dem Unternehmenszweck dienen, und besteht auch bei besonderen Gefahren und Überwachungsbedürftigkeit der unternehmerischen Tätigkeit.¹⁸ Anlasstat im hier diskutierten Fall ist das strafbare Unterlassen von organisatorischen Maßnahmen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindert hätten, dass das Opfer Romero durch strafbare Gehil-

¹⁴ Vgl OECD Tool, Kap 2, 3, 5 und 6.

¹⁵ Niggli/Gfeller, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 25, 51 und 104.

¹⁶ Niggli/Gfeller, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 102f.

¹⁷ Niggli/Gfeller, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 89; Donatsch in Donatsch, StGB, Art 102 Rn 12; Helfenfinger, Die Strafbarkeit des Unternehmens – nicht nur strafrechtlich von Bedeutung, SJZ 2006, 241 (244).

¹⁸ Niggli/Gfeller, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 90.

fenschaft der lokalen Geschäftsleitung den Paramilitärs ans Messer geliefert worden wäre. Betriebstypisch ist diese Unterlassenstat, weil die Unterhaltung eines Betriebes in einem Konfliktgebiet mit den bereits erwähnten Risiken die Schaffung einer Gefahrenquelle bedeutet, welche erhöhte organisatorische Maßnahmen des Risikomanagements gebietet.

Eine Strafbarkeit des Unternehmens kommt nach der Schweizer Regelung aber nur dann in Betracht, wenn organisatorische Mängel im Unternehmen der Grund sind, warum die Anlasstat einzelnen Betriebsangehörigen nicht zugeordnet werden kann. Für eine einwandfreie Organisation muss das Unternehmen mindestens für klare Zuständigkeiten sorgen und deren tatsächliche Ausübung dokumentieren.¹⁹ Es gilt dabei ein individualisierter Sorgfaltsmaßstab: je größer das Unternehmen und je höher das Maß an funktionaler Aufgabendifferenzierung, desto höher das Risiko der Nichtzurechenbarkeit und die organisatorischen Anforderungen.²⁰ Konkrete Hinweise für Organisationsmängel gibt es im vorliegenden Fall. So haben mehrere Angezeigte sich undeutlich bzw widersprüchlich dazu geäußert, wieweit sie sich der Sicherheitsfragen in Kolumbien selbst annähmen oder diese delegierten. Tatsächlich haben in Sicherheitsfragen bezogen auf die Nestlé-Operationen in Kolumbien in der Zeit von 1999 bis September 2005 mindestens 14 verschiedene Mitarbeiter des Mutterkonzerns und verschiedener kolumbianischer Töchter gehandelt, wobei die Abgrenzung ihrer Aufgabenbereiche von außen, dh für den Geschäftsverkehr kaum erkennbar war. Ob die behördlichen Ermittlungen diesen Verdacht bestätigen werden, bleibt abzuwarten.

Klar ist aber, dass das Schweizer Unternehmensstrafrecht einen Sonderweg beschreitet im Vergleich zu den bislang bekannten Modellen anderer Länder. Während dort Wirtschaftsunternehmen für die aus dem Betrieb heraus begangenen Verbrechen haftbar gemacht werden, bestraft die Schweizer Lösung lediglich unternehmerische Organisationsmängel, die zur Nichtzurechenbarkeit führen und somit eine Behinderung der Ermittlungen darstellen. Ob diese Lösung kriminalpolitisch befriedigend ist, wird die Praxis zeigen. Schon der vorliegende Fall verdeutlicht allerdings die Defizite: Die Regelung bietet keine Antwort auf die Entwicklungen der modernen, global vernetzten Wirtschaftsstrukturen, in denen anstelle einer beherrschenden Zentralfigur ein komplexes Geflecht aus ausführenden, anordnenden, kontrollierenden und beratenden Tätigkeiten den Betrieb führt, in dem nicht Einzelpersonen – allein oder gemeinsam –, sondern die Unternehmensstruktur selbst eine kriminogene Organisation schafft. Statt an die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten im Unternehmen anzuknüpfen, beschränkt sich die Schweizer Lösung auf die Betrachtung praktischer Ermittlungsdefizite angesichts komplexer Konzernstrukturen, sie erleichtert aber die Ermittlungen nicht, etwa durch eine Zurechnungslösung (Zurechnung der Tat zum Unternehmen), sondern verlangt in je-

19 *Helfenfinger*, SJZ 2006, 241 (245).

20 *Niggli/Gfeller*, BSK-Strafrecht I, Art 102 Rn 207ff; 219ff.

dem Fall, dass die Anlasstat erfolglos ausermittelt wurde, bevor Ermittlungen hinsichtlich eines allfälligen Organisationsmangels begonnen werden können.

4. Ist der „Fall Nestlé“ ein Präzedenzfall?

Nicht nur die Menschenrechts- und Gewerkschaftsbewegung, auch Wirtschaftsvertreter und Regierungen anerkennen zunehmend, dass Unternehmen ihr Risikomanagement auf menschenrechtliche Risiken ausweiten und, wenn sie Operationen in instabilen und Konfliktregionen unterhalten, erhöhte Sorgfaltsstandards anwenden müssen. Ausdruck dessen sind neben dem OECD Tool von 2006 auch die neueren *UN Guiding Principles on business and human rights*²¹ sowie deren Basis, das vom ehemaligen UN-Sonderbeauftragten für Wirtschaft und Menschenrechte entwickelte „*Protect, Respect and Remedy*-Rahmenwerk“, welches die Verantwortung der Unternehmen postuliert, Menschenrechte zu respektieren.²²

Auch Nestlé hat versucht, diese Entwicklung der letzten Jahre nachzuvollziehen, indem sie sich verschiedenen Initiativen wie dem *UN Global Compact* oder den *UN Voluntary Principles on Security and Human Rights* angeschlossen hat und seit 2010 auch menschenrechtliche Risiken in ihren eigenen *Enterprise Risk Management Principles* behandelt. Wie übersetzt sich aber die allgemein gehaltene Sprache solcher programmatischer Initiativen in eine Betriebsorganisation, die den konkreten Risikosituationen, denen sich Nestlé und andere transnationale Unternehmen täglich stellen müssen, gerecht wird?

Bisher existiert noch kein konsolidierter Apparat an Rechtsprechung, der umfassend menschenrechtliche Haftungskriterien für Wirtschaftsunternehmen entwickelt hätte. Wesentlich klarer formulierte Grundsätze lassen sich dagegen aus dem OECD Tool oder mittlerweile auch aus den *UN Guiding Principles* ableiten. Die Strafanzeige gegen Nestlé wegen des Mordes an Romero soll dazu beitragen, diese Rechtslücke zu schließen. Sie soll über den Einzelfall hinaus multinationalen Unternehmen, die in Konfliktgebieten operieren, eine Hilfestellung für ihr Risikomanagement sein. Sie dient damit mehreren strategischen Zielen. Zum einen regt sie die internationale Diskussion zu Fragen des Risikomanagements transnationaler Unternehmen in Konfliktgebieten an. Außerdem trägt sie durch die Verwendung des OECD Tools zur Auslegung von Recht und Ausfüllung offener Rechtsbegriffe bei. Dies wiederum stärkt die Bedeutung von „soft law“-Instrumenten für die internationale Rechtsentwicklung. Und schließlich ergänzt die Strafanzeige die internationale Diskussion zur menschenrechtlichen Verantwortung von

21 *UN Guiding Principles on business and human rights* (2011), <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework/GuidingPrinciples> (11.07.2012).

22 *UN „Protect, Respect and Remedy“ Framework* (2008), <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework> (11.07.2012).

Unternehmen auch dadurch, dass sie die Vorteile strafrechtlicher Optionen in den Blick rückt. Es wäre wünschenswert, dass Opfern von Menschenrechtsverletzungen aufgrund unternehmerischer Tätigkeit in Zukunft mehr als nur der kostspielige Gang zu amerikanischen Zivilgerichten bliebe und auch staatliche Stellen die Aufgabe auf sich nähmen, die Rolle und Verantwortung von Unternehmen bei solchen Rechtsverletzungen zu ermitteln und festzustellen.

Ganz unabhängig vom Ausgang des Nestlé-Verfahrens hat der Fall weitere Wirkungen, die in Erinnerung rufen, dass es hier nicht um eine isolierte Rechtssache geht, sondern dass der Fall eine wichtige Funktion innerhalb eines jahrzehntelangen Kampfes gegen Straflosigkeit und für Menschen- und Gewerkschaftsrechte erfüllt. Wie die Gewerkschaftskollegen Romeros anerkennen, dient der Fall der Rehabilitierung des Ansehens des Opfers und seiner Gewerkschaft, denn er lenkt die Diskussion weg von den unwahren Verleumdungen des Opfers als „Guerrillero“ – welche in Kolumbien systematisch als Mittel zur Stigmatisierung von Gewerkschafter_innen und Menschenrechtsaktivist_innen eingesetzt werden – hin zur Frage nach den Pflichten und der Verantwortung von Tochter- und Mutterunternehmen. Dadurch und auch durch das internationale Interesse, welches der Fall weckt, wird die Gewerkschaft, die immer wieder durch Gewalt und Bedrohungen angegriffen wird, gestärkt. Zugleich bedeuten die Anzeige und das Verfahren einen wichtigen Schritt hin zur Verwirklichung der Rechte der verfolgten Gewerkschafter_innen in Kolumbien auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Wiedergutmachung. Der Fall Romero soll Menschenrechtsverteidiger_innen und Gewerkschafter_innen ermutigen und dabei unterstützen, die Justiz weltweit für die Verteidigung ihrer Rechte zu mobilisieren.

Die Strafanzeige gegen Nestlé kann in jedem Sinne nur eine Initialzündung sein: Noch immer ist fast jeder Fall von Menschenrechtsverletzungen, an denen Unternehmen maßtäglich beteiligt sind, ein Pilotfall, der Rechtsfragen aufwirft, auf die es noch keine Antwort gibt. Das bedeutet aber zugleich, dass die Justiz mit jedem Fall eine neue Chance erhält, Recht fortzuentwickeln, damit Opfer ihre Rechte künftig effektiv verteidigen können und Unternehmen mehr Rechtssicherheit haben in Bezug auf ihre unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte.

Claudia Müller-Hoff, LL.M., arbeitet als Referentin beim European Center for Constitutional and Human Rights in Berlin; mueller-hoff@ecchr.eu

Thomas M. Schmidt promoviert über die völkerstrafrechtliche Verantwortung von Wirtschaftsunternehmen bei Professor Dr. Florian Jeßberger, Universität Hamburg; tm.schmidt@gmx.de

„Die Intersektionalität schwingt latent immer mit“

Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung –
Divergenz zwischen Lebensrealitäten und Rechtspraxis

Klaus Starl/Simone Philipp/Isabella Meier/Veronika Apostolovski

Fälle von Mehrfachdiskriminierung werden in der Rechtspraxis selten verhandelt. Empirische Forschungsergebnisse im Rahmen des Forschungsprojektes *Locating Intersectional Discrimination (LID)*¹ bestätigen hingegen die Relevanz von Mehrfachdiskriminierungen und -benachteiligungen. Der Beitrag geht der Frage nach, was die Ursachen für die Diskrepanz zwischen Lebensrealitäten und Rechtspraxis sind.

Die Gleichbehandlungskommission (GBK) hatte folgenden Fall² zu entscheiden: Frau Fatime Karadeniz, österreichische Staatsbürgerin türkischer Abstammung und muslimischen Glaubens, war zur Ausbildung als Einzelhandelskauffrau im Betrieb von Anna Wörtherbach beschäftigt. Das Ausbildungsverhältnis wurde von Frau Wörtherbach vorzeitig beendet.

Bereits vor Beginn ihrer Tätigkeit sei Frau Karadeniz darauf hingewiesen worden, dass das Tragen des muslimischen Kopftuchs im Betrieb nicht erwünscht sei. Kurz nach Dienstantritt sei sie aufgefordert worden, keine langen Röcke und das Kopftuch auch nicht am Arbeitsweg zu tragen. Nachdem Frau Karadeniz von Kundinnen verächtlich auf ihre schwarze Haarfarbe angesprochen wurde, sei sie von Frau Wörtherbach aufgefordert worden, ihre Haare zu färben. Auch sei sie Kundinnen öfters als „Kathi“ vorgestellt worden. Frau Karadeniz sei an einer Lehrstelle im Betrieb interessiert gewesen und habe deshalb das Kopftuch abgelegt, ihre Garderobe angepasst und sich rote Haarsträhnen färben lassen. Frau Wörtherbach habe den Vertrag vorzeitig beendet und die Stelle an eine blonde gebürtige Österreicherin vergeben.

Frau Wörtherbach bestritt diese Ausführungen vor der GBK und hob stattdessen hervor, dass Frau Karadeniz „nicht ins Geschäft passe“.

Die GBK stellte eine Diskriminierung iSd GIBG auf Grund der Religion und der ethnischen Zugehörigkeit bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, sowie eine Belästigung aus den genannten Gründen fest und emp-

1 LID ist ein Forschungsprojekt (2010–2013) unter Leitung von Karin Maria Schmidlechner zur empirischen und rechtlichen Analyse von Mehrfachdiskriminierung und wird vom Wissenschaftsfonds (FWF) gefördert. <http://antidiscrimination.etc-graz.at>. Das Titelzitat stammt von einer befragten Expertin im Bereich der Rechtsberatung.

2 Angelehnt an GBK II/79/09. Die Namen wurden zur besseren Lesbarkeit frei erfunden.

fahl die Zahlung eines angemessenen, auf die festgestellten Mehrfachdiskriminierungen Bedacht nehmenden Schadenersatzes an die Betroffene.

Studien aus Deutschland und Österreich belegen, dass der „Fall Karadeniz“ kein Einzelfall ist, Mehrfachbenachteiligungen gehören zu den wiederkehrenden Lebenserfahrungen vieler Menschen.³ Zwischen März und Juli 2011 wurden von den AutorInnen 23 Interviews mit ExpertInnen durchgeführt, um die empirische Relevanz von Mehrfachdiskriminierung zu erheben.⁴ Befragt wurden VertreterInnen aus Forschung, unabhängigen Beratungs- und Rechtsschutzeinrichtungen, sowie der Rechtsanwaltschaft mit nach den jeweiligen Fachbereichen adaptierten Interviewleitfäden. Die daraus gewonnenen Ergebnisse sind als Einschätzungen von ExpertInnen zu verstehen und werden in diesem Beitrag ohne gesonderten Nachweis angeführt. Ein Ergebnis der Befragung ist, dass zwischen 20 und 25 % aller Beratungsfälle in einschlägigen Einrichtungen Fälle von Mehrfachdiskriminierung sind, die aber kaum als solche verhandelt werden. Mehrfachdiskriminierung wurde vor Senat I der GBK im Jahr 2010 nur 14 Mal verhandelt⁵ und für die Justiz ist nur ein Fall von Mehrfachdiskriminierung auffindbar (OGH 8ObA63/09m).

Liegt es an gesellschaftlichen Strukturen, die einen adäquaten Zugang zum Recht für die Betroffenen behindern? Ist das Gleichbehandlungsrecht nicht geeignet, Fälle von Mehrfachdiskriminierung adäquat zu behandeln? Anerkennt die gängige Rechtspraxis Mehrfachdiskriminierung zu wenig? Ist den betroffenen Personen die Mehrdimensionalität der erlittenen Benachteiligungen überhaupt bewusst?⁶

1. Praxistaugliche Begriffsbestimmungen von Mehrfachdiskriminierung

1.1. Unklarheiten mangels Legaldefinition

Eine Legaldefinition von Mehrfachdiskriminierung existiert bislang nicht. Die Meinungen die Notwendigkeit einer Legaldefinition betreffend gehen weit auseinander.⁷ Eine systematische Rechtsauslegung birgt das Risiko einer zu engen Definition, wohingegen

3 Baer/Bittner/Göttsche, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse (2010); Dern/Inowlocki/Oberlies, Mehrdimensionale Diskriminierung – Eine empirische Untersuchung anhand von autobiografisch narrativen Interviews (2010).

4 ExpertInnenbefragungen wurden von den AutorInnen im Rahmen der Projekte LID (sh Fußnote 2) und „Der Einfluss von Mehrfachdiskriminierung auf Karriereverläufe von Betroffenen“ (gefördert von der OeNB, unter der Leitung von Margareta Kreimer (Uni Graz) und Klaus Starl (ETC Graz)) vorgenommen.

5 Senat I ist offiziell zuständig für Mehrfachdiskriminierung. Dort werden lediglich so genannte „Gender +“ Fälle behandelt. Oben angeführter Fall wurde vor Senat II verhandelt, da das Geschlecht nicht als Diskriminierungsgrund mitbehandelt wurde. 2010 wurden insgesamt 107 Fälle vor allen 3 Senaten der GBK verhandelt.

6 Vgl hierzu: Meier/Philipp/Starl, Nothing Compares to You, Who Compares to Me? Mehrdimensionalitäten bei Mehrfachdiskriminierung. In: Biff/Rössl (Hg), Migration & Integration 2. Bad Vöslau (2011), 135–150.

7 Vgl zur Diskussion der (umstrittenen) Definition im Entwurf der „HarmonisierungsRL“: Schiek/Mulder, Intersectionality in EU Law: A Critical Re-appraisal. In: Schiek/Lawson (Hg), European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality (2011), 259–73.

eine teleologische Auslegung den Gerichten die Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungsfällen ermöglicht.⁸

Es gibt verschiedene Definitionsvorschläge für unterschiedliche Formen von Mehrfachdiskriminierungen.⁹ Diese beziehen sich entweder auf die Verbundenheit der involvierten Motive, auf die Folgen für das Opfer oder auf den Unrechtsgehalt der Tat. So sich die verschiedenen Definitionen nicht widersprechen, bleiben sie doch unvollständig und wenig befriedigend. Auch das Bemühen, zumindest einen allgemein akzeptierten Überbegriff für Diskriminierungen, bei denen mehrere verpönte Motive involviert sind, zu finden, gestaltete sich bislang schwierig.

Da der Begriff Mehrfachdiskriminierung bereits Eingang in normative Dokumente der EU¹⁰ und in österreichisches Recht gefunden hat¹¹, behalten ihn die AutorInnen des Artikels aus pragmatischen Gründen als Überbegriff bei.

Trotz des Fehlens einer Legaldefinition wird an zahlreichen Stellen der GIBGe eine entsprechende Berücksichtigung in der Bemessung des Schadenersatzes bei Mehrfachdiskriminierung vorgeschrieben.¹² Der Gesetzgeber anerkennt damit einen größeren Unrechtsgehalt der Tat bzw einen größeren Nachteil durch Mehrfachdiskriminierung für die Geschädigten.¹³

1.2. Intersektionelle und verbundene Diskriminierung

Die AutorInnen schlagen die Unterscheidung in intersektionelle und verbundene Diskriminierung vor, welche sich auf die Eigenschaft des Verhältnisses der involvierten Diskriminierungsmotive zueinander bezieht. Hinsichtlich der Folgen für das Opfer (Benachteiligung bzw Erniedrigung) *können* beide Formen eine verstärkende Wirkung haben.

1) Fälle *intersektioneller* Diskriminierung sind durch eine untrennbare Kombination von Kategorisierungen¹⁴ gekennzeichnet. Deren getrennte Betrachtung kann dazu

⁸ Ibid.

⁹ Vgl hierzu grundlegend: *Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine (1998), *Feminist Theory and Antiracist Politics*. In: *Phillips* (Hg), *Feminism and Politics*, Oxford, 314–343; darauf aufbauend: *Makkonen*, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to force* (2002) 13; *Burri/Schiek* (Hg): *Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, (2009) 5; *Carles/Jubany-Baucells*, *GendeRace* (2010) 19; *Baer/Bittner/Göttsche*, *Mehrdimensionale Diskriminierung 27; Grundrechteagentur*, Midis.

¹⁰ Vgl hierzu die Präambeln der Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG.

¹¹ § 11 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, Art 2 § 7 Bundesbehinderteneinstellungsgesetz, Art 3 § 24e Behinderteneinstellungsgesetz, Art 1 § 12 (13) Gleichbehandlungsgesetz, Art 1 § 51 (1) Gleichbehandlungsgesetz, Art 1 § 26 (13) Gleichbehandlungsgesetz und § 19a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz. *Hopf/Mayr/Eichinger*, *Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz* (2009) § 12 139.

¹² Vgl Fußnote 11.

¹³ Vgl hierzu: *Apostolovski/Apostolovski*, *Schadenersatzrechtliche Perspektiven der Mehrfachdiskriminierung*, RdA 5/2012.

¹⁴ Der Begriff „*Kategorisierung*“ wird verwendet, um den Fokus von persönlichen Merkmalen auf benachteiligende Zuschreibungen, Praktiken oder Strukturen zu legen; vgl *Baer/Bittner/Göttsche*, *Mehrdimensionale Diskriminierung* 6.

führen, dass die erlittenen Benachteiligungen unsichtbar werden, dh gar nicht aufscheinen oder im Verlauf des Verfahrens untergehen bzw zu einer Unterbewertung der Benachteiligung führen.

- 2) Auch bei *verbundener* Diskriminierung ist mehr als eine Kategorisierung involviert. Eine getrennte Analyse, sowie ein getrennter Nachweis der Kategorisierungen sind hier möglich.

Frau Karadeniz wurde hinsichtlich ihrer ethnischen Zugehörigkeit und ihres Glaubens mehrfach diskriminiert. Ansprüche an die Veränderung ihres Namens, ihrer Haarfarbe und Kleidung deuten auf eine ethnische Diskriminierung, das Kopftuch ablegen zu müssen, auf eine religiöse hin. Beide Kategorisierungen könnten aufgrund der eindeutigen Vergleichsperson¹⁵ auch getrennt voneinander betrachtet werden und würden dadurch nicht unsichtbar.

Zur Unterscheidung von intersektioneller und verbundener Diskriminierung spielt die Vergleichskonstellation eine wesentliche Rolle. Nachdem anstelle von Frau Karadeniz eine blonde Frau ohne Migrationsgeschichte und (vermutlich) ohne muslimischen Glauben eingestellt wurde, liegt der Verdacht auf eine *verbundene* Diskriminierung nahe. Wären in einem größeren Unternehmen Frauen muslimischen Glaubens und auch Personen (Männer oder Frauen) türkischer (oder anderer) Herkunft beschäftigt und einer derartigen Behandlung *nicht* ausgesetzt, ließe sich weder eine Diskriminierung aufgrund der Religionszugehörigkeit noch eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit nachweisen. Frau Karadeniz wäre im Vergleich zu anderen durch ihre spezifische Kategorisierung als türkischstämmige Muslima benachteiligt, ihr Fall würde sich also aufgrund der Vergleichskonstellation als *intersektionell* darstellen.

1.3. Ausmaß der persönlich erlittenen Benachteiligung

In beiden Formen von Mehrfachdiskriminierung kann es zu verstärkenden Effekten für die Betroffenen kommen. Gehen gravierendere Folgen für das Opfer nicht *per se* aus der Verschränkung oder Verbindung von diskriminierenden Kategorisierungen hervor, ist der höhere Unrechtsgehalt der Tat daran zu messen, ob in der Verbindung ein besonders „niederes Motiv“ erkannt wird.¹⁶ Eine erlittene Mehrfachdiskriminierung kann außerdem zu einer Vergrößerung der Chancenungleichheit durch Einschränkung der beruflichen Möglichkeiten für die Betroffenen führen.

Im Fall von Frau Karadeniz lassen sich mehrere verstärkende Effekte finden. Zum einen wohnt der erlittenen Mehrfachdiskriminierung durch die Kombination der Kategorisie-

15 Das GlBG spricht bei der unmittelbaren Diskriminierung davon, dass „eine Person in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt“ und fordert damit die Vornahme eines Vergleichs mit einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation. Siehe dazu etwa §§ 5 (1), 19 (1) oder 32 (1) GlBG.

16 Vgl insb GBK I 62/06-M, sexuelle und rassistische Belästigung einer männlichen Person mit schwarzer Hautfarbe.

rungen ein besonders niederes Motiv inne. Frau Karadeniz wurde nicht nur dazu genötigt, ihr Kopftuch abzulegen, ihre Haarfarbe und Kleidungsgewohnheiten zu ändern, sie wurde auch dazu angehalten, ihr Kopftuch nicht einmal auf dem Weg zur Arbeit zu tragen. Darüber hinaus wurde sie vor Kundinnen als „Kathi“ angesprochen, um ihre ethnischen Zugehörigkeit zu verschleiern. Die Weigerung, Frau Karadeniz mit ihrem tatsächlichen Namen anzusprechen, muss als massiver Eingriff in die Würde der Betroffenen gewertet werden. Im Fall Karadeniz sind verstärkende Effekte auch in Bezug auf die Vergrößerung der Chancenungleichheit durch Einschränkung der beruflichen Möglichkeiten anzunehmen. Durch den vorzeitigen Abbruch des Ausbildungsversuches könnte Frau Karadeniz mit Barrieren beim Finden einer neuen Ausbildungsstelle konfrontiert sein. Die Kategorisierungen ethnische Zugehörigkeit türkisch, muslimische Religionszugehörigkeit und Geschlecht weiblich spielen auch nach den Angaben der befragten ExpertInnen empirisch eine Rolle. Die Religionszugehörigkeit ist dabei oft eine Zuschreibung an die ethnische Zugehörigkeit, beispielsweise werden Türkinnen und Türken häufig unabhängig von ihrem Religionsbekenntnis mit einem muslimischen Glauben assoziiert. Die empirischen Ergebnisse lassen Diskriminierungsspiralen vermuten, wobei sich Diskriminierungen, die in frühen Stadien der Erwerbsbiografie erlitten wurden, im weiteren Leben der Betroffenen fortsetzen. Daher lassen sich die Folgen ständig wiederkehrender Diskriminierungserfahrungen für die Betroffenen schwerlich durch eine Addierung der jeweiligen Einzeldiskriminierungen ermesen.

2. Diskriminierungsrechtliche Relevanz sozialer Ungleichheit

Soziologisch betrachtet ist Intersektionalität ein allgegenwärtiges Prinzip gesellschaftlicher Heterogenität, das zu Benachteiligungen von bestimmten Personengruppen führt. Diese erfüllen die Anforderungen an einen Diskriminierungsfall im rechtlichen Sinne oft nicht. In der Praxis überschneiden sich Ungleichheitssituationen aufgrund sozialer Positionierungen, strukturelle Benachteiligungen und dem GfBG zugängliche konkrete Diskriminierungstatbestände. Intersektionelle, soziale Benachteiligungen können häufig nicht einzelnen Personen oder Institutionen iSd Gesetzes zugerechnet werden, weil sie unterschiedliche, schwer identifizierbare Ursachen haben bzw es sich nicht um gesetzlich geschützte Kategorisierungen handelt.

Kann das Gleichbehandlungsrecht überhaupt ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von sozialer Ungleichheit sein? Die Notwendigkeit eines Rechtsinstruments zur Bekämpfung von Ungleichheit soll nicht in Zweifel gezogen werden, jedoch muss kritisch hinterfragt werden, ob die Individualisierung von sozialpolitischen Gleichheitsrechten durch den Verweis auf den Rechtsweg für die Betroffenen zumutbar ist.¹⁷

¹⁷ Vgl insb *Fredman*, Positive Duties and Socio-economic Disadvantage: bringing disadvantage onto the equality agenda, *European Human Rights Law Review*, 2010, 290.

3. Empirisch nachweisbare Benachteiligungsmuster

Die Ergebnisse der ExpertInnenbefragung weisen auf Muster von Mehrfachdiskriminierungen am Arbeitsmarkt hin. Es lassen sich Zusammenhänge zwischen diskriminierenden Kategorisierungen und Diskriminierungstatbeständen identifizieren, die wiederum in verschiedenen Stadien der Berufsbiografie der Betroffenen zu verorten sind. Die diskriminierenden Kategorisierungen Geschlecht/ethnische und religiöse Zugehörigkeit/Behinderung spielen insbesondere bei der Begründung von Dienstverhältnissen eine Rolle. Gesellschaftliche Konstrukte von Alter, Geschlecht und Leistungsfähigkeit führen wiederum dazu, dass ältere männliche Arbeitnehmer eher als leistungsfähig und produktiv gelten als ältere Arbeitnehmerinnen. Diese stereotypen Annahmen können zum Ausschluss von älteren Frauen aus dem Arbeitsmarkt, zu Barrieren bei Beförderungen oder Weiterbildungsmaßnahmen, sowie zu Beendigungsdiskriminierungen (zB durch eine frühzeitige Pensionierung) führen. Beim Diskriminierungsmotiv Behinderung spielen bei der Begründung von Dienstverhältnissen Zuschreibungen an die Leistungsfähigkeit ebenfalls eine zentrale Rolle. Diese und die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes von begünstigt behinderten Personen führen zu Barrieren beim Zugang der Betroffenen zum (ersten) Arbeitsmarkt. Einen zentralen Anteil an intersektionellen Benachteiligungen am Arbeitsmarkt nehmen familiäre Betreuungspflichten und die damit verbundenen moralischen Anforderungen ein, denn sie stehen im Widerspruch zu stereotypen Annahmen von Leistungsfähigkeit. Laut Angaben der Befragten werden Frauen im gebärfähigen Alter, sowie Wiedereinsteigerinnen insbesondere in hoch qualifizierten und männerdominierten Berufsfeldern mangelnde Flexibilität und Leistungsbereitschaft zugeschrieben. Diese können zu (mehrmaligen) Diskriminierungen bei der Begründung von Dienstverhältnissen oder bei der Entgeltbemessung führen, hiermit werden nach Angaben der ExpertInnen auch Benachteiligungen beim Aufstieg legitimiert.¹⁸

4. Wahrnehmung Betroffener und Viktimisierungängste

Nach Ansicht der befragten ExpertInnen ist das Bewusstsein darüber, Opfer von *Mehrfach*diskriminierung geworden zu sein, gering ausgeprägt. Vielmehr reduzieren die Betroffenen die erfahrene Diskriminierung auf das aus ihrer Sicht sichtbarste „Merkmal“. Das Bewusstsein über erlittene Mehrfachdiskriminierungen ist umso größer, je höher die berufliche Position und der Bildungsgrad sind. Der dennoch fehlende Entschluss zur rechtlichen Geltendmachung hängt mit mehreren Faktoren zusammen, von denen Viktimisierungängste empirisch eine besondere Bedeutung aufweisen. Diese Ängste vor Benachteiligungen nach einer Beschwerde gegen Diskriminierungen sind in der Einschät-

18 Detaillierte Ergebnisse in: *Meier/Philipp/Starl*, Nothing Compares to You 145.

zung der befragten ExpertInnen durchaus begründet: Bei Fällen von sexueller Belästigung sind die Verfahren äußerst belastend, insbesondere im Falle von Diskriminierungen im höher qualifizierten Bereich kann sich das Verfahren nachteilig für das weitere Berufsleben der Betroffenen auswirken.

5. Eingeschränkte Liste und Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe

In Österreich wurden in Umsetzung der EU Richtlinien lediglich sechs Differenzkategorien als verpönte Motive geregelt¹⁹, obwohl durch menschenrechtliche Nichtdiskriminierungsbestimmungen, wie etwa Art 14 EMRK bzw Art 21 der EU Grundrechtscharta den Gerichten ein größerer Spielraum bei der Entscheidung über Diskriminierung möglich wäre.²⁰

Die GIBGe sehen für die einzelnen Diskriminierungsmotive unterschiedliche Schutzniveaus vor.²¹ In der Arbeitswelt sind alle sechs Kategorisierungen verpönte Zuschreibungen, außerhalb der Arbeitswelt werden lediglich Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit geschützt, wobei hier das Schutzniveau noch einmal unterschiedlich gestaltet ist.²² Ein Entwurf zu einer entsprechenden Novelle lag bis 24.9.2012 zur Begutachtung auf.²³

Im Rahmen der Erhebung wurde festgestellt, dass die Aufgliederung der Gleichbehandlungsanwaltschaften und -kommissionen nach Diskriminierungsmotiven zu einer Filterung der Wahrnehmung des Falles durch die jeweilige Zuständigkeit führen kann, womit eine verminderte Beachtung intersektioneller oder mehrdimensionaler Komponenten einhergeht. Eine einheitliche Antidiskriminierungsstelle, die sich mit allen gesetzlich geschützten Kategorisierungen beschäftigt, könnte hier Verbesserungen bringen.²⁴

19 Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Zur unterschiedlichen Umsetzung der RL: *Jaichband/Sembacher/Starl*, Anti-Discrimination for the Judiciary (2006) 12f.

20 Vgl zB *Arnadottir*, Multidimensional Equality from Within: Themes from the European Convention on Human Rights, in *Schiek/Chege*, European Union Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, (2008) 59–89.

21 Dies lässt sich historisch ableiten – anfangs war nur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verpönt, durch die EU Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG kamen mit der Novelle des GIBG 2004 die fünf Kategorien Alter, Religion, ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung und Behinderung hinzu.

22 Bei Gütern und Dienstleistungen sind Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit verboten. In den Bereichen Bildung, soziale Vergünstigungen und Sozialschutz sind nur Ungleichbehandlungen aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit untersagt.

23 www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00407/fname_267210.pdf.

24 Vgl dazu *Europäische Kommission*, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung – Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften (2007) 47f.

6. Rechtspraktische Hindernisse bei der Behandlung von Mehrfachdiskriminierungsfällen

Aus rechtspraktischer Sicht sind die Herausforderungen der jeweils getrennten Abhandlung von Diskriminierungsgründen (monokausaler Begründungsansatz) und die Schwierigkeiten bei der Identifikation geeigneter Vergleichspersonen als Hindernisse bei der Verhandlung von Mehrfachdiskriminierungsfällen zu nennen. Die „Zufriedenheit“ der RechtspraktikerInnen mit dem geltenden Gleichbehandlungsrecht und die Verfahrensstrategien von AnwältInnen tragen weiters dazu bei, dass Mehrfachdiskriminierungen selten als solche verhandelt werden.²⁵

Der Ansatz der monokausalen Begründung wirkt aufgrund seiner Klarheit überzeugend, ist jedoch hinsichtlich seiner mangelnden Fähigkeit, Intersektionalitäten in Benachteiligungen zu berücksichtigen, wenig tauglich für die Beurteilung von Mehrfachdiskriminierungsfällen. So kritisieren auch die befragten ExpertInnen den oft fehlenden intersektionalen Zugang in der Rechtspraxis. Werden in einem Fall verschiedene „Gründe“ für die Diskriminierung identifiziert, ist für jeden von diesen separat zu prüfen, ob ein Zusammenhang mit der vorgebrachten Benachteiligung besteht. Verschmelzen die einzelnen Kategorisierungen jedoch zu einem neuen Motiv, kann nicht parallel geprüft werden.

Aus der Sichtung der Entscheidungen der GBK, sowie gleichbehandlungsrechtlich relevanter OGH Entscheidungen²⁶ ergibt sich, dass RechtsanwenderInnen nach dem Schema der monokausalen Begründung vorgehen – Vorbringen zu intersektioneller Diskriminierung sind *de facto* nicht zu finden.

Ein entscheidendes Problem bei intersektionellen Fällen ist die Auswahl einer geeigneten Vergleichsperson. Intersektionalitäten schaffen spezifische Kategorisierungen, die kein sinnvolles „Gegenteil“ ermöglichen. Die Rechtspraxis hat das Problem der adäquaten Vergleichsperson bislang nur bei abstrusen Fällen aufgezeigt, so etwa bei der Frage, wer als Vergleichsperson einer schwangeren Frau dienen solle – die Konstruktion eines schwangeren Mannes wurde hierbei als unbrauchbar eingestuft.²⁷

25 Sh dazu ausführlich: *Smith/Starl*, Locating Intersectional Discrimination (2011).

26 OGH 28.02.2011, 9ObA124/10s; OGH 07.07.2004, 9ObA46/04m; OGH 26.05.2004, 9ObA64/04h; OGH 31.08.2005, 9ObA4/05m; OGH 03.08.2005, 9ObA112/05v; LG ZRS Graz 14.09.2005, 33Cga122/04y; OGH 04.05.2006, 9ObA81/05k; LG Salzburg 14.07.2006, 18Cga120/05t; OGH 25.06.2007, 9ObA48/06h; OGH 28.09.2007, 9 Pba46/07s; LG ZRS Wien 30.03.2007, 35R68/07w; OGH 24.02.2009, 9ObA122/07t; OGH 05.06.2008, 9ObA18/08z; OGH 02.09.2008, 8ObA59/08x; OGH 02.04.2009, 8ObA8/09y; OGH 04.08.2009, 9ObA163/08y; OGH 23.04.2009, 8ObA11/09i; OGH 18.02.2010, 8ObA27/09t; 8 OGH 22.04.2010; 8ObA58/09a; OGH 15.12.2009, 1Ob189/09i; OGH 22.09.2010, 8ObA63/09m; OGH 21.12.2009, 8ObA69/09v; OGH 04.08.2009, 9ObA83/09k; OGH 08.09.2009, 1Ob153/09w; OGH 22.04.2010, 8ObA18/10w; OGH 23.11.2010, 8ObA35/10w; OGH 20.10.2010, 12Ra71/10p; GBK I/24/05-M; GBK I/28/05-M; GBK I/54/06-M; GBK I/62/06-M; GBK I/82/07-M; GBK I/93/07-M; GBK I/101/07-M; GBK I/126/08-M; GBK I/140/08-M; GBK I/150/08-M; GBK I/153/08-M; GBK II/79/09; GBK II/95/09; GBK II/44/07; GBK I/166/09-M; GBK U/175/09-M; GBK I/185/09-M; GBK I/195/09-M. Lediglich die Entscheidung OGH 8 Oba 63/09m hat ausdrücklich auf Mehrfachdiskriminierung Bezug genommen, in den anderen Fällen wurde mehr als ein Diskriminierungsgrund gerichtlich geltend gemacht, der OGH hat sich jedoch nicht zum Konzept der Mehrfachdiskriminierung geäußert.

27 *Hannett*, Oxford Journal, 15. Dass Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wurde mittlerweile in der Richtlinie 2004/113/EG verankert.

Natürlich spielen verhandlungstaktische Argumente in der Praxis eine große Rolle. RechtspraktikerInnen wägen die Erfolgchance in einem relativ kürzeren Verfahren nach den herrschenden Regeln – gestützt auf nur einen Diskriminierungsgrund und die monokausale Formel – gegenüber einer aufwändigen Argumentation mit vielen Unsicherheiten und großem Beweisrisiko ab. Selbstverständlich liegt dies auch im Interesse der jeweiligen KlientInnen, wie die ExpertInnenbefragung ergab.

7. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Im vorliegenden Beitrag wurde die Divergenz zwischen intersektioneller Benachteiligung und Diskriminierung in der Lebensrealität betroffener Personen und in der Rechtspraxis ausgehend vom, im Ergebnis befriedigend gelösten, Beispielfall Fatime Karadeniz behandelt. Zusammenfassend lassen sich mehrere Problembereiche rechtsdogmatischer und rechtspraktischer Natur identifizieren: Gleichwohl mehrfache, in vielen Fällen wohl auch intersektionelle, Benachteiligungen und Diskriminierungen eine Lebensrealität für viele Menschen darstellen, sind nicht all jene auch dem Gleichbehandlungsrecht zugänglich. Die Gründe liegen zum einen in der Tatsache sozialer Ungleichheit, die für betroffene Personen mit der Zuweisung an benachteiligende Positionen einhergeht, aus denen heraus (oftmals strukturelle) intersektionelle Diskriminierungen entstehen können, die aber keinem einzelnen Verursacher zugerechnet werden können. Zum anderen sind vom Gleichbehandlungsrecht in verschiedenen Bereichen unterschiedliche Diskriminierungsmotive als verpönt benannt. Darüber hinaus herrscht unter Betroffenen ein unzureichendes Bewusstsein darüber, was intersektionelle Diskriminierung ist bzw in wie weit sie davon betroffen sind. Doch selbst wenn dieses Bewusstsein vorhanden ist oder im Lauf einer Beratung erlangt wird, bleiben weitere Hürden bestehen. Diese liegen in der Unangemessenheit der essentialistischen Sicht auf Diskriminierungsmotive und in der Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe betreffend ihrer Auswirkungen auf gleichheitswidrige Unterschiede im Schutzniveau. Weitere Schwierigkeiten, die vor allem die Verhandlungsstrategien von RechtspraktikerInnen betreffen, stehen in Zusammenhang mit Vergleichspersonen und Beweisführung, sowie der monokausalen Begründung.

Der Fall Karadeniz zeigt einige wichtige Punkte für die Besonderheiten von und die Herangehensweise an Mehrfachdiskriminierungsfälle auf. Die gemeinsame Betrachtung der beiden involvierten Kategorisierungen lässt keinen Zweifel an einer Mehrfachdiskriminierung bezüglich aller behandelten Tatbestände. Die ganzheitliche Betrachtung ist im gegenständlichen Fall der Zuständigkeit des GBK Senates II geschuldet, da dieser sowohl für Religion als auch für ethnische Zugehörigkeit zuständig ist, was das Argument für eine einheitliche außergerichtliche Rechtsschutzinstitution unterstützt. Der Fall Karadeniz unterstreicht auch zwei grundlegende Feststellungen, nämlich dass verstärkende Wirkungen bei allen Formen von Mehrfachdiskriminierung auftreten können

und des Weiteren, dass die Analyse des Verhältnisses der involvierten Kategorien von der Vergleichskonstellation abhängt. Obwohl im vorliegenden Fall eine Benachteiligung auf Grund des Geschlechts nicht offensichtlich ist, wurde Frau Karadeniz gegenüber einer hypothetischen männlichen Vergleichsperson auch auf Grund der Angriffe, die ihr Geschlecht betreffen, benachteiligt. Der Unterschied zu den Vergleichspersonen ist lediglich ein Indikator für die Motivation der Diskriminierenden. Die Vergleichsperson wird jedoch als Beleg für die Diskriminierung iSd Gesetzes gehandelt, das „wahre“ Motiv tritt bei dieser Betrachtung in den Hintergrund.

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass Rechts- und Sozialwissenschaft einander ergänzend entsprechende Einsichten zur Überwindung von sozialer Ungleichheit und Benachteiligung bieten können. Die vollständige Aufarbeitung des im Forschungsprojekt *LID* gewonnenen Datenmaterials und die Diskussion von Mehrfachdiskriminierung aus menschenrechtlicher und privatrechtlicher Sicht wird 2013 in Buchform vorgestellt werden.

Klaus Starl arbeitet seit 2003 am ETC als Geschäftsführer und Wissenschaftler. Er lehrt und forscht zum Diskriminierungsverbot.

Simone Philipp arbeitet als Wissenschaftlerin am ETC. Sie forscht zum Diskriminierungsverbot, zu Migration, Integration und zu Kinderrechten und ist in der Menschenrechtsbildung tätig.

Isabella Meier forscht am ETC als Sozialwissenschaftlerin zu Intersektionalität und als Social Expert im Rahmen des National Focal Point Austria für die Grundrechteagentur der EU.

Veronika Apostolovski lehrt und forscht am ETC unter anderem zum Diskriminierungsverbot, Datenschutz und Rechtsstaatlichkeit. Sie ist im Bereich der Justizaus- und -weiterbildung tätig und arbeitet für den National Focal Point Austria für die Grundrechteagentur der EU.

Die zweifache Bestellung von Sachverständigen im Strafverfahren und ihr Konflikt mit grundrechtlichen Verfahrensgarantien

Helmut Kinczel

1. Einleitung

Die Trennung des Strafverfahrens in Ermittlungsverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft und Hauptverfahren unter der Leitung des Gerichts geht auf die Strafprozessnovelle 2004, in Kraft seit 1.1.2008, zurück.¹ Den StaatsanwältInnen ist seit dieser Reform erlaubt, Sachverständige im Ermittlungsverfahren zu bestellen.² Dies brachte eine grundlegende Änderung mit sich, da bis zu dieser Reform die Sachverständigenbestellung ausschließlich Aufgabe des Gerichts war.³

Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit dieser Gesetzesänderung auseinander und zeigt sowohl die damit verbundenen Probleme als auch mögliche Lösungsansätze auf.

2. Zweifache Sachverständigenbestellung

Seit der Strafprozessnovelle 2004 bestimmt § 126 Abs 4 letzter Satz StPO, dass ein/e im Hauptverfahren vom Gericht bestellte/r Sachverständige/r nicht befangen ist, nur weil der/dieselbe Sachverständige bereits im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft bestellt wurde: *„Die Befangenheit eines Sachverständigen kann nicht bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig gewesen ist“*.

Der Gesetzgeber war dabei der Ansicht, dass das Tätigwerden von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren deren Unbefangenheit und Sachkunde für das Hauptverfahren nicht in Zweifel ziehe. Bloß auf diesen Umstand gestützte Ablehnungsanträge wären daher vom Gericht als unzulässig zurückzuweisen.⁴

1 BGBl I 2004/19.

2 Diese Kompetenz der Staatsanwaltschaft wird aus der generellen Leitungsbefugnis, die ihr gemäß § 101 StPO im Ermittlungsverfahren zukommt, abgeleitet – siehe EBRV StPRefG 2004, 176; *Pilmacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren, Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz (2004) Rz 543.

3 Siehe § 119 Abs 1 [alt] StPO: Danach stand die Wahl der Sachverständigen dem/der Untersuchungsrichter/in zu.

4 EBRV StPRefG 2004, 177.

Bedenken gegen eine mögliche Voreingenommenheit eines/r von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen erscheinen deshalb als unbegründet, weil Sachverständige ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit durch ihre Persönlichkeit und fachliche Kompetenz dokumentieren. Der bloß äußere Bestellvorgang schade dabei laut Materialien nicht.⁵

Zudem sind sowohl Staatsanwaltschaft als auch Gerichte nach § 3 Abs 1 StPO zur Erforschung der materiellen Wahrheit und nach Abs 2 zur Unparteilichkeit verpflichtet. Warum sollte eine solche zweifache Sachverständigenbestellung also problematisch sein?

3. Problemaufriss

Sachverständigen kommt im Strafverfahren eine außerordentlich bedeutsame Rolle zu, denn sie liefern oft die Basis, auf der einerseits StaatsanwältInnen wesentliche Teile ihrer Anklage und andererseits RichterInnen maßgeblich ihr Urteil stützen.

So selbstverständlich die Prinzipien der Unparteilichkeit und des Erforschens der materiellen Wahrheit sind, so schwer sind sie in der Realität zu verwirklichen.⁶

Wie gerade die Berichterstattung über die großen anhängigen Wirtschaftsprozesse zeigt, stehen die ermittelnden StaatsanwältInnen unter gehörigem „Erfolgsdruck“. Nur allzu schnell können Ermittlungen dabei einseitig werden. Außerdem sind StaatsanwältInnen trotz ihrer Verankerung als „Gerichtsorgane“ in Art 90a B-VG⁷ auch weiterhin weisungsgebunden, versetzbar und absetzbar. Sie können also dem Druck, der von dritter Seite auf sie ausgeübt wird, nicht mit der Gelassenheit richterlicher Unabhängigkeitsgarantien begegnen, wie etwa der/die Untersuchungsrichter/in vor der gegenständlichen Strafprozessreform.

Es besteht damit die abstrakte und reale Gefahr, dass Sachverständige in den Sog des auf den StaatsanwältInnen lastenden Drucks geraten können. Wie etwa die Tageszeitung „Die Presse“ berichtete („Staatsanwälte pflanzt man nicht“ 09.03.2012), erhob ein von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bestellter Sachverständiger den Vorwurf, dass er vom ermittelnden Staatsanwalt dazu aufgefordert worden wäre, sein Gutachten doch mit den Polizeiberichten „abzugleichen“. Kommt der Sachverständige dieser Aufforderung nach, würde dies der Staatsanwaltschaft sicherlich dabei helfen, ihre Anklageschrift stringenter erscheinen zu lassen. Und daran wird sie großes Interesse haben, da nach Vorgabe der StPO die Staatsanwaltschaft nur dann eine Anklage bei Gericht einzubringen hat, wenn auf Grund eines ausreichend geklärten Sachverhalts

5 EBRV StPRefG 2004, 176.

6 Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁵ (2011) Rz 14; Müller, Der Wert der „materiellen Wahrheit“, Leviathan – Zeitschrift für Sozialwissenschaft 1977, 522 (522 ff).

7 BGBl I 2008/2.

eine Verurteilung nahe liegt und kein Grund für die Einstellung des Verfahrens oder den Rücktritt von Verfolgung vorliegt.⁸

Aber selbst wenn Sachverständige ihre Unabhängigkeit von der Anklagebehörde vollends wahren können, bleibt doch festzuhalten, dass StaatsanwältInnen wohl eher Sachverständige bestellen, von denen anzunehmen ist, dass sie ihre Anklageschrift untermauern anstatt kritisieren werden.⁹ Zudem kann es zwischen Anklagebehörde und Sachverständigen im Ermittlungsverfahren zu regem Meinungs- und Informationsaustausch kommen, wodurch Sachverständige und StaatsanwältInnen naturgemäß einander näher rücken und ihr Verhältnis zueinander beeinflusst wird.

Dass es bei der Erstellung von sehr umfassenden und zeitintensiven Gutachten außerdem zu finanzieller Abhängigkeit der Sachverständigen gegenüber der öffentlichen Hand kommt, trägt sein Übriges dazu bei, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer in unerwünschter Weise annähern könnten.

Hat ein/e GutachterIn im Ermittlungsverfahren einmal eine Meinung gefasst, so wird er/sie im Hauptverfahren davon wohl kaum mehr abweichen. Würde er/sie dies tun, könnte nicht nur seine/ihre Reputation darunter leiden, sondern er/sie müsste sich dann unter Umständen sogar auch noch haftungsrechtlich verantworten.¹⁰

Schließlich ist festzustellen, dass in der Praxis die im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen vom Gericht aus Gründen der Prozessökonomie auch häufig für das Hauptverfahren bestellt werden,¹¹ womit die Staatsanwaltschaft ihre GutachterInnen in das Hauptverfahren als objektive Gerichtssachverständige „einzuschleppen“ vermag.

4. Der Anklageprozess

4.1. Sinn und Zweck des Anklageprozesses

Die Trennung der Rollen im Strafverfahren zwischen verfolgender und richtender Partei brachte eine Abkehr vom Inquisitionsprozess hin zum Anklageprozess.¹² Neben den/die

8 Siehe § 210 Abs 1 StPO. Bei der Verurteilungswahrscheinlichkeit kommt es ausschließlich auf den Tatverdacht an und nicht auf Rechtsfragen, wobei daran zu erinnern ist, dass eben Sachverständigen bei der Befunderstellung die Aufgabe zukommt, Tatsachen festzustellen.

9 Vgl dazu mit Literaturhinweisen *Hinterhofer/Tipold*, in Fuchs/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO [Stand: November 2011] § 125 Rz 5.

10 § 126 Abs 2 StPO sieht vor, dass als Sachverständige vor allem Personen zu bestellen sind, die in die Gerichtssachverständigen- und Gerichtsdolmetscherliste bei den Landesgerichten (§ 3 SDG) eingetragen sind. Die gerichtlich bestellten Sachverständigen sind – anders als die Amtssachverständigen – keine Organe iSd § 1 Abs 2 AHG und haften daher den Prozessparteien unmittelbar und persönlich auf der Grundlage von § 1299 ABGB.

11 *Bruckmüller/Schumann*, Zur Beiziehung von Sachverständigen und PrivatgutachterInnen im Strafprozess, *juridikum* 2008, 72 (73), auf die entsprechende Erfahrungen in deutschen Strafverfahren Bezug nehmend siehe *Todor-Kostic*, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl. Problembereiche im Lichte des § 126 StPO neu, *AnwBl* 2011, 132 (134); eine solche zweifache Bestellung von Sachverständigen ist vom Gesetzgeber sogar gewünscht – siehe EBRV StPRefG 2004.

12 Vgl *Öblinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 629.

RichterIn auf der einen und die beschuldigte Person sowie deren VerteidigerIn auf der anderen Seite tritt ein/e AnklägerIn, welche/r die Einleitung des Strafverfahrens übernimmt und jene Vorwürfe formuliert, die den Gegenstand des Verfahrens bilden. Hierdurch soll der/die RichterIn in eine neutrale Position rücken, in der er/sie über den Parteien steht und die Sache von zwei Seiten dargeboten erhält. Das kommt der richterlichen Unabhängigkeit zugute und erleichtert dem/der RichterIn, bis zum Ende des Verfahrens die Vermutung der Unschuld des/der Angeklagten aufrecht zu halten.¹³ So hat die Erfahrung auch gezeigt, dass sich jemand, der sich längere Zeit darum bemüht, einen Verdächtigen zu finden und ihn zu überführen, nicht immer objektiv ermitteln und entscheiden wird.¹⁴

Eine personelle Union von AnklägerIn und RichterIn in formaler Hinsicht würde somit eine Rückkehr zum Inquisitionsprozess bedeuten und hätte die zuvor beschriebenen negativen Konsequenzen zur Folge. Der einfachgesetzlichen Einführung einer solchen Prozessform stünden unstrittig verfassungsrechtliche (Art 90 Abs 2 B-VG) und grundrechtliche (Art 6 EMRK) Vorgaben entgegen. Fraglich ist allerdings, ob die Möglichkeit der zweifachen Sachverständigenbestellung (§ 126 Abs 4 letzter Satz StPO) aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben ebenfalls unzulässig wäre, weil sie im Grunde die aus dem Anklagegrundsatz abgeleitete Teilung der Funktionen zwischen AnklägerIn und RichterIn unterläuft.

4.2. Art 90 Abs 2 B-VG

Die Bestimmung des Art 90 Abs 2 B-VG „Im Strafverfahren gilt der Anklageprozess“ geht auf den Reichstag von Kremsier zurück, wo sie 1848 im Verfassungsausschuss über die Grundrechte textiert und am 24. Jänner 1849 nach eingehenden Beratungen vom Plenum angenommen wurde. Schließlich wurde diese Formulierung auch in die neue bundesstaatliche Verfassung integriert und übernommen.^{15, 16}

Im Kern steht der Regelungszweck des Art 90 Abs 2 B-VG außer Streit. Anklageprozess bedeutet das Erfordernis einer Klage als Prozessvoraussetzung des Strafverfahrens – und damit das Gebot der Trennung von anschuldigendem und urteilendem Faktor. Ein gerichtliches Strafverfahren darf nur über Antrag einer zur Anklage befugten Person eingeleitet werden, nicht (auch) von Amts wegen durch den/die RichterIn, der/die über Schuld und Strafe zu urteilen hat.¹⁷ Diese personell-organisatorische Trennung zwischen RichterIn und AnklägerIn gilt als der formelle Gehalt des Anklageprinzips.¹⁸

13 Dazu *Wiederin*, in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO [Stand: Feb. 2012] § 4 Rz 11.

14 Vgl *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁵ Rz 17.

15 BGBl 1920/1.

16 *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 9; *Machacek*, Rechtsschutz im Strafverfahren und Verfassung, AnwBl 2002, 620 (620 ff).

17 Mit umfassenden Literaturhinweisen *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 10.

18 *Adamovic/Funk*, Verfassungsrecht³ (1985) 316.

Mit dem Verbot der Verurteilung von Amts wegen ohne vorgängige Anklage durch eine von der/dem RichterIn verschiedene Person soll nach Ansicht eines Teiles des Schrifttums der normative Gehalt des Art 90 Abs 2 B-VG auch schon erschöpft sein.¹⁹ Demgegenüber misst ein anderer Teil des Schrifttums sowie der VfGH dem Anklageprozess einen darüber hinausgehenden (materiellen) Gehalt zu. So hat der/die Beschuldigte ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Parteistellung²⁰ und er/sie darf auch nicht zur Selbstbezeichnung²¹ verpflichtet werden.²²

4.3. Zweifache Sachverständigenbestellung und Art 90 Abs 2 B-VG

Ohne diesen Streit umfassend diskutieren oder abschließend klären zu können, soll an dieser Stelle bloß festgestellt werden:

Der historische Gesetzgeber wollte nicht bloß aus einer zweckfreien Intention heraus eine Abkehr von inquisitorischen Richtersprüchen schaffen. Vielmehr wollte er wegen der negativen Erfahrungen, die mit einer solchen Prozessform verbunden sind, entsprechende gesetzliche Vorkehrungen treffen.

Er konnte dabei aber nicht vorhersehen, dass das Strafverfahren einmal in ein Ermittlungsverfahren und ein Hauptverfahren getrennt werden würde. Dabei kommt es durch die Möglichkeit der zweifachen Bestellung von Sachverständigen zwar nicht zu einer personellen Vereinigung von anschuldigendem und urteilendem Faktor in formeller Hinsicht. Aber es könnte durchaus zu einem Unterlaufen des ursprünglichen Regelungszwecks des Art 90 Abs 2 B-VG kommen.

So werden Urteile in wesentlichen Teilen auf Sachverständigengutachten gestützt. Dies gilt insbesondere bei komplexen Wirtschaftsprozessen, die besonderes Fachwissen erfordern. RichterInnen, die sich auf das Gutachten eines/r Sachverständigen, der/die bereits für die Anklagebehörde tätig war, verlassen, laufen dabei abstrakt und konkret Gefahr, als bloß verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft zu urteilen, womit sie letztlich in inquisitorischer Art und Weise tätig werden würden.

5. Art 6 EMRK

5.1. Fairnessgebot

Art 6 EMRK enthält mit dem sogenannten „fair-trial-Grundsatz“ eine Vielzahl prozesualer Rechte, durch welche die Einhaltung der rechtsstaatlichen Mindestgarantien im Strafprozess gesichert werden soll. Ein aus dem Fairnessgebot abgeleitetes Recht ist der

19 So zuletzt *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 15.

20 Siehe VfSlg 5235/1966 und 9950/1984.

21 VfSlg 10.394/1985, 15.600/1999.

22 Mit Literaturhinweisen *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ (2009) Rz 677.

Grundsatz der Waffengleichheit. Dieses Recht verlangt die grundsätzlich gleichmäßige Ausstattung der Anklagebehörde wie der Verteidigung mit prozessualen Rechten.²³

Bei der Beurteilung der Fairness eines Verfahrens ist neben subjektiven, in der an der Strafrechtspflege beteiligten Person gelegenen Gründen auch der äußere Anschein von Bedeutung. So geht der EGMR bei der Frage nach konventionsgemäßer Unparteilichkeit von RichterInnen davon aus, dass diese schon nicht mehr ausreichend gewährleistet ist, wenn ein Umstand geeignet ist, sie aus der Sicht der Öffentlichkeit oder eines/r der Verfahrensbeteiligten objektiv anzuzweifeln.²⁴ Die Überprüfung einer etwaigen Beeinträchtigung der gerichtlichen Unabhängigkeit nach ihrem äußeren Erscheinungsbild ist schon allein wegen des Ansehens der Rechtsprechung und der Akzeptanz der zu treffenden Entscheidung erforderlich. Im Rahmen der Beurteilung der Unabhängigkeit des Gerichts stellt der EGMR insbesondere auf die Handhabung der Ernennung der RichterInnen oder Vorkehrungen gegen eine Einflussnahme von außen auf die Entscheidungsfindung ab.²⁵

Wird eine Verletzung des „fair-trial-Grundsatzes“ behauptet, ist nach Auffassung des EGMR zu prüfen, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit, dh vom Ermittlungsverfahren bis hin zur Rechtsmittelinstanz, als „fair“ anzusehen ist. Wie dies der EGMR in seiner Rechtsprechung stets betont, kann bei einer Verletzung eines Verfahrensrechts kein Verstoß gegen Art 6 EMRK vorliegen, sofern das Verfahren insgesamt als fair bewertet wird.²⁶

Die EMRK enthält weder eine Bestimmung, nach der die Stellung des/der Sachverständigen in einem fairen Verfahren näher determiniert wird, noch wird die Auswahl der Sachverständigen in irgendeiner Weise geregelt. Dennoch ergeben sich zumindest mittelbar gewisse Vorgaben durch das Fairnessgebot. So hat der EGMR seine sogenannte Anscheinsjudikatur *mutatis mutandis* auch auf Sachverständige erweitert.²⁷

Im Fall *Bönisch* stellte der EGMR fest, dass aus Sicht des Angeklagten Zweifel an der Neutralität eines im strafrechtlichen Hauptverfahren vom Gericht bestellten Sachverständigen bestehen, wenn dessen Anzeige es war, welche die Einleitung der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft veranlasste.²⁸ Wer also die Einleitung eines Strafverfahrens betreibt, kann aus der objektiv nachvollziehbaren Sicht der betroffenen Prozessbeteiligten als befangen gelten. Im vorliegenden Fall rückte, so der EGMR im Ergebnis, der „äußere Anschein“ den Sachverständigen in die Nähe eines „Belastungszeugen“.²⁹

23 Vgl. Kühne, in IntKommEMRK Art 6 Rn 372 ff.

24 Siehe mit ausführlichen Rechtsprechungshinweisen Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR (2005) MRK Art 6 Rn 54a.

25 Essner, in Löwe-Rosenberg (Hrsg.) Großkommentar zur Strafprozessordnung²⁶, Band 11: EMRK/IPBPR (2012) Art 6 Rn 141.

26 Vgl. EGMR 16.11.2006, Appl 46.503/99 – *Klimentyev*; EGMR 9.1.2007, Appl 47.986/99 – *Gossa*.

27 EGMR 28.08.1991, Serie A Nr 211, Ziff 44. – *Brandstetter*.

28 EGMR 6.5.1985, Serie A 02 Nr 92 – *Bönisch*.

29 EGMR 6.5.1985 Serie A 02 Nr 92, Ziff 31 ff – *Bönisch*.

Im Fall *Brandstetter* urteilte der EGMR dagegen, dass die bloße Zugehörigkeit eines Sachverständigen zu einer Behörde oder Einrichtung, auf deren Anzeige hin das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in Gang gekommen ist, nicht gestattet, diesen Sachverständigen als Belastungszeugen anzusehen, auch wenn dies gewisse Bedenken auf Seiten des Angeklagten auszulösen vermag. Zutreffend hielt der EGMR fest, der Umstand, dass ein Sachverständiger für dieselbe Anstalt arbeitet wie ein Kollege, dessen Gutachten die Grundlage der Anklage bildet, berechtigt für sich allein nicht zur Annahme, der betreffende Sachverständige sei deshalb unfähig, mit der notwendigen Objektivität zu handeln.³⁰ Maßgebend ist, ob Umstände vorliegen, welche geeignet sind, den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen.³¹ Hieraus folgt zum einen, dass bei der Frage nach der Neutralität und Objektivität des/der Sachverständigen nicht das subjektive Empfinden der Beteiligten entscheidend ist, obwohl dieses auch nicht ganz ohne Bedeutung ist. Zum anderen lässt sich daraus ableiten, dass es nicht notwendigerweise eines Nachweises der tatsächlichen Befangenheit des/der Sachverständigen bedarf. Auch Umstände, die auf rein organisatorische oder funktionale Belange zurückgehen, können dazu geeignet sein, Misstrauen bezüglich der Unparteilichkeit der Person des/der Sachverständigen zu wecken.³² Dass ein Sachverständiger für dieselbe Untersuchungsbehörde oder dasselbe Laboratorium arbeitet wie ein Kollege, dessen Gutachten die Grundlage der Anklage bildet, berechtigt noch nicht zu objektiven Zweifeln an seiner Neutralität, weil dann die Erhebung eines Sachverständigenbeweises in vielen Fällen in unannehmbare Weise eingeschränkt wäre, so der EGMR. Anders hingegen, wenn der Sachverständige persönlich den Tatverdacht begründet hat und aufgrund seines Berichts ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet worden ist.³³ Kommen schließlich einem/r gerichtlich bestellten Sachverständigen, der/die dem „äußeren Anschein“ nach als „Zeuge der Anklage“ auftritt, mehr Rechte im Verfahren zu als einem/r sachverständigen ZeugenIn, sieht der EGMR darin eine Verletzung des Fairnessgrundsatzes nach Art 6 Abs 1 EMRK.³⁴

5.2. Zweifache Sachverständigenbestellung und EMRKStandards

Es ist zwar zuzugestehen, dass sowohl StaatsanwältInnen als auch RichterInnen nach § 3 StPO zur Objektivität verpflichtet und zu Sachverständigen gemäß § 126 Abs 2 StPO

30 EGMR 28.08.1991, Serie A Nr 211, Ziff 32 ff. – *Brandstetter*.

31 So EGMR 28.08.1991, Serie A Nr 211, Ziff 44, mwH – *Brandstetter*.

32 Vgl *Donatsch*, Der Sachverständige im Strafverfahrensrecht, unter besonderer Berücksichtigung seiner Unabhängigkeit sowie des Privatgutachters, in Jusletter 14. Mai 2007 [Rz 28].

33 Vgl Essner, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002) 693 ff.

34 *Walzel v Wiesentreu*, in *Atlmayr/Walzel v Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch des Sachverständigenrechts (2006), § 6 Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, Rn 2065.

vor allem Personen zu bestellen sind, die in die Gerichtssachverständigenliste eingetragen und somit beeidet und gerichtlich zertifiziert wurden.

Aus der Sicht der Beschuldigten ist die Zulässigkeit der Zweifachbestellung von Sachverständigen aber dennoch problematisch, da der/die AnklägerIn nach der Anklageerhebung zum/r Verfahrensbeteiligten³⁵ mutiert und zum „Verfahrensgegner“ des/der Beschuldigten wird.³⁶ Aus diesem Grund kann der Staatsanwaltschaft³⁷ selbst, aber auch den von ihr bestellten Sachverständigen – insbesondere unter Berücksichtigung der zuvor beschriebenen Verflechtungen zwischen Staatsanwaltschaft und Sachverständigen –, nicht dieselbe Unabhängigkeit beigemessen werden, wie dem Gericht und einem ausschließlich diesem zurechenbaren Sachverständigen. Vielmehr sind Sachverständige, die von Seiten der Staatsanwaltschaft bestellt werden, im Hauptverfahren als ZeugInnen der Anklage bzw als „BelastungszeugInnen“ zu betrachten. Insofern ist die Zulässigkeit der Zweifachbestellung von Sachverständigen im Strafverfahren mit jener Sachverhaltskonstellation vergleichbar, wie sie dem obgenannten Fall *Bönisch* zu Grunde lag. In beiden Fällen sind es die gutachterlichen Vorarbeiten im Ermittlungsverfahren, die zum späteren Hauptverfahren führen bzw dieses erst ermöglichen. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass das Tätigwerden von GutacherInnen im Ermittlungsverfahren der Neutralität und Unparteilichkeit derart schadet, dass sie in einem späteren Hauptverfahren zumindest dem äußeren Anschein nach in die Nähe von BelastungszeugInnen rücken.

Werden GutachterInnen der Anklagebehörde zu gerichtlichen Sachverständigen im Hauptverfahren bestellt, ergeben sich letztendlich auch Unterschiede hinsichtlich der Rechtsstellung von Sachverständigen der Anklage im Vergleich zu jener, die den Sachverständigen der Verteidigung zukommt.

Vom Gericht bestellte Sachverständige sind keine ZeugInnen iSd StPO und genießen aufgrund ihrer Objektivität große Glaubwürdigkeit. PrivatgutachterInnen des/der Angeklagten gelten dagegen als ZeugInnen und haben grundsätzlich einen geringeren Glaubwürdigkeitsgrad, weil sie ja von dem/der Angeklagten bestellt wurden.³⁸ Die Gerichte achten außerdem darauf, dass noch nicht vernommene ZeugInnen vor ihrer Vernehmung im Interesse der Wahrheitsfindung nicht anwesend sind,³⁹ während noch nicht vernommene gerichtlich bestellte Sachverständige der Hauptverhandlung von Beginn an folgen dürfen. Sie dürfen sogar während der Vernehmung von ZeugInnen ohne weiteres in der Hauptverhandlung anwesend sein.⁴⁰

35 Siehe § 220 StPO.

36 Siehe *Grafl*, Die Rolle der Sachverständigen im Prozess, *juridikum* 2008, 24 (25).

37 Siehe zur ausführlichen Kritik an der derzeitigen Stellung der Staatsanwälte in der Justizorganisation *Mayer*, *Justiz in Gefahr?*, *AnwBl* 2012, 270 (271).

38 Vgl *Todor-Kostic*, Sachverständigenbeweis und Sachverständigenauswahl, *AnwBl* 2011, 134 (135).

39 *Kirchbacher*, in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur StPO* [Stand: Juli 2009] § 247 Rz 55.

40 Vgl *Danek*, in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur StPO* [Stand: April 2010] § 241 Rz 6.

Von einer Waffengleichheit kann also aufgrund der unterschiedlichen Stellung der verschiedenen GutachterInnen – PrivatgutachterIn als ZeugIn der beklagten Person einerseits und GutachterIn der Anklagebehörde als gerichtliche/r Sachverständige/r andererseits – in der Hauptverhandlung keine Rede mehr sein.

6. Schlussbemerkungen

Von der einfachgesetzlichen Zulässigkeit der zweifachen Sachverständigenbestellung nach § 126 Abs 4 letzter Satz StPO könnte nicht nur der in Art 90 Abs 2 B-VG festgelegte Regelungszweck des historischen Gesetzgebers nachteilig betroffen sein. Vielmehr könnte eine solche bloß aus prozessökonomischen Gründen eingeführte Regelung auch dem Fairnessgebot iSd Art 6 Abs 1 EMRK widersprechen.

Dabei ist mit den Worten der Konventionsorgane daran zu erinnern: „*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*“.⁴¹ Das Schutzgut, auf welches dabei abgestellt wird, ist das Vertrauen in die Rechtspflege. Die Zulässigkeit der zweifachen Sachverständigenbestellung schadet diesem Schutzgut.

Diese Problematik würde nicht bestehen, wenn der/die Sachverständige durchgehend, also sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Hauptverfahren, nur vom Gericht bestellt werden dürfte, und auch nur diesem gegenüber verantwortlich wäre.⁴²

Die StPO ließe sich aber auch dahingehend ändern, dass die zweifache Sachverständigenbestellung iSd § 126 Abs 4 letzter Satz StPO zukünftig nicht mehr erlaubt sein sollte: Ein/e „GutachterIn“ der Staatsanwaltschaft sollte im Hinblick auf eine gerichtliche Sachverständigenbestellung automatisch als befangen gelten. Im Hauptverfahren stünde dann der/die GutachterIn der Staatsanwaltschaft dem/der PrivatgutachterIn der Verteidigung auf Augenhöhe gegenüber. Bei Bedarf hätte der/die RichterIn eine/n weitere/e GutachterIn zu bestellen. Nur diesem/r sollte die privilegierte Sachverständigenstellung iSd Strafprozessordnung zukommen.

Eine entsprechende Gesetzesänderung wäre wohl aus prozesshygienischen Gründen nicht nur wünschenswert, sondern könnte verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich sogar geboten sein.

Dr. Helmut Kinczel ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei PHHV Prochaska Heine Havranek Vavrovsky Rechtsanwälte GmbH.

41 Vgl EGMR 28.6.1984 – *Campbell und Fell* = EuGRZ 1985, 534 (540).

42 Im Gegensatz dazu siehe *Todor-Kostic*, AnwBl 2011, 134.

Thema: Widerstand & Recht

Vorwort

Nina Eckstein/Ines Rössl

Es lässt sich beobachten, dass der Widerstandsbegriff derzeit wieder floriert. Streitschriften wie „Der kommende Aufstand“ (Unsichtbares Komitee, 2008) oder „Empört Euch!“ (Stephane Hessel, 2010) erfahren breitenwirksame Beachtung. Konferenzen, Seminare und Vortragsreihen beschlagworten sich mit dem Begriff „Widerstand“.¹ Diese Begriffskonjunktur hängt wohl mit Ereignissen der jüngsten Vergangenheit (und Gegenwart) zusammen wie bspw Wikileaks, Occupy, den Aufständen im arabischen Raum, den Massendemonstrationen gegen die europäische Krisenpolitik, der damit einhergehenden staatlichen Repression etc.

In der Literatur verläuft die gängige Unterscheidung zwischen „Widerstand“ und „zivilem Ungehorsam“ entlang der Frage, ob die Handelnden der gesamten politischen Ordnung ihre Legitimität absprechen, oder ob diese grundsätzlich als legitim akzeptiert und nur ein einzelnes Gesetz oder ein bestimmtes Staatshandeln als Unrecht bekämpft werden.² Praktisch entbehrt diese Differenzierung jedoch ausreichender Trennschärfe.³ Bemängeln HausbesetzerInnen nur die mangelnde Nutzbarkeit eines konkreten leerstehenden Gebäudes oder meinen sie eine Kritik an Verteilungsfragen mit, die an der Grundstruktur des Gemeinwesens rüttelt? Und was ist mit grundrechtlich geschützten Protestformen (zB Demonstrationen), die auf den ersten Blick – anders als „ziviler Ungehorsam“ – gar keine Regel brechen? Wer hat die Definitionsmacht, wann die Grenze der legalen Kritik überschritten wurde? Und bleibt bei der Debatte über Ungehorsam und Widerstand nicht auf der Strecke, dass auch das Recht eine Ressource für emanzipatorische Praktiken sein kann?

Da sich die Thematik als facettenreich darstellt, sich oftmals strikter Kategorisierungen entzieht und vor allem gerade durch Unschärfen und Grautöne an Brisanz gewinnt, ist der Schwerpunkt *Widerstand & Recht* bewusst breit gefasst.

1 ZB: „Democracy and Resistance“ (Konferenz, 18.–20. Juni 2012, Justus Liebig Universität Gießen), „Protest – Widerstand – Aufstand: Streit um politische Ordnungen“ (Vortragsreihe, Sommersemester 2012, Goethe-Universität Frankfurt am Main).

2 Vgl Rawls, *A Theory of Justice* (1999), 308–335; Dworkin, *Bürgerrechte ernst genommen* (1984), 337–363.

3 Vgl Arendt, *Ziviler Ungehorsam* (1970), in Knott (Hg) *Zur Zeit. Politische Essays* (1999) 119–160 (138).

Ilse Reiter-Zatloukal zeigt aus rechtshistorischer und ideengeschichtlicher Sicht, dass der Gedanke, es könnte ein Widerstandsrecht gegen die geltende Ordnung geben, mit der Ausbildung des Rechts- und Verfassungsstaats und seinen Rechtsschutzmechanismen zurücktritt und sich die Debatte seitdem eher um den Begriff des „zivilen Ungehorsams“ dreht. Im Anschluss daran beschäftigt sich *Andreas Fisahn* mit dem im deutschen Grundgesetz verankerten Widerstandsrecht, das bei Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung zum Tragen kommt und sich daher vom zivilen Ungehorsam abgrenzt. Dabei stellt er die Frage, ob im Angesicht des „Substanzverlusts der Demokratie“ und der damit zweifelhaft gewordenen Gesetzesgeltung das Recht auf Widerstand auflebe. Das österreichische Recht kennt ein derartiges Widerstandsrecht nicht. Das StGB normiert allerdings, wann der „Widerstand gegen die Staatsgewalt“ straflos bleibt. *Markus Helmreich* geht diesem „Widerstandsrecht“ aus rechtsdogmatischer Sicht nach.

Es gibt berechtigterweise (vor allem im Gedenken an den Widerstand gegen das NS-Regime) eine gewisse Zurückhaltung, unter rechtsstaatlichen Normalverhältnissen auf den Widerstandsbegriff Bezug zu nehmen. Jedoch lässt sich erkennen, dass in der Gegenwart zunehmend ausnahmerechtliche Einsprengsel Eingang in die Normalordnung finden.⁴ Die Erosionserscheinungen bzw praktische Begrenztheit rechtsstaatlicher Garantien bilden auch den Hintergrund der Beiträge von *Andrea Kretschmann*, *Roland Pichler* und *Max Pichl*. *Kretschmann* analysiert die der österreichischen SPG-Novelle 2012 zu Grunde liegende diskursive Logik, die alles und jede/n unterschiedslos als potentielle Gefahr wahrnimmt und zum Anknüpfungspunkt polizeilicher Eingriffsrechte macht. Unter diesen Umständen kann auch legales Verhalten plötzlich als ordnungsfährdender Widerstand betrachtet werden. *Pichler* widmet sich der Praxis des österreichischen Versammlungsrechts. Er zeigt, wie die Exekutive dazu tendiert, diese legale Protestform faktisch einzuschränken, und dabei auf Formen der Abschreckung zurückgreift, die sich nicht immer formalrechtlich erfassen lassen. *Pichl* wiederum beschreibt, wie selbst das deutsche Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit den „Blockupy-Aktionstagen“ 2012 der sicherheitsstaatlichen Logik der Exekutive folgte und seine bisherige versammlungsfreundliche Rechtsprechung aufgab.

Hausbesetzungen sind rechtlich anders geregelt als Versammlungen. *Philipp Hense* befasst sich anhand des Verlaufs einer konkreten Fallgeschichte in Graz mit den Strategien derjenigen, denen daran gelegen ist, Besetzungen zu verhindern, und mit den damit zusammenhängenden juristischen Fragestellungen.

In den Beiträgen von *Maria Hörtnner* und *Wolfgang Kaleck* lässt sich die kontroverielle Frage ausmachen: Inwiefern werden widerständige Praktiken gerade *durch* bzw mit Hilfe des Rechts ermöglicht oder ist im Gegenteil Widerstand erst *ohne* Recht – also ohne ausreichend existierende rechtliche Mittel – notwendig? *Hörtnner* skizziert in ihrem

4 Vgl *Frankenberg*, Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand (2010), 236ff.

Beitrag die feministischen Widerstandsbewegungen in Lateinamerika. Vor dem Hintergrund repressiver politischer Systeme, in denen unzureichende rechtsstaatliche Strukturen existier(t)en, blieb und bleibt politischem Engagement von Frauen häufig kein anderer Weg, als Veränderungen „auf der Straße“ zu erkämpfen. *Wolfgang Kaleck* beschreibt dagegen in seinem Beitrag zu „Strategic Human Rights Litigation“ den „progressiven Gebrauch von Recht“ als mögliches Instrument zur Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse.

Neben all den in diesem Schwerpunkt skizzierten Aspekten steht auch die elementare Frage: Ist die (Regel-)Übertretung bzw das Ausloten vorgegebener Grenzen nicht Grundvoraussetzung jedweder Weiterentwicklung und Veränderung?

Mag^a Nina Eckstein, BA ist Juristin, studierte Soziale Arbeit am FH Campus Wien und ist Redaktionsmitglied des juridikum; nina.eckstein@gmx.at

Mag^a Ines Rössl ist Juristin in Wien und Mitherausgeberin des juridikum; ines.roessler@univie.ac.at

Widerstandsrecht oder ziviler Ungehorsam?

Zur rechtshistorischen Einordnung von Widersetzlichkeit

Ilse Reiter-Zatloukal

Politischer und/oder bewaffneter Widerstand gegen die Staatsgewalt durch Individuen, Gruppen und sogar Staaten wurde im Laufe der Geschichte bzw wird auch in der Gegenwart häufig geübt und mit einem Recht auf Widerstand legitimiert. Das klassische Widerstandsrecht kann als entweder allgemein naturrechtlich oder durch positives Gesetz zugelassenes, auch gewaltsames Abwehrrecht des/der Bürgers/Bürgerin gegenüber massiven Verfassungsbrüchen zum Schutz bzw zur Wiederherstellung einer geltenden Rechts- und Verfassungsordnung verstanden werden. Bis heute steht das Widerstandsrecht in Diskussion, va der letztlich möglicherweise in einer Tötungshandlung kulminierende aktive Widerstand. Gegenstand von Kontroversen war/ist auch der zivile Ungehorsam, der in bewussten gewaltlosen Rechtsverletzungen zum Zweck der Beseitigung einer als Unrecht erachteten Situation bzw zur Durchsetzung von Grund- und Menschenrechten durch Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung besteht und Ausdruck außerparlamentarischer politischer Partizipation ist. Die/der Widerständige beabsichtigt Veränderungen bzw Verbesserungen der bestehenden Rechtsordnung und nimmt eine Bestrafung für den Ungehorsam in Kauf.

Ein Überblick über die Einordnung des Phänomens der Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit aus rechtsgeschichtlicher Perspektive soll die Entwicklung dieser Formen der Widersetzlichkeit skizzieren.

1. Geschichte des Widerstandsrechts

1.1. Vom Mittelalter ins 19. Jahrhundert¹

Das mittelalterliche Widerstandsrecht hat seine Wurzeln im Christentum² und dem frühmittelalterlichen Verhältnis von Untertan und Herrscher. Ein aktives Widerstandsrecht wurde zunächst als den Weisungen der Heiligen Schrift widersprechend gesehen, vielmehr galt grundsätzlich ein Verbot der Auflehnung gegen die staatliche Obrigkeit. Nur bei Verletzung des göttlichen Gesetzes durch den Herrscher war passiver Widerstand (vom dulddenden Gehorsam bis zum Märtyrertod) nicht nur zulässig, sondern

¹ Grundlegend dazu *Heyland*, Das Widerstandsrecht des Volkes (1950).

² *Stüttler*, Das Widerstandsrecht und seine Rechtfertigungsversuch im Altertum und im frühen Christentum, in *Kaufmann/ Backmann* (Hg), Widerstandsrecht (1972) 31ff.

sogar verpflichtend. Mit der Erklärung des Christentums zur Staatsreligion setzte sich das aktive Widerstandsrecht durch: Der ungerechte Herrscher hörte auf, vor Gott Herrscher zu sein, er wurde zum „tyrannus“ bzw. „usurpator“, dem aktiv Widerstand zu leisten das Recht und die Pflicht bestand.³ Das weltliche Herrschaftsverständnis des Frühmittelalters⁴ ging davon aus, dass das Recht über dem Herrscher stand, dessen Pflicht es war, das vorgefundene Recht bzw die wohlerworbenen Rechte der Einzelnen zu schützen, was auch in den Krönungseiden zum Ausdruck kam.⁵ Andernfalls bestand ein Widerstandsrecht, selbst des Einzelnen, das in der Absetzung (ja sogar Tötung) des Herrschers gipfeln konnte. Dieses Widerstandsrecht wurde durch das Lehnrecht mit seiner wechselseitigen Treueverpflichtung und der Möglichkeit eines formellen Verfahrens des Vasallen gegen den treubruchigen Herren vor dem Lehnengericht weiter ausgebaut. Die verstärkte Verbindung von Königtum und geistlicher Macht im Hochmittelalter zeigte sich insbesondere im Recht des Papstes, den König abzusetzen und die Untertanen vom Treueeid zu entbinden, wie dies zB Gregor VII. im „Dictatus Papae“ von 1075 zum Ausdruck brachte (und im Jahr darauf auch an Heinrich IV. praktizierte). Mit der Ausbildung der ständischen Verfassung beanspruchten in weiterer Folge die Stände als weltliche Repräsentanten der Gesamtheit bzw des Volkes die Ausübung des Widerstandsrechtes für sich, das aber zunächst weiterhin formlos und bloß gewohnheitsrechtlich begründet war. In England allerdings trat das Widerstandsrecht in der Magna Charta 1215 bereits als formelles Rechtsinstitut hervor. In anderen europäischen Ländern (zB Aragon, Ungarn⁶) kam es zu dieser Zeit zu seiner positivrechtlichen Verankerung, im deutschen Reich verdichtete sich das Recht der Kurfürsten auf Absetzung des Königs.⁷ Im 13. Jh. erschien so das Widerstandsrecht des Einzelnen im Wesentlichen zurückgedrängt, es war zum Recht der Reichs- und Landstände geworden. Die Reichsstände übten dann im 16. Jh. ihr Widerstandsrecht als Landesfürsten aus, um ihre Untertanen gegen Angriffe bzw vor Rechtsbrüchen des Kaisers zu schützen (zB Widerstand gegen die Exekution des Wormser Edikts von 1521). So wandelte sich das „ius resistendi“ von einem Recht *gegen* die Herrschaft zu einem Recht *von* Herrschaft.⁸ Durch die Verflechtung von ständischen und konfessionellen Widerstands begründungen verstärkte sich allgemein die Dynamik des Widerstandsrechts. Allerdings wurde von Martin Luther zunächst ein über den passiven inneren Widerstand jedes Christen bzw „Wortwiderstand“⁹ hinausgehendes Recht der Untertanen auf

3 Spörl, Gedanken um Widerstandsrecht und Tyrannenmord im Mittelalter, in Pfister/Hildmann (Hg), Widerstandsrecht und Grenzen der Staatsgewalt (1956) 11–32.

4 Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie (1954) 152.

5 Delfos, Alte Rechtsformen des Widerstandes, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 72ff.

6 Bertram, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes (1970) 23f.

7 Ebd 74ff.

8 Friedeburg, Widerstandsrecht im Europa der Neuzeit: Forschungsgegenstand und Forschungsperspektiven, in ders (Hg), Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit (2001) 29.

9 Honecker, Grundriß der Sozialethik (1995) 364.

Widerstand gegen den rechtmäßigen weltlichen Herrscher überhaupt abgelehnt, weil die weltliche Obrigkeit von Gott eingesetzt war und seine Ordnung auf Erden verwirklichen sollte. Nur im Fall, dass die weltliche Obrigkeit „die Grenze der Freiheit des Kirchenwesens“¹⁰ überschritt, war ein Christ von der Gehorsamsverpflichtung befreit und musste passiven Widerstand leisten. Schließlich anerkannte Luther aber auch ein Recht der Reichstände zum aktiven, aber gewaltfreien Widerstand gegen eine tyrannische Herrschaft des Kaisers, während Johannes Calvin¹¹ dieses Recht allen Ständen gegen jeden Gewaltherrscher einräumte, *va* wenn dieser den Gehorsam gegen Gott bedrohte oder unmöglich machte.

Der deutsche Jurist Johannes Althusius sprach dann Anfang des 17. Jh. nicht der Person des Fürsten, sondern allein dem Gemeinwesen, das von einer Ständeversammlung, dem Kollegium der „Ephoren“ repräsentiert wurde, die Souveränität zu. Die Verwaltung der Souveränitätsrechte wurde nach diesem Konzept dem Fürsten, dem „obersten Magistrat“ in vertraglicher Form von den „Ephoren“ übertragen, die im Fall des Vertragsbruches dem Fürsten Widerstand leisten und ihn absetzen konnten. Voraussetzung für die Ausübung des den Ephoren zustehenden Widerstandsrechts war, dass die Tyrannei *notorisch*, beharrlich und mit anderen Mitteln nicht zu beseitigen war.¹²

Aus der Sicht der Herrscher, gegen die dieses Widerstandsrecht in Anspruch genommen wurde, handelten die Stände freilich als Aufständische bzw. Rebellen. Abgelehnt wurde derartiger ständischer Widerstand folglich von der Krone nahestehenden Philosophen und Juristen, wie zB Thomas Hobbes¹³ in England und dem Schotten William Barclay, der 1600 den Begriff der „Monarchomachen“ (Königsbekämpfer) für die Befürworter eines Widerstandsrechts unter den calvinistischen Publizisten in Frankreich prägte. Die Monarchomachen wandten sich nämlich gegen eine uneingeschränkte Souveränität des Herrschers, wie sie insbesondere in der monarchisch-absolutistischen Souveränitätstheorie von Jean Bodin formuliert wurde. Den die Herrschaftsgewalt des Monarchen beschränkenden Ständen als Vertreter des Volkes kam nach dieser Lehre im Fall der Verletzung ihrer Rechte ein Widerstandsrecht zu, das sogar den Tyrannenmord einschloss.¹⁴

Als sich im 17. Jh. dann in Kontinentaleuropa der Ständestaat endgültig zum absoluten Staat wandelte, in dem der Herrscher nicht mehr an das Recht gebunden war und für die Untertanen unbedingte Gehorsamspflicht bestand, erschien auch das Widerstandsrecht der Stände obsolet, es lebte nur noch „als Wunschprinzip“ im naturrechtlichen Schrifttum fort (zB Hugo Grotius).¹⁵ In England hingegen, wo zB John Locke das

10 Heckel, Die Stellungnahme der Kirche der Reformation – Die Lutheraner, in Pfister/Hildmann (Hg), Widerstandsrecht 32ff; ders, Widerstand gegen die Obrigkeit? Pflicht und Recht zum Widerstand bei Martin Luther, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 114ff.

11 Wolf, Das Problem des Widerstandsrechts bei Calvin, in Pfister/Hildmann (Hg), Widerstandsrecht 45ff.

12 Weinkauff, Über das Widerstandsrecht (1956) 9; Bertram, Widerstandsrecht 32f.

13 Mayer-Tasch, Thomas Hobbes und das Widerstandsrecht (1965); Nagler, Über die Funktion des Staates und des Widerstandsrecht (1991) 13ff.

14 Bertram, Widerstandsrecht 29f.

15 Heyland, Widerstandsrecht 51.

Widerstandsrecht mit der natürlichen Freiheit des Menschen begründete,¹⁶ konnte sich das ständische Widerstandsrecht rechtlich-praktisch behaupten: Es wurde durch die Positivierung der Grund- und Freiheitsrechte in der Habeas Corpus-Akte (1679) und Bill of Rights (1689) bekräftigt und stand nun dem Parlament (House of commons) zu. Eine ausdrückliche Verankerung desselben erfolgte schließlich im Verfassungsrecht einzelner amerikanischer Bundesstaaten sowie der Vereinigten Staaten. So begrenzte bereits die Unabhängigkeitserklärung von 1776 den Staatszweck vernunftrechtlich und normierte ein „Right of the People“, die sich nicht entsprechend verhaltende Regierung „to alter or to abolish“. Die amerikanische Bundesverfassung von 1787 normierte dann das Recht auf Widerstand „against arbitrary power and oppression“. In ähnlicher Weise räumten die revolutionären französischen Verfassungen ein „droit de résistance à l’oppression“ als Folge der Grund- und Menschenrechte ein.¹⁷ Dabei knüpften sie an die Lehre Jean-Jacques Rousseaus von der das Allgemeinwohl repräsentierenden „volenté générale“ an, die ein Widerstandsrecht nur kannte, wenn der Träger der Amtsgewalt sich sein Amt angemaßt hatte oder sich nicht an die Gesetze hielt.

In der deutschen Staatslehre wurde seit Ende des 18. Jh ein Widerstandsrecht überhaupt grundsätzlich abgelehnt.¹⁸ So konnte es für Kant kein Widerstandsrecht der Gesamtheit des Volkes oder des Einzelnen (außer der „Freiheit der Feder“) geben, keinesfalls außerhalb der Verfassung, noch auch aber letztlich in derselben, weil sich diese durch Einräumung eines Widerstandsrechts selbst „aufhebe“. Kant ging es einerseits um eine evolutionäre Entwicklung vom Machtstaat zum Rechtsstaat, andererseits um die Erhaltung rechtsstaatlicher Verhältnisse durch legale Einrichtungen, die ein Widerstandsrecht und damit allfällig verbundene Rebellionen überflüssig machen.¹⁹ Im Konstitutionalismus trat der Gedanke des Widerstandsrechts dann noch weiter zurück, richtete sich der geltende Rechtspositivismus doch nun „mit besonderer Schärfe“ gegen ein Widerstandsrecht.²⁰ Der Rechtsschutz erschien aufgrund der unabhängigen, bürgerlich-liberalen Justiz ohnedies garantiert. Das Recht auf aktiven Widerstand wurde also weitgehend ausgeschlossen bzw nur auf den Fall eines Umsturzes der bestehenden Verfassung durch den Monarchen reduziert. Diese Widerstandslehre wurde aus Anlass des Verfassungskonflikts in Hannover intensiv diskutiert,²¹ als dort der neue König 1837 die von seinem Vorgänger erlassene Verfassung aufhob, wogegen sieben Göttinger Professoren, die sogenannten „Göttinger Sieben“ mit Hinweis auf ihre Eidesbindung an die Verfassung protestierten.²² Verschiedene Fakultätsgutachten wurden nun eingeholt, wobei sich

16 Nagler, Funktion des Staates 36ff; Thiel, Locke (1990) 103f.

17 Heyland, Widerstandsrecht 56ff.

18 Ebd 61ff.

19 Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 370; auch Berke-mann, Studien über Kants Haltung zum Widerstandsrecht (1972).

20 Kriele, Recht und praktische Vernunft (1979) 111.

21 Köhler, Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtsrechtstheorie der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts (1972) 86ff.

22 Saage-Maaß, Die Göttinger Sieben – demokratische Vorkämpfer oder nationale Helden? (2007) 138f.

(nur) die Tübinger Rechtsfakultät explizit für ein Widerstandsrecht aussprach, allerdings zur Wahrung der durch einen Staatsstreich in Frage gestellten konstitutionellen Ordnung unter bestimmten Voraussetzungen, wie Offenkundigkeit der Rechtsverletzung, bei Gefährdung unwiederbringlicher Rechte, bloß als ultima ratio und in der mildesten Weise.²³ Ein anderes Fakultätsgutachten hingegen verneinte ein Widerstandsrecht mit dem Argument der fehlenden positivrechtlichen Verankerung.

Mit dem Durchbruch des Rechts- und Verfassungsstaates seit 1848 trat der Gedanke des Widerstandsrechts dann noch weiter zurück, ein gewaltsamer Widerstand erschien nicht mehr in die moderne Staatsordnung mit ihrem umfassenden Rechtsschutz passend, staatlich gesetztes Unrecht letztlich als undenkbar.²⁴ Die Staatsbürger waren daher zum umfassenden Gehorsam verpflichtet, Widerstand galt als Unrecht, wenn nicht sogar Verbrechen.²⁵

1.2. Das 20. Jahrhundert

Während des 1. Weltkrieges wurden verschiedene individuelle und soziale Widerstands- und Verweigerungsaktionen in der pazifistischen Bewegung diskutiert (und praktiziert), wie va Kriegsdienstverweigerung und Streik. Auf ein Widerstandsrecht berief sich schließlich 1917 auch Friedrich Adler in seinem Prozess wegen der Ermordung des cisleithanischen Ministerpräsidenten Karl Graf Stürgkh.²⁶

In der Zwischenkriegszeit war weiterhin weder in Deutschland noch in Österreich ein Widerstandsrecht anerkannt. Allerdings erfolgte in der Weimarer Republik vor der „Machtergreifung“ im Jänner 1933 auch kein nennenswerter aktiver Widerstand gegen den Nationalsozialismus, während es in Österreich im Februar 1934 in Form des sogenannten Schutzbundaufstandes zum gewaltsamen Widerstand gegen das austrofaschistische Regime kam. Ein – freilich „völkisch“ definiertes – Widerstandsrecht hatte übrigens Adolf Hitler in „Mein Kampf“ postuliert, könne es doch „Staatsautorität als Selbstzweck“ nicht geben, „da in diesem Fall jede Tyrannei auf dieser Welt unangreifbar und geheiligt wäre.“ Würde „ein Volkstum dem Untergang entgegengeführt“, dann sei die „Rebellion eines jeden Angehörigen eines solchen Volkes nicht nur Recht, sondern Pflicht“.²⁷

Infolge der Gräueltaten des Nationalsozialismus, gegen die vielfältige Formen des widerständischen Verhaltens gesetzt wurden (zB vom gewaltlosen Widerstand der Geschwister Scholl bis zum Attentat auf Hitler am 20. Juli 1944; von der Hilfe für Verfolgte bis zu symbolischen Gesten wie der Verweigerung des Hitlergrußes) kam es schließlich zu einer Neubelebung des naturrechtlich begründeten Widerstandsrechts im Nachkriegsdeutschland: Besondere Bedeutung erlangte nach Kriegsende die Radbruchsche Formel, nach der im Konflikt zwischen positivem Recht und Naturrecht grundsätzlich ersteres den Vorrang habe, es sei denn, dieses erreiche ein derart „unerträglich ungerechtes“ Maß, dass es der

23 Köhler, Widerstandsrecht 99.

24 Listl, Staatsnotstand und Widerstandsrecht, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 545.

25 Köhler, Widerstandsrecht 36f.

26 Reiter, Gustav Harpner (1864–1924) (2008) 247ff.

27 Zit n Kaufmann, Einleitung, in Kaufmann/ Backmann (Hg), Widerstandsrecht X.

Gerechtigkeit zu weichen habe.²⁸ Insbesondere entbrannte nun jedoch eine Debatte über die Legitimität des Widerstands gegen den Nationalsozialismus, für die sich besonders der hessische Generalstaatsanwalt Fritz Bauer einsetzte, der nicht nur gegen die Verunglimpfung der Widerstandskämpfer vom 20. Juli 1944 als „Landesverräter“ kämpfte, sondern auch für ein allgemeines Recht auf Widerstand bei Verbrechen des Staats, ja er postulierte sogar die Pflicht zum Widerstand gegen einen Unrechtstaat.²⁹

Eine Aufnahme eines Widerstandsrechts in die Verfassung der BRD wurde nach dem Ende der NS-Herrschaft aber zunächst abgelehnt.³⁰ Allerdings enthielten sowohl die Länderverfassungen von Hessen 1946, Bremen 1947 und Berlin 1948 sowie die Verfassung der DDR 1949 einschlägige Bestimmungen. Schließlich wurde 1968 ein zusätzlicher Absatz zu Art 20 des Bonner Grundgesetzes geschaffen, der als ultima ratio gegen den Verfassungsbruch ein Widerstandsrecht im Sinn einer „abwehrbereiten Demokratie“³¹ verankerte und – von seiner Entstehungsgeschichte her – va den politischen Streik als Ausfluss des Widerstandsrechts schützen sollte: „Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung“, also die freiheitlich demokratische Grundordnung, „zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist“, dh insbesondere die ordentlichen Gerichte oder das Bundesverfassungsgericht lahmgelegt sind.³² Die versuchte oder vollendete Beseitigung grundlegender Verfassungsprinzipien kann also ein Widerstandsrecht auslösen, wobei es sich dabei va um den Fall der Staatsnotwehr gegen einen Staatsstreich (von oben) oder um eine Revolte (von unten) handelt.³³ Geschützt ist die freiheitlich demokratische Grundordnung, zu der nach dem Ausschussbericht va die „Verfassungsgrundsätze der Demokratie, des Sozialstaates, einer bundesstaatlichen Gliederung, der Volkssouveränität und der Mitwirkung des Volkes an der politischen Willensbestimmung in Wahlen und Abstimmungen, der Gewaltenteilung und des Rechtsstaates“³⁴ gehören. Aus Anlass des Verbots der „Sozialistischen Reichspartei“ 1952 bestimmte das Bundesverfassungsgericht in diesem Sinne³⁵ die mit dem Widerstandsrecht geschützte Ordnung als eine solche, „die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verant-

28 Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 348ff.

29 Bauer, Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers, in ebd 482ff.

30 Fuglsang-Petersen, Das Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Auslegung des Artikels 2 Abs. 4 des Grundgesetzes (1969) 12f.

31 Ganseforth, Das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz im System des Verfassungsschutzes (1971) 37f.

32 Wertenbruch, Zur Rechtfertigung des Widerstandes, in Kaufmann/Backmann (Hg), Widerstandsrecht 464.

33 Beckmann, Gewährt Art. 20 Abs. 4 ein Widerstandsrecht unter Berufung auf Völkerrecht (1971) 12.

34 Zit n Beckmann, Art 20 9.

35 „SRP-Urteil“ 1952, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>; bestätigt durch das „KPD-Urteil“, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html> (5.9.2012).

wortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“ Schutzobjekte des Widerstandsrechts sind aber als völkerrechtliches *ius cogens* auch die allgemeinen Menschenrechte und das Verbot des Angriffskrieges.³⁶

Gegen die grundgesetzliche Ordnung selbst ist jedoch kein Widerstand zulässig. „Nur wer seinen Widerstand gegen eine Störung dieser Ordnung richtet, um sie selbst zu verteidigen oder wiederherzustellen, dürfte für diesen Widerstand selbst Legitimität in Anspruch nehmen“, so entschied der Bundesverfassungsgerichtshof im KPD-Verbotsverfahren 1968.³⁷ Widerstand gegen diese Rechtsordnung zur Herbeiführung einer anderen ist folglich durch Art 20 Abs 2 nicht legitimiert, also auch nicht Versuche, eine „bessere“ Demokratie durchzusetzen. Weiters ist ein Widerstand ausgeschlossen, solange noch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts möglich erscheint. Der Widerstandsfall ist erst dann gegeben, wenn die Lage nicht mehr mit Notstandsmaßnahmen, die ja noch einer staatlich geordneten Situation entsprechen, gemeistert werden kann.

Der zeitliche Anwendungsbereich des Widerstandsrechts nach dem Bonner Grundgesetz beschränkt sich daher auf Situationen, in denen „offenbar erkennbar ist, dass der Verfassungsbruch nach Erschöpfung des Rechtswegs nicht mehr reparabel wäre“ oder „gerichtliche Hilfe nicht oder nicht mehr erreichbar ist“.³⁸ Dies erscheint allerdings durchaus problematisch, denn die Grenzen zwischen Rechtsstaat und Unrechtsstaat sind durchaus fließend. Die vom Grundgesetz vorgegebene Situation ist jedoch „bereits so exponiert, daß die Zubilligung des Rechts aus Art 20 IV iS eines Verfassungsschutzrechts praktisch nur noch auf dem Papier steht: es erreicht den Einzelnen nicht mehr.“³⁹ Die Ausübung des Widerstandsrechts ist dann freilich nicht mehr die Ausübung eines Rechts innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes, sondern eine reine Gewissensentscheidung. Der Widerstandsfall wird daher „praktisch in die Nähe der Situation gerückt, in welcher sich der Widerstandskämpfer im Unrechtsstaat befindet: dieser weiß mit Sicherheit, daß sein Widerstand – bleibt er erfolglos – tödlich ist“.⁴⁰ Anders gesagt: Das Widerstandsrecht hat eigentlich „seinen Ort nicht im modernen Rechtsstaat, sondern im Unrechtsstaat.“ Der Rechtsstaat ermächtigt also zum Widerstand „für den Fall, in dem er selbst zur Ohnmacht verurteilt ist“.⁴¹

Ein *Widerstandsrecht* im modernen Rechtsstaat steht der/dem Staatsangehörigen also nur gegen Angriffe auf die verfassungsmäßige Ordnung zu deren Schutz zu, und zwar mit der Wirkung einer Rechtfertigungsnorm: Taten, die unter regulären Verhältnissen als Unrecht erscheinen, wie zB Mord und Hoch- bzw Landesverrat, sind folglich in diesem Ausnah-

36 Beckmann, Art. 20 99ff.

37 Zit n ebd 14.

38 Ebd 130.

39 Ebd 135.

40 Ebd 137.

41 Schneider, Widerstandsrecht 381.

mezustand gerechtfertigt. Fraglich bleibt hinsichtlich der Legitimität des Widerstands allerdings die Frage der Rechtzeitigkeit des Widerstands. Wie es Erich Kästner ausdrückte, hätte der Nationalsozialismus „spätestens 1928 bekämpft werden müssen. Man darf nicht warten, bis der Freiheitskampf Landesverrat genannt wird. Man darf nicht warten, bis aus dem Schneeball eine Lawine geworden ist. Man muß den rollenden Schneeball zertreten. Eine Lawine hält keiner mehr auf. Sie ruht erst, wenn sie alles unter sich begraben hat ... Drohende Diktaturen lassen sich nur bekämpfen, ehe sie die Macht übernommen haben. Es ist eine Angelegenheit des Terminkalenders, nicht des Heroismus ...“.⁴² Das Widerstandsrecht legitimiert also Angriffe auf die geltende verfassungsmäßige Ordnung nicht. Um jedoch den Anfängen zu wehren, Recht und Rechtsstaat immer wieder neu zu affirmieren, damit eine solche Ausnahmesituation, welche die Ausübung des Widerstandsrechts gerechtfertigt erscheinen ließe, gar nicht erst kommt, mag der Einsatz des zivilen Ungehorsams im Sinne einer ständigen Evolution des Rechtsstaats geboten sein.

2. Ziviler Ungehorsam

Während das Widerstandsrecht letztlich auf die Wiederherstellung des Rechtsstaats abzielt und nur diesem Zweck dienendes Verhalten als legitim erachtet, so stellt sich die Frage nach der Illegalität bzw. Illegitimität der zahlreichen Varianten des „Widerstehens“⁴³ im Rechtsstaat, die von Militärdienstverweigerung, Steuerverweigerung, Sitzstreiks, Blockaden öffentlicher und privater Einrichtungen, Menschenketten, Haus- oder Grundstücksbesetzungen (zB in Österreich Besetzung der Hainburger Au 1984) bis hin zu kriminellen Anschlägen reichen. Im Unterschied zu grundrechtlich abgedeckten und damit legalen politischen Protestaktivitäten wie Aufrufen und Demonstrationen, äußert sich der zivile Ungehorsam zwar ebenfalls systemimmanent, allerdings nicht im Rahmen der dafür vorgesehenen, tradierten Institutionen. Der/die Handelnde befindet sich damit im Spannungsfeld zwischen dem positiven staatlichen Recht und seinem/ihrer Gewissen, das nur unter bestimmten Bedingungen positivrechtliche Berücksichtigung findet (zB Kriegsdienstverweigerung/Zivildienst).

Der aus ethischen Gründen artikulierte Widerstand stützt sich theoretisch vor allem auf die amerikanische „civil disobedience“-Theorie, die maßgeblich von Henry David Thoreau geprägt wurde, der 1848 in einem Essay („Civil Disobedience“) erklärte, warum er als Protest gegen den Krieg gegen Mexiko und die Sklavenhaltung keine Steuern mehr bezahlte. Beispiel eines derartigen zivilen Ungehorsams waren auch zB die nach dem Fugitive Slave Act 1850 strafbare Hilfe für entflozene SklavenInnen und die Verweigerung der Zeugen Jehovas, vor der US-Flagge zu salutieren.⁴⁴ Den Begriff des zivi-

42 Zit n Kaufmann, Einleitung XIII–XIV.

43 Schmude, Moral, Menschenrechte, Widerstandsrecht und die politische Grundentscheidung der Gegenwart, in Meyer ua (Hg), Widerstandsrecht 76.

44 Dworkin, Ethik und Pragmatik des zivilen Ungehorsams, in Meyer/Miller/ Strasser (Hg), Widerstandsrecht in der Demokratie. Pro und Contra (1984) 24.

len Ungehorsams übernahm zunächst auch Mahatma Gandhi⁴⁵ für den von ihm in Südafrika praktizierten gewaltfreien Widerstand (später von ihm als „ziviler Widerstand“ bezeichnet). Die dann von Gandhi entwickelte Strategie des „Satyagraha“ hatte zum Ziel, „den falsch Handelnden zu bekehren, nicht zu bezwingen“,⁴⁶ und brachte den Sieg im indischen Unabhängigkeitskampf. Ein weiterer Fall erfolgreichen zivilen Ungehorsams ist die amerikanische Bürgerrechtsbewegung unter Martin Luther King,⁴⁷ in deren Zuge sich zB 1955 Rosa Parks festnehmen ließ, nachdem sie ihren Sitzplatz nicht für einen Weißen frei gemacht hatte, was wiederum den über ein Jahr dauernden „Montgomery Bus Boycott“ der schwarzen Bevölkerung zur Folge hatte. Auch zB die Anti-Vietnam-, die Anti-Atomkraft- und die Friedensbewegung sowie die Verhinderungsaktionen betreffend die Abschiebung von Asylwerbenden stellen zT Fälle zivilen Ungehorsams dar.⁴⁸ Für John Rawls, der die Diskussion über dieses Phänomen nachhaltig prägte, ist der bürgerliche Widerstand in einer „fast gerechten Gesellschaft“ eine „öffentliche und gewaltlose Handlung, die in Einklang mit dem Gewissen, aber im Widerspruch zum Gesetz steht und gewöhnlich mit der Absicht vollzogen wird, einen Wandel in den Maßnahmen oder Gesetzen der Regierung herbeizuführen“.⁴⁹ Ein derartiger ziviler Ungehorsam werde „in Situationen ausgeübt, wo man mit Festnahme und Bestrafung rechnet und sie ohne Widerstand hinnimmt. Auf diese Weise zeigt der bürgerliche Ungehorsam, dass er legale Verfahrensweisen respektiert. Der bürgerliche Ungehorsam bringt den Ungehorsam gegenüber dem Gesetz innerhalb der Grenzen der Rechtstreue zum Ausdruck, und dieses Merkmal trägt dazu bei, dass in den Augen der Mehrheit der Eindruck geweckt wird, es handle sich wirklich um eine Sache der Überzeugung und Aufrichtigkeit, die tatsächlich an ihren Gerechtigkeitssinn gerichtet ist.“⁵⁰ Für Jürgen Habermas stellt der zivile Ungehorsam überhaupt einen „Wesenszug einer reifen politischen Kultur“ dar, denn jede „rechtsstaatliche Demokratie, die ihrer selbst sicher ist, betrachtet den zivilen Ungehorsam als Bestandteil ihrer politischen Kultur“.⁵¹ Allerdings steht damit für Habermas der demokratische Rechtsstaat auch „vor einer paradoxen Aufgabe“, muss er doch „das Mißtrauen gegen ein in legalen Formen auftretendes Unrecht schützen und wachhalten, obwohl es eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen kann.“⁵² Der zivile Ungehorsam steht so „in der Schwebelage zwischen Legitimität und Legalität“.⁵³ Er kann daher wohl „niemals prinzipiell straffrei“, aber doch sehr wohl „moralisch ge-

45 *Schneider*, Das Widerstandsrecht in Staatsrecht und Staatstheorie der Gegenwart (1964) 130ff.

46 <http://www.mkgandhi.org/momgandhi/chap33.htm> (5.9.2012).

47 *Rhinow*, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? (1984) 17f.

48 *Nestler-Tremel*, Der Widerstand gegen die Abschiebung von Asylbewerbern, in *Saladin/Sitter* (Hg), Widerstand im Rechtsstaat (1988) 117ff.

49 Zit n *With*, Zum Stellenwert des zivilen Ungehorsams in der Bundesrepublik, in *Meyer ua*, Widerstandsrecht 91.

50 *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairness (1976) 171.

51 Zit n *Rhinow*, Widerstandsrecht 18.

52 *Habermas*, Ungehorsam mit Augenmaß, in *Die Zeit*, 24. 9. 1983.

53 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam. Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in *Glötz* (Hg), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983) 51.

rechtfertigt und politisch akzeptabel“ sein.⁵⁴ Ziviler Ungehorsam ist jedenfalls idR nicht als solcher ein Straftatbestand, vielmehr wird die einzelne konkrete Rechtsverletzung vom Kriminal- bzw Verwaltungsstrafrecht sanktioniert, die Palette reicht dabei in Österreich von zB Widerstand gegen die Staatsgewalt, Nötigung, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung, Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze bis zu ungestümen Benehmen und dgl. Die im zivilen Ungehorsam zum Ausdruck kommende Motivation kann allerdings bei der Strafbemessung oder bei der Einstellung eines Strafverfahrens berücksichtigt werden. Zu den strafrechtlichen Konsequenzen können freilich auch zivilrechtliche Verfahren treten, zB aufgrund von Besitzstörungs- oder Schadenersatzklagen.

„Wenn Recht zu Unrecht wird, wird Widerstand zur Pflicht“. Dieser, Bertold Brecht zugeschriebene Aphorismus, birgt viele offenen Fragen des klassischen Widerstandsrechts: Was ist „Widerstand“, wann wird die Grenze zwischen Recht und Unrecht überschritten, sodass gewaltsamer Widerstand zulässig ist, wem kommt es zu, das Urteil darüber zu treffen, gibt es anerkannte Kriterien für den „gerechten“ oder „ungerechten“ Widerstand oder entscheidet nur der Ausgang, ob eine legitime Ausübung des Widerstandsrechts oder ein rechtswidriger Aufstand vorlag? Außerhalb dieses klassischen Widerstandsrechts stellt sich aber auch die Frage nach der Rechtfertigung des zweiten Wideretzlichkeitsphänomens, des zivilen Ungehorsams, va im Zusammenhang mit möglichen Grenzen des Mehrheitsprinzips (zB Minderheiten) und angesichts von evidenten Demokratiedefiziten (zB Mängel im Bereich der öffentlichen Kontrolle staatlicher Organe, Korruption, Wahlbetrug).⁵⁵

Bleibt schließlich die Frage der Sinnhaftigkeit einer Kodifikation des Rechts auf Wideretzlichkeit im Rechtsstaat. Dies betrifft va eine mögliche Strafflosigkeit zivilen Ungehorsams, was freilich nur eine (grundrechtlich verankerte?⁵⁶) Ausnahmeregelung unter eng gezogenen Grenzen (zB Gewaltlosigkeit, Demokratiekonformität, Verhältnismäßigkeit) darstellen könnte, soll nicht der Grundsatz der Herstellung und Aufrechterhaltung staatlicher Ordnung preisgegeben werden. Eine Gefährdung der parlamentarischen Demokratie durch Aktionen zivilen Ungehorsams, wie von (idR konservativen) GegnerInnen perhorresziert,⁵⁷ wäre dadurch jedenfalls wohl nicht zu befürchten. Vielmehr könnte möglicherweise durch eine Positivierung des zivilen Ungehorsams in nationalem Recht diesem zu einer Akzeptanz wie in seinem Herkunftsland verholfen werden, wo er „stets der kleine Bruder der Demokratie“ gewesen ist.⁵⁸

Ilse Reiter-Zatloukal ist ao. Prof^{fm}. am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

54 Meyer, Mehrheitsregel, ziviler Ungehorsam und neue politische Kultur, in *ders* (Hg), Widerstandsrecht 137.

55 Dobler, Recht auf demokratischen Ungehorsam (1995), 162ff.

56 Kälin, Ziviler Ungehorsam und Grundrechte, in ebd 244ff.

57 Ebert, Die Auswirkungen von Aktionen zivilen Ungehorsams in parlamentarischen Demokratien, in *Saladin/Sitter* (Hg), Widerstand 73ff; Kälin, Ungehorsam 233.

58 Preuß, Grundrechte und Verfahrensautonomie angesichts neuer Herausforderungen, in *Meyer ua* (Hg), Widerstandsrecht 58.

Verfasstes Widerstandsrecht und der Substanzverlust der Demokratie

Andreas Fisahn

1. Das Widerstandsrecht in der deutschen Verfassung

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland enthält in Art 20 IV ein positiv normiertes Widerstandsrecht. Nach dieser Vorschrift haben alle Deutschen „gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, ... das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.“ Diese Vorschrift wurde erst im Kontext der sogenannten Notstandsverfassung¹ im Jahre 1968, die von der „Studentenbewegung“ in den übrigen Teilen angegriffen wurde, weil sie über die Aussetzung von Grund- und Parlamentsrechten den Übergang in die Diktatur ermögliche, in das GG aufgenommen. Das Widerstandsrecht des Art 20 IV GG wurde im Bundestag ohne große Diskussion verabschiedet und erscheint so als Besänftigungsstrategie gegenüber den Kritikerinnen² der Notstandsverfassung, denen signalisiert werden sollte, dass ein Übergang in eine Diktatur nicht gewollt sei und zum Widerstand berechtige.

Die Staatsrechtslehre beeilte sich folglich, die Bedeutung des positivierten Widerstandsrechts herunter zu spielen: Der verfassungspolitische Wert liege in seiner „Symbolfunktion“; symbolisiert werde „das Gegenbild der Revolution“; es sei ein „konservatives auf Bewahrung gerichtetes Recht“, das als „ultima ratio“ angewendet werden könne; es ergänze die „wehrhafte Demokratie“ und beziehe sich auf die „freiheitlich demokratische Grundordnung“ (FDGO)³, nicht etwa auf die in Art 20 I-III GG normierten Staatsstrukturprinzipien Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat.⁴ Die Unterscheidung läuft

1 Die Notstandsgesetze wurden von der großen Koalition im Mai 1968 verabschiedet. Sie waren von den Alliierten gefordert worden, damit die BRD weitergehende Souveränitätsrechte erhalten konnte. Mit den Notstandsgesetzen wurde die Möglichkeit geschaffen, die Bundeswehr im Inneren einzusetzen, um eine Gefahr für die FDGO („freiheitlich demokratische Grundordnung“) abzuwenden. Zu diesem Zweck dürfen auch unterschiedliche Grundrechte wie etwa das Recht auf Freizügigkeit eingeschränkt werden.

2 Männer haben sicher kein Problem, auch bei der weiblichen Form mitgemeint zu sein.

3 Die „wehrhafte Demokratie“ diene in den 1970er Jahren ua dazu, den Radikalerlass zu rechtfertigen, auf dessen Grundlage vor allem Mitglieder der DKP aus dem öffentlichen Dienst entfernt wurden. Die Freiheit des Grundgesetzes gelte nicht für seine Feinde, lautete das Argument. Lokführer wurden etwa entlassen mit dem Argument, eine funktionierende Bahn sei kriegswichtig – privatisiert wurde erst später. Mit der wehrhaften Demokratie sollte die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ geschützt werden, von den Kritikern als FDGO verspottet, weil die Definition ihres Inhalts nun dem Verfassungsschutz offen stand.

4 Für viele und mwN: Gröschner, Art. 20 IV Widerstandsrecht, in Dreier, GG-Kommentar Bd II, Rn 7 ff – schön ist die Begründung für die FDGO als Bezugspunkt. Auslegungskriterium sei nicht die „Sprach-, sondern die Sachgram-

darauf hinaus, das Sozialstaatsprinzip aus den Gründen für ein Widerstandsrecht auszunehmen.⁵

Der Versuch, das Widerstandsrecht klein zu schreiben, ist der Reflex, der schon die Debatten im parlamentarischen Rat vor Verabschiedung des GG 1949 prägte und dort die Positivierung eines Widerstandsrechts zunächst verhinderte, weil es als Aufruf zum Bürgerkrieg misszuverstehen sei.⁶ Das ist der Reflex, der auch die Volksgesetzgebung im Grundgesetz verhinderte, nämlich die Furcht vor dem Volk, die sich aus unterschiedlichen Quellen speiste: auf Seiten der progressiven Kräfte aus der Erfahrung, dass das faschistische Regime auf Massenunterstützung setzen konnte, und aus der alten konservativen Angst vor den revolutionären Umtrieben des Volkes.

Dabei hat ein positives Widerstandsrecht große Vorbilder. In der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 wird erklärt, dass die Verletzung der unveräußerlichen Menschenrechte auf Freiheit, Eigentum und Glück ein Recht begründe, „to reform, alter or abolish ... any government (that) shall be found inadequate or contrary to these purposes.“ Der Gedanke wurde in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung vom Juli 1776 wiederholt und findet sich erweitert um eine Widerstandspflicht in der französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789. Dort heißt es in Art 35: „Wenn die Regierung die Rechte des Volkes verletzt, ist für das Volk und jeden Teil des Volkes der Aufstand das heiligste seiner Rechte und die unerlässlichste seiner Pflichten.“ Die Menschenrechtserklärung kennt also neben der Widerstandspflicht ein Recht zum Aufstand.

Die geltende hessische Verfassung normiert in Art 147 immerhin: „Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermanns Recht und Pflicht.“ Auch hier gibt es eine Widerstandspflicht, die deutlich unter der Stufe der Beseitigung der demokratischen, recht- und sozialstaatlichen Ordnung beginnt. Die Kombination von Widerstandsrecht und -pflicht kennt auch die Landesverfassung in Bremen⁷. Dort heißt es in Art 19: „Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht.“

matik“ (aaO, Rn11). Dieser hübsche Neologismus wird aber nicht erklärt, genauso wenig wie die Frage, warum denn die Sach- der Sprachgrammatik vorzuziehen sei, was erklärungsbedürftig wäre, lernt man doch schon im ersten Semester, dass zunächst nach dem Wortlaut auszulegen ist. Das Widerstandsrecht wird so auf den Kampfbegriff und die Verfassungsinterpretation des bundesdeutschen Verfassungsschutzes zurecht gestutzt, der wie im Nachmärz die Ordnung gegen demokratische und sozialistische Umtriebe glaubt, verteidigen zu müssen, und dabei faschistische Terrorgruppen auch schon mal an der „langen Leine“ lässt.

5 Das BVerfG definierte die FDGO über das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip einschließlich der Grundrechte (BVerfGE 2, 1/12 f). Was dann fehlt ist das Sozialstaatsprinzip und – bisher weniger relevant – das Bundesstaatsprinzip. Ein Argument, warum diese in Art 20 GG genannten Prinzipien nicht gleichwertig neben Demokratie und Rechtsstaat stehen, ist – jedenfalls mit Blick auf das Widerstandsrecht – nicht ersichtlich.

6 Verhandlungen des Hauptausschusses des Parl Rates 1948/49, 590; Böckenförde, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, 169.

7 Die Landesverfassungen wurden – außer selbstverständlich in den östlichen Bundesländern – vor dem Grundgesetz verabschiedet und spiegeln noch stärker als die deutsche Verfassung den Bruch mit dem Faschismus und die Erkenntnis wieder, dass das NS-Regime eine Herrschaftsform des Kapitalismus ist.

Sowohl die Revolutionsverfassung von 1789 wie die hessische und bremische Landesverfassung knüpfen das Widerstandsrecht an die Verletzung der Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt. Es setzt nicht erst ein, wenn durch Staatsstreich oder sonstige Verfassungsänderungen ein diktatorisches oder autoritäres Regime eingeführt wird. Das heißt, sie anerkennen ein Widerstandsrecht gegen Unrecht auch in einer demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassung.

2. Widerstand und Ziviler Ungehorsam

Die Diskussion um Widerstand gegen einzelne Entscheidungen eines gewählten Parlaments hat die Diskussion insbesondere der 1980er Jahre in Deutschland geprägt. Im Blick hatte man bei dieser Diskussion den Protest durch Aktionen zivilen Ungehorsams, der sich gegen die Stationierung von Pershing II⁸ Raketen und den Bau von Atomkraftwerken richtete. Insbesondere in der Friedensbewegung waren „gewaltfreie Sitzblockaden“ eine gängige Form des „zivilen Ungehorsams“, durch den zB der Raketenstützpunkt Mutlangen zu einiger Berühmtheit kam. Dabei wurde von einem großen Teil der Protestbewegung nicht in Frage gestellt, dass es sich um demokratisch zustande gekommene Entscheidungen handelt. Bezweifelt wurde die Legitimität der Entscheidung zu stationieren bei gleichzeitiger Akzeptanz einer im Großen und Ganzen funktionierenden rechtsstaatlichen Demokratie. Der Widerstand gegen den Bau von Atomkraftwerken nahm dagegen zT erheblich militantere Züge an. In Brokdorf kam es zu gravierenden Zusammenstößen zwischen Polizei und einem Teil der Demonstrantinnen, die dazu aufgerufen hatten, das Baugelände zu stürmen und dazu entsprechendes „Werkzeug“ mitzubringen.

„Ziviler Ungehorsam“ wurde in der mit diesen Auseinandersetzungen verbundenen Diskussion über verschiedene Elemente definiert. Es handele sich um eine bewusste Regelverletzung als Mittel zum Zweck eines öffentlich bekundeten und ethisch-normativ begründeten Protestes, der gewaltfrei im Sinne des Verzichts auf Körperverletzung agiert.⁹ Um die Frage, ob die Gewaltfreiheit auch „Gewalt gegen Sachen“, also Sachbeschädigungen, ausschliesse, wurde innerhalb der dem zivilen Ungehorsam verpflichteten Protestbewegung intensiv diskutiert. Juristisch wurde gestritten um die Frage, ob die Protestierende die rechtliche Folge ihrer Regelverletzung, also eventuelle strafrechtliche

8 Pershing II ist eine Mittelstreckenrakete, welche die Nato, in der BRD die Regierungen Helmut Schmidt und Kohl, stationierten, während die UdSSR SS 20 Mittelstreckenraketen ua in der DDR aufstellte. Offiziell wurde von Nachrüstung gesprochen; die Pershing wurde als Antwort auf die SS 20 deklariert. Gegen die Stationierung von Atomraketen in der BRD entstand mit der Friedensbewegung eine breite Protestbewegung, die auf die neue Gefahr, die durch eine geringe Vorwarnzeit bei atomaren Mittelstreckenraketen im Vergleich zu Interkontinentalraketen entstand, hinwies und befürchtete, es könne zwischen Nato und Warschauer Pakt zu einem Atomkrieg aus Versehen kommen.

9 *Schüler-Springorum*, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in *Glötz*, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983) 76/ 79.

Sanktionen, in Kauf nehmen und einkalkulieren müsse oder ob der zivile Ungehorsam in der Weise zum Rechtsstaat gehört, dass er auch rechtlich gerechtfertigt ist, also sanktionslos bleibt.

Die Stimmungslage in dieser Auseinandersetzung auf Seiten von *law and order* beschreibt Jürgen Habermas folgendermaßen: „Wer in diesen Tagen auf den Tenor der Presseverlautbarungen von Regierungen und Parteien, der Fernsehdiskussionen und Leitartikel lauscht und die herrschende Meinung der Juristen zu Rate zieht, wird sich über die ‚Gesetz ist Gesetz‘-Mentalität nicht täuschen können. Das Dogma der staatstragenden Kräfte steht auf festen Beinen: Wer unter Berufung auf Gewissen Gesetze bricht, nimmt sich Rechte heraus, die unsere demokratische Rechtsordnung um der Sicherheit und der Freiheit aller Bürger willen niemandem einräumen kann. ... Demonstrationen sollten aus polizeilichen Gründen am besten im Saale stattfinden. Jedenfalls nicht abweichen vom Normalbild des geordneten Umzugs erwachsener und reinlich gekleideter Bürger mit abschließender Ansprache vor dem Rathaus.“¹⁰

Einem Vorschlag von John Rawls folgend¹¹ setzten sich Habermas¹² und Ralf Dreier dafür ein, den zivilen Ungehorsam unter bestimmten Voraussetzungen für gerechtfertigt und damit für sanktionslos zu erklären. Für den zivilen Ungehorsam hat Dreier folgende Bedingungen für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung vorgeschlagen. „Wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, handelt grundsätzlich gerechtfertigt, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist.“¹³ Unter diesen Bedingungen – die auf Sitzblockaden abzielen – sei der Regelverstoß verfassungsrechtlich als legitime Wahrnehmung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit oder Versammlungsfreiheit zu werten, eine strafrechtliche Sanktionierung würde demgegenüber in dem speziellen Fall eine Verletzung dieser Grundrechte bedeuten.

Wenn auch nicht in dieser abstrakten Form der Rechtfertigung von zivilem Ungehorsam hat das BVerfG durch zwei Entscheidungen die Würze aus der Diskussion genommen. Zunächst erklärte es den verstörten Strafrichtern, dass es sich bei Sitzblockaden keineswegs um Nötigung handele.¹⁴ Es sei selbstverständlich, dass bei der Bewertung der (nach § 240 StGB geforderten) Verwerflichkeit des psychischen Zwangs das Fernziel, also die ethisch moralischen Beweggründe des Blockierers, zu berücksichtigen und in eine verfassungskonforme Auslegung der Strafnorm im Lichte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit einzubeziehen sind. Eine Bestrafung scheidet dann aus. Damit wurde

10 Habermas, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in *Glutz*, aaO., 29/ 29 f, 35.

11 Rawls, Theorie der Gerechtigkeit (1983) 401.

12 Habermas, aaO.

13 Dreier, Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in *Glutz*, aaO., 54/ 60.

14 BVerfGE 73, 206/ 231 ff.

die Auffassung bestätigt, dass ziviler Ungehorsam unter gewissen Bedingungen sanktionslos bleiben muss.

Im Falle der Demonstrationsfreiheit hat das Gericht 1985 in der grundlegenden Entscheidung zum Versammlungsverbot in Brokdorf festgestellt, dass eine Demonstration nicht deshalb verboten werden könne, weil sich abzeichne, dass einige diese nutzen wollen, um Gewalt auch gegen Personen anzuwenden. Die Gewalt sei zu unterbinden, damit die friedlichen Demonstranten ihre Meinung im Rahmen des demokratischen Prozesses artikulieren könnten, nicht zu unterbinden sei aber der friedliche Protest.¹⁵ Mit dem letzteren Urteil wurde der Kriminalisierung des breiten Protestes gegen den Ausbau der Atomkraft ein Ende gesetzt. Auch wenn aus der Diskussion um zivilen Ungehorsam mit diesen Urteilen die Schärfe genommen wurde, sind die Aussagen keineswegs unumkämpft. Gegenwärtig ist eher ein *roll back* zu beobachten mit dem Versuch, Demonstrationen zu untersagen und Blockiererinnen strafrechtlich ohne Rücksicht auf das Verfassungsrecht zu belangen.

Mit Blick auf das Widerstandsrecht in Art 20 IV GG lässt sich feststellen, dass Blockaden als Form des zivilen Ungehorsams nicht gemeint sind, weshalb es im Zusammenhang der Bewegungen in den 1980ern auch nicht ernsthaft diskutiert wurde. Anders gesagt: Im Falle der Auseinandersetzung um die Pershings und Atomkraftwerke lag kein Widerstand gegen jemanden vor, der es unternommen hatte, die „Ordnung“ des Art 20 GG zu beseitigen. Es handelte sich nicht um die Inanspruchnahme eines Widerstandsrechtes nach Art 20 IV GG.

3. Voraussetzungen des Widerstands

Dennoch sind aus dieser Abgrenzung wichtige Schlussfolgerungen zu ziehen. Erstens bezieht sich das Widerstandsrecht nach Art 20 IV GG nicht auf einzelne – in den Augen des Protestes – illegitime Entscheidungen, sondern reagiert darauf, dass ein zentrales Prinzip des Art 20 GG in Frage gestellt wird. Zweitens enthält das Widerstandsrecht nach Art 20 IV GG im Unterschied zum zivilen Ungehorsam keinen prinzipiellen Gewaltverzicht. Das macht eine kurze Besinnung auf den Widerstand gegen das NS-Regime unzweifelhaft deutlich. Selbstverständlich ist für uns Spätere Staufenbergs Versuch, Hitler durch eine Bombe zu töten, moralisch und rechtlich gerechtfertigt. Er war kein Terrorist, sondern Freiheitskämpfer. Art 20 IV GG enthält dann, wenn man ihn nicht individualistisch liest, sondern ihm – wie anderen Grundrechten auch – eine kollektive Dimension zuerkennt, wie die Erklärung der Menschenrechte von 1789 ein Recht zum Aufstand. Drittens ist festzustellen, dass eine Berufung auf das Widerstandsrecht mit hohen Risiken behaftet ist.

¹⁵ BVerfGE 69, 315/ 346 ff.

Die Positivierung des Widerstandsrechts erscheint als paradox, weil ein Regime, das die Ordnung des Art 20 GG beseitigt hat, das Recht auf Widerstand wohl nicht anerkennen würde. Seine Positivierung hat aber immerhin die Funktion, es einem Richter zu ermöglichen, „der später über den Sachverhalt zu urteilen hat, die fragliche Handlung positivrechtlich, dh ohne Rückgriff auf überpositives Recht, zu rechtfertigen. Dabei trägt der Bürger allerdings das Risiko zweier Bedingungen: erstens, dass die grundgesetzliche Ordnung bestehen bleibt, und zweitens, dass er einen Richter findet, der die Voraussetzungen des Art 20 IV GG als gegeben ansieht.“¹⁶

Es stellt sich die Frage, wann denn ein Unternehmen vorliegt, die Ordnung des Art 20 GG zu beseitigen. Die Kommentierungen schreiben mehr oder weniger auf einer Linie: „Ein Unternehmen des Beseitigens liegt vor, wenn ein Schutzgut des Art 20 IV GG durch aktiv kämpferisches, aggressives Handeln konkret gefährdet ist.“¹⁷ Diese Formulierung stammt aus dem KPD-Urteil des BVerfG aus dem Jahre 1956 und begründete das Verbot der Partei.

Mal dumm gefragt: Lässt sich die Ordnung des GG nicht auch sanftmütig, mit bürokratischer Ruhe und schleichend beseitigen? Ist die Frage gestellt, erscheint sie sofort als rhetorische. Sie legt offen, dass diese Interpretation des Widerstandsrechts ausschließlich eine putschartige Machtübernahme im Blick hat. Sie passt zum Kapp-Putsch aus dem Jahre 1920, der durch einen politischen Generalstreik beendet wurde, und möglicherweise zum anschließenden Ruhraufstand der KPD. Nur: Geschichte wiederholt sich nicht. Eine Beseitigung der Ordnung muss nicht durch Machtergreifung eines diktatorischen Regimes stattfinden – sie wird im Zweifel heute nicht mehr diese Form annehmen. Ein Recht zum Aufstand gibt es folglich auch, wenn die Prinzipien des Art 20 GG unterminiert, sinnentleert¹⁸ oder in schleichender Praxis missachtet werden, so dass am Ende nur noch die formale Hülle einer Demokratie oder des Rechtsstaates übrig bleibt.

Ist es dann ausreichend, um ein Recht zum Aufstand zu begründen, wenn die Exekutive dazu übergeht, mit Blick auf die Rechtsbefolgung Kosten-Nutzen Kalküle anzustellen? Konkret: wenn es billiger erscheint, negative Urteile zu kassieren als auf die Einkesselung von Demonstrationen zu verzichten? Gibt es ein Widerstandsrecht, wenn in bayrischen Klassenzimmern weiter Kruzifixe hängen, auch wenn das BVerfG eindeutig geurteilt hat, damit werde die negative Religionsfreiheit beeinträchtigt? Gibt es ein Widerstandsrecht, weil die BRD in Kauf nimmt, dass Flüchtlinge auf dem Mittelmeer verrecken, ua weil Bootsführerinnen mindestens mit Ärger zu rechnen haben, wenn sie ihnen helfen? Oder gibt es ein Widerstandsrecht, wenn sich die BRD – wie in Jugoslawien – an einem Angriffskrieg beteiligt, oder die Bundeswehr zur Demonstrationsbekämpfung

16 Dreier, Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in *Glutz*, aaO, 54/56 f.

17 Gröschner, Art. 20 IV Widerstandsrecht, in *Dreier*, GG-Kommentar Bd II, Rn 12.

18 Vgl BVerfGE 89, 155 /172.

eingesetzt wird – wie in Heiligendamm? In letzteren Fällen ist auch die „ultima ratio“-Bedingung des Art 20 IV GG erfüllt: Mangels Verletzung subjektiver Rechte ist „andere Abhilfe“ insbesondere über die Gerichte nicht möglich.

Durch einzelne Rechtsverstöße der öffentlichen Gewalt – auch wenn diese absichtsvoll geschehen – ist die Ordnung sicher nicht beseitigt. Das lässt sich aus Art 19 IV GG schließen, der den Rechtsweg garantiert, wenn der Einzelne in seinen Rechten verletzt ist. Die Vorschrift geht also gerade davon aus, dass individuelle Rechte durch die öffentliche Gewalt verletzt werden und garantiert die Möglichkeit der Abhilfe. Um die Grenze für das Widerstandsrecht zu ziehen und damit auch die Gründe für sein Aufleben zu verstehen, scheint es angebracht, umgekehrt zu Fragen, nämlich nach dem normativen Grund der Rechtsgeltung, also: wann besteht eine Pflicht, das Gesetz zu befolgen oder die mit dem Gesetz verbundene Gewalt (des Staates) zu akzeptieren?

4. Geltungsgrund des Rechts und Widerstand

Die Philosophiegeschichte ist mit Blick auf das Widerstandsrecht gespalten. Thomas von Aquin lehnt es ebenso ab wie Luther, während es Thomas Müntzer so einfordert wie die Monarchomachen den Königsmord rechtfertigen. Locke akzeptiert es ebenso wie Rousseau bedingt. Kant lehnt es ebenso wie Hegel ab, während Marx und Bakunin es „natürlich“ akzeptieren. Der „autoritäre Legalismus“ der Bundesrepublik wurzelt in der preußischen Pflichtenethik, die es ablehnt, die staatliche Gewalt in Frage zu stellen. Kant schreibt: „Der Ursprung der obersten Gewalt ist für das Volk, das unter derselben steht, in praktischer Absicht unerforschlich: d. i. der Untertan soll nicht über diesen Ursprung, als ein noch in Ansehung des ihr schuldigen Gehorsams zu bezweifelndes Recht (*jus controversum*) werktätig vernünfteln. ... Hieraus folgt nun der Satz: der Herrscher im Staat hat gegen den Untertan lauter Rechte und keine (Zwangs-)Pflichten. – Ferner, wenn das Organ des Herrschers, der Regent, auch den Gesetzen zuwider verführe, z.B. mit Auflagen, Rekrutierungen u. dergl., wider das Gesetz der Gleichheit in Verteilung der Staatslasten, so darf der Untertan dieser Ungerechtigkeit zwar Beschwerden (*gravamina*), aber keinen Widerstand entgegensetzen.“¹⁹ Das ist trotz der obrigkeitlichen Sprache zweideutig, weil offen bleibt, wer denn der Regent ist. An anderer Stelle scheint es das Parlament als gesetzgebende Körperschaft zu sein, wenn Kant schreibt: „Das Volk, das durch seine Deputierte (im Parlament) repräsentiert wird, hat an diesen Gewährsmännern seiner Freiheit. ... Wider das gesetzgebende Oberhaupt des Staats gibt es also keinen rechtmäßigen Widerstand des Volks; denn nur durch Unterwerfung unter seinen allgemein-gesetzgebenden Willen ist ein rechtlicher Zustand möglich.“²⁰ Damit spricht er das zentrale Problem an: Wenn demokratische Selbstgesetzgebung

¹⁹ Kant, *Metaphysik der Sitten* (Md) A, 437 f.

²⁰ Kant; aaO., A, 439.

über das Parlament erfolgt, ist Widerstand gegen das Gesetz auch Widerstand gegen sich selbst – dann wäre er wahrlich unsinnig.

Aber Kant schreckt vor der Konsequenz zurück, das Volk zum Souverän zu erklären. An anderer Stelle ist der Souverän keineswegs das Volk, sondern – auch das bleibt zweideutig – der Monarch als Verkörperung des souveränen Staates oder das Parlament, denn: „Eine Veränderung der (fehlerhaften) Staatsverfassung, die wohl bisweilen nötig sein mag – kann also nur vom Souverän selbst durch Reform, aber nicht vom Volk, mithin durch Revolution verrichtet werden, und, wenn sie geschieht, so kann sie nur die ausübende Gewalt, nicht die gesetzgebende treffen.“²¹

Kants Problem ist, dass er zwar eine demokratische Gesetzgebung fordert, den Souverän oder Regenten dieser aber nicht unterwerfen will und schon gar keine Revolution in Kauf nehmen will. So schwankt er beim normativen Geltungsgrund der Gesetze hin und her zwischen der metaphysischen Verehrung des Gesetzes, das an sich unantastbar und heilig ist, und dessen demokratischer Begründung. Fichte ist da wesentlich klarer, wenn er schreibt: „Woher entsteht die Verbindlichkeit der bürgerlichen Gesetze? Ich antworte: aus der freiwilligen Übernahme derselben durch das Individuum: und das Recht, kein Gesetz anzuerkennen als dasjenige, welches man sich selbst gegeben hat, ist der Grund jener souveraineté indivisible inaliénable des Rousseau.“²² Die mit dem Gesetz verbundene Gewalt gründet in der Reflexivität des demokratischen Verfahrens. Das Gesetz kann normativ nur Geltung und damit Befolgungsbereitschaft beanspruchen, wenn es einem rekursiven, demokratischen Verfahren entsprungen ist.

Der demokratische Prozess, die „staatliche Willensbildung“ über ein demokratisches Verfahren, rechtfertigt die Geltung des Gesetzes und damit umgekehrt die mit dem Gesetz verbundene Gewalt, d.h. letztlich das Gewaltmonopol des Staates. Entfällt das demokratische Verfahren, entfällt auch die Bindung an das Gesetz und der Staat kann nicht legitimerweise das Gewaltmonopol beanspruchen.²³ Das heißt umgekehrt: es gibt ein Recht zum Widerstand.

5. Widerstand und die Substanz der Demokratie

Gibt es auch ein Widerstandsrecht in einer funktionierenden Demokratie? Das Grundgesetz verweist auf die Prinzipien des Art 20, nimmt also offenbar auch ein Widerstandsrecht an, wenn auf demokratischem Wege der Sozialstaat geschleift wird oder die Menschenrechte durch den Gesetzgeber missachtet werden. Rechtsstaat und Sozialstaat setzen der demokratischen Gesetzgebung also Schranken, was sicher rechtfertigungsbedürftig ist. Ein wichtiges Argument für diese Beschränkung ist die Möglichkeit einer

21 *Kant*, aaO., A 441.

22 *Fichte*, Französische Revolution, 81.

23 Vgl ausführlich: *Fisahn*, Legitimation des Gewaltmonopols, *KritV* 2011, 3 ff.

Diktatur der Mehrheit, die auch ein Widerstandsrecht gegen demokratisch zustande gekommene Gesetze rechtfertigt. Man denke etwa an die Diskriminierung der Afroamerikaner und „First Nation“ in den USA, die bis weit in die 1960er Jahre auch gesetzlich gedeckt und nicht „nur“ ein zivilgesellschaftliches Phänomen einer chauvinistischen, weißen Mehrheit war. Aus der Perspektive des Grundgesetzes wäre in diesem Fall ein Widerstand auch gegen demokratisch beschlossene Gesetze gerechtfertigt, da ein wesentliches Element der Ordnung des Art 20 IV GG, die Gleichheit als Aspekt des formellen²⁴ und materiellen²⁵ Rechtsstaates betroffen wäre.

In der Gegenwart liegt das Problem allerdings in der demokratischen Substanz der gesellschaftlichen Realität. In der Diagnose besteht eine vergleichsweise große Übereinstimmung, die hier nur gleichsam in Überschriften wiedergegeben werden kann. Konstatiert werden ein Substanzverlust der Demokratie und ein Verlust des Primats der Politik gegenüber „der Wirtschaft“ oder „den Märkten“, die aus der Hegelschen Zivilgesellschaft zu einem eigenständigen Subjekt neben dieser und dem Staat aufgerückt sind. Folgen politische Entscheidungen oder „die Politik“ externen Imperativen, werden demokratische Prozesse folgerichtig ihres Inhalts beraubt. Die Heteronomie politischer Entscheidungen führt zu einer Krise der Repräsentation, die vornehmlich in Stimmenthaltungen und Entpolitisierung, sekundär in deutlichen Abweichungen des Mehrheitswillens der Repräsentierten von den Entscheidungen der Repräsentanten sichtbar wird. Der asymmetrische Klassenkompromiss der fordistischen Ära, der im korporatistischen Arrangement immerhin soziale Integration über eine plurale Repräsentation – wenn auch eine ungleiche – der relevanten gesellschaftlichen Gruppen beinhaltete, wird im neoliberalen Modell aufgelöst zugunsten eines Pluralismus der Oligarchien, bei dem die Repräsentativorgane bestehen bleiben, tatsächliche Entscheidungen aber oftmals neben den konstitutionell festgelegten Institutionen getroffen werden, indem sie auch formal übertragen werden auf oligarchische Gremien, die durch eine Überrepräsentanz der sozial mächtigen Gruppen zu kennzeichnen sind. Das reicht von Expertenkommissionen bis zu privaten Rechtsetzungen – der informale Rechtsstaat wird formalisiert.²⁶ Die Legitimation erfolgt weiter legal durch staatliche, gewählte Repräsentationsorgane, aber faktisch werden Entscheidungen ausgelagert. Sozial ohnmächtige Gruppen werden allenfalls als Feigenblatt integriert. Gleichzeitig werden die formalen Entscheidungsorgane gegenüber subalternen Einflussnahme abgeschottet und der öffentlichen Debatte entzogen. Das geschieht insbesondere über die Entscheidungsverlagerung auf die EU und andere supranationale Organe. Symbolisch sichtbar wird es, wenn das Volk, der freche Lämmel, in einem Mitgliedsstaat nicht so will, wie die Herrschenden in der EU geplant – dann wird noch mal abgestimmt: Volksabstimmungen über die Verträge wur-

24 Unter formellem Rechtsstaat verstehe ich die bestimmte Allgemeinheit des Gesetzes.

25 Der materielle Rechtsstaat wird durch die Grundrechte konstituiert.

26 *Fisahn/ Viotto*, Formalisierung des informalen Rechtsstaats, KJ 2006, 12 ff.

den in Dänemark und Irland wiederholt; kürzlich ließ man in Griechenland nochmal wählen, um den Sieg der EU Austeritätspolitik feiern zu können. Die demokratische Abschottung wird ergänzt durch die Schaffung von „Sachzwängen“ über die Wettbewerbsordnung des Binnenmarktes, der strukturell auf Standortkonkurrenz angelegt ist und diese in Form von Sozial- und Steuerdumping produziert.²⁷

Colin Crouch hat diese Ordnung mit dem populär gewordenen Begriff Postdemokratie auf den Begriff gebracht. „Der Begriff bezeichnet ein Gemeinwesen, in dem zwar nach wie vor Wahlen abgehalten werden, Wahlen, die sogar dazu führen, dass Regierungen ihren Abschied nehmen müssen, in dem allerdings konkurrierende Teams professioneller PR-Experten die öffentliche Debatte während der Wahlkämpfe so stark kontrollieren, dass sie zu einem reinen Spektakel verkommt, bei dem man nur über eine Reihe von Problemen diskutiert, die die Experten zuvor ausgewählt haben. Die Mehrheit der Bürger spielt dabei eine passive, schweigende, ja sogar apathische Rolle, sie reagieren nur auf Signale, die man ihnen gibt. Im Schatten dieser politischen Inszenierung wird die reale Politik hinter verschlossenen Türen gemacht: von gewählten Regierungen und Eliten, die vor allem die Interessen der Wirtschaft vertreten.“²⁸

George Soros betont bei der Beobachtung des Prozesses der Entdemokratisierung die Dominanz wirtschaftlicher Interessen. Die Grundlage der Demokratie werde ausgehöhlt, indem bürgerliche Tugenden durch monetäre Werte verdrängt werden, so dass demokratische Prozesse nicht mehr das Gemeinwohl im Auge haben, sondern die Konkurrenzfähigkeit, was den Prozess der demokratischen Entscheidungsfindung entwertet und ineffektiv mache. So werde die demokratische Tugend weiter reduziert und der Verfall demokratischer Prozesse beschleunigt in einem *Circulus vitiosus*.²⁹

Aus der Perspektive des Insiders stellt Robert Reich ein exorbitantes Wachstum der Lobbygruppen aus der Wirtschaft fest, die zu einer Verdrängung anderer pluraler Interessen führe. Die gesteigerten Versuche der Einflussnahme wirtschaftlicher Interessen seien auf die neue globale Konkurrenz zurückzuführen, die einen intensiven Kampf um jeden (gesetzlichen) Wettbewerbsvorteil produziere. Politik verkomme so zum Austarieren der unterschiedlichen wirtschaftlichen, nicht mehr gesellschaftlichen Interessen, so dass die demokratischen Prozesse, wie öffentliche Diskurse um das Gemeinwohl und der Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe, nur stören.³⁰ So lässt sich mit Wilhelm Heitmeyer feststellen: „Es gibt eine fortschreitende Demokratie-Entleerung. Der politische Betrieb läuft, wie geschmiert sogar. Das ist schon für sich genommen ein Problem. Aber hinzu kommt: Die Substanz der Demokratie wird ausgezehrt. Ein oberflächlicher Indikator dafür ist die geringe Wahlbeteiligung.“³¹

27 Vgl ausführlich: *Fisahn*, Herrschaft im Wandel (2008) 320 ff.

28 *Crouch*, Postdemokratie (2008) 10.

29 *Soros*, Die Krise des globalen Kapitalismus (2000) passim.

30 *Reich*, Superkapitalismus (2008) passim.

31 *Heitmeyer*, Eliten sind Teil des Problems, Interview Frankfurter Rundschau v. 4.6.2012, 17.

Der Substanzverlust der Demokratie im Neoliberalismus – so lässt sich die aktuelle Entwicklung zusammenfassen – wird verschärft durch das Einflechten autoritärer Strukturen in Form von Elementen zentralistischer Kontrolle auf der Ebene der Europäischen Union. Die EU befindet sich auf dem Weg zu einer autoritären Wirtschaftsregierung.³²

Wenn die Analysen zutreffen – und vieles spricht dafür – und ein gravierender Substanzverlust der Demokratie konstatiert werden kann, folgt nach den obigen Überlegungen zum Geltungsgrund und dem Grund der Befolgungspflicht gegenüber gesetztem Recht, dass dieser zumindest ausgesprochen schwach wird. Ohne demokratisches Recht keine Verbindlichkeit des Rechts, weil dieses keine ausreichende Legitimation besitzt. Oder anders herum: das Widerstandsrecht des Art 20 IV GG lebt auf. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH hat Fritz Scharpf dies unmissverständlich formuliert: „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“.³³ Die Frage der Rechtsbefolgung ist bei dieser Diagnose keine prinzipielle mehr, sondern eine strategische, wobei in die strategische Überlegung einfließen muss, dass auch durch die autoritäre Wirtschaftsregierung – anders als bei autoritären Regimen – die rechtsstaatlichen Garantien (bisher) weitgehend intakt blieben, die einige erst wirklich schätzen lernen, wenn sie ihnen genommen werden.³⁴

Prof. Dr. Andreas Fisahn lehrt öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bielefeld und ist Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des Juridikum; andreas.fisahn@uni-bielefeld.de

32 *Oberndorfer*, Krisenbearbeitung in der Europäischen Union. Economic Governance und Fiskalpakt – Elemente einer autoritären Wende?, *Kritische Justiz* 2012, 39 ff; *Fisahn*, Europa braucht einen neuen Gesellschaftsvertrag, *Vorgänge*, Nr 196, 2011, 48 ff; *ders.*, Autoritäre Krisenlösung – der neue Weg der Europäischen Union?, *Juridikum* 4/2011, 445 ff; Die Europäische Union auf dem Weg in eine autoritäre Wirtschaftsregierung, *iZeitschrift Marxistische Erneuerung*, Heft 87, Sept 2011, 12 ff.

33 *Scharpf*, Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen, Interview, *Mitbestimmung* 7+8 2008, 23.

34 *Poulantzas*, *Staatstheorie*, (2002), 232.

Widerstandsrecht im österreichischen Strafrecht¹

Markus Helmreich

1. Das Widerstandsrecht in § 269 StGB

In manchen Rechtsordnungen ist ein „Widerstandsrecht“ in der Verfassung vorgesehen. Das deutsche Grundgesetz normiert beispielsweise: „Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist“. In der österr Verfassung gibt es kein solches „Recht zum Widerstand“. Lediglich im Strafgesetzbuch ist in § 269 StGB („Widerstand gegen die Staatsgewalt“) ein Recht normiert, sich gegen die „Staatsgewalt“ wehren zu dürfen, wenn das Organ „zu der Amtshandlung ihrer Art nach nicht berechtigt ist oder die Amtshandlung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt“. Die Reichweite und Rechtsnatur dieser „Notwehr gegen die Staatsgewalt“ sind bislang umstritten.

Widerstand gegen die Staatsgewalt gem § 269² begeht, wer eine/n BeamtIn oder eine Behörde mit Gewalt (oder mit einem gleichwertigen Tatmittel: Drohung mit Gewalt, gefährliche Drohung) an einer Amtshandlung hindert (Abs 1) oder zu einer solchen nötigt (Abs 2).

Das Widerstandsrecht wird in § 269 Abs 4 folgendermaßen umschrieben: „Der Täter ist nach Abs 1 nicht zu bestrafen, wenn die Behörde oder der Beamte zu der Amtshandlung ihrer Art nach nicht berechtigt ist oder die Amtshandlung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt“.

Die hier entscheidenden Fragen sind, wann eine solche „fehlerhafte“ Amtshandlung zum Widerstand ermächtigt und wie die Rechtsnatur dieses Widerstandsrechts zu qualifizieren ist.

2. Wann liegt eine Berechtigung zum Widerstand gegen eine Amtshandlung vor?

2.1. Absolute Nichtigkeit

Aus dem Blickwinkel des Staatsrechts sind manche Fehler rechtlich unerheblich, andere führen zur Anfechtbarkeit, wieder andere sind so schwerwiegend, dass sie den Akt als solchen gar nicht existent werden lassen. Der absolut nichtige Staatsakt ist somit ein „rechtliches Nichts“, er liegt außerhalb des Rechts.³ Winkler (und mit ihm grundsätzlich die hL) stellt im Hinblick auf absolut nichtige Verwaltungsakte auf die Gravität und

1 Der Beitrag ist eine gekürzte Fassung des in der ÖJZ 2006/3 erschienen Artikels „Recht auf Widerstand? Zu Reichweite und Rechtsnatur des Widerstandsrechts (§ 269 Abs 4 StGB)“, Zitate beziehen sich somit auf die Judikatur und Literatur des Jahres 2006.

2 Paragraphen ohne Angabe beziehen sich auf das StGB.

3 *Kelsen*, General Theory of Law and State (1946) 161.

Evidenz von Fehlern ab⁴: Fehler, die schwer und (für jedermann) offenkundig sind, führen demzufolge zur absoluten Nichtigkeit. „In Verbindung mit den korrektiven Rechtsätzen der Gravität und Evidenz ist die absolute Nichtigkeit ein letztes Bollwerk des Einzelnen gegen Staatsunrecht auch im Rechtsstaat; die unverzichtbare und dem Konzept des Rechtes innewohnende Legitimation zum Widerstand gegen die Staatsgewalt“.⁵ Aus strafrechtlicher Sicht ist der Widerstand gegen absolut nichtige Amtshandlungen straflos, gegen rechtmäßige Amtshandlungen hingegen strafbar. Dazwischen liegt jedoch eine Grauzone: Darf nur gegen absolut nichtige Akte Widerstand geübt werden? Oder darf auch gegen wirksame, aber anfechtbare Amtshandlungen Widerstand geleistet werden? Dazu gibt es in der strafrechtlichen Lit verschiedene (vage) Auffassungen. Um die Frage, gegen welche Amtshandlungen Widerstand geleistet werden darf, beantworten zu können, müssen § 269 Abs 4 Fall 1 (Nichtberechtigung zur Amtshandlung) und Fall 2 (Verstoß gegen Strafrecht) näher untersucht werden.

2.2. Nichtberechtigung zur Amtshandlung

„Wenn die Behörde oder der Beamte zu der Amtshandlung ihrer Art nach nicht berechtigt ist“, wird Widerstand zugelassen (§ 269 Abs 4 Fall 1). Die hM geht dabei von einem Verständnis idS formell rechtmäßigen Amtshandlungen aus.⁶ Für diese Ansicht spricht das Gebot der „Einheit der Rechtsordnung“: EinE BeamtIn handelt häufig aufgrund von Weisungen. Er/sie kann eine solche nur ablehnen, wenn die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wird oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde (Art 20 Abs 1 B-VG). Verstößt sie „nur“ gegen andere Normen (also nicht gegen das Strafrecht), dann müsste er/sie einerseits den Befehl ausführen, andererseits hätte der/die von der Amtshandlung Betroffene (bei einem materiell rechtmäßigen Verständnis) ein Recht auf Widerstand. Das wäre nicht sachgemäß. Darüber hinaus ergibt sich diese „formelle Sicht“ auch aus § 269 Abs 4 Fall 2, der auf materielle Rechtswidrigkeit („Verstoß gegen strafgesetzliche Vorschriften“) abstellt. Daraus kann geschlossen werden, dass in § 269 Abs 4 Fall 1 das Organ nur formell, dh „der Art nach“, berechtigt sein muss. Andernfalls hätte man den Verstoß gegen das Strafrecht nicht ausdrücklich erwähnen müssen. Die Frage ist also immer nur, ob das Organ überhaupt für eine bestimmte Amtshandlung zuständig ist. Ob die Amtshandlung auch materiell richtig ausgeführt wird, ist bei dieser ersten Alternative ohne Belang. Zu einer Amtshandlung ist ein Organ grundsätzlich dann nicht berechtigt, wenn es „unzuständig“ ist: Eine örtliche Unzuständigkeit macht eine Amtshandlung nicht unzulässig, da das Organ ja formell zu einer solchen Amtshandlung befugt ist. Widerstand

4 Winkler, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten (1960) 30; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 523; Antonioli – Kojas, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 569.

5 Winkler, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten 35 mwN.

6 Danek in WK, 2. Aufl, § 269 Rz 71 f; Leukauff/Steininger, 3. Aufl, § 269 Rz 17; Fabrizy, StGB, 8. Auflage, § 269 Rz 3; Mayerhofer/Hollaender, StGB, 5. Aufl, § 269 Anm 3, Rz 28 ff mwN; Nowakowski in WK § 3 Rz 6; OGH SSt 48/20; RZ 1936, 296; EBRV 1971, 30 BlgNR 13. GP, 410; Eser in Schönke/Schröder, 26. Aufl, § 113 Rz 21.

ist nur dann legitim, wenn AmtsträgerInnen überhaupt nicht (also auch nicht formell) zu einer Amtshandlung berechtigt sind.⁷ Gehört hingegen eine Amtshandlung an sich (in abstracto) zum Geschäftsbereich des/der Beamten, dann ist die Verhinderung einer Amtshandlung strafbar.⁸

Ist das Organ „zu der Amtshandlung ihrer Art nach nicht berechtigt“ (§ 269 Abs 4 Fall 1), so ist der Akt absolut nichtig, da das Organ zu dieser Amtshandlung niemals zuständig ist (Festnahme durch „SchaffnerInnen“, BriefträgerInnen). Es handelt sich typischerweise um schwere Fehler, die für jedermann offenkundig und schwer sind (Gravität und Evidenz des Fehlers) – Widerstand dagegen ist straflos.

2.3. Verstoß gegen strafgesetzliche Vorschriften

„Wenn die Amtshandlung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt“, ist Widerstand ebenfalls legitim (§ 269 Abs 4 Fall 2). Nach hM wird darunter das gerichtliche Kriminalstrafrecht verstanden, nicht jedoch das Disziplinar- oder Verwaltungsstrafrecht.⁹ Diese Auslegung ergibt sich aus Art 20 Abs 1 B-VG: Weisungen können ua abgelehnt werden, „wenn die Befolgung gegen strafgesetzlichen Vorschriften verstoßen würde“¹⁰. Der strafrechtliche Schutz der Amtshandlung endet somit dort, wo auch das Weisungsrecht endet. Es müssen nach hM dabei nicht alle Voraussetzungen einer Straftat vorliegen, vielmehr wird der „Verstoß gegen strafgesetzliche Vorschriften“ mit dem Begriff „mit Strafe bedrohter Handlung“ gleichgesetzt¹¹: Darunter wird ein tatbestandsmäßiges und rechtswidriges – aber nicht notwendig schuldhaftes – Verhalten verstanden.¹²

2.3.1. Strafbare Verletzungen der Amtspflicht und verwandte strafbare Handlungen

In Lit und Rsp wird meist als Beispiel für einen „Verstoß gegen strafgesetzliche Vorschriften“, der den Widerstand erlaubt, Amtsmissbrauch (§ 302) angeführt,¹³ bei dem die Wissentlichkeit des Befugnismissbrauchs gegeben sein muss.

Mehr Relevanz müsste eigentlich § 303 haben: Bei der „Fahrlässigen Verletzung der Freiheit der Person oder des Hausrechts“ durch eine/n Beamten/Beamtin, genügt nämlich, wie schon aus der Überschrift ersichtlich ist, Fahrlässigkeit. Mit diesem Tatbestand erfahren die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrBVG, Art 5 MRK) und auf Schutz des Hausrechts (Art 9 StGG, HausRG, Art 8 MRK) eine besondere Absicherung.¹⁴ In der strafrechtlichen Rsp hat diese Bestim-

7 Danek in WK, 2. Auflage, § 269 Rz 73; Leukauff/Steininger, 3. Aufl., § 269 Rz 19; Hinterhofer, BT II, 3. Aufl, 178; OLG Innsbruck 7 Bs 122/91; OGH ÖJZ-LSK 1983/111.

8 Liebscher in WK § 269 Rz 56.

9 Leukauff/Steininger, 3. Aufl., § 269 Rz 17; Danek in WK, 2. Aufl., § 269 Rz 74; Fabrizy, StGB, 8. Auflage, § 269 Rz 3.

10 Mayer, B-VG, 3. Aufl., Art 20 Anm A.III.3.; Raschauer in Korinek/Holoubek, B-VG Art 20/1 Rz 108; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Aufl, Rz 617; Öhlinger, Verfassungsrecht, 4. Aufl, Rz 522

11 Rieder, Der Schutz des Staates und seiner Organe, ZnStR II, 49; Hochmayer/Schmoller, SbgK § 269 Rz 78 f

12 Fuchs, AT I, 6. Aufl, 6. Kap Rz 3.

13 Leukauff/Steininger, 3. Aufl., § 269 Rz 20; Danek in WK, 2. Aufl., § 269 Rz 74; OGH 13 Os 17/83.

14 Zagler, SbgK § 303 Rz 31, 41; Bertel in WK, 2. Aufl., § 303 Rz 4.

mung allerdings bisher kaum Anwendung gefunden.¹⁵ Nachdem § 303 eine der wichtigsten Bestimmungen ist, bei der die materielle Rechtmäßigkeit der Amtshandlung geprüft werden darf und folglich ein allfälliger Widerstand (§ 269 Abs 4) zulässig ist, wirkt sich die Nichtanwendung des Tatbestandes durch die Rsp auf das Widerstandsrecht gravierend aus. Dass dies aber nicht so sein müsste, zeigen folgende Überlegungen¹⁶:

Die Gesetzeswidrigkeit einer Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit oder einer Hausdurchsuchung ist nicht nur nach den Verfassungsgesetzen (StGG, MRK), sondern vor allem nach den einfachgesetzlichen Bestimmungen der StPO oder des VStG zu beurteilen, da die Verfassungsgesetze an mehreren Stellen auf die Verfahrensgesetze verweisen, wenn betont wird, dass eine Freiheitsentziehung nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise vorgenommen werden darf (vgl zB Art 1 Abs 2 PersFrSchG). Daraus ist abzuleiten, dass idR jede Verfahrenswidrigkeit eine Grundrechtswidrigkeit zur Folge hat.¹⁷

Außerdem verlangt § 303 eine „Schädigung an Rechten“. Da grundsätzlich bei jeder Missachtung einer einfachgesetzlichen Verfahrensbestimmung eine Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit folgt, besteht in diesen Fällen auch die Schädigung an Rechten. Ähnlich zu sehen ist eine Verletzung des Hausrechts: § 4 HausRSchG verweist ausdrücklich auf § 303 StGB. Die §§ 1 bis 3 HausRSchG normieren ganz bestimmte Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung (richterlicher Befehl, Gefahr in Verzug), die auf einfachgesetzlicher Ebene in der StPO eine Entsprechung finden. Sind die Grundrechte von der Amtshandlung betroffen, so hat dies eine Schädigung an Rechten zur Folge. Die Schädigung an Rechten muss somit nicht eigens geprüft werden, vielmehr liegt diese bei einer gesetzeswidrigen Freiheitsentziehung oder Hausdurchsuchung per se vor.¹⁸

Für § 269 Abs 4 hat diese Auslegung entscheidende Auswirkungen: Jede „fahrlässige Freiheitsverletzung“ und jede „fahrlässige Verletzung des Hausrechts“ idS § 303 löst das Widerstandsrecht gegen solcherart rechtswidrige Amtshandlungen aus.

2.3.2. Sonstige Verstöße „gegen strafgesetzliche Vorschriften“

Der OGH betont, dass § 269 Abs 4 Fall 2 dann Bedeutung hat, wenn „die Beamten bei der Festnahme und Eskortierung ihre Amtsgewalt missbraucht (§ 302) oder dadurch wenigstens fahrlässig die Freiheit von Personen verletzt hätten (§ 303)“. Auch ein zugefügter Nasenbeinbruch der einschreitenden Polizisten nach § 83 „würde an der formellen Berechtigung der Beamten, im Dienst der Strafjustiz (selbständig) einzuschreiten und bei Gefahr im Verzug vorläufige Verhaftungen vorzunehmen, nichts ändern“¹⁹. Die Lehre schließt

15 In OGH JBl 1984, 212 geht es um die Frage, ob ein Strafausschlussgrund nach § 269 Abs 4 wegen § 303 gegeben ist; VfSlg 9266 verweist auf ein Urteil des OLG Innsbruck 4 Bs 187/81 bezüglich § 303; OLG Graz 8 Bs 314/76 in *Dearing*, Die polizeiliche Verwahrung nach § 177 StPO, AnwBl 1982, 73 f; in der zivilrechtlichen E OGH 1 Ob 251/00v wird zwischen vorsätzlichen (§ 99 iVm § 313) und fahrlässigen Freiheitsentziehungen (§ 303) von Staatsorganen unterschieden; weiters OGH ÖJZ 1980/55 (EvBl).

16 Vgl dazu insb *Seiler*, § 303 StGB, eine Bestimmung ohne praktische Bedeutung, ÖJZ 1995, 89 ff.

17 *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht, 9. Aufl, Rz 1394.

18 Weiterführende Argumente gegen die Ansicht der hL: *Seiler*, ÖJZ 1995, 92 f.

19 OGH ÖJZ-LSK 1983/111.

daraus, dass „Widerstand gegen die strafbare Tat des Beamten zulässig ist“, jedoch „darf sich dieser nicht auch gegen die Amtshandlung als solche richten“²⁰. Diese Differenzierung ist praktisch nicht durchführbar: Übt man Widerstand gegen das Organ, wird es zwangsläufig an der Amtshandlung gehindert (oder es wird dies zumindest versucht).

Nach dem Wortlaut ist jeder Tatbestand des Kriminalstrafrechts für das Widerstandsrecht relevant. Nach § 269 Abs 4 Fall 2 ist der/die TäterIn nicht zu bestrafen, wenn „die Amtshandlung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt“. Widerstand wird ausdrücklich nicht auf die §§ 302 f beschränkt. Eine (vorsätzliche) Zufügung einer Verletzung oder ein Mord unter Vorwand der Waffengebrauchsvorschriften verstößt gegen das Strafrecht: Widerstand ist daher zulässig.²¹ Es ist zweifelsohne richtig, dass eine „bloße“ unrichtige Dosierung des Zwangsmittels die Amtshandlung als solche nicht in jedem Fall „fehlerhaft“ macht;²² wenn jedoch durch diese Amtshandlung eine gerichtlich strafbare Handlung erfüllt wird, ist Widerstand legitim. Prinzipiell könnte also auch eine fahrlässige Körperverletzung gem § 88 das Widerstandsrecht auslösen. Ist die Verletzung jedoch aufgrund einer „Amts- oder Dienstpflicht“ gerechtfertigt, so entfällt auch der Verstoß gegen „strafgesetzliche Vorschriften“, weshalb in einem solchen Fall der Widerstand strafbar bleibt: So könnte etwa eine leichte Körperverletzung gerechtfertigt sein, wenn „weniger gefährliche Maßnahmen, wie insb die Aufforderung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes, die Androhung des Waffengebrauchens, (...) ungeeignet erscheinen“ (vgl § 4 WaffGG).

3. Rechtsnatur des Widerstandsrechts

3.1. Entschuldigungsgrund

Die Rechtsnatur des Widerstandsrechts ist in Lehre und Rsp umstritten. Nach der RV bleibt es offen, „ob die Tat gerechtfertigt oder bloß entschuldigt ist“.²³ Das OLG Wien qualifizierte das Widerstandsrecht (ohne Begründung) als „Schuldausschlussgrund“.²⁴ Der Wortlaut des § 269 Abs 4 spricht aber gegen einen Entschuldigungsgrund („nicht zu bestrafen“). Schuld ist die persönliche Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens. Es kann insb dann dem/der TäterIn kein Vorwurf gemacht werden, wenn ihm/ihr aufgrund psychischen Drucks rechtmäßiges Verhalten unzumutbar ist (zB § 10, § 94 Abs 3). In § 269 Abs 4 geht es aber um grobe Fehler bei der Amtshandlung und gerade nicht um die Schuld des/der TäterIn. Die psychische Drucksituation wird durch das Widerstandsrecht an sich nicht berücksichtigt. Österreich ist im Gegensatz zu Deutschland den Weg gegangen, die Widerstandshandlung sogar strenger zu bestrafen

20 Danek in WK, 2. Auflage, § 269 Rz 75; dem folgend *Fabrizy*, StGB, 8. Aufl, § 269 Rz 3; *Mayerhofer/Hollaender*, StGB, 5. Aufl, § 269 Anm 30.

21 So auch *Bertel/Schwaighofer*, BT II, 5. Aufl, § 269 Rz 13; *Liebscher* in WK § 269 Rz 59

22 *Liebscher* in WK § 269 Rz 60.

23 ErläutRV 1971, 30 BlgNR 13. GP 410 ff.

24 OLG Wien 20. 2. 1985, 21 Bs 66/85.

als die Nötigung (§ 105). In Deutschland wird beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 dStGB) eine Privilegierung gegenüber der Nötigung (§ 240 dStGB) normiert: Affekthandlungen werden in dieser Stresssituation in Deutschland also berücksichtigt.²⁵ Solche psychischen Drucksituationen werden in Österreich in gegebenem Zusammenhang allein von § 10 abgedeckt.

Ein weiteres Argument gegen die Qualifikation des Widerstandsrechts als Entschuldigungsgrund ist, dass sich der/die BeamtIn in Notwehr gegen den („bloß entschuldigenden“) Widerstand wehren dürfte, da die Handlung des Widerstand Leistenden weiter rechtswidrig bliebe. Dies erscheint nicht sachgerecht, da im Endeffekt tatsächlich eine „Rechtspflicht, Unrecht zu leiden“²⁶, bestehen würde.

3.2. Rechtfertigungsgrund oder negatives Tatbildmerkmal

Überwiegend wird das Widerstandsrecht als Rechtfertigungsnorm qualifiziert.²⁷ Es soll eine von der Rechtsordnung gebilligte Reaktion sein, sich gegen rechtswidrige Amtshandlungen wehren zu dürfen. Nach dem Wortlaut ist die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes wiederum zweifelhaft („nicht zu bestrafen“). Rechtfertigungsgründe erfordern außerdem, dass die Handlung unter einen strafrechtlichen Tatbestand subsumiert werden kann – ansonsten entfällt die Prüfung eines Rechtfertigungsgrundes. Für den Widerstand gegen die Staatsgewalt bedeutet das, dass in erster Linie das von § 269 geschützte Rechtsgut (die Amtshandlung) beeinträchtigt werden müsste. Das bedeutet, dass bei absolut nichtigen Amtshandlungen die Strafbarkeit schon auf Tatbestandsebene verneint werden müsste. So gesehen erschiene dann aber das in Abs 4 normierte Widerstandsrecht überflüssig.

Letztlich haben Rechtfertigungsgründe gemeinsam, dass immer nur eine bestimmte (Rechtfertigungs-/Abwehr-/Rettungs-)Handlung erlaubt ist: ZB darf man sich bei Notwehr nur der „notwendigen Verteidigung“ bedienen (§ 3).²⁸ Dagegen regelt § 269 Abs 4 hinsichtlich dieser (Widerstands-)Handlung nichts: Die Intensität der Widerstandshandlung ist bedeutungslos. Jede Handlung schließt die Strafbarkeit des/der Widerstand Leistenden nach § 269 Abs 1 aus, und sei es die brutalste (etwa die Zufügung einer Körperverletzung oder die Tötung des Beamten). Dagegen müsste die dem/der BeamtIn zugefügte Körperverletzung oder Tötung im Hinblick auf Notwehr gesondert geprüft werden.²⁹

²⁵ Eser in Schönke – Schröder, StGB, 26. Auflage, § 113 Rz 49.

²⁶ Kadecka, FS Österreichische Richterzeitung (1937) 467.

²⁷ Leukauff/Steininger, 3. Aufl, § 269 Rz 22; Mayerhofer/Hollaender, StGB, 5. Aufl, § 269 Anm 3; Danek in WK, 2. Aufl, § 269 Rz 70; Nowakowski in WK § 3 Rz 6 und § 3 Nachbem Rz 1, 27; Fuchs, AT I, 6. Aufl, 18. Kap Rz 18 ff; Triffterer, AT I, 2. Auflage, 227; Hinterhofer, BT II, 3. Aufl, 177; Tschulik, ZnStR II 135; Rieder, Der Schutz des Staates und seiner Organe, ZnStR II, 49 f; Rittler, BT, 2. Aufl, 374 FN 24; Maleczky, BT II, 4. Aufl, 48; Lewisch, Casebook Strafrecht, 5. Aufl, Fall 122 f; Löschnig-Gspandl/Schick, Casebook Strafrecht, 12. Fall, 145; OLG Wien ZVR 1996/129; EBRV 1971, 30 BlgNR 13. GP, 410 ff; differenzierend Hochmayr/Schmoller, SbgK § 269 Rz 71.

²⁸ Vgl auch das Anhalterrecht Privater (§ 80 Abs 2 StPO), Selbsthilfe (§§ 19, 344 ABGB), rechtfertigender Notstand

²⁹ ErläutRV 1971, 30 BlgNR 13. GP 219.

§ 269 Abs 4 sagt lediglich, wann Widerstand zulässig ist, und knüpft dabei an Besonderheiten der Amtshandlung an.

Die Rechtsfolgen sind bei Annahme eines Rechtfertigungsgrundes/negativen Tatbildmerkmals die selben: Bei Irrtum greift immer die „doppelt bedingte Fahrlässigkeitshaftung“ – die Konsequenz: ein Freispruch. Auch dies erscheint nicht sachgerecht.

3.3. Negative objektive Bedingung der Strafbarkeit

Eine Mindermeinung ist der Ansicht, dass das Widerstandsrecht als „negative objektive Bedingung der Strafbarkeit“ anzusehen ist.³⁰ Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind Umstände, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tat stehen, aber weder zum Unrechts- noch zum Schuld tatbestand zählen.³¹ Der Vorsatz des/der TäterIn muss sich nicht auf diese Bedingungen erstrecken. Ein allfälliger Irrtum des/der TäterIn über das Vorliegen oder Fehlen der Bedingung ist irrelevant. Nur das (objektive) Vorliegen dieser Bedingung lässt die Strafbarkeit entfallen. Im österr Strafrecht sind solche objektiven Bedingungen seit 1975 mit der Neukodifizierung des StGB weitgehend beseitigt. Fraglich ist, ob eine „negative objektive Bedingung der Strafbarkeit“ mit dem im StGB normierten Schuldprinzip (§ 4) in Widerspruch steht. Beanstandenswert wäre eine objektive Bedingung aber nur, wenn sie strafbegründend ist.³² Das Widerstandsrecht führt dagegen zur Straflosigkeit.

Es erscheint sachgerecht, dass jeder Irrtum des/der TäterIn über das Vorliegen strafausschließender Gründe irrelevant bleibt. Widerstand darf demzufolge geleistet werden, wenn objektiv die Voraussetzungen dafür vorliegen. Glaubt er/sie bloß, dass ihm das Widerstandsrecht zusteht – obwohl dies tatsächlich zu verneinen ist – bleibt er/sie trotzdem nach § 269 strafbar.

„Negativ formulierte objektive Bedingungen der Strafbarkeit“ sind nichts anderes als Strafausschließungsgründe.³³ Im Gegensatz zum Strafaufhebungsgrund handelt es sich beim Strafausschließungsgrund um einen Umstand, der einen Strafanspruch von vornherein nicht entstehen lässt.³⁴ Allein mit der Annahme einer negativen objektiven Bedingung der Strafbarkeit gelangt man zu sachgerechten Ergebnissen.

Dr. Markus Helmreich, LL.M. ist derzeit Leiter der Stabstelle Rechtsmittelverfahren bei Energie-Control Austria, der Regulierungsbehörde für den Strom- und Erdgasmarkt. Von 2002–2005 war er Assistent am Institut für Strafrecht der Universität Wien.

30 Insb *Bertel/Schwaighofer*, BT II, 5. Aufl, § 269 Rz 10; Andere legen sich nicht fest: *Marschall*, „In dubio mitius“ als Auslegungsgrundsatz im neuen Strafrecht, ÖJZ 1974, 429, 451; OGH JBl 1984, 212 spricht ganz allgemein von „Strafausschließungsgrund“; *Schick* in *Schick/Funk/Posch*, Demonstrationsschäden (1989) 18 von „Straflosigkeitsklausel“; OGH ZVR 1992/74 von „Straflosigkeit“.

31 *Nowakowski* in WK Vorbem § 3 Rz 72; *Leukauf/Steininger*, 3. Aufl, Allg Vorbem Rz 22; *Fuchs*, AT I, 6. Aufl, 27. Kap Rz 5; *Triffterer*, AT I, 2. Auflage, 191; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl, 554; *Rittler*, Strafbarkeitsbedingungen, FS Frank II, 1 ff.

32 *Leukauf/Steininger*, 3. Aufl, Allg Vorbem Rz 22; *Triffterer*, AT I, 2. Aufl, 193; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl, 556.

33 *Triffterer*, AT I, 2. Aufl, 195; *Leukauf-Steininger*, 3. Aufl, Vorbem § 1 Rz 61.

34 Etwa *Fuchs*, AT I, 6. Aufl, 27. Kap Rz 4.

Das Wuchern der Gefahr

Einige gesellschaftstheoretische Bemerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes 2012¹

Andrea Kretschmann

„Das Drama in Norwegen² war nicht der Anlass, aber wir müssen natürlich bestmöglich gerüstet sein.“ (Michael Spindelegger, Außenminister der Republik Österreich und Vizekanzler der ÖVP)³

Anfang 2012 wurde das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) novelliert. Es gesteht den Polizeien, allen voran dem Staatsschutz, im Namen der Terrorismusbekämpfung⁴ außergewöhnlich weitreichende Interventionsbefugnisse in ganz unterschiedlichen Bereichen zu und führt außerdem einige neue Straftatbestände und Verwaltungsstrafen ein. An den novellierten Befugnissen des Staatsschutzes lässt es sich am deutlichsten ablesen: Das staatliche Versprechen von Sicherheit wird mit der Novelle vom festgestellten Rechtsbruch nochmals weiter gelöst, setzt weit vor ihm ein und orientiert sich nun noch mehr an außerrechtlichen Normen. Bei dem Gesetz handelt es sich um die Neuauflage einer Gesetzesinitiative, die in fast identischer Form bereits ein Jahr zuvor vorgelegt, aber aufgrund von Grundrechtsbedenken abgelehnt worden war. Von einem Großteil der zivilgesellschaftlichen Initiativen wurde die rechtliche Ermöglichung derartig intensiver staatlicher Interventionen im Sinne eines „labeling from below“⁵ schlichtweg als unrecht verstanden.⁶ Denn dass staatliche Akteur_innen, wie das neue Gesetz es vorsieht, Bürger_innen im Rahmen der erweiterten Gefahrenerforschung schon bei einem „Verdacht“ auf einen Verdacht unter Beobachtung stellen dürfen und im Rahmen einer „erweiterten Gefährdungsanalyse“⁷ Daten Einzelner ganz ohne konkrete Anhaltspunkte

1 Für bereichernde Anregungen danke ich Lukas Oberndorfer.

2 Am 22.7.2011 wurde ein norwegisches Feriencamp der sozialdemokratischen Arbeiterpartei durch einen Einzeltäter beschossen, der dabei 77 Menschen tötete.

3 Neues Anti-Terror-Paket der Regierung steht, *krone.at* v 13.8.2012, http://www.krone.at/Kaernten/Neues_Anti-Terror-Paket_der_Regierung_steht-OeVP-Initiative-Story-285132 (30.6.2012).

4 Die Novelle wird alltagssprachlich als „Antiterrorpaket II“ bezeichnet.

5 *Kretschmann/Fuchs*, Legitimationstechniken, Sicherheitspraktiken: Von der Normalität des Staatsverbrechens. Eine erkenntnistheoretische Diskussion am Beispiel des Falles Murat Kurnaz, *Kriminologisches Journal* (2007) 206. IS des Labeling Approach bezeichnet „labeling from below“ die Definition staatlicher Handlungen als deviant nicht durch formell definitionsmächtige Institutionen, sondern durch zivilgesellschaftliche Akteur_innen.

6 Bspw Plattform ueberwacht.at, die Stellungnahmen aus der Begutachtungsphase und die 144. Sitzung des Nationalrats v 29.2.2012.

7 *Halla*, Factsheet zum Antiterror-Paket. Gesetzesnovelle des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG) (2011), 2, http://web.gras.at/ueberwacht/?page_id=9/#2 (30.6.2012).

te für eine Gefahr sammeln dürfen, noch dazu heimlich, ist in Rechtsstaaten bekanntermaßen nur in eingeschränktem Maße – in Krisensituationen staatsbedrohenden oder staatliche Grundfunktionen einschränkenden Charakters – vorgesehen. Nur in systembedrohenden Zeiten werden sonderrechtliche Maßnahmen erhoben und die Verfassung zu ihrem eigenen Schutz temporär außer Kraft gesetzt – durch eine starke Exekutive oder eine kommissarische bzw souveräne Diktatur. Kritisiert wurde insofern die Anlasslosigkeit der Initiative: Kein in seinem Gefährlichkeitsgrad herausragendes Ereignis, keine Veränderung der Bedrohungslage – so weit sich diese überhaupt ‚objektiv‘ ermitteln lässt⁸ – veranlasste die Innen- und Justizministerinnen Mikl-Leitner und Karl im Juni 2011 erneut dazu, das Anti-Terrorismus-Paket zur Begutachtung vorzulegen. Die Initiator_innen der Gesetzesinitiative betonten sogar ausdrücklich: Ganz im Sinne rechtsstaatlicher Rechtsetzung liege gerade keine Anlassgesetzgebung vor, vielmehr gehe es darum, gegen terroristische Attentate „bestmöglich gerüstet [zu] sein.“⁹ Trotz der massiven Kritik aus Zivilgesellschaft und Opposition ist der Kampf um die Grund- und Freiheitsrechte auf dem Gebiet der Inneren Sicherheit nun vorerst entschieden: Im Februar 2012 wurden die erweiterten Interventionsbefugnisse des Staatsschutzes im Rahmen der SPG-Novelle verabschiedet. Nichts scheint einem Großteil der gewählten Vertreter_innen heute so evident notwendig wie die Ausweitung der polizeilichen Befugnisse und die Pönalisierung von terroristischen Um- und Vorfeldhandlungen.

Dies wirft Fragen nach dem Zustandekommen der SPG-Novelle auf. Was veranlasst politisch Verantwortliche heute dazu, jenseits konkreter Gefahrenlagen Gesetze mit Ausnahmecharakter verabschieden zu wollen? Was bedingt die Durchschlagskraft ihrer Argumente? Hierfür ließe sich der Blick auf eine Reihe unterschiedlicher Faktoren richten, ua auf das Ringen staatlicher Institutionen und ihrer Akteure um Hegemonie und Einfluss in den konkreten Entscheidungsprozessen: Keine Partei – ganz in der Logik der Autopoiesis sozialer Systeme¹⁰ – besetzt Themen heute abseits des Blicks auf Wähler_innenstimmen, keine Polizeiorganisation argumentiert für Veränderungen im eigenen Wirkungsbereich, ohne die eigene Unabkömmlichkeit gleichzeitig weiter absichern zu wollen. Ein derartiger Fokus beantwortet aber noch nicht das Zustandekommen jener Überzeugungen und Fraglosigkeiten, die derart intensivierete Sicherheitsgesetze am Horizont eines Möglichkeitsfeldes auftauchen lassen. Nicht das taktische Handeln relevanter politischer Akteure, nicht die Rhetorik befürwortender Parteien oder rechtliche Eigenlogiken sind deshalb hier Gegenstand der Analyse. Die nachfolgende Untersuchung

8 Zum problematischen Verständnis von Sicherheit als objektiv messbarer Größe für viele *Dimmel*, Gewalt und soziale Kontrolle im neoliberalen Staat des Postfordismus, in *Ders/Schmee*, Die Gewalt des neoliberalen Staates (2008), 263.

9 „[...] man kann hier also nicht von einer Anlassgesetzgebung reden“, ÖVP-Generalsekretär Rauch im ORF-Interview v 2.8.2011; Mikl-Leitner beharrt auf Datenverknüpfung, *Kleine Zeitung* v 28.7.2011, <http://www.kleinezeitung.at/nachrichten/politik/2796638/mikl-leitner-beharrt-datenverknuepfung.story> (30.6.2012).

10 *Luhmann*, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (1984).

hat ihren Ausgangspunkt vielmehr in der Frage nach der Beschaffenheit des Wissens und den Techniken seiner Generierung: Sie nimmt jene Rationalitäten in den Blick, welche letztlich für die Umsetzung politischer Programme konstitutiv sind.

Eine solche gouvernementalitätstheoretische Analytik in Anschluss an Michel Foucault betrachtet die Subjekte in Hinblick auf die Regierungsziele als gestalt- und lenkbar und sieht keinen Widerspruch mehr zwischen der Regierung durch sich Selbst und durch Andere.¹¹ Zu unterscheiden ist hier freilich zwischen der „Problematik des Regierens im Allgemeinen“ und der „Regierung in ihrer politischen Form“.¹² Foucault interessierte sich bekanntlich vor allem für erstere, dafür, wie Machtbeziehungen Subjektivitäten nicht vereinnahmen, sondern erst hervorbringen, und wie sich diese mit verfestigten Formen der Macht, mit Herrschaftstechniken also, verbinden. Erst dieses weite Verständnis des Regierens erlaubt es, die Gegenstände der Regierung „in ihrer politischen Form“ nicht als vorab gegeben, sondern als jeweils sozial konstituiert zu bestimmen. Denn immer verweisen die regulierenden Handlungen des Staates auf soziale Regeln, die wiederum jeweils Maßstäbe der Bewertung voraussetzen. Indem sie Dinge bezeichnen sowie Zusammenhänge aufzeigen, werten sie Sachverhalte bereits und machen sie so auf eine ganz bestimmte Weise denk- und sichtbar. „Wahre“ Aussagen werden dergestalt von „falschen“ differenziert, „richtiges“ Handeln von „falschem“ unterschieden.¹³ Auch Regieren im engeren Sinne ist demnach eine normative und normierende Aktivität, welche Subjektpositionen und Situationsdefinitionen innerhalb eines wissensbasierten Wahrheitsregimes erst generiert. Der hier zu untersuchende Diskurs kann insofern als eine „Ökonomie der Macht“ betrachtet werden, die auf vorgefundene Probleme weniger reagiert, als dass sie diese mittels bestimmter Techniken der Wissensgenerierung selbst erst produziert.¹⁴

Untersuchen lässt sich der Diskurs mittels des analytischen Blicks auf die Logik seiner Effekte wie auf die Gestalt und Zusammensetzung jener Aussagen, die die Rede über unsichere Problemlagen und Strategien zu ihrer Bewältigung bestimmen. Fragt man nach dem epistemologischen Erzeugungszusammenhang der SPG-Novelle, so liegt dieser in einem Diskurs, der sich nicht mehr allein an konkreten Gefahren, auch nicht länger nur an Gefahrenpotenzialen, sondern an *Krisenfiktionen* orientiert, und der als Angstdiskurs letztlich unkontrolliert zu wuchern beginnt.¹⁵ Weniger die Gefahren selbst als der spezifische Zugriff auf sie ist es, so wird im Folgenden deutlich, durch den es keiner besonderen Anlässe mehr bedarf, um besondere Sicherheitsgesetzgebungen zu

11 Für viele: *Krasmann*, Kriminelle Elemente regieren – und produzieren, in *Honmeth/Saar* (Hrsg): Michel Foucault. Zwischenbilanz einer Rezeption (2003), 94 (94).

12 *Foucault*, Die Gouvernementalität, in *Bröckling/Krasmann/Lemke* (Hrsg): Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen (2000) 42.

13 *Foucault*, Der Gebrauch der Lüste. Sexualität und Wahrheit 2 (1989/1991), 13.

14 *Foucault*, Dits et Ecrits III, Nr. 193, Vorl. v 7.1. 1976 (2003) 212.

15 Für die Analyse wurden Interviews, Stellungnahmen, Pressemitteilungen und Äußerungen der Gesetzesinitiator_innen und -befürworter_innen in Tageszeitungen und politischen Institutionen einbezogen.

verabschieden. Gefahrenverarbeitung und Gefahrenerkennung generieren neue Wahrheiten, die nicht nur die Loslösung der polizeilichen Orientierung an der Straftat weiter vorantreiben, sondern die ebenso *die Ablösung krisenorientierter Rechtsetzungen vom konkreten Krisenereignis* in Gang zu setzen vermögen. Diese Diskursmodulation hat Effekte: Werden Krise und Krisenbearbeitung auf Dauer gestellt, dann tendiert der Staatsschutz dazu, über seine eigentliche Aufgabe – die Gefahrenabwehr – hinauszuschießen und „außerparlamentarische“ politische Ausdrücke in Sicherheitsprobleme umzucodieren.

Die Diskursanalyse erlaubt insofern die Annäherung an die Frage nach der vermeintlich „aus dem Nichts“ kommenden Gesetzesinitiative über die Frage nach konkreten Interessen mächtiger Akteur_innen hinaus. Somit bietet sie einen analytischen Rahmen, mit dem sich das Bestreben der ÖVP, „bestmöglich gerüstet sein“ zu wollen, weniger als *Reaktion* auf eine tatsächlich gegebene unsichere Lage, als vielmehr als *Ergebnis* kriminaljustizieller und kriminalpolitischer Praktiken bestimmen lässt.

1. Die Gefahrenlage

In einer Sache sind sich polizeilicher Staatsschutz, Regierung und Opposition überraschend einig: Eine besondere Bedrohungslage scheint momentan nicht gegeben. „Extremismus und Terrorismus stellen für die österreichische Demokratie im Moment keine ernsthafte Bedrohung dar“, so etwa der Direktor des Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) Gridling unter Verweis auf den Verfassungsschutzbericht 2011.¹⁶ Ähnlich stellt es auch der der Novelle kritisch gegenüberstehende Grüne Nationalratsabgeordnete Steinhauser dar: „Die Bedrohungslage hat sich in den letzten 3 Jahren nicht wesentlich verändert“, schreibt er.¹⁷ Die mit der Novelle beschlossenen Neuerungen für den Staatsschutz jedoch weisen in eine andere Richtung. Mit den Instrumenten der erweiterten Gefahrenforschung und der erweiterten Gefährdungsanalyse werden diesem weitreichende Interventionsmöglichkeiten an die Hand gegeben.

Mit der erweiterten Gefahrenforschung (§21) darf der Verfassungsschutz *erstens* weit im Vorfeld politisch motivierter Straftaten beobachten und analysieren. In den Blick nehmen kann er erstmals *Einzelpersonen*, von denen er befürchtet, dass diese in einer nicht näher definierten Zukunft weltanschaulich oder religiös motivierte Gewalthandlungen bedeutenden Ausmaßes verüben könnten. Laut Gesetz bedarf es von nun an keines Nachweises der Organisation innerhalb einer Gruppe wie der kriminellen oder terroristischen Vereinigung mehr, um als Gefahr für die öffentliche Sicherheit eingestuft und ohne Richter_innenbeschluss überwacht zu werden. Dies käme bereits bei der *indi-*

16 Verfassungsschutzbericht: Islamismus größte Gefahr, Die Presse Online v 5.8.2011, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/683737/Verfassungsschutzbericht_Islamismus-groesste-Gefahr (30.6.2012).

17 <http://albertsteinhauser.at/tag/spg/> (30.6.2012).

viduellen positiven öffentlichen Bezugnahme auf Gewalt gegen Menschen, Sachen oder verfassungsmäßige Einrichtungen in Frage – in Internetforen oder in anderen öffentlichen Räumen.¹⁸ Auch, wenn jemand sich ohne eine Straftat zu planen Mittel und Kenntnisse verschafft, die es möglich machen, schwere Sachbeschädigungen oder die Gefährdung von Menschen herbeizuführen, kann der Staatsschutz eine erweiterte Gefahrenforschung einleiten.¹⁹ Vermutungen über das Eintreten der Gewalttat reichen an dieser Stelle aus. Eine überwiegende oder hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass es zu Gewalttaten kommt, muss nicht gegeben sein. Einzelne Personen können dann ohne gerichtliche Kontrolle observiert oder durch verdeckte Ermittlung überwacht werden. An öffentlichen Orten können von ihnen Ton-, Bild- und Videoaufzeichnungen gemacht, in Datenbanken eingespeist und dort weiterverarbeitet werden.²⁰ Die Neuerungen lehnen sich damit an bereits bestehende Praxen an: So kam den Sicherheitsbehörden schon nach alter Rechtslage bei Einzelpersonen die Aufgabe zu, Gefahren abzuwehren.²¹ Für eine einfache Gefahrenforschung bei Einzelpersonen reichten hierfür schon relativ geringe Hinweise aus. Nicht nur, wenn jemand Vorbereitungen zur Verwirklichung einer Straftat oder Gefahr traf sondern bereits bevor er oder sie Vorbereitungshandlungen setzte, konnte die Polizei, sofern ein Verdacht vorlag, tätig werden.²² Auf der Grundlage der erweiterten Gefahrenforschung interveniert die Polizei heute jedoch schon *vor* der Existenz einer durch „bestimmte“ Tatsachen gerechtfertigten Annahme einer Gefahrensituation.²³ Ihr Eingreifen hat sich auf den Zeitpunkt des *Verdachts auf einen Verdacht* auf eine Gefahr vorverlagert.

Vorgelagert ist der erweiterten Gefahrenforschung seit der letzten Novellierung *zweitens* eine erweiterte Gefährdungsanalyse. Gemeint ist damit eine neu eingerichtete Datenbank, in der personenbezogene Daten ohne konkreten Anlass und ohne vorab definierte Voraussetzungen oder Kriterienkataloge sowie ohne Zustimmung des Rechtsschutzbeauftragten für ein Jahr gesammelt und weiterverarbeitet werden können. Aus den Daten soll sich erschließen, bei wem eine erweiterte Gefahrenforschung anberaumt oder ob eine Gefahrenabwehr durchgeführt werden soll.

Die beschriebenen Neuerungen im Staatsschutz scheinen dabei rechtsstaatlichen Prinzipien zu widersprechen, denen zufolge zu jeder *polizeilichen* Ermittlung nach der StPO auch ein Verdacht auf eine Straftat gehört und zu jeder Gefahrenabwehr nach dem SPG eine konkret zu verhindernde Gefahr. Vielmehr hat es den Anschein, als würden mit diesen Befugnissen auch Personen ins polizeiliche Blickfeld geraten, von denen erst in

18 Bspw Gridling, Kritik an schwacher Kontrolle, news ORF.at v 2.12.2011. <http://news.orf.at/stories/2092458/2092461/> (30.6.2012).

19 § 21 Abs 3 SPG.

20 §§ 53 und 54 SPG.

21 § 16 Abs 1 Z 1 SPG.

22 § 16 Abs 3 SPG; § 16 Abs 4 iVm § 28a SPG.

23 iSd § 28a Abs 1 SPG.

einer nicht näher spezifizierten Zukunft und nur vielleicht eine Gefahr ausgehen könnte. Insofern sie auf das Vorfeld der Straftat ausgerichtet sind, sind die skizzierten Neuerungen als Teil einer Präventionsorientierung zu verstehen, welche im Straf- und Polizeirecht bereits eine lange Tradition hat. Der uns heute bekannte Fokus auf die Vorsorge entwickelte sich im 17. Jahrhundert als Resultat aus der Erfindung der Statistik.²⁴ Erst durch die Betrachtung unerwünschter Ereignisse auf der Basis von Zahlen, Wahrscheinlichkeiten und Mittelwerten begann man, Ärgernisse und Lebenskatastrophen – darunter auch ein gewisses Ausmaß an Kriminalität²⁵ – als *soziale Regelmäßigkeiten* wahrzunehmen. Unerwünschte Geschehnisse wurden nicht länger als durch das Einwirken äußerer Kräfte determinierte Schicksalsschläge gelesen, sie konnten als Risiko kalkuliert, zugerechnet und verantwortet werden. Mit der Möglichkeit, das Erscheinende als soziale Struktur „in reflexiver Distanz und unter einem größeren Zeithorizont“²⁶ wahrnehmen zu können, hatte man sich auf es einzustellen und sich mit ihm zu arrangieren. Es war insofern die auf das Soziale bezogene Gefahrenwahrnehmung, die die Zukunft beeinflussbar und die Vorsorge notwendig machte. Regieren wurde unter diesen Voraussetzungen bestimmbar als ein „System“, das sich zum Schutz aller Bürger_innen in der Gewährleistung ihrer personalen Unversehrtheit, ihrer Rechte und ihres Eigentums „im wesentlichen um ein eventuelles Ereignis dreht, ein Ereignis, das geschehen“ könnte.²⁷ Im Polizei- und Ordnungsrecht wurde der Absicherung von Gefahren mittels der Bestimmung der *Gefährlichkeit* von Personen Rechnung getragen, gemessen an multiplizierter „Wahrscheinlichkeit und Ausmaß jenes Schadens, der geschützten Rechtsgütern [...] droht“.²⁸ Die Unsicherheit ist somit eine Erfindung der Moderne – mit der Prognose aber entwickelt sie, wie Opitz und Tellmann treffend bemerken, im gleichen Zug eine Technik, mittels der die Zukunft anhand der Ansiedelung vergangener Ereignisse auf einer Normalverteilung handhabbar²⁹ und insofern ab- und auch versicherbar³⁰ wird.

2. Imagination der Zukunft

War der Umgang mit der Zukunft seit der Moderne von der Prognose bestimmt, so ist der vorsorgende Blick im Fall der SPG-Novelle jedoch nicht mehr so sehr durch die

24 *Hacking*, *The Taming of Chance* (1990).

25 *Durkheim*, *Die Regeln der soziologischen Methode* (1895/1984), 141.

26 *Bonß*, (Un-)Sicherheit in der Moderne, in *Zochel/Kaufmann/Haverkamp*, *Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken* (2011), 43 (52).

27 *Foucault*, *Geschichte der Gouvernementalität. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*. Vorlesung am Collège de France 1977/1978 (2004), 57.

28 *Wolf*, *Das Gefährliche regieren. Die neuzeitliche Universalisierung von Risiko und Versicherung*, in *Engell/Siegert/Vogl*, *Gefahrensinn* (2009), 35 (25).

29 *Opitz/Tellmann*, *Katastrophale Szenarien: gegenwärtige Zukunft in Recht und Ökonomie*, in *Hempel/Krasmann/Bröckling*, *Sichtbarkeitsregime. Überwachung, Sicherheit und Privatheit im 21. Jahrhundert* (2010), 27 (28).

30 *Ewald*, *Der Vorsorgestaat* (1993).

Probalistik getragen, er orientiert sich vielmehr an Krisenfiktionen³¹ – und damit an einer veränderten Form der Prävention. Es ist dabei die sozial konstituierte „Erfahrung“³² des unerwarteten Eintritts eines alles verändernden, schrecklichen Ereignisses, das die Extrapolation der Zukunft aus dem statistisch Messbaren an Bedeutung verlieren lässt. Bezug genommen wird hierbei vor allem auf 9/11. Nicht nur das Attentat von Oslo, so teilt Mikl-Leitner im ORF-Radiointerview mit, sondern „[...] gerade die Vergangenheit hat uns gezeigt, dass wir hier eine Verschärfung brauchen in der Gesetzgebung“, und bezieht sich damit auf ein Geschehnis, das schlichtweg nicht im Bereich des Denkbaren gelegen hatte – als zu andersartig und unwahrscheinlich hatten sich Größe, Struktur und Anschlagziel erwiesen. Auf 9/11 wird im Diskurs als historisches Ereignis unwälzenden Charakters rekurriert. Als solches stellt es ein Phänomen dar, das sich aus dem Vorhergehenden nicht mehr ableiten lässt. Aufgrund der Unsicherheit über Motive und Täter_innen erwies sich der Anschlag im politischen Diskurs sogar noch im Nachhinein für eine ganze Weile als „ungewiss codierte[s] Phänomen“.³³ Als in Struktur und Schweregrad gleichermaßen unerwartetes wie unerträgliches Unglück leitete er – zumindest politisch und medial³⁴ – eine neue Zeitrechnung ein. Ebenso wie 9/11 für „Sinnzusammenbrüche“ (Stäheli) sorgte, muss davon ausgegangen werden, dass auch zukünftige Anschläge außerhalb des Bereichs bekannter Sinngebungen und Wirkungszusammenhänge angesiedelt sein können. Die Debatte orientiert sich mithin am radikal Unbekannten, an einem möglichen Ereignis, das sich aus dem Mittelwert vergangener Geschehnisse oder Indikatoren der Gegenwart nicht mehr so leicht ableiten lässt. Ausgerichtet an einer Zukunft, die jeglichen Vergleichs entbehrt und sich insofern als entsprechend un-berechenbar erweisen muss, steht der Diskurs für die Identifikation einer neuen Ungewissheit, nicht aber für die Identifikation bekannter Risiken.³⁵ Opitz und Tellmann haben diesen Mechanismus einer erneut radikal unbekanntem Zukunft grundlegend beschrieben: Weniger kann sich ein solcher Diskurs an „vergangenen, statistisch aufbereiteten Ereignissen“ orientieren, als dass er Neues zu erfassen versuchen muss. Der Referenz allein auf das Vergangene ist nach dieser Logik eine „geradezu [...] gefährlich konservative Tendenz“ inhärent, gehe man dabei doch „immer von Bekanntem aus und sehe in der Zukunft folglich nur, was man schon kennt.“³⁶ Vor diesem Hintergrund

31 Zur Verbindung von radikalem Ereignis und Worst-Case-Szenario *Opitz/Tellmann*, *Katastrophale Szenarien*, (27).

32 *Foucault*, *Der Gebrauch der Lüste*, (9f). Bei Foucault konstituiert Erfahrung als „Korrelation“ von Wissen, Normen und Subjektivitäten kollektive Empfindsamkeiten und Vergangenheitsrezeptionen.

33 *Lethen*, *Bildarchiv und Traumaphilie: Schrecksekunden der Kulturwissenschaften nach dem 11. September*, in *Scherpel/Weitlin* (Hrsg), *Eskalationen. Die Gewalt von Kultur, Recht und Politik* (2003), 3 (4).

34 Innerhalb der Polizeien rief die Verarbeitung von 9/11 keinen Bruch mit den bisherigen kriminalpolitischen Denkweisen und Strategien hervor, sondern erzeugte allenfalls gewisse Diskontinuitäten; Nachfolgende Richtungsänderungen in der Kriminalpolitik folgten tw. zuvor ausgearbeiteten Policies. *Lepsius*, *Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheitsrechten in der Bundesrepublik Deutschland nach dem 11. September 2001* (2004), www.aicgs.org/documents/lepius.pdf (30.6.2012).

35 Vgl. *Luhmann*, *Soziologie des Risikos* (1991).

36 *Opitz/Tellmann*, *Katastrophale Szenarien*, (27).

reicht es kaum noch aus, die Erwartung und Aufmerksamkeit allein auf das Normale zu richten, vielmehr bedarf es der Beschäftigung auch mit dem scheinbar Unmöglichen und Unwahrscheinlichen.

Dort aber, wo die Prognose keine Handlungsanleitungen mehr bereithält, können nicht länger Vorhersagen getroffen werden, es müssen mögliche Zukünfte entworfen werden.³⁷ Es ist dabei nicht irgendeine imaginierte Zukunft, die den Diskurs um die Novelisierung des SPG bestimmt und aus der heraus die Verabschiedung größerer Eingriffsbefugnisse des Staatsschutzes notwendig erscheinen, sondern das Worst-Case-Szenario. Die Logik ist ebenso einfach wie zwingend: Weil bei der Frage nach Zielsetzung, Art und Größe eines terroristischen Anschlags nicht mehr von Bekanntem ausgegangen werden kann, muss man sich, um Sicherheit gewährleisten zu können, stets am Schlimmsten orientieren. Sein Eintreten bedeutet immer einen Totalverlust, angefangen bei der Zerstörung bestehender politischer über wirtschaftliche Ordnungen bis hin zur Vernichtung zentraler Ressourcen. Niemand mehr will sich im Bezug auf die Gewährleistung der Inneren Sicherheit einen „failure of imagination“ nachsagen lassen, wie er den zuständigen Sicherheitsbehörden im Abschlussbericht zu 9/11 diagnostiziert wurde.³⁸ Es ist diese Situation, die – um es mit den Worten des Erfinders der Szenario-Technik im Kalten Krieg auszudrücken – zum „thinking about the unthinkable“ anregt.³⁹ Nur so erklärt sich, dass die politischen Akteur_innen den islamistischen Extremismus und Terrorismus im rassistisch und kulturalistisch geprägten Krieg gegen den Terror mittelfristig als größte Gefährdung für die Sicherheit Österreich beschreiben, obgleich die Straftaten in diesem Bereich „verschwindend gering“ seien. Obwohl die islamistisch motivierten Straftaten die geringsten Zahlen aufwiesen, käme ihnen das größte Gefahrenpotenzial zu.⁴⁰ Es sind Sicherheitsbehörden und Nachrichtendienste anderer europäischer Länder, die „diffuse Hinweise [erhielten], wonach bereits ausgebildete Attentäter in Richtung Europa entsandt wurden, um Anschläge [...] durchzuführen. [...] eine spezifisch gegen Österreich oder österreichische Interessen gerichtete Drohung [sei] nicht eingegangen. Vielmehr müsse „festgehalten werden, dass die Al Qaida-Ideologie weiterhin zahlreiche Gruppierungen und/oder Personen inspiriert“, so ein Auszug aus dem Verfassungsschutzbericht 2011.⁴¹

37 Vgl. Horn, Der Anfang vom Ende. Worst-Case-Szenarien und die Aporien der Voraussicht, in Engell/Siegert/Vogl, Gefahrensinn (2009), 93.

38 Bericht der 9/11-Kommission (2004) 336, zit.n. Salter, Risk and Imagination in the War on Terror, in Amoore/De Goede (Hrsg), Risk and the War on Terror (2008).

39 Kahn, Thinking About the Unthinkable (1962).

40 Zitate v. Mikl-Leitner, Mikl-Leitner will an Anti-Terror-Paket festhalten, Standard Online v. 28.7.2011, <http://derstandard.at/1311802228651/OeVP-Mikl-Leitner-will-an-Anti-Terror-Paket-festhalten> (30.6.2012)

41 BMI (Hrsg), Verfassungsschutzbericht (2011) 60f.

3. Die Evidenz des Szenarios

Zu Recht haben Kritiker_innen den Eindruck, es werde hier eher frei assoziativ als logisch-folgernd mit dem Thema Sicherheit umgegangen: Der Diskurs entfaltet eine eigentümliche Evidenz, die herkömmliche Regeln der Deduktion missachtet. Orientiert wird sich an einer „Politik des Möglichen“, die, insofern ein Ereignis denkbar ist, sich auf dieses einzustellen beginnt. In diesem Sinne lässt sich die Rezeption des Attentats von Norwegen (s.o.) in die laufende Debatte begreifen. Fragen nach der Vergleichbarkeit von Norwegen und Österreich in polizeiorganisationaler und rechtlicher, aber auch in sozialstruktureller und ökonomischer Hinsicht treten hier in den Hintergrund. „Das kann überall passieren“⁴², konstatiert etwa Gridling, und dekontextualisiert so das Geschehen in Norwegen vollständig. Fortan fungiert das „Beispiel Breivik“ als Beleg für die Notwendigkeit der Novellierung der österreichischen Gesetzeslage. Hatte man erst im Jahr 2005 aufgrund der erhöhten Komplexität gruppenbezogener Ermittlungen eine vergrößerte Eingriffsintensität bei Gruppendelikten für notwendig gehalten, müsse eine ebensolche Aufmerksamkeit in Zukunft auch Einzeltäter_innen zukommen. Denn „[d]as Instrumentarium der erweiterten Gefahrenerforschung wäre für Personen wie Breivik nicht infrage gekommen, weil er keine Gruppe ist“.⁴³ Auch Mikl-Leitner argumentiert in diesem Sinne: Das Anti-Terror-Paket sei „eine Notwendigkeit aus der Erfahrung der letzten Monate und Jahre“.⁴⁴ Im Szenariodiskurs erweitert jedes in der „westlichen Welt“ neu hinzukommende Ereignis die Möglichkeitsräume für Anschläge, und jedes als terroristisch gerahmte Ereignis verbreitert die Kenntnisse über die zu seiner Bekämpfung als nötig erachteten Maßnahmen. Dass in Österreich aktuell wie historisch kaum Terroranschläge zu verzeichnen sind, ist *angesichts der vorstellbaren Möglichkeiten von terroristischen Anschlägen in der Welt* von untergeordneter Bedeutung. Wenn Mikl-Leitner ihrer Interviewpartnerin dazu rät, sich vorzustellen, „jemand möchte eine Bombe legen, um die Welt zu verbessern, am Karlsplatz [...]“⁴⁵, um die Notwendigkeit der von ihr vorgeschlagenen Maßnahmen im SPG zu untermauern, dann ist es gleich, wie wahrscheinlich es ist, dass jemand am Karlsplatz eine Bombe platziert – da dies denkbar ist, muss damit „gerechnet“ werden. Wo diese vorhanden war, wird rechnerische Evidenz im Diskurs tendenziell abgelöst zu Gunsten der Imagination des bloß Möglichen; Szenarien treten an die Stelle mathematischer Kalkulation.⁴⁶ Installiert wird

42 Gridling, „Keine konkrete Bedrohung“, news ORF.at v 5.8.2011, <http://news.orf.at/stories/2070636/2070635/> (30.6.2012).

43 BVT-Chef: „Wir hätten gesagt, das ist ein Wirrkopf“, krone.at v 25.7.2011, http://www.krone.at/Oesterreich/BVT-Chef_Wir_haetten_gesagt_das_ist_ein_Wirrkopf-Breivik-Manifest-Story-274167 (30.6.2012).

44 Mikl-Leitner will an Anti-Terror-Paket festhalten, Der Standard Online v 28.7.2011, <http://derstandard.at/1311802228651/OeVP-Mikl-Leitner-will-an-Anti-Terror-Paket-festhalten> (30.6.2012); so auch ÖVP-Generalsekretär Rauch im ORF-Report v 2.8.2011.

45 Mikl-Leitner im ORF-Report, 15.11.2011.

46 Freilich ist anzumerken, dass auch letztere keineswegs einfach Realität abbildet, sondern durchaus moralischen Ursprungs ist.

dabei ein Denken in *Ereignisketten* – terroristische Akte auch kleineren Ausmaßes, vermittelte Anschläge, präventive Ausweisungen von Hasspredigern – sie alle belegen, dass die Unsicherheit die neue Normalität darstellt.

4. Null-Risiko

Das Denken in Worst-Case-Szenarien formuliert dabei eine Dringlichkeit, es setzt einen Handlungsimperativ. Da man sich am Schlimmsten orientieren muss, ist es keine Option, das Ereignis einfach auf sich zukommen zu lassen. Nun erweist es sich als besonders wichtig, „nichts dem Zufall zu überlassen“.⁴⁷ Weniger die aktuelle Lage als die Vorstellung des Totalverlusts reizt insofern zu invasiveren Maßnahmen an – trotzdem seine Eintrittswahrscheinlichkeit sehr gering ist. Dem Zufall zu entgehen kann jedoch nur noch im Ausschalten jeglichen Risikos bestehen. Keine Berechnung des Schadens der politisch oder weltanschaulich motivierten Kriminalität wird vorgenommen, keine Kosten ihrer Verfolgung werden eruiert, keine Analyse der Wirksamkeit unterschiedlicher Maßnahmen angestellt. Wo keine Identifikation von Risiken und keine statistische Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Ereignisses mehr möglich ist, und wo man es nicht mehr mit „erträglichen“ Verlusten⁴⁸ zu tun hat, da ist die Kalkulation mit dem Risiko ausgeschlossen. Die terroristischen Bedrohungen sind „zeitlich, sachlich und sozial entgrenzt“⁴⁹; sie gelten schlichtweg als nicht mehr versicherbar.⁵⁰ Das Unglück muss deshalb verhindert werden – koste es, was es wolle. Nicht nur die zuvor angelegten Bewertungen, auch die auf ihnen aufbauenden Maßnahmen erweisen sich im Rahmen des diskursiven Eintritts in die Ereignisstruktur als überholt, sie müssen verworfen oder ergänzt werden. Weil „die Welt [...] sich verändert“ habe, hätten sich „weltweit [...] die Länder darauf eingestellt, die Sicherheitsvorkehrungen zu verschärfen und zu überdenken“, sagt Mikl-Leitner im Bezug auf 9/11. Sie fährt fort: „Auch wir in Österreich haben einiges an Maßnahmen gesetzt.“⁵¹ Da der Worst-Case sich weder aus der Vergangenheit noch aus der Gegenwart ableiten lässt, sind intensive Nachforschungen im Vorfeld anzustellen. Der Diskurs ist von daher mit einem unbedingten Willen zum Wissen verknüpft: In dem Versuch, das einzukalkulieren, was dem Kalkül bisher entgehen muss, zielt er auf eine „Operationalisierung des Nicht-Wissens“⁵² ab. Man könnte auch sagen: Das Problem der Unsicherheit wird in ein Problem der fehlenden

47 Mikl-Leitner will an Anti-Terror-Paket festhalten, Der Standard Online v 28.7.2011.

48 Horn, Der Anfang vom Ende, 91 (92).

49 Vgl Bonß, (Un-)Sicherheit in der Moderne, 43 (8).

50 Nicht einmal in Geldwerten können sie noch aufgerechnet werden. Ederer, Generaldirektor der Grazer Wechselseitigen über die Frage der Versicherbarkeit terroristischer Gefahren: „Wenn es ein Geschäft wäre, hätten es die Versicherungen schon längst gemacht“, Naturkatastrophen und Terroranschläge sollen versicherbar werden, Der Standard Online v 18.1.2007, <http://derstandard.at/2731963> (30.6.2012).

51 Der Staat fordert Daten, Interview mit Mikl-Leitner, Die Furche 34 (2011), <http://www.furche.at/system/showthread.php?t=17747> (30.6.2012).

52 Wolf, Das Gefährliche regieren, 35 (31).

Information übersetzt. Über ein möglichst umfangreiches Wissen über Zusammenhänge, Netzwerke und Risikopopulationen sollen möglichst alle Unsicherheit herstellenden Faktoren und Situationen rekonstruiert, benannt und bearbeitet werden. Die Ausschaltung des Zufalls meint der Gefahr vorzugreifen, noch bevor sie entsteht.

Die Modalität des Diskurses um die SPG-Novelle spiegelt sich in den mit ihr weiter intensivierten Maßnahmen: Über die Sammlung strafrechtlich irrelevanter Informationen wie bspw Internetpostings soll es fortan gelingen, nicht nur vorab definierte Straftaten oder Störungen zu erfassen, sondern die Aufmerksamkeit auch auf Ereignisse zu richten, deren Charakter und Erscheinungsform noch im Unklaren liegen. Nicht mehr die Überprüfung von verdachtskonstituierenden Anhaltspunkten sondern die präventive Überwachung sich potenziell entfaltender Kräfte stehen deshalb hier im Fokus. „Unser Ziel muss es sein“, sagt BVT-Direktor Gridling vor Verabschiedung der Novelle, nach Möglichkeit frühzeitig das Gefahrenpotenzial zu erkennen und durch geeignete Maßnahmen abzuwehren.“⁵³ Die erweiterte Gefährdungsanalyse, mit der Daten ohne konkreten Anlass und ohne vorab definierte Voraussetzungen bzw entlang eines etwaigen Kriterienkatalogs für jeweils ein Jahr auf Vorrat gesammelt und weiterverarbeitet werden können, ist passgenau auf solche unbestimmten Gefahrenlagen ausgerichtet. Mit der Orientierung an „schwachen Hinweisen“⁵⁴ – der Einbeziehung bspw auch legaler Verhaltensweisen – werden nicht nur *bekannte Risiken* anvisiert, sondern auch Gefahren, deren Entfaltung bisher noch aussteht. Wollte man nicht erst am Ende der Radikalisierung die Möglichkeit zum Eingreifen haben, so Mikl-Leitner, müsse man verschärfend „an der Schraube der Gesetzgebung drehen“.⁵⁵ Mit der Orientierung an sich nur vage abzeichnenden Bedrohungen ist das Prinzip der Prä-emption umrissen. Ursprünglich berechtigte es einen Staat nach internationalem Recht auf *militärischer* Ebene zur Durchführung eines Präventivschlags, wenn ihm Beweise oder Warnungen über einen unmittelbar bevorstehenden Angriff vorlagen. Heute hat sich diese Bedeutung verschoben. Anders als zu Zeiten des Kalten Kriegs versucht man im Zuge der Terrorismusbekämpfung nach 2001 (der in seiner Logik tatsächlich partiell ein „Krieg gegen den Terror“ ist) auch Bedrohungen vorzugreifen, die sich nur diffus abzeichnen, anstatt dass konkrete Hinweise auf sie vorliegen.⁵⁶ Schien es mit der Orientierung an bereits bekannten Risiken kaum möglich, „vor die Lage“ zu kommen, so könne man mit dem Zugriff auf verdachtslos gespeicherte personenbezogene Informationen politisch oder weltanschaulich aktiver Individuen oder Gruppen „eine andere Gefahrenprognose“ abgeben,

53 ORF-Report v 15.11.2011.

54 So Gridling. Nach Attentat: Behörden wollen Internet stärker überwachen, Die Presse Online v 25.7.2011, http://diepresse.com/home/techscience/internet/sicherheit/680676/Attentat_Behoerden-wollen-Internet-staerker-ueberwachen (30.6.2012); ebenso SPÖ-Justizsprecher Jarolim im ORF-Report v 15.11.2011.

55 Mikl-Leitner wirbt für Anti-Terror-Paket, news ORF.at v 5.8.2011, <http://news.orf.at/stories/2072488/2072498/> (30.6.2012).

56 Vgl Cooper, Pre-empting Emergence: The Biological Turn in the War on Terror, in *Theory Culture Society* (2006), 113 (124).

so Gridling.⁵⁷ Die mit dem Gesetz verabschiedeten Eingriffsrechte implizieren insofern keine Ermittlung von Straftaten bei Verdächtigen mehr, sie setzen bei der Überwachung Nichtverdächtiger an. Der Diskurs plädiert für ein Vorsorgeprinzip, das zwischen legalem und illegalem Verhalten der Beobachteten keinen Unterschied mehr macht.

5. Das Wuchern der Gefahr

Eine solche diskursive Logik und ihre Umsetzung in Form der SPG-Novelle basieren jedoch auf dem Versuch der Antizipation einer Unsicherheit, die mittels erweiterter Wissens nicht in Gewissheit zu verwandeln ist. Mit dem Fokus auch auf Bedrohungen fängt die Gefahr unweigerlich unkontrolliert an zu wuchern. Denn wenn der „geschlossene Ereignisraum“⁵⁸ modernen Unsicherheitsempfindens einem grundsätzlich unbegrenzten Möglichkeitsfeld weicht, bleibt das existenziell Bedrohliche stets in Latenz begriffen: Es kann jederzeit unerwartet und an unvorhergesehener Stelle hervorbrechen. Der mittlerweile berühmt gewordene Ausspruch des damaligen US-Verteidigungsministers Rumsfeld auf einer Pressekonferenz im Jahr 2002 bringt diese Gefahrenwahrnehmung auf den Punkt. Er sagt: „[...] as we know, there are known knowns; there are things we know we know. We also know there are known unknowns; that is to say we know there are some things we do not know. But there are also unknown unknowns – the ones we don't know we don't know.“⁵⁹ Nicht mehr allein zwischen gesicherten Informationen (*known knowns*) und kalkulierbaren Risiken (*known unknowns*) wird hier unterschieden – zusätzlich werden auch Gefahren einbezogen, die als solche nicht mehr kalkuliert werden können (*unknown unknowns*). Bisher als sicher eingeschätzte Lagen und Situationen müssen sich vor diesem Hintergrund wieder voller latenter Gefahren erweisen – Gefahren, deren Existenz abstrakt angenommen wird, deren Charakter, Ausprägung und Manifestation jedoch noch im Unklaren liegen. Sicher ist dann nur noch die prinzipielle Unsicherheitsgewissheit, „Sicherheit“ nur noch als das „Ausbleiben von Verbrechen“ zu verstehen.⁶⁰ Durch die anlasslose Sammlung legaler Verhaltensweisen werden von polizeilicher Seite Verdachte kriert, die eben so wenig entkräftet werden können wie sie noch zur Reduktion von Unsicherheit beizutragen in der Lage sind. Das Zurücktreten von Delikt und Devianz⁶¹ reizt vielmehr zu immer neuen Nachforschungen an. Parisi und Goodman haben für derartige Logiken eine treffende Metapher entwickelt.⁶² Die

57 BVT-Chef: „Wir hätten gesagt, das ist ein Wirrkopf“, *krone.at* v 25.7.2011.

58 Vgl. *Bonß*, (Un-)Sicherheit in der Moderne, 43 (53).

59 U.S. Department of Defense, Secretary Rumsfeld and Gen. Myers v 12.2.2002, <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2636> (30.6.2012).

60 Vgl. *Bröckling*, Prävention, in *Bröckling/Krasmann/Lemke* (Hrsg), *Glossar der Gegenwart* (2004), 210 (210).

61 Vgl. *Lianos/Douglas*, Dangerization and the End of Deviance. The Institutional Environment, *British Journal of Criminology* (2000), 261, die allerdings stärker von einem „Verschwinden“ von Delikt und Devianz sprechen.

62 *Parisi/Goodman*, The Affect of Nanoterror, *Culture Machine* (2005), <http://www.culturemachine.net/index.php/cm/article/viewArticle/29/36> (30.6.2012).

antizipierte, stets im spekulativen verbleibende Bedrohung, so sagen sie, wirft einen „Schatten“ auf die Gegenwart. Dieser reizt zu permanenter und intensivierter Aktivität an, kann aber nie beseitigt werden. Er eilt dem Handeln stets voraus. Der Umgang mit solcherart antizipierter Gefahren, so zeigt auch Massumi, hat weniger eine kausale, als vielmehr eine *operative* Logik. Sein Seinsgrund verpufft nie in der Aktualisierung, vielmehr wird das permanente Umkreisen der vermeintlichen kognitiven Lücke zum eigenen, sich selbst perpetuierenden Zweck.⁶³ Erst im Jahr 2005 hatte man aufgrund der erhöhten Komplexität *gruppenbezogener* Ermittlungen eine vergrößerte Eingriffsintensität bei Gruppendelikten für notwendig gehalten. Heute wird die bisher Gruppen vorbehaltene Maßnahme der erweiterten Gefahrenforschung auch bei Einzelpersonen angewendet.⁶⁴ Mit dem Wuchern des Diskurses geraten grund- und menschenrechtliche Fragen in den Hintergrund zu Gunsten einer Dynamik, die an der Verwirklichung eines „Grundrechts auf Sicherheit“⁶⁵ arbeitet. Die sich unweigerlich einstellenden Verletzungen von Schutzgütern Einzelner „zu Gunsten“ der Sicherheit der Bevölkerung können dann nur noch als bedauerliche „Pannen“ dargestellt werden, die jedoch als Einzelfälle gegenüber dem allgemeinen Sicherheitsgewinn – so prekär dieser auch sein mag – hinzunehmen seien.⁶⁶ Bereits nach alter Gesetzeslage wurde eine Gruppe von Wiener Tierrechtsaktivist_innen fälschlicherweise der Bildung einer „kriminellen Organisation“ beschuldigt.⁶⁷ Auch die Bezeichnung vierer bildungspolitisch aktiver Studierender, eine „terroristische Vereinigung“ gebildet zu haben, musste aufgrund einer unzureichenden Beweislage wieder zurückgenommen werden. Zuletzt fand sich die ehemalige ÖH-Vorsitzende Siegrid Maurer als angebliches Mitglied einer „kriminellen Verbindung“ auf einer für die erweiterte Gefahrenabwehr grundlegenden Extremismusliste wieder.⁶⁸ Wir sehen: Mit einer Gefahrenwahrnehmung, die den Blick auf legales Verhalten institutionalisiert, werden immer größere Teile des Sozialen unter polizeiliche Aufsicht gestellt. Eine solche Praxis aber läuft Gefahr, soziale Differenzen oder Probleme, wie sie in politischem Engagement zum Ausdruck kommen, tendenziell zu Sicherheitsproblemen umzucodieren. Wo „[f]ür die Exekutive Bedingungen geschaffen werden [, um] frühzeitig auf Verdächtige zugreifen zu können“⁶⁹, da muss befürchtet werden, dass verstärkt

63 Massumi, Angst (sagte die Farbskala), in *Ders: Ontomacht. Kunst, Affekt und das Ereignis des Politischen* (2010), 105.

64 So bspw. Gridling, Kritik an schwacher Kontrolle, news ORF.at v. 2.12.2011.

65 ÖVP-Generalsekretär Rauch im ORF-Interview v. 2.8.2011: „[...] ich glaube, dass die Bevölkerung einfach ein Grundrecht auf Sicherheit auch hat“. Zur Diskussion um das Grundrecht auf Sicherheit affirmativ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats (1983).

66 Rauch, ORF-Interview v. 2.8.2011.

67 Rechtsmittel werden in zweiter Instanz nach wie vor gegen andere Straftatbestände (Sachbeschädigung, Nötigung) erhoben. Siehe auch *Mackinger/Pack* (Hrsg): § 278a: Gemeint sind wir alle! (2011)

68 Aus einer Verwaltungsübertretung zogen die Sicherheitsbehörden den Schluss, Maurer wolle in Zukunft „vorsätzlich strafbare Handlungen“ begehen.

69 Anti-Terror-Paket: Einigung zeichnet sich ab, Die Presse Online v. 14.8.2011, http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/685620/AntiTerrorPaket_Einigung-zeichnet-sich-ab (30.6.2012).

Stimmen abseits der politischen Mitte und abseits der staatlich institutionalisierten Wege politischen Ausdrucks ins polizeiliche Raster geraten. Sie werden unter Missachtung ihrer Grund- und Menschenrechte zu Risiko- oder Gefahrenpotenzialen erhoben und kriminalisiert, ihre Anliegen werden entpolitisiert.⁷⁰

6. Ausnahmezustand

Spätestens seit dem 11. September 2001 kennt die österreichische kriminal- und sicherheitspolitische Diskussion keinen Zustand der Sicherheit mehr; sie bewegt sich entlang eines Kontinuums verschiedener Unsicherheitszustände. Worst-Case-Imaginationen werfen dabei lange Schatten auf die Gegenwart, die anstatt der Produktion von Ruhe, Sicherheit und Ordnung ständig neue zu bewältigende Krisen hervorbringen. Es ist somit der *Diskurs* des Ausnahmezustands, der hier eine „Gesetzeskraft“ zu entwickeln vermag, die Krisengesetzgebungen ohne Krise notwendig erscheinen lassen. Die Rede vom unsichtbaren, nicht lokalisierbaren, aber stets gegenwärtigen Feind bildet das Fundament, auf dem Bürger_innen zukünftig regulär und dauerhaft heimlich und ohne konkreten Verdacht unter Beobachtung gestellt werden können. Der diskursiv antizipierte Totalverlust vermag alles zu recht-fertigen – selbst rechtsstaatlich inkompatible Maßnahmen lassen sich noch in rechtsstaatliches Recht einkleiden. Eingangs hatte ich darauf hingewiesen, dass Demokratien, um sich selbst gegen Bedrohungen zu schützen, ihre eigenen demokratischen Mechanismen mitunter außer Kraft setzen. Die Widersprüchlichkeit dieser Figur ließ sich bisher durch die Vorstellung der nur temporären Suspendierung der Rechtsanwendung relativieren.⁷¹ Wenn aber – wie hier – die Krise auf Dauer gestellt wird, werden Politik und polizeiliches Handeln zunehmend ununterscheidbar, mehr noch, polizeiliches Handeln *wird* zur Politik.⁷² Die antizipierte Krise lässt die polizeiliche Arbeit damit einmal mehr zum Krisenmanagement werden – diesmal hingegen mit noch weitreichenderen Interventionsbefugnissen, welche mit ihrer Orientierung nicht mehr allein an konkreten Gefahren, auch nicht länger nur an Potenzialen, sondern an Krisenfiktionen Gefahren weniger zu beseitigen scheinen als dass sie zu ihrem unkontrollierten Wuchern beitragen.

Mag^a Andrea Kretschmann (MA) ist Doktorantin an der Bielefeld Graduate School in History and Sociology (BGHS), Universität Bielefeld und Redaktionsmitglied des *juridikum*; andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de

70 Zur Entpolitisierung durch Versicherheitlichung *Buzan/Waever/De Wilde*, *Security. A New Framework for Analysis* (1998).

71 *Hardt/Negri*, *Multitude. Krieg und Demokratie im Empire* (2004), 22.

72 *Ebd.*, (27); *Agamben*, *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben* (2002).

Von wegen „volle Versammlungsfreiheit“

Roland Pichler

1. Einleitung

Das Recht sich zu versammeln ist in Österreich drei Mal in der Verfassung verankert.¹ Dadurch wird der Eindruck vermittelt, dass der Versammlungsfreiheit in Österreich ein besonders hoher Stellenwert zukommt. An sich wäre dies zu begrüßen, sind doch die freie und öffentliche Meinungsäußerung essentielle Elemente eines demokratischen Rechtsstaats und grenzen diesen von autoritären Staatsformen ab. Ein Blick auf die Statistik scheint diesen Stellenwert zu bestätigen: Im Jahr 2009 gab es in Wien 7.261 Versammlungsanmeldungen, 10.701 im Jahr 2010 und im Jahr 2011 waren es 7.182.² Die nackten Zahlen vermitteln den Eindruck, Wien sei die „Demometropole“.³ Bei einem genaueren Blick offenbart sich aber, dass diese Zahlen nichts mit der „Demo-Realität“ zu tun haben; denn ein nicht unerheblicher Teil dieser Versammlungsanmeldungen sind Wahl(werbe)veranstaltungen der politischen Parteien. Jede noch so kleine Verteilaktion von Flugblättern oder etwa auch Kugelschreibern wird von den Parteien als Versammlung angemeldet. Dadurch ist auch die hohe Zahl von Anmeldungen im Jahr 2010 zu erklären, fanden hier doch die Wiener Landtags- und Gemeinderatswahlen sowie die Wahl des Bundespräsidenten statt.⁴ Eine ähnlich große Lücke klafft zwischen Theorie bzw Gesetz und verwaltungsbehördlicher Praxis, wie die folgende Analyse zeigen wird. Die Darstellung der Behördentätigkeit stützt sich auf Beobachtungen und Erfahrungen, die der Autor als Rechtsberater in den letzten vier Jahren auf über ein Dutzend Versammlungen und in den damit zusammenhängenden juristischen Verfahren gemacht hat, sowie auf ein Interview mit Hofrat Dr Rudolf Müllbner, Leiter des Büros für Vereins-, Versammlungs- und Medienrechtsangelegenheiten der Bundespolizeidirektion Wien.⁵

1 Art 12 Staatsgrundgesetz (StGG, RGBl Nr 142/1867), Art 11 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, BGBl. 210/1958) und Punkt 3 des Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 (BPRNV, StGBI 3/1918). Auch in der EU-Grundrechtecharta ist die Versammlungsfreiheit verankert. Kürzlich hat der VfGH entschieden (U 466/11-18; U 1836/11-13), dass auch der Grundrechte-Charta der EU Verfassungsrang zukommt, wenn im entsprechenden Verfahren Unionsrecht eine Rolle spielt.

2 Interview vom 13.06.2012, geführt mit Hofrat Dr Rudolf Müllbner, Leiter des Büro für Vereins-, Versammlungs- und Medienrechtsangelegenheiten der Bundespolizeidirektion Wien, dem auf diesem Wege nochmals gedankt sei; im Folgenden: Interview Müllbner. Ein Mitschnitt des Gesprächs befindet sich im Besitz des Autors.

3 Wien: Die Demometropole, Die Presse v 29.01.2011.

4 Interview Müllbner.

5 Der größte Teil des Artikels fokussiert auf die Praxis in Wien, es kann aber davon ausgegangen werden, dass die verwaltungspolizeiliche Praxis vor allem in anderen großen Städten ident ist.

2. Die Theorie

Während die oben erwähnten Verfassungsgesetze das Recht auf Versammlungsfreiheit garantieren, ist im Versammlungsgesetz von 1867⁶ die Ausübung dieses Rechts detaillierter geregelt.⁷ Entscheidende Änderungen des knapp 150 Jahre alten Gesetzes waren die Abschaffung des Konzessionssystems im Jahre 1964 (seither ist nur eine Versammlungsanzeige aber keine Genehmigung nötig)⁸ und die Einführung eines Vermummungsverbots 2002.⁹ Das Konzessionssystem war aus verfassungsrechtlicher Sicht bereits durch den BPrNV (Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung) von 1918 gefallen,¹⁰ es wurde aber weiter daran festgehalten und der entsprechende einfachgesetzliche Passus 1953 in rechtswidriger Weise wiederverlautbart.¹¹ Auch ein Erlass des BMI von 1947¹² ordnete die Anwendung des Konzessionssystems ausdrücklich, und wiederum rechtswidrig, an. Bereits hier zeigt sich, dass Gesetzgeber und Behörden wenn nötig auch mit gesetzwidrigen Mitteln versuchen, die Versammlungsfreiheit zu unterminieren.

Im Anmeldesystem der geltenden Rechtslage sind Versammlungen bei der zuständigen Behörde 24 Stunden vor Beginn anzuzeigen und deren Zweck bekanntzugeben (§ 2 Abs 1 VersG). Ermacora spricht in diesem Zusammenhang von „polizeistaatlichem Gedankengut“.¹³ Anderle gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, „(...) [dass] durch die Überschreitung eines einmal angemeldeten Zweckes der Dynamik von Versammlungen und damit dem Versammlungsrecht in seiner Bedeutung für die Demokratie beträchtliche Schranken gesetzt [sind].“¹⁴ Nicht unumstritten ist die Frage ob die Pflicht zu Versammlungsanzeige Punkt 3 BPrNV widerspricht, da darin von einer vollen „Vereins- und Versammlungsfreiheit“ die Rede ist.

Im Wirkungsbereich einer Bundespolizeibehörde ist diese selbst Versammlungsbehörde, an allen anderen Orten die Bezirksverwaltungsbehörde. Rechtsmittelbehörde ist in der Regel die Sicherheitsdirektion (§§ 16 iVm 18 VersG).¹⁵ Dies alles ändert sich aber mit 1.9.2012, wenn anstelle der bisherigen Sicherheits- und Bundespolizeidirektionen

6 RGBI 135/1867.

7 Eine sehr gute und übersichtliche historische Zusammenfassung, welche auch politische und sozialhistorische Aspekte berücksichtigt, findet sich bei *Murgrauer*, Die Straße als Massenmedium, Mitteilungen der Alfred Klahr Gesellschaft 1/2001, http://www.klahrgesellschaft.at/Mitteilungen/Murgrauer_1_01.html (26.8.2012).

8 V 25/64 (= VfSlg 2885/1964); kundgemacht in BGBl 69/1964.

9 BGBl 127/2002.

10 VfGH B 39/23 (= VfSlg 254/1923), abgedruckt bei *Keplinger*, Versammlungsrecht (2002) 130; bestätigt durch VfSlg 774/1927.

11 *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 311. Durch die Wiederverlautbarung wurde neues Recht geschaffen, welches die Entscheidung des VfGH zum Konzessionssystem ignorierte, wodurch die Bundesregierung ihre Kompetenzen überschritten hat, so *Ermacora*.

12 ZI 54.345-4/49, abgedruckt bei *Ambrosi*, Das österreichische Polizeirecht I (1965) 50–51.

13 *Ermacora*, Handbuch 312.

14 *Anderle*, Österreichisches Versammlungsrecht (1988) 42 Rz 121.

15 Gibt es am Sitz des/der Landeshauptmannes/frau keine Bundespolizeidirektion, ändert sich die Zuständigkeit.

9 Landespolizeidirektionen treten.¹⁶ Ist nun die Landespolizeidirektion Versammlungsbehörde erster Instanz,¹⁷ fungiert als letzte und somit als Berufungsinstanz ebenfalls die Landespolizeidirektion. Diese verfassungsrechtlich bedenkliche Regelung bedeutet einen eklatanten Einschnitt in das Versammlungsrecht. Die Auswirkungen werden später im Text noch eingehender diskutiert.

Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH genießen auch Versammlungen, die nicht gem § 2 VersG angemeldet wurden, den grundrechtlichen Schutz der Versammlungsfreiheit.¹⁸ Eine nähere Definition des Begriffs „Versammlung“ findet sich im Versammlungsgesetz nicht.¹⁹ Daher war es dem Verfassungsgerichtshof vorbehalten, diesbezüglich einen „Kriterienkatalog“ zu entwickeln. Nach ständiger Rechtsprechung „ist eine Zusammenkunft mehrerer Menschen dann eine Versammlung im Sinne des VersG, wenn sie in der Absicht veranstaltet wird, die Anwesenden zu einem gemeinsamen Wirken (Debatte, Diskussion, Manifestation usw.) zu bringen, sodass eine gewisse Assoziation der Zusammengekommenen entsteht.“²⁰ Das zufällige Zusammentreffen von Personen ist hingegen nicht als Versammlung iSd VersG zu qualifizieren.²¹ Ob eine Versammlung nun als Demonstration, Kundgebung, usw bezeichnet wird, ist daher irrelevant. Entscheidend ist vielmehr, ob die obengenannten Kriterien vorliegen, und eine Versammlung somit in den Schutzbereich des Versammlungsgesetzes fällt.²²

3. Die Praxis

3.1. Die Tücken der Versammlungsanmeldung

Bereits die Versammlungsanmeldung kann einige Schwierigkeiten bereiten. Die zuständige Behörde herauszufinden, ist hier noch das geringere Problem.²³ Ist diese allerdings der Meinung, dass die Versammlung zu untersagen ist, wird es kompliziert. Kraft Gesetzes verboten sind Versammlungen, die während Tagungen des National- bzw Bundesrates, der Bundesversammlung oder eines Landtages im Umkreis von 300m stattfin-

16 BVG Sicherheitsbehörden-Neustrukturierung 2012, BGBl 49/2012; Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungsgesetz – SNG, BGBl 50/2012.

17 Dies ist in jenen Gemeinden der Fall, wo die Landespolizeidirektion auch Sicherheitsbehörde erster Instanz ist. Davon sind wie bisher ua alle Landeshauptstädte, außer Bregenz, erfasst; daneben aber auch noch weitere (siehe dazu § 8 SPG idF des SNG).

18 B2229/94 (=VfSlg 14.366), B106/86; B373/86 (=VfSlg 11.132); auch VwSlg 17765A/2009. Ähnlich EGMR, 5.3.2009, *Barraco gg Frankreich*, Nr 31684/05.

19 Bereits *Tezner*, Versammlungsrecht, in *Mischler/Ulbrich*, Österreichisches Staatswörterbuch 4. Bd (1909) kritisierte diesen Zustand; überhaupt hielt er das VersG in „technischer Beziehung [als] sehr mangelhaft“; auch der Leiter des Wiener Versammlungsbüros ist mit dem derzeitigen Versammlungsgesetz nicht glücklich, da sich durch die Unbestimmtheit viele Auslegungsschwierigkeiten ergeben (Interview Müllebnner).

20 B1947/95 (= VfSlg 15.109) und die dort zitierte Vorjudikatur, sowie B281/88 (= VfSlg 11.866).

21 B281/88 (= VfSlg 11.866).

22 B970/87 (= VfSlg 11.651).

23 Auf der Plattform <http://help.gv.at> steht dafür ein Tool zur Verfügung: <https://www.help.gv.at/linkaufloesung/applikation-flow?leistung=LA-HP-RL-Versammlungsanzeige&flow=LO&quelle=HELP> (26.8.2012).

den sollen. Eine Untersagung muss nicht explizit ausgesprochen werden.²⁴ Abgesehen davon dürfen nur Versammlungen, deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft oder deren Abhaltung die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährdet, untersagt werden (§ 6 VersG). Dies aber auch nur dann, wenn zusätzlich eine der in Art 11 EMRK Abs 2 angeführten öffentlichen Interessen gefährdet sind. Hier hat die Behörde eine Güterabwägung zwischen der Versammlungsfreiheit und dem Schutz jener im Art 11 Abs 2 EMRK genannten Interessen vorzunehmen. Ein Ermessensspielraum im technischen Sinn steht ihr dabei nicht zu.²⁵ Trotz der hohen Stellung als verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht geht eine solche Güterabwägung in der Praxis oft zu Lasten der Versammlungsfreiheit. Besonders häufig kommt es zu Untersagungen aufgrund von der Behörde prognostizierten schwerwiegenden Verkehrsbehinderungen.²⁶ Führt eine Demoroute zur Stoßzeit über einen Hauptverkehrsweg (zB in Wien Gürtel oder Ring), so ist eine Untersagung sehr wahrscheinlich. Dass für „normale“ Veranstaltungen (zB EM 2008) Straßenzüge oft tagelang gesperrt bleiben, scheint hingegen kein Problem zu sein, und zeigt, welchen Stellenwert das Versammlungsrecht bei den verantwortlichen Behörden „genießt“.

2011 wurden neun Versammlungen untersagt und zwei zurückgewiesen. Ein Jahr davor wurden 6 Untersagungen und vier Zurückweisungen registriert.²⁷ Diese Zahlen sind mit Vorsicht zu genießen, denn kommt die Behörde zu dem Schluss, dass eine Versammlung zu untersagen ist, so muss vorher der/die Anmelder_in gehört werden, um eine Alternativlösung zu finden. Die Behörde ist aber nicht berechtigt, die Anzeige von Amts wegen abzuändern oder Auflagen zu erteilen.²⁸ In der Regel wird dann eine Besprechung anberaumt, in der neben den Anmelder_innen auch Vertreter_innen des Versammlungsbüros, des Landesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (LVT), der Verkehrsabteilung und falls nötig der betroffenen Verkehrsbetriebe anwesend sind. Das LVT trifft dabei Gefahrenprognosen, basierend auf Erfahrungen und Internetrecherchen zB über Aufrufe oder aus dem Ausland anreisende Gruppen. Zudem werden Verkehrsprognosen getroffen und die Verkehrsabteilung erarbeitet Ausweichrouten.²⁹ Von den Behörden wird immer wieder betont, dass solche Besprechungen auch im Sinne des/der Anmelder_in liegen, da nur so ein reibungsloser Ablauf der Versammlung gewährleistet werden könne. In der Realität ist damit aber ein massiver Einschüchterungseffekt verbunden, denn die Anmelder_innen sehen sich mit einer Übermacht an Behördenver-

24 B1495/94 (= VfSlg 14.365/95); *Keplinger*, Versammlungsrecht 184; *Fessler/Keller*, Vereins- und Versammlungsrecht (2009) 278. Nach anderer Ansicht, sind auch solche Versammlungen explizit zu untersagen; Regierungsvorlage zur Versammlungsgesetznovelle 1968, abgedruckt bei *Keplinger*, Versammlungsrecht 186f; Interview Müllbner.

25 VfSlg 12.155/1989; VfSlg 6530/1971;

26 Vgl *Stolzlechner*, Demonstrationsfreiheit und Straßenpolizeirecht, Zeitschrift für Verwaltung 4/1987, 389–397; VfSlg 12.115/1989 (=B577/89); VfSlg 7229/1973.

27 Interview Müllbner.

28 VfSlg 9103/1981; VfSlg 15.326/1998.

29 Interview Müllbner.

treter_innen konfrontiert und befinden sich dabei in einer passiven Situation. Entweder akzeptieren sie die von den Behörden vorgeschlagenen Änderungen oder sie riskieren eine Untersagung („Friss oder stirb“-Mentalität). Im ersten Fall kann die Versammlung zwar durchgeführt werden, aber nicht so wie gewünscht. Ob die im Raum stehende Untersagung gerechtfertigt gewesen wäre, ist nicht mehr überprüfbar. Denn wird den Änderungen zugestimmt, so findet darüber eine Niederschrift statt, und die ursprüngliche Anzeige gilt als zurückgezogen;³⁰ eine formale Untersagung, gegen die berufen und die in weiterer Folge vor dem VfGH bekämpft werden könnte, liegt damit nicht vor. Solche Fälle scheinen auch nicht in der „Untersagungs-Statistik“ auf. Im zweiten Fall könnte die Untersagung zwar entsprechend angefochten, die Versammlung aber nicht legal durchgeführt werden. Die auf dem Papier sehr weitreichende Versammlungsfreiheit wird durch diese Praxis, die sich vor allem in Wien eingebürgert hat, unterlaufen. „[Die Versammlungsfreiheit] besteht faktisch nur dann, wenn der Staat von (...), der Untersagung oder der Auflösung einer Versammlung nicht Gebrauch macht.“³¹

Die Versammlungsbehörde sitzt zudem am längeren Hebel, da über Berufungen die übergeordnete Polizeibehörde (Sicherheitsdirektion) entscheidet. Es bedarf wohl keiner großen Kenntnisse polizeiinterner Abläufe, um zu ahnen, dass die Oberbehörde der Unterbehörde nicht widersprechen wird. Zumindest für Wien ist dem Autor kein Fall bekannt. Mit der Errichtung der Landespolizeidirektionen werden die Chancen auf einen Erfolg im Berufungsverfahren allerdings noch geringer. Denn nun entscheidet dieselbe Behörde, die die Untersagung ausgesprochen hat, über die Berufung.³² Die beabsichtigte Einrichtung von sogenannten Rechtsmittelbüros³³ ändert nichts daran, dass sich diese Regelung am Rande der Verfassungskonformität bewegt. Dadurch werden das rechtsstaatliche Prinzip und der damit eng zusammenhängende Grundsatz der Effizienz des Rechtsschutzes aufs Äußerste strapaziert. Auch das in Art 13 EMRK garantierte Recht auf wirksame Beschwerde wird so ad absurdum geführt. Zwar sollen mit der Einführung der Landesverwaltungsgerichte am 1.1.2014³⁴ diese als Berufungsinstanzen tätig werden, dieses Vorhaben ist aber lediglich in der Regierungsvorlage festgeschrieben und noch nicht als Gesetz beschlossen.³⁵ Es ist also durchaus möglich, dass die Landespolizeidirektionen auch nach dem 1.1.2014 als „Rechtsmittelinstanz“, quasi für sich selbst, weiterbestehen. Zudem stellt sich die Frage, warum nicht der UVS vorübergehend als Berufungsinstanz installiert wurde, wenn sowieso seine Nachfolgeorganisation dessen Aufgaben übernimmt.

30 Interview Müllebner.

31 *Ermacora*, Handbuch 314.

32 Selbst der Leiter des Wiener Versammlungsbüros zeigte sich ob dieses Umstandes überrascht (Interview Müllebner).

33 Regierungsvorlage zum SNG, Vorblatt und Erläuterungen 8.

34 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl 51/2012.

35 Regierungsvorlage zum SNG, Vorblatt und Erläuterungen 8. Die in der RV gemachten Ausführungen beziehen sich nur auf das SPG, sie werden aber analog auch auf das Versammlungsrecht anzuwenden sein.

Die Überprüfungsmöglichkeit durch den VfGH ist zwar rechtlich gegeben, für die praktische Durchführung der Versammlung allerdings bedeutungslos. Versammlungsunter-sagungen erfolgen oft nur einige Stunden bzw Tage vor der beabsichtigten Durchfüh-rung. Bei einer Beschwerde an den VfGH muss aber mit einer Entscheidungszeit von mindestens einem Jahr gerechnet werden. Bei Erfolg erhalten die Anmelder_innen ein Blatt Papier, auf dem bestätigt wird, dass die Untersagung unrechtmäßig erfolgte. Dem gegenüber steht neben dem nicht zu unterschätzendem Zeitaufwand vor allem eine hohe finanzielle Belastung von mehreren tausend Euro, die nur im Erfolgsfall zurücker-stattet werden. So darf es nicht verwundern, dass ein Großteil der Untersagungen nicht rechtlich bekämpft wird.³⁶

3.2. Umringt von Polizeikordons: Repression während der Versammlung

Aus Art 11 EMRK ergibt sich, dass staatliche Organe nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet sind, Versammlungen zu schützen. Diese Schutzpflicht des Staates ergibt sich daraus, dass Versammlungen in einer Demokratie ein unverzichtbares Element der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung darstellen und dem/der Einzelnen eine Teil-nahme am Staatswillensbildungsprozess garantieren.³⁷ Nowak kritisiert zurecht, dass die Exekutive den Willen des/der Versammlungsanmelder_in bei der Durchführung der Schutzpflicht nicht berücksichtigt. Er fordert daher ein ausdrückliches Ersuchen seitens der Veranstalter_innen an die Sicherheitsbehörden, um eine Bevormundung durch diese zu verhindern.³⁸ Die Praxis bestätigt die Befürchtung, denn die Schutzverpflichtung wird oft ins Gegenteil verkehrt.³⁹ In der Realität schrecken die von den Behörden gesetz-ten Maßnahmen potentielle Teilnehmer_innen eher ab, als sie zu schützen. Etwa wenn der Versammlungsort von einem unverhältnismäßig großem Polizeiaufgebot umstellt und schon während des Zutritts Kontrollen vorgenommen werden.⁴⁰

Das Verhältnis Teilnehmer_innen/Polizist_innen und die Ausrüstung der Exekutive hän-gen von der Größe der Versammlung und der Gefährdungsprognose der Behörde ab. Es kommt vor, dass pro Demonstrant_in ein/e Polizist_in anwesend ist bzw die Polizei in der Überzahl ist. Im Normalfall dürfte sich das Verhältnis Polizei – Teilnehmer_innen zwischen 1:3 und 1:10 bewegen. Die Polizeikräfte sind zumindest mit Schlagstock und Helm ausgestattet, spezielle Einsatzkräfte auch mit Ganzkörperprotektoren; vereinzelt

36 Interview Müllebner.

37 B20/89 (= VfSlg 12.501/90); *Dürager*, Schutz und Bedrohung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit durch die Ausübung der sicherheitspolizeilichen Befugnisse, Diplomarbeit (2002) 49; *Fessler/Keller*, Vereins- und Versamm-lungsrecht 257.

38 *Nowak*, Entscheidungsbesprechung zu VfGH Erkenntnis B 20/89, EuGRZ 1990, 550 (553); ähnlich *Hofer-Zeni*, Die Versammlungsfreiheit, in *Machacek/Pahr/Stadler*, 40 Jahre EMRK. Bd II. Wesen und Werte (1992).

39 Siehe dazu auch die Ausführungen des UVS Oberösterreich, Erkenntnis vom 30.06.2011, VwSen-420595/49/Gf/Mu.

40 So etwa geschehen bei der Demonstration gegen den WKR-Ball 2010. Es kommt zwar seltener vor, dass bereits der Demo-Treffpunkt umstellt wird, Kontrollen zuströmender Demonstrant_innen sind aber Usus.

sind auch Hundestaffeln anzutreffen. Hinzu kommen noch Hilfsmittel wie Absperrgitter, Wasserwerfer, Videoüberwachungsteams und Polizeihubschrauber. All diese Faktoren vermitteln das Gefühl einer übermächtigen Ordnungsmacht und generieren einen massiven Einschüchterungseffekt. Von einer freien Inanspruchnahme des Versammlungsrechts kann dann keine Rede mehr sein. Gesetzlich gestützt sind diese Aktionen auf die äußerst großzügigen Formulierungen des Sicherheitspolizeigesetzes (ua §§ 35, 39 und 40 SPG). Immer wieder kommt es vor, dass willkürlich Perlustrierungen vorgenommen und Personalien aufgenommen werden. Wer nach dem Grund der Amtshandlung fragt, ist schnell verbalen, mitunter auch körperlichen, Attacken der Exekutive ausgesetzt. Die verpflichtende Herausgabe der Dienstnummer wird meist verweigert oder die Betroffenen dürfen sich Fantasienummern wie „4711“ notieren, was einen klaren Verstoß gegen das SPG bzw die Richtlinienverordnung (RLV)⁴¹ darstellt.⁴² Eine weitere Repressionsmaßnahme ist das sogenannte „Kesseln“ einer Demonstration. Dabei wird diese von Polizeikräften umschlossen und am Weitergehen gehindert. Dies wird damit begründet, dass sich innerhalb der Demonstration angeblich gesetzwidrige Vorgänge ereignet haben. Für die Teilnehmer_innen stellt dies eine enorme psychische und auch physische Belastung dar. Sie wissen nicht, wann und ob sich der Demonstrationzug wieder in Bewegung setzt und was der Grund der Einkesselung ist. Die engen Platzverhältnisse und die Anwendung von Gewalt seitens der Exekutive (zB Schlagstücke, Pfefferspray) können dabei rasch zu Paniksituationen führen. Vor allem bei Minusgraden kann es auch körperlich schnell unangenehm werden. Bei den Protesten gegen den WKR-Ball 2010 wurden mehrere hundert Menschen bei Temperaturen um den Gefrierpunkt für mindesten zwei Stunden eingekesselt; auch der Gang auf die Toilette wurde verweigert. Das Wiener Versammlungsbüro sieht die beschriebenen Methoden naturgemäß in einem anderen Licht. Für sie sind solche Maßnahmen erforderlich um die Friedlichkeit der Versammlung zu gewährleisten.⁴³

Gab es von offizieller Seite bisher keine oder kaum Kritik, so wird eine solche nun zunehmend von der Rechtsprechung laut. Der UVS Oberösterreich hat erkannt, dass durch übertriebenes polizeiliches Handeln die primäre Funktion der Behörde, nämlich der Schutz der Versammlung, ins Gegenteil verkehrt und alle Teilnehmer_innen kollektiv als Rechtsbrecher_innen stigmatisiert werden. Dadurch entstünde auch ein massiver Einschüchterungseffekt, der „die Möglichkeit einer künftig unbefangenen Inanspruchnahme dieses elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts für diese Personengruppe nachhaltig beeinträchtigt.“⁴⁴ Auch das Umstellen einer größeren Gruppe

41 BGBl 266/1993, geändert durch BGBl 155/2012.

42 Berichte über solche Vorfälle sind zunehmend auch auf Blogs und Social-Media Plattformen zu finden, etwa: <http://danielweber.at/2012/01/24/nowkr-ein-ruck-und-ausblick/> (26.8.2012).

43 Interview Müllbner.

44 UVS-Oberösterreich, 30.06.2011, VwSen-420595/49/Gf/Mu; Siehe dazu auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayrischen Versammlungsgesetz, 22. Juli 2008, 1 BvR 2492/08, insbesondere RN 123.

von Demonstrant_innen, von denen nur ein Teil einer Verwaltungsübertretung verdächtigt wird und deren Identität festgestellt werden soll, schieße über das Ziel hinaus und könne nicht mehr als verhältnismäßiges Mittel qualifiziert werden.⁴⁵

Ein weiteres Repressionsmittel, das von den Behörden bereitwillig aufgegriffen wird, ist das Vermummungsverbot – welches in mehrfacher Hinsicht bedenklich ist. So suggeriert es etwa eine kollektive Gewaltbereitschaft von Vermummten. Der Schluss, dass alle Vermummten Straftaten im Sinn hätten, ist verfehlt.⁴⁶ Es gibt vielfältige Gründe, auf einer Demonstration nicht erkannt werden zu wollen, etwa das Filmen und Fotografieren der Versammlung durch politische Gegner.⁴⁷ So entschied das Landesgericht Hannover zugunsten einer vermummten Demonstrantin, welche sich vor Fotoaufnahmen von Rechtsextremist_innen schützen wollte. Das Gericht argumentierte, dass die Alternativen zur Vermummung, nämlich Repressalien seitens des politischen Gegners, bzw das Fernbleiben von der Demonstration, das Versammlungsrecht in unzulässiger Weise einschränken würden.⁴⁸ Ob ein Vermummungsverbot tatsächlich Ausschreitungen verhindert, ist zudem umstritten.⁴⁹ Selbst Befürworter des Vermummungsverbots sehen dessen Umsetzung in Österreich äußerst kritisch. Bei den jeweiligen Gegenständen komme es auf deren objektiven und nicht den subjektiven Zweck an. Demnach würde eine Maske eine Vermummung iSd Gesetzes darstellen, eine Motorradhaube jedoch nicht.⁵⁰ Diese sehr eingeschränkte und zu begrüßende Sichtweise wird nach Erfahrungen des Autors in der Praxis aber nicht vertreten. Auch die vorgeschriebene Interessenabwägung gem § 9 Abs 3 VersG, wonach das Vermummungsverbot nur dann durchgesetzt werden darf, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit zu befürchten ist, wird kaum vorgenommen. Beschwerden gegen gesetzwidriges Vorgehen der Exekutive im Zusammenhang mit dem Vermummungsverbot gibt es kaum, höchstgerichtliche Entscheidungen dazu fehlen zur Gänze.

Bei einer Demonstration am 1. Mai 2009 in Linz wurde eine Gruppe von ca 50 Personen von der Exekutive eingekesselt, da einige, vor allem jugendliche Teilnehmer_innen, ihre Gesichtszüge zum Teil verhüllt hatten. Ein aggressives Verhalten oder sogar eine Gefährdung ging von dieser Personengruppe nicht aus. Trotzdem zerrte die Polizei unter massiver Gewaltanwendung und Einsatz von Pfefferspray einzelne Teilnehmer_innen heraus. Dabei kam es auch zu Beschädigungen von Kleidungsstücken und anderen mitgeführten Gegenständen. Der Pfeffersprayeinsatz war dermaßen heftig, dass auch

45 UVS-Oberösterreich, 30.06.2011, VwSen-420595/49/Gf/Mu.

46 Zeitler, Versammlungsrecht (1994) 137.

47 Weitere Beispiele sind etwa drohender Arbeitsplatzverlust, Angst vor weiterer Diskriminierung (zB wegen Homosexualität) oder etwa wenn Ausländer_innen nach Rückkehr in ihr Heimatland Repressalien befürchten müssen, Bundestagsdrucksache 10/3850, 4–5; Ebenso Keplinger/Zierl, Das neue Vermummungsverbot im Lichte der EMRK, ZfV 1/2003, 14–22.

48 Landgericht Hannover, 20.01.2009, 62 c 69/08.

49 Dürager, Schutz und Bedrohung des Grundrechts 64.

50 Keplinger/Zierl, Vermummungsverbot.

Polizist_innen davon betroffen waren. Fünf Personen wurden dabei verhaftet, die Verfahren endeten mit Freisprüchen bzw Einstellungen.⁵¹ Der UVS Oberösterreich stellte dazu in seiner bereits genannten richtungsweisenden Entscheidung 2011 fest, dass es unzulässig sei, eine ganze Gruppe von Demonstrationsteilnehmer_innen zu „kesseln“, wenn sich unter ihnen nur ein paar verummte Personen befinden. Zudem müsste in jedem konkreten Fall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfinden, dies ergebe sich aus § 9 Abs 2 und 3 VersG.⁵²

Gängig ist auch die Praxis, Busse mit Demonstrationsteilnehmer_innen unter fadenscheinigen Gründen stundenlang festzuhalten und die Personalien aller Insass_innen aufzunehmen, ohne dass eine konkrete Gefährdungssituation oder sonstige Gründe, welche so ein Vorgehen eventuell rechtfertigen könnten, gegeben wären. Ein solches Vorgehen der Exekutive im Zuge der NoWKR-Demonstration 2011 gegen Demonstrationsteilnehmer_innen aus Graz⁵³ wurde vom UVS Steiermark als rechtswidrig qualifiziert.⁵⁴ Trotzdem wurde gegenüber Teilnehmer_innen der NoWKR-Demonstration 2012 aus Frankfurt⁵⁵ die gleiche gesetzwidrige Maßnahme getätigt.

3.3. Verwaltungsstrafen und Gericht: Die Druckmittel danach

Nach Versammlungen sehen sich deren Teilnehmer_innen oft mit Verwaltungsstrafen konfrontiert oder werden einer gerichtlich strafbaren Handlung beschuldigt. Zu den typischen vorgeworfenen verwaltungsstrafrechtlichen Delikten zählen etwa Übertretungen des Versammlungsgesetzes, Störung der öffentlichen Ordnung (§ 81 SPG), aggressives Verhalten gegenüber Organen der öffentlichen Aufsicht (§ 82 SPG), Lärmerregung (§ 1 Abs 1 Z 2 WLSG) oder Übertretungen der StVO. Bei den vorgeworfenen gerichtlichen Delikten handelt es sich überwiegend um Körperverletzung (§§ 83,84 StGB), Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 269 StGB) und Tätlichen Angriff auf einen Beamten (§ 270 StGB). Besonders bei den beiden letztgenannten Delikten ist es schwierig, die Vorwürfe zu entkräften. Abgesehen von den beteiligten Beamt_innen und dem/der Beschuldigten sind Zeug_innen schwierig ausfindig zu machen. Hinzu kommt, dass den Polizist_innen vor Gericht häufig mehr Glauben geschenkt wird als anderen Zeug_innen. In Wien ist hier tendenziell eine Verbesserung der Situation eingetreten und die Gerichte urteilen nun objektiver, wobei es auch darauf ankommt, welche/r Richter_in das Urteil fällt.

51 Ein Video des Polizeieinsatzes findet sich unter <https://www.youtube.com/watch?v=F-PgqKd4gp4>; Siehe dazu weiters: <http://gegenpolizeigewalt.servus.at> (26.8.2012).

52 Erkenntnis des UVS-Oberösterreich, 30.06.2011, VwSen-420595/49/Gf/Mu.

53 <http://maydaygraz.wordpress.com/texte-%C2%A0aussendungen/201105-aktuelle-aussendung-von-nowkr-graz/> (26.8.2012).

54 UVS Steiermark, 12.7.2011, 20.8-8/2011; Vgl *Hense*, Busfahren als gefährlicher Angriff oder gefährliche Angriffe auf das Demonstrationsrecht?, *juridikum*, 4/2011, 417–424.

55 <http://umsganze.org/nachbereitung-zum-wkr-ball-2012/> (26.8.2012).

Zwar ist es möglich, Verwaltungsstrafen vor dem UVS zu bekämpfen, doch im Falle einer Bestätigung der verhängten Strafe sind zusätzlich 20% Verfahrenskosten zu leisten (§64 Abs 2 VStG). Dies, der damit verbundene Zeitaufwand und die Länge solcher Verfahren (ca 6–12 Monate) halten viele Betroffene davon ab, tatsächlich in die Berufung zu gehen. Vor dem UVS besteht zwar kein Anwalt_innenzwang, ohne rechtliche Beratung sind die Erfolgsaussichten aber eher gering. Besonders ärgerlich ist dies in jenen Fällen, wo die Behörden wider besseres Wissen eindeutig rechtswidrige Straferkenntnisse erlassen. Etwa wenn eine Person wegen einer Teilnahme an einer Spontanversammlung bestraft wird, obwohl dies nach ständiger Judikatur des VfGH nicht strafbar ist.⁵⁶ Eine neuerdings von der BPD Wien eingeführte Praxis wirft zudem einige rechtsstaatliche Bedenken auf. So wird Verhafteten noch in Gewahrsam ein Straferkenntnis überreicht.⁵⁷ Da der/die Beschuldigte den Akt nicht kennt und die Haft zudem eine Ausnahmesituation darstellt, verstößt dies gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens gem Art 6 EMRK und gegen die Möglichkeit sich gegenüber den Vorwürfen zu rechtfertigen (§ 40 Abs VStG).

4. Fazit

Aufgrund der geschilderten behördlichen Maßnahmen⁵⁸ werden es sich viele Versammlungsteilnehmer_innen genau überlegen, ob sie sich nochmals solch einem Risiko aussetzen wollen und im Zweifel aufgrund der erlebten staatlichen Zwangsmaßnahmen auf das ihnen zustehende Grundrecht auf Versammlungsfreiheit „freiwillig“ verzichten. Von einer vollen Versammlungsfreiheit, wie es im Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung heißt, kann daher keineswegs gesprochen werden. Dass der Gesetzgeber an diesem Zustand etwas zum Positiven verändert, ist unwahrscheinlich. Dazu genügt ein Blick auf die letzten Änderungen des Versammlungsrechts, welche die Versammlungsfreiheit einschränkten, anstatt sie zu stärken. Das Recht sich zu versammeln scheint Regierung, Behörden und auch bestimmten Kreisen der Öffentlichkeit⁵⁹ aus unterschiedlichen Gründen lästig zu sein. Hier gilt es wachsam zu sein und weitere Einschränkungen des Versammlungsrechts nicht zuzulassen; es sollte vielmehr versucht werden, die „volle Versammlungsfreiheit“, sei es auf dem Rechtsweg oder durch Demonstrationen und andere Formen des politischen Protests, zu erstreiten.

Mag.iur. Roland Pichler ist ehrenamtlicher Mitarbeiter des Vereins „Solidaritätsgruppe – kostenlose Rechtsberatung für sozial Schwächere“ und schreibt seine Dissertation am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

56 Siehe dazu zB VfGH, 6.10.2011, B877/10.

57 So geschehen bei den Protesten gegen das „Totengedenken“ von Burschenschaften zum 8. Mai 2011.

58 Die oben beschriebenen Praktiken sind nicht als abschließend zu verstehen; eine detaillierte Auflistung aller Repressionsmaßnahmen würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen.

59 Siehe etwa: Demo-Irrsinn am Ring: Morgen wieder Sperre, Heute v 27.09.2009.

Normalisierung des Ausnahmezustands – eine Rückschau auf die Blockupy-Aktionstage in Frankfurt am Main

Maximilian Pichl

Unter dem Dreiklang „Besetzen – Blockieren – Demonstrieren“ fanden vom 16. bis zum 19. Mai 2012 die sogenannten „Blockupy-Proteste“ in Frankfurt am Main statt. Ein breites Bündnis der Interventionistischen Linken, Gewerkschaften, der Partei Die Linke, autonomen Antifa-Gruppen und anderen, rief zu einer Blockade des Frankfurter Bankenviertels auf.¹ Über vier Tage lang sollte der Betrieb in den Banken praktisch lahmgelegt werden, indem Zufahrtsstraßen blockiert und zentrale Plätze im Bankenviertel besetzt werden sollten. Die Proteste waren eine Reaktion auf den „Klassenkampf von oben“², der derzeit von der Troika und den kerneuropäischen Ländern mit ihrer rigiden Sparpolitik betrieben wird. So werden derzeit in Spanien zahlreiche Menschen infolge stark erhöhter Mieten mittels Räumungsklagen aus ihren Häusern vertrieben³, während in Griechenland vielen Menschen der Zugang zu lebenswichtigen Medikamenten verwehrt wird oder diese unbezahlbar sind.⁴ Gerade in den europäischen Staaten, die am stärksten von der Krise betroffen sind, erhob sich gegen diese Reaktualisierung neoliberaler Politiken Widerstand,⁵ in Deutschland blieb der Protest trotz der Occupy-Bewegung bislang folgenlos.

Auf diese Leerstelle versuchte das Blockupy-Bündnis mit einer breiten Vernetzung und Mobilisierung zu reagieren. An dieser Stelle sei nicht auf die zutreffenden Kritiken bezüglich der inhaltlichen wie organisatorischen Ausrichtung des Bündnisses eingegangen.⁶ Vielmehr liegt der Fokus dieses Artikels auf der unerwartet rigiden Antwort des Staates. Denn die Stadt Frankfurt reagierte auf die Protesttage mit einer beispiellosen Demonstration ihres Polizeiparates und der faktischen Aufhebung der Grundrechte auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit.

1 Für eine Übersicht der beteiligten Gruppen siehe <http://blockupy-frankfurt.org/>, letzter Aufruf aller Links: 3. Juli 2012.

2 Harvey, Kleine Geschichte des Neoliberalismus (2007).

3 Die Welt, 22.3.2012, <http://www.welt.de/wirtschaft/article13939609/Dutzende-spanische-Familien-taeglich-zwangsenteignet.html>.

4 Die Presse, 11.6.2012, http://diepresse.com/home/wirtschaft/eurokrise/764819/Griechenland_Medikamente-gehen-aus.

5 Vgl Cuevas, Fortbestand der Kritik: Krise und Protestbewegung in Spanien, in: *Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“* (Hrsg), Die EU in der Krise (2012) 95–104.

6 Siehe hierfür die Debatte in der *Jungle World* in Bezug auf Blockupy und das M31-Bündnis: Baum, Vom Glück, kein Grieche zu sein, in *Jungle World* Nr 11, 15.3.2012; Winter, Baustelle des Systems, in *Jungle World* Nr 12, 22.3.2012; Dahmann, Deutsches Geld, in *Jungle World* Nr 13, 29.3.2012; Wetzel, Reine Symbolik, in *Jungle World* Nr 14, 5.4.2012; Huke, Wo bleibt die Fürstin, in *Jungle World* Nr 16, 19.4.2012.

1. Skandalisierung und mediale Hetze

Den Blockupy-Protesten ging eine andere Demonstration voraus, die jedoch die Haltung der Stadt Frankfurt gegenüber den Protesttagen wesentlich beeinflusste. Das kommunistische umsGanze!-Bündnis hatte am 31. März zu der Demonstration M31 aufgerufen.⁷ Ziel der Demonstration, an der 6.000 Menschen teilgenommen hatten, war mit einer grundsätzlichen Kritik des Kapitalismus in die aktuelle Krisendiskussion zu intervenieren. Im Zuge der Demonstration, die zur Baustelle der neuen Europäischen Zentralbank (EZB) im Frankfurter Ostend führen sollte, kam es dabei von Anfang an zu Auseinandersetzungen zwischen der Polizei und den Demonstrant_innen. Nachdem Scheiben von Banken, Agenturen, Geschäften und Polizeistationen eingeworfen wurden, kesselte die Polizei einen Teil der Demonstrant_innen kurz vor Ende der Laufroute. Daraufhin wurde die Demonstration aufgelöst. Die Polizei begründete ihr Einschreiten mit der Verletzung von Polizeibeamt_innen durch Steinwürfe, besonders ein Polizei-Communicator⁸ soll schwer verletzt worden sein und wurde auf die Notfallstation eingeliefert. Der Kessel, in dem 150 Personen festgehalten wurden, endete erst nach acht Stunden. In dieser Zeit wurde Anwält_innen und Sanitäter_innen der Zugang zu dem Kessel verwehrt, zudem erhielten die Demonstrant_innen keine adäquate Lebensmittelversorgung.⁹ Die Rechtswidrigkeit von Polizeikesseln, die über mehrere Stunden andauern, wurde in der Vergangenheit schon öfter durch Gerichte festgestellt¹⁰, dennoch wenden Polizeistrategien diese Form der Freiheitsentziehung immer wieder an.

Die Vorfälle während der Demonstration wurden durch die Polizei und die Medien in der Folge skandalisiert. In der Frankfurter Rundschau wurde das Vorgehen der Demonstrant_innen schlicht als „Hooliganismus“ bezeichnet¹¹, während die hohe Anzahl an festgenommenen Personen und verletzten Demonstrant_innen durch die Polizei keine Erwähnung fand. Die mediale und politische Debatte übertrug sich in der Folge auf die zwei Monate später stattfindenden und organisatorisch wie inhaltlich klar abzugrenzenden Blockupy-Proteste. Seitens der Stadt Frankfurt, allen voran von dem Ordnungsdezernenten Markus Frank (CDU)¹², wurde ein Schreckensszenario im Hinblick auf die Proteste beschworen, das fernab einer realitätsnahen politischen Einschätzung lag. Frank sprach gegen sämtliche Veranstaltungen im Rahmen der Proteste Verbote aus, darunter Demonstrationen, Raves, Blockaden, Besetzungen, aber auch kulturelle und inhaltliche Programme.

Das Ordnungsdezernat begründete seine Entscheidung mit einer angeblichen Kontinuität zwischen den M31-Protesten und den Blockupy-Aktionstagen. Zudem war Markus

7 <http://march31.net/de/>.

8 Das sind Beamt_innen, die zwischen der Demonstrationsleitung und der Leitung der Polizei vermitteln.

9 Siehe hierzu die Stellungnahme des Ermittlungsausschusses Frankfurt am Main: <http://ea-frankfurt.org/einfach-demonstrieren-demotipps-und-rechtsfragen-veranstaltung-am-2432012>

10 Vgl. LG Hamburg, 3 O 229/86.

11 *Leppert*, Hooligans!, Frankfurter Rundschau, 2.4.2012.

12 Dezernent_innen sind in vielen deutschen Städten das stadtpolitische Pendant zu Minister_innen, das heißt, sie sind Teil der Stadtregierung bzw des Magistrats und stehen einer inhaltlich ausgerichteten Abteilung vor.

Frank die angekündigte Lahmlegung des Bankenviertels ein Dorn im Auge. Als Beweis führten Frank und die Frankfurter Polizei zahlreiche Videos und Aufrufe im Internet an, die zu Sachbeschädigungen und „Gewalt“ während Blockupy mobilisierten. Tatsächliche Anhaltspunkte – abgesehen von den alltäglichen Parolen linker Gruppen – konnten Stadt und Polizei hingegen nicht liefern. Zugleich machte auch der Frankfurter Einzelhandel mobil. Die Interessenverbände des Einzelhandels befürchteten von der Polizei nicht adäquat genug geschützt zu sein und erwogen die Einsetzung einer Bürgerwehr, um ihre Geschäfte und den reibungslosen Ablauf des Konsums weiter gewährleisten zu können.¹³ Der Klassengegensatz tritt in der Krise deutlich hervor. Private Akteure, die angesichts der permanenten Krise das Vertrauen in die Sicherheitsarchitektur des Staates verloren haben, beginnen sich selbst zu organisieren, um sich gegenüber sozialen Protesten zu immunisieren.

Der von der Stadt angestoßene und medial weiter getriebene Diskurs hatte deshalb in erster Linie das Ziel, die Proteste in der Öffentlichkeit zu delegitimieren. Nur auf diese Weise war es möglich, ein Totalverbot aller Veranstaltungen politisch durchzusetzen. Bedenklich stimmt dabei, wie mit dem Rückgriff auf subjektive Sicherheitslagen („Angst vor eingeworfenen Fensterscheiben“, „Befürchtungen einer Störung des Geschäftslebens“) die Ausweitung sicherheitspolitischer Logiken vorangetrieben wird. Unter den Frankfurter Bürger_innen stießen die Sicherheitswarnungen des Ordnungsdezernats jedenfalls auf breite Akzeptanz, ohne politische Debatte wurde der Angstreaktion der Vorzug gegenüber den Grundrechten auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit gegeben. Deutlich wird hierbei, wie in sicherheitspolitischen Ausnahmesituationen die Legitimation der Bevölkerung über Angstdiskurse mobilisiert werden kann. Oder wie *Günter Frankenberg* es auf den Punkt bringt: „Unfähig, die Verhältnisse, das heißt eine bedrohliche Situation, zu durchschauen, drängt ihn (den autoritären Charakter, M.P.) seine schwach entwickelte Entscheidungsfähigkeit zur Anlehnung an Autoritäten.“¹⁴ Wie noch im Folgenden zu zeigen sein wird, trägt diese Verschiebung der Legitimation staatlichen Handelns – von der Bezugnahme auf festgeschriebene Gesetze und Grundrechte auf ein neues Angstrecht und willkürliche Gefahrenprognosen von Sicherheitsorganen – zu der faktischen Aufhebung von Grundrechten bei. Zeitgleich zu der Außerkraftsetzung von demokratischen und verfassungsrechtlichen Prinzipien im Zuge der europäischen Krisenmaßnahmen¹⁵ erfolgt eine Kriminalisierung sozialer Proteste gegen diese Form der Krisenbearbeitung. Die Erosion rechtsstaatlicher Prinzipien ist dabei kein neues Phänomen von staatlicher Demokratie innerhalb des kapitalistischen Systems, sondern Ausdruck der immanenten Krisenanfälligkeit dieses Wirtschaftssystems. Der in Frankfurt am Main ausgerufenen Ausnahmezustand ist hierbei nur ein frappantes Beispiel.

13 Frankfurter Neue Presse, 15.5.2012.

14 *Frankenberg*, Staatstechnik (2010) 197.

15 Vgl. *Oberndorfer*, Krisenbearbeitung in der Europäischen Union. Economic Governance und Fiskalpakt – Elemente einer autoritären Wende?, *Kritische Justiz* 1/2012, 26–38.

2. Totalverbote

Blockupy war nicht der erste Anlass, um die Macht des Sicherheitsstaates zu demonstrieren. Bereits während dem G8-Gipfel 2007 kam es im Vorfeld zu Hausdurchsuchungen und einer Kriminalisierung der Proteste.¹⁶ Doch die Umsetzung eines Totalverbots jedweder politischen Veranstaltung im Zeitraum der Blockupy-Proteste, stellt ein Novum in der jüngsten Geschichte der Bundesrepublik dar. Die von der Stadt durchexerzierte Notstandsübung machte auch vor Veranstaltungen nicht Halt, die entweder nichts mit den Protesten zu tun hatten oder als Reaktion auf die Verbote gedacht waren. So wurde beispielsweise eine Mahnwache der Frankfurter Jungsozialist_innen anlässlich des Internationalen Tags gegen Homophobie genauso verboten – obschon diese seit Jahren unabhängig von Blockupy stattfindet – wie eine Kundgebung des Komitees für Grundrechte und Demokratie, die gegen die Totalverbote protestieren wollten.¹⁷ Zusätzlich wurde eine „Sicherheitszone“ rund um die Europäische Zentralbank eingerichtet, die sich über das gesamte Bahnhofsviertel in Frankfurt erstreckte. Alle Personen, die in diesem Gebiet der Stadt wohnen, mussten sich jeden Abend quälend lange Personalienkontrollen seitens der Polizei gefallen lassen, um endgültig zu beweisen, dass ihre Wohnung in der Verbotszone liegt. Vorauseilenden Gehorsam vollzog auch die Goethe Universität Frankfurt am Main, die auf Grundlage der polizeilichen Gefahrenprognose den gesamten Universitätsbetrieb außer Kraft setzte, alle Gebäude schloss und bereits angesetzte Prüfungen ausfallen ließ. Mit der gleichzeitigen Stilllegung zentraler U- und S-Bahn Linien in der Innenstadt hatte sich die Stadt Frankfurt bereits selbst blockiert, bevor die Demonstrant_innen die Stadt überhaupt betreten hatten.¹⁸

Die demonstrationsfreie Zone widersprach dabei der vom Bundesverfassungsgericht im historischen Brokdorf-Beschluss gefassten Rechtsprechungslinie. Das Gericht hatte im Jahr 1985 zu entscheiden, ob die Verbote der Demonstrationen gegen das Kernkraftwerk Brokdorf rechtmäßig waren. Die Entscheidung des Ersten Senats war eindeutig: Eine Gewährleistung des Versammlungsrechts nach Artikel 8 Grundgesetz muss selbst dann sichergestellt werden, wenn mit gewaltsamen Ausschreitungen einzelner Gruppen oder Personen zu rechnen sei.¹⁹ Zumindest sei aber ein Verbot nur die ultima ratio, wenn die milderen Mittel der Auflagenerteilung ausgeschöpft sind. Genau diesen Weg hatte die Stadt Frankfurt umschifft. Zwar gab es Verhandlungen zwischen der Stadt und den Organisator_innen des Bündnisses. Laut dem Protestbündnis hätte Ordnungsdezernent Markus Frank in den gemeinsamen Gesprächen jedoch weiterhin auf einen „Konfrontationskurs“ gesetzt und ein klares Bekenntnis zur Gewaltfreiheit der De-

16 Höhepunkt war damals der Einsatz von Tornado-Flugzeugen, die zur Überwachung der Protestcamps eingesetzt wurden. Trotz erheblicher juristischer Einwände (ua der Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und dem faktischen Einsatz der Bundeswehr im Inneren) entschied das Verwaltungsgericht Schwerin, dass die Überflüge keine tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung darstellten (Az: 1 A 799/07, 1 A 1180/07).

17 Vgl. <http://www.grundrechtekomitee.de/node/498>.

18 Frankfurter Rundschau, 16. Mai 2012.

19 BVerfGE 69, 315, 361. (4.5.1985)

monstrationen eingefordert.²⁰ Dass unter dem konservativen Verständnis von Gewalt auch friedliche Sitzblockaden und Besetzungen subsumiert werden, verdeutlicht die wahren Intentionen hinter der „Gesprächsbereitschaft“ der Stadt Frankfurt. Der seitens des BVerfG auferlegten Kooperationspflicht zwischen Ordnungsbehörden und Veranstalter_innen wurde somit jedenfalls nicht hinreichend Genüge getan.

In der Brokdorf-Entscheidung legte das BVerfG ebenfalls dar, welche Anforderungen an polizeiliche Gefahrenprognosen zu legen sind.

Diese enthielten „zwar stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil; dessen Grundlagen können und müssen aber ausgewiesen werden. Demgemäß bestimmt das Gesetz, dass es auf ‚erkennbaren Umständen‘ beruhen muss, also auf Tatsachen, Sachverhalten und sonstigen Einzelheiten; bloßer Verdacht oder Vermutungen können nicht ausreichen. Unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde insbesondere bei Erlass eines vorbeugenden Verbotes keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose stellen, zumal ihr bei irriger Einschätzung noch die Möglichkeit einer späteren Auflösung verbleibt.“²¹

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des BVerfGs hielten weder das Ordnungsdezernat noch die Polizei es für nötig, die Grundlagen ihrer Gefahrenprognose transparent darzulegen, noch Hinweise zu liefern, die über eine bloße Vermutung angesichts der Aufrufe im Internet hinausgingen. Das Brokdorf-Urteil stellt zudem klar, dass das mildere Mittel nicht in einem Verbot von Versammlungen besteht, sondern die Ordnungsbehörden auch während der Demonstration – wenn tatsächliche Anhaltspunkte für einen gewaltsamen Verlauf vorliegen – die Versammlung auflösen können. In Frankfurt wurde hingegen die Handlungsweise eines präventiven Sicherheitsstaates deutlich, der im Vorfeld Sanktionen aufgrund möglicher Straftaten ausspricht.²²

Die neuere Rechtsprechung des BVerfG hat die Versammlungs- und Meinungsfreiheit zudem im Kontext einer stetigen Privatisierung des öffentlichen Raumes weiterentwickelt. Entgegen dem Wunsch des Frankfurter Einzelhandels und vieler Bürger_innen von den Protesten unbehelligt zu sein und weiterhin ungestört ihren Konsum auszuüben, stellt das Gericht 2011 klar: „Als legitimer Zweck zur Einschränkung der Meinungsfreiheit kann nicht der Wunsch herangezogen werden eine ‚Wohlfühlatmosphäre‘ in einer Welt des reinen Konsums zu schaffen, die von politischen Diskussionen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen frei bleibt. Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf.“²³

Es bleibt daher weitestgehend den Organisator_innen von Protesten überlassen, wo sie ihre Demonstrationen durchführen. In Weiterentwicklung der Rechtsprechung des

20 taz, 13.5.2012.

21 BVerfGE 69, 315, 352 (14.5.1985)

22 *Bretthauer/Stützle*, Die ideologische Dimension staatlicher Herrschaft. Erkundungen im präventiven Sicherheitsstaat (2008) 61–90.

23 BVerfGE 128, 226, 266 (22.2.2011)

BVerfG muss der Aushöhlung der Versammlungsfreiheit insoweit begegnet werden, dass auch lang andauernde Proteste vom Grundgesetz geschützt werden müssen. Genauso wie ein Streik im Betrieb darauf ausgerichtet ist, die Arbeitsabläufe effektiv zu stören, muss die Versammlungsfreiheit für eine Störung des öffentlichen Lebens offen sein, will man dieses grundlegende Recht einer demokratischen Gesellschaft nicht auf wirkungslose Demonstrationen fernab des politischen Geschehens beschränken.

Die schwerwiegenden rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Totalverbote sämtlicher Veranstaltungen bewogen die Organisator_innen des Bündnisses vor die Gerichte zu ziehen. In der ersten Instanz entschied das Verwaltungsgericht Frankfurt zwar, dass die Platzbesetzungen und Blockaden verboten bleiben sollen, die Großdemonstration und den Rave zum Auftakt der Protesttage erlaubte das Gericht hingegen unter Auflagen.²⁴ Nachdem die Stadt Frankfurt in Revision gegangen war, genehmigte der Hessische Verwaltungsgerichtshof (VGH) nur die Großdemonstration am Samstag den 19. Mai.²⁵ Hoffnung setzte das Bündnis auf die Entscheidung des BVerfG, das selbst die versammlungsfreundliche Rechtsprechung geprägt hatte. Gemäß § 32 BVerfGG kann das BVerfG Streitfälle vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile geboten erscheint (in diesem Fall: das Verbot der Demonstration und der Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit). Doch das BVerfG schloss sich dem VGH an und erlaubte ebenfalls nur die Großdemonstration. Es sei nicht erkennbar, „dass die Nachteile der Antragssteller im Verhältnis zu drohenden Nachteilen Dritter so schwer wiegen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten wäre“, sagte eine Gerichtssprecherin.²⁶ Hatten frühere Entscheidungen des BVerfG noch hoffen lassen, dass von einer „konfliktfreien Durchsetzung einer Transformation des Staates zum Sicherheitsstaat nicht ausgegangen werden könne“²⁷, zeigt die stillschweigende Akzeptanz der willkürlichen Gefahrenprognose die Fragilität der juristischen Staatsapparate in der Krise. Die exekutivische Sicherheitslogik scheint nun auch die juristische Logik zu überwölben. Auf das BVerfG, als „Fels in der Brandung“²⁸, kann im Zuge der fortschreitenden Krisenentwicklung nicht gesetzt werden. Die 25.000 Personen starke und völlig friedlich verlaufene Demonstration am 19. Mai straft jedenfalls die Gefahrenprognose der Ordnungsbehörden Lügen.

3. Aufenthaltsverbote

Neben den allgemeinen Demonstrationsverboten, ergingen – und hiermit wurde die Eskalation seitens der Stadt Frankfurt in die Höhe getrieben – personalisierte Aufent-

24 Zum Zeitpunkt der Verfassung des Artikels lagen die Entscheidungen der Gerichte nicht in veröffentlichter oder zugänglicher Form vor. Die für den Artikel vorrangig genutzten Quellen bilden deshalb Zeitungsberichte bzw. die innerhalb der Frankfurter Rechtshilfe bekannten Aktenzeichen der Verfahren.

25 Az.: 8 B 1158/12.

26 Der Freitag, 20.5.2012.

27 *Brettbauer/Stütze* 72, Fn 22.

28 *Bommarius*, Ein Fels in der Brandung. Das BVerfG und die Grundrechte, *Kritische Justiz* 1/2012, 43 – 49.

haltsverbote an über 400 Personen, vornehmlich Teilnehmer_innen der Demonstration M31, die bei dieser Demonstration festgenommen oder polizeilich kontrolliert wurden.²⁹ Laut der Polizeiverfügung wurde allen Empfänger_innen auferlegt, sich im Zeitraum vom 16. bis 20. Mai in einem behördlich angeordneten Bereich in Frankfurt nicht aufzuhalten. Der angegebene Bereich erstreckte sich dabei vom Campus Bockenheimer der Universität bis zur Baustelle der neuen Europäischen Zentralbank im Frankfurter Ostend, was ungefähr einer Luftlinie von 6 Kilometern entspricht.³⁰ De facto kam die Verfügung einem kompletten Aufenthaltsverbot in der Innenstadt von Frankfurt gleich. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung drohte die Polizei mit unmittelbarem Zwang und mit einem Zwangsgeld von 2.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit mit Ersatzzwanghaft. Die Polizei stützte die Verfügung auf § 31 Abs 3 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG), nach dem die Polizeibehörden einer Person für eine bestimmte Zeit das Betreten und den Aufenthalt in einem bestimmten örtlichen Bereich verbieten können, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person in dem Bereich eine Straftat begehen würde. Aufenthaltsverbote werden in Deutschland seit Jahren in Bezug auf gewalttätige Fußballfans bzw. die Ultra-Gruppen der jeweiligen Vereine ausgesprochen.

Der Rechtsanwalt *Rolf Gössner* hat hierzu ausgeführt: „Platzverweise, Aufenthaltsverbote und Unterbindungsgewahrsam entpuppen sich (...) als Instrumente der ‚Szene(n) bekämpfung‘. Es handelt sich hier, wie auch im Drogen- und Obdachlosenbereich sowie bei An- und Versammlungen, letztlich um Instrumente der sozialen und politischen ‚Säuberung‘ von Innenstädten, Konsummeilen, bestimmten ‚besseren‘ Stadtteilen und Wohngegenden: ‚Punkerfrei‘, ‚Junkiefrei‘, ‚Pennerfrei‘, ‚Bettlerfrei‘.“³¹

Fungierten die Aufenthaltsverbote gegenüber den Ultra-Gruppen bislang als Laboratorium der Sicherheitsbehörden, um auszutesten inwieweit der Staat die Bewegungsfreiheit von Menschen willkürlich einschränken kann, wurden diese Methoden bei Blockupy nun auch auf politische Protestbewegungen angewandt. Die Vertreibung von sozialen Protesten aus der Frankfurter Innenstadt stützte sich im vorliegenden Fall auf den Verdacht, dass alle festgenommen Personen während der M31-Demonstration „fest in der gewaltbereiten linksextremistischen Szene integriert sind, auch an den verbotenen Versammlungen teilzunehmen beabsichtigen und dabei im oben genannten Gebiet der Stadt Frankfurt am Main Straftaten gemeinschaftlich mit anderen linksextremistischen Gewalttätern Straftaten (...) begehen werden.“³² Die Aufenthaltsverbote verfolgten offenbar einen einschüchternden Charakter und sollten Menschen davon abhalten, an den Demonstrationen teilzunehmen. Unabhängig davon wird durch die Verfügung ein

29 Auszug aus der Verfügung der Polizei vom 11.5.2012, <https://linksunten.indymedia.org/de/node/60409>.

30 Siehe Fn 29. Anhang der Polizeiverfügung.

31 *Gössner*, Erste Rechts-Hilfe: Rechts- und Verhaltenstips im Umgang mit Polizei, Justiz und Geheimdiensten (1999) 41.

32 Siehe Fn 29.

Generalverdacht gegenüber den im März festgenommenen Personen ausgesprochen, der mit dem rechtsstaatlichen Grundgedanken der Unschuldsvermutung unvereinbar ist. Weder konnte die Polizei hinreichend begründen, worauf sie ihre Annahme stützte, dass alle Teilnehmer_innen der M31-Demonstration „fest in der linksextremistischen Szene“ integriert seien, noch lässt es sich mit der Versammlungsfreiheit vereinbaren, ein Demonstrationsverbot aufgrund einer einmaligen Festnahme während einer vorhergegangenen Demonstration auszusprechen. Durch die Verfügung wurde in zahlreiche Grundrechte der angeschriebenen Personen eingegriffen. Weder durften die Personen ihr Recht auf Versammlungsfreiheit ausüben, noch konnten diejenigen, die in Frankfurt ihren Wohnsitz haben, am Alltagsleben während der Protesttage teilnehmen. Denn aufgrund des massiven Polizeiaufgebots von 5.000 Beamt_innen gab es überall in der Stadt Personalienkontrollen, vor allem von denjenigen Personen, die innerhalb der polizeilichen Sperrzone rund um die EZB wohnhaft sind. Selbst wenn die Personen also nicht an den Demonstrationen teilnehmen wollten, konnten sie weder zur Arbeit, zur Universität, Schule oder Ausbildungsstelle gehen oder Freizeitaktivitäten verfolgen, schließlich hätte eine Personalienkontrolle die selben Zwangsmaßnahmen nach sich gezogen, wie eine Kontrolle bei den Protesten vor Ort.

Die vollkommen überzogene Reaktion der Ordnungsbehörden bewog deshalb zahlreiche Personen zu verwaltungsrechtlichen Eilanträgen gegen die Aufenthaltsverbote. Nach § 80 Absatz 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) können Verwaltungsgerichte die aufschiebende Wirkung von Widersprüchen gegen Verfügungen seitens der Polizei wiederherstellen. Ein formloser Widerspruch war in diesem Fall nicht ausreichend, da die Polizei diesen in ihrer Verfügung als Rechtsmittel ausgeschlossen hatte. Betroffene Personen mussten deshalb sowohl einen Widerspruch einlegen als auch den Weg des juristischen Eilantrages gehen. Nach einer Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt konnte einer der einzigen richtigen juristischen Erfolge erzielt werden. Das Gericht hob zahlreiche Aufenthaltsverbote auf und machte deutlich, dass die „Gefahrenprognose“ der Polizei eine derartige Maßnahme in keinsten Weise rechtfertige. Der Polizei wurden dabei als unterlegene Partei die Gerichtskosten in dem Verfahren aufgebürdet. Aus Angst vor weiteren Klagen und immensen finanziellen Kosten zog die Polizei daraufhin sämtliche Aufenthaltsverbote von selbst zurück.

Die Rücknahme der Verbote scheiterte jedoch teilweise an der faktischen Umsetzung. Den Polizeieinheiten vor Ort wurde nichts von der Rücknahme mitgeteilt und Polizeieinheiten sprachen auch während der kommenden Protesttage weitere Aufenthaltsverbote aus. So wurden mehrere Busse aus Berlin von der Polizei angehalten und eine wortgleiche Verfügung erteilt. Als Grund nannte die Polizei dieses Mal lapidar die Tat des „Antikapitalismus“.³³ Proteste gegen das Wirtschaftssystem sind aus den Augen der Polizei scheinbar generell auf einer Stufe mit Straftaten anzusehen.

33 Siehe hierzu den Beitrag der Hessenschau am 18.5.2012.

Hatten zudem die Verwaltungsgerichte im Vorfeld der Proteste eine Aufhebung der Aufenthaltsverbote angeordnet, versagten die juristischen Apparate während der eigentlichen „heißen Phase“ der Aktionen und Demonstrationen. Denn trotz der Demonstrationsverbote versuchten zahlreiche Menschen mit spontanen Demonstrationen den Protest auf die Straße zu tragen, wobei die Polizei energisch einschritt. Jedwede Demonstration – egal wie viele Teilnehmer_innen diese aufwies oder ob diese friedlich blieb – wurde sofort untersagt, eingekesselt und die Demonstrierenden erhielten Aufenthaltsverbote für die gesamte Frankfurter Innenstadt. Ein juristisches Vorgehen gegen die Aufenthaltsverbote war dieses Mal jedoch nicht möglich. Denn obwohl den Gerichten mitgeteilt worden war, dass diese einen richterlichen Bereitschaftsdienst für die Protesttage einsetzen sollten, wartete nur das Amtsgericht mit einer Richter_innenbereitschaft auf. Das Verwaltungsgericht hielt es hingegen nicht für nötig, zusätzliche Richter_innen bereit zu stellen. Der grundgesetzlich verbürgte Anspruch auf ein effektives Verfahren nach Art 19 Abs 4 wurde dadurch unterlaufen. Grundrechtseinschränkungen müssen gemäß diesem Grundsatz nicht nur nachwirkend justiziell überprüfbar sein, sondern im Hinblick auf die konkrete Grundrechtsausübung auch konkret geschützt sein. So haben deutsche Gerichte auch in der Vergangenheit bei Demonstrationen im Rahmen des 1. Mai oder über die Wochenenden der Castor-Transporte eine justizielle Überprüfung ermöglicht. Warum dies während der Blockupy-Aktionstage nur unzureichend möglich war, lässt sich zwar nur vermuten. Klar ist hingegen, dass durch die fehlende juristische Überprüfung die Polizei weitere willkürliche Demonstrations- und Aufenthaltsverbote aussprechen, Demonstrant_innen mit Schikanen überziehen und unkontrolliert Gewalt gegenüber friedlichen Personen anwenden konnte.

Das Ergebnis der Blockupy-Aktionstage stellt sich am Ende als erschütternd dar: 1430 Ingewahrsamnahmen, das Verbot gegenüber Demonstrant_innen, mit ihren Anwält_innen Kontakt aufzunehmen, rechtswidrige systematische Videoüberwachung, rechtswidrige Aufenthaltsverbote, Beschlagnahmungen, zahlreiche verletzte Personen und die schonungslose Repräsentation eines hochgerüsteten Sicherheitsstaates, der in Zeiten der Krise Grundrechte aufheben und einschränken kann, wie es ihm beliebt.³⁴

4. Postdemokratischer Sicherheitsstaat

Blockupy ist deshalb als Präzedenzfall für zukünftige Proteste anzusehen. Auf den Rechtsstaat war in Frankfurt faktisch kein Verlass. In einer medial aufgeheizten und hetzerischen Stimmung war es für die exekutiven Sicherheitsapparate möglich, ihre spezifische Logik durchzusetzen und Grundrechte für die Zeit des Protestes auszuhebeln. Die sicherheitspolitische Logik verdrängt damit rechtsstaatliche Grundsätze und über-

34 Für eine umfassende Darstellung und Bewertung, siehe die Stellungnahme des Ermittlungsausschusses Frankfurt am Main: <http://ea-frankfurt.org/stellungnahme-des-ea-frankfurt-zu-den-blockupy-tagen-in-frankfurt>

wölbt die Funktionen anderer Staatsapparate. Die Gerichte, allen voran das BVerfG, schlossen sich der Gefahrenprognose der Ordnungsbehörden und der Polizei an – in klarer Missachtung einer jahrzehntelangen versammlungsfreundlichen Rechtsprechung. Der staatlich ausgerufene Ausnahmezustand droht damit in eine Phase der „Normalisierung“ einzutreten, in der sich der Ausnahmezustand nicht durch eine Abwesenheit des Rechts auszeichnet, sondern gerade durch seine spezifische Verrechtlichung.³⁵ Staatliche Notstandsexzesse wie während der Blockupy-Aktionstage sind der weitere Nährboden für eine schleichende Konstitutionalisierung eines postdemokratischen Sicherheitsstaates. Die politischen Folgewirkungen sind indes noch ungewiss, eine weitere Aufrüstung der Sicherheitsapparate ist aber naheliegend. (Als Antwort auf die Proteste gegen die Startbahnwest in den 1980er Jahren erhielt Frankfurt als erste Stadt in Deutschland eine eigene Beweissicherungs- und Festnahmeeinheit (BFE).³⁶) Einen möglichen Ausblick hat das BVerfG mit seiner jüngsten Entscheidung im August 2012 zum Einsatz der militärischen Streitkräfte im Inneren nun selbst vorgezeichnet. Der Einsatz der Bundeswehr soll zwar nur in „Ausnahmesituationen katastrophischen Ausmaßes“ möglich sein und nicht in Bezug auf Großdemonstrationen angewendet werden.³⁷ Den klaren Bruch mit der Trennung zwischen militärischen Streitkräften und innenpolitischen Ordnungs- sowie Sicherheitsbehörden hat das Gericht dennoch vollzogen. Die Geschichte sicherheitspolitischer Instrumente zeigt, dass diese stets über den Normtext hinaus ausgeweitet wurden. Eine Präsenz von bewaffneten Soldat_innen bei zukünftigen Großprotesten im Kontext einer Verschärfung der Krise ist nicht vollkommen ausgeschlossen.

Staatlich ausgerufene Ausnahmezustände werden in den letzten Jahren immer weiter ausgeweitet. Von einer Begrenzung der Notstandsrhetorik auf zeitlich abgrenzbare Bereiche kann keine Rede mehr sein, egal ob es sich dabei um die Bewältigung der Finanzkrise oder außerparlamentarische Proteste handelt. Auch das Recht gerät in den Zugzwang, sein Verhältnis gegenüber ausnahmerechtlichen Regimen zu klären. Eine demokratische und progressive Antwort scheint jedoch dem Trend gewichen zu sein der Angstrhetorik zu erliegen. „Mit Engeln und paradiesischen Zuständen“, so lässt sich konstatieren, „ist in säkularen Gesellschaften nicht zu rechnen.“³⁸

Maximilian Pichl studiert Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main. Er ist aktiv im Arbeitskreis kritischer Jurist_innen (akj) Frankfurt am Main und Mitarbeiter am Institut für Sozialforschung.

35 *Frankenberg*, 36, Fn 14.

36 Die BFE ist eine polizeiliche Spezialeinheit, die besonders auf Demonstrationen oder in Fußballstadien eingesetzt wird und dabei mit deutlich rabiateren Methoden als andere Bereitschaftspolizeieinheiten auffällt.

37 BVerfGE 2 PBvU 1/11. (17.8.2012)

38 *Frankenberg*, 9, Fn 14.

Aufbegehren für ein kleines Stück Freiheit

Hausbesetzung(en) in Graz

Philipp Hense

1. Vorbemerkungen

Im folgenden Artikel wird auf die in den letzten Jahren stattfindenden Hausbesetzungen in Graz und deren (juristische) Folgen aufmerksam gemacht. Dazu wird zuerst Grundlegendes über Besetzungen geklärt, nachfolgend die Besetzungsgeschichte in Graz aufgerollt und schließlich die Besetzung und Räumung einer ehemaligen Polizeiwache, unter Betrachtung relevanter juristischer Aspekte, näher beleuchtet. Wer sind grundsätzlich die Menschen, die zum Mittel der Hausbesetzung greifen? Fast immer sind es diejenigen, die sich teure Wohnungen oder Mietsteigerungen nicht leisten können, diejenigen, die Freiräume suchen, die sie in der bürgerlichen Gesellschaft sonst nicht finden können, sind es Menschen, die der kapitalistischen Verwertungslogik entfliehen wollen oder auch Menschen, die mit ihren Aktionen auf leer stehende oder der Spekulation preisgegebene Gebäude aufmerksam machen wollen.¹

2. Begriffsbestimmungen

Der Brockhaus definiert eine Hausbesetzung als das „Eindringen in leer stehende (...) Häuser ohne die Erlaubnis des Eigentümers bzw. gegen dessen Widerspruch. (...) Anliegen der Hausbesetzer ist es, auf Missstände und Fehlentwicklungen im Wohnungsbau hinzuweisen,“² zB auf Bau- und Bodenspekulation. Außerdem geht es um das Ziel, eigene Lebensräume gemeinschaftlich zu gestalten. Eine Hausbesetzung kann auch als Beitrag zur Erhaltung gewachsenen städtischen Lebensraumes gesehen werden.³

„Hausbesetzungen reihen sich ein in Kämpfe um soziale Gerechtigkeit, ausreichenden Wohnraum, Eigentumsverhältnisse, Eigeninitiative versus Stadtentwicklungspolitik von Oben, Organisation von Unten versus Repression und staatliche Verordnungen. (...) Letztendlich geht es um Macht und Kontrolle über die Menschen und die Stadt.“⁴ Eine weitere Dimension erfährt die Besetzung als Mittel von politischen Kampagnen, die

1 *Zwahr* (red. Leitung), Brockhaus-Enzyklopädie²¹, Bd 12 (2006) 112; *Amantine*, Gender und Häuserkampf (2011) 7f; *Nussbaumer/Schwarz* (Hrsg.-innen) *Besetzt! : Kampf um Freiräume seit den 70ern* (2012).

2 *Zwahr*, Brockhaus²¹ 112.

3 *Zwahr*, Brockhaus²¹ 112.

4 *Amantine*, Gender und Häuserkampf 7f.

dazu dienen sollen, Verantwortliche mit einem Thema zu konfrontieren, dem sie sich bislang entziehen konnten. Besetzungen können in diesem Kontext der Förderung einer öffentlichen Diskussion eines Themas dienen.⁵ Das zeigt unter anderem das Beispiel der Besetzungen österreichischer Hochschulen 2009 ganz eindrücklich.⁶ Zusätzlich können die Projekte, die aus Hausbesetzungen entstehen, auch Mehrwert generieren, mit dem sich eine Stadt in weiterer Folge als Marketingfaktor schmücken kann.⁷

3. Hausbesetzer_innenszene in Graz

3.1. Allgemeines

Graz ist, anders als zB Berlin⁸ oder auch Wien⁹, nicht explizit für seine Hausbesetzungs-Szene bekannt. Dennoch fand in den Jahren 2007 bis 2009 eine Reihe von Besetzungen, die allesamt innerhalb kurzer Zeit geräumt wurden, in der steirischen Landeshauptstadt statt. Den vorläufigen Schlusspunkt stellte die Besetzung einer ehemaligen Polizeiwache in der Grabenstraße 56 dar.

Zuvor waren unter anderem bereits die Häuser Elisabethnergasse 21, Grenadiergasse 2, Gratzbachgasse 43/45, Annenstraße 3 und Merangasse 55 besetzt worden.¹⁰ Eine der größeren vorangegangenen Besetzungen in Graz stellte 1991 die Besetzung der Zimmerplatzgasse 15 dar, die ausschließlich von Frauen geplant und durchgeführt wurde, die Schaffung eines autonomen Frauenzentrums zum Ziel hatte und nach einer vierwöchigen Besetzung geräumt wurde.¹¹ Aus den Besetzungen der Jahre 2007 bis 2009 ging das „Projekt A-Z“ hervor, mit dem Ziel, ein autonomes Kulturzentrum in Graz zu etablieren und dabei grundsätzliche Kritik an der Verteilung von Wohnraum zu äußern.¹² Erste Erfolge zeigte die verstärkte Auseinandersetzung um einen selbstverwalteten Raum im Koalitionsvertrag der 2008 gewählten Schwarz-Grünen Stadtregierung. Darin

5 Balluch, Widerstand in der Demokratie² (2011) 96f.

6 Siehe dazu ausführlich: *Heissenberger/Marklet al* (Hrsg.-innen), UNI BRENN² (2010) passim; Zu den grundrechtlichen Fragestellungen insb der Audimax-Besetzung vgl *Lenzhofer*, Die Besetzung des Audimax der Universität Wien – Versammlungs-, Kommunikationsfreiheit und Hausrecht, in *Lienbacher/Wielinger* Öffentliches Recht. Jahrbuch 2010 (2010) 269-280.

7 So der Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Geschichte und Gesellschaft Siegfried Matzl im Interview. *Wieselberg*, Der Mehrwert der Hausbesetzer, <http://science.orf.at/stories/1696960> (17.6.2012).

8 Siehe dazu beispielsweise: *Nitsche*, Häuserkämpfe 1872/1920/1945/1982 (1981); *Arndt/Bialaslet al* (Hrsg.-innen) Berlin Mainzer Straße „Wohnen ist wichtiger als das Gesetz“ (1992).

9 Siehe beispielsweise: *Nussbaumer/Schwarz* (Hrsg.-innen) Besetzt!; S dazu insb VfSlg 12596/1991 sowie VfSlg 12301/1990, VfSlg 12299/1990, VfSlg 9653/1983.

10 2008 wurden von der BMI folgende Objekte als potentielle Ziele eingestuft: „Gratzbachgasse 45, Stockergasse 8, Kosakengasse 8, Lazarettgasse 26, Wiener Straße 238, Wickenburggasse 28, Theodor Körner Straße 59, Leechgasse 50, Hartenaugasse 50, Grenadiergasse 2“, 4556/AB 23. GP, 3.

11 Eine Würdigung hat der Versuch der Raumnahme durch das Projekt WOMENT! erfahren, das sowohl schriftlich, aber auch durch das Anbringen von Tafeln im Stadtraum Beiträge von Frauen und Frauengruppen hervorhebt. Vgl *Olivia M. Lechner*, Autonomes Frauenzentrum – Hausbesetzung 1991, in: *Bettina Behr/Ilse Wieser* (Hrsg.-innen), WOMENT! : eine Würdigung der Grazer FrauenStadtGeschichte, Dokumentation und Lesebuch (2004) 152–154.

12 *ORF Steiermark*, Drei Häuser vorübergehend besetzt, <http://stmv1.orf.at/stories/317758> (17.6.2012).

wird die „Schaffung eines offenen, selbstverwalteten Kulturzentrums“¹³ sowie „Koordination/Organisation/Nutzung leer stehender Geschäfts- und Industrieflächen und temporäre Überlassung an autonome Kulturschaffende zur Entwicklung eines konkreten Projektes (Leerflächenmanagement)“¹⁴ vereinbart. Nachdem die Koalition im Frühjahr 2012 von Seiten der ÖVP für beendet erklärt worden ist, dürfte eine Beteiligung der Stadt Graz bei einem solchen Projekt wohl auch in Zukunft auf sich warten lassen.

3.2. Darstellung der konkreten Fallgeschichte – Grabenstraße 56

Am Freitag, dem 13.3.2009, besetzten Aktivist_innen rund um das „Projekt A–Z“ die denkmalgeschützten Räumlichkeiten der ehemaligen Polizeiwachstube auf der Liegenschaft Grabenstraße 56.^{15, 16} Bereits am Montag, dem 16.3.2009, erfolgte die Räumung der Besetzung durch die Polizei.¹⁷ Im Zuge der Räumung, bei der auch das Einsatzkommando Cobra zum Einsatz kam, entstand Sachschaden am Gebäude. Eine Terrassentür im 1. Stock wurde mit einer Ramme eingeschlagen, eine weitere Tür zersägt und zwei andere innenliegende Türen mit Rammen durchbrochen.^{18, 19} In weiterer Folge machte die damalige Eigentümerin Bundesimmobiliengesellschaft (BIG) Schadenersatz gegenüber den Besetzer_innen geltend. Der Abschlussbericht der Polizeiinspektion Graz Andritz rechnet jedoch lediglich das Durchtrennen einer Sperrkette sowie des Bügels eines Vorhängeschlosses den Besetzer_innen zu.²⁰ Die Beschädigungen an den Türen wurden durch den Polizeieinsatz verursacht.²¹ Dazu wurde die BIG auf Ersatzleistungen durch das Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz, BGBl 735/1988, hingewiesen.²²

Das „Projekt A-Z“ kommentierte: „Schwere Vorwürfe erheben die Besetzer_innen gegen die Polizei. Bei der Räumung des Gebäudes wurden von den Beamt_innen mutwillig

13 Koalitionsvertrag zwischen ÖVP und Grünen 2008 bis 2013. Stadt Graz, schwarzgrün // Eine neue Politik für Graz, Koalitionsvertrag zwischen Grazer Volkspartei Die Grünen Graz für die Gemeinderatsperiode der Landeshauptstadt Graz 2008 bis 2013, <http://www.graz.at/cms/beitrag/10158425/3595597> (17.6.2012), 42.

14 Stadt Graz, Koalitionsvertrag, 42.

15 Hausbesetzer wieder aktiv, *Kleine Zeitung* v 15.3.2009, 29.

16 Vgl zur Beschreibung der Liegenschaft das Verkaufsangebot der BIG Entwicklungs- und Verwertungs GmbH: *BIG E&V*, Herrschaftliche Villa mit Nebengebäude und großem Grundstück, http://www.big-ev.at/fileadmin/user_upload/Content_EV/Image/03-Kaufen/08-Steiermark/Graz__Grabenstr.56/VKM_Graz_Grabenstr.56.pdf (17.6.2012).

17 Eine ausführliche Beschreibung aus der Innensicht der Besetzung und Räumung bietet die Diplomarbeit von *Wolfgang Steiner*, *Hausbesetzungen : Zur Ethnographie urbaner Lebensformen*, Universität Graz (2009) 132–144.

18 *Behounek*, Hier wird geräumt, *Kleine Zeitung* v 17.3.2009, 26; ausführlicher: *Kleine Zeitung*, Räumung des besetzten Hauses in Graz, <http://www.kleinezeitung.at/steiermark/1850023> (17.6.2012).

19 Stadtpolizeikommando Graz, Bericht, GZ: 3035/17732/2009-Graz SPK, 2f.

20 Polizeiinspektion Andritz, Abschluss – Bericht, GZ: B6/17159/2009-And/botz, 1.

21 Stadtpolizeikommando, Bericht, 2f.

22 Polizeiinspektion Andritz, Abschluss, 2.

– unversperrte – Türen eingeschlagen und Aktivist_innen, die das Gebäude nicht freiwillig verließen, bedroht und verletzt.“²³ „Auf einem Video ist sogar zu sehen, wie die Polizei von innen (!) die Haustür aufbricht, obwohl diese Tür einfach mittels eines elektrischen Schalters zu öffnen gewesen wäre.“²⁴

Nachdem die Staatsanwaltschaft Graz ihr Ermittlungsverfahren wegen Sachbeschädigung und Entzugs von Energie ergebnislos eingestellt hatte, versuchte die BIG von den Besetzer_innen Schadenersatzforderungen in Höhe von 10.997 € geltend zu machen. Dabei wurde diesen insb vorgehalten, dass diese das Gebäude nicht freiwillig verlassen hätten und sie Türen bewusst versperrt hätten, sie sich somit den erfolgten Schaden zuzurechnen hätten. Um ihre Interessen durchzusetzen, wurde von der BIG ein Mahnverfahren (§§ 244ff ZPO) gegen die Besetzer_innen angestrengt bei dem ein Zahlungsbefehl erwirkt werden konnte, der die Gesamtschadenssumme mit 7.418,40 € bezifferte, weil ua die Reparatur mehrerer Türen veranschlagt wurde.²⁵ Das Mahnverfahren wurde vermutlich als Druckmittel eingesetzt um die Besetzer_innen einzuschüchtern und von weiteren Besetzungen abzuschrecken, da das Gericht bei einem Mahnverfahren einen Zahlungsbefehl unter den geeigneten Voraussetzungen ohne mündliche Verhandlung oder Vernehmung der Beklagten zu erlassen hat. Es erfolgt auch keine Überprüfung ob der Anspruch auf Zahlung tatsächlich besteht. Schließlich konnte jedoch ein außergerichtlicher Vergleich erzielt werden. Es kam zu einer Entschädigungszahlung in der Höhe von 3.500 €, die von den Besetzer_innen aufgebracht wurde, auch wenn bis zuletzt von diesen bestritten wurde, für die Schäden verantwortlich zu sein. Es hat wohl die Aussicht auf ein unsicheres und kostspieliges Gerichtsverfahren dazu beigetragen, einem Vergleich zuzustimmen.

4. Juristische Fragestellungen

Im Folgenden wird eine allgemeine Darstellung der relevanten juristischen Bestimmungen, die im Zusammenhang mit Besetzungen von Relevanz sein können, gegeben. Strafrechtlich sind dabei vor allem die Bestimmungen über Hausfriedensbruch (§ 109 StGB), Sachbeschädigung (§ 125 StGB) sowie die Entziehung von Energie (§ 132 StGB) einschlägig. Die Bestimmungen des Hausfriedensbruchs mit seinen Qualifikationen können jedoch nur zur Anwendung gelangen, wenn sich Personen in dem Gebäude befinden. Steht ein Gebäude also leer, bleibt § 109 StGB unanwendbar.²⁶ Darüber hinaus ist der einfache Hausfriedensbruch ein Privatanklagedelikt und kann eigenständig von Sei-

23 *mayday Graz*, Perspektiven für das Projekt A-Z, Enterhaken 15 (2009) 12 (online abrufbar unter: <https://mayday-graz.wordpress.com/projekt-enterhaken/> 17.6.2012).

24 *mayday Graz*, BIG klagt 15 Hausbesetzer_innen, Enterhaken 18 (2010) 11.

25 BG Graz-Ost, GZ: 256 C 98/10s, 20.4.2010.

26 *Bertell/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹¹ (2010) § 109, 125ff.

ten der Sicherheitsbehörden nicht verfolgt werden. Es bleiben also die Officialdelikte Sachbeschädigung und Entziehung von Energie verfolgbar. Neben strafrechtlichen Aspekten können auch privatrechtliche Ansprüche hinsichtlich Schadenersatzforderungen (§§ 1293ff ABGB) oder mittels Besitzstörungsklage (§§ 454–459 ZPO) geltend gemacht werden.

Aus sicherheitspolizeirechtlicher Sicht hingegen werden Besetzungen, in Abgrenzung zu Versammlungen, vor allem unter dem Blickwinkel ihrer Auflösung betrachtet. § 37 SPG (Sicherheitspolizeigesetz, BGBl 566/1991 idgF) liefert die Befugnis zur Auflösung von Besetzungen.²⁷ Zuvor ist jedoch auszuschließen, dass eine Besetzung den Charakter einer Versammlung hat, die Besetzer_innen also nicht durch ihre Absicht, die Anwesenden zu einem gemeinsamen Wirken (Debatte, Manifestation usw) zu bringen, so dass eine gewisse Assoziation der Zusammengekommenen entsteht, zu Versammlungsteilnehmer_innen werden.²⁸ Findet eine Versammlung statt, ist eine Räumung nach § 37 SPG nicht zulässig, allenfalls kann unter den geeigneten Voraussetzungen mit dem Mittel der Versammlungsauflösung vorgegangen werden. Zur Auflösung einer Besetzung wiederum kann es mittels Verordnung nur dann kommen, wenn dies entweder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung notwendig ist (§ 37 Abs 1 Z 1), oder die Besetzer_innen dies verlangen, nachdem ein schwerwiegender, ungerechtfertigter Eingriff in ihre Rechte stattgefunden hat (§ 37 Abs 1 Z 2). Das Zuwiderhandeln gegen die Auflösungsverordnung einer Besetzung ist seit der Novelle BGBl I 13/2012²⁹ gem § 84 Abs 1 Z 6 SPG als Verwaltungsübertretung mit bis zu 500 € strafbar. Dadurch soll letztlich iVm § 35 VStG (Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 52 idgF) eine rechtliche Grundlage für Festnahmen geschaffen werden, die bislang im Zuge von Besetzungen und deren Räumungen grundsätzlich nicht zulässig waren. Davon sollen jedoch nur Personen betroffen sein, die während der Geltungsdauer der Verordnung auf das von der Verordnung bezeichnete Gelände gelangen, nicht jedoch diejenigen, die sich bei Erlass der Verordnung bereits auf dem Gelände befanden.³⁰ Auch nach der neuen Rechtslage dürfen Personen, die sich schon vor In-Kraft-Treten der Auflösungsverordnung auf dem Gelände befanden, mit Befehls- und Zwangsgewalt vom bezeichneten Ort entfernt werden. Nach alter Rechtslage hingegen konnten Besetzer_innen bei bestehender Auflösungsverordnung zwar mit Befehls- und Zwangsgewalt vom Ort der Besetzung gebracht, jedoch weder pönalisiert noch festgenommen werden und dies unabhän-

27 Siehe dazu: *Bachmann*, Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2008) 25; *Pürstl/Zirnsack*, Sicherheitspolizeigesetz² (2011) 180ff; *Thanner/Vogl*, SPG Sicherheitspolizeigesetz⁴ (2010) 96ff.

28 Vgl zur Abgrenzung von Versammlungen und Besetzungen: *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz Kommentar⁴ (2011) 365ff; weiters VfSlg 10955/1986, VfSlg 14366/1995, VfSlg 14367/1995, VfSlg 14761/1997, VfSlg 16123/2001 und EGMR 51346/99.

29 Diese wurde vom Innenministerium unter dem Schlagwort „Anti-Terror-Paket“ beworben. Vgl dazu vorausblickend krit *Lehofer*, „Anti-Terror-Paket“, Österreichische Juristen-Zeitung, 841 = ÖJZ 2011/89.

30 ErläutRV 1520 BlgNR 24. GP, 11f.

gig davon, ob sie sich bereits am Gelände befanden oder es während aufrechter Auflösungsverordnung zu betreten versuchten.³¹

Aus grundrechtlicher Perspektive gibt es kein „Recht auf Besetzung“. Seitens der Besetzer_innen könnte aber das Recht auf Versammlungsfreiheit nach Art 12 StGG und Art 11 EMRK sowie das Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK von Bedeutung sein.^{32, 33} Grundrechtlich relevant ist jedenfalls die Eigentumsfreiheit nach Art 5 StGG und Art 1 1.ZProt EMRK, die den Schutz des Eigentums gewährleisten und für die Objekteigentümer_innen von Bedeutung sind.³⁴ Insbesondere im Zusammenhang mit öffentlichen Eigentümer_innen und Hausbesetzungen lässt sich die kritische Frage aufwerfen, inwiefern hier nicht ein Spannungsverhältnis – auf der einen Seite Eigentumsfreiheit und auf der anderen Seite zB Versammlungsfreiheit zu gewährleisten – gegeben ist und hinsichtlich dessen möglicherweise eine entsprechende Abwägung erfolgen sollte.³⁵

Diese Frage stellt sich möglicherweise somit auch für Eigentümer_innen wie der BIG, die zwar ihrer Rechtsform nach eine GmbH ist, aber im öffentlichen Eigentum steht und im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung für den Bund agiert und somit ebenfalls an die Grundrechte gebunden sein kann.³⁶

5. Fazit

Durch die lang andauernden und vor allem potentiell kostspieligen Verhandlungen über den Schadenersatz ist der Besetzungsbewegung in Graz jedenfalls der Wind aus den Segeln genommen worden. Bemerkenswert in dem Zusammenhang ist, dass es sich dabei nicht um klassische staatliche Repressionsversuche gehandelt hat, sondern die BIG selbst, neben der Entschädigungsmöglichkeit nach dem Polizeibefugnis-Entschädigungsgesetz, aktiv auf die Besetzer_innen eingewirkt hat. Die von der Staatsanwaltschaft angestrebten Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Sachbeschädigung und Entzugs von Energie wurden dagegen ohne Ergebnisse eingestellt. Mittlerweile wurde das noch immer leer stehende ehemalige Polizeigebäude verkauft und ist jetzt im Eigentum einer Unternehmensgruppe, die nach Selbstbeschreibung, ua „steuer- und/oder förderungsoptimierte Immobilienprojekte“³⁷ umsetzt und „Vorsorgeimmobilien“³⁸

31 Deshalb empfehlen *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz Polizeiausgabe¹¹ (2010) 115, bemerkenswerterweise die Zuwiderhandlung gegen eine Verordnung zugleich als Störung der öffentlichen Ordnung (§ 81 SPG) zu qualifizieren, womit die Festnahmeoption nach alter Rechtslage wiederum eröffnet wäre.

32 *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 358ff.

33 *Berka*, Grundrechte 313ff.

34 *Berka*, Grundrechte 399ff.

35 Vgl *Lenzhofer*, Die Besetzung des Audimax, 269-280.

36 Vgl zur Fiskalgeltung der Grundrechte etwa: *Berka*, Grundrechte 125; weiters: *Holoubek*, Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖWZ 2000, 33ff.

37 *Erber Unternehmensgruppe*, Vorsorgeimmobilien, www.erber.at/index.php/vorsorgeimmobilien (17.6.2012).

38 *Erber*, Vorsorgeimmobilien (17.6.2012).

schaft, die dem Investor ein inflationsabgesichertes, arbeitsloses Zusatzeinkommen generieren sollen.³⁹ Mithin wurde das Gebäude also an genau diejenigen verkauft, die durch das „Projekt A-Z“ kritisiert worden sind. Nicht nur aus rechtlicher Perspektive ist das Eigentum am besetzten Objekt von Relevanz, sondern vor allem auch eine politische Komponente kommt zum Tragen, wenn sich die besetzten Häuser in öffentlicher Hand befinden. Meistens gibt es nämlich eine politisch verantwortliche Person, die sich möglicherweise Wahlen zu stellen hat und eine Räumung mit größerem Fingerspitzengefühl durchsetzen muss als private Eigentümer_innen. Welche tatsächliche politische Brisanz Besetzungen haben, zeigt auch die Beschäftigung der Innenministerin Fekter mit Hausbesetzungen, die in einer parlamentarischen Anfrage bereits am 10.2.2009 ankündigte, „(...) durch Umfelderhebungen im Bereich jener Gruppen, die bei Hausbesetzungen bereits in Erscheinung getreten sind, sollen künftig derartige Delikte bereits im Vorfeld noch wirkungsvoller bekämpft werden.“⁴⁰

Die Grazer Besetzer_innen jedenfalls scheinen aus ihren Erfahrungen (mit Schadenersatzforderungen) gelernt zu haben. Nach einer Kurzzeitbesetzung des Gebäudes Grabenstraße 45 im Juni 2012, das seit der erstmaligen Besetzung 2007 weiterhin ungenutzt blieb, räumte die Polizei ein leeres Gebäude, da alle Besetzer_innen dieses offenbar bereits zuvor und unbemerkt verlassen hatten.⁴¹ Nichtsdestotrotz steht dieses Haus jedoch, wie die ehemalige Polizeiwache der Grabenstraße 56, weiterhin leer.

DI (FH) Philipp Hense studiert Rechtswissenschaften in Graz; philipp.hense@fh-joanneum.at

³⁹ Erber, *Vorsorgeimmobilien* (17.6.2012).

⁴⁰ 454/AB 24. GP, 5. Es ist fraglich um welches Delikt es sich dabei konkret handeln soll, stellt doch eine Hausbesetzung (ohne das Setzen von strafbaren Handlungen) weder ein Vergehen noch eine Verwaltungsübertretung dar. Ähnlich daher auch 5446/AB 23. GP, 2 der BMI: „Das Betreten eines Objektes kann mit polizeilichen Befugnissen nicht verhindert werden, wenn dabei keine strafbaren Handlungen gesetzt werden.“

⁴¹ Vgl dazu: Leer stehendes Haus besetzt, *Kleine Zeitung* v 17.6.2012, 22; ausführlicher: *Kleine Zeitung*, Hausbesetzung: Räumung ging ins Leere, www.kleinezeitung.at/steiermark/graz/graz/3044307 (17.6.2012).

Frauen im Widerstand in Lateinamerika

Maria Hörtner

„Widerstand zu leisten, bedeutet Strategien zu entwickeln, um uns zu widersetzen. Nicht die Maßregelung sollte unser Leben bestimmen, sondern die Rebellion.“¹

So vielfältig die Unterdrückungsmechanismen und Ungerechtigkeitsverhältnisse in Bezug auf Gender, aber auch Klasse, Ethnizität, sexuelle Orientierung, etc in der Gesellschaft sind, so vielfältig sind auch Formen und Methoden, sich dagegen zu wehren. Frauen sind oftmals an vorderster Front in den diversen Widerstandsbewegungen, Protesten und politischen Aktivitäten beteiligt und kämpfen für ihre Rechte sowie insgesamt für mehr Gerechtigkeit.

In Lateinamerika haben Frauen in den letzten Jahrzehnten eine tragende und oftmals führende Rolle in den diversen Protestbewegungen eingenommen. Dies, obwohl oder vielleicht gerade weil in den meisten Ländern Lateinamerikas machistische Tendenzen vorherrsch(t)en, die Frauen ihre Rolle in Haushalt und bei der Kindererziehung vorschrieben/schreiben. Nichtsdestotrotz konnten sich Frauen – mitunter auch durch harte Auseinandersetzungen mit ihren männlichen Mitkämpfern – ihre Position in den Widerstandsbewegungen erarbeiten und nahmen in historischen bzw nehmen in aktuellen Kämpfen um Landrechte, gegen neoliberale „Reformen“, gegen Gewalt an Frauen, für Bildung und soziale Absicherung, für ein Ende gewalttätiger Konflikte und Demokratie, – um nur einige zu nennen – eine zentrale Stellung ein.

Dieser Beitrag soll anhand ausgewählter Beispiele einen Überblick über die diversen Formen des Widerstands von Frauen in Lateinamerika geben. Der Artikel stellt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, vielmehr soll exemplarisch versucht werden, die Vielfältigkeit der unterschiedlichen Protestformen aufzuzeigen. Wie wir sehen werden, sind die unterschiedlichen Widerstandsformen nicht nur durch verschiedene (feministische) Prinzipien und Organisationsstrukturen sowie durch das jeweilige Ziel und den jeweiligen Adressaten des Widerstands geprägt, sondern sind nicht zuletzt auch abhängig von dem jeweiligen Rechts- bzw Staatssystem des Landes.

1 Die argentinische Feministin Ruth Zurbriggen vom Kollektiv „La Revuelta“ im Jahr 2007 auf einem Treffen feministischer Gruppierungen und Nichtregierungsorganisationen in Mexico. *Lateinamerika Nachrichten*, Frauen vereint im Widerstand. Ausgabe 396, <http://www.lateinamerikanachrichten.de/index.php?print/1144.html> (27.06.2012).

1. Historischer Abriss der Staatssysteme Lateinamerikas

Das letzte Jahrhundert Lateinamerikas war geprägt von Instabilität, autoritären sowie repressiven Regimen und (Militär)Diktaturen. Spätestens seit 1965 dominierten in Lateinamerika Militärdiktaturen. Über zwei Jahrzehnte wurde das politische Geschehen Lateinamerikas durch die (spätestens seit dem Putsch in Chile 1973) wohl bekannten Juntas definiert. In Mitten dieser sehr repressiven Staatsapparate war es nicht leicht, auf legalen Wegen Widerstand gegen die gesellschaftlichen Verhältnisse und die jeweiligen Regimes zu leisten. Dem Gebot des Anti-Kommunismus folgend wurden alle oppositionellen Kräfte verfolgt – Praktiken der Folter, des Entführens und die berüchtigte Praxis des Verschwindenlassens charakterisieren die anti-revolutionären Regimes² der Militärdiktatur. Legitimiert wurde diese repressive Verfolgung jeglicher oppositioneller Kräfte durch die „Doktrin der Nationalen Sicherheit“, vorgegeben von den USA. Der Kampf gegen den inneren Feind, also alle, die dem politischen und ökonomischen Projekt der Diktatur im Wege standen, wurde als oberste Priorität angesehen, jegliches Mittel der Repression war willkommen³. Im Zuge dessen wurden die Aufgabenbereiche und Handlungsspielräume der Militärs – bzw im Falle von Kolumbien und Mexiko der staatlichen Sicherheitskräfte – als Repressionsinstrumente erhöht, jeder politische Akteur/jede politische Akteurin wurde als Bedrohung wahrgenommen und undifferenziert verfolgt.

2. Frauen im bewaffneten Widerstand

Inmitten dieses Kontextes gründen sich in den sechziger und siebziger Jahren nun viele Guerilla- und revolutionäre Bewegungen. Die verschärfte Repression gegen legale politische Aktivitäten führte zu einer Zunahme aufständischer illegaler Bewegungen. Die Partizipation von Frauen in den Guerilla-Organisationen steigt im Laufe der Jahre signifikant an⁴, in zahlreichen Guerillas in Lateinamerika erreichen Frauen eine Beteiligung von 30% bis 40%. Hervorzuheben sind hier unter anderem die Organisation Sendero Luminoso (Peru) mit einem Frauenanteil von 40%, der FSLN/Frente Sandinista de Liberación Nacional (Nicaragua) mit ca 30% Frauen in ihren Reihen, der FMLN/Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí (El Salvador) auch mit 40% weiblicher Beteiligung sowie die FARC/Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, der größten mittlerweile verbliebenen Guerilla-Organisation auf dem lateinamerikanischen Kontinent, mit zwischen 30% und 40%⁵. Besonders in Zentralamerika, jedoch auch im *Cono Sur* (Argentinien, Chile, Uruguay) und in Brasilien beteiligten sich, wenngleich in

2 Kaller-Dietrich/Mayer, Geschichte Lateinamerikas.

3 Hörtner, Kolumbien verstehen. Geschichte und Gegenwart eines zerrissenen Landes (2006) 134.

4 Blair/Nieto, Las Mujeres en la Guerra. Una historia por contar. Revista Universidad de Antioquia (2004) 12.

5 Londoño/Nieto, Mujeres no Contadas. Procesos de desmovilización y retorno a la vida civil de mujeres excombatientes en Colombia, 1990–2003 (2005) 12. Hörtner, Die unsichtbaren Kämpferinnen. Frauen im bewaffneten Konflikt in Kolumbien zwischen Gleichberechtigung und Diskriminierung (2009) 26.

geringerem Ausmaße, Frauen am bewaffneten Widerstand gegen Diktaturen und für eine Veränderung der sozialen, politischen und ökonomischen Lebensrealität. Mit den Waffen in der Hand gegen den Staat zu kämpfen stellte für viele (Frauen) die einzige Möglichkeit dar, aktiv etwas gegen die herrschenden Verhältnisse zu tun.

Die Politologin und Feministin Karen Kampwirth ist in ihrer vergleichenden Studie zu Nicaragua, El Salvador, Chiapas und Cuba als eine der ersten Forscherinnen der Frage nach der Motivation und den Gründen für die steigende Beteiligung von Frauen an Guerilla-Bewegungen nachgegangen. Hierbei zeigt sie auf, dass die Motive, sich einer bewaffneten Organisation anzuschließen, nicht von jener der männlichen Kämpfer differieren. Vielmehr wurde die Tatsache der steigenden Beteiligung von Frauen am bewaffneten Widerstand sowohl durch individuell-persönliche Interessen der jeweiligen Frauen als auch durch gesellschaftlich-strukturelle Transformationen bedingt, welche eine weibliche Partizipation am Widerstand erleichterten bzw erstmals zuließen.

Die Summe dieser Faktoren ermöglichte es Frauen in mehrfacher Hinsicht, stärker als früher am politischen Geschehen – inklusive dem bewaffneten Kampf – teilzunehmen. Barrieren, welche bis in die 70er Jahre Frauen von politischen und öffentlichen Aktivitäten weitestgehend ausschlossen, begannen sich langsam aufzuweichen. Vor allem *push-Faktoren*, also strukturelle, persönliche und ideologische Faktoren, die einen Wandel des Geschlechterverhältnisses zur Folge hatten, trieben Frauen aus ihren traditionellen Rollen und in die politische Aktivität. Steigende Migration in die Städte und steigende Armut transformierten die Familienstruktur und eröffneten Frauen neue Handlungsspielräume. Durch die Notwendigkeit, nun selbst einer Arbeit nachzugehen, erlangten Frauen mehr Unabhängigkeit, was auch zu einer höheren Organisierungsmöglichkeit führte. Auf politischer und ideologischer Ebene spielte der erstarkende Einfluss revolutionärer Ideologien und der Befreiungstheologie eine zentrale Rolle.⁶ Doch auch das Aufkommen der Frauenbewegung in den 70er Jahren kann als wichtiger exogener Faktor der steigenden Beteiligung von Frauen am bewaffneten Widerstand gesehen werden.⁷ Ein weiteres Element dieses Prozesses ist die sich wandelnde Ausrichtung der (meisten) Guerillas Lateinamerikas. Die militärische Strategie veränderte sich durch die neue Konzeption des „Verlängerten Volkskriegs“ (*Guerra Popular Prolongada*) von den anfänglichen „Elite“-Guerillas hin zu Massenorganisationen. Die Verbindung zur und die Verankerung in der Bevölkerung wurde als wesentliches Kriterium für eine erfolgreiche Revolution erkannt. Die aktive Unterstützung auch des weiblichen Teils der Bevölkerung erschien dadurch notwendig und strategisch wichtig.⁸

Abgesehen von diesen Faktoren variierte auch je nach Identifikation der Frauen mit dem Ziel oder dem Projekt der Bewegung die Höhe ihrer Beteiligung. Bewegungen,

6 Kampwirth, Women and Guerilla Movements. Nicaragua, El Salvador, Chiapas, Cuba (2002) 6ff.

7 Wills Obregón, Mujeres en armas: avance ciudadano o subyugación femenina? Análisis político (2005) 76.

8 Reif, Women in Latin American Guerilla Movements: A Comparative Perspective, Comparative Politics (1986) 164.

welche einen politischen Kampf für Gerechtigkeit führten, tendierten dazu, gemeinsam mit Frauen für diesen zu kämpfen und vermehrt weibliche Kämpferinnen in ihren Reihen aufzunehmen. Speziell in der revolutionären Phase im Lateinamerika der siebziger Jahre waren die Bewegungen, welche die Forderung nach geschlechtlicher Gleichberechtigung in den eigenen Reihen propagierten und auch frauenspezifische Forderungen bzw Angebote im Programm hatten, jene mit dem höchsten Frauenanteil.⁹ Die ersten, die während des Befreiungskampfes frauenpolitische Anliegen in ihren programmatischen Forderungskatalog aufnahmen und auch einen dementsprechend hohen Frauenanteil aufwiesen, waren die Sandinisten in Nicaragua.

Im Gegensatz zu diesen *push*-Faktoren, fungieren gesellschaftlich normierte Rollen und geschlechtsspezifische Konzeptionen, welche die Rolle der Frauen auf die reproduktive Sphäre beschränken, als extrem hemmende Faktoren für Frauen. Frauen waren bzw sind mit wesentlich größeren Hindernissen und Barrieren konfrontiert als Männer, wenn sie sich an politischen oder sonstigen „außerhäuslichen“ Aktivitäten beteiligen wollen. „Women’s role in reproductive activities thus constitutes a major barrier to their involvement in nondomestic political action such as guerrilla struggle.“ (Reif 1986: 148)

3. Frauen im zivilen Widerstand gegen ausbeuterische Verhältnisse und Diktaturen

Doch nicht nur in den Reihen bewaffneter Akteure waren Frauen während der Zeit der Militärdiktaturen in Lateinamerika aktiv am Widerstand gegen diese beteiligt. Ebenso spielten sie eine zentrale Rolle innerhalb der zivilen Widerstandsbewegungen. Viele dieser Bewegungen und Frauenorganisationen waren ausschlaggebend bzw unterstützend beim Übergang zu demokratischen Regimen.

3.1. „Mutterschaft“ als militantes Symbol des Widerstands gegen Militärdiktaturen

Zum wohl bekanntesten Symbol des Widerstands gegen Militärdiktaturen avancierten im Laufe der Jahre die *Madres de la Plaza de Mayo*¹⁰ in Argentinien. Durch ihren friedlichen Protest, nur ausgerüstet mit Fotos ihrer verschwundenen Kinder und weißen Kopftüchern (die Windeln ihrer Kinder darstellend, gleichzeitig aber die Farbe *weiß* als Symbol für Frieden), konnten sie massive internationale Bekanntheit und Beliebtheit erlangen. Die „Mütter der Plaza de Mayo“ bedienten sich der Mutterrolle und der traditionell damit verbundenen Friedfertigkeit zu ihrem eigenen Schutz. Seit 1977 bis zum Ende der Militärdiktatur und darüber hinaus demonstrierten die Frauen auf der Suche nach ihren verschwundenen Angehörigen jede Woche vor dem Regierungsgebäude in

⁹ Reif, Women in Latin American Guerilla Movements 162.

¹⁰ Der Name bezieht sich auf die *Plaza de Mayo*, dem Platz vor dem Präsidentenpalast in Buenos Aires.

Buenos Aires. Die Fixierung auf ihre Mutterrolle verbunden mit der traditionell in Lateinamerika glorifizierenden Verehrung der Mütter half ihnen, von der Armee nicht angegriffen zu werden und ihren passiven Widerstand weiterführen zu können. Doch nicht allein strategisch-pragmatische Gründe waren für die Verwendung des klassischen „Mutterbildes“ ausschlaggebend: die *Madres de la Plaza de Mayo* verwendeten die „Mutterrolle“ aus eigener Überzeugung als Widerstandssymbol und trugen dabei erstmals in dieser Form „(...) den privaten Mütterlichkeitsdiskurs in den öffentlichen Raum.“¹¹ An den traditionellen Vorstellungen und der Gleichsetzung von „Frau/Mutter/Friedfertigkeit“ wurde damit nicht gerüttelt, diese wurde vielmehr zum Zwecke der Erreichung ihrer Ziele eingesetzt. „Die Betonung der Mutterrolle ist daher ein wichtiges Kennzeichen des Agierens lateinamerikanischer Frauen in der Politik, das sich bis heute wie ein roter Faden durch die verschiedenen Etappen und politischen Positionen zieht und das Private zum Politischen macht.“¹²

Diese Form der „militanten Mutterschaft“¹³ war auch in anderen Ländern während der Militärdiktaturen zentrales Element der Politisierung von Frauen, welche bislang aus der öffentlichen und politischen Sphäre ausgeschlossen wurden bzw jener ferngeblieben waren. Dieses Phänomen offenbart eine Widersprüchlichkeit einerseits im Anspruch der diktatorischen Regime und der Realität andererseits. Während nämlich die Militärjunta die Rolle der Frau alleinig in ihrer fürsorglichen Funktion als Hausfrau und Mutter sah und forderte, führte gleichzeitig die repressive und gewalttätige Verfolgung der politischen Opposition und das damit verbundene Auseinanderbrechen vieler (traditioneller) Familienstrukturen zu einer vermehrten Involvierung der Frauen in die Politik und in das öffentliche Leben. Ausschlaggebend für die Gründung von und vermehrte Organisation in Frauengruppen war – verbunden mit der Zerschlagung vieler Familienstrukturen – die Unmöglichkeit, traditionelle Rollen als Mutter und Ehefrau weiterzuführen.¹⁴

Nicht nur in Argentinien kämpften Mütter um Information über bzw die Rehabilitation ihrer verschwundenen Söhne und Töchter. Dasselbe Phänomen des Ausbruchs aus der traditionellen Frauen-/Mutterrolle und des Eindringens in politische Aktivitäten bei gleichzeitiger Fokussierung und Verwertung des Mutterbildes lässt sich in vielen anderen Staaten während der Militärdiktaturen beobachten. Auch nach der Transition zu demokratischen Regimes existieren in vielen Ländern ehemaliger Militärdiktaturen noch Organisationen, die zumindest von den Zielen, der feministischen Identität und der passiven Widerstandsform an die *Madres de la Plaza de Mayo* anknüpfen.

11 *Helferich/Bernal*, Vom Oberschichtphänomen zur Bewegung für mehr Recht und Gerechtigkeit. „Citizenship“ und Frauenbewegungen in Lateinamerika, in *Mittag/Ismar*, „El pueblo unido“? Soziale Bewegungen und politischer Protest in Lateinamerika (2009) 400.

12 *Helferich/Bernal*, Frauenbewegungen in Lateinamerika 395.

13 *Alvarez*, Politicizing Gender and Engendering Democracy, in *Stepan*, Democratizing Brazil (1989).

14 *Tuider*, „Estamos en diferentes lugares“. Feministische Identität und Gouvernementalität am Beispiel der mexikanischen „Frauen“bewegungen, in *Kaltmeier/Kastner/Tuider*, Neoliberalismus, Autonomie, Widerstand. Soziale Bewegungen in Lateinamerika (2004) 167.

Die Form des militanten und mutigen Auftretens, gleichzeitig aber passiven und gewaltlosen Widerstands vieler Frauen während der Militärdiktaturen und auch die internationale Aufmerksamkeit darauf – vor allem der *Madres* – war ein ausschlaggebender Faktor und ein wichtiger Beitrag zum Niedergang vieler Diktaturen und zur Einleitung der Demokratisierungsprozesse in diesen Ländern.

3.2. Widerstand gegen ausbeuterische Verhältnisse und Lebensbedingungen

Abgesehen von den Aktivitäten zahlreicher Frauen gegen die Militärdiktaturen waren zeitgleich viele Frauen am politischen Protest gegen die Wirtschaftspolitik dieser Regime und die damit verbundene Armut, Marginalisierung und Unterdrückung oftmals federführend beteiligt. Elisabeth Tuider weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die neoliberale Wirtschaftspolitik verbunden mit der „Erosion sozialpolitischer Netze und Ausgleichsmechanismen“¹⁵ dazu führten, dass Frauen „(...) den Widerspruch zwischen den Versprechungen der neoliberalen Propaganda und den Auswirkungen der tatsächlichen Wirtschaftspolitik in ihrem Kampf um die (familiäre) Existenzsicherung besonders [erlebten].“¹⁶

Ein herausragendes Beispiel für diese besondere Art des Protests ist der Widerstand der Frauen der Minenarbeiter in Bolivien und die Gründung der „Hausfrauenkomitees“, welche auch noch bis heute wesentlichen Einfluss auf die Oppositionsbewegung in Bolivien und die verwendeten Aktionsformen haben.¹⁷ In den Protesten der letzten zehn Jahre in Bolivien wird gerade auf die von ihnen etablierte Verbindung von passivem Widerstand mit aktionistischen Elementen – wie beispielsweise Straßenblockaden, Proteste vor Gefängnissen und Polizeistationen oder auch Demonstrationen und Märschen gesetzt.

Entstanden ist die Bewegung der Hausfrauenkomitees 1961 vor allem aufgrund der schlechten Lebensbedingungen in den Bergwerkrevieren. Der Staat als Eigentümer der Minen bezahlte seinen Arbeitern Löhne unter der Armutsgrenze, die Wohnungen waren nur „geborgt“ – sobald also ein Arbeiter gekündigt wurde, stand die gesamte Familie auf der Straße –, die sanitäre und infrastrukturelle Versorgung war katastrophal und nicht zuletzt die Arbeit mit extrem gesundheitlichen und lebensgefährlichen Risiken verbunden.¹⁸ Vor diesem Hintergrund führten die Gewerkschaften der Minen einen erbitterten Kampf um bessere Lebens- und Arbeitsbedingungen, welche jedoch sofort mit politischer Repression beantwortet wurde. Ein Effekt dieser politischen Repression bestand in der steigenden Partizipation der Frauen. Das Engagement der Frauen für den Kampf der Männer und auch ihren eigenen stieg sukzessive mit der verschärften staatlichen Repres-

15 Tuider, *Feministische Identität und Gouvernamentalität* 167.

16 Tuider, *Feministische Identität und Gouvernamentalität* 167.

17 Helferich/Bernal, *Frauenbewegungen in Lateinamerika* 405.

18 Viezzer, Wenn man mir erlaubt zu sprechen. Das Zeugnis der Domitilia, einer Frau aus den Minen Boliviens (1983/1996) 29ff.

sion. Domitila Barrios de Chungara¹⁹ beschreibt diesen Prozess folgendermaßen: „In der Arbeit, die die Arbeiter tun, unterstützen wir, ihre Genossinnen, sie. Wir, die Frauen, sind seit der Wiege mit der Vorstellung aufgezogen worden, dass die Frau nur für die Küche und, um auf die Kinder aufzupassen, gemacht sei, dass sie unfähig sei, wichtige Aufgaben zu übernehmen und dass man ihr nicht erlauben dürfe, sich in die Politik zu mischen. Aber die Notwendigkeit ließ uns unser Leben ändern. Vor 15 Jahren, in einer Epoche mit sehr vielen Schwierigkeiten für die Arbeiterklasse, organisierte sich eine Gruppe von 60 Frauen, um die Freiheit für ihre Männer, die Gewerkschaftsführer waren, zu erlangen. Man hatte sie ins Gefängnis geworfen, weil sie bessere Lebensbedingungen gefordert hatten. Die Frauen erreichten alles, was sie gefordert hatten, nachdem sie zehn Tage im Hungerstreik gewesen waren. Und danach entschlossen sie sich, sich in einer Front zu organisieren, und nannten sich „Komitee der Hausfrauen von Siglo XX“.²⁰

Vor allem machten die Frauen der *Comités de Amas de Casa* durch ihre Methoden des Widerstands auf sich aufmerksam. Demonstrationen, Aktionen vor den Gefängnissen und Straßenblockaden sowie Hungerstreiks etablierten sich schnell als genuine Protestformen der Hausfrauenkomitees. Während die Männer auf die „klassischen“ Methoden des Arbeitskampfes, wie Streiks setzten, versuchten die Frauen auch außerhalb des gewerkschaftlich-organisierten Kampfes Druck aufzubauen und Widerstand zu leisten. Durch diese eigenständige Art des Widerstands wurden sie auch nicht mehr länger nur als die „Frauen der Minenarbeiter“ gesehen, sondern entwickelten sich zu einem wichtigen Bestandteil der Bewegungen gegen die sozio-ökonomischen Verhältnisse und den repressiven Staatsapparat.²¹

Die Wichtigkeit und Sprengkraft des Protestes der „Minenarbeiter-Frauen“ lässt sich leicht an ihrem Erfolg belegen: 1978 stürzt das Regime von Diktator Banzer durch einen Massenhungerstreik, ausgelöst von Frauen des Hausfrauenkomitees. Am 28. Dezember 1977 initiierten Domitila Barrios de Chungara und andere Frauen einen Hungerstreik, um den Rückzug des Militärs aus dem Minengelände, die Freilassung aller politischen Gefangenen, die Wiedereinstellung der entlassenen Minenarbeiter und – nicht zuletzt – den Niedergang des Regimes zu fordern.²² Dieser Widerstand der Frauen schlug sofort hohe Wellen und verbreitete sich wie ein Lauffeuer, bis sich letztendlich tausende Menschen dem Protest anschlossen. Das Regime von Diktator Hugo Banzer Suárez konnte dem Druck nicht mehr standhalten und musste abdanken.

Die Widerstandsformen des Hausfrauenkomitees, welche vor allem auf passiven Widerstand setzten, verbunden mit viel Mobilisierung und Aktionismus, entwickelten sich im

19 Domitila de Barrios Chungada war eine sozialistisch-revolutionäre Aktivistin und Vorsitzende des Hausfrauenkomitees in Bolivien. Sie erlangte durch ihr Engagement und ihre Entschlossenheit so viel internationale Aufmerksamkeit und Wichtigkeit, dass sie gar als Repräsentantin des „Komitees der Hausfrauen von Siglo XX“ zu dem Tribunal der Vereinten Nationen anlässlich des Internationalen Jahres der Frauen im Jahr 1975 eingeladen wurde.

20 Viezzer, Domitila 51f.

21 Helferich/Bernal, Frauenbewegungen in Lateinamerika 397.

22 Montoya, Domitila. Una mujer de las minas. <http://www.tlaxcala-int.org/article.asp?reference=2055> (01.07.2012).

Laufe der Jahre zu der zentralen Protestform der sozialen und Frauenbewegungen in Bolivien. Das letzte Jahrzehnt Boliviens war geprägt durch politischen Widerstand gegen Einsparungsmaßnahmen der Regierung im Zuge der vom IWF geforderten Strukturanpassungsprogramme zur Verringerung der Staatsschulden. Allen voran bei den Protesten in Cochabamba gegen die Privatisierung der Wasserversorgung, welche ihren Höhepunkt 2003/2004 erreichten, wurden indigene Frauen und ihre bereits etablierten Widerstandsformen zu den Schlüsselkräften der Auseinandersetzungen. „So sind Hungerstreiks, Straßenblockaden, aber auch das Einsperren von Ehemännern, die als Polizisten arbeiten, typische Mittel des Kampfes der Frauen in den sozialen Bewegungen in Bolivien. Ferner waren Protestmärsche mit Frauen und Kindern an der Spitze bis zur Eskalation der politischen Konfrontation 2003 ein Garant dafür, dass sich das Militär oft zurückhielt und größere Gewaltexzesse vermieden werden konnten.“²³

4. Frauen im Kampf gegen Militarisierung

In den letzten zehn Jahren hat sich in einigen Ländern Lateinamerikas eine andere Ebene des Protestes aufgetan, an der wiederum Frauen tragend sind: der Kampf gegen Militarisierung und interne bewaffnete Konflikte. In Kolumbien, schon seit über 50 Jahren Schauplatz eines BürgerInnenkriegs, erheben Frauen seit Jahren ihre Stimme gegen Militarisierung und gegen die damit verbundene Gewalt. Doch auch in anderen Staaten Zentral- und Lateinamerikas spielt der Kampf gegen Militarisierung, gegen Straflosigkeit und der Wiederherstellung der Demokratie eine zunehmende Rolle, so vor allem in Mexiko durch den staatlich ausgerufenen Krieg gegen die Drogen und die damit einhergehende Aufrüstung des Militärs. Auch in Honduras vor dem Hintergrund des Staatsstreiches gegen den damaligen Präsidenten Manuel Zelaya im Jahr 2009 traten Frauen verstärkt bzw zunehmend wieder im Rahmen öffentlicher Proteste auf.

Dass in diesem Prozess primär Frauen Widerstand gegen Militär und Gewalt leisten, hängt laut Laura Carlson jedoch nicht mit einer biologistischen Verbindung von Frauen und Friedfertigkeit bzw einer Rückbesinnung auf traditionelle Rollenbilder zusammen. Vielmehr entstehe das Bewusstsein der notwendigen Organisation und der damit einhergehende Aktionismus „(...) from their particular consciencies, experiences and roles in society. From Feminists in Resistance who joined to fight the coup in Honduras, to the mothers of Ciudad Juárez, Mexico, it's the terrible violence sown by strategies of confrontation and militarism that has motivated women to mobilize on behalf of peace and democracy. Their own experiences compel them to act.“²⁴

In Kolumbien organisierten sich Frauen vor allem seit der Verschärfung des Konflikts in den 90er Jahren, um gegen Menschenrechtsverletzungen, im besonderen gegen Gewalt

23 *Helferich/Bernal*, Frauenbewegungen in Lateinamerika 405f.

24 *Toward Freedom*, Women Lead Latin America's Anti-Militarization Movements <http://www.towardfreedom.com/global-news/2268-women-lead-latin-americas-anti-militarization-movements> (01.07.2012).

an Frauen, und für eine friedliche Lösung des bewaffneten Konflikts einzutreten. Zahlreiche Frauenorganisationen prangern die (sexuelle) Gewalt der bewaffneten Akteure – Guerilla, Paramilitärs sowie staatliche Sicherheitskräfte²⁵ – an und fordern die Einhaltung der Frauen- und Menschenrechte inmitten des gewalttätigen Kontextes in Kolumbien. Die Methoden des Widerstands variieren je nach Organisation und Form der „Betroffenheit“ – indigene Frauen, vertriebene Frauen, Frauen, die inmitten des Konfliktgebietes leben – bedienen sich unterschiedlicher Protestformen, um gehört und wahrgenommen zu werden.

Die *Ruta Pacífica de las Mujeres* – ein Zusammenschluss mehrerer Frauenorganisationen, die für die politische Lösung des Konflikts in Kolumbien eintreten –, setzen in ihrem Widerstand gegen die Verhältnisse auf Massenmobilisierungen und öffentlich-wirksame Aktivitäten. Vor allem sogenannte Friedensmärsche sind zu einem ihrer vordergründigsten Mittel geworden, durch das Aufmerksamkeit erlangt wird und ihre Forderungen verbreitet werden. Eine andere Organisation, die OFP (*Organización Femenina Popular*/Frauenbasisorganisation), setzt in ihrer Arbeit vor allem auf Medien- und Öffentlichkeitsarbeit, um auf nationaler sowie internationaler Ebene auf ihre Situation und die oftmals lebensgefährliche Arbeit der Mitglieder der Organisation aufmerksam zu machen. In Radio- und Fernsehsendungen sowie Zeitschriften prangern sie Gewaltakte an, informieren über die Situation vor Ort und geben Frauen die Möglichkeit, selber ihre Geschichten zu erzählen. Community-Radios als Widerstandsinstrument von Frauenrechtsorganisationen spielen in ganz Zentral- und Lateinamerika eine wichtige Rolle. In Nicaragua beispielsweise existiert die Gruppe *Casa de la Mujer* mit ihrem Radioprogramm *Palabra de Mujer* (Wort der Frau), wo Frauen regelmäßig die Möglichkeit haben, Gewaltakte anzuprangern. Der Erfolg ist enorm, physische und sexuelle Gewalt gegen Frauen sind in der Region erheblich zurückgegangen.

Einendes Moment all dieser Organisationen in Kolumbien sind der anti-militaristische Kampf und das Eintreten für Frieden auf Basis feministischer Prinzipien sowie Forderungen nach sozialer und ökonomischer Gerechtigkeit. Nicht nur Frauenorganisationen in Kolumbien weisen auf die Wichtigkeit hin, den Kampf für eine demokratische und friedliche Gesellschaft mit dem Kampf für Geschlechtergerechtigkeit zu verbinden. Genauso weist die Organisation *Feministas en Resistencia* (Feministinnen im Widerstand), die sich im Zuge des Putsches in Honduras 2009 gegründet hat, auf diese Notwendigkeit hin.²⁶

25 Hier muss darauf hingewiesen werden, dass der Großteil der Gewalt gegen Frauen von paramilitärischen und para-staatlichen Akteuren ausgeht. Verlässliche Quellen bezüglich der Verteilung der sexuellen Gewalt gegen Frauen existieren nicht. Annäherungsweise kann durch eine Umfrage im Auftrag des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofes folgendes Bild gezeichnet werden: 58% der 183 befragten Frauen identifizierten paramilitärische Akteure als Urheber der Gewalt, 23% nannten kolumbianische Sicherheitskräfte als Täter, 8% der Gewalt gehen nach dieser Studie auf das Konto der Guerilla. *Oxfam*, La violencia sexual en Colombia. Un arma de guerra. <http://www.colombiassh.org/site/IMG/pdf/InformeViolenciaSexualOXFAM.pdf> (10.03.2011).

26 *JASS Honduras Action Monitor*, Honduran Feminists in Resistance http://www.justassociates.org/actions/honduras/hn_feministaresistencia.htm (03.07.2012).

Mit ihrem Motto „Kein Staatsstreich, keine Gewalt gegen Frauen!“ (Ni golpe de Estado, ni golpe a las mujeres!) zeigen sie auf, dass für sie „(...) resistance signifies a fight for a substantive democracy that will transform existing relationships of power and generate a new and egalitarian social pact.“²⁷ Sie stellen klar, dass sich ihr primärer und unmittelbarer Widerstand gegen den Staatsstreich sowie gegen die Politik der Militarisierung und Repression richtet. Doch dem zugrunde liegt die Erkenntnis, dass keine gefestigte Demokratie und kein langanhaltender Friede ohne die Partizipation von Frauen auf allen Ebenen der Gesellschaft möglich sind.

5. Schlussbemerkungen

Der Staat ist keine neutrale Institution. Er repräsentiert zwar nicht automatisch primär männliche Interessen, doch mussten Frauen bzw müssen sie oftmals immer noch erst um Anerkennung und Wahrnehmung als politisches Subjekt kämpfen. In diesem Kampf ist die Stellung zum Staat divers und je nach feministischer Positionierung distanzierter oder näher. Der speziell seit den 90er Jahren einsetzende Prozess der Professionalisierung und Institutionalisierung feministischer Aktivitäten führte zu einer Spaltung innerhalb der Frauenbewegung. Die vermehrte Partizipationsmöglichkeit in staatlichen Strukturen führte zu einer Entradikalisierung, was vor allem von autonomen Gruppierungen angeprangert wurde. Auf dem siebten Feministinnentreffen Lateinamerikas und der Karibik 1996 erreichte der Disput über die Frage nach Partizipation versus Autonomie, Kampf von außen versus Institutionalisierung und Pragmatismus versus Vereinnahmung durch den Staat ihren Höhepunkt.

Die Unmöglichkeit, auf legalen Wegen Protest auszudrücken bzw. als politisches Subjekt öffentlich in Erscheinung zu treten, charakterisiert – wie wir gesehen haben – die lateinamerikanischen Staaten während der Zeit der (Militär)Diktaturen. Doch auch nach dem formalen Prozess der Demokratisierung in den achtziger Jahren fehlen in vielen Staaten Lateinamerikas rechtsstaatliche Strukturen und Institutionen, welche den Weg des Widerstands und Kampfes für (Frauen)Rechte auf institutioneller und formal-demokratischer Ebene ermöglichen würde. Im Gegenteil, für viele Frauen bzw Frauenorganisationen ist der Kampf für ihre Rechte mitunter bzw primär ein Kampf gegen den Staat und seine Strukturen. In den offenen Konfliktherden wie Kolumbien und Mexiko, jedoch auch in den offiziellen „Post-Konflikt“ Staaten wie beispielsweise Guatemala und El Salvador existiert eine enorme Straflosigkeit. So bleiben in Kolumbien beispielsweise über 90 Prozent der Menschenrechtsverletzungen straffrei. In Fällen, wo der Täter Angehöriger staatlicher Sicherheitskräfte ist, liegt die Straflosigkeit gar bei 98,5 Pro-

²⁷ *JASS Honduras Action Monitor*, Honduran Feminists in Resistance http://www.justassociates.org/actions/honduras/hn_feministaresistencia.htm (03.07.2012).

zent.²⁸ Besonders in Fällen von sexueller Gewalt gegen Frauen bzw den *Femicidios*, den Frauenmorden, weisen Frauenorganisationen in diesen Staaten Zentral- und Lateinamerikas auf die alarmierende Rechtslosigkeit hin und klagen den Staat und seine Institutionen an. Die Tatsache, dass in Sachen Rechtsverletzungen kein Verlass auf den Staat ist bzw dieser in vielen Fällen eher das Subjekt von Unrecht ist, führte und führt eben dazu, dass diese Frauenorganisationen den Kampf auf der Straße führen und dort für Gerechtigkeit kämpfen. Verschärfend zu dieser generellen Nichtahndung von Menschen- und Frauenrechtsverletzungen kommt hinzu, dass die Täter dieser – in den hier skizzierten und vielen anderen Ländern Lateinamerikas – immer noch oftmals die staatlichen Sicherheitskräfte selbst sind. Durch politische Verflechtungen und massiven Einfluss auf staatliche Rechtssprechungsstrukturen werden diese Straftaten nicht adäquat verfolgt bzw. geahndet. Inmitten dieses rechtslosen Systems besteht für viele Frauen und feministische Organisationen die einzige Möglichkeit die Verhältnisse anzuprangern und für Veränderung zu kämpfen, durch Widerstand auf der Straße.

Wie wir nun anhand der skizzierten Beispiele sehen konnten, ermöglichen unterschiedliche politische Regime unterschiedliche Handlungsspielräume für soziale Bewegungen. Gleichzeitig bedingen sie auch verschiedene Widerstandsformen. Die diversen Methoden, welcher Frauenorganisationen und feministische Bewegungen in Lateinamerika sich bedienen, hängen primär mit den Orten und Kontexten ihres Kampfes sowie der Radikalität und auch Stellung zum Staat zusammen.

Elisabeth Tuidet weist in Anlehnung an Foucaults Machtkonzept darauf hin, dass überall, wo Machtverhältnisse existieren, es auch Freiräume gibt, die Widerstand ermöglichen. „Der Ort des Subjekts, der gesellschaftliche, politische, und geographische Ort bestimmt die Themen und Formen des Widerstands und ist für das Verständnis der feministischen und „Frauen“bewegungen Mexikos [sowie ganz Lateinamerikas; Anm:MH] wesentlich. Widerständige Repräsentationen (...) sind in die hegemonialen Diskurse einer gewissen Zeit eingewoben, sie sind Produkt herrschender gesellschaftlicher Machtverhältnisse.“²⁹

Mag.^a Maria Hörtnier ist Soziologin mit den Themenschwerpunkten Feminismus, Lateinamerika und Konfliktforschung. Sie arbeitet momentan im Archiv der KZ Gedenkstätte Mauthausen. hoertner@forschungswerkstatt.org

28 UN General Assembly, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (2010) 15.

29 Tuidet, Feministische Identität und Gouvernementalität 171f.

Vom progressiven Gebrauch des Rechts

Strategische Klagen bei Menschenrechtsverletzungen

Wolfgang Kaleck

1. Einleitung

Betroffene und Organisationen unterschiedlicher Provenienz bedienen sich zunehmend rechtlicher Mittel, um gegen Bürger- und Menschenrechtsverletzungen vorzugehen. Vor allem im anglo-amerikanischen Rechtsraum wird diese Praxis unter dem Label ‚Strategic Litigation‘, strategische Klageführung, diskutiert.¹ Gemeint ist damit eine juristisch-politische Strategie, deren Ziel der rechtliche und/oder soziale Wandel unter Nutzung juristischer Mittel in ausgewählten Fällen ist. Der Begriff ‚strategisch‘ umschreibt ein planvolles Vorgehen und die Wahl der geeigneten Mittel zur Erreichung der eigenen langfristigen Ziele. Er grenzt sich damit von rein reaktiven, opportunistischen, aus einer einmaligen Situation geborenen Vorgehensweisen, etwa von einzelfall- und klientelbezogenen Anwältinnen und Anwälten, ab. Dabei belegt die Vielfalt der unterschiedlichen Situationen und Interessensgruppen, die ein ganzes Arsenal rechtlicher Mittel (Initiierung von Strafverfahren, Schadensersatzklagen, Beschwerden vor Obersten Gerichten, Verfassungsgerichten und regionalen Gerichtshöfen) nutzen, dass die diversen juristischen Praktiken schwer auf einen Nenner zu bringen sind. In den letzten Jahrzehnten war es vielleicht noch möglich, die Aktivitäten des Anti-Sklavereikampfes, der Bürgerrechtsbewegung in den USA, der Frauen- wie der Homosexuellenbewegung, den Kampf gegen den Vietnam-Krieg und US-Militärinterventionen sowie die Klagen von Opfern von staatlichen und Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen dem linken oder progressiven Lager zuzuordnen.² Heute ziehen jedoch auch rechte Organisationen wie die der Opfer der ETA in Spanien, der Hamas in Israel oder von Abtreibungsgegnern in den USA, oder zuletzt in Spanien prominent falangistische Gruppen gegen den Richter Baltasar Garzón vor Gericht.

Es bleibt mithin wenig aussagekräftig, allgemein von ‚Strategic Litigation‘ oder nur von ‚Strategic Human Rights Litigation‘ zu sprechen, zumal es wenig Sinn macht, die Formen strategischer Klageführung unabhängig von ihren jeweiligen inhaltlichen Zielen zu

1 Vgl etwa *Rekosh*, *Constructing Public Interest Law*, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2009, 1–43; *Barber*, *Tackling the Evaluation Challenge in Human Rights: Assessing the Impact of Strategic Litigation Organisations*, *The International Journal of Human Rights* 16 (2012), 411–435.

2 Vgl zu den genannten Bewegungen und ihren Klagestrategien die Bestandsaufnahme des aktuellen Präsidenten der 1966 gegründeten führenden Litigation-Organisation in den USA, des Center for Constitutional Rights (CCR), *Jules Lobel*, *Success without Victory. Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*, New York 2003.

diskutieren. Daher behandeln die nachfolgenden Überlegungen einen Kernbereich von transnationalen juristischen Aktivitäten: Die von Nichtregierungsorganisationen und Betroffenen initiierte Ahndung von Völkerstraftaten und menschenrechtsverletzenden Praktiken transnationaler Unternehmen. Nicht ganz zufällig ist damit im Groben das Mandat der vom Autor selbst geführten juristischen Menschenrechtsorganisation ECCHR umschrieben.³

Nach einer überblicksmäßigen Beschreibung von ‚Strategic Litigation‘ in diesem Feld (2.), wird zunächst auf zwei Hauptkritiken an der Praxis des strafgerichtlichen Klagens im Menschenrechtsbereich eingegangen (3.), da die produktive Auseinandersetzung mit diesen Einwänden den weiteren Rahmen bestimmt. Danach wird die Konstellation in den Verfahren gegen die Militärs aus Argentinien und Chile diskutiert, denn die dortigen Kämpfe tragen den Bedenken gegen die Nutzung des Strafrechts Rechnung und können als Modell für eine gleichberechtigte Kooperation für Akteure aus dem globalen Süden einerseits und denen aus Europa und Nordamerika andererseits dienen (4.). Im Anschluss daran werden rechtliche und praktische Probleme bei transnationaler Litigation erörtert (5.), bevor ein kurzer Ausblick den Artikel abschließt (6.).

2. ‚Strategic Human Rights Litigation‘ in Europa

Wir haben es mit einem vergleichsweise jüngeren Phänomen zu tun und viele der seit den 1990ern begonnenen juristischen Verfahren im transnationalen Bereich laufen aktuell noch. Die wenigen Überblicksartikel beschreiben nur einen Bruchteil der Aktivitäten angemessen, geschweige denn evaluieren oder bereiten diese wissenschaftlich auf.

Begonnen hat die systematische Durchsetzung der Interessen von Betroffenen von Völkerstraftaten nach der Verhaftung des chilenischen Ex-Diktators Augusto Pinochet im Oktober 1998 in London. Danach bildeten sich AktivistInnen- und ExperLinnennetzwerke heraus, die einen Großteil der Ende der 1990er und Anfang der 2000er Jahre initiierten Strafverfahren gegen mutmaßliche Verantwortliche systematischer Menschenrechtsverletzungen betrieben. Der argentinische Jurist Maximo Langer zählt in einer jüngeren Statistik alleine in Spanien, Belgien, Frankreich, Deutschland, Großbritannien und den Niederlanden über 1000 Versuche, gegen Verantwortliche aus den verschiedensten Weltregionen Strafverfahren zu initiieren. Eine nähere Betrachtung dieser Verfahren fördert allerdings ernüchternde Zahlen zutage: Von 1051 Strafanzeigen gegen Tatverdächtige aus 44 Ländern, unter ihnen China, Russland und die USA, mündeten lediglich 32 in Anklagen und Hauptverhandlungen, wobei sich diese vor allem gegen alte Nazis, sowie gegen Personen aus dem ehemaligen Jugoslawien, Ruanda und Afghanistan richteten.⁴

3 Vgl zur Organisation, ihrem Mandat und ihren Aktivitäten www.ecchr.eu

4 Langer, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Role of Political Branches in the Transnational Prosecution of International Crimes*, *The American Journal of International Law*, Vol 105 (2011), 1-48,8.

Eine derart oberflächliche und leider weitverbreitete Beurteilung möglicher Erfolge transnationaler juristischer Aktivitäten nach Zahl der Anklagen oder Verurteilungen oder gar nach Höhe der Bestrafung greift sicherlich zu kurz. Denn ebenso wie bei politischen Aktivitäten ist das Erreichen von Teilzielen unter bestimmten Umständen als Teilerfolg anzusehen. Doch das Verhältnis von Recht und Macht, wird in jede Betrachtung über die Wirkung dieser Aktivitäten einzubeziehen sein. Langer selbst gelangt zu der nüchternen Feststellung, dass sich erfolgreiche Strafverfahren in diesem Bereich auf diejenigen Tatverdächtigen konzentrieren, deren Verfolgung geringe oder keine politischen Kosten verursache.

Diese Erkenntnis gilt umso mehr, wenn man Menschenrechtsklagen gegen Wirtschaftsunternehmen, vor allem solche mit Hauptsitz in den westlichen Staaten, betrachtet. Hier sind weniger Aktivitäten zu verzeichnen als beim Vorgehen gegen staatliche Akteure, was vielfältige Gründe hat, angefangen von der schwierigen Beweisführung und unternehmensfreundlichen Rechtslage bis zu einer politischen Zurückhaltung westlicher Menschenrechtsorganisationen, gegen mächtige Akteure aus den eigenen Ländern vorzugehen. Die Praxis begann in den USA, als Anfang der 1980er Jahre Menschenrechtsorganisationen die jahrhundertalte Zuständigkeitsregelung des Alien Torts Claims Act (ATCA) wiederentdeckten, die es erlaubt, dass US-Gerichte extraterritoriale Sachverhalte behandeln, sofern sie Verstöße gegen das Völkerrecht darstellen. Nach den ersten Erfolgen gegen staatliche Folterer wurden auch an Völkerstraftaten beteiligte Unternehmen auf Schadensersatz verklagt. In teilweise jahrzehntelangen Prozessen konnten zwar den Ölfirmen Unocal und Shell wegen ihrer Beteiligung an Verbrechen in Burma und Nigeria jeweils zweistellige Millionensummen im Vergleichswege abgerungen werden.⁵ Doch eine flächendeckende gerichtliche Kontrolle konnte sich gegen den Widerstand der Unternehmen und der sie stützenden Regierungen ihrer Heimatländer (ua Deutschland, Niederlande, Großbritannien) ebenso wenig herausbilden wie in Europa. Dort kam es in den Niederlanden und Großbritannien zwar zu einigen spektakulären Gerichtsverfahren gegen verantwortliche Geschäftsleute und Unternehmen.⁶ Doch in vielen europäischen Staaten sind die materiell-rechtlichen und prozessualen Hindernisse nach wie vor zu groß, als dass Opfer von Menschenrechtsverletzungen gegen beteiligte Firmen klagen könnten. Auch in den USA findet derzeit ein Rollback statt, so hat der Oberste Gerichtshof im sogenannten Kiobel-Fall, einem Verfahren im Anschluss an den Ken Saro Wiwa-Shell-Fall, zu entscheiden, ob und wenn ja, in welchem Umfang Unternehmen wegen extraterritorialer Sachverhalte in den USA vor Gericht gebracht werden können.

Die Klagen der US-Menschenrechtsorganisationen inspirierten und ermutigten allerdings viele Gruppen im globalen Süden, in ihren Ländern vor lokalen Gerichten gegen nationale und transnationale Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen und

5 Vgl dazu *Kaleck/Saage-Maaß*, Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 699–724, 704 f.

6 Vgl etwa den Fall der niederländischen Geschäftsmänner Frans van Anraat, aaO. 706 f und Guus Kouwenhoven, aaO, 708.

Umweltverschmutzung vorzugehen. Erste Erfolge zeitigte dies vor allem in Lateinamerika, etwa den Chevron-Fall in Ecuador, aber auch in Indien und Südafrika. Angesichts der globalen Dimension von Problemen wie Hunger und Armut oder der Massivität regionaler Probleme wie der Verschmutzung ganzer Gewässer und der Landvertreibung durch Rohstoffunternehmen können jedoch einzelne Gerichtsverfahren nicht als Lösung eines Problems, sondern eher als Auftakt, als Mosaikstein weit umfassenderer Kämpfe betrachtet werden.

3. Kritik an der juristischen Menschenrechtsarbeit

Jenseits der Einzelfälle sind vor allem zwei grundsätzliche Kritiken hier von Interesse: die Zweifel daran, ob Strafrecht sinnvoll zur Durchsetzung von Menschenrechten eingesetzt werden kann, und die Frage, ob juristische Aktivitäten auf der Grundlage des herrschenden westlichen Menschenrechtsdiskurses sinnvolle Resultate für die sozialen Bewegungen im globalen Süden produzieren können.

Die Kritik am Strafrecht ist traditionell eine Domäne der linken Theorie, insbesondere wurde seit Anfang des 20. Jahrhunderts politische Justiz, also die Instrumentalisierung von Justiz zu politischen Zwecken, meist der Repression gegen die organisierte Arbeiterbewegung, die Kommunistische Partei, antikoloniale Befreiungsbewegungen, später gegen Protestbewegungen aller Couleur kritisiert. Die Gegenwehr gegen diese Form von Unterdrückung war zunächst die Bereitstellung einer Infrastruktur für die strafrechtlich Verfolgten, insbesondere die Herausbildung von organisierter Strafverteidigung. Vor allem einzelne Anwälte wie Jacques Vergès in den Strafverfahren gegen Mitglieder der algerischen Befreiungsbewegung FLN bildeten Strategien wie die *Rupture*- (Spannung) oder Konfrontationsstrategien heraus, die öffentliche Hauptverhandlung wurde als Tribüne für Anklagen der Justiz, der Gesellschaft oder spezieller Formen der Unterdrückung genutzt. Da gerade nach 1968 von vielen die Institution des Gefängnisses grundsätzlich in Frage gestellt und die Abschaffung des Strafrechts gefordert wurde, war es nach dieser Sichtweise kaum vorstellbar, dass sich auch Unterprivilegierte, Ausgegrenzte und Protestbewegungen des als Repressionsmittel wahrgenommenen Strafrechtes bedienen könnten, um ihre Anliegen durchzusetzen.

Waren also erhebliche Teile der Linken einst „libertär, antiinstitutionell und antietatistisch“ eingestellt und sahen das Strafrecht „als „Inkarnation nicht nur falscher Inhalte, sondern auch eines falschen Prinzips“ an, erlangte es in weiterer Folge „wieder Anerkennung als eines der bedeutendsten symbolischen Mittel zur Etablierung allgemeiner Prinzipien“, etwa bei der Verfolgung von Umweltsündern und gegen Gewalt an Frauen oder eben jüngst bei der Verfolgung von Völkerstraftaten.⁷ Strafprozesse gegen Menschenrechtsverletzer üben eine gewisse Faszination auf Nichtregierungsorganisationen aus. Denn sie erhalten nunmehr gesellschaftliche Anerkennung dafür, eindeutig auf der Seite

7 Scheerer, Neue soziale Bewegungen und Strafrecht, Kritische Justiz 1985, 245–254.

der Guten, der Opfer, und gegen das Böse agieren. Die oft viel schwerer zu realisierende und zu kommunizierende gesellschaftliche Vision tritt dann oft in den Hintergrund. Jenseits dieser grundsätzlichen Kritik wird jedoch der Einsatz von Strafrecht bei System-Unrecht, also in Fällen von (Staats-) Apparaten begangenen oder gesteuerten Menschenrechtsverletzungen großen Umfangs, mit weiteren Argumenten kritisiert. Die Konzentration auf die im Strafprozess im Kern stehende Frage der Schuld von Individuen mache die notwendige Auseinandersetzung mit den dahinter stehenden Systemen schwierig, die polit-ökonomischen Ursachen von Massengewalt würden nicht erörtert werden. Mégret sieht nach dem Ende des Kalten Krieges auf nationaler Ebene den strafenden Staat auf dem Vormarsch, den Sozialstaat auf dem Rückzug. Die internationale Strafjustiz spiegele dies auf globaler Ebene und sei deswegen für die Eliten das akzeptable Gesicht der Globalisierung, da die globale Umverteilung von Reichtum keine Rolle spiele.⁸

Aus der postkolonialistischen Tradition kommende TheoretikerInnen kritisieren den Menschenrechtsdiskurs sowie die Praxis vieler Menschenrechtsorganisationen aus dem Westen. Immer noch beschäftigten sich letztere vornehmlich mit den politischen und bürgerlichen Menschenrechten, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte blieben ausgeklammert. Der ideologische Hintergrund des Menschenrechtsdiskurses, nämlich die Beförderung von Demokratie und freiem Handel, werde dabei bewusst außer Acht gelassen, man gebe sich politisch neutral.⁹ Der politische, soziale und wirtschaftliche Hintergrund der Konflikte, die zu Völkerstraftaten führten, bleibe außen vor, die Menschenrechtsverletzungen werden phänomenologisch abgehandelt. So wirft Madlingozi von der basisdemokratischen Bewegung Khulumani Support Group aus Südafrika den westlichen ‚Transitional Justice Entrepreneurs‘ vor, die Kategorie Opfer zu etablieren, um ihre eigene Existenzberechtigung zu schaffen. Sie maßten sich zudem an, die Opfer ihrer ‚Story‘ zu berauben.¹⁰

Die nachfolgend kurz geschilderten gerichtlichen Auseinandersetzungen mit den Militärdiktaturen in Chile und Argentinien belegen allerdings, dass zwar die Warnungen der Strafrechtsskeptiker und postkolonialen Kritiker ihre Berechtigung haben, jedoch deren Bedenken auch erfolgreich überwunden werden können.

4. Die argentinischen Diktaturverfahren und der Pinochet-Videla-Effekt als Modell

Ab 1986/1987 herrschte in Argentinien, knapp zwei Jahrzehnte lang, fast vollkommene Straflosigkeit der Verbrechen der Militärdiktatur.¹¹ Nichts desto trotz bemühte sich die

8 Mégret, Three Dangers for the International Criminal Court: A Critical Look at a Consensual project, Finnish Yearbook of International Law 2001, 193–247, 208f.

9 Vgl ua in *Mutua*, The Transformation of Africa: A Critique of the Rights Discourse, Buffalo-Legal Studies Research Paper Series, Paper Nr 2010-002, <http://ssrn.com/abstract=1526734> (15.8.2011); vgl auch *Angie*, Die Evolution des Völkerrechts: Koloniale und Postkoloniale Realitäten, Kritische Justiz, 2009, 49.

10 *Madlingozi*, On Transitional Justice Entrepreneurs and the Production of Victims, Journal of Human Rights Practice 2 (2010) 208–228.

11 Vgl zum Ganzen *Kaleck*, Kampf gegen die Straflosigkeit, Berlin 2010 sowie zu aktuellen Fällen www.ecchr.eu.

argentinische Menschenrechtsbewegung, Ermittlungen und Gerichtsverfahren gegen die Militärs und ihre Helfer anzustrengen. Dafür bedienten sie sich vieler verschiedener juristischer Mittel, von Versuchen, die Strafflosigkeitsgesetze vor argentinischen Gerichten auszuhebeln, zu den sogenannten Wahrheitsprozessen bis zur Inanspruchnahme des interamerikanischen Menschenrechtssystems. Diese juristischen Aktivitäten wurden von einer ständigen sozialen Mobilisierung der Menschenrechtsbewegung – mit den Müttern und Großmüttern von der Plaza de Mayo als organisatorischem Zentrum – begleitet. In den 1990ern bedienten sich Gruppen von Kindern der Verschwundenen Aktionsformen wie dem *Escrache*, einer Mischung aus Demonstration und künstlicher Intervention. Bei diesen Aktionen wurde nach wochenlanger Aufklärung der Bevölkerung in einem Stadtteil auf die Präsenz von namentlich bekannten Verantwortlichen für Mord und Folter und deren bisherige Strafflosigkeit hingewiesen.¹²

Schließlich wurden neue – transnationale – Wege gegangen, um die Blockade im eigenen Land zu überwinden, es wurden über die Exilgemeinden und die Solidaritätsbewegung nicht nur die Öffentlichkeit in den verschiedenen europäischen Ländern mobilisiert, sondern Ermittlungen und Gerichtsverfahren angestrengt. So strengten in den 1990er Jahren Familienangehörige französischer, italienischer und deutscher Opfer der beiden Diktaturen zahlreiche Verfahren unter Berufung auf das passive Personalitätsprinzip (Staatsangehörigkeit des Opfers als Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit) zunächst in Frankreich und Italien, später auch in Deutschland an. In Spanien wurden aufgrund des Weltrechtsprinzips weitreichende Ermittlungen geführt, die schließlich am 16. Oktober 1998 in der spektakulären Verhaftung des chilenischen Ex-Diktators Augusto Pinochet in London mündeten. Dieser Fall motivierte zahlreiche Menschenrechts- und Juristenorganisationen auf der ganzen Welt, ähnliche Fälle gegen niedrig- und hochrangige Verantwortliche für Folter und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, mitunter gegen ehemalige und amtierende Regierungsangehörige, zu führen. Im Falle der argentinischen und chilenischen Verbrechen endeten die Verfahren in mehreren Verurteilungen in Abwesenheit in Italien und Frankreich. In Deutschland und Spanien wurden Haftbefehle gegen Dutzende von Militärs erlassen, Deutschland beantragte die Auslieferung des ehemaligen Junta-Chefs Jorge Rafael Videla. Auch wenn die Ermittlungen in Europa lediglich zu der Verurteilung eines einzigen Militärs, Adolfo Scilingo, in Spanien führten, sind sie dennoch als erfolgreich anzusehen. Denn zusammen mit den unablässigen juristischen und politischen Bemühungen vor allem der argentinischen Menschenrechtsbewegung mit den Müttern der Plaza de Mayo an der Spitze führten sie Mitte der 2000er Jahre zunächst zur Aufhebung der Amnestie- und Strafflosigkeitsgesetze. Ab dann setzte eine neue Welle von schätzungsweise 1000 Ermittlungsverfahren in allen Teilen Argentiniens ein, die zu bisher etwa 200 Verurteilungen führten. Dieses Wechselverhältnis wird in der Literatur als Pinochet- oder Videla- Effekt beschrieben: Wenn im

12 Vgl zu dieser Aktionsform *Colectivo Situaciones*, *Escrache*. Aktionen nichtstaatlicher Gerechtigkeit in Argentinien (2004).

eigenen Staat die Möglichkeiten der Aufarbeitung, die „*local remedies*“, blockiert sind, werden andere Formen, „*global remedies*“ erfolgreich in Anspruch genommen.¹³ Was die argentinischen Erfahrungen so wertvoll macht, sind die Ausdauer und Beharrlichkeit der argentinischen Menschenrechtsbewegung sowie das Zusammenwirken staatlicher und nicht-staatlicher Akteure auf juristischer, sozialer und politischer Ebene. Dazu kommt im juristischen Feld das Ausnutzen aller zur Verfügung stehenden Foren von nationaler, regionaler bis zur transnationalen Ebene. Auch nahmen die Familienangehörigen und Aktivistinnen und Aktivisten bei den juristischen Verfahren immer gleichberechtigt in der Beratung von Prozessstrategien teil und waren vor allem in der öffentlichen Wahrnehmung sehr präsent. Selbst bei den transnationalen Verfahren lag die Entscheidungs- und Definitionsmacht nie ausschließlich bei den juristischen Akteuren, was zu dem relativen Erfolg der juristischen Vergangenheitsaufarbeitung und zu der Herausbildung eines weit über die Gerichtssäle hinausreichenden Horizontes in Argentinien beigetragen hat. Das argentinische Modell kann sicherlich nicht ohne weiteres kopiert werden, doch können selbst diejenigen, die einen pragmatischen und die Grenzen strafrechtlicher Aufarbeitung mitbedenkenden Ansatz vertreten, in der aktuellen Situation in Argentinien den Einsatz von Strafrecht rechtfertigen und konkrete positive Wirkungen benennen. Zudem kann mit einer derartigen Zusammenarbeit von lokalen sozialen Bewegungen und Juristinnen und Juristen der oben beschriebene Gefahr der Instrumentalisierung von Opferdiskursen durch westliche Akteure entgegengewirkt werden.

5. Probleme bei transnationalen strategischen Klagen

In einzelnen emblematischen juristischen Verfahren mögen Erfolge auch mit relativ kleinen juristischen Teams möglich sein. Bedenkt man jedoch die oben dargestellten Ansprüche beispielsweise an Kommunikation mit den sowie Beteiligung der Betroffenen und die Dimension an Zeit und Ressourcen, die alleine die Argentinienverfahren gekostet haben, benötigt man ein Mindestmass an juristischer Infrastruktur und darüber hinaus an politischer Organisation und Vernetzung, um nachhaltig und erfolgreich transnationale strategische juristische Verfahren im Menschenrechtsbereich zu realisieren. In der Praxis stellen sich eine Vielzahl von Problemen schon im Vorfeld möglicher juristischer Aktionen. Die Recherche von Fakten und Dokumentation schwerster, systematischer Menschenrechtsverletzungen ist gerade bei andauernden Konfliktsituationen oder in diktatorischen Systemen schwierig bis unmöglich, auch weil viele lokale Gruppen weder die Ressourcen noch die Fähigkeiten haben, gerichtsfeste Ermittlungen durchzuführen. Dazu kommt, dass die Berichte von internationalen Organisationen wie der UN oder Nichtregierungsorganisationen wie Amnesty International und Human Rights Watch oft unter anderer Perspektive als der Recherche juristisch erheblicher Sachverhalte beziehungsweise der Verantwortlichkeit von Individuen durchgeführt

¹³ Vgl. *Roht-Ariaza*, *The Pinochet Effect* (2005).

werden. Die scheinbar nebensächliche Frage der Recherchemöglichkeiten ist daher nicht nur von großer Bedeutung, sondern beeinflusst die Agenda von Menschenrechts- und Litigation-Organisationen stark.

Bei der rechtlichen Analyse muss nicht nur geklärt werden, welche innerstaatlichen und internationalen Normen verletzt wurden, sondern welche Rechtswege den Betroffenen offenstehen. Schon diese juristischen Probleme erfordern Rechtskenntnisse, die angesichts der Neuheit der Materie nur spezialisierte und erfahrene Juristinnen und Juristen aufweisen, von den strategischen Fragen, wann und wo welche Art von juristischer Aktion mit welchem Ziel wie kommuniziert und durchgeführt werden sollte, einmal ganz abgesehen.

Im Moment sind es vor allem Anwaltsfirmen mit einschlägigem Know-How aus Großbritannien und den USA sowie Nichtregierungsorganisationen, die zu bestimmten Themen und/oder Regionen arbeiten, die überhaupt dazu in der Lage sind, sowohl die Fakten als auch die Rechtsfragen zu ermitteln. Angesichts der gewaltigen Regierungsapparate und Unternehmensstrukturen, gegen die geklagt werden soll, wird es fast immer bei David-Goliath-Konstellationen bleiben. Bei vielen Rechtsfällen, in denen es um die Verantwortung von Unternehmen für Rechtsverletzungen geht, tun sich besondere Schwierigkeiten bei der Untersuchung der Fakten auf, da Unternehmensstrukturen, Hierarchien und Kommunikation innerhalb und ausserhalb des Konzerns wesentlich weniger transparent sind als staatliche Strukturen. Dazu kommt, dass sich Menschenrechtsorganisationen bei fast allen rechtlichen Fragen auf Neuland bewegen. In der Vergangenheit haben zwar kleine Teams gerade die Pionier-Projekte im Bereich Menschenrechtsklagen auf den Weg gebracht, so im ersten Alien Torts Claims Act-Verfahren in den USA, *Filártiga v Peña-Irala* 1980¹⁴, oder bei den Pinochet- und Videla-Strafanzeigen in Spanien ab 1996. Doch je länger und aufwendiger die Ermittlungen und Verfahren werden, immerhin auch ein Teilziel der jeweils Klagenden, desto größer wird der Bedarf nach professioneller Infrastruktur. Noch heute leben viele der Projekte vom überobligatorischen Einsatz vieler Beteiligter, von kreativen Lösungen, bei denen die kleinen Teams von Universitäten, von angesehenen Expertinnen und Experten und von Pro Bono-Arbeitskräften aus Großkanzleien unterstützt werden. Mit zunehmender Klage­tätigkeit stellen sich jedoch auch betroffene Regierungen und Unternehmen auf die neuen Herausforderungen ein und stecken eigene Ressourcen in die Verfahren, womit der Aufwand auch auf Klägerseite höher wird. Zudem sind bestimmte Tätigkeiten wie die Kommunikation mit den Betroffenen und die Ausarbeitung der Gesamtstrategie schwerlich zu delegieren.

Das wenig befriedigende Zwischenergebnis lautet somit, dass der Agenda von Menschenrechtsjuristinnen und -juristen Grenzen durch die vorhandenen Ressourcen gesetzt werden, die nur teilweise durch Willens- und Kraftanstrengungen aufgehoben werden können. Für Menschen mit Erfahrungen in Organisationen und Unternehmen

14 *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 630 F 2d 876 (1980)

klingt dies selbstverständlich, juristischen Fachleuten fehlen jedoch oft genau diese Einsichten und sowohl den Betroffenen, ihren Communities und der interessierten Öffentlichkeit ist mitunter schwer zu vermitteln, dass skandalös erscheinende Zustände wegen fehlender Kapazitäten nicht juristisch angegriffen werden (können).

Ähnlich unbefriedigende Ergebnisse erbringt die Erörterung von inhaltlichen Kriterien bei der Auswahl und Durchführung strategischer Klagen. Denn je weiter man die Ziele steckt, je mehr es einem nicht nur um konkrete juristische Verfahrensergebnisse geht, desto notwendiger wird es, dass ein bestimmtes Klagevorhaben von sozialen Bewegungen, Communities oder Betroffenengruppen diskutiert, unterstützt oder (mit-)getragen wird. Doch genau dies erweist sich bei den schwersten, zumal bei andauernden, systematischen Menschenrechtsverletzungen oft als unmöglich. In autoritären Regimes ist schon die Ermittlung von Sachverhalten aufgrund der Abgeschlossenheit der Systeme äusserst beschwerlich und für alle Akteure extrem gefährlich. Aber auch in formal demokratischen Gesellschaften kann es für die Rechercheure und Menschenrechtsaktivistinnen zum unkalkulierbaren (Lebens-)Risiko werden, sich mit bestimmten Sachverhalten näher zu beschäftigen, zu veröffentlichen oder Gerichtsverfahren anzustrengen. Dort wo es an zivilgesellschaftlichen Strukturen und einem auch nur ansatzweise rechtsstaatlichen Justizsystem fehlt, mangelt es zudem am Nährboden für mögliche Pinochet-Videla-Effekte, der Chance auf die Überwindung lokaler Blockaden durch transnationale juristische Interventionen.

Erst wenn man sich mit diesen grundsätzlichen und den vielen praktischen Problemen (Funding von Klageprojekten, geeignete AnwältInnen vor Ort, Sicherheit für die Betroffenen etc) auseinandergesetzt hat, kommt man überhaupt zu den Problemen, die im Zusammenhang mit ‚Strategic Litigation‘ gemeinhin diskutiert werden. Namentlich sind dies die Vorstellungen von Erfolg und die Debatte, ob es „Success without Victory“ oder „Winning through Losing“, ob es also langfristig positive Effekte auch durch verlorene Klagen geben kann. Abstrakt ist die Antwort ebenso einfach wie für die traditionell konservative Juristenschaft im deutschsprachigen Raum oft unbegreiflich: Ja, es kann solche positiven Effekte geben, beispielsweise eine Skandalisierung eines bestimmten Zustandes und anschließende Bewusstseinsbildung und politische Mobilisierung. Auch ist der Fall denkbar, dass obsiegende rechtliche Entscheidungen negative Wirkungen haben: So kann die Fokussierung auf die juristische Vorgehensweise zu Machtverschiebungen zugunsten der JuristInnen innerhalb von Gruppen und Bewegungen führen, Ressourcen für andere Aktivitäten absorbieren, demobilisierend auf Bewegungen wirken, gerade den politischen Gegner mobilisieren oder aber rechtliche Entscheidungen im Einzelfall produzieren, die mit Legitimität ausgestattet die Lösung eines strukturellen Problems nur suggerieren, ohne wirklich Veränderungen herbeizuführen. Genau über diese Fragen gilt es bei möglichen Klageprojekten in jeder Phase offen zu reflektieren, um dann eventuelle Fälle und Konstellationen auszuwählen und Ziele zu definieren. Dabei erscheint es von besonderer Bedeutung, binäre Denkweisen zu vermeiden, vielmehr begreifen zu lernen, dass Erfolg und Misserfolg viele Schattierungen haben,

dass in Völkerstrafverfahren die Dokumentation eines Verbrechenssachverhalt in einer Strafanzeige und dessen Skandalisierung in den unterschiedlichen Öffentlichkeiten, eine kluge Kommunikationsstrategie unter Einbeziehung der Betroffenen, die damit einhergehende Netzbildung und nachhaltige Mobilisierung bereits ein erfolgreiches Unternehmen darstellen kann, bevor überhaupt zuständige Strafverfolgungsbehörden entschieden haben, ob sie ermitteln, geschweige denn anklagen oder verurteilen werden.

6. Die Zukunft transnationaler Klagen im Menschenrechtsbereich

Die Zukunft transnationaler Klagen im Menschenrechtsbereich ist wie die gesellschaftliche und politische Entwicklung insgesamt schwer vorhersehbar. Denn unabhängig von der grundsätzlichen Auffassung, die man zum Verhältnis Recht-Politik, Recht-Macht vertreten mag, ist die Ausnutzung rechtlicher Mittel in gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, aber auch in Abwehrkämpfen unumgänglich. Um mit letzterem zu beginnen: Wo Menschen ermordet, gefoltert, illegal inhaftiert, ausgebeutet, abgeschoben oder politisch angeklagt werden, benötigen sie – möglichst professionellen und effizienten – juristischen Beistand. Inwieweit dann juristische Interventionen zur Überwindung gesellschaftlicher Missstände wie systematischer Menschenrechtverletzungen führen können, also Recht offensiv genutzt werden kann, hängt sicherlich von den konkreten gesellschaftlichen Umständen ab. Anders als von rechten und linken Zynikern wird hier jedoch die Position vertreten, dass der Einsatz juristischer Mittel in mehr oder weniger strategischer Weise politischen und sozialen Kämpfen zur Durchsetzung universeller Menschenrechte einen zusätzlichen Impuls verleihen können. Es ist daher eine politische Vision von Litigation zu realisieren, die die Sprache, die Logik und das System des Rechts beherrscht, aber auch die Beschränktheit der juristischen, insbesondere der strafrechtlichen Unternehmungen begreift. Der angestrebte Erfolg mag sich dann innerhalb eines juristischen Verfahrens einstellen oder eine Wirkung im politischen und sozialen Raum erzielen. Viel lässt sich von den sozialen Bewegungen aus dem Globalen Süden lernen, die ein pragmatisches, differenziertes Rechtsverständnis und eine politische Praxis entwickelt haben, die weit über unseren hiesigen Diskussionsstand hinausgehen. Sie benutzen die Ressource Recht als ein Mittel in ihren sozialen Auseinandersetzungen, die Ergebnisse der juristischen Verfahren sind Mittel zum politischen Zweck.¹⁵

Wolfgang Kaleck ist Rechtsanwalt in Berlin und Generalsekretär des European Center for Constitutional and Human Rights e.V. (ECCHR); kaleck@ecchr.eu

15 Die Aktivitäten und Öffentlichkeitsauftritte der Menschenrechtsorganisationen Human Rights LawNetwork in Indien, www.hrln.org, Saligan auf den Philippinen, www.saligan.org, Khulumani Support Group, www.khulumani.net, in Südafrika, Proyecto de derechos Economicos, Sociales y Culturales – Prodesc in Mexico, www.prodesc.org.mx, und Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo – CAJAR in Kolumbien, www.colectivodeabogados.org, zeugen davon. Ähnliche Ansätze sind aber auch bei dem in New York ansässigen Center for Constitutional Rights zu finden.

Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig

Daniela Krömer

Was hatten Auftragskiller_innen und Sexarbeiter_innen bis vor kurzem gemeinsam? Verträge mit Mitgliedern beider Berufsgruppen dienten Studierenden der Rechtswissenschaften oft als Beispiele für sittenwidrige, und daher nichtige, Verträge. Vertraglich vereinbartes Entgelt war in beiden Fällen nicht einklagbar. Diese etwas merkwürdige Parallele hat der OGH¹ nun beseitigt: In einem bemerkenswerten, wenn auch überfälligen, Urteil judizierte er, dass Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig ist.

Sexarbeit ist eine mit vielen Risiken verbundene berufliche Tätigkeit. Sie findet häufig in einem Umfeld statt, das vielen Menschen suspekt ist. Trotzdem – oder gerade deshalb – ist sie rechtlich vielfach erfasst: Sexarbeit ist nicht (mehr) strafbar, Rahmenbedingungen für ihre Ausübung sind durch Landesgesetze geregelt. Sexarbeiter_innen müssen ihre Einkünfte versteuern und sind sozialversicherungspflichtig. Sie sind zu regelmäßigen gesundheitlichen Kontrollen² verpflichtet (deren Kosten sie teilweise tragen müssen)³, auch das Wettbewerbsrecht⁴ ist auf sie anwendbar. Unter diesen Umständen mutet es mehr als seltsam an, dass Sexarbeiter_innen bis vor kurzem keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf ihre Erwerbseinkünfte hatten.

1989 entschied der OGH⁵, dass Verträge über sexuelle Dienstleistungen nach § 879 ABGB generell sittenwidrig sind. Die Schecks, die die damaligen Klägerinnen für ihre Dienstleistungen erhielten, waren von ihrem Freier gesperrt worden. Die Erstinstanz sprach den Klägerinnen noch den ausstehenden Lohn zu, da der Beklagte bei Vertragsschluss geschäftsfähig gewesen war. Für den OGH widersprachen aber Verträge, die häufig den „Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen“ (gemeint waren Kund_innen, nicht Sexarbeiter_innen) ausnützen, den Werten der Rechtsordnung und waren somit nichtig. Immerhin, bereits bezahltes Entgelt konnte auch 1989 trotz Nichtigkeit nicht zurückgefordert werden.

1 OGH, 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.

2 Gesetz vom 22. August 1945 über die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Geschlechtskrankheiten, StGBI Nr 152/1945.

3 „PROSTITUTION IN ÖSTERREICH, Arbeitsbericht ExpertInnenkreis „Prostitution“ im Rahmen der Taskforce Menschenhandel, BKA, Wien 2008, 10.2.4., 34.

4 OGH 21.09.1993, 4 Ob 78/93.

5 OGH 28.06.1989, 3 Ob 516/89.

Diese Entscheidung, die es über Jahrzehnte Zivilgerichten ersparte, sich mit vertraglichen Ansprüchen aus Sexarbeit auseinander zu setzen, stieß vielfach auf Kritik.⁶ Fast 25 Jahre und eine Bordellrechnung, die über die Streitwertgrenzen der ZPO⁷ hinausging, später bot sich dem OGH die Möglichkeit, diese aufzugreifen: Ausgangsfall waren nicht bezahlte Rechnungen in einem Kärntner Bordell. Der Beklagte, ein Notstandshilfebezieher, war Stammgast, der als solcher regelmäßig seine Konsumation beim Bordellbesitzer anschreiben ließ. Seine Schulden bezahlte er weniger regelmäßig, und meist nur unter Zuhilfenahme der Bankomatkarte seiner Mutter. Bei einem Schuldenstand von rund 12.000 EUR wurde er schließlich geklagt. Jener Teil der Bordellrechnung, der den Konsum von Alkohol und Zigaretten betraf, wurde dem Kläger ohne weiteres zugesprochen – der Betrag, der auf sexuelle Dienstleistungen entfiel, hingegen nicht.

Der OGH überprüfte die Sittenwidrigkeit von Verträgen über Sexarbeit erneut und kam zu einem seiner bisherigen Judikatur diametral entgegengesetzten Ergebnis:

- 1) Es gibt kein allgemeines Schutzbedürfnis von Kund_innen, welches zu einer generellen Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB führen könne. Werden Kund_innen im Einzelfall aufgrund von „Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung“⁸ ausgebeutet, so ist der mit ihnen geschlossene Vertrag nach § 879 Abs 2 Z4 ABGB – dem Wuchertatbestand – nichtig.
- 2) Allgemeine Moralvorstellungen geben ebenfalls keinen Anlass zur Sittenwidrigkeit von Verträgen über Sexarbeit. Diese wären nur zur berücksichtigen, wenn sie sich im allgemeinen Recht widerspiegeln würden – die Ausübung von Sexarbeit ist aber (landes-)gesetzlich eingehend geregelt.
- 3) Ein Erfüllungsanspruch gegen die Sexarbeiter_innen wäre allerdings sittenwidrig, da dieser dem Grundrecht der sexuellen Autonomie widerspräche. Die vertragliche Verpflichtung zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen ist daher jederzeit widerrufbar.

Verträge über Sexarbeit sind also nunmehr einseitig verbindlich: Sexarbeiter_innen müssen vertraglich vereinbarte sexuelle Dienstleistungen nicht erbringen, wenn sie es aber tun, entsteht ein Entgeltanspruch.

Dieser Ansatz entspricht jenem des deutschen Prostitutionsgesetzes (ProstG) aus 2001. Bei Ansprüchen aus Schlecht- oder Nichterfüllung gelten aber – anders als in Deutschland⁹ – allgemein zivilrechtliche Regelungen. Dies hat bereits Unbehagen in der Zivilrechtswissenschaft ausgelöst. In einem ersten Beitrag hält *Spitzer* die Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Tatbestände auf Sexarbeitsverträge zwar für möglich, aber für

6 *Weitzenböck*, Die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt, JAP 1990, 14 ff; *Graf in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 87.

7 5.000 EUR, siehe § 502 ZPO.

8 OGH vom 28.06.1989, 3 Ob 516/89.

9 So beschränkt beispielsweise § 2 dProstG die Geltendmachung von Schlechterfüllung ausdrücklich auf die vereinbarte zeitliche Dauer.

problematisch¹⁰ und nicht unbedingt wünschenswert¹¹. Es wäre seiner Meinung nach angemessener, dass Verträge über Sexarbeit analog zu Glücksspielverträgen nach § 1271 ABGB Naturalobligationen begründen.¹²

Dieser – als Mittelweg gedachte – Lösungsansatz soll sowohl dem Schutz von Sexarbeit_innen als auch der gesellschaftlichen Unerwünschtheit von Sexarbeit und der Tatsache, dass „kurzsichtige Bürger“ in Bordellen „in kurzer Zeit viel Geld verpuffen“¹³ können, Rechnung tragen. Er ist aber abzulehnen. Denn im Ergebnis würde er für die betroffenen Sexarbeiter_innen kaum einen Unterschied zu der früheren Judikatur des OGH bedeuten: es bestünde weiterhin nur Anspruch auf jenes Entgelt, das im Voraus kassiert wurde (allerdings ohne das Stigma der Sittenwidrigkeit). *Spitzers* Lösungsvorschlag sind daher im Wesentlichen jene Argumente entgegenzuhalten, die schon *Weitzenböck*¹⁴ gegen die nun revidierte Rechtsmeinung des OGH vorbrachte: Kurzsichtige Bürger verpuffen regelmäßig in kurzer Zeit große Summen, bspw bei Versandhäusern, ohne dass diese Kurzsichtigkeit zu einem besonderen Schutz geführt hätte. Auch der Vergleich von Sexarbeit mit Glücksspielen hinkt: Diese sind vor allem deshalb bedenklich, weil die Leistungspflicht überwiegend vom Zufall bestimmt wird. Bei Sexarbeit ist das nicht der Fall, für eine Analogie gibt es daher keine ausreichende Grundlage. Um mit berufsspezifischen Besonderheiten von Sexarbeit adäquat umzugehen, wäre statt dem Ausschluss des Rechtswegs vielmehr eine eigene gesetzliche Grundlage nach deutschem Vorbild wünschenswert.

Eine sprachliche Anmerkung zum Schluss: Anders als die juristische Bewertung hat sich die Sprache in den Urteilen nur wenig gewandelt. Wo früher von Dirnenmieten und Liebesdiensten die Rede war, spricht der OGH nun von „Mädchenstunden“. Wendungen wie diese verschleiern nicht nur, dass sexuelle Dienstleistungen auch von Männern erbracht werden. Sie machen auch vergessen, dass Sexarbeit letztlich Arbeit ist.

Mag^a. Daniela Krömer war bis vor kurzem Assistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien und ist Teil der Arbeitsgruppe COMPACT Österreich (European Action for Compensation for Trafficked Persons), daniela.kroemer@univie.ac.at.

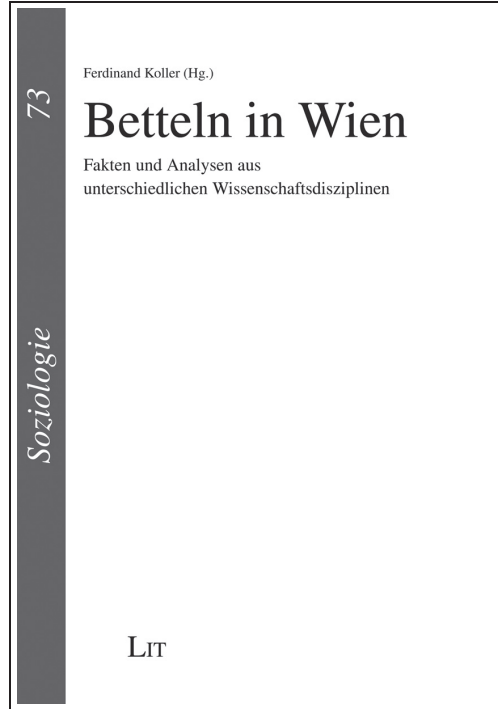
10 *Spitzer* geht vor allem von praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen aus, *Spitzer*, ÖJZ 2012/82, 786.

11 So zitiert er *Zeiller* mit der Aussage, dass Gerichtshöfe nicht mit Rechtsstreitigkeiten über unerwünschte Verträge überlagert werden sollen; siehe *Spitzer*, ÖJZ 2012/82, 786.

12 *Spitzer*, ÖJZ 2012/82, 786.

13 *Spitzer*, ÖJZ 2012/82, 786.

14 *Weitzenböck*, JAP 1990, 15.



Ferdinand Koller (Hrsg.)

Betteln in Wien

Fakten und Analysen aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen

Sind Bettelverbote verfassungs- und grundrechtskonform? Wie hat sich der Umgang mit bettelnden Menschen verändert? Welche Rolle spielt dabei der Antiziganismus? Wie sehen Bettlerinnen ihre Tätigkeit? Diese und andere Fragen werden in den Beiträgen des vorliegenden Sammelbands behandelt und in Österreich erstmals in Buchform veröffentlicht. WissenschaftlerInnen aus unterschiedlichen Disziplinen haben sich mit dem Thema Betteln auseinander gesetzt. Sie geben einen auf Fakten und Argumenten gestützten, vielfältigen Einblick in eine Thematik, die im öffentlichen Diskurs zwar sehr präsent ist, aber von Vorurteilen bestimmt wird.

2012, 176 S., 19,90 €, br., ISBN-AT 978-3-643-50387-9

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Die juristische Fachzeitschrift,
die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 58,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdienler € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl,
Joachim Stern

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH