

nr 4/2010

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Postneoliberale Rechtsordnung? Suchprozesse in der Krise

recht & gesellschaft

Stiefkindadoption auf dem Prüfstand
Sexting aus strafrechtlicher Sicht

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

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Ausschluss Basta!

Ein Aufruf

Das Ergebnis der Gemeinderats- und Landtagswahl in Wien vom Oktober 2010 setzt ein deutliches rassistisches Zeichen. Ebenso alarmierend wie der Erfolg der rechtsextremen Positionen der FPÖ sind die zahlreichen populistischen Analysen von Politiker_innen, Meinungsmacher_innen und anderen Expert_innen, die unwidersprochen verbreitet werden.

Ob Bildung, Wohnen oder Arbeitsmarkt – Migration wurde und wird in all diesen Lebensbereichen als Problemfeld inszeniert. Es gehört mittlerweile zum guten Ton in der öffentlichen Debatte, über Migration und Migrant_innen als Konfliktquelle zu sprechen. In Österreich herrscht offenbar ein breiter Konsens darüber, dass auf gesellschaftliche und soziale Probleme rassistische Antworten gegeben werden können. Wir stellen uns gegen diesen Konsens!

Der Anspruch, die Debatte zu versachlichen, greift zu kurz. Wir akzeptieren nicht, dass zwar ständig über Migrant_innen gesprochen und über sie Bescheid gewusst wird, sie aber aus Entscheidungspositionen ausgeschlossen bleiben – unabhängig davon, ob sie längst österreichische Staatsbürger_innen sind oder nicht. Ein verheerendes Missverhältnis drückt sich darin aus, dass auch diese Wahl mit dem Thema Migration entschieden wurde, und zwar unter Ausschluss derjenigen, die in Wien leben und hier nicht wählen dürfen.

Längst ist hierzulande eine Klarstellung fällig: Migration bildet unsere Realität. Die Menschen, die hier leben, sind keine Fremden. Die Sprachen, die hier gesprochen werden, sind keine Fremdsprachen. Alle Jugendlichen, die hier leben, sind unsere Jugendlichen. Nach den Ergebnissen der Wiener Wahl wollen wir daher noch weniger als zuvor über Integration reden. Denn bereits das ständige Sprechen über Integration reproduziert ein angebliches Anderssein, stellt Teile der Gesellschaft unter Generalverdacht und übersieht die Vielfältigkeit der Lebensformen. Stattdessen wollen wir soziale und politische Verhältnisse thematisieren, die tagtäglich Ungleichheit zwischen Menschen neu herstellen.

In öffentlichen Debatten werden ökonomische und gesellschaftliche Ausschlüsse mehrheitlich ignoriert bzw. rassistisch umgedeutet. Tatsache ist: Die gegenwärtigen Strukturen schaffen im Bildungsbereich, am Arbeitsmarkt, hinsichtlich politischer Mitsprache oder Selbstorganisation eine Segregation, durch die Mehrheitsösterreicher_innen bevorzugt werden. Viele Migrant_innen sind vom Wahlrecht ausgeschlossen, es wird verschleiert, wie Migrant_innen der Zugang zu Bildung, Wohnräumen und Arbeitsplätzen,

zu öffentlichen Institutionen und anderen gesellschaftlichen Räumen erschwert wird. Islamfeindlichkeit bietet einen wesentlichen Anknüpfungspunkt für mediale Auseinandersetzungen, denn Islamfeindlichkeit wird nicht als Rassismus anerkannt.

Dies geschieht im Kontext einer globalen Umstrukturierung der Wirtschaft, deren negative Effekte vor allem Arbeitnehmer_innen und Menschen mit geschwächten Rechten massiv treffen. Es wird der Versuch unternommen, über das Thema Migration soziale Positionen gegeneinander auszuspielen und Arme und Migrant_innen als unproduktiven Kostenfaktor darzustellen. Stattdessen sollte gegen Verarmung, Prekarisierung und den Verlust sozialer Rechte gekämpft werden, die immer mehr Menschen betreffen.

Migration findet statt. Sie ist eine Selbstverständlichkeit in allen Lebensbereichen. Und nicht nur das: Migrant_innen fordern ihre Rechte ein, Migration ist somit eine emanzipative Bewegung. Das Problem sind jene Politiken, die Armut und Rassismus produzieren.

Wir lehnen entschieden jede Politik ab, die gesellschaftliche Verhältnisse nach einer Kosten/Nutzen-Logik durchrechnet und Teile der Gesellschaft zur Ausschusspopulation erklärt.

Wir fordern eine Arbeitsmarktpolitik, die keine Ausschlüsse produziert, sondern Alle in der Gesellschaft mit einbezieht und fördert.

Wir fordern eine Bildungspolitik, die von der Realität der Mehrsprachigkeit und Transkulturalität in den Kindergärten und Schulen ausgeht.

Wir wenden uns entschieden gegen eine Einteilung in gute und schlechte Migrant_innen, während die Gesetze verschärft und das Recht auf Asyl de facto abgeschafft werden.

Wir fordern, dass alle Menschen, die hier leben, die gleichen Möglichkeiten haben, an der Gesellschaft sowie an politischen Entscheidungen mitzuwirken.

Wir wollen in einer Gesellschaft leben, in der es selbstverständlich ist, dass alle Menschen die gleichen Rechte teilen.

Die juristikum-Redaktion unterstützt den Aufruf „Ausschluss basta!“ und lädt zu seiner Unterzeichnung ein. Eine Möglichkeit dazu und eine Liste der Erstunterzeichner_innen finden sich unter <http://ausschlussbasta.wordpress.com/>.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 377 Ausschluss Basta!
Ein Aufruf

merk.würdig

- 380 Können wir wissen, was wir eines Tages wollen?
Das BGH-Urteil zum Behandlungsabbruch
Charlotte Reiff
- 385 Kein Raum für Sentimentalität
Ines Rössl
- 388 Eine ehrliche Debatte jenseits von Ideologien?
Nina Eckstein

recht & gesellschaft

- 391 Gleichgeschlechtliche Familien
Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext
Marion Guerrero
- 402 Taking Sexting Seriously: Should Europe Start Prosecuting “Sexters”?
Matthias C. Kettemann

thema

- 414 Vorwort: Postneoliberale Rechtsordnung? – Suchprozesse in der Krise
Sonja Buckel / Andreas Fischer-Lescano / Lukas Oberndorfer
- 425 Landgrabbing – Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung?
Thore Prien
- 436 Kämpfe um soziale Rechte: Können strategische Prozesse gegen transnationale Unternehmen einen Beitrag leisten?
Wolfgang Kaleck / Miriam Saage-Maaß
- 449 Europäische Gleichstellungsnormen: Neoliberale Politik oder postneoliberale Chance für demokratische Geschlechterverhältnisse?
Gabriele Wilde
- 465 Europäische Tarifautonomie – Rechtsrahmen für Autonomie und Korporatismus
Eva Kocher
- 484 Globale Soziale Rechte. Kämpfe ums Recht im Postneoliberalismus
Kolja Möller
- 500 Klimaschutz mit Markt und Deals: Neoliberale und postneoliberale Verschiebungen im Umweltrecht und der Klimaschutzpolitik
Michael Fütterer / Maximilian Pichl

nach.satz

- 518 Rechts.Wirklichkeit: Ein Bericht aus Tirol zu Art 13 Abs 3 B-VG
Caroline Voithofer

Können wir wissen, was wir eines Tages wollen?

Das BGH-Urteil zum Behandlungsabbruch

Charlotte Reiff

Am 25.6.2010 entschied der 2. Strafsenat des BGH (2 StR 454/09), dass der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung auf Grundlage des Patientenwillens nicht strafbar ist. Die Entscheidung schneidet mit den Voraussetzungen und der Reichweite der Beendigung einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung und der Achtung der Selbstbestimmung zentrale Bereiche der Sterbehilfediskussion an, die bis heute von großen Unsicherheiten seitens der ÄrztInnen, BetreuerInnen und Angehörigen geprägt sind.

1. Sachverhalt

Der Angeklagte ist ein auf dem Gebiet des Medizinrechts spezialisierter Rechtsanwalt. Er beriet die beiden Kinder von Frau K., nämlich die mitangeklagte Frau G. und deren inzwischen verstorbenen Bruder. Frau K. lag seit Oktober 2002 in einem Wachkoma und wurde in einem Pflegeheim über einen Zugang in der Bauchdecke (PEG-Sonde) künstlich ernährt. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht zu erwarten. Entsprechend dem von Frau K. im September 2002 mündlich für einen solchen Fall geäußerten Wunsch, bemühten sich die Geschwister, die inzwischen zu Betreuern ihrer Mutter bestellt worden waren, um die Einstellung der künstlichen Ernährung, um ihrer Mutter ein Sterben in Würde zu ermöglichen. Nach Auseinandersetzungen mit der Heimleitung kam es Ende 2007 zu einem Kompromiss, wonach das Heimpersonal sich nur noch um die Pflegetätigkeiten im engeren Sinne kümmern sollte, während die Kinder der Patientin selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nachdem Frau G. am 20.12.2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet hatte, wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens am 21.12.2007 jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Darauf erteilte der Angeklagte P. Frau G. den Rat, den Schlauch der PEG-Sonde dicht über der Bauchdecke zu durchtrennen. Frau G. schnitt mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Heimpersonal dies bereits nach einigen Minuten entdeckt hatte, wurde Frau K. gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort zwei Wochen später eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen.

2. Urteilsspruch

Der BGH hat aus Anlass der Revision des Angeklagten das Urteil aufgehoben und den Angeklagten freigesprochen. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. Ein Behandlungsabbruch kann nach Auffassung des Gerichts sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung jedoch nicht zugänglich.

3. Problembereiche

Die vorliegende Entscheidung erweist sich insbesondere durch zwei Aspekte für die Diskussion um die Sterbehilfe als bedeutsam. Einerseits unterstreicht der BGH die Beachtlichkeit des Patientenwillens und des Selbstbestimmungsrechts, andererseits enthält das Urteil Hinweise auf die Abgrenzung von aktiver und passiver Sterbehilfe.¹

3.1. Selbstbestimmung am Lebensende

Der Angeklagte und die Tochter rechtfertigten das Durchtrennen des Schlauches damit, auf Wunsch von Frau K. gehandelt zu haben. Frau K. hatte in einem Gespräch mit der Tochter angegeben, „falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche ‚Schläuche‘ angeschlossen werden“ (Rn 5). Der BGH bewertete die durch den Kompromiss mit der Heimleitung getroffene Entscheidung des Unterlassens weiterer künstlicher Ernährung als rechtmäßig, während die durch die Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme als rechtswidriger Angriff gegen das Selbstbestimmungsrecht der Patientin angesehen wurde (Rn 18).

Gerade im ÄrztInnen-PatientInnen-Verhältnis spielt das Selbstbestimmungsrecht eine wichtige Rolle, daher sehen viele Rechtsordnungen, so auch die deutsche und die österreichische, zur Durchsetzung dieses Rechts das Institut der Patientenverfügung

1 Unter „passiver Sterbehilfe“ versteht man das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen, solche werden gar nicht begonnen oder nicht fortgesetzt. Demgegenüber spricht man von „aktiver Sterbehilfe“ wenn es zur absichtlichen und aktiven Beschleunigung oder Herbeiführung des Todeseintritts kommt. „Indirekte Sterbehilfe“ umfasst Fälle, in denen bei einer schmerzlindernden Behandlung das Lebensverkürzungsrisiko in Kauf genommen wird. Vgl zur Begriffsbildung und -abgrenzung insbes *Woellert/Schmiedebach*, Sterbehilfe (2008) 18f; *Kert*, Sterbehilfe – der rechtliche Rahmen für das Ende des Lebens, JAP 2005/2006, 34; *Odunçu*, In Würde sterben. Medizinische, ethische und rechtliche Aspekte der Sterbehilfe, Sterbebegleitung und Patientenverfügung (2007) 33f; *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Ende? Strafrechtliche Reflexionen zur internationalen Euthanasiediskussion, ÖJZ 2000, 361.

vor.² So kann ein vorab geäußertes Wille in Bezug auf medizinische Behandlungen in bestimmten Grenzen und unter festgelegten formalen Voraussetzungen Verbindlichkeit erlangen.

Problematisch erscheint im vorliegenden Sachverhalt daher nicht vornehmlich, dass eine Patientin ihren Willen geäußert hat und dieser berücksichtigt wurde, sondern vielmehr, wie er geäußert wurde. Frau K. äußerte ihn nämlich ausschließlich in einem Gespräch mit ihrer Tochter, schriftliche Anhaltspunkte oder gar eine Patientenverfügung gab es nicht. Ähnliche Fallkonstellationen in Bezug auf mündliche Willensäußerungen gab es schon im italienischen Fall Englaro³, im US-amerikanischen Fall Terri Schiavo⁴ und im sogenannten „Kemptener Urteil“ des BGH⁵.

Der Grundsatz, dass ein aufgrund konkreter Anhaltspunkte ermittelter Patientenwille als ausreichende Entscheidungsgrundlage erachtet werden kann, wurde in Deutschland durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl I 2286) in § 1901a Abs 2 BGB⁶ festgelegt. Auf dieser Grundlage entschied das Gericht, dass die im September 2002 geäußerte Einwilligung der Patientin bindende Wirkung entfalte und der wirkliche vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußerte Wille zweifelsfrei festgestellt sei (Rn 17). Im Urteil wurde darauf verwiesen, dass es insbesondere für die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens strenge Maßstäbe gebe, deren Einhaltung durch die Verfahrensregeln der §§ 1901a ff BGB gesichert werde (Rn 38). Obwohl dies die Berücksichtigung des Patientenwillens und die Selbstbestimmung auch für den Fall des Fehlens einer Patientenverfügung möglich macht, darf nicht übersehen werden, dass die Behandlung oder Nichtbehandlung dadurch unter Umständen von Äußerungen abhängig gemacht wird, die der Betroffene vielleicht nicht als endgültig und bindend angesehen und auch nicht auf die konkrete Situation bezogen hat. Es besteht die Gefahr, dass Angehörige oder BetreuerInnen ihren eigenen Willen auf die PatientInnen projizieren oder fiktive Angaben machen.⁷ Insbesondere die Deutsche Hospiz Stiftung wies in einer Stellungnahme zum Urteil auf die Risiken der Gleichgewichtung einer schriftlichen Patientenverfügung mit einer mündlichen, vor Jahren gemachten Äußerung

2 In Deutschland wurde durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl I 2286) die Patientenverfügung rechtlich neu geregelt. Die vorliegende Entscheidung des BGH beruht wesentlich auf der neuen Rechtslage. In Österreich wird die Patientenverfügung durch das im Jahr 2006 in Kraft getretene Bundesgesetz über Patientenverfügungen (ParVG), BGBl I 2006/55 (EB RV 1299 AB1 381 GP XXII) ausgestaltet.

3 Vgl zur ausführlichen Darstellung des Falls *Kröll/Schaupp* (Hrsg), Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch. Medizinische – ethische – rechtliche Aspekte (2010).

4 Vgl zur Darstellung des Falls *Kettemann*, „Die Passion Terris“. Die Lex Schiavo und der Gesetzgeber als Lebensretter, *juridikum* 2005, 117.

5 BGH 1 StR 357/94, NJW 1995, 204.

6 „§ 1901a BGB Patientenverfügung:

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

7 *Taupitz*, Sterbebegleitung im internationalen Vergleich, *JBl* 2001, 557.

hin.⁸ In diesem Zusammenhang wurde der BGH in der öffentlichen Debatte mitunter dafür kritisiert, dass er diese Problematik im Urteil nicht aufgegriffen hat, um dem Gesetzgeber einen Anstoß zur Neuregelung dieses Aspekts zu geben.⁹

3.2. Behandlungsabbruch

Der zweite Problembereich der Entscheidung betrifft die Formfragen des Behandlungsabbruchs. Die mögliche Strafbarkeit lebensbeendender aktiver Handlungen, die auf die Beendigung oder Verhinderung einer von PatientInnen nicht mehr gewollten medizinischen Maßnahme abzielen, führt zu Unsicherheit in der öffentlichen Wahrnehmung sowie bei den beteiligten ÄrztInnen und Angehörigen.

Im konkreten Urteil sprach sich das Gericht nun dafür aus, nicht mehr an den äußerlichen Kriterien von „Tun“ und „Unterlassen“ festhalten zu wollen, um zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten zu unterscheiden (Rn 28). Es gebe einen sachlichen Unterschied zwischen der auf eine Lebensbeendigung gerichteten Tötung und Verhaltensweisen, die dem krankheitsbedingten Sterbenlassen mit Einwilligung des Betroffenen seinen Lauf lassen. Die von den Betreuern geprüfte Einwilligung der Patientin rechtfertigte daher nach Ansicht des BGH nicht nur den Behandlungsabbruch durch bloßes Unterlassen weiterer Ernährung, sondern auch ein aktives Tun, das der Beendigung oder Verhinderung einer von ihr nicht oder nicht mehr gewollten Behandlung diene. In der Literatur waren die Rechtsfigur des „Unterlassens durch Tun“ und die Unterscheidung von Tun und Unterlassen in Fällen des Abschaltens von lebenserhaltenden Maschinen schon lange als nicht überzeugend bewertet worden.¹⁰ Auch der Praxis wurde eine solche künstliche Unterscheidung kaum gerecht, da sich das Geschehen in Zusammenhang mit der Beendigung einer ärztlichen Behandlung aus einer Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen zusammensetzt. Die Bewertung als straflose passive oder strafbare aktive Sterbehilfe hing von bloßen Zufälligkeiten ab (Rn 31).

In der Entscheidung wird nun festgelegt, dass in Zukunft der normativ-wertende Oberbegriff des „Behandlungsabbruchs“ sowohl objektive Handlungselemente sowie subjektive Zielsetzung des Handelnden umfassen soll (Rn 31). Als Voraussetzungen für den Behandlungsabbruch fordert das Gericht einerseits, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist (Rn 33). Andererseits muss die Einwilligung sich objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung beziehen. Mit diesen Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behand-

8 *Brysch*, Stellungnahme der Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung zum Urteil des Bundesgerichtshofes im so genannten Sterbehilfeprozess, Sonder Hospiz Info Brief 2010, 1.

9 Vgl zB *Wunder*, Wird Sterben ermöglicht oder getötet? Frankfurter Rundschau vom 25.6.2010.

10 Vgl *Hoerster*, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW 1986, 1786 ff; *Bernat*, Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille, RdM 1995, 51.

lung bezogenen Willens der betroffenen Person soll eine klarere rechtliche Orientierungsmöglichkeit geschaffen werden (Rn 36).

3.3. Folgen

Obwohl dieses Erkenntnis des BGH auf breiter Basis als Beendigung einer juristischen Spitzfindigkeit begrüßt worden ist, sollte wohl in diesem Zusammenhang das Verhalten der Beteiligten im konkreten Fall durchaus kritisch betrachtet werden. Nicht nur aus individueller Sicht von nicht-einwilligungsfähigen PatientInnen, sondern auch aus Sicht eines geordneten Krankenhausbetriebs erscheint ein eigenmächtiges Eingreifen in bestehende Versorgung ohne vorherige Konsultation und durch bloßes Berufen auf den Wunsch des Patienten als kaum akzeptabel.¹¹ Eine Dammbrech-Gefahr aufgrund der Entscheidung des BGH ist jedoch eher gering. Es ist nicht anzunehmen, dass es zu einer gesteigerten Selbstverständlichkeit aktiver Handlungen zur Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen kommen wird, die sich womöglich unkontrollierbar ausweiten, da der BGH nur die Voraussetzungen der „passiven“ Sterbehilfe erweitert, die Strafbarkeit der „aktiven“ Sterbehilfe jedoch nicht infrage gestellt hat.¹²

4. Schluss

Können wir wissen, was wir einst wollen? Ist es möglich den Patientenwillen auch abseits einer Patientenverfügung zuverlässig festzustellen? Wird sich durch die Betonung des Selbstbestimmungsrechts die Lage in der medizinischen Praxis dauerhaft verändern? Offene Fragen bleiben bestehen, auch solche, die sich aus den geltenden gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung ergeben. Trotz der immer weiter zunehmenden Rechtssicherheit im Bereich Sterbehilfe wird wohl auch in Zukunft die individuelle Situation der PatientInnen im Vordergrund stehen. Viele Fragen, die sich am Ende des menschlichen Lebens stellen, sind kaum generalisierend zu beantworten. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass der BGH mit der vorliegenden Entscheidung den Patientenwillen und das Selbstbestimmungsrecht vor allem in der öffentlichen Wahrnehmung gestärkt hat.

Mag^a Charlotte Reiff studiert Philosophie und dissertiert am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik der Karl-Franzens-Universität Graz; charlotte.reiff@uni-graz.at

11 Dazu schon LG Ravensburg, 3 Kls 31/86, NStZ 1987, 229.

12 *Saliger*, Voraussetzungen zulässiger passiver Sterbehilfe erweitert, Interview mit Legal Tribune online vom 25.6.2010, <http://www.lto.de/de/html/nachrichten/822/Interview-mit-Prof.-Saliger-zur-Sterbehilfeentscheidung-des-BGH> (10.10.2010).

Kein Raum für Sentimentalität

Ines Rössl

Rezension zu Hess, Sabine / Kasperek, Bernd (Hg): Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa, Berlin/Hamburg, Assoziation A, 2010, 296 S.

An der Peripherie Europas strengt man sich an, gegenüber der EU ein rigides Vorgehen gegen MigrantInnen unter Beweis zu stellen: Marokko behauptet unglaublich hohe Abgeschobenzahlen¹ und in Libyen steigen in zeitlicher Nähe zu Staatsbesuchen aus EU-Staaten die Zahlen der Inhaftierungen.² Schauplatzwechsel nach Malta: MitarbeiterInnen des maltesischen Innenministeriums berichten, dass im Rahmen der Frontex-Operation „Nautilus II“ 700 MigrantInnen nach Libyen zurückgebracht worden wären; an der Operation beteiligte Kommandeure verneinen dies. Konfusion macht sich breit.³ Mali: EU-geförderte Plakatkampagnen sollen potentielle MigrantInnen abschrecken, den lebensgefährlichen Weg nach Europa anzutreten.⁴ Prävention und diskursive Intervention ist die Devise.

Die AutorInnen des Sammelbands „Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa“ begeben sich in die Grenzregionen (Mali, Marokko, Libyen, Mittelmeer, Ukraine, Kosovo, Mittelamerika), in das „unreine, widersprüchliche Feld“ (S 255⁵), um ethnographische Beobachtungen und Interviews durchzuführen, die sie zu Dokumenten- und Diskursanalysen (zB offizieller Berichte) in Beziehung setzen. Dadurch richtet sich der Blick verstärkt auf die Vielzahl der an der Hervorbringung des Migrationsregimes beteiligten Akteure (Staaten, NGOs, internationale Organisationen, MigrantInnen etc). Der Begriff des „Regimes“ gemahnt dabei an historisch totalitäre Strukturen und bringt gleichzeitig die postnationale Dimension gegenwärtiger Regierungstechniken der Migration zum Ausdruck. Zu beobachten ist einerseits die NGOisierung und Privatisierung der Politik und das verstärkt netzförmige Agieren staatlicher Akteure in Verbindung mit anderen „Playern“ (Stichwort „governance statt government“, S 171⁶), sowie andererseits die Verschiebung der Grenzen. Europäische Migrationskontrolle findet zunehmend

1 Vgl Heck, Gerda: „Die beste Reise meines Lebens“. Migrationsmanagement und migrantische Strategien am Beispiel Marokkos, S 43–56.

2 Vgl Klepp, Silja: On the high seas, things are a little bit delicate ... Die Politik der Europäischen Union auf dem Mittelmeer zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz, S 201–218.

3 Vgl ebd.

4 Vgl Janicki, Jill Jana / Böwing, Thomas: Europäische Migrationskontrolle im Sahel. Das CIGEM in MALI, S 127–143.

5 Hess, Sabine / Tsianos, Vassilis: Ethnographische Grenzregimeanalysen. Eine Methodologie der Autonomie der Migration, S 243–264.

6 Bahl, Eva / Ginal, Marina / Hess, Sabine: Unheimliche Arbeitsbündnisse. Zum Funktionieren des Anti-Trafficking-Diskurses auf lokaler und europäischer Ebene, S 163–178.

in den Transit- und Herkunftsländern statt, sodass es in den Grenzräumen zu einer Überlagerung staatlicher Souveränitäten kommt und „Grenze“ längst nicht mehr mit der territorialen Grenzlinie gleichgesetzt werden kann. Zumeist unterzeichnen Staaten an der Peripherie Europas Rückübernahmeabkommen und versprechen ein restriktiveres Vorgehen gegen „illegale“ Migration, um im Gegenzug finanzielle Unterstützung aus Entwicklungshilfebudgets sowie Kontingente für legale Migration (viele der Staaten sind auf Auslandsüberweisungen von EmigrantInnen angewiesen) zu erhalten.

Der in kritischen Kreisen benutzte Begriff der „Festung Europa“⁷ greift in den Augen der AutorInnen zu kurz. Grenzen lassen sich nicht als Mauern, sondern als poröse Räume verstehen, die Migration nicht verhindern (können), sondern Migrationsströme selektieren und entschleunigen (durch Kontrollen, zwischenzeitige Internierungen in Lagern, Rückschiebungen, Verlagerungen von Routen etc). Dementsprechend vollzieht sich keine vollkommene Exklusion migrantischer Bevölkerung, sondern eine selektive und „stufenweise Inklusion“ („schrittweise Einbeziehung – und Unterordnung – der notwendigen ausländischen Arbeitskräfte“) (S 28f⁸). „Migrationsmanagement“ ist der seitens der International Organisation for Migration (IOM) eingeführte Schlüsselbegriff einer Migrationspolitik, die sich zwar weiterhin im Feld der „Versicherheitlichung“ (S 90f⁹) der Migration bewegt, jedoch gleichzeitig neoliberale Argumentationsfiguren ökonomischer Zweckmäßigkeit bedient.¹⁰ Diese Diskursstränge verflochten sich mit anderen, wobei sich überraschende Allianzen bilden. Gerade dem Menschenrechtsdiskurs, den sich natürlich auch MigrantInnen in ihrem Sinne zu Nutze machen, kommt eine durchaus ambivalente Rolle zu. Die diskursive Unterscheidung in Flüchtlinge und Illegale macht es beispielsweise möglich, die Kontrolle der migrierenden Bevölkerung, die schnelle Abschiebung unerwünschter MigrantInnen oder die Auslagerung der Grenzkontrollen in die nordafrikanischen Staaten als humanitäre Unterfangen zu konstruieren, die dem effizienten Flüchtlingsschutz und der Verhinderung weiterer Todesopfer im Mittelmeer dienen. Umgekehrt sind die Anstrengungen europäischer Staaten, der Ukraine „richtiges“ und menschenrechtskonformes Migrationsmanagement und Flüchtlingsschutz „beizubringen“ (EMRK-konforme Lagerbedingungen, korrekte Unterscheidung zwischen Flüchtlingen und „normalen“ MigrantInnen, Best-Practice-Modelle etc), letztlich von dem Interesse getragen, die europäische Migrationskontrolle verstärkt in die Ukraine zu verlagern.¹¹

7 Vgl auch den Titel der juridikum-Ausgabe 2009/2.

8 **Cuttitta, Paolo: Das europäische Grenzregime: Dynamiken und Wechselwirkungen. Europäisierung und Globalisierung, S 23–40.**

9 **Ratfisch, Philipp / Scheel, Stephan: Migrationskontrolle durch Flüchtlingsschutz? Die Rolle des UNHCR im Kontext der Externalisierung des EU-Migrationsregimes, S 89–110.**

10 Es geht dabei in erster Linie um ökonomische Zweckmäßigkeit aus Perspektive der nördlichen Zielländer, deren Interessen im Bereich der Arbeitsmigration keineswegs dieselben sind wie jene der Herkunftsstaaten, die zB ein Interesse an der Auswanderung eines Arbeitskräfteüberschusses und der Rückkehr gut ausgebildeter Fachkräfte haben. Vgl auch Georgi, Fabian: Kritik des Migrationsmanagements. Historische Einordnung eines politischen Projekts, juridikum 2009, S 81–84.

11 Vgl **Speer, Marc: Die Ukraine als migrantisch genutztes Transitland. Die Ukraine: Ein Teil des europäischen Empire, S 57–72.**

Weil das gegenwärtige Migrationsregime gerade auch „softe“ Regierungstechniken umfasst und über bloße Repressionsmaßnahmen hinausgeht, ist die Wissensgenerierung über Migration (Erfahrungen und Strategien von MigrantInnen, Gegebenheiten in Herkunftsländern etc) Teil des „Regierbarmachens“ der migrierenden Bevölkerung. Vor diesem Hintergrund gerät Migrationsforschung schnell selbst in den Dienst der Migrationskontrolle. Das „Netzwerk kritische Migrations- und Grenzforschung“ (kritnet), in dessen Rahmen der vorliegende Sammelband entstand, versucht daher zweierlei: Zum einen soll eine bewusste methodische, sowie staats- und erkenntnistheoretische Fundierung helfen, den Fokus auf die „Transformation der politischen Formen (zu legen), anstatt diese vorauszusetzen“ (S 269¹²). Zum anderen sollen gängige Vorstellungen von Wissensproduktion in Frage gestellt werden. „kritnet“ zeichnet sich daher durch kollektives Arbeiten und die Grenzüberschreitung zwischen Wissenschaft, Kunst und politischen Aktivismus aus.¹³ Es ist ein gänzlich unsentimentales Buch, diese erste Publikation aus dem „Netzwerk kritische Migrations- und Grenzforschung“, die den/die Leser/in in Grenzzonen führt und mit den Agenden relevanter „Player“ (EU, UNHCR, IOM, Frontex) vertraut macht. Nach gut und böse sucht man vergeblich, entzaubert werden zur Skandalisierung einladende Bilder, und MigrantInnen wird ihre Subjektrolle zurückgegeben, indem sie nicht zum Opfer, sondern zu AkteurInnen gemacht werden, die kaum Stoff für romantische Idealisierungen bieten. Dafür werden – von Widersprüchen und Brüchen durchzogene – Zusammenhänge zwischen Praxen, AkteurInnen und Diskursfeldern deutlich. Vielleicht wären weniger (als 16), dafür ausführlichere Beiträge ratsamer gewesen, da sich manche Ergebnisse in ihrer Knappheit nicht in aller Konsequenz nachvollziehen lassen wie auch die genauere Nachzeichnung der ethnographischen Forschung „im Feld“ sowie eine fokussiertere Vertiefung manch staatstheoretischer Reflexion von Interesse gewesen wären. Aber insgesamt liegt mit dem Sammelband ein äußerst lesenswertes und kluges Buch vor, das die Fähigkeit zum differenzierten Rundumblick schärft. Gerade die unsentimentale Analyse öffnet den Blick auf die Absurdität der tagtäglich zur Kontrolle der Migration unternommenen Anstrengungen und auf das seltsame Kippbild gegenwärtiger (National-)Staatlichkeit. Das Gewöhnliche, die vorausgesetzte Existenz von Staaten und Grenzen, steht auf einmal auf wackligen Beinen. Es nagt dann was im Hinterkopf. Das ist Kritik im besten Sinne des Wortes.

Mag: Ines Rössl ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien und Mitherausgeberin des *juridikum*; ines.roessl@univie.ac.at

12 Karakayali, Serhat: Forschung über illegale Migration. Methodologische und theoretische Überlegungen, S 265–279.

13 Beispiel für die rund um „kritnet“ stattfindende Wissensproduktion sind die „MigMaps“ des Forschungs- und Kunstprojekts TRANSIT MIGRATION (<http://www.transitmigration.org/migmap/index.html>). Dabei handelt es sich um den Versuch, das europäische Migrationsregime graphisch und interaktiv erfassbar zu machen.

Eine ehrliche Debatte jenseits von Ideologien?

Nina Eckstein

Rezension zu *Heisig, Kirsten*: Das Ende der Geduld. Konsequenz gegen jugendliche Gewalttäter, Freiburg i. Breisgau, Verlag Herder, 2010, 2. Aufl., 203 S.

Paul ist 19 Jahre alt. Er trinkt täglich einige Flaschen Bier, raucht mehrere Gramm Cannabis und konsumiert jedes Wochenende zusätzlich mehrere Flaschen Schnaps. Aufgewachsen ist Paul im Berliner Bezirk Neukölln, mit seinen Eltern und sechs Geschwistern. Der Vater schlug, die Mutter trennte sich schließlich, begann zu trinken und kam mit Paul und seinen Geschwistern nicht mehr zurecht. Paul zog zum Vater, hielt dessen ständige Prügeleien allerdings nicht lange aus, kehrte wieder zur Mutter zurück, wo er dann täglich begann, Alkohol in rauen Mengen zu konsumieren. Dies erzählt Paul in der Verhandlung, in der er sich wegen schweren Raubes und gefährlicher Körperverletzung zu verantworten hat. Es ist nicht seine erste Verhandlung, er kann schon auf etliche andere Verurteilungen zurückblicken. Sandy, Maik oder Chris haben ähnliche Lebensgeschichten. Allen gemeinsam ist, dass sie irgendwann vor der Jugendrichterin Kirsten *Heisig* landeten.

Mit plakativen Falldarstellungen wie diesen beginnt *Heisigs* Buch „Das Ende der Geduld“. Diese oftmals äußerst detaillierten Fallbeschreibungen sind Ausgangspunkt ihrer Auseinandersetzung mit der gegenwärtigen Jugendkriminalitätsproblematik, beispielhaft dargestellt am Berliner Bezirk Neukölln, dem in ihre Zuständigkeit fallenden Gerichtssprengel.

Schon zu Beginn möchte sie festgestellt wissen, dass es ihr durchaus um eine differenzierte und ganzheitliche Sichtweise bezüglich des Themas Jugendkriminalität geht, losgelöst von stereotypen Bildern und einseitigen Diskursen.

Eine wesentliche Aussage des Buches richtet sich daher auf den Zusammenhang zwischen dem kriminellen Verhalten jugendlicher StraftäterInnen und deren zumeist höchst schwierigen Familienverhältnissen und problematischen Lebensbiographien. Damit einher geht die Beobachtung, delinquentes Verhalten bei Jugendlichen sei häufig schon sehr früh in den Lebensbiographien der TäterInnen angelegt und auch erkennbar. Ihre Kritik richtet sich hier vorrangig nicht an das familieninterne Versagen sondern explizit an jenes des Staates und in weiterer Folge jenes der damit befassten Institutionen, wie Jugendämter, Polizei oder Schulen. Die Ursachen hierfür ortet sie in unzureichender institutioneller Kooperation und Vernetzung, bürokratischen Hürden sowie fehlender ganzheitlicher Fall- und Problemanalysen. Anerkennung finden durchaus soziale Einrichtungen, die mit jugendlichen GewalttäterInnen arbeiten, ausreichende Hilfestellungen sind jedoch auf-

grund deren finanziell prekärer Situationen oft nicht möglich. Darüber hinaus stellt für sie der oft unzureichende Bildungshintergrund bei jugendlichen StraftäterInnen einen wesentlichen Erklärungstatbestand für Delinquenz dar. Besonders an diesem Punkt geht *Heisig* hart ins Gericht mit den relevanten Institutionen, die zu lasch und zu spät reagieren. Schulabstinenz und endgültiges Dropout sind ihrer Ansicht nach institutionell schnell und konsequent zu bekämpfen, durchaus auch mit repressiven Mittel wie Bußgeldandrohungen oder Beugestrafen für kooperationsunwillige Eltern.

Spezielles Augenmerk widmet sie links- und rechtsgerichteter Straffälligkeit und dem Erfordernis eines differenzierten Umgangs damit. Ihr Hauptaugenmerk konzentriert sich allerdings auf den Konnex Straffälligkeit von Jugendlichen und deren Migrationshintergrund. So meint sie beobachten zu können, dass bei verschiedenen MigrantInnengruppen unterschiedlich ausgeprägte Integrationsbereitschaft zu finden sei, welche wiederum einen Gradmesser für die in dieser Gruppe existierende Jugenddelinquenz darstelle. So attestiert sie beispielsweise bei türkischen und libanesischen MigrantInnen der zweiten und dritten Generation erhebliche Integrationsprobleme, die sich letztendlich in vermehrter Delinquenz niederschlugen. Auch zugewanderte arabische Clans weisen für sie ein erhebliches Potential an Integrationsunwilligkeit auf, sichtbar an deren ausgeprägter Missachtung deutscher Werte und Normen. Das daraus resultierende unterentwickelte Unrechtsbewusstsein bei arabischen – vorwiegend männlichen – Jugendlichen und die Häufigkeit deren krimineller Handlungen, stünden für sie in einem engen Zusammenhang.

Basierend auf diesen Analysen und Beobachtungen aus ihrer Praxis als Jugendrichterin sowie internationalen Ländervergleichen etablierte sie gemeinsam mit einem Kollegen das so genannte „Neuköllner Modell“¹, welches ihr auch beträchtliche Kritik einbrachte.²

In ihren abschließenden Bemerkungen besteht sie nochmals auf konsequentes und rechtzeitiges Handeln gegenüber delinquentem Verhalten von Jugendlichen sowie gegenüber mangelnder Integrationsbereitschaft von MigrantInnen, spricht sich allerdings gegen eine Verschärfung der bestehenden Jugendgerichtsgesetze aus. Eingemahnt wird vor allem das Handeln des Staates und seiner Institutionen, alleine deswegen schon, um nicht an (rechtsstaatlicher) Autorität einzubüßen.

Das Erscheinen und die Rezeption ihres Buches erlebte *Kirsten Heisig* allerdings nicht mehr, da sie im Juni 2010 Selbstmord beging.

Heisigs Buch kommt mitunter zu komplexen und vielschichtigen Ergebnissen. Sie bewegt sich durchaus über ihren juristischen Horizont hinaus und vollführt nicht selten einen

1 Das *Neuköllner Modell* (benannt nach dem Bezirk Berlin-Neukölln) basiert auf §§ 76ff des deutschen JGG und sieht die Möglichkeit zur Abführung vereinfachter Verfahren vor. Danach sind Verfahren möglich, in denen sich die jugendlichen StraftäterInnen bei kleineren Delikten möglichst rasch nach Tatbegehung vor Gericht verantworten müssen. Die Gerichtsverhandlung soll spätestens innerhalb von drei bis fünf Wochen nach der Tat stattfinden. Die schnelle Verfahrensabwicklung ist vor allem unter einem erzieherischen Aspekt zu sehen. *Heisigs* Arbeit liegt darin, diese vereinfachten Verfahren auch tatsächlich in der jugendgerichtlichen Praxis in ganz Berlin zur Anwendung gebracht zu haben.

2 Vgl <http://de.indymedia.org/2010/08/288465.shtml> (30.10.10).

(persönlichen) Spagat zwischen den Professionen Recht und Sozialarbeit. In ihren Bestandsaufnahmen sind an manchen Stellen doch Verirrungen aufgrund der professionsbezogenen Kollisionen zu finden. So erscheint beispielsweise ihre Sichtweise hinsichtlich der Rolle der Jugendgerichtsbarkeit als problematisch, wenn sie diese als „Reparaturbetrieb“ (S 100) bezüglich sozialer Probleme betrachtet. Es legt den Schluss nahe, dass (Jugend)Strafrecht und richterliche Maßnahmen als sozialarbeiterische Instrumentarien gehandhabt werden, was nicht nur aus Perspektive der jeweiligen Profession äußerst fragwürdig erscheint, sondern darüber hinaus auch das Fehlen einer grundsätzlich kritischen Haltung gegenüber dem Strafrechtswesens an sich zeigt.

Undifferenziert und widersprüchlich mutet auch ihre Bestandsaufnahme rund um die Themen Migration und Integration an. Allzu oft erschöpft sich die Betrachtung hier in allgemeinen Aussagen und Zuschreibungen und bedient letztendlich wieder jene plakativen Stereotype, gegen die das Buch eigentlich antreten wollte. Die expliziteste Kritik muss sich – gerade aus rechtsstaatlicher Sicht – jedoch gegen das von ihr etablierte „Neuköllner Modell“ richten. Das (pädagogische) Argument, auf die erfolgte Straftat müsse eine rasche (staatliche) Antwort erfolgen, um den JugendstraftäterInnen unmittelbar die Konsequenzen für ihr Verhalten vor Augen zu führen, mag nicht gänzlich beiseitegeschoben werden. Gerade aber durch die Beschleunigung derartiger Verfahren, besteht die Gefahr, dass die Rechte der Angeklagten möglicherweise nicht ausreichend gewahrt werden. Nebenbei bemerkt, Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung spielen wohl vor allem BefürworterInnen ökonomischer Kosten-Nutzen-Rechnungen in die Hände.

Mag^a Nina Eckstein, BA ist Juristin und Sozialarbeiterin in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*;
nina.eckstein@gmx.at

Gleichgeschlechtliche Familien

Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext

Marion Guerrero

Was spricht dagegen, dass ein Kind zwei Mütter hat?

Diese Frage hat derzeit der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu entscheiden. Im Moment ist ein österreichischer Fall in Straßburg anhängig, *X and Others gegen Österreich*,¹ in dem es um die sogenannte „Stiefkindadoption“ für gleichgeschlechtliche Paare geht. Hierzulande eine rechtliche Unmöglichkeit: Homosexuellen Partner_innen wird es im neuen Partnerschaftsgesetz (EPG) ausdrücklich verboten, das leibliche Kind der/des Anderen zu adoptieren. Zwei kürzlich entschiedene EGMR-Fälle zeigen aber: Auch gleichgeschlechtliche Paare haben ein Recht auf Schutz des Familienlebens. Das hiesige Verbot der Stiefkindadoption steht somit auf wackligen Beinen.

1. Einleitung

Seit Anfang des Jahres haben lesbiSchwule Paare in Österreich die Möglichkeit, ihre Beziehung als „eingetragene Partnerschaft“ staatlich anerkennen zu lassen. Durch das detailreiche Familienrechtsänderungsgesetz 2009 wurden einerseits das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) beschlossen, und andererseits Anpassungen in zahlreichen Gesetzesmaterien vorgenommen (vom Außerstreitgesetz über die Konkursordnung bis hin zum Sozialversicherungsrecht).² Das Problem: Nicht alle rechtlichen Nachteile für gleichgeschlechtliche Paare wurden beseitigt; das gilt vor allem für den Bereich der Adoptionen. So bestimmt etwa § 8 Abs 4 EPG explizit, dass eingetragene Partner_innen niemals gemeinsam ein Kind annehmen dürfen; auch die Adoption des leiblichen Kindes der Partnerin bzw des Partners kommt nicht in Frage. § 182 Abs 2 ABGB, der die Adoption durch Einzelpersonen regelt, wird vom österreichischen Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung so interpretiert, dass er eine Annahme an Kindesstatt durch lesbiSchwule Partner_innen in jedem Fall ausschließt.³

Hingegen steht es selbst unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten_innen prinzipiell offen, das Kind ihrer Beziehungspartner_innen zu adoptieren – das Verbot der Stiefkindadoption betrifft somit ausschließlich Homosexuelle. Das ist freilich Ab-

1 EGMR, *X and Others gegen Österreich*, Nr 19010/07, Statement of Facts & Questions.

2 FamRÄG 2009, BGBl I 2009/135.

3 OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t.

sicht. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage heißt es: „§ 8 Abs. 4 EPG enthält das im Begutachtungsverfahren vielfach geforderte Adoptionsverbot. ... Eine Stiefkind- oder Paaradoption wäre darüber hinaus nach dem österreichischen Adoptionsrecht schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Konstellationen, bei denen das Kind zwei rechtliche Väter oder zwei rechtliche Mütter hat, nicht zulässt.“⁴

Im Fall *X and Others gegen Österreich*, der mit Beschwerde vom 24.04.2007 dem EGMR vorgelegt wurde, geht es um ebendiese Thematik: Eine Frau wollte das Kind ihrer Lebenspartnerin adoptieren; österreichische Behörden lehnten dies mit Verweis auf die geltende Rechtsordnung ab.⁵ Wie bald der EGMR in dieser Sache zu einer Entscheidung kommen wird, ist noch nicht abzusehen.⁶ Im Sommer dieses Jahres hat der EGMR aber zwei weitere Fälle entschieden, die sich mit den Rechten homosexueller Paare in Österreich befassen.⁷

2. Jüngste EGMR-Judikatur: Gleichgeschlechtliche Familien

Kopf und Schalk gegen Österreich sowie *P.B. und J.S. gegen Österreich* haben prima facie nichts mit Kindesannahme durch gleichgeschlechtliche Paare zu tun. Der EGMR hält darin ausdrücklich fest, nicht auf die Frage der Adoptionsrechte eingehen zu wollen. Die gewählte Argumentation könnte letztlich doch gerade für diese Thematik von Bedeutung sein.

P.B. und J.S. behandelt die Mitversicherung homosexueller Partner_innen im Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsrecht. Der EGMR entschied unter anderem, dass diese Option auch Personen in homosexuellen Beziehungen offen stehen müsse, falls die Rechtsordnung es auch unverheirateten Hetero-Paaren ermögliche, sich mitversichern zu lassen. Wenn für gleichgeschlechtliche Paare andere Bestimmungen gelten, liege eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung gemäß Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Verbindung mit Art 8 EMRK vor.⁸ Die Möglichkeit der Mitversicherung sei eine Maßnahme „intended to improve the principally insured person’s private and family situation“⁹ und falle somit in den Schutzbereich des Art 8 EMRK. Die Beschwerdeführer in *Kopf und Schalk* wiederum brachten vor, die Tatsache, dass sie als homosexuelles Paar kategorisch nicht heiraten dürften, sei eine Diskriminierung gemäß Art 14 EMRK in Verbindung mit Art 12 bzw Art 8 EMRK.¹⁰ Der EGMR kam zwar zum Schluss, dass ein Staat Homosexuellen nicht ermöglichen müsse, eine traditionelle

4 ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 9.

5 EGMR, *X and Others gegen Österreich*, Nr 19010/07, Statement of Facts & Questions.

6 Diesen August hat der EGMR allerdings eine Beschwerde gegen Frankreich, in der es um die Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Partnerinnen geht, für zulässig erklärt. EGMR (E) 31.8.2010, *Gas und Dubois gegen Frankreich*, Nr. 25951/07.

7 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk gegen Österreich*, Nr. 30141/04; EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S. gegen Österreich*, Nr. 18984/02.

8 EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 36 ff, 42.

9 EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 33.

10 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 39 ff, 65 ff.

Ehe einzugehen.¹¹ Ob Staaten verpflichtet seien, rechtliche Alternativen anzubieten, prüfte der Gerichtshof in diesem Fall explizit nicht – denn in Österreich gebe es ja derzeit ohnehin eine solche Alternative, nämlich das EPG.¹² Jedenfalls sei die Einführung dieses Gesetzes noch rechtzeitig erfolgt.¹³

Der wohl interessanteste Aspekt der beiden Urteile sind aber die Schlussfolgerungen des Gerichtshofs bezüglich der Frage, ob homosexuelle Partnerschaften eine „Familie“ im Sinne des Art 8 EMRK konstituieren können.¹⁴ Der EGMR hatte dies bisher verneint. Gleichgeschlechtliche Paare durften sich bis dato lediglich auf den in Art 8 enthaltenen Schutz des Privatlebens berufen. In *Kopf und Schalk* änderte der EGMR diese Linie aber: “The Court reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* ‘family’ ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is *ipso jure* part of that ‘family’ unit from the moment and by the very fact of his birth.”¹⁵

Seit der Entscheidung in *Mata Estevez gegen Spanien* (2001),¹⁶ in welcher der EGMR eine Schlechterbehandlung Homosexueller zum Schutz der traditionellen Familie noch geduldet hatte, habe sich die gesellschaftliche Haltung massiv geändert. Deshalb, so der EGMR: “In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy ‘family life’ for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* partnership, falls within the notion of ‘family life’, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.”¹⁷

Hier spricht der Gerichtshof deutlich aus, dass gleichgeschlechtliche Paare einen Familienverband bilden können. Einen Monat später, im Fall *P.B. und J.S.*, hat der EGMR diese Absätze Wort für Wort wiederholt und damit noch einmal bestätigt.¹⁸

Der Gerichtshof erkennt hier nicht nur *de facto* Familien an. Er geht sogar so weit, Kinder, die in diese Familien geboren werden, ohne einen zusätzlichen Rechtsakt als Familienmitglieder zu definieren. Nachdem der EGMR nunmehr auch lesbiSchwule Familien als schützenswert begreift, kann dieses Statement von größter Bedeutung für die Stellung homosexueller Stiefeltern sein: Ein Kind, das in eine lesbiSchwule Familie geboren wird, könnte somit

11 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 101 ff.

12 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 103: “Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today.”

13 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 62 ff, 96 ff, 104ff.

14 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 91 ff; EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 27 ff.

15 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 91.

16 Hier lehnte der EGMR die Beschwerde als unzulässig ab. EGMR 10.5.2001, *Mata Estevez gegen Spanien*, Nr. 56501/00.

17 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 94.

18 EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 27-30.

quasi automatisch als Kind beider Partner_innen gelten. Eine Stiefkindadoption wäre dann unter Umständen nicht einmal mehr nötig, um beide Partner_innen als schutzwürdige Eltern im Sinne der EMRK anzuerkennen, denn: “A child born out of such a relationship is *ipso jure* part of that ‘family’ unit from the moment and by the very fact of his birth.”¹⁹

Auch wenn der EGMR letztlich zum Schluss kommt, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, Homosexuellen den *Zugang* zum Institut der Ehe zu eröffnen, weist er doch gleichzeitig darauf hin, dass *prinzipiell* hinsichtlich der Andersbehandlung Homosexueller ein sehr strenger Maßstab gilt.²⁰ Das wird wohl dann relevant sein, wenn es sich um *materielle* Schlechterstellungen dreht, die über die Verleihung eines traditionsbehafteten Status hinausgehen. So heißt es in *P.B. und J.S.*: “The Court reiterates ... that in cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, *as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation*, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of a specific provision of law (see *Karner*, cited above, § 41).”²¹ (*Hervorhebungen von mir*). Besonders, wenn es sich um die Ungleichbehandlung lesbiSchwuler Paare gegenüber heterosexuellen, unverheirateten Lebensgefährten_innen dreht, wird Österreich hier wohl in Begründungsnotstand geraten.²²

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Gerichtshof in *Kopf und Schalk* betont, Themen wie Adoption oder künstliche Befruchtung in diesem Urteil ab-

19 EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 27; EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 91. In *E.B. gegen Frankreich* stellte der EGMR weiters klar, dass die Homosexualität einer Frau allein nicht ausreiche, um ihr die Adoption eines Kindes zu verweigern. Den Einwand der französischen Behörden, diese Verweigerung beziehe sich ja nicht auf die Homosexualität der Antragstellerin, sondern auf das Fehlen einer männlichen Referenzperson in der Kindererziehung (und somit aufs Kindeswohl), ließ der EGMR nicht gelten. Es sei in Frankreich nämlich auch Einzelpersonen erlaubt, ein Kind zu adoptieren, ohne in so einem Fall das Vorhandensein einer andersgeschlechtlichen Referenzperson zu verlangen (EGMR 22.1.2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02). Außerdem sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass der EGMR einen sehr strikten Maßstab anlegt, wenn es um die Schlechterbehandlung homosexueller Paare gegenüber unverheirateten heterosexuellen Paaren geht. Das hat auch der österreichische VfGH erkannt (VfGH 10.10.2005, G 87/05 ua, V 65/05 ua); siehe hierzu FN 22.

20 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 97; siehe auch: EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 42.

21 EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S.*, Nr. 18984/02, RZ 42. Bereits in *Karner gegen Österreich* stellte der EGMR fest, dass für die Andersbehandlung homosexueller Partner_innen gegenüber nicht-verheirateten heterosexuellen Partner_innen besonders schwerwiegende Gründe angeführt werden müssten. EGMR 24.7.2003, *Karner gegen Österreich*, Nr. 40016/98.

22 Siehe insofern auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 10.10.2005: „Folgt man nämlich der Rechtsansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Falle *Karner* ... – einem Fall zwar aus dem Anwendungsbereich des Art 8 EMRK, der aber für das Benachteiligungsverbot als solches von allgemeiner Bedeutung sein dürfte –, so scheint dann, wenn das Gesetz nicht auf die Ehe oder Verwandtschaft abstellt, sondern das Bestehen einer Lebensgemeinschaft genügen lässt, eine Differenzierung nach dem Geschlecht oder der sexuellen Orientierung in Ermangelung besonders schwerwiegender Gründe (‘weighty reasons’, ‘serious reasons’) eine Verletzung des Art 14 EMRK zu sein und als diskriminierend auch gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen. ... Wohl ist jeweils im Einzelfall und vor dem Hintergrund des jeweiligen Sachgebietes zu prüfen, ob eine Differenzierung nach dem Geschlecht oder der sexuellen Orientierung sachlich gerechtfertigt ist. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt aber offenbar - und dass ist das Wesentliche – für jede solche Unterscheidung besonders schwerwiegende Gründe.“ (VfGH 10.10.2005, G 87/05 ua, V 65/05 ua).

sichtlich nicht zu behandeln: “For instance, as the applicants have not claimed that they are directly affected by the remaining restrictions concerning artificial insemination or adoption, it would go beyond the scope of the present application to examine whether these differences are justified.”²³ Somit bezieht sich das Ergebnis des EGMR, Österreich habe im vorliegenden Fall *keine* Verletzung der EMRK begangen, tatsächlich nur auf die enge Fragestellung der Eheverweigerung für Lesben und Schwule – nicht aber für etwaige daraus folgende, *substantielle* Schlechterstellungen wie das Adoptionsverbot.

Dieser Vorbehalt könnte bald praktische Wirkung entfalten: Im derzeit vor dem EGMR anhängigen und nachfolgend dargestellten Fall *X and Others*²⁴ geht es um genau diese Frage.

3. Zwei Mütter und ein Kind

Am 27.9.2006 entschied der Oberste Gerichtshof (OGH), dass eine Frau, die das Kind ihrer langjährigen Partnerin adoptieren wolle, dazu unter keinen Umständen berechtigt sei. Er begründete diese Ablehnung unter anderem mit dem „Leitbild der natürlichen Familie“, demgemäß ein Kind nach der österreichischen Rechtsordnung niemals zwei Mütter oder zwei Väter haben könne, sowie mit einem Verweis auf das „Kindeswohl“.²⁵ Die beiden Frauen brachten ihr Anliegen daraufhin vor den EGMR, wo der Fall jetzt unter der Bezeichnung *X and Others gegen Österreich* anhängig ist.

Konkret stellte der OGH in seinem (eher knappen) Urteil unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien fest: „... Hauptzweck der Kindesannahme [soll] die Förderung des Wohles des Anzunehmenden (sic!) nicht eigenberechtigten Kindes sein (Schutzprinzip). ... Dieser Zweck könne aber nur dann erreicht werden, wenn durch die Kindesannahme die Verhältnisse in der *natürlichen Familie* möglichst nachgebildet werden.“ (*Hervorhebungen von mir*) Weiter unten setzte er lapidar hinzu: „Der EGMR sprach ... aus, eine Adoption bedeute, dass ‚ein Kind mit einer Familie versorgt werden soll und nicht eine Familie mit einem Kind‘.“ Außerdem, so der OGH, räume der EGMR den Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht einen weiten Beurteilungsspielraum ein, da die Meinungen über „die möglichen Konsequenzen einer Kindesadoption durch einen oder mehrere homosexuelle Eltern“ international weit auseinandergingen.

Ein weiterer Grund, den der OGH gegen die Stiefkindadoption von Homosexuellen vorbrachte, ist eher formeller Natur: „§ 182 Abs 2 ABGB hindert generell, also nicht nur im Falle gleichgeschlechtlicher Lebenspartner, die Adoption durch einen Mann, solange die verwandtschaftlichen Beziehungen zum leiblichen Vater bzw durch eine Frau, solange die verwandtschaftlichen Beziehungen zur leiblichen Mutter bestehen. Gem § 182 Abs 2 ABGB ersetzt also der Einzeladoptierende nicht den Elternteil seiner Wahl, sondern je-

23 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 109.

24 EGMR, *X and Others gegen Österreich*, Nr 19010/07, Statement of Facts & Questions.

25 OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t.

nen, der seinem Geschlecht entspricht. Die Adoption des Kindes durch die Lebenspartnerin der leiblichen Mutter ist daher rechtlich unmöglich.“

Selbst wenn der OGH der Auffassung ist, diese Interpretation des § 182 Abs 2 ABGB wende sich in der Theorie nicht nur an gleichgeschlechtliche Paare: *De facto* betrifft die Regelung naturgemäß vor allem lesbiSchwule Partner_innen. Zudem wurde das Verbot der Stiefkindadoption für eingetragene Partnerschaften ja auch im § 8 Abs 4 EPG noch einmal ausdrücklich in Gesetz gegossen.

Die Beschwörung des Kindeswohls in dieser Entscheidung wirkt zudem wie eine Floskel. Im gesamten Text ist kein Hinweis darauf zu finden, dass diesbezüglich irgendwelche nennenswerten Nachforschungen angestellt wurden, oder dass diese Nachforschungen – so sie dennoch stattgefunden haben sollten – in irgendeiner Form ins Gewicht gefallen wären. So wird etwa nicht einmal erwähnt, seit wann die Antragstellerinnen gemeinsam mit dem Kind in einem Haushalt leben. Genau so wenig wurde eruiert, ob eine emotionale Bindung zwischen der Partnerin der Mutter und dem Kind entstanden ist, ob sie (finanziell und anderweitig) für das Kind gesorgt oder ob sie Pflegeaufgaben übernommen hat. Klassische Fragen, die an und für sich eine zentrale Rolle in der Bewertung der Interessen des Kindes spielen.²⁶

Ein Indiz für das Kindeswohl nennt der OGH zwar schon: das Vorliegen einer *natürlichen Familie*.²⁷ Er scheint es aber nicht für nötig zu erachten, die natürliche Familie – die er unhinterfragt als Garantin des Kindeswohls voraussetzt – näher zu definieren; ausgehen dürfte er allerdings vom traditionellen Idealbild der Vater-Mutter-Kind-Familie. Dieses Bild ist jedoch längst von der Realität überholt worden. Patchworkfamilien, alleinerziehende Eltern, und andere Lebensentwürfe machen mittlerweile einen signifikanten Anteil gelebter Familienkonstellationen aus.²⁸ Das Recht hat diese veränderte Wirklichkeit teilweise durchaus anerkannt. So gesteht es etwa nicht-verheirateten Lebensgefährten_innen im Miet- oder Sozialversicherungsrecht gewisse Ansprüche aufgrund ihrer Beziehung zu.²⁹

26 Das Kindeswohl ist ein Sammelbegriff, der oft verwendet, aber nur selten methodisch definiert wird. § 178a ABGB besagt: „Bei Beurteilung des Kindeswohls sind die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen.“ Es handelt sich also um einen Begriff, der durch die Rechtsprechung konkretisiert werden muss. Insofern liegt es im Ermessen des Gerichts, welche Faktoren es im spezifischen Fall als für das Kindeswohl relevant begreift. Dazu bedient es sich in der Regel psychologischer Sachverständigengutachten, Berichten von Jugendwohlfahrtsträgern, Lokalaugenscheinen, oder dergleichen. Das Bemerkenswerte am vorliegenden Fall liegt darin, dass auf die konkrete Lebenssituation des Kindes überhaupt nicht eingegangen wurde, bzw dass eine solche Evaluierung in keiner Weise in die Beurteilung des „Kindeswohls“ eingeflossen ist. Es wurde vielmehr unhinterfragt vorausgesetzt, dass gleichgeschlechtliche Eltern *per se* eine Gefahr für das Kindeswohl darstellen würden. Als einzige Begründung dieser doch sehr subjektiven Meinung wurde das Paradigma der „natürlichen Familie“ angeführt. Aber darin erschöpfte sich die Argumentation auch schon: Weder wissenschaftliche Beweise, noch psychologische Gutachten, Fachliteratur, oder *irgendeine* andere Quelle wurden angeführt, um die aufgestellte Behauptung zu stützen. Der Schluss liegt somit nahe, dass hier eine (vielleicht unbewusste) moralische Voreingenommenheit zum Tragen kam.

27 OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t.

28 Für eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Paradigma der Kernfamilie im Kontext gesellschaftlicher Veränderungen vgl auch Guerrero, *Jenseits der Kernfamilie*, Juridikum 2010, 143. Für eine Auseinandersetzung mit dem „Natürlichkeitsparadigma“ siehe: Benke, *Fragmente*, in Strasser/Holzleitner, *Multikulturalismus queer gelesen: Zwangsheirat und gleichgeschlechtliche Ehe in pluralen Gesellschaften* (2010) 228ff.

29 Siehe zB § 123 Abs 8 ASVG, § 14 Abs 3 MRG, etc.

An diesem Punkt ist es wichtig, sich Folgendes vor Augen zu halten: Gerade die Anerkennung der Stiefkindadoption für eingetragene Partner_innen hieße *nicht*, das Recht zur Veränderung der Gesellschaft einzuspannen. Ganz im Gegenteil: Mit der Stiefkindadoption würden vielmehr oft schon lange bestehende Verhältnisse *legitimiert*, nicht erst *geschaffen*. In den allermeisten Fällen soll ja nicht ein Kind aus einem Vater-Mutter-Kind-Idyll herausgerissen werden, nur damit ihm statt einer liebevollen Mama ein wildfremder Mann vor die Nase gesetzt werden kann. Es geht vielmehr darum, etwa eine Frau, die bereits jahrelang mit ihrer Partnerin zusammenlebt und zu deren Kind eine *de facto* elterliche Beziehung aufgebaut hat, auch rechtlich als Mutter zu bestätigen.

4. Alternative Auslegung des § 182 Abs 2 ABGB?

Als nächstes stellt sich die Frage, ob § 182 Abs 2 ABGB – der für den OGH notwendig gegen eine Stiefkindadoption spricht – nicht auch eine andere Auslegung zulassen würde. Der OGH interpretiert diesen Paragraphen gemäß seiner ständigen Rechtsprechung so, dass nur ein Mann an die Stelle des Vaters, bzw eine Frau an die Stelle der Mutter treten kann.³⁰

Hier ist eine genauere Betrachtung des § 182 Abs 2 ABGB angebracht: „Wird das Wahlkind durch Ehegatten als Wahleltern angenommen, so erlöschen mit den im § 182a bestimmten Ausnahmen die nicht bloß in der Verwandtschaft an sich (§ 40) bestehenden familienrechtlichen Beziehungen zwischen den leiblichen Eltern und deren Verwandten einerseits und dem Wahlkind und dessen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Annahme minderjährigen Nachkommen andererseits mit diesem Zeitpunkt. Wird das Wahlkind nur durch einen Wahlvater (eine Wahlmutter) angenommen, so erlöschen diese Beziehungen lediglich hinsichtlich des leiblichen Vaters (der leiblichen Mutter) und dessen (deren) Verwandten; insoweit danach diese Beziehungen aufrecht bleiben würden, hat das Gericht, wenn der in Frage kommende Elternteil darin eingewilligt hat, das Erlöschen diesem Elternteil gegenüber auszusprechen; das Erlöschen wirkt vom Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligungserklärung, frühestens jedoch vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Annahme.“

Es drängt sich nun die Frage auf, ob dieser Wortlaut prinzipiell auch eine andere Interpretation als die des OGH zulassen würde. Hier sei auf die Argumentation des EGMR in *Kopf und Schalk* bezüglich Art 12 EMRK – das Recht auf Eheschließung – verwiesen.³¹ Art 12 EMRK besagt: „Mit Erreichung des heiratsfähigen Alters haben Männer und Frauen gemäß den einschlägigen nationalen Gesetzen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.“

Die österreichische Regierung argumentierte in *Kopf und Schalk*, dass dieser Artikel dem Wortlaut nach so zu verstehen wäre, dass Männer *mit* Frauen eine Ehe eingehen dürften – nicht aber, dass Männern *und* Frauen das abstrakte Recht auf Eheschließung mit Per-

30 OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t.

31 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 49 ff.

sonen ihrer Wahl zukäme.³² Die Antragsteller wiederum meinten, der Wortlaut des Artikels impliziere nicht, dass ein Mann nur eine Frau heiraten könne.³³

Der EGMR kam zu einem interessanten Ergebnis: “The choice of wording in Article 12 must ... be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex. ... [T]he Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex.”³⁴

Das heißt, die Wortwahl des Artikels allein bezieht sich nicht ausschließlich auf heterosexuelle Ehen – eine anderslautende Interpretation wäre durchaus möglich. (Dass der EGMR in *Kopf und Schalk* dennoch keine Verletzung des Art 12 erblickt, liegt lediglich am ebenfalls in Art 12 enthaltenen Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen: „However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.”³⁵)

Obwohl die herkömmliche Lesart des Art 12 vom traditionellen Verständnis von Ehe ausgeht, erkannte der EGMR also, dass sich mit der tatsächlichen Änderung der Institution „Ehe“ auch die Lesart der entsprechenden Gesetzesstelle ändern könne, solange der Wortlaut selbst das nicht von vornherein ausschließe. Und der Wortlaut sei, so der EGMR nach einer systematischen Untersuchung anderer Ausdrucksweisen in der EMRK, „deliberate“. Auch wenn der Gesetzgeber bei der Schaffung des Art 12 offensichtlich nicht an gleichgeschlechtliche Ehen gedacht habe, sei *eben diese Tatsache* in Verbindung mit der geänderten sozialen Realität ausschlaggebend dafür, dass eine progressive Lesart möglich sei.³⁶

Diese interpretatorische Vorgangsweise des EGMR, übertragen auf § 182 Abs 2 ABGB, zeigt, dass auch eine andere Auslegung des Paragraphen zumindest dem Wortlaut nach möglich wäre. Es wäre zum Beispiel denkbar, den zweiten Satz des § 182 Abs 2³⁷ nicht, wie bisher, so zu verstehen, dass er sich auf das Geschlecht der Eltern beziehe – sondern vielmehr dahingehend, dass er der *ratio* des Gesetzes Ausdruck verleihen solle, einem Kind nicht unnötig Bezugspersonen wegzunehmen. Daher erlösche dann auch bei einer Einzeladoption nur die Beziehung zu *einem*, nicht zu *beiden*, leiblichen Elternteilen. Der reine Wortlaut jedenfalls erlaubt diese Konstruktion.

32 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 43.

33 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 44.

34 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 55.

35 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 61. Es ist wichtig, zu betonen, dass der Gerichtshof die Verletzung des Art 12 EMRK *nicht etwa deshalb* negiert hat, weil es der Ansicht gewesen wäre, der Wortlaut könne sich denklogisch nur auf Ehen zwischen Männern und Frauen beziehen. Im Gegenteil; eine anderslautende Interpretation des Artikels wäre laut EGMR durchaus möglich, auch wenn sich daraus derzeit kein *Recht* von Homosexuellen auf Eheschließung ergeben würde. Der Grund, warum sich im vorliegenden Fall keine Verletzung des Art 12 ergebe, sei ein anderer: Und zwar der im Artikel enthaltene Verweis auf die nationalen Gesetze. *Wer* heiraten darf, sei daher laut Art 12 den Mitgliedstaaten zur Regelung überlassen.

36 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk*, Nr. 30141/04, RZ 55.

37 „Wird das Wahlkind nur durch einen Wahlvater (eine Wahlmutter) angenommen, so erlöschen diese Beziehungen lediglich hinsichtlich des leiblichen Vaters (der leiblichen Mutter) und dessen (deren) Verwandten.“

Es ist allerdings relativ klar, dass weder der historische noch der gegenwärtige Gesetzgeber diese Lesart goutiert hätte. Noch klarer wird das, da es verhältnismäßig einfach gewesen wäre, diesen Paragraphen durch das FamRÄG 2009 entsprechend anzupassen. Dass es trotzdem nicht passiert ist, war wohl Absicht.³⁸

Dennoch stellt sich die Frage, ob die traditionelle Interpretation des § 182 Abs 2 ABGB im Lichte der jüngsten EGMR-Judikatur noch EMRK-konform ist: Vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass dieser Paragraph *de facto* lediglich homosexuelle, nicht aber heterosexuelle Partner_innen von der Adoption ausschließt, und somit eine Benachteiligung gegenüber (unverheirateten) andersgeschlechtlichen Personen darstellt.³⁹

5. Verschiedengeschlechtliche Bezugspersonen und die Einzeladoption

Ein oft strapaziertes Argument lautet in diesem Zusammenhang, die Rechtsordnung solle gewährleisten, dass ein Kind sowohl einen Mann als auch eine Frau als Identitätsfiguren habe.⁴⁰ Die Beziehungen zum leiblichen Vater bzw zur leiblichen Mutter sollten nicht abgeschnitten werden, es sei denn, eine Person desselben Geschlechts würde den Platz des zu ersetzenden Elternteils einnehmen.⁴¹ Selbst wenn die österreichischen Behörden der Auffassung sind, das Geschlecht einer Bezugsperson spiele tatsächlich eine derart wichtige, alles andere überschattende Rolle – diese Argumentation ist in sich selbst nicht schlüssig. Die österreichische Rechtsordnung hat nämlich durchaus kein grundsätzliches Problem damit, dass Einzelpersonen ein Kind adoptieren.⁴² In diesem Fall wären nur *ein Mann* bzw *eine Frau* für die Erziehung zuständig, ohne dass das Kind hier eine andersgeschlechtliche Bezugsperson hätte.⁴³ Außerdem gibt es keinen rationalen Grund, warum es z.B. einer lesbischen Frau verboten sein soll, das Kind ihrer Partnerin zu adoptieren, wenn kein Vater vorhanden ist (etwa weil er nichts vom Kind wissen will, gar nichts von seiner Vaterschaft weiß – häufig der Fall bei der künstlichen Befruchtung – oder bereits gestorben ist). In diesem Fall steht dem Kind von vornherein ein_e Erziehungsberechtigte_r nur *eines* Geschlechts zur Verfügung. Warum in solch einer Konstellation zwei Bezugspersonen schlechter sein sollen als eine, ist nicht zu erklären. Daher bleibt eigentlich nur der logische Schluss, dass in Österreich die Stiefkindadoption für Homosexuelle verboten ist, weil diese eben homosexuell sind. Dass diese Einschätzung wahrscheinlich zutrifft – und noch nicht einmal versteckt werden soll – zeigen

38 Benke, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010/7 (20).

39 Vgl. in diesem Zusammenhang die Argumentation des Verfassungsgerichtshofs in VfGH 10.10.2005, G 87/05 ua, V 65/05 ua, supra FN 22.

40 So etwa auch die Argumentation der französischen Regierung in EGMR 22.1.2008, *E.B gegen Frankreich*, Nr. 43546/02. Dazu kritisch Benke, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010/7 (23).

41 OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t.

42 Vgl § 179 ABGB.

43 Vgl auch die Argumentation des EGMR in seiner Entscheidung vom 22.1.2008, *E.B gegen Frankreich*, Nr. 43546/02.

unter anderem die oben erwähnten Erläuterungen zum Verbot der Adoption in der Regierungsvorlage zum EPG.⁴⁴

Materielle Ungleichbehandlungen homosexueller Personen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung sind aber laut EGMR nur dann gerechtfertigt, wenn es erstens gewichtige Gründe („weighty reasons“) dafür gibt, und wenn zweitens die Ungleichbehandlung notwendig („necessary“) ist, um diese Gründe zu verwirklichen.⁴⁵ Schon in *E.B. gegen Frankreich* hält der EGMR fest, dass Homosexualität für sich genommen nicht ausreicht, um jemandem die Adoption eines Kindes zu verweigern.⁴⁶ Dass zudem die Andersbehandlung Lesben und Schwuler automatisch gerechtfertigt sei, wenn es um den Schutz der „traditionellen Familie“ (und wohl auch der „natürlichen Familie“) gehe, schließt der EGMR aus: Im Gegenteil, der Mitgliedstaat müsse beweisen, dass die diskriminierenden Maßnahmen nicht nur geeignet, sondern „notwendig“ seien, um dieses Ziel zu erreichen.⁴⁷

Beim Verbot der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Partner_innen nach § 8 Abs 4 EPG handelt es sich um eine offene Diskriminierung, da sich dieses Adoptionsverbot erklärtermaßen nur an Homosexuelle wendet; es scheint ja auch im EPG auf, einem Gesetz, das ausschließlich auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften anwendbar ist.⁴⁸

Die herkömmliche Interpretation des § 182 Abs 2 ABGB konstituiert ebenfalls eine (im besten Fall mittelbare) Diskriminierung, da sie *de facto* homosexuelle, nicht aber heterosexuelle Paare betrifft.⁴⁹ Falls Österreich daher an der klassischen Lesart des § 182 Abs 2 ABGB sowie am Verbot der Stiefkindadoption im EPG festhält, gerät es in Begründungsnotstand.⁵⁰ Diesen August signalisierte der EGMR übrigens Bereitschaft, sich eingehend mit der Stiefkindadoption zu beschäftigen: Er erklärte eine Beschwerde gegen Frankreich für zulässig, in der diese Fragestellung behandelt wird.⁵¹

6. Realität versus Recht

Der Ausgang von *X and Others* darf in Österreich mit Spannung erwartet werden. Die Zeichen stehen jedenfalls auf Fortschritt; so hält der EGMR in *Kopf und Schalk* ausdrücklich fest: „... [S]ince 2001 ... a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. ... Certain provisions of EU law also

44 ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 9.

45 Siehe zB EGMR 22.1.2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02; EGMR 9.1.2003, *S.L. gegen Österreich*, Nr. 45330/99; EGMR 2.3.2010, *Kozak gegen Polen*, Nr. 13102/02; EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk gegen Österreich*, Nr. 30141/04; EGMR 22.7.2010, *P.B. und J.S. gegen Österreich*, Nr. 18984/02; EGMR 24.7.2003, *Karner gegen Österreich*, Nr. 40016/98.

46 EGMR 22.1.2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02.

47 EGMR 2.3.2010, *Kozak gegen Polen*, Nr. 13102/02, RZ 99; EGMR 24.7.2003, *Karner gegen Österreich*, Nr. 40016/98.

48 Eine Diskriminierung liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden: In diesem Fall also homosexuelle Partner_innen gegenüber heterosexuellen Partner_innen in Bezug auf die Möglichkeit, das Kind ihrer jeweiligen Lebensgefährt_innen zu adoptieren, bzw in Bezug auf die Möglichkeit einer gemeinsamen Adoption.

49 Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine neutral formulierte Regelung diskriminierende Auswirkungen hat. Vgl etwa *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2009) 449.

50 EGMR 2.3.2010, *Kozak gegen Polen*, Nr. 13102/02, RZ 98 ff.

51 EGMR (E) 31.8.2010, *Gas und Dubois gegen Frankreich*, Nr. 25951/07.

reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of family.”⁵² Auch rechtlich steht nun zweifelsfrei fest, dass Lesben und Schwule eine Familie gründen können und ein Recht darauf haben, diese Familie beschützt zu wissen. In vielen Mitgliedstaaten ist es gleichgeschlechtlichen Paaren ohnehin bereits möglich, Kinder zu adoptieren.⁵³ So sind Stiefkindadoptionen für Homosexuelle etwa in Frankreich, Deutschland, Island, Spanien, Großbritannien, und anderen europäischen Ländern erlaubt; außerdem in vielen US-Bundesstaaten – zB Kalifornien, New York, Nevada, Iowa, Wisconsin und anderen; in Israel; in einigen Regionen Australiens; sowie in einigen lateinamerikanischen Ländern – zB Argentinien, Brasilien, Uruguay und anderen.⁵⁴

Auch Österreich wird sich nicht ewig vor dieser Entwicklung drücken können. Jüngste Umfragen weisen zudem darauf hin, dass das verkrampfte Festhalten an „heiligen Kühen“ wie dem Adoptions- oder Eheverbot für Homosexuelle ohnehin nur ein Spleen einiger im Formalismus verfangener Juristen sein dürfte: So sind etwa 54 % der österreichischen Bevölkerung dafür, die Ehe auch für Lesben und Schwule zu öffnen.⁵⁵ Die Mainstream-Wissenschaft ist sich längst darüber einig, dass gleichgeschlechtliche Eltern genauso gut (oder schlecht) für ihre Kinder sorgen wie Hetero-Paare.⁵⁶ Und schließlich darf nicht vergessen werden, dass schwule und lesbische Eltern längst gelebte Realität sind.⁵⁷ Die Rechtsordnung hinkt ein wenig hinterher.

Mit dem Urteil des EGMR in *X and Others* ist frühestens in einigen Monaten, wenn nicht Jahren, zu rechnen. Eine Wartezeit, die Österreich theoretisch darauf verwenden könnte, problematische Gesetzespassagen aus eigener Initiative in die Moderne zu hieven, anstatt auf einen Schubs aus Straßburg zu warten.

Mag^a Marion Guerrero, LL.M. (Columbia) ist Assistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung. Ihr Schwerpunkt liegt im Bereich Gender Law; marion.guerrero@univie.ac.at

52 EGMR 24.6.2010, *Kopf und Schalk gegen Österreich*, Nr. 30141/04, RZ 93.

53 *Deixler-Hübner*, Das neue EPG – gesetzlicher Meilenstein oder kleinster gemeinsamer Nenner? iFamZ 2010, 93 (95).

54 Quelle: http://en.wikipedia.org/wiki/LGBT_adoption#Europe (14.9.2010).

55 So gibt es immer wieder Meinungsumfragen, die beweisen, dass die Bevölkerung der Politik voraus ist. Schon im Jahr 2004 veröffentlichte etwa IFES eine Studie zur Akzeptanz von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, die besagte, dass mehr als die Hälfte der Bevölkerung eine Gleichstellung von homosexuellen Partnerschaften mit der Ehe befürwortete. IFES 2004, Archivnr. 20119005, http://www.ifes.at/upload/1093440343_ber0408b.pdf (zuletzt besucht am 14.9.2010). Dass nicht nur im „liberalen“ Wien diese Ansicht vorherrschend ist, zeigt etwa ein Bericht von orf.at Tirol aus dem Jahr 2008 über eine Studie des Meinungsforschungsinstituts IMAD: Auch die Tiroler Landjugend war schon damals mehrheitlich für die staatliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. tirol.orf.at vom 23.05.2010, <http://tirol.orf.at/stories/279978/> (14.9.2010).

56 ZB *Schmutzer*, Wer uns getraut ... Überlegungen zur eingetragenen Partnerschaft, iFamZ 2010, 105. Siehe auch zahlreiche extensive Studien aus den USA, die alle zu einem ähnlichen Ergebnis kommen, zB *Little*, Children of Same-Sex Couples Do as Well as Other Children, 13.10.2005 <http://www.medscape.com/viewarticle/514477> (14.9.2010); oder *Bos, Gartrell*, US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, in: *Journal for Pediatrics* Vol. 126, No. 1, July 2010, auf <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/reprint/peds.2009-3153v1> (14.9.2010), uvm.

57 *Guerrero*, Jenseits der Kernfamilie, juridikum 2010, 143.

Taking Sexting Seriously: Should Europe Start Prosecuting “Sexters”?

Matthias C. Kettemann*

1. Introduction

Images depicting children engaged in sexual acts without any exploitative element? Crimes without victims? Or, rather, children who are victimized by prosecutors relying on laws meant to protect them? The legal and jurisprudential issues raised by “sexting” force us to rethink the legal approach to prosecuting the production, possession and transmission of images which seem, *prima facie*, to depict the sexual exploitation of children. While US prosecutorial practice seems deeply problematic, European states are in complete negation. Sexting, as defined by one recent study, is the “sending of sexually suggestive nude or nearly-nude photo or video of [oneself] to someone”¹ via a mobile phone. European newspapers first published reports on sexting in April and May 2009 and treated it as an exclusively American phenomenon.² It is not. Prosecuting ‘sexters’ – teenagers who send and receive sexts –, however, is. A recent Pew Study reveals that in the US four percent of cell-owning teens aged 12-17 have sent or received a ‘sext’.³ While the number is most likely to be somewhat lower in most European countries – mainly due to the smaller mobile phone penetration rate among teenagers –, it is inconceivable that no sexting takes place. Unlike in the US, where a number of highly publicized prosecutions have taken place,⁴ research for this paper, including con-

* This article is based on a paper written in the framework of the spring 2010 course “Child Exploitation, Pornography and the Internet” at Harvard Law School. I would like to thank Ms Rosenfeld and Ms Sacco for their advice on a previous version of this paper. The usual caveats apply.

- 1 Pew Internet & American Life Project & Amanda Lenhart, *Teens and Sexting. How and why minor teens are sending sexually suggestive nude or nearly nude images via text messaging*, Dec. 15, 2009, at 4, http://www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2009/PIP_Teens_and_Sexting.pdf (last visited Mar. 22, 2010). The “Policy Statement on Sexting,” The National Center for Missing & Exploited Children. Sept. 21, 2009.
- 2 Cf., e.g., Von Posen und Possen [On poses and jokes], *Süddeutsche Zeitung* (Germany), Apr. 16, 2009, <http://www.sueddeutsche.de/panorama/586/465178/text> (last visited Mar. 22, 2010); “Sexting”: US-Teenager schocken Sittenwächter [“Sexting”: US Teenagers Shock Moralists], *Kleine Zeitung* (Austria), May 8, 2009, <http://www.kleinezeitung.at/allgemein/multimedia/1952417/index.do> (last visited Mar. 22, 2010).
- 3 Pew Internet & American Life Project, *supra* note 1.
- 4 Cf., e.g., Sexting Girls Facing Porn Charge Sue D.A., Mar. 27, 2009, CBS.com, <http://www.cbsnews.com/stories/2009/03/27/earlyshow/main4896577.shtml> (last visited Mar. 22, 2010); Teens Face Child Porn Charge In Sexting Incident, April 7, 2009, WLWT.com, <http://www.wlwt.com/news/19120685/detail.html> (last visited Mar. 22, 2010); Deborah Feyerick & Sheila Steffen, ‘Sexting’ lands teen on sex offender list, April 9, 2009, CNN.com, <http://www.cnn.com/2009/CRIME/04/07/sexting.busts/index.html> (last visited Mar. 22, 2010).

sultations with leading penal law professors, has not revealed a single case of sexting being prosecuted in Austria or Germany.

Against this background I will analyze *ex ante* whether, and on what legal basis, two representative European countries – Austria and Germany – should start to prosecute sexters, and whether such prosecutions would be legitimate.⁵ Why, I will ask, have there been no prosecutions at all? Who should be prosecuted? And do we need to rethink the legislative and prosecutorial approach to sexting based on legislation against the sexual exploitation of children? Is the European approach to sexting more relaxed, more sensible, and based on a *laissez-faire* attitude to the teenagers' sexual mores? Or is it evidence of less creative prosecutors who are not able or willing to apply existing law against the sexual exploitation of children to situations involving new information and communication technologies? And what about the gender aspect of sexting? By not criminalizing sexting, do European states choose to ignore the sexualized power differentials that can be evidenced by sexts? In brief: Should Europe be more concerned about sexting? And if this question is answered affirmatively, what legal basis might prosecutions have?

Section 2 will analyze comparatively the legislative background and prosecutorial practice regarding sexting in the US, Germany and Austria and identify certain shortcomings, which are all the more notable since a number of EU member states, including Germany, have envisaged taking aggressive steps, including the blocking of IP addresses, to combat the availability of images depicting the sexual exploitation of children online.⁶ In Section 3, the legislative response to sexting and the prosecution of sexting will be revisited and the foundations for a new approach will be provided. This dignitarian approach will then be fleshed out in Section 4, which will offer justifications for the prosecution of sexting, albeit on a different basis. Finally, in Section 5, I will conclude that Europe should start to take sexting seriously and can legitimately do so based on legislation aimed at protecting human dignity. To this end I will conclude with the proposition of a wording for an anti-sexting statute to be included in Austrian and German legislation to protect the digital *natives* from being digitally *naïve*.

In *Ashcroft*, the U.S. Supreme Court refused to accept that virtual sexual exploitation of children harmed *actual* children. The sexting debate is more about whether children are *actually* harmed. Based on the precept that the end of all laws is securing human dignity, we need a sensible model of protection that navigates between the dual dangers of fighting society-induced self-objectification and reducing the potential of prosecuto-

5 I have chosen these two countries because they are representative, Western-European, liberal democracies with a dynamic young, techno-savvy generation of “digital natives” (see Urs Gasser & John Palfrey, *Born Digital. Connecting with a Global Generation of Digital Natives* (2009)). In the case of Germany, the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court; BVerfG) has developed jurisprudence on which I can build in outlining the new approach to prosecuting sexting I endeavor to suggest *infra*.

6 See European Digital Rights, ISPs asked to block child porn sites on the Internet, <http://www.edri.org/edri-gram/number7.7/pornography-blocked-isp> (last visited Apr. 22, 2010).

rial overzealotry. I hope that this paper’s dignitarian model will serve these dual purposes.

2. Prosecuting Sexting in the US, Austria and Germany

In the US, a number of prosecutions of children engaged in sexting have taken place.⁷ Children who produce, send and receive (and thus possess) texts are, as a matter of principle, prosecuted under the same laws that criminalize exploitative behavior of adults.⁸ This raises serious constitutional questions.⁹

In Europe the legal response to sexting has been different: Neither in Austria or Germany, nor, as my survey indicates, in any other European country, have there been any prosecutions of sexters. The reason can be found both in the legislative regulation of “pornographic depictions” of minors that contain broad decriminalizing exceptions applicable to most sexting scenarios and the lack of a perceived social ill caused by sexting that would make authorities willing to creatively use legislation against the sexual exploitation of children as grounds to bring prosecutions.¹⁰ The latter difference might be caused by an intercontinental divide regarding the perception of the proper role of law as an instrument to establish and protect the majority’s social mores. In the US, it is more widely accepted that the law can be used as a tool to protect children from themselves while the European approach makes it necessary to frame this approach in the concept of dignity, as will be elaborated in more detail below.¹¹

Let us now consider the legal framework in Germany and Austria: § 207a of the Austrian Penal Code¹² criminalizes “pornographic representations of minors”. Section 1 prohibits, inter alia, providing access to these depictions. The maximum penalty is three years in prison. Under section 3, anybody who acquires or possesses pornographic depictions of minors between 14 and 18 shall be punished by up to one year in prison or, if the minor is below 14, by up to two years. Section 4(b) defines “pornographic representations” as including depictions of, inter alia, the genitals or the genital area of a

7 See supra note 4, and, e.g., *A.H. v. State*, 949 So. 2d 234, 236 (Fla. 1st DCA 2007).

8 See *Mary Graw Leary, Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation*, 15 *Va. J. Soc. Pol’y & L.* 1, 42 (2007); *Stephen F. Smith, Jail for Juvenile Pornographers?: A reply to Professor Leary*, 15 *Va. J. Soc. Pol’y & L.* 505, 513 (2008).

9 See *Dena T. Sacco, Rebecca Argudin, James Maguire & Kelly Tallon, Sexting: Youth Practices and Legal Implications*, study prepared for Youth and Media Policy Working Group Initiative – Risky Behaviors and Online Safety Track, Harvard University Berkman Center for Internet and Society (draft on file with author).

10 These exceptions, including affirmative defenses, are fully in line with the commitments undertaken by European states in the regional human rights frameworks, under the auspices of the EU and the Council of Europe. See, e.g., Article 9 of the Council of Europe Convention on Cybercrime, CETS No.: 185, entry into force: July, 7, 2004, available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>, and the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS No.: 201, entry into force: Jan. 7, 2010, available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm>.

11 Cf. *Edward J. Eberle, Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States (2002)* (outlining how different conceptions of dignity in Germany and the US lead to differing legal solutions to comparable problems, including the regulation of sexual autonomy, the right to privacy, and abortion).

12 *Strafgesetzbuch (Austria)*, BGBl. No. 60/1974 as amended by BGBl. I No. 40/2009.

minor if the depiction is “distorted, reduced to itself and isolated from other manifestations of life” and “serves the sexual arousal of the viewer”. Importantly, section 5 excludes from punishment under section 1 and 3 any person who (1) “produces or possesses a pornographic depiction of a minor between 14 and 18 years with [the minor’s] consent and for the minor’s own use” or (2) who “produces and possesses [certain] pornographic depiction of a minor between 14 and 18 years not depicting intercourse for [the minor’s] use, if there are no dangers of distributing the depiction.”

Thus, under Austrian law a teenager making or possessing a pornographic depiction of a minor above 14 is protected under § 207a (5) (1), if the depiction is for the “own use” of the person depicted. If it is rather for the “use” of a third party, then the third party is protected under (2), if there are no dangers of distributing the depiction. This raises the interrelated questions of what happens if the use is common, and whether the sending of the sext does not in itself show that there exists a danger of distribution. Further, providing access to pornographic depictions of minors is criminalized under section 1, but not excluded from criminalization under section 5. The limits of the language of section 5 have not yet been tested in court.

The German legislation is similarly opaque. § 184b of the German Criminal Code¹³ criminalizes the distribution, acquisition and the possession of “kinderpornographische Schriften” (“writings containing pornographic representations of children”)¹⁴ and foresees penalties from three months to five years. § 184c regulates the distribution, acquisition and possession of “jugendpornographischer Schriften” (“writings containing pornographic representations of minors above 14”).¹⁵ The penalty is up to three years in prison. Section 4 criminalizes persons who attempt to possess, and possess, writings depicting pornography of minors above 14, but contains the exception that they cannot not be punished if they have produced them while not yet 18 with the consent of the person depicted. A 19 year old female who receives a sext from her 17 year old boyfriend depicting his genitalia could therefore – under the terms of this provision – be criminally liable, but not the 17 year old sender. She would, however, be protected by the second exception the German Criminal Code foresees: According to § 184g (1) “sexual acts” are only those which are of “some relevance” “in relation to the respective interest to be protected”.

Both the German and the Austrian legislation thus contain exceptions that could make the prosecution of sexting difficult. The “Rechtsgut”, the socio-legal value to be pro-

13 Strafgesetzbuch (Germany), BGBl. I S. 3322 of Nov. 13, 1998, as amended by Article 3, Law of Oct. 2, 2009, BGBl. I S. 3214, 3219.

14 According to § 11(3) of the German Criminal Code, „Schriften“ (writings) also include „Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen“ (audio- and audiovisual recordings, data retention devices, visual recordings and other depictions).

15 See, on this section, Tatjana Hörnle, Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie [The Implementation of the Framework Decision on the Fight against the Sexual Exploitation of Children and on Child Pornography], NJW 3521 (2008).

tected by the cited penal law provisions, is the sexual autonomy of minors.¹⁶ Therefore, any violations of their autonomy committed by themselves or with their consent would seem, *prima facie*, as falling outside the legitimating scope of the protective object. Yet sexting can be considered a significant social ill that needs to be responded to by the criminal law system. In order to be able to deconstruct the foundations of the existing legal discourse on and practice of prosecuting sexting the existing legislative and prosecutorial responses to sexting have to be revisited.

3. Revisiting the Legislative Response to, and the Prosecution of, Sexting

Rules are generally only legitimate to the extent they are responsive to existing problems that members of a community in which the rule purports to exert performative influence are faced with. Criminal law is the harshest instrument that a community can apply to a situation and expresses a strong sentiment of social undesirability of the behavior pattern it criminalizes. This behavior pattern is suppressed through criminalization because of certain objects of protection, such as social order, physical integrity, religious peace, and, in the case of laws against the sexual exploitation of children, the dual objects of sexual integrity and the safety of children.¹⁷ If the practical implementation of a law no longer serves the envisaged societal goals, it has to be revisited. Supreme Court jurisprudence on existing legislation against the sexual exploitation of children confirms this approach.

In the words of the Supreme Court, a law that forbids material that “records no crime” and “creates no victims”¹⁸ cannot stand. In *Osborne* the Supreme Court underlined the “importance of the State’s interest in protecting the victims of child pornography”¹⁹ and criminalized possession because it “permanently records the victim’s abuse” and leads to revictimization in the years to come and can be used in order to “seduce other children into sexual activity.”²⁰ Also in *Osborne* the Supreme Court underlined the “importance of the State’s interest in protecting the victims of child pornography” and found no fault in the law’s attempt to “to stamp out this vice at all levels in the distribution chain.”²¹

In order to legitimate the application of existing laws on the sexual exploitation of children in sexting cases, they would have to fall within the protection matrix developed in *Osborne*. Do sexts “record” a crime, “create” victims, record the “victim’s

16 See Tatjana Hörnle, *Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft* [Sexual Exploitation of Children: Considerable Interest in Politics and in the Social Sciences, but only a very Limited Discussion on the Telos of the Norms in Penal Law] in *Festschrift für Ulrich Eisenberg* 321 (Henning Ernst Müller, Günther M. Sander & Helena Válková eds., 2009) (arguing that there is too little discussion among lawyers on the underlying social goals that penal law provisions protecting the sexual autonomy of minors have been established to secure).

17 Cf. Alan C. Michaels, “Rationales” of Criminal Law Then and Now: For a Judgmental Descriptivism, 100 *Columbia Law Review* 54 (2000).

18 *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234, 122 S.Ct. 1389, at 250.

19 *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 110 S.Ct. 1691, at 111.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

abuse”, lead to “revictimization”, and “seduce other children into sexual activity”? It can be argued that this clear rationale behind the laws against the sexual exploitation of children falls short with regard to sexting.

Imagine the scenario of a 17-year-old teenager taking a picture of himself in a sexually provocative pose and sending it through a sext to his same-aged girlfriend, who responds in a similar fashion. Are the images taken the record of a crime? Are there any victims? One would be inclined to respond negatively. But what if the two break up and one of the two uses the images to destroy the reputation of the other? What if one of the two sends out images to a third party with (or without) the consent of the other? It can be plausibly argued that in light of these questions the traditional approach to legitimizing legislation against, and prosecution of, the production and transmission of images depicting the sexual exploitation of children falls short. Can we effectively distinguish between these scenarios in light of existing legislation?

Rather than not prosecuting sexting at all a new rationale is needed. This rationale should be based on the law’s responsibility to protect persons, in this instance: sexters, from themselves and the consequences of their decisions. But this protection framework needs to rest on a different philosophical and legal basis than traditional laws against the sexual exploitation of children.

First, however, we need to consider whether there is enough evidence that children need protection from sexting. The Pew Internet Project found that there existed three main scenarios for sexting: “1) exchange of images solely *between two romantic partners*; 2) exchanges between partners that are *shared with others* outside the relationship and 3) exchanges between people who are *not yet in a relationship*, but where at least one person hopes to be.”²²

In at least two of these scenarios (2 and 3) sexting may happen in situations of varying power differentials between the two sexting partners involved. Indeed, sexting has been described as a “relationship currency”²³ and children, especially girl children, might be pressured into sending images of themselves to members of the opposite sex. To this we have to add the recent phenomenon of “sextortion”, where (as recent cases show mainly) male offenders contact (mainly) female victims after having gotten hold of nude and semi-nude pictures and “threaten to expose [them] to friends and family unless [the victims] pose for more explicit porn, creating a vicious cycle of exploitation”.²⁴ This development also showcases the gender dimension and in highlighting the gender inequalities, it leads us to a possible rationale of criminalizing sexting. Finding a new legitimating basis for the criminalization of sexting would thus help prevent self-objectification and self-victimization by creating an incentive not to sext and contribute to

22 Pew Internet & American Life Project, *supra* note 1, at 2 (my emphasis).

23 Pew Internet & American Life Project, *supra* note 1, at 8.

24 Charles Wilson, *Feds: Online ‘sextortion’ of teens on the rise*, <http://www.msnbc.msn.com/id/38714259>, 15 August 2010.

reestablishing the gender imbalance in sexting scenarios. (There is a strong element of equality in all dignitarian approaches.)

In times of increasing eroticization and sexualization of children in the media and society, an attempt to ‘devalue’ this “relationship currency” and to decrease the gender-dimensional power differential sexting tends to increase might be legitimate, especially in light of an approach to human rights on which most of continental Europe’s legal system rests.

This approach is based on human dignity. It serves neither the fight against the sexual exploitation of children nor against their self-objectification and self-victimization through sexting to apply ill-fitting statutes against ‘traditional’ forms of sexual exploitation of children to sexting. The rationale behind the two areas of regulation is too different. A dignity-based approach to prohibiting sexting can lead to understanding this important distinction and will allow Austria (and the rest of Europe) to start taking sexting seriously – and not consider it as an example of an American legal development incompatible with less ‘puritan’ Europe. Containing a strong equality prong, the dignitarian approach is also responsive to the gender imbalances in sexting scenarios referred to above.

4. Towards a Dignitarian Approach

We have known since Aristotle that humans are fundamentally social beings.²⁵ The benefits of belonging to a society have concomitant duties. Societies tend to punish (in modern times: outlaw and foresee criminal sanctions for) behaviour they consider corrosive of the civilizing strings that bind the society’s members together. Thus societies have continuously limited what members are allowed to do to themselves. A number of them, for instance, forbid either suicide or physician-assisted suicide, thus limiting the right to die. Accepting that persons sometimes need to be protected from themselves, we are led to the conclusion that this is even truer with regard to children, who may not yet have developed a sound (or any functional) internal moral compass and might submit more easily to peer pressure or psychological pressure in unequal relationships.

In *Osborne*, the Supreme Court noted that Ohio “[did] not rely on a paternalistic interest in regulating Osborne’s mind”²⁶. *Osborne* was an adult. Those involved in sexting usually are not. I propose therefore that there is some legitimacy in relying on a “paternalistic instinct” to protect children from themselves, especially in light of overarching goals of law to prevent self-objectification and self-victimization and to protect the dignity of children. Indeed, dignity needs to be the foundation of this line of argument.

As the Pew Internet Study revealed, the reasons for sexting are diverse, but at least one older high school girl wrote about the pressure on girls to share such images.²⁷ This

25 George E. McCarthy, *Dreams in Exile Rediscovering Science and Ethics in Nineteenth-Century Social Theory* 38 (2009).

26 *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 110 S.Ct. 1691, at 109.

27 Pew Internet & American Life Project, *supra* note 1, at 8.

pressure has emanated from a society that, through media, promotes the overeroticization and oversexualization of children who are thus pressured into self-victimization through self-objectification. I therefore propose to reconceptualize the prosecution of sexting in light of the concept of human dignity. Founding the prosecution of sexting on human dignity has the advantage of stripping it from its roots in the traditional laws of the combat against the sexual exploitation of children, where it does not, in fact, belong.

A dignitarian approach to prosecuting sexting also allows us to escape the problematic victim/no-victim dichotomy that poses a conceptual hurdle for addressing sexting cases within the parameters of the Supreme Court jurisprudence. Sexting has victims, but these victims are often – under current prosecutorial scenarios – the perpetrators, the (co-)producers and possessors of images depicting the sexual exploitation of children. Analyzing sexting in light of human dignity will allow us to substantiate my approach. While the concept of human dignity is not seen as a foundational norm in the US legal system,²⁸ it has emerged in the last decades as a (sometimes contested) source of inspiration in the interpretation of constitutional provisions.²⁹ Dignity figures very prominently in a number of (especially post-WW II) constitutions of European states³⁰ and the human rights protection framework of the EU,³¹ and can be considered the basis of the international human rights system in general³² and, through judicial interpretation, of national human rights protection systems.³³ Dignity implies that states have a dual duty not only to refrain from violating their citizens' dignity, but also to actively protect this dignity from violations by others and themselves.³⁴

28 See, on the development of dignity in the US legal system pre-1980, Jordan J. Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, 27 *Howard L.J.* 145 (1984), and, for a more recent take, Stephen J. Wermiel, *Law and Human Dignity: The Judicial Soul of Justice Brennan*, 7 *Wm. & Mary Bill of Rts. J.* 223 (1998) (arguing that human dignity has become a theoretical and practical source of individual rights and liberties).

29 See William A. Parent, *Constitutional Values and Human Dignity*, in *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* 47, 47 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds. 1992) (arguing that dignity as a concept is important in fleshing out the guarantees of the Fifth and Fourteenth amendments); Louis Henkin, *Human Dignity and Constitutional Rights*, in *ibid.* 210, 210 (arguing that America first promoted and then retreated from a universal standard of human dignity).

30 These include the German Basic Law (*Grundgesetz*), which provides, in its Art. 1(1) that “Human dignity shall be inviolable”, and the French Constitution, which provides, in Article VI of the incorporated Declaration of the Rights of Man that the citizens have a right to the same “dignities”.

31 See the Charter of Fundamental Rights of European Union (2000/C 364/01), OJ C 364/1 of Dec. 18, 2000. The Charter's first chapter is entitled “dignity” and Article 1 provides: “Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.”

32 Cf. Winfried Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte* [Human Dignity, Human Rights, Fundamental Rights] (1997).

33 See Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 *Eur. J. Int'l L.* 655 (2008) (“The judiciary in several national jurisdictions enthusiastically further the incorporation and use of dignity in domestic rights discourse.”).

34 See, Gerhard Luf, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant-Verständnis in der neueren deutschen Grundrechtstheorie*, in *Festschrift für E. A. Wolff* 307 (Rainer Zaczyk, Michael Köhler & Michael Kahlo eds., 1998). For a current take, see Tatjana Hörnle, *Menschenwürde als Freiheit von Demütigungen* [Human Dignity as Freedom from Humiliation], *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 41 (2008).

We now need to enquire whether such a dignitarian approach to sexting argues for its criminalization and which limits we need to draw.³⁵ The influential German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) has developed a substantial jurisprudence on the limits of the legitimacy of statal intervention to protect dignity.³⁶ It mainly bases its decisions on the definition of violations of human dignity by one influential German scholar, Günther Dürig. Varying Kant, he sees a violation of human dignity to occur when the subjective quality of the individual as such is questioned, i.e. when the “concrete human is debased and objectified, reduced to a mere means [to an end]”.³⁷ This can happen through others, but also through self-objectification. The German courts have found these debasements and objectifications to a level violative of human dignity to have occurred with regard to certain types of peep shows,³⁸ live sex shows,³⁹ “female topless mud catching championships”,⁴⁰ and the presentation of women in cages during sex shows.⁴¹ Importantly, in all of these cases the – mostly female – participants had argued that they had consented to the activity and did not feel that their human dignity had been violated.

Nonetheless, in a long line of cases, the German Constitutional Court has ruled that the state’s responsibility to ensure an objective value order within a state (through securing the individual’s human dignity) takes precedence over the freedom to choose to divest oneself of that dignity.⁴² Some authors have responded critically and argued that the autonomy of the individual is more important than any abstract, objective claim of dignity and that the very intervention of the state in order to safeguard an individual’s dignity violates the dignity-based autonomy.⁴³ But as shown above, this argument does not hold water with regard to the most vulnerable members of society (and it has only limited reach with regard to everyone else).

There is a certain core of human dignity that individuals cannot divest themselves from because of the negative implications that allowing this would have on society in general. Beyond the core of human dignity, where a divestment is never possible, there is a layer of cases where age matters. As individuals grow in age and develop a more comprehen-

35 See, for a discussion of a dignitarian approach to “ultimate fighting”, Elisa Hoven & Markus Rotter, “Ultimate Fighting.” Eine Betrachtung aus dem Blickwinkel der Menschenwürde [“Ultimate Fighting”. An Analysis from the Perspective of Human Dignity], *Humboldt Forum Recht* 4/2010, <http://www.humboldt-forum-recht.de/media/Druckansicht/pdf/2010-04.pdf> (last accessed April 18, 2010).

36 Fundamentally, BVerfGE 30, 1, 25 et seq. See, further BVerfGE 39, at 1, 26; BVerfGE 87, at 209, 228 (on § 131 StGB), BVerfGE 102, at 247, 367 (Benetto I), BVerfGE 115, at 117, 152. The academic debate is also rich. Cf. Urs Kramer, *Das Verbot von die Menschenwürde gefährdenden Spielen* [The Prohibition of Games that Endanger Human Dignity], *NVwZ* 1083, 1084 (2004), note 13.

37 Günther Dürig, in *Kommentar zum GG* (Theodor Maunz & Günther Dürig ed., 2005), Art. 1 Abs. 1, Rn. 28, 29. See also Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Menschenwürde als normatives Prinzip* [Human Dignity as a Normative Principle], *JZ* 809 (2003).

38 German Federal Administrative Court, BVerwGE 64, 274.

39 German Federal Administrative Court, BVerwG, *NJW* 1982, 665.

40 Administrative Court Munich [VGH München], *NVwZ* 1984, 254.

41 Administrative Court Munich [VGH München], *NVwZ* 1992, 76.

42 BVerfGE 61, 126; BVerfGE 49, 286 (transsexualism), BVerfG, *NJW* 1982, 375 (lie detector).

43 Cf. Frank Littwin, *Grundrechtsschutz gegen sich selbst* [Protection of Fundamental Rights Against Oneself] 232 (1993).

sive framework under which to appreciate the consequences of their actions, this layer progressively shrinks.⁴⁴ This layer of cases impacting questions of “non-core” dignity can also be impacted by changing mores. But this does not change the fundamental supposition that a dignitarian approach to sexting that protects young individuals from self-victimization through self-objectification is legitimate and legal, as flowing out of the states’ duty to protect children from themselves and to ensure dignity as the foundation of public order.

All human rights are concretizations of human dignity. Thus, we cannot conceive of other rights, such as the right to freedom of expression – to send sexually explicit messages – or a right to privacy – to enjoy, on one’s private cell and the cell of willing partners, sexually explicit pictures – as a *per se* bar to dignitarian arguments. We can use them, however, to analyze what should be the limits of dignity-based limits to freedom of expression and the right to privacy, and what behaviour the state can and should criminalize.

If my arguments have been convincing, then this dignity-based approach to prosecuting sexting will appear tenable to the reader both as a practical and a policy matter. The question that remains is whether it is indeed a criminal sanction that is necessary to confront sexting’s dangers or whether other less intrusive forms evidencing society’s disapproval are possible. While this is an interesting line of enquiry, space does not allow for a comprehensive investigation. Let it be said that it can be argued with more than a modicum of plausibility that criminal sanctions seem *prima facie* useful in expressing society’s disapproval and that alternative, less intrusive sanctions, such as civil liability or administrative charges, do not seem to have the same expressive power.

5. Conclusion

I will conclude with outlining how far Austrian and German legislators and prosecutors can profit from a dignitarian approach to criminalizing sexting, and why I believe that my arguments can be useful for the regulation of sexting in the US.

Legislators in the US should consider changing existing legislation which can be read as allowing for, and has been used in, the prosecution of sexters. Some of these changes, including the modification of criminal laws and the downgrading of sexting offense to misdemeanors, the use of affirmative defenses, and educational approaches, are already under way.⁴⁵ A dignitarian approach, however, has not been undertaken by any state. This is unsurprising as the explicit recourse to human dignity is not instinct to the American legislative tradition.⁴⁶ It could, however, serve as a source of inspiration and legitimation for the protection of teenagers from sexual (self-)exploitation.

44 While in Austria and Germany a child under the age of 14 cannot consent to having their earlobes pierced, a teenager above this age can.

45 See Sacco et al., *Sexting*, *supra* note 8, at VI (Legislative Response) and the legislative developments quoted therein.

46 Cf. Eberle, *supra* note 11, at 138 (arguing that different theories of autonomy law in the US and Germany lead to differing approaches to sexual self-determination and self-identity).

As I have argued above, following a “paternalistic instinct” in regulating what children can do with modern technological devices should not be frowned upon per se. The Latin roots of “paternalistic” simply mean “father”; in some circumstances the legislator needs to assume such a role.⁴⁷ Though discredited in some areas of legislation, legislative action based on the precept to protect society’s weakest members from self-objectification through self-exploitation (thus from society’s pressures and from themselves) can be considered a legitimate exercise of the legislator. Similarly, American prosecutors should carefully consider whether bringing a case against teenagers involved in sexting does not run the danger of re-victimizing them further, especially in light of the long-term consequences of convictions for sex crimes. Europe’s legislators in general, and Austria’s and Germany’s in particular, need to consider adapting existing legislation against the sexual exploitation of children online to the challenges of information and communication technologies.

In particular, I would suggest the inclusion of a sub-section to § 207a of the Austrian Criminal Code and § 184c of the German Criminal Code that both criminalize acquiring and possessing pornographic depictions of minors. This sub-section could read: “Anyone who transmits an image containing [a pornographic depiction of a minor above the age of 14 as defined in the German and Austrian legislation] shall be punished by [a prison sentence not exceeding sentences imposed for acquisition of comparable images] if this violates the dignity of the person or persons depicted.”

This formulation targets primarily the person who sends or re-sends an image that they have taken in circumstances violating the human dignity of the person depicted or received and who would otherwise be protected by per-se-bars to prosecution under existing legislation. While not immunizing from penal sanction the person depicted who sends a sext, the threshold is much higher, as the dignity of the person depicted needs to be more forcefully protected against third parties than against themselves. In all but a few extreme cases, the formulation thus avoids victimization through law and allows teenagers to express their sexuality by transmitting pictures of themselves without the fear of prosecution. By allowing for the prosecution of all senders “down the line”, the formulation also protects the person depicted and serves as a strong disincentive for mass sexting and especially the potentially harmful resexting. By limiting the criminalization to acts of transmission and not of possession, the inadvertent recipient of a (mass) sext remains outside of the scope of penal sanctions.

In keeping with the strong European commitment to protecting children who are exceedingly active in online environments (from others and from themselves), Austrian and German prosecutors could then – sensibly and after careful consideration of the state’s duty to protect human dignity – consider bringing cases against sexters in scenarios with coercive elements.

⁴⁷ Of course, the word “paternalistic” presents a skewed worldview. Rather, it should be “parentalistic”, from “parentes”, the Latin word referring to both parents.

The proposed formulation cannot avoid the problem that the decision whether the dignity of the person depicted has been infringed has to be taken on a case by case basis. Just as the German Constitutional Court has interpreted in its jurisprudence the right to dignity, criminal courts will have to establish bright line rules and carve out exceptions, as times and technologies progress and social mores adapt.

In light of the above the intertextual reference in the title of this paper (to Ronald Dworkin's seminal *Taking Rights Seriously*⁴⁸) takes on a specific meaning. Opposing realism and utilitarianism, Dworkin proposed a new relationship between the individual and the state based on pre-existing and pre-majoritarian rights. Similarly, I have proposed a new dignitarian approach to penalizing and prosecuting sexting, based on the concept of a pre-existing dignity and the society's duty, taken up – in modern societies – by the state, to protect it. This approach can transcend both the unhelpful victim/perpetrator dichotomy and inform legislative endeavors and prosecutorial practice.

As information and communication technologies develop, new means of violation of one's dignity and the dignity of others emerge. Pre-existing taboos are impacted by changing mores and human dignity is constantly in danger.⁴⁹ In times when technologies impact laws, it is important to turn back to the basics. And there is no more basic, more fundamental, and yes: nobler responsibility for laws than to protect the dignity of the human being.

Mag. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard), is teaching and research fellow and doctoral candidate at the Institute of International Law and International Relations, University of Graz, as well as member of juridikum's editorial board; matthias.kettemann@uni-graz.at

48 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

49 Hoven & Rotter, *Ultimate Fighting*, supra note 35, at 7.

Thema: Postneoliberale Rechtsordnung? – Suchprozesse in der Krise

Vorwort

Sonja Buckel/Andreas Fischer-Lescano/Lukas Oberndorfer

Hermann Scheer († 14.10.2010) gewidmet

Spätestens als im Jahr 2009 der Welthandel um 10 % einbrach, das Bruttosozialprodukt diverser Länder im selben Ausmaß schrumpfte und Armut und Arbeitslosigkeit weltweit explodierten, wurde auch den politischen Eliten bewusst, dass ihre bisherige Strategie des Abstreitens oder Kleinredens der Krise über nur noch wenig Tragfähigkeit verfügte: Die größte Weltwirtschaftskrise seit den 1930er Jahren war evident geworden. Die dem Kapitalismus eigenen großen Strukturkrisen haben immer wieder die Herausbildung neuer gesellschaftlicher Entwicklungsmodelle angestoßen, die auch die jeweiligen Rechtsordnungen prägten. Daher möchten wir mit diesem Schwerpunkt die Frage einer postneoliberalen Rechtsordnung aufwerfen: Führt die momentane Krise zu epochalen Verschiebungen, und lassen sich Anzeichen einer neuen Form der Bearbeitung gesellschaftlicher Widersprüche auch schon in rechtlichen Praxen aufspüren? Oder bleibt doch alles beim Alten, da die Kräfteverhältnisse sich nicht grundlegend geändert haben?

Krisen, in der die permanente Instabilität kapitalistischer Reproduktion allgemein greifbar wird, waren historisch immer wieder Auslöser neuer innerkapitalistischer Entwicklungsmodelle, denn sie beschränkten sich nicht auf bloße ‚ökonomische‘ Momente, sondern waren zugleich immer auch politische, kulturelle und rechtliche Krisen. Sie stellten die bisherige Lebensweise in Frage, angestoßen bzw vermittelt durch soziale Bewegungen, wie etwa diejenige von 1968, weil breite Teile der Bevölkerung aus dem bestehenden Konsens ausbrachen. Es sind solche gesamtgesellschaftlichen Prozesse, welche die aktuelle Konstellation kennzeichnen: Die wochenlangen Streiks und Raffinerieblockaden in Frankreich gegen die Erhöhung des Rentenalters, die Bewegung gegen ‚Stuttgart 21‘ oder auch der massive Protest gegen die Aufkündigung des Atomkompromisses in der BRD sowie die Bildungsproteste in den österreichischen Universitätsstädten im Herbst 2009 lassen eine Krise der repräsentativen Demokratie erkennen, das Schwinden der ‚Volksparteien‘ – selbst im korporatistischen Österreich – wiederum eine

Krise des aktuellen politischen Systems; die zunehmende gesellschaftliche Kritik an der fossilistischen Produktion formiert eine Krise der tradierten gesellschaftlichen Naturverhältnisse. Auch die beiden konservativen Wohlfahrtsstaatsmodelle in der BRD und in Österreich, die in der Vergangenheit zentrale Integrationsmomente darstellten, gerieten durch ihre auf das 19. Jahrhundert zurückgehende lohnarbeitsfixierte Finanzierung in die Krise. Doch diese Veränderungsprozesse sind langwierig – nur ganz allmählich verschieben sich Praxen und Institutionen und schließlich auch das Recht. Auch in der Vergangenheit wurde erst in einer Rückschau offensichtlich, dass gravierende Transformationen stattgefunden hatten. Insofern kommen die beiden vorliegenden, miteinander verbundenen Schwerpunktheft der Kritischen Justiz und des *juridikum* (zeitschrift für kritikrecht/gesellschaft) zu früh – bevor die Eule der Minerva zum Flug angesetzt hat. Die Suche nach möglichen Veränderungen ist daher – genauso wie auch die Zusammenarbeit der beiden kritischen Rechtszeitschriften in Deutschland und Österreich – ein Experiment. Sie soll aufmerksam machen auf die Dynamiken, die sich vielleicht erst in den kommenden Jahren deutlich ausprägen werden: auf die Suchprozesse gesellschaftlicher Akteur_innen im Kontext der größten Wirtschaftskrise seit dem Zweiten Weltkrieg. Als kritische Rechtszeitschriften betrachten wir dabei speziell die juristischen Praxen, die wir aber als immer schon gesellschaftlich vermittelte verstehen. Nur wenn diese frühzeitig zur Kenntnis genommen werden, bieten sich auch Möglichkeiten für Kritik und das Potential für emanzipative Intervention, anstatt das Feld denjenigen zu überlassen, die diese Gravitationen in nationalistische oder rassistische Bahnen zu lenken versuchen. In der BRD stellen die biologistischen Äußerungen Sarrazins immerhin noch einen Skandal dar, während die gleichen Äußerungen eines Haider oder Strache bereits österreichische Normalität sind.

1. Multiple Krise in Permanenz – Spannungsfelder kapitalistischer Produktion

Kapitalistische Vergesellschaftung ist strukturell krisenhaft, und zwar in einem doppelten Sinn: erstens durch die dieser Vergesellschaftung immanenten Widersprüche, die zu periodischen Krisen führen – Krisen sind daher normale Erscheinungsformen dieser Gesellschaftsformation. Zweitens indem die kapitalistische Produktionsweise auf gesellschaftlichen Bedingungen und Naturvoraussetzungen beruht, die sie weder zu reproduzieren noch zu garantieren vermag, sondern im Gegenteil sogar tendenziell zerstört: gesellschaftliche Naturverhältnisse, lebensweltliche Milieus, nicht-warenförmige soziale Beziehungen, Subsistenzproduktion und vor allem: Fürsorgearbeit. Ohne diese Voraussetzungen wäre der Zusammenhang der Gesellschaft so unmöglich wie die Reproduktion der Arbeitskraft.¹ Und diese tendenzielle Zerstörung der Voraussetzungen kapitalistischer Produktionsverhältnisse wird in den großen Krisen virulent. Die Selbststre-

1 Hirsch, Politische Form, politische Institutionen und Staat, in: Esser/Görg/Hirsch (Hrsg.). Politik, Institutionen und Staat., 1994, S. 157–212 (167).

volutionierung kapitalistischer Gesellschaften vollzieht sich nicht historisch kontinuierlich, sondern katalysiert sich in periodischen Krisen und den politischen Kämpfen um ihre Bearbeitung.²

Der Lohn etwa ist für das Kapital gleichzeitig Kosten- und Nachfragefaktor. Der Konkurrenzkampf zwingt die Unternehmen dazu, Arbeitskräfte durch neue Maschinen und Technologien zu ersetzen. Dies führt zur Steigerung der Arbeitsproduktivität und Ausweitung der Kapazitäten. Diese expansive Logik kollidiert mit der kontraktiven Logik kapitalistischer Produktion, die aus der Freisetzung von Arbeitskräften, dem Druck auf Löhne, also der Beschränkung der Nachfrage resultiert.³ Dieser Widerspruch zwischen den geschaffenen Produktionskapazitäten sowie den damit hergestellten Waren (Autos, Immobilien, Dienstleistungen ...) und der durch Lohndruck und „Freisetzung“ von Arbeitskräften bedingten mangelnden Nachfrage drückt sich auch in der dem Kapitalismus eigenen ungleichen Entwicklung aus. Das unter anderem in Deutschland und Österreich dominante Exportweltmeistermodell⁴ kann im europäischen Maßstab nur solange funktionieren, wie andere Ökonomien dieses Ungleichgewicht durch entsprechende Nachfrage ausgleichen. Die dadurch entstehenden Handelsbilanzdefizite sind aber nur durch Kapitalimporte finanzierbar und setzen so einen Kreislauf von Privatisierung und Verschuldung in Gang. Die durch den Einbruch der Weltwirtschaft verschärfte „Schuldenkrise“ der in recht unverhohlener chauvinistischer Diktion als PIGS (Portugal, Italien, Griechenland, Spanien) bezeichneten Länder findet ihre Hauptursache folglich in einer Externalisierung des Problems der kontraktiven Logik kapitalistischer Produktion.⁵

Die zweite zentrale Voraussetzung, die der Kapitalismus zugleich beständig untergräbt, ist die Ware Arbeitskraft selbst. Kapitalismus zieht tagtäglich soziale Verletzungen, Verwerfungen und Verwüstungen nach sich und bedeutet damit Krise in Permanenz, so eine zentrale Aussage des Autorenteam von „Soziologie – Kapitalismus – Kritik“.⁶ Denn die Steigerung des Mehrwertes durch Intensivierung des Zugriffs auf die Ware Arbeitskraft in qualitativer oder quantitativer Hinsicht ist für den Akkumulationsprozess wesentlich. Die Ausbeutung schlägt konkurrenzvermittelt daher regelmäßig, abhängig von den jeweiligen sozialen Kämpfen, in Überausbeutung um. Der Grad an durch Lohnarbeit erzeugter Verwüstung menschlichen Lebens erreicht ein Ausmaß, welches die Re-Produktion der Ware Arbeitskraft gefährdet und damit die Quelle kapitalistischen Profits (menschliche Tätigkeit) untergräbt. Marx hat diesen Zusammen-

2 Ebd. S. 202.

3 Sablowski, Die Ursachen der neuen Weltwirtschaftskrise, Kritische Justiz 2009, 116 (116).

4 Dabei handelt es sich um das Erzielen von Exportüberschüssen durch Lohnabschlüsse unter der Produktivitätssteigerung in Kombination mit angebotsseitiger Politik.

5 Siehe dazu anschaulich das Positionspapier des wissenschaftlichen Beirates von Attac-Deutschland, Griechenland, das Diktat von IWF und EU und die deutsche Verantwortung, 2010, www.attac.de/uploads/media/100507_Positionspapier_Wissenschaftlicher_Beirat_Attac_zu_Griechenland_01.pdf (15.9.2010).

6 Dörre/Lessenich/Rosa, Einleitung, in: Dörre/Lessenich/Rosa (Hrsg.), Soziologie – Kapitalismus – Kritik, 2009, S. 14.

hang in seiner Kritik der politischen Ökonomie anhand des Elends der englischen Arbeiter_innen im 19. Jahrhundert eindrücklich geschildert.⁷ Entgegen dem Diskurs von der Auflösung der (Welt-)Arbeiter_innenklasse zeigt gerade ein jüngst bekannt gewordenes Beispiel, dass sich unter der glänzenden Oberfläche der fetischisierten Warenwelt weiterhin die gleichen Mechanismen der Verwüstung menschlichen Lebens im Gang befinden. So werden die Elektronikteile für das paradigmatische Produkt des Postfordismus – das Apple iPhone – in mitunter vierunddreißigstündigen Schichten in einer Sechstageswoche durch Arbeiter_innen der Firma Foxconn in südchinesischen Sonderwirtschaftszonen hergestellt. Nachdem sich aufgrund der Arbeitsbedingungen und des Akkorddrucks seit Beginn des Jahres bereits 14 Arbeiter_innen durch Fensterstürze töteten, reagierte Foxconn mit der Anbringung von großen Netzen an den Fabrikgebäuden.⁸

Zugleich basiert der Produktionsprozess auf den generativen und reproduktiven Tätigkeiten, den Fürsorge- und Pflegearbeiten, die unbezahlt weltweit mehrheitlich Frauen aufgebürdet und aus dem Produktionskreislauf externalisiert werden. Dieser ‚Systemfehler‘ kapitalistischer Ökonomie⁹ ist zudem, weil er die care-Tätigkeiten in der von der öffentlichen Sphäre getrennten Privatsphäre ansiedelt, unsichtbar: „Die Expansionsstatistiken und Handelsbilanzen zeigen nicht, dass kapitalistische Wertschöpfung überall auf der Grundlage eines Polsters von sozialer Regeneration, von überwiegend unbezahlter und von Frauen geleisteter Sorgearbeit und sozialer Sicherungsgesetze einerseits und der regenerativen Kräfte der Natur andererseits funktioniert.“¹⁰ Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung führt zudem zur Exklusion von Frauen aus der Unternehmensführung der transnationalen Konzerne und den Institutionen des Finanzkapitals: In Großbritannien etwa sind nur 11,7 % aller Direktor_innen der 100 größten und umsatzstärksten Unternehmen an der London Stock Exchange weiblich. Nur 7,5 % der Direktor_innen der 40 führenden französischen Aktienunternehmen sind Frauen; in der BRD gibt es sogar nur *ein* weibliches Aufsichtsratsmitglied von den ca. 200 Führungskräften in den DAX-30 Unternehmen.¹¹

Und schließlich vollzieht sich im Akkumulationsprozess eine immense Kontamination und Konsumtion von Natur. Natur ist einerseits Lieferantin materiellen und energetischen Inputs und andererseits Senke für die Externalitäten¹² des Produktionsprozesses.¹³ Wie die Überausbeutung der menschlichen Arbeitskraft ist daher auch jene der

7 Marx, Das Kapital, Band I, MEW 23, insb. S. 416ff.

8 Die Presse, Foxconn sucht 400.000 neue Arbeiter, v. 19.8.2010.

9 Sauer, Das Geschlecht der Finanz- und Wirtschaftskrise, in: Kurswechsel 2010, S. 38–46.

10 Wichterich, Frauen als soziale Air Bags – ein feministischer Blick auf die globalen Krisen, in: Lunapark 21/2009, 22–25 (22).

11 Young/Schuberth, The Global Financial Meltdown And the Impact of Financial Governance On Gender, in: Garnet Policy Brief, 2010, I.

12 Externalität ist der volkswirtschaftliche Begriff für jene Auswirkungen (wie z.B. die hier thematisierte Umweltverschmutzung), für die niemand bezahlt.

13 Raza, Politische Ökonomie und Natur im Kapitalismus, in: Brand/Raza (Hrsg.), Fit für den Postfordismus?, 2003, S. 158 (165).

Natur eine Akkumulationsstrategie¹⁴ und verschafft Raumgewinn im unternehmerischen Konkurrenzkampf. Gegenwärtig drängt sich die, in der neoliberalen Phase strategisch in die Peripherie verlagerte, umweltschädliche Produktion jedoch zurück auf die Bühne des Zentrums und manifestiert sich in einer allgemeinen – wenn auch durch die Lage im Weltsystem differenzierten – ökologischen Krise der fossilistischen Produktion. Klimawandel und die einhergehenden Überschwemmungen und Dürren verwüsten nicht nur Lebensgrundlagen und -realitäten von Millionen Menschen, sondern führen auch zu massiver Kapitalvernichtung.¹⁵ Seit der Krise des Fordismus Mitte der 1970er Jahre ist diese fossilistische Produktionsweise in der Krise und nur vermeintlich in den Jahrzehnten danach durch einen neuen Konsens der Förderung alternativer Energien überwunden. Dieser „suggerierte Konsens“, wie Hermann Scheer in seinem letzten Buch schrieb, „lenkt davon ab, dass die eigentlichen Konflikte erst begonnen haben, allerdings in veränderter Gemengelage [...]. Die praktische Ablösung atomarer und fossiler Energien betrifft unmittelbar die Struktur des etablierten Energiesystems, die eng mit den herrschenden Produktions- und Konsumbedingungen, Wirtschaftsordnungen und politischen Institutionen verwoben ist. Sie rührt unmittelbar an die Existenzinteressen der etablierten Energiewirtschaft, die der größte und vor allem politisch einflussreichste Sektor der Weltwirtschaft ist.“¹⁶

2. Gesellschaftliche Suchprozesse nach Entwicklungsweisen:

Krise neoliberaler Hegemonie

Bei den hier dargestellten Spannungsfeldern kapitalistischer Produktionsweise handelt es sich nicht um logische Widersprüche *des* Kapitalismus, sondern diese Spannungsfelder entstehen erst durch die Strategien und Handlungen von Akteur_innen und erhalten ihre Materialität durch routinierte Wiederholung. Gerade weil diesen durch menschliche Praxis ausgehärteten Widersprüchen ein bedeutendes Potential zur Krisenhaftigkeit und Instabilität innewohnt, die den kapitalistischen Anforderungen nach Planbarkeit, Reproduktion der menschlichen Arbeitskraft und Regeneration der Natur entgegenstehen, bedarf es zum Erhalt der vorherrschenden Produktionsweise der *Regulation*, d.h. eines institutionell-normativen Komplexes, welcher die Reproduktion der bestehenden Gesellschaft trotz ihrer Widersprüche zu gewährleisten sucht. Hegemonial gewordene Entwicklungsweisen (wie der Fordismus¹⁷ und der neoliberal

14 David Harvey fasst u.a. diese Strategie hinsichtlich der Naturverhältnisse als *Accumulation by Dispossession*, Harvey, *The new imperialism*, 2005.

15 Candeias, *Neoliberalismus, Hochtechnologie, Hegemonie*², 2009.

16 Scheer, *Der energetische Imperativ*, 2010, 15.

17 Unter Fordismus wird in der Regulationstheorie die Phase des Nachkriegskapitalismus in Europa und Nordamerika verstanden, die idealtypisch Massenproduktion und -konsumtion, ökonomisches Wachstum und Vollbeschäftigung kombinierte und auf einem weitreichenden sozialen Konsens zwischen den Kapitalfraktionen, den Gewerkschaften und dem Staat sowie institutionalisierten Mechanismen wie Korporatismus, dem Wohlfahrtsstaat und einer keynesianischen Wirtschaftspolitik beruhte. Mit dem Fordismus war ein Geschlechterregime verwoben, dass auf eine Hausfrauisierung zielte und als Male-Breadwinner-Model umschrieben wird.

geprägte Post-Fordismus)¹⁸ gewährleisten für eine bestimmte Zeit die Vereinbarkeit der Verhaltensweisen mit der Dynamik der kapitalistischen Produktion. In diesen Entwicklungsweisen werden die Widersprüche nicht aufgehoben, sondern finden eine Bewegungsform.¹⁹ Während kleine und zyklische Krisen noch innerhalb eines kapitalistischen Expansionsmodelles verarbeitet werden können, sind „große Strukturkrisen“ solche, welche die Herausbildung einer neuen Entwicklungsweise (etwa des Postneoliberalismus) anstoßen.

In der gegenwärtigen Weltwirtschaftskrise wird sichtbar, was schon viel früher begonnen hat: die Krise der neoliberalen Hegemonie und der mit ihr verbundenen Entwicklungsweise. Spätestens seit Ende der 1990er Jahre mit den beginnenden sozialen globalisierungskritischen Protesten, der Abwahl der neoliberalen und neokonservativen Orthodoxie²⁰ und der Übernahme der Regierung durch sozialistische Parteien in Lateinamerika geriet das bis dahin hegemoniale neoliberale Projekt in die Defensive. Es hatte den Markt zum regulativen Prinzip der Gesellschaft erkoren und damit alle gesellschaftlichen Bereiche einer Wettbewerbsrationalität unterworfen.²¹ Im Unterschied zum Fordismus sollte die Gesellschaft nicht standardisiert, sondern bis in die Kapillaren hinein in Basiseinheiten fragmentiert werden, die allesamt die Form eines Unternehmens annehmen sollten: von den Universitäten über die Krankenhäuser bis hin zu den Sozialverwaltungen. Konkrete neoliberale Regierungstechniken waren dabei die Herstellung von Investitionssicherheit, die politische Abschottung der Geldpolitik in unabhängigen Zentralbanken, ein fiskalisch nachhaltiges Schuldenmanagement, die Überwachung und Normalisierung aller Politiken unter der Marktperspektive, die Schwächung demokratischer Strukturen über die Verlagerung von wirtschaftspolitischen Entscheidungen in die Hände von „technokratischen Kadern“, die Etablierung eines Wettbewerbes der Rechtsordnungen²² sowie schließlich die Bevorzugung von Markteffizienz gegenüber Gleichheitspolitiken und sozialer Solidarität.²³

Die oben skizzierten multiplen Krisenprozesse kulminierten in der Weltwirtschaftskrise. Sie stellen die gesamte Lebens- und nicht nur Wirtschaftsweise in Frage: die Konsumnormen, das Geschlechterverhältnis, die postkoloniale Weltwirtschaftsordnung, die

18 Siehe für eine Definition im Folgenden.

19 Sablowski (Fn. 3), 116.

20 Die Ersetzung der Orthodoxie durch neoliberale Kräfte im sozialdemokratischen bzw. grünen Gewand deutet den Hegemonieverlust des Neoliberalismus an. Eine offene Politik der Umverteilung und Deregulierung nach dem Muster Reagan und Thatcher war nicht mehr mehrheitsfähig.

21 Foucault, Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik. Vorlesung am Collège de France 1978–1979, 2004, S. 173 ff.

22 Buckel/Oberndorfer, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbes der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie, in Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, 2009, 277.

23 Gill, European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe, in: New Political Economy 1998, 5–26, 16 ff.

kulturelle Hegemonie, die gesellschaftlichen Naturverhältnisse und die politische Institutionalisierung. Im Unterschied zum Fordismus ermöglichten die mit seiner Krise Mitte der 1970er Jahre einsetzenden Krisenlösungsstrategien keine stabile Reproduktion. Soziale und ökonomische Verwerfungen waren an der Tagesordnung. Die Krisenbearbeitung des Scheiterns der New Economy bereitete bereits die nächste Krise vor, und auch die aktuellen Reregulierungen haben zu keinen grundlegenden Veränderungen geführt.²⁴ Daran ändert auch die aktuelle wirtschaftliche Erholung nichts. Es fehlt ein neues Entwicklungsmodell, welches in der Lage wäre, sowohl die Überakkumulationskrise durch neue Investitionsstrategien zu überwinden als auch die konkurrierenden Hegemonieprojekte einzubinden. Der bisher einzige Ansatz dazu, der sog. New Green Deal hat bisher noch keinen wirklichen Bruch mit den überkommenen Verhältnissen vollzogen (vgl. dazu den Beitrag von Fütterer/Pichl, Juridikum).

Ein alternatives, gegenhegemoniales Projekt ist bisher sowenig erkennbar wie ein innerkapitalistisches Reformprojekt, welches eine stabile neue Gesellschaftsformation begründen könnte. Gleichzeitig hat der einst hegemoniale Diskurs allerdings unwiederbringlich an Überzeugungskraft verloren. Nach einer Umfrage des Meinungsforschungsinstituts Emnid für die Bertelsmann-Stiftung, einem maßgeblichen neoliberalen Think Tank, wünschen sich 88 % der Deutschen eine „neue Wirtschaftsordnung“. Der Kapitalismus Sorge weder für einen sozialen Ausgleich noch für den Schutz der Umwelt.²⁵ In einer österreichischen Umfrage hielten nur noch 41 % „die freie Marktwirtschaft für das beste System“. Ein Viertel der Befragten sprach sich sogar für die „Abschaffung des Kapitalismus“ aus.²⁶ Spätestens die Verdichtung unterschiedlicher Verwüstungstendenzen zur gegenwärtigen multiplen Krisenkonstellation (Weltwirtschaft, Naturverhältnisse, Reproduktion) hat den aktiven Konsens zum neoliberalen Projekt schwinden lassen. Die neoliberale Ideologie, ihre Apparate und Akteur_innen sind nur noch herrschend, aber nicht mehr führend.²⁷ Da weder die alte, neoliberale Rationalität mehr greift, obwohl ihre Akteure noch entscheidende gesellschaftliche Machtpositionen besetzen und sich daher auch in der Krise noch durchsetzen konnten, noch ein neues alternatives Projekt sich abzeichnet, finden die postneoliberalen Suchprozesse in einer höchst prekären Konstellation statt. Postoperaistische²⁸ Autor_innen sprechen daher vom Neoliberalismus als einem „Zombi“: „Zombies laufen umher und erzeugen entsetzliche Verwüstungen, aber in ihnen ist kein Leben mehr“, schreibt etwa Michael Hardt.²⁹ Die führende politische Klasse verfügt derzeit über keine produktiven Lösungen, auch nur

24 Sablowski (Fn. 3).

25 Spiegel-Online v. 18.8.2010.

26 IMAS-Umfrage, zitiert nach Die Presse v. 13.8.2010.

27 Gramsci, Gefängnishefte, Band 1 (1991), 354.

28 Operaismus bezeichnet einen marxistischen Theoriestrang, der die Arbeiter_innen-Kämpfe gegen die Lohn-Arbeit als zentrales Bewegungsmoment der Geschichte begreift. Der Postoperaismus steht in der Tradition des Operaismus, verbindet diesen allerdings mit poststrukturalistischen Ansätzen. Für eine Einführung siehe Birkner/Foltin, (Post-)Operaismus, 2006.

29 Interview mit Michael Hardt, „Wir müssen verstehen, wer der Feind ist“, in: Spiegel-Online, 24.3.2010.

einzelne Aspekte der multiplen Krise zu bearbeiten. Nichts bringt das besser auf den Punkt als die von der deutschen Bundeskanzlerin Angela Merkel in der Krise ausgegebene Parole: „Wir fahren auf Sicht!“³⁰

3. Postneoliberalismus

Mit dem aus der lateinamerikanischen Diskussion stammenden Begriff „Postneoliberalismus“ sollen jene Suchprozesse nach einer neuen Entwicklungsweise in den Blick genommen werden, welche es sich zur Aufgabe gemacht haben, die Folgen des neoliberalen Kapitalismus zu bearbeiten und Antworten auf die sich verschärfenden Widersprüche und Krisen zu entwickeln. Es geht daher nicht zentral um die Frage, ob bereits generell eine postneoliberale Epoche begonnen hat, sondern um die Untersuchung sich verschiebender Praxen: „[W]e propose to consider postneoliberalism as a perspective on social, political, and/or economic transformations, on shifting terrains of social struggles and compromises, taking place on different scales, in various contexts and by different actors.“³¹

Und obwohl der Ausbruch der Weltwirtschaftskrise noch nicht lange zurückliegt, lassen sich sogar in Europa bereits einige postneoliberale Momente feststellen. Die massiven Interventionen der Mitgliedstaaten zur Rettung des Bankensystems, Überwindung der sich ausbreitenden Kreditklemme und Wiederbelebung der Konjunktur,³² das befristete Aussetzen des neoliberal geprägten europäischen Beihilfenregimes durch die Kommission und die seither vorherrschende Niedrigzinspolitik der Europäischen Zentralbank verletzen nicht wenige Dogmen neoliberaler Wirtschaftstheorie.³³ Dass es mittlerweile so scheint, als wären die europäischen Politiken wieder auf neoliberalen Kurs – man denke nur an die Bearbeitung der „Griechenlandkrise“, die Verschärfung des Stabilitätspaktes oder an den Umstand, dass unter Wirtschaftsregierung heute nur mehr eine Überwachung der Wettbewerbsfähigkeit diskutiert wird – ist keine Gegenthese zur postneoliberalen Konstellation. Auch in der beginnenden Krise des Fordismus gegen Ende der 1960er-Jahre vollzog sich zunächst eine Intensivierung der bis zu diesem Zeitpunkt hegemonialen Regulationsmodi: Der Keynesianismus kam erst gegen Ende seiner Hegemonie zur vollen Entfaltung. Der entscheidende Grund hierfür liegt darin, dass die Hegemonie bestimmter Vorstellungen keine „bloße Ideologie“ ist, sondern sich in gesellschaftlichen Praxen, Institutionen und Subjekten materialisiert. Auch das Evidentwerden einer gigantischen Überakkumulationskrise, in der das Kapital keine ausreichenden profitablen Anlagemöglichkeiten mehr findet, ändert diese Vorstellungen nicht von heute auf morgen. Vielmehr müssen diese in langwierigen kollektiven Lernprozessen

30 Die Presse v. 15.11.2009.

31 Brand/Sekler, Postneoliberalism: Catch-all Word or Valuable Analytical and Political Concept?, in: Brand/Sekler (Hrsg.), Postneoliberalism – A Beginning Debate. Development Dialogue, 2009, S. 5 (6).

32 Für eine umfassende Zusammenstellung vgl. Roth, Die globale Krise (2009), S. 62–118.

33 Keßler/Dahlke, Die Auswirkungen der Finanzkrise auf das europäische Beihilfenrecht, EWS 2009, S. 79.

sen überschrieben werden. Dies gilt umso mehr, wenn starke Kräfte der „alten Ordnung“ an ihnen festhalten.

Welche Bearbeitungs- bzw. Entwicklungsweise auf strukturelle Krisen folgt, ist allerdings keineswegs sicher, sondern Gegenstand von sozialen Auseinandersetzungen und Kämpfen. Dass solche Krisen eher selten die Kräfteverhältnisse zugunsten emanzipativer Kräfte verschieben, zeigt nicht zuletzt die Faschisierung Europas in den 1930er Jahren. Mit dem Begriff Postneoliberalismus sollen daher keineswegs ausschließlich emanzipative Suchprozesse nach einer gegen-hegemonialen Entwicklungsweise oder gar einer post-kapitalistischen Produktionsweise in den Blick genommen werden. Vielmehr gilt es, auch die herrschaftsförmigen Projekte, Neuformierungen und Fragestellungen zu beleuchten, welche sich zur Rettung des Kapitalverhältnisses auf die Suche nach einem neuen Entwicklungsmodell gemacht haben.

4. Postneoliberale Rechtsordnung: eigenständiger Ort gesellschaftlicher Hegemonieproduktion

Die krisenhaften gesellschaftlichen Veränderungen schlagen sich nicht unmittelbar im Recht nieder, sondern in koevolutiven und eruptiven Prozessen, die jeweils über die eigene Grammatik des Rechts vermittelt sind. Es kann daher nicht nur zu zeitlichen Verzögerungen und Asymmetrien kommen, sondern vor allem zu ganz eigenen rechtlichen Entwicklungen innerhalb des jeweiligen gesellschaftlichen Kontextes. Das Recht ist ein eigenständiger Ort der Organisation von Hegemonie, ein besonderes Terrain von Auseinandersetzungen. Dieses Terrain wollen wir mit den folgenden zwölf Beiträgen, die über beide Zeitschriften verteilt sind, ausleuchten.

Die Beiträge zeigen, dass sich die neoliberale Hegemonie in den nationalen, regionalen und globalen Ordnungsmustern je spezifisch kontextualisiert hat und daher jeweils spezifische Gegenstrategien zu entwickeln sein werden.

Eine im Schwerpunkt regionale Perspektive nimmt der Beitrag von *Jonas Wolff* (KJ) ein, der die Herkunft des Konzeptes des Postneoliberalismus entlang der Verfassungen von Bolivien und Ecuador untersucht und die widersprüchlichen Entwicklungen der Schaffung einer solidarischen Wirtschafts- und Eigentumsordnung, einer grundlegend neuen Lebensweise und partizipativer Demokratie in diesen beiden Ländern, auch unter Einbeziehung regionaler Wirtschaftsentwicklungen skizziert. *Christian Joerges* (KJ) widmet sich der entwickelten Wirtschaftsregion Europa. Er zeigt, wie sich die neoliberale Hegemonie in der Form des Ordoliberalismus in besonderer Weise zur Legitimierung und Orientierung des Integrationsprojekts eignet, und er lenkt den Blick darauf, dass auch im europäischen Recht Strategien zur nachholenden Politisierung und sozialen Rückbindung der europäischen Wirtschaftsverfassung Not tun. Dass es hierbei völlig unzureichend ist, rein formale Antidiskriminierungsnormen zu erlassen, wenn diese keine partizipatorische Dimension erhalten, beschreibt *Gabriele Wilde* (juridikum) in ihrem Beitrag zur europäischen Regulation der Geschlechterverhältnisse über das Anti-

Diskriminierungsrecht. *Eva Kocher* (juridikum) analysiert sodann das europäische Arbeitsrecht anhand der Tarifautonomie und zeigt auf, dass die Kampffelder im Hinblick auf das Recht auf Partizipation nicht auf formaldemokratische Verfahren der Parlamentarisierung beschränkt werden dürfen, sondern transnationale Formen gerade auch der europäischen Tarifautonomie einzubeziehen sind.

Jenseits nationaler und regionaler Ausprägungen hat sich der Neoliberalismus in einer Weltwirtschaftsverfassung Bahn gebrochen, die in ihrer programmatischen Ausrichtung auf freie Märkte, Wettbewerb und den Abbau staatlicher Interventionen maßgeblich zur Verstärkung der Krise beigetragen hat. Der Beitrag von *Markus Krajewski* (KJ) zeichnet dies pointiert nach und weist zugleich auf politisierbare offene Rechtsbegriffe, die semantisch nicht auf eine neoliberale Programmatik festgelegt sind und bei denen es sich lohne, in postneoliberaler Absicht die Kämpfe um eine sozial responsive Lesart des Wirtschaftsrechts aufzunehmen und die Wirtschaftsrationalität an das Andere der Weltgesellschaft rückzubinden. Wie eruptiv und unberechenbar solche Kämpfe um die Weltrechtskreation ausfallen können und welche Dramatik die Kollision wirtschaftlicher und sozialer Rechte in der Weltgesellschaft annehmen kann, zeigt *Thore Prien* (juridikum) in seinem Beitrag zum Landgrabbing – die im Zeichen des Privateigentums und des Investitionsschutzes vorgenommene Aneignung peripheren Landes durch private und staatliche Akteure. Welche Rolle in diesen Kämpfen die globalen sozialen Rechte haben können, wird von *Kolja Möller* (juridikum) aus theoretischer und *Miriam Saage-Maaß* sowie *Wolfgang Kaleck* (juridikum) aus einer kritischen rechtspraktischen Perspektive ausgelotet. Beide Texte widmen sich der zentralen emanzipatorischen postneoliberalen Strategie der Aktivierung sozialer Rechte. Dass es hierbei nicht genügen wird, die Gegenstrategien auf leichte Korrekturvorschläge, die meinen, auf strukturelle Veränderungen verzichten zu können, zu reduzieren, zeigen die beiden Beiträge zum ‚New Green Deal‘ auf der einen und zum ‚Neuen Konstitutionalismus‘ auf der anderen Seite. Während *Michael Fütterer* und *Max Pichl* (juridikum) den gesellschaftlichen Naturverhältnissen im Recht nachspüren und dabei kritisieren, dass die Konzeption des ‚New Green Deal‘ als postneoliberale Strategie zu wenig Gewicht auf die Entwicklung eines emanzipativen Potentials legt, kritisieren *Oliver Eberl* und *Florian Rödl* (KJ) aus demokratietheoretischer Perspektive den sogenannten Neuen Konstitutionalismus des transnationalen Rechts und konfrontieren diesen auf der Suche nach einer emanzipatorischen Alternative mit den normativen Konzepten radikaler Demokratie. Beide Kritiken verweisen darauf, dass die Überwindung der neoliberalen Hegemonie an und in den stahlharten Gehäusen neoliberaler Hörigkeit ansetzen muss, aber dabei auf das Selbstkontinuierungsinteresse dieser eingerichteten und ausgeübten Institutionen des Neoliberalismus zugunsten einer radikaldemokratischen und radikalemanzipatorischen Weltrechtspolitik keine Rücksicht nehmen darf.

In einer Gesamtschau der Texte wird deutlich, dass die identifizierten neoliberalen Elemente innerhalb der Rechtsordnungen eindeutig überwiegen. Post-neoliberale Strategien oder gar schon deren Verfestigungen im Recht sind noch relativ rar – so das momen-

tane Zwischenfazit unseres Experiments. „Selbst wenn [die Philosophie] ihren Flug bei hereinbrechender Dämmerung beginnt,“ so Althusser's Interpretation der Hegelschen Metapher vom Flug der Minerva, „gehört sie noch zum Tage, und zwar zum heutigen Tage. Sie ist nur die Selbstreflexion der Gegenwart, die Reflexion des Beisichselbstseins des Begriffs: das Morgen ist ihr von ihrem Wesen her verschlossen.“³⁴ Es geht um das Heute, das Hier und Jetzt. Die Art und Weise, wie wir die vergangene Gesellschaft analysieren, sagt etwas über die heutigen Verhältnisse aus, aber – und das wäre hinzuzufügen – dabei ist die Analyse der Gesellschaft immer schon Moment ihrer Veränderung, ihrer Zukunft, über die wir noch nichts wissen können. Wir hoffen, mit dem vorliegenden Ergebnis grenzüberschreitender Kooperation einen solchen Reflexionsanstoß zu liefern: eine kritische Intervention, welche die relative Eigenständigkeit rechtlicher Suchprozesse ernst nimmt und das Nachdenken über emanzipative Formen der Vergesellschaftung anregen will.

Dr.ⁱⁿ Sonja Buckel arbeitet als Wissenschaftlerin am Frankfurter Institut für Sozialforschung und führt dort ein DFG-gefördertes Forschungsprojekt zur Europäisierung der Migrationskontrolle durch. Forschungsschwerpunkte: Staats- und Rechtstheorie, Europaforschung; s.buckel@soz.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano lehrt Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen, ist geschäftsführender Direktor des Zentrums für europäische Rechtspolitik und Leiter zweier Forschungsprojekte am Sonderforschungsbereich Staatlichkeit im Wandel; fischer-lescانو@zerp.uni-bremen.de

Lukas Oberndorfer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Abteilung EU & Internationales der AK Wien und Redakteur des *juridikum*. Er arbeitet zu einer kritischen Theorie & Empirie der europäischen Integration, des Europarechts und der industriellen Beziehungen auf transnationaler Ebene; lukas.oberndorfer@univie.ac.at

34 Althusser, *Das Kapital* lesen, Band 1, 1972, S. 124f.

Landgrabbing – Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung?¹

Thore Prien

Landgrabbing – große Flächen Landes in den least developed countries (LDC's) werden über lange Jahre gepachtet, um dort landwirtschaftliche Produkte zur Ernährung oder zur Herstellung von Biotreibstoff herzustellen. Bisher sind vor allem Fälle ins Licht gerückt, in denen China und die Golfstaaten – oftmals mediatisiert durch staatlich gelenkte Konzerne – mit Regierungen afrikanischer Staaten Verträge aushandelten. Aber auch Indien, Südkorea sowie europäische und US-amerikanische Investoren zeigen sich zunehmend engagiert, ebenso wie lateinamerikanische und asiatische Böden Ziel des Landgrabbing werden. Fast täglich gibt es neue Meldungen über Vereinbarungen und Verträge dieser neuen Landnahme² – „diplomats and investors hop around from country to country searching for new farm land to can call their own“³.

In marxistischer Lesart ließe sich das Landgrabbing auf den Nenner einer kapitalistischen Landnahme bringen, mit welcher der Kapitalismus auf Probleme der Überakkumulation mit raum-zeitlichen Verschiebungen und Fixierungen reagiert, die mit Vereinnahmung eines Außen einhergehen.⁴ Fast möchte man staunen, wie präzise sich diese Annahme bestätigt: Landgrabbing bedeutet genau diese räumliche Fixierung, die mit zeitlicher Bindungen durch lange Pachtverträge einhergeht und hegt schließlich durch die Nutzung angeblich überschüssigen Landes ein Außen des Kapitalismus ein. Die jüngste Explosion des Landmarktes samt des rastlosen Treibens der Diplomaten und Investoren zeigt, wie sich diese Akkumulation durch Enteignung⁵ im Zuge der *multiplen Krise*⁶ der neoliberalen Regulation weiter verschärft. Diese Krise drängt zur Frage, wie

1 Für hilfreiche Kommentare danke ich Andreas Fischer-Lescano und Lukas Oberndorfer.

2 Die Seite www.farmlandgrab.org/ bietet ein tägliches Update des Geschehens.

3 GRAIN, Seized! The 2008 land grab for food and financial security, www.grain.org/briefings/?id=212, S. 6 (abgerufen am 4.10.2010)

4 Vgl. Harvey, *Der neue Imperialismus*, 2005, S. 95ff. Dazu und zur kapitalistischen Landnahme insgesamt aufschlussreich: Dörre, *Soziale Klassen im Prozess kapitalistischer Landnahme*, in: Bude/Damitz/Koch (Hrsg.), *Marx. Ein toter Hund. Gesellschaftstheorie reloaded*, 2010, S. 198–236.

5 Vgl. Harvey, (FN 4), 136ff.

6 Zur multiplen Krise: Brand, *Die Multiple Krise. Dynamik und Zusammenhang der Krisendimensionen, Anforderungen an politische Institutionen und Chancen progressiver Politik*, www.boell.de/downloads/internationalepolitik/multiple_krisen_u_brand_1.pdf (abgerufen am 4.10.2010). Zu einer frühen „multiplen“ Krisendiagnose mit Blick auf verschiedene Krisendimensionen: Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973.

die hier zusammenkommenden Widersprüche⁷ und Konflikte die Regulationsweise des Postfordismus verändern. Die vorsichtige Diskussion über ein Ende der neoliberalen Hegemonie und einen im Entstehen begriffenen Postneoliberalismus hat jedenfalls begonnen⁸. Im Folgenden will ich anhand der rechtlichen Einhegung des Landgrabbing fragen, ob die in der Krise brüchig gewordene Hegemonie des Neoliberalismus eine postneoliberale Perspektive, verstanden „as a perspective on social, political and/or economic transformations, on shifting terrains of social struggles“⁹, entstehen lässt. Dabei will ich zunächst das Landgrabbing als Verschärfung der neoliberalen Regulationsweise verorten und zugleich seine desaströsen Folgen beleuchten (1.), um dann aus systemtheoretischer Sicht eine mögliche Deutung der Funktion des Weltrechts, in das die Verträge des Landgrabbing verwoben sind, vorzuschlagen (2.), die immerhin noch eine widerspenstige Offenheit des Rechts als plausibel bestehen lässt, in der im Sinne neu umkämpfter Terrains tatsächlich von einer postneoliberalen Rechtsordnung die Rede sein kann (3.).

1. Landgrabbing: Ein Anziehen der neoliberalen Schraube

Die Explosion des Landmarktes in den afrikanischen Ländern geschieht nicht unvorbereitet. Während etwa Brasilien und einige asiatische Staaten in ihren Verfassungen Vorkehrungen getroffen haben, die Landgrabbing zumindest erschweren, scheint die Gesetzgebung das Land der meisten afrikanischen Staaten für den Zugriff ausländischer Investoren regelrecht maßzuschneidern. Im Landgrabbing setzt sich nicht nur die neoliberale Global Governance samt der rechtlichen Konstitutionalisierung der Weltökonomie¹⁰ fort, mehr noch, es ist gewissermaßen eine Verschärfung der neoliberalen Regulation. Für die afrikanischen Staaten, deren Land jetzt zum Objekt des Landgrabbing wird, beginnt der Einbruch der neoliberalen Governance in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts mit den zunehmenden Aktivitäten der internationalen Finanzinstitutionen IWF und Weltbank.¹¹ Der in diesen Ländern ausgemachte Mangel an Regierung erlaubt – gramscianisch gesprochen – eine erneute passive Revolution.¹² Entscheidend ist hier die Kreditvergabe durch Banken und den IWF an die Länder des Südens,

7 Zu den verschiedenen Widersprüchen neoliberaler Globalisierung: Bieling, Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung- Staatstheoretische Reflexionen aus der Perspektive einer-neo-gramscianisch Internationalen Politischen Ökonomie, in: Buckel/Fischer-Lescano, Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, 2007, S. 143–160, hier: S. 156ff.

8 Siehe: Brand, Post-Neoliberalismus und der Staat. Zur aktuellen Debatte, in: Widerspruch, „Staat und Krise“, Dezember 2009, S. 93–102; sowie die Beiträge in: Brandt/Sekler (Hrsg.), development dialogue, no 51/january 2009, Postneoliberalism – A beginning Debate, www.dhf.uu.se/publications/development-dialogue/postneoliberalism-a-beginning-debate/ (abgerufen am 4.10.2010).

9 Brandt/Sekler, Postneoliberalism: catch all word or valuable analytical and political concept? Aims of a beginning debate, in: Dies.(FN 6), S. 5–13, hier: S. 6.

10 Vgl. Bieling (FN 7).

11 Vgl. Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, 2005, S. 245ff.

12 Vgl. Adolphs/Karakayali, Die Aktivierung der Subalternen – Gegenhegemonie und passive Revolution, in: Fischer-Lescano/Buckel (FN 7), S. 121–140.

die damit gewissermaßen als „Abfluss“ für überschüssiges Kapital zur Verfügung stehen¹³. Gleichzeitig ermöglichen die durch diesen Kredit entstandenen Schulden dem IWF, mit den strukturellen Anpassungsprogrammen ein Instrument zu initiieren, durch das diese Staaten vollständig in den Prozess des Kapitalkreislaufs aufgesogen werden. Weltbank und IWF „have in effect become managers of economic policies of the vast majority of developing countries“¹⁴ und treten von da an als moderne, disziplinierende¹⁵ Priester¹⁶ auf, in deren Predigten über Währung, Wachstum und Good Governance die Bevölkerungen der LDC's nur mehr als objektivierbare Problemlagen auftauchen¹⁷. Genau hier setzen die Landreformen, ohne die das Landgrabbing heute nicht möglich wäre, als Projekt der neoliberalen Rechtsordnung ein. Die Weltbank sieht für Fortschritt und Wohlstand die Schaffung eines Investitionsklimas in den afrikanischen Staaten als unabdingbar an, welches „gesicherte und handelbare Rechte an Land und Wasser“¹⁸ umfasst. Für diese Strategie stellt aber die bis dahin in den meisten afrikanischen Staaten herrschende gewohnheits- und gemeinschaftsrechtliche Nutzung des Landes durch Kleinbauern und Hirten ein Problem dar. So „waren in West- und Zentralafrika Ende der 1990er Jahre schätzungsweise mehr als 90 % des Landbesitzes nicht schriftlich dokumentiert und unterlagen (...) Gewohnheits- beziehungsweise Gemeinschaftsrecht“¹⁹. Die Weltbank hat seit Beginn der 90er Jahre Landreformen der einzelnen Staaten auf den Weg gebracht, die auf die Schaffung privatwirtschaftlich nutzbarer Landrechte²⁰ abzielen. Zwar beeinflussen die je besonderen Interessengruppen und Konflikte in den einzelnen Staaten, wie etwa die von den Reformen oftmals profitierenden nationalen Eliten²¹, den Gang der Landreformen. Die Empfehlungen der Weltbank führen aber durchweg zu neoliberalen Ergebnissen²². Besonders augenfällig wird die Wirkung des

13 Harvey (FN 4), S. 118f.

14 Anghie (FN 11), S. 259.

15 Zur Disziplinierung durch SAPs am Beispiel Mosambiks: Macamo, *The hidden side of modernity in Africa – Domesticating savage lives*, in: Costa/Domingues/Knöbl/da Silva (Hg.), *The Plurality of Modernity. Decentring Sociology*, 2006, S. 161–179.

16 Für den IWF: Teivainen, *Globalisierung der ökonomischen Überwachung. Der internationale Währungsfonds als moderner Priester*, in: Randeria/Eckert (Hg.), *Vom Imperialismus zum Empire*, 2009, S. 105–136.

17 Paradigmatisch am Beispiel Ägyptens: Mitchell, *Das Objekt der Entwicklung*, in: Randeria/Eckert (FN 16), S. 163–207.

18 *The World Bank, Agricultural Growth for the Poor: An Agenda for Development*, 2005, S. 77, zit. n. Hoering, *Agrar-Kolonialismus in Afrika*, 2007, S. 82.

19 Hoering (FN 18), S. 83.

20 Zwar hat die Weltbank inzwischen in ihrem Schrifttum Gewohnheitsrechte auf Land anerkannt, geht aber dennoch davon aus, dass sich die Gemeinschaftsrechte schließlich zu Landmärkten entwickeln. So findet sich im *World Bank Working Paper No. 71 “Consensus, Confusion and Controversy. Selected Land Reform Issues in Sub-Saharan Africa”* nach einer anerkennenden Diskussion tradierter Gemeinschaftsrechte der Satz: “We have argued that in many countries, land markets – as they are currently designed – cannot be counted on to redistribute land from the rich to the poor. That, however, does not mean that land markets should not play a far greater role in land reform than they often do now”, ebd. S. 43.

21 Siehe statt aller: Moyo, *African Land Questions, Agrarian Transitions and the State. Contradictions of Neo-Liberal Land Reforms*, 2008.

22 Vgl. Moyo/Yeros, *The Resurgence of Rural Movements under Neoliberalism*, in: Dies. (Hrsg.), *Reclaiming the Land. The Resurgence of Rural Movements in Africa, Asia and Latin America*, 2005, S. 8–64 und H. Bernstein, *Rural Land and Land Conflicts in Sub-Saharan Africa*, in: ebd., S. 67–101.

neoliberalen Projekts dort, wo afrikanische Staaten das Gewohnheitsrecht von Kleinbauern und Hirten in ihrer Verfassung verankern wollen, damit aber auf den Widerstand der Weltbank stoßen: “The Mozambican Land Law, for instance, internationally well-known for recognizing customary land rights and for being one of the most advanced laws in protecting the land rights of rural communities, is currently facing strong pressures for reform. This is due to the fact that some influential actors find it insufficient for policies aimed at fostering agricultural investment as laid down in the current poverty reduction strategy (...) with the support of the donor community”²³.

Die aktuelle Krise lässt die Weltbank das Tempo, mit dem der Landmarkt der Boden bereitet werden soll, noch verschärfen. Die Änderung staatlichen Landrechts zugunsten der Möglichkeit privater Investitionen ist wesentlicher Bestandteil der Strategie der Bank zur Bekämpfung der Nahrungskrise in Afrika. So hat etwa die International Financial Corporation (IFC), Tochtergesellschaft der Weltbank für den privaten Investitionssektor, verkündet, sie habe Sierra Leones Landrecht ändern können, um Investitionen zu erleichtern.²⁴ Schließlich fädelt Weltbank und IFC – teilweise noch unterstützt durch die Food and Agriculture Organisation der UNO (FAO) – selbst Landdeals ein. Sie fungieren als „Grundstücksmakler im Helfergewand“²⁵.

Die durch diese neoliberale Rechtsordnung hergestellten „business enabling environments“ der afrikanischen LDCs locken nun drei verschiedene Sorten von Investoren an²⁶:

- Zunächst hat die Finanzkrise gepaart mit der ökologischen Krise die Regierungen einiger Staaten skeptisch über die Fähigkeit des Weltmarktes werden lassen, die Ernährung ihrer Bevölkerung zu gewährleisten. Diese Regierungen versuchen, entweder direkt oder mittels großer im jeweiligen Staat ansässiger Konzerne, auf dem sich aufbauenden globalen Landmarkt zuzugreifen und ihre Lebensmittelproduktion durch lang befristete Pachtverträge mit anderen Staaten zu sichern. Die Aktivitäten dieser „foodinsecure“ governments²⁷ schlagen mit beeindruckenden Hektarzahlen zu Buche: China hat mutmaßlich 2,8 Millionen Hektar in der Demokratischen Republik Kongo erworben, um dort die weltgrößte Ölpalmenplantage zu betreiben. Libyen hat zur Reisproduktion 100.000 ha in Mali gepachtet. Südkorea hat 690.000 ha im Sudan zum Weizenanbau erworben. Die Vereinigten Arabischen Emirate haben in mehr als 400.000 ha investiert, um Mais, Alfalfa, Weizen, Kartoffeln und Bohnen

23 Graham/Aubry/Künemann/Monsalve Suárez (FIAN), Land Grab Study, CSO Monitoring 2009/2010 „Advancing African Agriculture“ (AAA): The Impact of Europe’s Policies and Practices on African Agriculture and Food Security, www.fian.org/resources/documents/others/report-on-land-grabbing, S. 55. (abgerufen am 4.10.2010)

24 GRAIN (FN 3), S. 8 m.w.N.

25 Fritz, Peak Soil. Die globale Jagd nach Land, 2009, S. 66, mit weiteren Beispielen. Vgl zur Rolle von Weltbank und IFC auch: Daniel/Mittal (Oakland Institute), The Great Land Grab. Rush for world’s farmland threatens food security for the poor, www.oaklandinstitute.org/pdfs/LandGrab_final_web.pdf, S. 6. (abgerufen am 4.10.2010)

26 Zur nun folgenden Unterscheidung: Vgl. den einflussreichen Report der NGO GRAIN (FN 2), der wesentlich dazu beitrug, das Thema auf die globale Agenda zu setzen.

27 GRAIN (FN 3), S. 2.

anzubauen. Ägypten hat sich eine annähernd gleich große Fläche zum Weizenanbau gesichert. Saudi Arabien soll Presseberichten zufolge im Begriff sein, 500.000 ha in Tansania zu pachten.²⁸

- Die zweite Art der Landgrabber folgt weniger einer politischen denn einer wirtschaftlichen Agenda. Hier ist nicht Ernährungssicherheit eigener Bevölkerungen die treibende Motivation, sondern die wohlkalkulierbare Chance auf Gewinne. Zunächst schlagen Investitionen von Konzernen der Bio-Treibstoff- und Lebensmittelindustrie zu buche, die, statt auf das Angebot des Weltmarktes zu warten, das Land pachten, auf dem die Waren dann wachsen – so hat z.B. die „bayerische Acazis AG (früher Flora Eco-Power) (...) in Äthiopien 56.000 Hektar für die Produktion nachwachsender Rohstoffe gepachtet“²⁹, und – noch als Flora Eco-Power – sich zuvor bereits über 20.000 Hektar für die Produktion von Biotreibstoff in Äthiopien und Madagaskar gesichert.³⁰
- Doch gegenüber diesen Konzernen ist, drittens, „the troubled finance industrie (...) the one taken a bigger bite“³¹. Die Finanzindustrie sieht, dass im Zuge der Verschärfung ökologischer Probleme landwirtschaftlicher Boden Rendite verspricht. Die Ernährungskrise findet ihren Widerhall in den Aussichten der Finanzmärkte³² und “translates into forecasts of tight markets, high prices and pressure to get more from the land”³³ – beispielsweise betreibt die Deutsche Bank zwei Fonds „devoted to investments in global agriculture. Its DWS Global Equity Agribusiness Funds was launched in 2006 and invests in companies that stand to benefit from increasing demand for food commodities“³⁴.

Während Weltbank, FAO aber auch die Europäische Union und die deutsche Regierung solche Zahlen als win/win-Situation interpretieren, die in einer glücklichen Zukunft auch die Menschen der afrikanischen Staaten erreichen wird, hat sich für die vom Landgrabbing Betroffenen eine massive Bedrohungslage bereits jetzt eingestellt:

- Es ist zu massiven Vertreibungen gekommen. Besonders indigene Hirtenvölker und Kleinbäuer_innen sind durch das Landgrabbing buchstäblich enteignet worden und werden nun wie Squatter behandelt. Nach Schätzungen des United Nations Permanent

28 Vgl. De Schutter, Large-scale land acquisitions and leases: A set of core principles and measures to address the human rights challenge, www.ohchr.org/english/issues/food/docs/BriefingNotelandgrab.pdf, S. 3 (FN 3–7). (abgerufen am 24.11.2006)

Für eine komplette Aufstellung staatlicher und privater Landgrabbing Unternehmungen (Stand 2010) siehe: Graham/Aubry/Künnemann/Monsalve Suárez (FIAN) (FN 20), S. 75–115.

29 „Landnahme“ in Afrika auch durch deutsche Firmen“, in: taz vom 30.8.2010.

30 Graham/Aubry/Künnemann/Monsalve Suárez (FIAN) (FN 23), S. 93.

31 GRAIN (FN 3), S. 7.

32 “The food crisis as well as the price hike of commodities also offer new opportunities for financial speculation. These developments may stabilize the neoliberal financial system for a while, until the bubble bursts again“, notiert Altvater, The failure of neoliberalism in the financial market crisis, in: Brandt/Sekler (FN 5), S. 73–86, hier: S. 84. Neben dem Handel mit CO₂ Emissionen ein weiterer Hinweis auf die schöpferische Kraft des Kapitalismus, die von Hayek so bewundert (ebd.).

33 GRAIN (FN 3), S. 7.

34 Graham/Aubry/Künnemann/Monsalve Suárez (FIAN) (FN 22), S. 93.

Forum on Indigenous Issues sind allein wegen des für Bio-Treibstoff gehandelten Landes die Landrechte von weltweit 60 Millionen Menschen in Gefahr.³⁵

- Weitere Staaten werden ihre Ernährungssicherheit verlieren; die für die Landwirtschaften vieler afrikanischer Staaten unverzichtbare kleinbäuerliche Produktion wird dramatisch abnehmen. Durch das Landgrabbing wird der Hunger weiter zunehmen.
- Schließlich befördert das Landgrabbing das Ausmaß der ökologischen Katastrophe, die die soziale des Hungers noch verstärkt. Mit dem Landgrabbing wird ein „Watergrabbing“ einhergehen, dass die bereits herrschende Wasserknappheit in vielen Ländern noch verstärken wird.³⁶ Zudem folgt die Empfehlung von Weltbank und FAO der Annahme, dass es zu bewirtschaftendes Land im Überschuss gibt, während realistischere und kritischere Stimmen in Analogie zum Peak-Oil längst von einem Peak-Soil ausgehen.³⁷ Auf lange Sicht unbrauchbare Böden sind die Folge dieser Überlastung des Bodens.

Angesichts dieser Bedrohungslage, die eine Zustimmung der betroffenen Bevölkerung zu dieser angeblichen win/win Situation sehr unwahrscheinlich macht, verwundert es nicht, dass die Verträge, mit denen das Landgrabbing zustande kommt, meist klandestiner Natur sind. So sind etwa die Details des Vertrages, mit dem sich Katar 2008 in Kenia 40.000 Hektar Land gegen die Zusage eines 2,5 Milliarden teuren Ausbaus eines Hafens sichert, nicht einmal den Ministern der kenianischen Regierung bekannt³⁸ und auch in den Staaten, die für die Verträge mit Transparenz und Einbeziehung der betroffenen Zivilgesellschaft werben, ist diese demokratische Tugend meist nur Lippenbekenntnis.³⁹ Doch auch ohne demokratische Legitimation können die Akteure des Landgrabbing sich auf die Rechtsordnung der Weltgesellschaft verlassen: Die Verträge des Landgrabbing gelten.

2. Funktion und widerständige Offenheit des Weltrechts

Bei aller Mitwirkung des global ausdifferenzierten Rechtssystems an den ungerechten Verhältnissen nehmen Stimmen kaum wunder, die das Recht gar als „principal language in which domination is coming to be expressed in the era of globalisation“⁴⁰ sehen. Und dennoch bleibt denen, die beim Landgrabbing im Dunkeln stehen, nichts als eben Recht einzufordern⁴¹, wohl wissend, „dass mit der Forderung nach Rechten nichts Geringeres

35 Daniel/Mittal(Oakland Institute) (FN 25), S. 6.

36 Vgl. Andrews, Das versteckte Water Grabbing, in: Inkota-Brief Juni. Zeitschrift zum Nord-Süd-Konflikt und zur konziliaren Bewegung, Juni 2010, S. 18–19.

37 Fritz (FN 25).

38 Vgl. FIAN (FN 21), S. 19.

39 Für Mosambik: „Die Gemeinden werden nicht angehört“. Ein Gespräch mit Issufo Tankar über die Landnahme in Mosambik und Gesetze, die nur auf dem Papier gut sind, in: Inkota-Brief (FN 36), Juni 2010, S. 12–13.

40 Chimni, Third World Approaches to international Law: A Manifesto, in Anghie/Chimni/Mickelson/Okafor (Hrsg.), The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization, 2003, S. 47–75, hier: S. 47.

41 „Wenn im Zeitalter der Globalisierung“, so Shalini Randeria, „(...) politische Gewalt durch rechtliche ersetzt worden sei, dann artikuliert sich auch der Widerstand dagegen in der Sprache des Rechts“, Randeria, Transnationalisierung

in Anschlag gebracht wird, als ausgerechnet ein wesentliches Strukturprinzip kapitalistischer Gesellschaften⁴².

Doch immerhin zeichnet sich das Medium des Rechts durch einen „Aufschub, eine Verzögerung und Erschwerung des Durchgriffs unmittelbarer Machtansprüche seitens des politischen oder ökonomischen Systems“⁴³ aus. Die Widerständigkeit des Rechts gegen Durchgriffe von Wirtschaft und Politik hat dabei je einen historischen Kern, den nur emanzipatorische Kämpfe, die sich der Sprache des Rechts bedienen, freilegen können. Mit systemtheoretischen Annahmen lässt sich nun zeigen, dass diese Widerständigkeit auch mit den in ihrer Entstehungsgeschichte eher korrupten Verträgen des Landgrabbing in das Recht der Weltgesellschaft gelangt. Landgrabbing, so muss zunächst unterstellt werden, ist auf die strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht in Gestalt des Vertrages angewiesen. Der strukturellen Kopplung ist Erfolg aber nicht im luftleeren Raum beschieden: Die Verträge erlangen als Recht nur Geltung, indem sie sich auf das Recht der Weltgesellschaft beziehen. Damit sind sie an Funktion und Erwartungsstrukturen des fragmentierten Weltrechts in ihren verschiedenen Dimensionen gebunden – selbst wenn als Vertragspartner zwei Staaten auftreten und die Sache wie eine schlichte bilaterale Regelung aussieht.

Die These für dieses Weltrecht ist, dass „lokal, national oder regional segmentiertes Recht einerseits und Weltrecht andererseits (...) nicht funktionsäquivalent“⁴⁴ sind. Während das nationalstaatlich verfasste Recht mit der Funktion des Stabilisierens normativer Erwartungen gut zu beschreiben war, scheint diese Beobachtung für das Recht der Weltgesellschaft nicht länger passend. Luhmanns Beobachtung ist, dass die Weltgesellschaft „sich in primär kognitiven Erwartungseinstellungen“⁴⁵ konstituiert. Das entstehende Recht der Weltgesellschaft kann dann nur mehr – allein da Gesellschaft Ausdifferenzierungen nur dann ermöglicht, „wenn sie einen funktionalen Bezug auf Probleme des Gesellschaftssystems bewahren“⁴⁶ – seinen Bezug zur Weltgesellschaft aufrecht erhalten, „wenn sich das Recht primär auf das *Problem der kognitiven Erwartungen bezieht*“⁴⁷, wenn es also „auf die sehr hohe Komplexität in der Weltgesellschaft besser durch Lernprozesse als durch kontrafaktisches Festhaltenwollen an vorgegebene Erwartungen reagiert“⁴⁸.

des Rechts und der „listige Staat“ in Indien: zivilgesellschaftlicher Widerstand gegen die Privatisierung öffentlicher Güter, in: Dies./Eckert (FN 16), S. 211–236.

42 Buckel, Das Recht ist ein vertracktes Ding. Paradoxe Potenziale einer politischen Strategie der Rechte, in: Fantomas, Nr.13 – Sommer 08, S.23–27, hier: S. 23.

43 Buckel/Fischer-Lescano, Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in: Dies. (FN 7), S. 85–104, hier: S. 96ff.

44 Amstutz/ Karavas, Weltrecht: Ein Derridasches Monster, in: Callies/Ders./Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, 2009, S. 645–672, hier: S. 652, FN 1.

45 Luhmann, Rechtssoziologie, 2008, S. 340, zit. n. Amstutz/Karavas (FN 44), S. 647.

46 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 554, zit. n. Amstutz/Karavas (FN 44), S. 655.

47 Amstutz/Karavas (FN 44), S. 655.

48 Ebd. S. 647. Vgl. Luhmann, Die Weltgesellschaft, in: Ders., Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 2009, S. 66–91.

Gewiss, das Recht der Weltgesellschaft kann nicht wie noch das nationalstaatlich verfasste Recht auf seine Fähigkeit pochen, politische Macht zu bändigen. Diese – in den Augen des systemtheoretischen Beobachters ohnehin eindimensional verkürzte und überschätzte Leistung des Rechts – schwindet mit der Emergenz des Weltrechts weiter und zusehends. Das Weltrecht begleitet vielmehr, ohne auf die Bändigung der Politik angewiesen und eingeschränkt zu sein, die multiple Koevolution der Weltgesellschaft⁴⁹. Luhmann hatte diese Entwicklung des Rechts bereits in seiner wegweisenden Diagnose der Emergenz einer Weltgesellschaft aufgezeigt und sie genau mit diesem Wechsel des Erwartungsstils von normativ zu kognitiv identifiziert⁵⁰. Statt von der Verfassung als struktureller Kopplung von Recht und Politik abzuhängen, wird Weltrecht – der ausufernden globalen Konstitutionalisierungsdebatte zum Trotz – damit „Vernetzungs-Recht“, ein „Beziehungszusammenhang, der Normen aus unterschiedlichsten Kontexten und von verschiedenster Abstammung verknötet“⁵¹. Diese Verknötung bleibt immer umstritten. Sie entsteht durch Konflikte divergierender Rationalitäten⁵², in denen die immer nur prekäre Geltung des Rechts zustande kommt.

Die „sublime(n) Verschiebungen in der Art, wie Recht seine Funktion erfüllt und als Sinn erlebt wird“⁵³ wären aber mit dem Begriff kognitives Lernen dann falsch verstanden, wenn damit eine willfähige Abwicklung von Geschäften und Technik gemeint wäre. Im Gegenteil! Der Funktionswechsel des Rechtes kann die Erwartungsstrukturen des Weltrechts für normatives Lernen im Medium des Klassenkampfes geradezu öffnen. Denn mit dem kognitivem Lernen der Weltgesellschaft, übernimmt das Recht die Funktion, „dass die weltgesellschaftlichen Eigenstrukturen (der Wirtschaft / der Politik, etc. T.P.) ihre Umwelten auskundschaften, um ein damit kompatibles Verhalten zu entwickeln“⁵⁴.

3. Eine postneoliberale Perspektive

Dies führt uns zurück zum Landgrabbing als Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung. Denn nun taucht in der Umwelt der Eigenstrukturen der neoliberalen Hegemonie der Protest auf. Das Lernen der Weltgesellschaft muss diesen normativ gut begründeten Protest kognitiv einbeziehen. Der Protest gegen den Landverkauf kann sich auf positivierte Menschenrechte berufen⁵⁵ – so etwa auf die Artikel 13–19 der Conven-

49 Für Beispiele siehe: Fischer-Lescano/Teubner, Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006. Zur Ko-evolution: Teubner, Eigensinnige Produktionsregime: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism, in: Soziale Systeme 5, 1999, 7–26.

50 Luhmann, Die Weltgesellschaft (FN 48).

51 Amstutz/Karavas (FN 43), S. 657.

52 Vgl. Fischer-Lescano/ Teubner (FN 49).

53 Luhmann, Rechtssoziologie, 2008, 341, zit. n. Amstutz/Karavas (FN 43), S. 647.

54 Amstutz/Karavas (FN 44), S. 661.

55 Für einen vollständigen Überblick der durch Landgrabbing-Aktivitäten bedrohten Menschenrechte vgl.: de Schutter (FN 28).

tion 169 der International Labor Organization (ILO), in denen die Ansprüche indigener Völker „over the lands, territories and resources they traditionally own or otherwise occupy and use“⁵⁶ anerkannt sind, vor allem aber auf den Internationalen Pakt über ökonomische, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR), der Teil der UN-Menschenrechtscharta ist, und in seinem Artikel 11 das Recht auf Nahrung nennt. Dieses Recht ist bindend für die 160 Staaten, die den Pakt ratifiziert haben. Der Kommentar des UN Committee für ökonomische, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)⁵⁷ führt weiter aus, „that the right to food is realized when every man, woman and child, alone or in community with others, has physical and economic access at all times to adequate food or means for its procurement“⁵⁸. Ohne Frage gehört das Land, welches in den Verträgen des Landgrabbing verhandelt wird, zu diesen „means of production“.

Es wäre dennoch zu früh, um zu verkünden, dass im Falle des Landgrabbing das Problem der Justiziabilität sozialer Rechts⁵⁹ sich löst, indem diese Normen globale soziale Rechte direkt auf die Verträge durchschlagen. Ein Vorschlag, der immerhin in diese Richtung zielt, besteht darin, die Analogie der Landgrabbing-Verträge zu den Odious Debts zu suchen⁶⁰, jener Figur, nach der Schulden verbrecherischer Regime sittenwidrig sein können und daher eine nachfolgende Regierung nicht binden⁶¹. Mit dem Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention, der bei den Odious Debts ins Spiel kommt, ließe sich in gleicher Weise gegen die Geltung der Landgrabbing-Verträge argumentieren, da es hier heißt: „Ein Vertrag ist nichtig, wenn er im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des Völkerrechts steht“. Nichtig wären diese Verträge also wegen der Verletzung des Menschenrechtes auf Nahrung, denn „zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts (ist T.P.) eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf (...)“⁶². Freilich bleibt ein möglicher Erfolg dieses Vorschlages auf absehbare Zeit eher ungewiss, da es sich als äußerst schwierig erweisen dürfte, nachzuweisen, dass das Recht auf Nahrung unter die Gruppe der Ius Cogens Rechte fällt und diesen Nachweis auch vor Gericht durchzusetzen.

Dennoch wird es in den sozialen Kämpfen gegen das Landgrabbing darum gehen müssen, in den Normenkollisionen des Weltrechts den Vorrang des Menschenrechtes auf Nahrung im Blick zu behalten. Der hier mit dem Menschenrecht auf Nahrung gegebene

56 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, abrufbar unter: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/drip.html> (Stand: 4.10.2010).

57 General Comment (GC) 12. GC 12 <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/escgencom12.htm> (abgerufen am 4.10.2010).

58 z.n. Fian (FN 23), S. 11.

59 Dazu instruktiv: Wimalasena, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte: Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, in: Kritische Justiz : Vierteljahresschrift – 41 (2008), 1, S. 2–23.

60 Zu diesem Vorschlag: v. Massenbach, Illegitime Landnahmen. Unverbindliche Verhaltensappelle und freiwillige Leitlinien sind keine Lösung im Umgang mit den „Odious Land Deals“, in: Inkota-Brief (FN 36), S. 10–11.

61 Dazu: Fischer-Lescano, Nolenti fit inuria: Sittenwidrige Schulden im Weltrecht, in: Brunkhorst/Grözinger/Matiasko, Peripherie und Zentrum in der Weltgesellschaft, 2004, S. 91–112.

62 Art. 53 WVK, BGBI.1985 II S. 926; U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S.331.

Verpflichtungscharakter wird in absehbarer Zeit eher über die Skandalisierungsmöglichkeiten gegenüber investierenden Staaten, privaten Investoren, globalen Institutionen, der EU und schließlich den verkaufenden Regierungen zur Geltung gebracht werden können, da – anders als etwa in den menschenrechtlichen Ansprüchen gegen das Patentrecht, die sich auf das TRIPS-Abkommen berufen konnten⁶³ – eine solche Grundlage fehlt. Diese Skandalisierung ist aber mehr als nichts und kann schließlich zum Ausbau zivilgesellschaftlicher Strukturen genutzt werden, die auf ein „legal empowerment“ der Betroffenen abzielt.⁶⁴

Die Berufung auf soziale Menschenrechte allein kann nun aber noch kein Kriterium darstellen, warum gerade der Protest gegen das Landgrabbing das Symptom einer postneoliberalen Ordnung darstellen kann. Dass etwa Normen sozialer Menschenrechte in die Verträge privater Akteure wandern⁶⁵, oder die durch das TRIPS-Abkommen der WTO mediatisierte wirtschaftliche Rationalität sich den menschenrechtlichen Forderungen nach günstigen Medikamenten beugen muss⁶⁶, gehört gerade zum umkämpften Terrain des Neoliberalismus. Was also wäre die Rechtfertigung, anlässlich der Widerstände gegen das Landgrabbing von einem Symptom postneoliberaler Rechtsordnung zu sprechen? In der Tat liegt die Begründung für diese Änderung des Labels von neoliberal zu postneoliberal nicht im gestiegenen *cash value* globaler sozialer Rechte, sondern in der Beobachtung, dass eine Verschiebung des Terrains der sozialen Kämpfe nun mit dem Landgrabbing auf zwei Ebenen beobachtet werden kann, die auf die Erwartungsstrukturen im Weltrecht schließlich doch wirken:

Es betrifft viele bisher aus dem Kampf um die Hegemonie in den globalen Produktionsverhältnissen exkludierten Gruppen, die nun ihre verzweifelte Stimme in die Eigenstrukturen des globalen Rechts einfließen lassen. Die Proteste der indigenen Hirtenvölker und der afrikanischen Kleinbäuer_innen⁶⁷ samt der globalen Bewegung für Ernährungssouveränität der LDC's, schaffen kommunikative Unruhe aus der Umwelt, die Recht, Politik und Wirtschaft der Weltgesellschaft irritieren⁶⁸. Für die Bevölkerungen, die Opfer dieser demokratisch nicht legitimierten Entscheidungen werden, zeigt das die Qualität auch der sozialen Menschenrechte als „Platzhalter demokratischer Legitimität“⁶⁹.

63 Fischer-Lescano/Teubner (FN 49), S. 72ff.

64 So der Vorschlag in: Kurzke-Maasmeier/Schonecke, Land Grabbing und das Menschenrecht auf Nahrung. Politisch-ethische Analysen und Handlungsempfehlungen, www.icep-berlin.de/fileadmin/templates/images/argumente_Arbeitspapiere/100913_Land_Grabbing_Menschenrechte.pdf. (abgerufen am 4.10.2010)

65 Scott/Wai, Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of human rights Norms: The Potential Contribution of Transnational 'Private' Litigation, in: Joerges/Sand/Teubner, Transnational Governance and Constitutionalism, 2004, S. 287–319.

66 Fischer-Lescano/Teubner (FN 49), S. 72ff.

67 Zur Rückkehr der Bauernbewegung: Hoering (FN 18), S. 151ff, m.w.N. Siehe auch Walden Bellos Ausführungen zu den Kleinbauern als weltgesellschaftliches Proletariat: Bello, Politik des Hungers, 2010; schließlich die Beiträge in: Moyo/Yeros (FN 22).

68 Zum negatorischen Potential der kommunikativen Unruhe: Brunkhorst, Einführung in die Geschichte politischer Ideen, 2000, S. 22ff.

69 Brunkhorst, Solidarität, 2002, S. 108.

Auf einer zweiten Ebene zeigt sich, dass die aktuelle Krise Produktionsverhältnisse erzwingt, die grundlegende globale soziale Rechte auf Nahrung und auf Land direkt mit den globalen Produktionsverhältnissen verknüpft, mithin ihre eigenen Widersprüche weiter verschärft.

Doch die Emergenz einer emanzipatorischen, postneoliberalen Rechtsordnung kann nur durch die sozialen Bewegungen, die im Medium des Klassenkampfes die normativen Lernprozesse des Rechts der Weltgesellschaft⁷⁰ zu befeuern versuchen, geschehen. Die „Verpflichtung sozialer Systeme auf soziale Responsivität“ auszunutzen, kann dann immerhin eine Ahnung von der Möglichkeit der „Instaurierung weltgesellschaftlicher Selbstbestimmungsverhältnisse“ durch das „Aufbrechen von Stratifikationsmustern der gesellschaftlichen Institutionen“⁷¹ erkennen lassen.

„Postneoliberal“ lässt sich daher in zweierlei Richtungen auslegen, die beide nicht voneinander zu trennen sind: Die postneoliberale Rechtsordnung könnte zunächst globale soziale Rechte gegen das Landgrabbing – und sei es bisweilen auch hauptsächlich als Mittel zur Skandalisierung – in einer Weise in Stellung bringen, in der, um ein Wort des Dichters zu bemühen, mit der Gefahr auch das Rettende wächst.

Andererseits kann diese tragische Version des Rettenden nicht darüber hinwegtäuschen, dass aus dem Landgrabbing bis jetzt keine guten Nachrichten entstanden sind. Die Erweiterung des Terrains sozialer Kämpfe und das verzweifelte Zurückgreifen auf globale soziale Rechte zeigt vor allem die Dramatik der Lage. Am Ende des Tages – und das ist für viele Opfer des Landgrabbing schon erreicht – könnte eine postneoliberale Rechtsordnung die Reaktion auf eine bedrohliche Krise der Regulationsweise bedeuten: Die passive Revolution des Neoliberalismus hatte auf die Akzeptanz der Entwicklungs- und Fortschritts-Policies abgezielt, die einem vermeintlich prosperierenden Investitionsklima wohltuende Wirkung auch für die leidende Bevölkerung unterstellte. Hier ließ sich eine Dialektik sehen, die darin bestand, dass auch die passive Revolution auf aktive und passive Zustimmung der Subalternen abzielte, indem sie auf Herstellung eines hegemonialen Konsenses angewiesen bleibt.⁷² Das Landgrabbing ist vielleicht eines der Phänomene, die uns vor Augen führen, dass diese dem Neoliberalismus immerhin noch innewohnende Dialektik durch die gesellschaftlichen Verhältnisse der Krise schließlich aufgehoben – und das meint: plattgemacht – wurde.

Dr. Thore Prien ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Politische Wissenschaft, Arbeitsbereich Politische Ideengeschichte und Theorien der Politik, der Universität Hannover. Forschungsschwerpunkte: Politik, Recht, Hegemonie und Multitude der Weltgesellschaft, Sozialphilosophie; t.prien@ipw.uni-hannover.de

70 Brunkhorst, „The Return of Crisis“, in: Kjaer/Teubner (Hrsg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, 2011 (i.E.).

71 Fischer-Lescano, *Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule*, in: Callies/Ders./Wielsch/Zumbansen (FN 44), S. 49–68, hier: S. 68.

72 Zu dieser Dialektik des Neoliberalismus, Candeias, *Von der Dialektik des Neoliberalismus zu den Widersprüchen der Bewegungen*, in: Butterwege/Lösch/Ptak (Hg.), *Neoliberalismus. Analysen und Alternativen*, 2008, S. 301–317.

Kämpfe um soziale Rechte: Können strategische Prozesse gegen transnationale Unternehmen einen Beitrag leisten?

Wolfgang Kaleck/Miriam Saage-Maaß

1. Einleitung: Der Kampf um soziale Gerechtigkeit und das Recht

In den gegenwärtigen Diskussionen um globale soziale Gerechtigkeit spielt das Recht noch keine zentrale Rolle: In der Problemanalyse stehen politikwissenschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche Ansätze im Vordergrund, auch werden politische Forderungen nach Reformen und alternativen Wirtschaftsmodellen formuliert.¹ Zahlreiche Akademiker_innen wie auch globalisierungskritische Bewegungen setzen sich mit den weltwirtschaftlichen Zusammenhängen und den Folgen neoliberaler Politiken für die Bevölkerungen im globalen Süden und Norden auseinander. Sie kritisieren ein Weltwirtschaftssystem, das auf Ungleichheit beruht und dessen Ungleichheiten durch ungerechte Strukturen, nicht zuletzt des Finanzsystems reproduziert werden. Milliarden von Menschen leiden heute unter Armut, Unterernährung, mangelndem Zugang zu sauberem Trinkwasser, unwürdiger Unterkunft und fehlender ärztlicher Behandlung, gleichzeitig erwirtschaften transnationale Unternehmen Rekordgewinne.² Menschenrechtliche Paradigmen werden nur zögerlich in diesen Zusammenhängen eingeführt. Die klassische Dichotomie zwischen bürgerlich-politischen und wirtschaftlich-sozialen Menschenrechten kann zwar langsam als überwunden angesehen werden, doch werden das Recht und Menschenrechte noch selten benutzt, um Ansprüche sozial Benachteiligter zu begründen und durchzusetzen.

Ausgehend von historischen Beispielen wird im Folgenden das Konzept strategischer Prozessführung dargestellt. Durch den strategischen Einsatz von Rechtsmitteln sollen juristische Verfahren genutzt werden, um soziale, ökonomische oder sonstige Missstände aufzuzeigen und um Herrschaftsverhältnisse in Frage zu stellen. Anhand eines konkreten Falles wird beschrieben, wie mit Hilfe des deutschen Wettbewerbsrechts der Versuch unternommen wurde, unmenschliche Arbeitsbedingungen in Südostasien und westliches Konsumverhalten zu thematisieren.

1 Statt vieler Altvater/Mahnkopf, Grenzen der Globalisierung, 2007.

2 Vgl. Bundeszentrale für Politische Bildung, <http://www.bpb.de/wissen/Y6I2DP,0,0,Globalisierung.html> (abgerufen am 28.09.2010).

2. Das Konzept der strategischen Prozessführung – von der Anti-Sklavereibewegung zur US-amerikanischen Menschenrechtsbewegung

In den letzten Jahrhunderten haben gesellschaftlich Benachteiligte durchaus das Recht und Rechtsansprüche zur Durchsetzung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Ansprüche genutzt. Die globale Bewegung gegen Sklaverei verband stets Forderungen nach politischer und sozialer Gleichstellung mit Vorschlägen zur Reform des Rechts, ebenso wie dem Gang zu Gericht in paradigmatischen Einzelfällen³. Auch die deutsche Arbeiter_innenbewegung des 19. und frühen 20. Jahrhunderts bediente sich der Ressource Recht, um politisch angestrebte oder bereits erkämpfte Forderungen, verfassungsrechtlich und arbeitsrechtlich abzusichern.

Gerade im anglo-amerikanischen Rechtsraum hat sich das Konzept der „Strategischen Menschenrechtsklagen“, der „strategic human rights litigation“ etabliert. Der aus dem griechischen stammende (stratos = Heer, agein = führen) Begriff Strategie sagt nur wenig aus. Vor allem in der Wirtschaftswissenschaft steht Strategie für ein ganzheitliches Vorgehen, einen langfristigen Plan, Schwerpunktsetzung und die Wahl der geeigneten Mittel zur Erreichung der eigenen Mission. Es handelt sich also mehr um eine Methode, denn um eine inhaltliche Beschreibung bestimmter Forderungen. Für die Prozessführung im Menschenrechtsbereich bedeutet dies, dass diejenigen, die sich des Instrumentes bedienen, gezielt Fälle auswählen, die exemplarisch für ein menschenrechtliches Problem sind. Anhand des Einzelfalles sollen dieses Problem herauskristallisiert und menschenrechtliche Forderungen durch Rechtsansprüche gerichtlich festgestellt und durchgesetzt werden. Im Gegensatz zu herkömmlichen Klagen ist nicht ausschließlich das kurzfristige Ziel des Obsiegens in einem Gerichtsverfahren Motivation der Kläger_innen. Dies kann natürlich auch ein Ziel darstellen, doch oft spielen sehr viel langfristige Ziele, die unabhängig vom juristischen Siegen sein können, eine Rolle. Exemplarisch steht hierfür der Ansatz des Vize-Präsidenten des Center for Constitutional Rights in New York City (CCR), Jules Lobel, der in seinem Buch „Success without Victory“ darstellt, dass juristische Niederlagen mittel- und langfristig zu politischen Siegen beitragen können.⁴

Die Bedeutung des juristischen Vorgehens im Kampf um die Geltung der Menschenrechte und um menschenwürdige Lebensbedingungen sollte weder über- noch unterschätzt werden.

Allzu häufig nehmen überregional agierende Menschenrechtsorganisationen wie auch viele national und regional agierende Jurist_innen und Menschenrechtler_innen eine positivistische, wenn nicht naive Haltung zum Recht ein: zu schnell wird bei einem gewonnenen Prozess oder der Verurteilung eines Menschenrechtsverbrechers von einem Sieg der Menschenrechte gesprochen. Ob und was ein Gerichtsurteil an der Situation

3 Vgl. die instruktive Gesamtdarstellung von Hochschild, Sprengt die Ketten, 2007.

4 Jules Lobel, Success without Victory: Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America, 2003.

der in ihren Menschenrechten Verletzten ändert, beziehungsweise ob und wie ein Richter_innenspruch die zukünftige Geltung der Menschenrechte fördert, wird zu selten kritisch hinterfragt.

Dabei müssen die Kritiken am Recht ernst genommen werden: Der Berufung auf Recht wohnt unzweifelhaft ein von verschiedenen feministischen Autorinnen beschriebenes Paradox inne.⁵ Die Berufung auf Rechtspositionen, die von einer patriarchalischen, heterosexuellen und sexistischen Gesellschaft generiert worden sind, kann eine Affirmation des Systems bedeuten, demgegenüber eine Emanzipation durchgesetzt werden soll.⁶ Das Recht ist oftmals sowohl Ausdruck als auch Absicherung bestehender Herrschaftsverhältnisse. Gerade im nationalen wie internationalen Zivil- und Wirtschaftsrecht stabilisiert das kapitalistische Bürgertum durch Recht seine Besitz- und Austauschverhältnisse (Kirchheimer, Neumann) und die patriarchalisch-heterosexuellen Lebensverhältnisse (Elsuni, Smart). Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, dass die komplexen institutionellen Strukturen, die zu Rechtsverletzungen führen, versteckt bleiben, wenn – für den juristischen Diskurs typisch – auf konkrete Verletzungshandlungen eines Subjektes abgestellt werden muss.⁷ In weniger theoretischer Hinsicht, stellt sich natürlich auch die Frage, wie gerade von größeren und systemischen Menschenrechtsverletzungen Betroffenen ein Gerichtsurteil zu Gute kommen soll, dass meist erst nach vielen Jahren ergeht und oft selbst im Falle des Obsiegens kaum das Ausmaß des gesamten erlittenen Unrechts widerspiegeln, geschweige denn wiedergutmachen kann.

Jedoch gewähren das Recht und die Berufung auf Rechte den gesellschaftlich Benachteiligten auch Sicherheit und ein gewisses Maß an Freiheit.⁸ Recht bietet eben auch die Chance, bestimmte Machtverhältnisse zwischen Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innen, zwischen den festgeschriebenen Geschlechtern oder zwischen Zivilgesellschaft und Staat in Frage zu stellen und zu verschieben. Mit Wolfgang Abendroth können gesellschaftliche Kämpfe ums Recht als emanzipatorische Kämpfe um Teilhabe begriffen werden und ein bestimmter Stand von Gesetzgebung und rechtlicher Praxis als Ausdruck eines (Klassen-)Kompromisses.⁹

Die jedem juristischen Verfahren innewohnende Verengung und Beschränkung des Sachverhaltes, stellt auch eine Chance dar: das Gerichtsverfahren ermöglicht es, ein menschenrechtliches Problem in einem Einzelfall zu thematisieren, wodurch es möglicherweise besser vermittelbar wird. Einer breiteren Öffentlichkeit kann ein Misstand exemplarisch vor Augen geführt, eine konkrete Rechtsverletzung kann unter Umständen besser skandalisiert werden. Es wird deutlich gemacht, dass es bei der erlittenen

5 Buckel, Zwischen Schutz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts, RAV Info-Brief 2009, S. 11.

6 Einen Überblick über die Diskussion bietet: Elsuni, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel, Christensen, Fischer-Lescano (Hg.) Neue Theorien des Rechts, 2006, S. 163.

7 Butler, Haß spricht: zur Politik des Performativen, 2006/1997, S. 125.

8 (Fn. 5), S. 15.

9 Abendroth, Diskussionsbeitrag, in: Peter Römer (Hg.), Der Kampf um das Grundgesetz, 1977.

Menschenrechtsverletzung nicht allein um einen politisch, sozial oder moralisch kritikwürdigen Zustand handelt. Vielmehr sind Rechtspositionen verletzt und damit ist eine Grenze überschritten worden: der Unrechtsgehalt der begangenen Tat oder Taten ist nicht mehr frei verhandelbar, sondern muss vor der innerhalb eines gewaltenteilig organisierten Systems dafür zuständigen Stelle, zumeist einem Gericht verhandelt werden.

Auch für die Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen kann bereits das juristische Verfahren eine große Bedeutung haben. Sie können sich – sofern sie aktiv an der Gestaltung des Verfahrens beteiligt sind – aus der Rolle der passiven Opfer befreien und aktiv gegen die Verantwortlichen vorgehen. Sie können eine Verletzung ihrer Rechte vor einer unabhängigen Instanz geltend machen.¹⁰ Sofern Menschenrechtsklagen als Teil einer größeren Strategie verstanden und von sozialen Akteur_innen in eine gesellschaftliche Auseinandersetzung getragen werden, können sie einen wichtigen Beitrag zur kollektiven Aufarbeitung des geschehenen Unrechts leisten.¹¹ Die Bedeutung der Wahrung von Menschenrechten kann durch ein Gerichtsverfahren öffentlich bestätigt werden und das Urteil kann einer Weiterentwicklung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte dienen.

3. Strategische Klagen gegen Unternehmen

Ziel strategischer Menschenrechtsklagen sind zunehmend nicht allein staatliche Akteure und ihre Menschenrechte verletzenden Praktiken. Auch Unternehmen und Finanzinstitutionen beziehungsweise hochrangige Mitarbeiter_innen dieser Unternehmen können wegen der direkten oder indirekten Verletzung von Menschenrechten vor Gericht gebracht werden.

Bis heute wichtige Präzedenzfälle stellen die Nürnberger Nachfolgeprozesse gegen die großen Unternehmen des NS-Regimes dar, die als IG Farben-, Flick- und Krupp-Prozesse bekannt sind. In dieser Geburtsstunde der Völkerstrafrechts sahen die Ankläger es als unumgänglich an, die wirtschaftlichen Akteure des NS-Regimes und nicht allein die staatlichen und militärischen Machthaber anzuklagen.¹² Hierauf berufen sich Jurist_innen bis heute, wenn sie ihr Vorgehen gegen Unternehmen wegen der Beteiligung an Menschenrechtsverletzungen historisch legitimieren wollen.¹³ Aufgrund der politischen Prämissen des Kalten Krieges wurde die juristische Ahndung selbst schwerster Men-

10 Kaleck, Kampf gegen die Straflosigkeit. Argentinien Militärs vor Gericht, 2010, S. 101–107.

11 (Fn 11), S. 98–101.

12 Kaleck/Saage-Maaß, Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges, IJCJ 2010, S. 700.

13 So z. B.: Coordination Committee of the Swiss Campaign for Debt Cancellation and Reparations in Southern Africa, Brief of Amici Curiae in Support of Plaintiffs' Opposition to Defendants' Motion to Dismiss, S.D.N.Y., Case No.: 1:03-cv-4524 (JES); European Center for Constitutional and Human Rights, Informe del European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) a modo de amicus curiae en el procedimiento penal Nr. 4012, número de referencia 292, S. 11.

schenrechtsverletzungen in den Jahrzehnten nach den Nürnberger Prozessen jedoch vollkommen vernachlässigt und damit auch die juristische Aufarbeitung der Beteiligung von Unternehmen an solchen Verbrechen. Wie mit dem Ende des Kalten Krieges das Gebiet des Völkerstrafrechtes neue Dynamik bekam, die mit der Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofes einen vorläufigen Höhepunkt erreichte, so ist auch die juristische Ahndung von Unternehmensunrecht belebt worden.

In den letzten fünfzehn Jahren haben hierbei US-amerikanische Menschenrechtsorganisationen eine Vorreiterrolle eingenommen. Diese Menschenrechtsorganisationen nutzen ein Gesetz aus dem Jahr 1789, den Alien Tort Claims Act (ATCA), um die Verantwortlichen für schwerste Menschenrechtsverletzungen zu Schadensersatz zu verklagen. Nach der modernen Auslegung des ATCA ist es möglich sowohl Privatpersonen als auch Unternehmen¹⁴ wegen der Verletzung von Völkergewohnheitsrecht¹⁵ vor Gerichten in den USA zu verklagen, ohne dass ein territorialer Zusammenhang der Taten zu den USA bestehen muss. Einer der bekanntesten dieser Art von Fällen ist die Klage der Angehörigen des nigerianischen Umweltaktivisten und Schriftstellers Ken Saro Wiwa gegen den britischen Öl-Konzern Shell.¹⁶ Ken Saro Wiwa und andere Oppositionelle wurden von einem nigerianischen Gericht nach einem politischen Schauprozess zum Tode verurteilt und hingerichtet. Shell wurde die Beihilfe zu diesem und anderen Verbrechen vorgeworfen. Das Verfahren wurde 2009 durch einen Vergleich beendet, in dem sich Shell zur Zahlung von 15 Mio US-Dollar und der Offenlegung des Vergleichs verpflichtete, was von den Klägern als Sieg gegen Shell gesehen wurde.¹⁷

Auch in Europa gibt es einige, wenn auch wenige Fälle von Klagen gegen Unternehmen wegen der Verletzung von Menschenrechten.¹⁸ Beispielsweise wurden in den Niederlanden und Deutschland Strafverfahren gegen einzelne Geschäftsmänner wegen der Beihilfe an Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingeleitet.¹⁹ Umfangreiche Entschädigungsverfahren wurden und werden insbesondere in Großbritannien geführt.²⁰ So verklagten beispielsweise mehrere tausend Geschädigte aus der Elfenbeinküste ein

14 Die Anwendbarkeit des ATCA auf Unternehmen wurde inzwischen von einem Gericht in Frage gestellt, vgl. United States Court of Appeals for the Second Circuit, Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17. September 2010. Inwieweit dieses Urteil in den höheren Instanzen Bestand haben wird, ist abzuwarten.

15 So die Auslegung des Supreme Court in der Sosa-Entscheidung, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), Rn. 713–714.

16 Eine Zusammenfassung des Verfahrens findet sich bei: Center for Constitutional Rights, <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/wiwa-v.-royal-dutch-petroleum> (abgerufen am 28.09.2010).

17 Center for Constitutional Rights, Statement of the Plaintiffs in *Wiwa v. Royal Dutch/Shell*, *Wiwa v. Anderson and Wiwa v. SPDC*, 8. Juni 2009.

18 Eine Übersicht über Fälle gegen Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen mit europäischem Bezug findet sich in: ECCHR, European Cases Database, 2009, erhältlich auf Anfrage bei: info@ecchr.eu.

19 Im Fall van Anraat ist es auch zu einer höchstgerichtlichen Verurteilung gekommen, vgl. BG4822, Hoge Raad, 07/10742, judgment of 30 June 2009; vgl. auch: *Public Prosecutor v. Kouwenhoven*, LJN: BK8132, Hoge Raad, 08/01322; *Strafanzeige .J. Tasselkraut AZ.: 407 Js 41063/98*.

20 Eine Übersicht zum Fall: Business and Human Rights Resource Center: *Trafigura lawsuits*, <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire> (abgerufen am 17.08.2009).

britisches Unternehmen wegen der Verklappung von Giftmüll vor der Küste des Landes, welche zahlreiche Todesfälle und massive und massenhafte Gesundheitsschäden hervorriefen. Weitere Fälle betreffen Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit Bergwerken und anderen rohstoffabbauenden Industrien.

Derartige Fälle bergen eine Reihe von Herausforderungen für die Kläger_innen, die Betroffenen der Menschenrechtsverletzungen. Die Klageverfahren ziehen sich über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte und erfordern einen enormen Aufwand an Ressourcen, der selbst erfahrene und professionelle Menschenrechtsorganisationen an ihre Grenzen bringt. Die aufwändigen Ermittlungen in zumeist unzugänglichen Weltregionen (wie beispielsweise Burma, Nigeria) gestalten sich schwierig. Die lange Verfahrensdauer erfordert auch ein hohes Maß an finanzieller und personeller Kontinuität. Gerade die Übermacht der juristischen Divisionen der Konzerne binden personelle Kapazitäten und erfordern einen erheblichen Einsatz von Finanzen und Expert_innenwissen. Bei alledem ist ein juristischer Erfolg alles andere als gesichert. So haben bisher die allermeisten der zivilrechtlichen Entschädigungsklagen in einem Vergleich geendet, ohne endgültiges Urteil. Im Übrigen betrifft die Mehrheit der Fälle in den USA und in Europa die Verstrickung von Unternehmen in Völkerrechtsverbrechen, d.h. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Folter oder bestimmte Kriegsverbrechen. Die Verletzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten durch Unternehmen hingegen ist kaum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen im globalen Nordwesten. Insbesondere menschenunwürdige Arbeitsbedingungen in Zulieferbetrieben westlicher Unternehmen sind in Europa und den USA bisher kaum gerichtlich untersucht worden.

In anderen Staaten wie etwa Indien oder Südafrika wird hingegen von strategischer Prozessführung Gebrauch gemacht, um gerade wirtschaftliche und soziale Menschenrechte durchzusetzen. So hat etwa die Coalition against Waterprivatisation in Südafrika gegen die Privatisierung der Wasserversorgung und die Einführung von so genannten prepaid watermeters in Soweto geklagt.²¹ Das südafrikanische Verfassungsgericht entschied 2009 allerdings in letzter Instanz gegen die Kläger_innen, nachdem den Kläger_innen in unteren Instanzen Recht gegeben worden war. In Indien haben professionell juristisch arbeitende Menschenrechtsorganisationen weltweit einmalige Gerichtsentscheidungen zum Recht auf Nahrung erstreiten können.²² Diese Organisationen sehen dabei explizit die von ihnen betriebenen Verfahren nur als eine Methode des Widerstandes gegen ungerechte Marktmechanismen an. Es sind allerdings auch im globalen Süden nur wenige Fälle bekannt, in denen gegen unmenschliche Arbeitsbedingungen gericht-

21 Prepaid watermeters sind Wasserzähler, die die Wasserversorgung abstellen, wenn ein bestimmter Umfang an Wasser verbraucht worden ist. Die Wasserzähler waren im konkreten Fall so eingestellt, dass eine 4-köpfige Familie nach 14 Tagen eines jeden Monats von der Wasserersorgung abgeschnitten wurde, wenn sie nicht zusätzliche Wassereinheiten kaufen konnte. Vgl. Coalition against Water Privatisation, <http://apf.org.za/spip.php?rubrique41&lang=en> (abgerufen am 28.09.2010).

22 Human Rights Law Network, <http://www.hrln.org/hrln/right-to-food/-reports.html> (abgerufen am 28.09.2010).

lich vorgegangen wird.²³ Dabei ist gerade dies eines der virulenten Probleme, die die Globalisierung der Wirtschaftsstrukturen nach sich zieht.

4. Menschenunwürdige Arbeitsbedingungen in Zulieferbetrieben deutscher Unternehmen

Die weit verbreitete Praktik transnationaler Unternehmen, die Produktion der von ihnen vertriebenen Waren auszulagern und harte Lieferkondition zu fordern, verursacht eines der schwerwiegendsten Menschenrechtsprobleme im Bereich von Wirtschaft und Menschenrechten: unmenschliche Arbeitsbedingungen in den Produktionsstätten des Südens.

Vielfach sind die Mechanismen beschrieben worden: Indem die nordwestlichen Unternehmen ihre Produktion auf Unternehmen im globalen Süden auslagern, minimieren sie die Produktionsrisiken, insbesondere die Kosten. Textilien, Sportartikel aber auch Luxusgegenstände wie Telefone und Computer werden heute in Süd- und Südostasien, Mittelamerika, Osteuropa und einigen Ländern Afrikas produziert.²⁴ Die Beschaffung erfolgt über undurchsichtige Lieferketten, bei denen Importeure und Subunternehmer zwischengeschaltet sind, so dass es für Staat und Gesellschaft schwierig ist zu bestimmen, wer genau die Zulieferer deutscher und europäischer Unternehmen sind. Zur Dynamik des Konzentrations- und Verdrängungswettbewerbs gehört es auch, dass sich die Arbeitsbedingungen in den neuen Produktionsländern keineswegs verbessern. Kurzfristige Liefertermine verhindern eine langfristige Auftrags- und Personalplanung. Harte Preisvorgaben bedeuten schmale Gewinnmargen und damit geringe Löhne für die Arbeiter_innen. Die Unternehmen profitieren dabei nicht selten von der staatlich organisierten Repression gegen Gewerkschaften oder der Verfolgung von Gewerkschafter_innen durch paramilitärische Organisationen.

Typische Verletzungen von Mindeststandards sind exorbitante Arbeitsstunden, oft ohne Ruhetag. Zu den „regulären“ 48 Stunden pro Woche müssen häufig bis zu 35 Stunden Überstunden geleistet werden. Diese Überstunden werden unangekündigt angeordnet und nicht freiwillig abgeleistet, da bei Weigerung Sanktionen drohen. Lohnabzüge sind keine Seltenheit, ebenso wenig wie der Verlust des Arbeitsplatzes. Auch der ausgezahlte Lohn ist meist weit von einem angemessenen Lebensunterhalt entfernt, wenn er überhaupt den Mindestlohnvorgaben des jeweiligen Landes entspricht. Arbeiter_innen sind Beleidigungen, Anzüglichkeiten und sexuellen Übergriffen ausgesetzt. Die Misshandlungen, die die Arbeiter_innen erfahren, verursachen Gefühle der Scham und Hilflosigkeit, über die es schwer fällt zu sprechen. Sofern in einer solchen repressiven Atmosphä-

23 Vgl. die strafrechtliche Aufarbeitung von Sklavenarbeitsfällen in Argentinien: Kaleck/Saage-Maaß, *Transnationale Unternehmen vor Gericht*, 2008, S. 102–114.

24 Klein, *No Logo*, 2005; Zimmer, *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?*, 2008; *Kampagne für saubere Kleidung*, „Wer bezahlt unsere Kleidung bei Lidl und KiK?“, 2008.

re überhaupt Versuche der Organisation der Arbeiter_innen und der Gewerkschaftsbildung unternommen werden, werden diese im Keim erstickt. In einigen Regionen der Welt wie etwa Kolumbien besteht ein hohes Risiko von gewaltsamer Repression, bis hin zu Tötungen bei gewerkschaftlichen Aktivitäten.²⁵

Zumeist sind gerade Frauen von den ausbeuterischen Produktionsbedingungen überproportional betroffen. Im Jahr 2009 haben laut IAO 84 % der erwerbstätigen Frauen in ganz Südasiens in solchen unsicheren Beschäftigungen (vulnerable employment) gearbeitet.²⁶ Tradiertere Geschlechterrollen spielen bei der Marktintegration von Frauen eine ambivalente Rolle und prädestinieren Frauen durch ihre Rolle als Zuverdienerin sowohl für geringqualifizierte Tätigkeiten als auch für Niedriglohnjobs und flexible, prekäre Beschäftigung.²⁷ Für diese Frauen ist der Zugang zu bezahlter Lohnarbeit gleichzeitig aber ein wichtiger Schritt zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit und Selbstbestimmung.²⁸ Europäische Unternehmen und insbesondere Discounter verstärken damit in Europa wie auch im globalen Süden bereits bestehende Geschlechterungleichheiten und die prekären Arbeitsbedingungen von Frauen.²⁹

Organisationen wie die Kampagne für Saubere Kleidung, Südwind oder War on Want untersuchen und skandalisieren die menschenunwürdigen Arbeitsbedingungen in den Zulieferbetrieben europäischer Unternehmen. Sie stellen umfangreiche Fallstudien an und starten Öffentlichkeitskampagnen zur Sensibilisierung der europäischen Verbraucher_innen.³⁰ Auch Rechtswissenschaftler_innen beschäftigen sich mit diesem Problem und suchen nach juristischen Haftungsmöglichkeiten für Unternehmen.³¹ Betrachtet man diese vielfältigen wissenschaftlichen Fallstudien, Untersuchungen und Analysen fällt ein Paradox ins Auge: Trotz umfassender internationaler Arbeitsstandards gibt es ein erhebliches Manko an Durchsetzungsmechanismen. Mit den zahlreichen Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) sind die grundlegenden Arbeitsrechte so umfänglich und detailliert auf internationaler Ebene geregelt, wie keine andere menschenrechtliche Materie. Im Gegensatz zu anderen wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Menschenrechten gibt es kaum Unklarheit darüber, welches die Mindeststandards sind und wie menschenwürdige Arbeitsbedingungen aussehen. Schwierig ist jedoch deren Durchsetzung.

Die Internationale Arbeitsorganisation stellt zwar verschiedene Berichts- und auch Beschwerdemechanismen zur Verfügung, doch bieten diese in der Praxis für Betroffene von Arbeitsrechtsverletzungen wenig konkrete Hilfen zur Rechtsdurchset-

25 Amnesty International, Killings, arbitrary detentions, and death threats – the reality of trade unionism in Colombia, 2007.

26 ILO, „Women in labour markets: Measuring progress and identifying challenges“, 2010, S. 86.

27 Wichterich, „gleich, gleicher, ungleich“ 2009, S. 91.

28 ILO, „Women in labour markets: Measuring progress and identifying challenges“, 2010, S. X.

29 King / Sweetman, „Gender Perspektive on the Global Economic Crisis“, 2010.

30 Statt vieler Wick, Südwind - Institut für Ökonomie und Ökumene, Arbeits- und Frauenrechte im Discountgeschäft, 2009.

31 (Fn. 25).

zung.³² Nur die drei Parteien der Arbeitsorganisation (Gewerkschaften, Arbeitgebervertreter und Regierungsvertreter) haben Zugang zu den Beschwerdemechanismen. Dies einer großen Organisation der Vereinten Nationen innewohnende Bürokratie und Schwerfälligkeit, machen es Betroffenen von massiven Arbeitsrechtsverletzungen schwer, das Instrumentarium der IAO effektiv zur Wahrung ihrer Interessen zu nutzen. Der Weg über die Arbeitsgerichte in den betroffenen Ländern selbst ist häufig angesichts korrupter Gerichte aussichtslos oder aus Sicherheitsgründen nicht gangbar. Europäische oder nordamerikanische Gerichte kommen nicht in Frage, da es nach aktueller Rechtslage in der EU oder den USA kaum eine Möglichkeiten gibt, gegen Unternehmen wegen Arbeitsrechtsverletzungen in Zulieferfirmen direkt vorzugehen.³³ Es fehlt an entsprechenden Regelungen, die eine Haftung für Missstände bei Zulieferern begründen würden.

Ebenfalls als relativ wirkungslos haben sich die zahlreichen freiwilligen Initiativen der Wirtschaft erwiesen. Viele Unternehmen setzen sich selbst Standards, so genannte Kodizes oder Codes of Conduct, wobei stets betont wird, dass von diesen keinerlei rechtliche Verpflichtung ausgehen sollen. Eine solche Initiative ist der Zusammenschluss Business Social Compliance Initiative (BSCI).³⁴ Diese internationale Initiative des Einzelhandels hat zum erklärten Ziel, die Arbeitsbedingungen entlang der Lieferketten zu verbessern. Der Code of Conduct der BSCI enthält unter anderem in Anlehnung an die Arbeitsrechtskonventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) Regelungen zur maximalen Arbeitszeit, zu Löhnen, zur Diskriminierung und zur Gewerkschaftsfreiheit. Die Einhaltung des Code of Conduct soll über Schulungen des Managements der Zulieferbetriebe gewährleistet werden, wie auch über unangekündigte Kontrollbesuche. Die Kontrollen werden von bezahlten Unternehmen vorgenommen und die Ergebnisse der Kontrollen sind nicht öffentlich zugänglich. Dass ein solches System zu Korruption und Betrug einlädt, liegt auf den Hand. Da weder der Dialog mit den Arbeiter_innen gesucht wird, noch unabhängige Stellen am Auditing-Prozess beteiligt sind, noch irgendetwas an der Einkaufspraxis geändert wird, verwundert es nicht, wenn die Berichte über die Ineffektivität dieser Initiativen sich häufen.³⁵

5. Mit dem Wettbewerbsrecht gegen unwürdige Arbeitsbedingungen?

Angesichts des Mangels an rechtlichen Instrumentarien, mit denen belieferte Unternehmen in ihren Heimatländern für Arbeitsrechtsverletzungen in Zulieferfabriken zur

32 (Fn. 24), S. 28 f.

33 Saage-Maaß, Transnationale Unternehmen in internationalem und nationalem Recht, ZfMR 2009, S. 111.

34 Die BSCI erfreut sich zunehmender Beliebtheit, ihre Mitgliederzahl steigt stetig und liegt derzeit bei 475 Unternehmen (2003 waren es nur 60 Firmen).

35 Kampagne für Saubere Kleidung, Fachtagung „Fairer Einkauf leicht gemacht – was könnte und müsste ein Soziallabel leisten?“, http://www.saubere-kleidung.de/downloads/2008-12_Kurzthesen-CCC-Soziallabel_BM_Nov08.pdf (abgerufen am 29.09.2010).

Verantwortung gezogen werden können und angesichts der Schwäche der freiwilligen Initiativen der Wirtschaft, entschied sich das European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) zusammen mit der Kampagne für Saubere Kleidung dafür, die bestehenden rechtlichen Mittel so kreativ und effektiv wie möglich zu gebrauchen und initiierte eine wettbewerbsrechtliche Klage gegen den deutschen Discounter Lidl.

Lidl zeigt seit 2006 „corporate social responsibility“ und ist seitdem Mitglied in der eben beschriebenen Business Social Compliance Initiative. In Werbeprospekten und standardisierten Schreiben an Verbraucher_innen stellte Lidl im Herbst 2009 seine Bemühungen wie folgt dar: „Im Gegensatz zu anderen Handelsunternehmen bezieht Lidl die Einhaltung von Sozialstandards in den Produktionsstätten aktiv mit in die Einkaufsentscheidung ein.“ In Standardantwortschreiben auf Verbraucher_innenanfragen versicherte das Unternehmen Ende 2009, dass „Lidl einen eigenen Verhaltenskodex entwickelt (hat), der den Vorgaben der BSCI entspricht und zu dessen Einhaltung sich die Lieferanten, mit denen Lidl zusammenarbeitet, verpflichten. Die Überprüfung der sozialen Standards erfolgt durch international akkreditierte, unabhängige Prüfinstitute.“³⁶ Ausgangspunkt der Klage ist, dass nach dem Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb irreführende Werbung untersagt, und speziell die wahrheitswidrige Werbung mit der Einhaltung eines verbindlichen Kodex normiert ist.³⁷ D.h., wenn ein Wettbewerber damit wirbt, einen verbindlichen Kodex einzuhalten, diesen Kodex aber tatsächlich nicht einhält, ist dies ein gesetzlich geregelter Fall irreführender, den Wettbewerb unzulässig verzerrenden Verhaltens. Verbraucherorganisationen sind berechtigt, in Fällen irreführender Werbung das entsprechende Unternehmen abzumahnen und gegebenenfalls zu verklagen.³⁸ Im vorliegenden Fall konnte die Verbraucherzentrale Hamburg als Klägerin gewonnen werden. Nach der Argumentation der Klageschrift warb Lidl mit den dargestellten Äußerungen insofern irreführend, als der Eindruck erweckt wurde, dass die Mindeststandards, auf die sich die BSCI ausdrücklich bezieht, nicht nur in der Zukunft erreicht werden sollen, sondern dass bei den Zulieferern Lidls bereits tatsächlich nachhaltig die Arbeitsbedingungen verbessert seien. Wenn Lidl auf der Unternehmens-Webseite von der „Sicherstellung von sozialen Mindeststandards“ spricht, so die Klageschrift, dann beschreibt dies Arbeitsbedingungen, die schon bestehen und durch Trainingsmaßnahmen – wie z.B. der Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ) – nur noch gesichert werden.³⁹

Diese Darstellung Lidls entsprach in zweierlei Hinsicht nicht den Tatsachen. Zum einen konnte nachgewiesen werden, dass in wenigstens drei Fabriken in Bangladesch, die für Lidl produzieren, trotz Sozial-Audits und Trainings Arbeitsstandards in eklatanter Weise verletzt wurden. Ein/e Kund_in von Lidl konnte sich also keineswegs darauf verlas-

36 Die Verbrauchieranfragen und die Antworten von Lidl liegen den Autoren vor.

37 Vgl. § 5 I Nr. 6 UWG.

38 § 8 Abs 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 Unterlassungsklagengesetz.

39 Klageschrift kann herunter geladen werden unter: http://www.vzhh.de/recht/30332/lidl_klagepdf.aspx?sid=d3d7419c-fd14-411f-9d19-e56909504bc6 (abgerufen am 29.09.2010)

sen, dass gekaufte Textilien ohne die Verletzung von Arbeitsrechten hergestellt worden sind oder, dass zumindest in dem Herstellerbetrieb spürbare Verbesserungen im Gange waren. Zum anderen sind Mitglieder der BSCI entgegen der Darstellung Lidl's nach den BSCI-Grundsätzen nicht verpflichtet, im eigenen oder dem Zulieferbetrieb diese Sozialstandards zu gewährleisten. Vielmehr werden sie lediglich als Zielvorstellung formuliert, auf die unter anderem mit Trainings zur Mitarbeiterführung und Sozial-Audits hingearbeitet werden soll. Diese Audits werden von kommerziellen Unternehmen durchgeführt. Lokale Nichtregierungsorganisationen und Gewerkschaften werden in die Prüfverfahren nicht einbezogen; Prozess und Ergebnisse der Audits werden nicht veröffentlicht. Ihre Aussagekraft und Glaubwürdigkeit müssen daher kritisch hinterfragt werden. Alles in allem, so der Ansatz der Klage, darf Lidl nicht den Eindruck erwecken, dass die Einhaltung der Mindeststandards in den Zulieferbetrieben bereits erreicht und dass der BSCI ein effektives Mittel zur Sicherstellung der Einhaltung des BSCI sei.

6. Lessons learnt

Die Klage gegen Lidl verfolgte zwei Ziele: Zum einen sollte gerichtlich festgestellt werden, dass freiwillig eingegangene Verhaltenskodizes nicht so unverbindlich sind, wie dies Unternehmen gerne behaupten. Es sollte klar gestellt werden, dass solche Kodizes jedenfalls dann eine rechtliche Verbindlichkeit entfalten, wenn mit diesen gegenüber Verbraucher_innen geworben wird.

Zum anderen sollte mit der Klage – wenn auch indirekt – die Verantwortung eines deutschen Unternehmens für die katastrophalen Arbeitsbedingungen in den Zulieferbetrieben aufgezeigt werden. Es ging darum, vor einem deutschen Gericht über die Arbeitsbedingungen in Bangladesh in Zulieferbetrieben deutscher Unternehmen zu verhandeln und diese Zustände auch an der nordwesteuropäischen Oberfläche sichtbar zu machen.

Zum Teil konnten die Ziele erreicht werden. In dem Verfahren erging keine Gerichtsentcheidung, da Lidl sofort nach Bekanntwerden der Klage in den Medien einlenkte und eine Unterlassungserklärung abgab, die allen Klagepunkten vollumfänglich entsprach.⁴⁰ Dies kann nur so gewertet werden, dass Lidl faktisch die Vorwürfe der Klage und die rechtliche Relevanz der eigenen Werbeaussagen anerkannt hat.

Weiterhin konnte durch die enorme Presseresonanz mit der Klage einer breiten Öffentlichkeit verdeutlicht werden,⁴¹ dass die bisherigen Methoden, mit denen Unternehmen ihrer so genannten sozialen Verantwortung gerecht werden wollen, ineffektiv sind. Auch das systemische Problem der unmenschlichen und diskriminierenden Arbeits-

40 European Center for Constitutional and Human Rights, <http://www.ecchr.de/lidl-klage.html> (abgerufen am 29.09.2010).

41 Siehe Medienspiegel unter <http://www.ecchr.eu/lidl-klage.html>.

bedingungen in den globalen Zulieferkette konnte exemplarisch aufgezeigt und skandalisiert werden: Deutsche Verbraucher_innen profitieren nach wie vor auf Kosten der Arbeiter_innen in Bangladesch und anderen Ländern des globalen Südens von den Schnäppchen-Angeboten der Discounter. Von den Unternehmen vorgegebene Standards und Trainings ändern nichts an den Arbeitsbedingungen, so lange nicht mehr von den europäischen Unternehmen für die Waren gezahlt und so lange jede Form gewerkschaftlicher Organisation der Arbeiter_innen im Keim erstickt wird. Außerdem ist es gelungen, zu verdeutlichen, dass die Verletzung elementarer Arbeitsrechte nicht allein eine Frage freiwilliger unternehmerischer Verantwortung ist.

Es bleibt abzuwarten, ob Lidl nun tatsächlich etwas an den Arbeitsbedingungen in den Zulieferbetrieben verbessert. Lidl hat bereits seine Werbetexte geändert. Sollte es allein hierbei bleiben, so würde dies den Zynismus des Systems offenbaren. Auch wenn dies wiederum Anlass zu weiterer Skandalisierung geben würde, bliebe doch ein schaler Nachgeschmack. Zudem werden die Proteste von Arbeiter_innen in Bangladesch, die gegen die unmenschlichen Arbeitsbedingungen in Dhakka demonstrieren und eine Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns fordern, gewaltsam niedergeschlagen.⁴² Gewerkschaftsführer werden für ihre Aktivitäten inhaftiert und sehen sich Strafverfahren ausgesetzt.⁴³ Diese Nachrichten aus Bangladesch machen jedoch deutlich, dass mit dem Obsiegen des juristischen Verfahrens in Deutschland zwar dort bestimmte Wirkungen eintraten, jedoch – wie im Übrigen vorher abzusehen war – keinerlei Verbesserungen für die Betroffenen eintraten. Um wirksam gegen die Verletzung von Arbeitsrechten in Bangladesch vorzugehen, muss zunächst das Recht auf gewerkschaftliche Organisation und öffentlichen Protest politisch und juristisch durchgesetzt werden. Eine grundlegende Änderung der Arbeitsbedingungen und damit auch der Machtverhältnisse in Ländern wie Bangladesch wird ohne starke Gewerkschaften und eine umfassende Mobilisierung der Arbeiter_innen kaum möglich sein. Deswegen muss eine zukünftige strategische Prozessführung darauf abzielen, vor geeigneten lokalen, transnationalen und internationalen Foren die lokalen Gewerkschaften einzubinden und zu stärken.

Der hier geschilderte Kampf um soziale Rechte richtete sich und konnte sich auch aufgrund der eingeschränkten Rechtsmittel des Wettbewerbsrechts nicht grundsätzlich gegen eine zerstörerische Weltwirtschaftsverfassung richten. Um eine grundsätzliche Revision der globalen Wirtschaftsstruktur zu erreichen, eignen sich derzeit die bestehenden Klage- und Rechtsformen wenig. Vielmehr stellt das dargestellte Verfahren den Versuch dar, gegen eine konkrete Erscheinungsform destruktiver Wirtschaftspraktiken vorzugehen. Rechtsmittel, selbst die des Wettbewerbsrechts, können zu einer bewussten Ausei-

42 Deutsche Welle, Textilindustrie 26.07.2010, Arbeiterproteste für mehr Lohn, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5825788,00.html>

43 Maqulia Solidarity Network, Bangladesh Laour Leader released but charges remain, September 14 2010, <http://en.maqulasolidarity.org/node/962?SESS89c5db41a82abcd7da7c9ac60e04ca5f=booh2pi3n4ahqqa0efk08aioo5>; ITUC, CSI, IGB, 2010: Jährliche Übersicht über die Verletzung von Gewerkschaftsrechten, <http://survey.ituc-csi.org/+Bangladesh-.html?lang=de>.

nersetzungen mit sozialen Missständen genutzt werden. Sie eignen sich anhand eines konkreten Einzelfalles systemische Probleme zu analysieren und zu skandalisieren. Außerdem schaffen solche juristischen Verfahren personelle Strukturen und Verknüpfungen von Akteuren im globalen Norden und Süden, die im Folgenden genutzt werden können. Ob dieses Vorgehen ein Hinweis auf post-neoliberale Strategien ist, mögen andere entscheiden.

Wolfgang Kaleck ist Rechtsanwalt und Generalsekretär beim European Center for Constitutional and Human Rights; kaleck@ecchr.eu

Dr.ⁱⁿ Miriam Saage-Maaß ist Rechtsanwältin und Programmdirektorin beim European Center for Constitutional and Human Rights für den Bereich Wirtschaft und Menschenrechte; saage-maasz@ecchr.eu

Europäische Gleichstellungsnormen: Neoliberale Politik oder postneoliberale Chance für demokratische Geschlechterverhältnisse?

Gabriele Wilde

1. Zur Ambivalenz europäischer Geschlechterpolitik

In der Europäischen Union gibt es kaum ein Politikfeld, das sich in den vergangenen Jahren derart expansiv entwickelt hat wie die europäische Geschlechterpolitik. Mag ihr Anfang auch noch so zögerlich gewesen sein, weist sie heute – 53 Jahre nach der Aufnahme des Lohngleichheitsprinzips in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – mit insgesamt dreizehn Richtlinien und zahlreichen Gleichstellungsmaßnahmen eine stolze Bilanz auf. Zudem erfolgte seit Mitte der 1990er Jahre mit dem Gender Mainstreaming Programm eine qualitative Vertiefung der europäischen Geschlechterpolitik. Nunmehr soll es nicht mehr nur darum gehen, die Situation von Frauen durch sozialpolitische Instrumente zu verbessern, sondern das erklärte Gemeinschaftsziel ist die Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in allen gemeinschaftlichen Politikbereichen. Mit diesem Kurswechsel – weg von einem formalen Gleichstellungskonzept hin zur Geschlechtergleichstellung als Gemeinschafts- und Querschnittsaufgabe (vgl. Fuhrmann 2005, 11) wie sie vor allem seit 1999 mit dem Amsterdamer Vertrag verstanden wird – erscheint die europäische Geschlechterpolitik mehr denn je als ein geschlechtergerechtes Projekt, das die verführerische Vision demokratischer Geschlechterverhältnisse für das Europa des 21. Jahrhunderts bereithält. Doch trotz der Ausweitung des Gleichheitsverständnisses gibt es auch Hinweise auf das europäische Antidiskriminierungsrecht als eine unwirksame Rechtsnorm (vgl. Somek 2003) und darauf, dass es sich bei der supranationalen „Referenzstruktur für Gleichberechtigung“ (Wobbe/Biermann 2007, 265) eher um eine neue Form neoliberaler Politik handelt, die zu einer marktgerechten Erneuerung ungleicher Geschlechterverhältnisse führt. Dies zeigt sich nicht nur an der engen Koppelung europäischer Gleichberechtigungsnormen mit den ökonomischen Interessen eines gemeinsamen Binnenmarktes (vgl. Wöhl 2009, 141), sondern auch an der fortschreitenden Transformation öffentlicher und privater Bereiche. So bewirkt der Rückzug nationaler Wohlfahrtsstaaten aus dem öffentlichen Raum eine Entgrenzung des Privaten und der Familie durch die Aktivierung privater Fürsorge- und Sicherungssysteme zu Lasten von Frauen.

Zweifel an einer demokratischen oder emanzipativ-postneoliberalen Stoßrichtung europäischer Geschlechterpolitik ergeben sich vor allem mit dem Befund, dass es sich bei der europäischen Geschlechterpolitik um eine neuartige Zwei-Ebenen-Policy handelt, die in eine spezifische Form des europäischen Netzwerk-Regierens (Trenz 2005, 392; Kohler-Koch/Conzelmann/Knodt 2004) eingebunden ist. Mit dieser neuen Governance-Struktur sind aus politikwissenschaftlicher Sicht auch Rückwirkungen auf die demokratische Qualität europäischen Regierens verbunden (vgl. Maus 2005, 965). Dies zeigt sich zum einen an einer *Zentralisation politischer Macht* in supranationalen Institutionen. So wird die supranationale Rechtsordnung durch die Kommission, den Rat und den Europäischen Gerichtshof (EuGH) als maßgebliche AkteurInnen der europäischen Gleichstellungspolitik bestimmt. Die wichtigste politische Akteurin auf der EU-Ebene aber ist die Kommission. In ihrer Funktion als Exekutive und „Hüterin der Verträge“ übernimmt sie die wichtige Arbeit für die Enthierarchisierung der Geschlechterverhältnisse. Die neuartige Form des Netzwerkregierens zeigt sich zum anderen an einer *Spaltung zwischen der supranationalen und der nationalen Ebene*. Sie transzendiert im europäischen Mehrebenensystem nicht nur die sorgfältig ausbalancierte Zusammenarbeit politischer Organe und FunktionsträgerInnen parlamentarischer Regierungssysteme, sondern trennt darüber hinaus systematisch zwischen einer supranational vorgegebenen Rechtsordnung und dem politischen Handeln nationaler Regierungen (vgl. Wilde 2010, S. 667ff.). Diesen kommt nunmehr die Aufgabe zu, die europäischen Vorgaben – wie etwa die „Rahmenstrategie zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern, mit der die europäische Gemeinschaft anstrebt, die Entstehung geschlechtsspezifischer Unterschiede zu verhindern sowie bestehende Benachteiligungen von Frauen mittels politischer Maßnahmen abzubauen“ (vgl. Kommission 2000) – in nationales Recht umzusetzen.

Neben dieser sukzessiven Verdrängung des demokratischen Souveräns besteht ein drittes Merkmal des europäischen Netzwerkregierens in seiner *einseitigen Ausrichtung der geschlechterpolitischen Gleichstellungsregelungen*. Sie orientieren sich weniger an den Interessen und Bedürfnissen der europäischen BürgerInnen, die ja am politischen Entscheidungsprozess kaum mehr beteiligt sind, sondern maßgeblich an den Interessen der supranationalen Eliten. Dass diese Interessen vorwiegend ökonomischer Natur sind, kann den Zielsetzungen und Programmen der europäischen Geschlechterpolitik wie sie in Art 3 EUV festgelegt sind, entnommen werden. Im Wortlaut heißt es in Absatz 3: „Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt. Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte

des Kindes“ (Art 3 Abs 3 EUV)¹. Dieser Wortlaut bestätigt die im politikwissenschaftlichen Diskurs vertretene Ansicht einer primär neoliberalen Ausrichtung dieses Politikfeldes (vgl. Schunter-Kleemann 2001, 2003; Young 2000), auch wenn freilich die genannten „gemeinsamen Politiken“ über eine bloße Marktorientierung hinausgehen. Insgesamt betrachtet also ist die europäische Geschlechterpolitik nicht nur das Ergebnis einer Zentralisation politischer Macht durch supranationale Entscheidungseliten; vielmehr bringt sich mit ihrer konzeptionellen Ausrichtung auch ein liberales Demokratieverständnis zum Ausdruck, das sich in der Gewährleistung gleicher Rechte erschöpft. Zu fragen ist nun, ob sich mit dieser „in die Bürokratie verhedderten Geschlechterpolitik“ (Sauer 2001, 17) überhaupt demokratische Geschlechterverhältnisse einlösen lassen. Verbinden sich mit der offiziellen Rhetorik, zukünftig verstärkt „auf die Beseitigung von Geschlechterungleichheiten hinzuwirken“ (Kommission 2000), überhaupt konkrete Chancen für demokratische Geschlechterverhältnisse? Vor dem Hintergrund dieser Fragestellung setzt sich der Beitrag kritisch mit der europäischen Gleichstellungspolitik auseinander. Im Zentrum steht dabei die These, dass die damit einhergehende regulative und auf das einzelne Subjekt gerichtete Politik nicht in der Lage ist, die soziale Geschlechterstruktur samt den Konflikten, für die es niemals eine einheitliche, auf der Basis von gleichen Rechten getroffene Lösung geben kann, angemessen zu erfassen. Vielmehr muss der europäische Versuch einer Verregelung gesellschaftlicher Geschlechterasymmetrien als eine europäische Politik der Nicht-Politik verstanden werden, solange diese Politik nicht neue Formen politischer Handlungsmöglichkeiten für Frauen und Männer eröffnet.

Die Argumentation erfolgt in drei Schritten: In einem ersten Schritt wird der theoretische Rahmen aufgezeigt und entfaltet, was aus einer gesellschaftstheoretischen Perspektive unter demokratischen Geschlechterverhältnissen überhaupt zu verstehen ist. Die Ausführungen dazu orientieren sich an einer demokratietheoretischen Denktradition, die sich nicht in der Gewährung gleicher Rechte erschöpft, sondern nach den tatsächlichen Möglichkeiten für politisches Handeln fragt. In der politischen Ideengeschichte gehören dazu etwa Ansätze von Alexis de Tocqueville, Hannah Arendt, Carole Pateman und Chantal Mouffe. Jenseits aller Unterschiede in den Annahmen und Schwerpunkten besteht das Gemeinsame dieser Ansätze darin, dass sie die Differenz als eine zentrale Struktur moderner Gesellschaften zum Ausgangspunkt ihres Demokratieverständnisses machen. Insofern auch die Geschlechterdifferenz eine grundlegende gesellschaftliche Struktur ist, bieten diese Ansätze wichtige Anknüpfungspunkte für eine Bestimmung demokratischer Geschlechterverhältnisse und ihrer Kernelemente.

In einem zweiten Schritt wird die europäische Geschlechterpolitik konzeptionell an diesem Verständnis demokratischer Geschlechterverhältnisse gemessen und aufgezeigt,

1 Neben Art 3 nimmt außerdem Art 2 EUV sowie Art 8 AEUV (ex-Artikel 3 Absatz 2 EGV): Bei allen ihren Tätigkeiten wirkt die Union darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, insbesondere Artikel 157 (ex-Artikel 141 EGV) Bezug auf die „Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“.

inwiefern das in der europäischen Geschlechterpolitik vorherrschende neoliberale Verständnis den Herausforderungen und Problemen demokratischer Politik nicht gerecht werden kann. Ich greife dabei auf ein politikwissenschaftliches Verständnis zurück, das den „Neoliberalismus“ als einen spezifischen politischen Transformationsprozess versteht, in dessen Verlauf die Logik des Marktes zunehmend zum regulierenden und organisatorischen Prinzip des Politischen wird. Mit dem Fazit werden schließlich in einem dritten Schritt die Konsequenzen für eine europäische Geschlechterpolitik zusammengefasst, in deren Zentrum nicht Rechte und Gleichheit stehen, sondern Partizipation und politische Handlungsfreiheit.

2. Zum gesellschaftszentrierten Verständnis demokratischer Geschlechterverhältnisse

Als grundlegende Antithese zu einer liberalen Demokratieauffassung kann im politischen Denken das gesellschaftszentrierte Verständnis von Demokratie gelten, in dem wichtige Denklinien des 19. und 20. Jahrhunderts zusammenlaufen – so etwa der republikanische Ansatz von Alexis de Tocqueville, das aristotelische Verständnis von Hannah Arendt, die feministische Theorie von Carole Pateman sowie die poststrukturalistische Theorie von Chantal Mouffe. Gemeinsam verdichten sie sich schließlich zu einer Theorie des Politischen, die nicht länger auf staatliche Institutionen oder einem gleichen Rechtsstatus für die Gestaltung demokratischer Ordnungen angewiesen ist. Im Gegensatz zu einem liberalen Gleichheits- und Homogenitätsideal wird in dieser Auffassung die differente, antagonistische Beschaffenheit der Gesellschaft zum Ausgangspunkt für Überlegungen, in welcher Form sich die gesellschaftlich-politischen Kräfte als eigentliche Quelle der Macht unter einem gemeinsamen Ziel zusammenfinden können. Schon bei Alexis de Tocqueville (1985, 30) wird dem Topos der politischen Handlungsfreiheit ein zentraler Stellenwert eingeräumt. Anders jedoch als in einem klassisch liberalen Verständnis, in dem es um die Sicherung der individuellen Bewegungsfreiheit geht, Freiheit also als gesteigerte Intensität der Lebenstätigkeit (vgl. Offe 2004, 71) verstanden wird, orientiert sich der Freiheitsbegriff bei Tocqueville an den Idealen der moralischen und kognitiven Selbstbestimmung einer politischen Gesellschaft. Dieses republikanische Freiheitsverständnis äußert sich in der Freiheit zum Staat und kehrt damit das in liberalen Demokratietheorien bis heute favorisierte Prinzip der Freiheit vom Staat um. In ähnlicher Form präzisiert Tocqueville die Gleichheit: Sie ist für ihn keine absolute Größe, sondern er versteht sie im Sinne von Chancengleichheit. Diese Gleichheit der Bedingungen (Tocqueville 1985, 15) zur Ausübung der politischen Handlungsfreiheit war für Tocqueville das eigentliche Problem moderner Demokratien. So sah er bereits im nachrevolutionären Frankreich die Gefahr einer Unregierbarkeit demokratischer Gesellschaften, wenn die politische Macht von außen einwirkt, statt die Potenziale moralischer und kognitiver Selbstbestimmung in der politischen Gesellschaft und damit die „Freiheit konstituierende Souveränität eines Volkes“ (Lamprecht 1990, 523) zu nutzen und zu gewährleisten (Tocqueville 1985, 22).

Das Kriterium der politischen Handlungsfreiheit im Ansatz von Tocqueville lenkt den Blick auf die Notwendigkeit einer Dezentralisierung politischer Ordnungen und eröffnet damit neue Möglichkeiten politischer Teilhabe in Form zivilgesellschaftlicher Assoziationen (Tocqueville 1985, 217)², die auf den unterschiedlichen gesellschaftlichen Ebenen an den Regierungsgeschäften und politischen Entscheidungsfindungsprozessen partizipieren.

Eine ähnlich existenzielle Form, die sich um die politische Handlungsfreiheit der BürgerInnen bemüht, hat Jahre später Hannah Arendt der Demokratie zugeschrieben. Auch bei ihr tritt an die Stelle des Staates als zentraler Akteur des Politischen das Handlungsmoment der politischen BürgerInnen „in Bezug aufeinander, also nur im Bereich des Politischen und des Handelns; nur dort erfahren sie, was Freiheit positiv ist, und dass sie mehr ist als ein Nicht-gezwungen-Werden“ (Arendt 1994, 201). Anders jedoch als Tocqueville, dessen Fokus auf demokratische Institutionen gerichtet blieb, erweitert Arendt die Verwirklichung demokratischer Verhältnisse um das Kriterium der politischen Öffentlichkeit, mit welcher sie die Möglichkeit zur Wiederherstellung des Politischen in Form von Urteilskraft und Handlungsmacht als Ergebnis der Kommunikation zwischen den Menschen und ihres gemeinsamen Handelns verbindet. Die Bedeutung, die Arendts Politikverständnis für die Bestimmung demokratischer Geschlechterverhältnisse zukommt, ergibt sich dabei mit ihrem zentralen Begriff der Pluralität als Bedingung für menschliches Handeln und Machtausübung (vgl. Arendt 1993a, 227). Für sie entsteht „Politik (...) im Zwischen und etabliert sich als der Bezug“ (Arendt 1993b, 11). Einer demokratischen Ordnung kommt in dieser Hinsicht deshalb die Aufgabe zu, diese Pluralität über die Konstituierung eines öffentlichen Raumes zu gewährleisten.

Jahrzehnte später gerät dann genau dieses für Arendt so wichtige Kriterium der politischen Öffentlichkeit in das kritische Visier feministischer Ansätze. Auslöser war das Buch „The Sexual Contract“ von Carole Pateman (1988), ein Schlüsselwerk patriarchaler Staatsgeschichte, das den Blick auf die Diskriminierung von Frauen und der Negierung von Geschlechterdifferenzen im politischen Raum öffnete. Mit ihrer These vom Geschlechtervertrag zeigt Pateman auf, welche Funktion der private Bereich – speziell in der institutionellen Form von Ehe und Familie – für den Stellenwert und die Geltung staatsbürgerlicher Rechte hat: Mit Rekurs auf die Vertragstheorien etwa von John Locke, Thomas Hobbes und Jean-Jacques Rousseau erkennt sie in deren Ausführungen zum Menschenbild und dem Naturzustand zwei zentrale Prämissen einer Vergesellschaftungslogik, die auf der Ideologisierung von Politik und deren Begrenzung auf einen öffentlichen Bereich als die zwei wesentlichen Voraussetzungen patriarchaler Staatlichkeit und Herrschaftsausübung beruht. So ist für sie „Unterwerfung der Frauen im Pri-

2 Tocqueville (1985, 217) definiert in seinem ersten Band über die Demokratie in Amerika eine Assoziation „als eine Vereinigung, die in der öffentlichen Zustimmung einer Anzahl von Leuten zu einer bestimmten Anschauung besteht und der Verpflichtung, diese Auffassung in bestimmter Art zur Geltung zu bringen, und zwar hauptsächlich durch ein gemeinsames Handeln“.

vatbereich“ konstitutiv für die liberale Vorstellung und Geltung einer „öffentliche(n) Welt von Zivilrecht, bürgerlicher Freiheit, Gleichheit, Vertragsfreiheit und Individuum“ (Pateman 1994, 85).

In dieser feministischen Auffassung kann die Öffentlichkeit als freier Raum politischen Handelns und politischer Partizipation nur unter Ausblendung des Geschlechtervertrags als Chance für demokratische Geschlechterverhältnisse gelten (vgl. Wilde 2009). Ausblendung des Geschlechtervertrags aber heißt, die spezifischen Lebensbedingungen von Frauen sowie geschlechtsbedingte Asymmetrien zu leugnen. Die von Tocqueville favorisierte politische Zivilgesellschaft und der von Hannah Arendt geforderte politische öffentliche Raum werden aus diesem Grund von feministischer Seite als „männliche“ Bereiche wahrgenommen, in denen Frauen von ihrer politischen Handlungsfreiheit keinen Gebrauch machen können. Denn solange die politische Öffentlichkeit eine Sphäre ist, in der Frauen abwesend sind (vgl. Philipps 2002, 72), können demokratische Verhältnisse nur dann eingelöst werden, wenn die Familie bzw. Privatsphäre in ein bereichs- oder handlungslogisches Modell der Zivilgesellschaft und politischen Öffentlichkeit integriert wird.

Doch während aus einer feministischen Perspektive die gesamtgesellschaftlichen Strukturen von ihren Wurzeln her transformiert werden müssten, sieht Chantal Mouffe (2000) im Gegensatz dazu in ungleichen Geschlechterverhältnissen gerade eine Chance, wenn nicht gar die Bedingung für demokratische Verhältnisse. Mouffe hält die Aufhebung der Trennung privater und öffentlicher Bereiche deshalb nicht für notwendig, „weil jeder Versuch, die Unterscheidung zu verwischen, faktisch den Weg zu einer Art von vollständiger Kontrolle der Gesellschaft durch beispielsweise den Staat eröffnet“ (Angus 1998). Statt die Aufhebung dieser Bereiche durch staatliche Regelungen zu forcieren, plädiert sie für die Anerkennung dieser unterschiedlichen gesellschaftlichen Sphären und der daraus resultierenden Ungleichheitsverhältnisse in der Sphäre des Politischen. Denn aus ihrer Sicht lassen sich politische Konflikte weder ‚neutralisieren‘, wie dies liberale Autoren anstreben, noch wäre in pluralistischen Gesellschaften ein Rückgriff auf substantielle Wertvorstellungen, den der Kommunitarismus befürwortet, möglich. Vielmehr besteht das ‚Demokratische‘ für sie in der Konstituierung hegemonialer Diskurse. Sie entstehen durch die Bereitschaft der BürgerInnen, sich mit ihren unterschiedlichen Interessen und Belangen vor dem Hintergrund ihrer ungleichen Machtpositionen als GegnerInnen anzuerkennen und ausgehend von den Gegenpositionen, die eigene Perspektive öffentlich zu thematisieren und zu vertreten. Nur auf diese Weise sei es möglich, sich der Identität als StaatsbürgerIn bewusst zu werden und Macht- und Ungleichheitsverhältnisse in die Politik zu bringen, denn erst dann gelänge eine „Vervielfachung eines politischen Raums“ (Laclau/Mouffe 1991, 242), also die Ausdehnung des demokratischen Kampfes auf alle Bereiche, in denen Herrschaftsverhältnisse existieren.

3. Demokratische Verwerfungen durch europäische Geschlechterpolitik

Insgesamt betrachtet ergibt sich aus den zentralen Annahmen dieser Ansätze eine gesellschaftszentrierte Definition demokratischer Geschlechterverhältnisse, die mit Bezug auf die Zivilgesellschaft, den öffentlichen Raum, die Politisierung der Privatheit und die Staatsbürgerschaft als diskursive Praxis insgesamt vier Kriterien umfasst, die im Folgenden für eine Analyse der europäischen Geschlechterpolitik fruchtbar gemacht werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist die europäische Geschlechterpolitik kritisch daraufhin zu befragen, inwiefern diese Formen politischer Selbstorganisation ermöglichen (a), die Frauen zur Partizipation und Beteiligung an öffentlichen politischen Entscheidungsprozessen befähigen (b). Anhand des dritten Kriteriums – die Politisierung der Privatheit – wird sodann hinterfragt, inwiefern die geschlechterpolitischen Maßnahmen auf den Ausgleich von Benachteiligungen zielen, die Frauen durch ihre Arbeit als Mütter und Ehefrauen erwachsen (c) und ob und inwiefern diese das Resultat eines öffentlichen Diskurses über geschlechtliche, strukturelle Ungleichheiten sind (d).

a) Zivilgesellschaftliche Organisationen und politische Selbstorganisation

In der Auffassung von Tocqueville ist die Herausbildung politischer Selbstorganisationen konstitutiv für demokratische Verhältnisse. Laut einer 1996 veröffentlichten Studie von Catharine Hoskyns (1996b, 1997)³ haben sich im Bereich der europäischen Geschlechterpolitik bereits früh Policy-Netzwerke herausgebildet. Diese Netzwerke bestehen aus nicht-hierarchischen Verbindungen zwischen relativ autonomen Gruppen und Individuen. Sie tragen zu einer vertikalen Integration bei, indem sich ihre Aktivitäten von den nationalstaatlichen Ebenen bis in die Entscheidungsprozesse der EU erstrecken. Doch spricht das Vorhandensein zahlreicher Frauenorganisationen – so etwa die European Women Lobby und ExpertInnennetzwerke wie die Helsinki-Group – noch lange nicht für demokratische, dezentrale Strukturen politischer Entscheidungsfindung. Denn auf europäischer Ebene hat sich bis heute ein eigenständiges gleichstellungspolitisches Regime entwickelt, das die politische Gestaltungsmacht demokratischer Geschlechterverhältnisse zwischen der Kommission, dem Rat und dem Europäischen Parlament sowie dem EuGH zentriert. Zivilgesellschaftliche Organisationen sind daran beteiligt, übernehmen aber häufig nur eine beratende Funktion und bauen damit die Kompetenzen der ohnehin starken Institutionen – etwa der Kommission und des EuGH – weiter aus, indem sie notwendiges ExpertInnen-Wissen den zentralen politischen Akteuren zur Verfügung stellen.

Freilich nehmen und nahmen die Frauenorganisationen Einfluss auf die Entwicklung europäischer Geschlechterpolitik. Diese Erkenntnis von Hoskyns und vielen anderen

3 Zu den Ergebnissen der Fallstudie von Hoskyns (1996b), zu ihrem Policy-Netzwerk-Ansatz und ihrem epistemologischen und methodologischen Grundverständnis, vgl. insbesondere den Beitrag von Gabriele Abels 2005.

WissenschaftlerInnen lässt sich allein an der Entwicklung des Lohngleichheitsprinzips aufzeigen. Die Bestimmung, nach der Frauen und Männer gleichen Lohn für gleiche Arbeit erhalten sollen, war 1958 mit Artikel 119 in den EWG-Vertrag aufgenommen worden, blieb dann allerdings bis Ende der 1960er Jahre lediglich eine Formulierung auf dem Papier. Erst 1976 hat der EuGH diesen Artikel als einklagbares Recht in allen Mitgliedstaaten der EG verankert und konnte damit von den Neuen Frauenbewegungen als Instrument genutzt werden, um innenpolitisch die Gleichstellung von Frauen zu erkämpfen⁴. Ausschlaggebend hierfür war die Kommission, die zweifellos auch durch den Druck von Frauennetzwerken von ihrem Initiativrecht Gebrauch machte und die Lohngleichheitsrichtlinie (75/117/EWG; vgl. Hoskyns 1996b, 197) auf die politische Agenda setzte. Es zeigt aber auch, dass diese Institution politisch richtungsweisend ist und in einem erheblichen Maße über die Definitions- und Entscheidungsmacht verfügt. Das heißt aber auch, sie kann entweder geschlechtsspezifische Benachteiligungs- und Ungleichheitsstrukturen verschweigen, also ignorieren, oder aber geschlechterpolitische Maßnahmen auf den Weg bringen und nach der Entscheidung durch den Ministerrat bürokratisch verwalten. Im Falle der Ausweitung des Lohngleichheitsprinzips hat sich die Kommission für die Vorlage von insgesamt fünf gleichstellungspolitischen Richtlinien entschieden, die vom Ministerrat zwischen 1975 und 1986 je nach Entscheidungsverfahren allein oder aber gemeinsam mit dem Europäischen Parlament auch verabschiedet wurden⁵.

Dennoch ist es nicht angezeigt, sich von dem vermeintlich demokratischen Sieg der Frauennetzwerke blenden zu lassen. Denn Tatsache ist auch, dass die Kommission von Beginn an die Geschlechterpolitik nutzte, um ihre Kompetenzen erweitern zu können. Da die europäischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände dieses Politikfeld in den 1970er Jahren noch nicht besetzt hatten, konnte dieser Bereich zunächst von der Kommission ohne den Einfluss der Sozialpartner gestaltet werden (vgl. Hoskyns 1996a; 1996b, 197). Damit war die Kommission noch nicht dem Druck der gewerkschaftlichen und arbeitgeberverbandlichen Lobby ausgesetzt und daher relativ offen für die Vorschläge von Frauenverbänden (vgl. Mazey 1998, 138). Da die Kommission mit der Geschlechterpolitik ihre Kompetenzen erweiterte, hatte sie ein hohes Interesse, zivilgesellschaftliche transnationale AkteurInnen wie z.B. die European Women's Lobby (EWL) über den „Beratenden Ausschuss für die Chancengleichheit von Frauen und Männern“ einzubinden. Ohne den zweifellos positiven zivilgesellschaftlichen Einfluss und das Potenzial des verrechtlichten Diskriminierungsschutzes schmälern zu wollen,

4 Das belegen Entscheidungen, die sich etwa auf die Ungleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit (Defrenne I), auf die Lohndiskriminierung (Defrenne II) und auf die finanziellen Auswirkungen unterschiedlicher Rentenalter bei Männern und Frauen (Defrenne III) bezogen (vgl. Ostner/Lewis 1998, 233).

5 Dazu gehören die Richtlinie 75/117/EWG über gleiches Entgelt, die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, die den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen festschreibt, die Richtlinie über die soziale Sicherheit 79/7/EWG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei gesetzlichen Versicherungen sowie die Richtlinie zur selbstständigen Erwerbstätigkeit 86/378/EWG .

gelang es der Kommission dadurch schließlich auch, ihre eigene Arbeit als supranationale Institution gegenüber dem Ministerrat, der lediglich die Mitgliedstaaten vertritt, zu legitimieren und zu stärken (vgl. Cram 1993, 140).

So handelt es sich bei der Einbindung von Frauennetzwerken und zivilgesellschaftlichen Organisationen in das magische institutionelle Dreieck der EU⁶ allenfalls um eine formale Demokratisierung des europäischen Politikprozesses. Formale Demokratisierung aber heißt: Die Einbindung politischer Selbstorganisationen ist kaum als Indiz für eine partizipierende und öffentlichkeitswirksame Funktion zu werten, zumal deren Partizipationsmöglichkeiten ohnehin von relativ intransparenten, weitgehend beliebigen Auswahlkriterien abhängen. Wesentlich plausibler ist deshalb die These, dass damit eher einem komplexen Politikfeld Rechnung getragen, das auf ExpertInnen-Exposes geradezu angewiesen ist (vgl. Abels 2008). In dieser Hinsicht aber ist es vor allem wirtschaftlich bedeutenden und einflussreichen Verbänden und Akteuren möglich, sich Zugang zu der europäischen Netzwerkstruktur zu verschaffen.

b) Politische Öffentlichkeit

Vor dem Hintergrund des Kriteriums von Hannah Arendt, wonach die europäische Geschlechterpolitik nur dann einen Beitrag für demokratische Geschlechterpolitik leisten kann, wenn und insofern sie zur Bildung eines politischen Raums zwischen den Menschen beiträgt, zeigen die weiteren Betrachtungen, dass die Verlagerung des Politischen in supranationale Institutionen auch zu der Zerstörung eines öffentlichen Raums führt, in dem die BürgerInnen an den politischen Entscheidungen partizipieren können.

Ein Grund hierfür ist der EuGH, der neben seiner Funktion als traditionelles Verfassungsorgan und Schöpfer europäischer Rechtsnormen als ein höchstpolitischer Akteur im europäischen Mehrebenensystem agiert. Welche entscheidende Rolle der EuGH für gleichstellungspolitische Maßnahmen der EU tatsächlich spielt, zeigt sich in beeindruckender Weise an seinen drei unterschiedlichen Funktionen (vgl. Rasmussen 1986, 3): so ist diese supranationale Institution erstens für die Sicherung der Grund- und Menschenrechte im Bereich der Anwendung des Europarechts zuständig, zweitens interagiert sie direkt mit den mitgliedstaatlichen Gerichten, insoweit es um eine Implementation europäischer Rechte geht und kooperiert mit BürgerInnen, insoweit sie von ihrem Klagerecht Gebrauch machen und handelt drittens als politischer Akteur im europäischen Mehrebenensystem. Jenseits der seit Montesquieus bekannten Teilung der Gewalten, jenseits also einer zu Recht geforderten gerichtlichen Autonomie und Entschei-

6 In Abgrenzung zum dem Begriff „iron triangle“, mit dem Theodore Lowi (1979) die bürokratische Politik zwischen Kongress-Verwaltung und Lobbyisten beschrieben hat, verwendet Alison Woodward (2004) den Begriff „velvet triangle“ als Metapher für die drei wichtigsten Akteurs- bzw. Akteurinnengruppen in der europäischen Geschlechterpolitik: FemokratInnen im Sinne von feministischen Bürokratinnen europäischer Institutionen, ExpertInnengruppen und Nichtregierungsorganisationen.

dungsunabhängigkeit, wirkt die Rechtsprechung dieses „obersten“ Gerichtshofs häufig in den politischen Entscheidungsprozess hinein. Zwar ist das Europäische Parlament inzwischen an zahlreichen Rechtsakten als Mitgesetzgeber beteiligt, jedoch kann es keine Gesetze initiieren; ebenso ist die demokratische Legitimation und politische Verantwortlichkeit des Rates, bestehend aus RegierungsvertreterInnen, nur eingeschränkt gewährleistet. Erschwerend kommt hinzu, dass das vom EuGH konkretisierte Recht nicht nur am Rat und dem Parlament vorbeigeht, sondern in die nationalen Rechtsordnungen hineinwirkt und dann von nationalen RichterInnen direkt angewendet wird „als ob es sich um innerstaatliches Recht handle“ (Haltern 2005, 402) und damit unter Umgehung demokratischer Entscheidungsverfahren sowohl im Verhältnis zwischen Staat und BürgerInnen als auch in den Beziehungen der BürgerInnen untereinander unmittelbar wirksam wird.

Daher spielte der EuGH auch von Beginn an eine zentrale Rolle bei der Auslegung des supranationalen Geschlechterrechts (vgl. Berghahn 2002). So erfolgte die Interpretation etwa des Artikels 119 der Römischen Verträge durch den EuGH, was schließlich zu seiner Konkretisierung und Erweiterung auf der Grundlage von Richtlinieninitiativen der Kommission führte. Auch wenn der EuGH sich vor allem seit dem Amsterdamer Vertrag nicht mehr nur auf eine formale Gleichbehandlung von Frauen und Männer, sondern auf ein erweitertes Gleichheitsverständnis bezieht, das ausgleichende Maßnahmen zum Schutz der Diskriminierung von Frauen durchaus vorsieht, zeigt sich die Umsetzung der von supranationaler Ebene vorgegebenen Richtlinien und Verordnungen dennoch bis heute als eine nachträgliche Korrektur des demokratischen Prozesses. Staatlichen Institutionen kommt demnach die Aufgabe zu, die auf supranationaler Ebene getroffenen politischen Entscheidungen unter in nationale Gesetze zu gießen. Im Kontext der Europäisierung orientieren sich also Maßnahmen zur Gleichstellung vorwiegend an den europäischen Richtlinien und werden nicht im politischen Prozess zur Debatte gestellt.

In der Folge findet in den traditionellen Institutionen der Nationalstaaten eine Verdrängung demokratischer Prozesse politischer Entscheidungsfindung statt – eine strukturelle Folge der europäischen Ordnung, die Jürgen Habermas (1994) schon zu Beginn der 1990er Jahre gesehen hat. Zehn Jahre später war es dann die Rechtspolitologin Ingeborg Maus (2005, 965), die vor allem in den unterschiedlichen Funktionen, die der EuGH im Netzwerk-Regieren einnimmt, grundlegende Rückwirkungen auf die Bedingungen für die Demokratie sah. Aus der Sicht von Eva Kreisky jedenfalls besteht eine Rückwirkung darin, dass die Demokratie zum bloßen „Regelwerk juristischer Mechanismen“ (Kreisky 2004, 15) verkommt. Denn Rechtsnormen spielen für die Steuerung demokratischer Geschlechterverhältnisse nach wie vor eine herausragende Rolle ebenso wie der EuGH, welcher in Fragen der Diskriminierung zu einer Anpassung nationaler Gesetze jenseits demokratischer Prozesse entscheidend beigetragen hat.

c) Aufhebung der Trennung in öffentliche und private Bereiche

Erschwerend für die Aufhebung der Trennung in öffentliche und private Bereiche – das dritte Kriterium demokratischer Geschlechterverhältnisse – ist, dass die europäischen Rechtsnormen vorwiegend eine marktwirtschaftliche Chancengleichheit und weniger politische Handlungsfreiheit regeln. Doch gerade in der einseitigen Ausrichtung europäischer Geschlechterpolitik auf Gleichstellung im Bereich des Arbeits- und Beschäftigungsmarktes sehen feministische Ansätze ein Haupthindernis für demokratische Geschlechterverhältnisse. Denn die auf der Grundlage von EU-Richtlinien und Verordnungen erfolgten Entscheidungen sichern die Freiheit von Frauen und Männern vorwiegend im Erwerbsbereich und konzentrieren sich also auf die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Rahmen europäischer Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik (vgl. Behning/Serrano 2001; Young 2000)⁷. In diesem Verständnis aber gilt das entsprechende EU-Recht nur für die erwerbstätige Bevölkerung oder den Personenkreis, der aktiv nach Arbeit sucht. Unterschiedliche Lebensläufe und Zugangsvoraussetzungen von Frauen auf dem Arbeitsmarkt werden ebenso vernachlässigt wie rechtliche Probleme, die über marktbezogene Sachverhalte hinausgehen, mit der Folge, dass die strukturellen Ungleichheiten im Geschlechterverhältnis, die sich vorwiegend aus der Trennung familialer privater und öffentlicher Bereiche ergeben, bestehen bleiben.

d) Politischer Diskurs über strukturelle Ungleichheiten

Was bedeutet das für den politischen Diskurs über strukturelle Ungleichheiten – das vierte und letzte Kriterium demokratischer Geschlechterverhältnisse? In der Argumentation von Chantal Mouffe lässt sich die damit einhergehende strukturelle Verfestigung geschlechtlicher Machtverhältnisse als direkte Folge einer Rechts- und Konsenspolitik deuten, die auf Vereinheitlichung und Gleichstellung zielt. Indem die europäische Geschlechterpolitik den moralischen Rekurs auf die Menschenrechte befördert, blockiert sie nach Mouffe auch die politische Auseinandersetzung über die Ursachen geschlechtsspezifischer Ungleichheiten (vgl. Mouffe 2004, 73). Denn wenn geschlechtliche Machtverhältnisse im politischen Prozess nicht thematisiert werden, können aus ihrer Sicht auch keine adäquaten Maßnahmen und Regelungen gefunden werden, um demokratische Geschlechterverhältnisse einzulösen.

7 Diese ökonomische Ausrichtung betrifft auch alle diejenigen Richtlinien, die auf der Grundlage des EG-Vertrags erlassen wurden: So etwa die Elternzeitrichtlinie 96/34/EG, die ArbeitnehmerInnen die Möglichkeit einräumt, nach einem Elternurlaub einräumt, an ihren Arbeitsplatz oder eine gleichwertige Beschäftigung zurückzukehren, die Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Unterschied von (angeblicher) Rasse oder ethnischer Herkunft 2000/43/EG, die vor Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf, im Bildungsbereich, in Gewerkschaften und ArbeitgeberInnenverbänden schützt, die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG, die einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf festlegt sowie die Richtlinien für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen 2004/113/EG beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen 2006/54/EG, die eine Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich der Erwerbstätigkeit vorschreibt.

Das trifft auch für das Gender Mainstreaming Programm zu, das seit Mitte der 1990er Jahre als ein neues, qualitativ anderes Steuerungsinstrument implementiert wurde, um die negativen Effekte einer formalen Gleichstellung auszugleichen. Offizielle Vorgabe war nun, die Geschlechterperspektive in alle Entscheidungsprozesse mit einzubeziehen und für die Gleichstellung der Geschlechter nutzbar zu machen (vgl. Erbe 2002). Die Einführung von Gender Mainstreaming sollte nunmehr dafür sorgen, dass die geschlechtlichen Ungleichheitsverhältnisse in das öffentliche Bewusstsein rücken und alle politischen Entscheidungen in ihren Effekten für die ungleiche Lebenssituation von Frauen geprüft werden. Ein hehrer Anspruch, der den Vorstellungen von Chantal Mouffe durchaus hätte entsprechen können, Politik als Diskurs über strukturelle Macht- und Ungleichheitsverhältnisse zu verstehen. In der Realität allerdings ist es anders gekommen. Tatsächlich hat Gender Mainstreaming dafür gesorgt, dass geschlechtliche Ungleichheitsverhältnisse weniger in das öffentliche, dafür aber in das Bewusstsein entweder des Bundesverfassungsgerichtes oder aber der staatlichen Verwaltungen und Ministerien rückte. Beide Orte werden aus politikwissenschaftlicher Sicht aber kaum als demokratische Orte verstanden.

Dieser Sachverhalt lässt sich an der bundesrepublikanischen Praxis besonders gut verdeutlichen: Dort wurde die Verpflichtung zur Umsetzung des Gender Mainstreaming Ansatzes vor allem in Bundesgesetzen, so etwa im Sozialgesetzbuch (SGB) und dem Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz für die Bundesverwaltung, verankert. Auf der einen Seite führten die daraus abgeleiteten politischen Entscheidungen und Maßnahmen zu einer materiellen Ausgestaltung der Rechtsprechung. Auf der anderen Seite jedoch blieb das Ziel, Chancengleichheit in allen Entscheidungsebenen zu institutionalisieren und in alle Maßnahmen zu integrieren (vgl. Stiegler 2000, 8; Kommission 2001), bislang sehr stark auf Verfahrensfragen einer formalen Gleichstellung vorwiegend in den staatlichen Institutionen und die Verwaltung beschränkt. Ein Grund dafür ist in der Auslegung des Gleichbehandlungsprinzips zu sehen, das lediglich bei allen politischen, normgebenden und verwaltenden Maßnahmen der Bundesregierung zu berücksichtigen ist und keineswegs Entscheidungen betrifft, die sich auf alle gesellschaftlichen Bereiche beziehen. Mit dieser Beschränkung aber erscheint der Gender Mainstreaming Ansatz kaum als adäquates und wirksames Mittel, um – im Sinne von Chantal Mouffe – strukturelle Geschlechterasymmetrien auf die politische Tagesordnung zu setzen und damit den politischen Raum auszudehnen.

Vor dem Hintergrund der Frage nach den demokratischen Verwerfungen ergeben sich zusammengefasst also folgende Schlussfolgerungen:

Erstens führt die Europäische Geschlechterpolitik zur Formalisierung demokratischer Geschlechterverhältnisse. Zivilgesellschaftliche Organisationen haben sich herausgebildet, übernehmen aber vorwiegend eine beratende Funktion und sind kaum systematisch in den europäischen Politikprozess eingebunden. Ihre demokratische Rolle ist angesichts einer Zentralisation politischer Macht ausgesprochen fragwürdig.

Zweitens führt die Europäische Geschlechterpolitik zu einer Entdemokratisierung der Geschlechterverhältnisse. Die Zentralisierung politischer Macht, also die Verlagerung

des Politischen in supranationale Institutionen, führt zu einer Entdemokratisierung politischer Prozesse und damit zu einer Zerstörung eines öffentlichen Raums, in dem BürgerInnen an den politischen Entscheidungen partizipieren können.

Drittens führt die europäische Geschlechterpolitik zu einer rechtlichen Gleichstellung vorwiegend im Bereich des Arbeits- und Beschäftigungsmarktes. Damit trägt die formalrechtliche, ökonomische Ausrichtung europäischer Geschlechterpolitik zur Verfestigung der Dichotomie privater und öffentlicher Bereiche bei.

Viertens schließlich neutralisiert die Europäische Geschlechterpolitik ungleiche Geschlechterverhältnisse durch gleiche Rechte und Konsenspolitik. Zwar hat die Thematisierung ungleicher Geschlechterverhältnisse im Rechtsprozess stattgefunden, doch indem geschlechtliche Machtverhältnisse im politischen Prozess nicht thematisiert werden, können vor dem Hintergrund des gesellschaftstheoretischen Verständnisses demokratischer Geschlechterverhältnisse auch keine adäquaten Maßnahmen und Regelungen für demokratische Geschlechterverhältnisse gefunden werden.

4. Das Dilemma europäischer Geschlechterpolitik: Chance für demokratische Geschlechterverhältnisse oder eine neue Form neoliberaler Politik?

Die bisherigen Ausführungen legen die Vermutung nahe, es gäbe nur eine denkbare Antwort auf diese Frage, doch tatsächlich handelt es sich um ein Dilemma, das Margret Canovan (1992, 62) im Denken Hannah Arendts folgendermaßen beschrieben hat:

„Da ist auf der einen Seite, und dies hat der Totalitarismus in extremer Weise vorexerziert, der Versuch der Menschen, ihre eigene Macht zu maximieren und ihre Verantwortung zu minimieren, indem sie sich nicht menschlich verhalten, d.h. ihre Vielheit und Freiheit nicht gegenseitig respektieren (...). Die andere Alternative ist, dass die Menschen ihre Pluralität, ihre Vielfalt und Verschiedenheit anerkennen, ihre Freiheit, politisch zu handeln und zu denken, respektieren und in gemeinsamer Verantwortung eine Welt zwischen sich aufbauen, in der sie sich selbst gegenseitig Rechte verleihen, und so den Mächten der Natur Grenzen setzen.“

Hannah Arendt selbst und vor ihr Immanuel Kant haben kürzer formuliert: Es geht um das Recht, Rechte zu haben. Das Dilemma besteht dem zur Folge darin, dass der Zugang zu Rechten oder die Tatsache überhaupt einem Staat anzugehören zwar eine wichtige Bedingung für die Möglichkeit ist, überhaupt unter rechtlichen Verhältnissen zu leben. Doch entfalten die Rechte ihre Geltung und Wirkung für die Menschen nur dann, wenn die BürgerInnen von ihren Rechten auch Gebrauch machen, also politisch handeln können.

Die Erkenntnisse zur europäischen Geschlechterpolitik formulieren ein ähnliches Dilemma: Bei der europäischen Geschlechterpolitik handelt es sich um ein Politikfeld, das über eine Fülle an Richtlinien, Verordnungen und Maßnahmen verfügt, die von zahlreichen AkteurInnen mittels sowohl harter als auch weicher Steuerungsinstrumente (vgl. Abels 2008) umgesetzt werden kann. Damit öffnet die europäische Geschlechterpolitik

auf der einen Seite den BürgerInnen den Zugang zu den Rechten und weist sie als Mitglieder einer europäischen Rechtsgemeinschaft aus. Damit ist ein, wenn auch nicht hinreichender, so doch notwendiger Schritt auf dem Weg zu demokratischen Geschlechterverhältnissen gemacht. Vor diesem Hintergrund können die rechtlichen Errungenschaften europäischer Geschlechterpolitik tatsächlich als Chance für demokratische Geschlechterverhältnisse gesehen werden.

Versteht man jedoch mit Ulrich Brand (2008, 319) den Terminus Postneoliberalismus als strategische „Auseinandersetzungen um sich verändernde politische, ökonomische und kulturelle Entwicklungsmuster, Kräftekonstellationen sowie sich unter Umständen herausbildende hegemoniale Verhältnisse“, dann führen unter den institutionellen und strukturellen Bedingungen des europäischen Mehrebenensystems gegenwärtig Prozesse der Formalisierung, Entdemokratisierung, Neoliberalisierung und Neutralisierung in nahezu allen Bereichen zu einer Entpolitisierung demokratischer Geschlechterverhältnisse. Als eine „emanzipative postneoliberale Agenda“ (ebd.) würde sich die europäische Geschlechterpolitik allerdings dann ausweisen, wenn nach dem ersten Schritt, den die EU bereits hin zu einer Rechtsordnung gemacht hat, nun auch der zweite Schritt gewagt wird: in Richtung einer Stärkung demokratischer Strukturen in den Mitgliedstaaten, einer Dezentralisierung politischer Entscheidungsprozesse auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene und neuer und anderer Formen politischer Partizipation, die den Bürgerinnen und Bürgern die gleichen Chancen einräumen, von ihrem Recht, politisch zu handeln, auch Gebrauch zu machen.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Gabriele Wilde ist Professorin für Politikwissenschaft mit Schwerpunkt der Geschlechterforschung am Institut für Politikwissenschaft der Universität Münster; Forschungsschwerpunkte: Theorie und Politik der EU und ihrer gesellschaftlichen Grundlagen, Theorien der Zivil- und Bürgergesellschaft, Staats- und Demokratietheorien, zum Verhältnis von Recht und Politik, Konzepte der Staats- und Unionsbürgerschaft; gabriele.wilde@uni-muenster.de

Literatur:

- Abels, Gabriele: *Feministische Perspektiven*, in: Hans Jürgen Bieling / Marika Lerch: *Theorien der europäischen Integration*, Wiesbaden, 2005, 145–168.
- Abels, Gabriele: *Geschlechterpolitik der EU*, in: Michèle Knodt / Hubert Heinelt (Hg.): *Politikfelder im EU-Mehrebenensystem. Instrumente und Strategien europäischen Regierens*, Baden-Baden, 2008, 293–310.
- Arendt, Hannah: *Über die Revolution*, München/Zürich, 1993a.
- Arendt, Hannah: *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlaß, hrsg. von Ursula Ludz, München/Zürich*, 1993b.
- Arendt, Hannah: *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München/Zürich, 1994.
- Behning, Ute / Serrano Pascual, Ampero (Hg.): *Gender Mainstreaming in den European Employment Strategy*, Brüssel, 2001.
- Berghahn, Sabine: *Supranationaler Reformimpuls versus mitgliedstaatliche Beharrlichkeit. Europäische Rechtsentwicklung und Gleichstellung*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B33–34, 2002, 29–37.
- Brand, Ulrich: *Gegenhegemonie unter „postneoliberalen“ Bedingungen*. Anmerkungen zum Verhältnis von Theorie, Strategie und Praxis, in: Christoph Butterwege/Bettina Lösch/Ralf Ptak (Hg.): *Neoliberalismus. Analysen und Alternativen*, Wiesbaden, 2008, 318–334.
- Canovan, Margret: *Hannah Arendt. A Reinterpretation of Her Political Thought*, Cambridge, 1992.
- Cram, Laura: *Calling the Tune without Paying the Piper? Social policy regulation: the Role of the Commission in European Community Social Policy*, in: *Policy and Politics* 21(2), 1993, 135–146.

- Erbe, Birgit: *Anpassung oder Emanzipation der Frauen? Die Gleichstellungspolitik der Europäischen Union*, in: Ulrike Allroggen / Tanja Berger / Birgit Erbe (Hg.): *Was bringt Europa den Frauen?* Feministische Beiträge zu Chancen und Defiziten der europäischen Union, Hamburg, 2002, 11–30.
- Fuhrmann, Nora: *Geschlechterpolitik im Prozess der europäischen Integration*. Institutionen, Dynamik und neue Policy, Wiesbaden, 2005.
- Haberamas, Jürgen: *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in: Ulrich K. Preuß (Hg.): *Zum Begriff der Verfassung*. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt/M., 1994, 83–94.
- Haltern, Ulrich: *Integration durch Recht*, in: Hans-Jürgen Bieling / Marika Lerch (Hg.): *Theorien der europäischen Integration*, Wiesbaden, 2005, 399–423.
- Hoskyns, Catherine: *The European Union and the Women Within*. An Overview of Women's Rights Policy, in: Amy R. Elman (Hg.): *Sexual Politics and the European Union*. Providence, Oxford, 1996a, 13–22.
- Hoskyns, Catherine: *Integrating Gender*. Women, Law and Politics in the European Union. London/New York, 1996b.
- Kohler-Koch, Beate/Conzelmann, Thomas/Knodt, Michèle: *Europäische Integration – Europäisches Regieren*, Wiesbaden, 2004.
- Kommission der europäischen Gemeinschaften: *Für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern(2001–2005)*, KOM (2000) 335 endgültig, Brüssel, 2000.
- Kommission der europäischen Gemeinschaften: *Chancengleichheit für Frauen und Männer in der Europäischen Union*. Jahresbericht 2000, KOM (2001) 179 endgültig, Brüssel, 2001.
- Kreisky, Eva: *Die politische Moderne als Projekt der Fragmentierung*. Demokratie und Rechtsstaat in Geschlechterperspektive, in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft (ÖZP)*, 1/2004, 7–18.
- Laclau, Ernesto / Mouffe, Chantal: *Hegemonie und radikale Demokratie*, Wien, 1991.
- Lambrecht, Lars: „Demokratie“, in: Hans Jörg Sandkühler u.a. (Hg.): *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*. Bd. 1, Hamburg, 1990, 483–533.
- Lowi, Theodore: *The end of liberalism*, New York, 1979.
- Maus, Ingeborg: *Demokratie und Justiz in nationalstaatlicher und europäischer Perspektive*. Zur Verteidigung der Verfassungsprinzipien des „alten“ Europa (III), in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 8/2005, 965–979.
- Mazy, Sonia: *The European Union and Women's Rights: From the Europeanization of National Agendas to the Nationalization of a European Agenda?*, in: *Journal of European Public Policy* 1/1998, 131–152.
- Mouffe, Chantal: *The Democratic Paradox*, London/New York, 2000.
- Mouffe, Chantal: *Umstrittene Demokratie*, in: Gerhard Gamm, / Andreas Hetzel, / Markus Lilienthal (Hg.): *Die Gesellschaft im 21. Jahrhundert*. Perspektiven auf Arbeit, Leben und Politik. 13. Darmstädter Gespräche, Frankfurt/M. u.a., 2004, 71–76.
- Offe, Claus: *Selbstbetrachtung aus der Ferne. Tocqueville, Weber und Adorno in den Vereinigten Staaten*, Frankfurt/M., 2004.
- Ostner, Ilona / Lewis, Jane: *Geschlechterpolitik zwischen europäischer und nationalstaatlicher Regelung*, in: Stephan Leibfried / Paul Pierson (Hg.): *Standort Europa. Sozialpolitik zwischen Nationalstaat und Europäischer Integration*, Frankfurt/M., 1998, 196–239.
- Pateman, Carole: *The Sexual Contract*, Stanford, 1988.
- Pateman, Carole: *Der Geschlechtervertrag*, in: Erna Appelt/Gerda Neyer (Hg.): *Feministische Politikwissenschaft*, Wien, 1994, 73–96.
- Phillips, Anne: *Does Feminism Need a Conception of Civil Society?*, in: Will Kymlicka/Simone Chambers (Hg.): *Alternative Conceptions of Civil Society*, Princeton NJ, 2002, 71–89.
- Rasmussen, Hjalte: *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986.
- Sauer, Birgit: *Vom Nationalstaat zum europäischen Reich? Staat und Geschlecht in der Europäischen Union*, in: *Feministische Studien*: Geschlecht und Politik in Europa H1/2001, 8–20.
- Schunter-Kleemann, Susanne: *Gender Mainstreaming – Neoliberale Horizonte eines neuen Gleichstellungs-Konzeptes*, in: *Kurswechsel* 3/2001, 15–25.
- Schunter-Kleemann, Susanne: *Was ist neoliberal am Gender Mainstreaming?*, in: *Widerspruch. Beiträge zu sozialistischer Politik*, 2003, 19–33.
- Somek, Alexander: *Neoliberale Gerechtigkeit. Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 51 (2003) 1, 45–59.
- Stiegler, Barbara: *Wie Gender in den Mainstream kommt – Konzepte, Argumente und Praxisbeispiele zur EU-Strategie des Gender Mainstreaming*, hrsg. von der Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Arbeit und Sozialpolitik, Bonn, 2000.
- Tocqueville, Alexis de: *Über die Demokratie in Amerika*, Stuttgart, 1985.
- Trenz, Hans-Jörg: *Soziologische Perspektiven: Auf der Suche nach der europäischen (Zivil-) Gesellschaft*, in: Hans Jürgen Bieling /Marika Lerch: *Theorien der europäischen Integration*, Wiesbaden, 2005, 373–398.

- Wilde, Gabriele: *Die Europäisierung des deutschen demokratischen Rechtsstaats. Eine kritische Vermessung am Beispiel der EU-Geschlechterpolitik*, in: Detlef G. Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf (Hg.): *Rechtsstaat statt Revolution, Verrechtlichung statt Demokratie? Transdisziplinäre Analysen zum deutschen und spanischen Weg in die Moderne*. Band 2, Münster, 2010, 651-673.
- Wilde, Gabriele: *Der Geschlechtervertrag als Bestandteil moderner Staatlichkeit. Carole Patemans Kritik an neuzeitlichen Vertragstheorien und ihre Aktualität*, in: Gundula Ludwig / Birgit Sauer / Stefanie Wöhl: *Staat und Geschlecht. Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie*, Baden-Baden, 2009, 31-46.
- Wobbe, Theresa / Biermann, Ingrid: *Die Metamorphosen der Gleichheit in der Europäischen Union. Genese und Institutionalisierung supranationaler Gleichberechtigungsnormen*, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Jg. 59, Heft 4, 2007, 565-588.
- Wöhl, Stefanie: *Das Regieren Europas: geschlechterpolitische Implikationen*, in: Gundula Ludwig / Birgit Sauer / Stefanie Wöhl: *Staat und Geschlecht. Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie*, Baden-Baden, 2009, 137-150.
- Woodward, Alison E.: *Velvet Triangles: Gender and Informal Governance*, in: Thomas Christiansen/ Simona Piattoni (Hg.): *Informal Governance and the European Union*, London, 2004, 76-93.
- Young, Brigitte: *Geschlechterpolitik und disziplinierender Neoliberalismus in der Europäischen Union*, in: Hans-Jürgen Bieling/ Jochen Steinhilber (Hg.): *Die Konfiguration Europas. Dimensionen einer kritischen Integrationstheorie*, Münster, 2000, 131-161.

Europäische Tarifaufonomie – Rechtsrahmen für Aufonomie und Korporatismus

Eva Kocher

1. Transnationale Lohnkostenkonkurrenz und europäisches Recht

Sind Beschäftigte darauf angewiesen, ihre Existenz durch Verkauf ihrer Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt zu sichern, besteht notwendig die Gefahr, dass die gegenseitige Konkurrenz zu einer Abwärtsspirale oder einem Unterbietungswettbewerb führt. Deshalb gibt es nicht nur Mindeststandards, die durch Gesetze und staatliches Handeln geschützt werden – deshalb gibt es vor allem Gewerkschaften und Tarifaufonomie, um solche Standards erzwingen und sogar eigenständig regeln zu können.

Der Konkurrenz unter den Beschäftigten durch solidarisches kollektives Handeln gegenzusteuern, ist allerdings seit jeher ein mühsames Unterfangen. Unternehmen und Arbeitgeber haben mit den Eigentumsrechten und den Unternehmerfreiheiten verfassungsrechtlich geschützte Instrumente in der Hand, die helfen, Beschäftigte gegeneinander auszuspielen – Betriebsverlagerungen und die Drohung mit Betriebsverlagerungen sind dabei ein probates Mittel geworden¹. Nun gibt es auf der mitgliedstaatlichen Ebene institutionelle Erfahrungen und „Kulturen“, in denen die Einzelnen und ihre Organisationen ihren Widerstand verorten können – wenn auch einige aktuelle Diskussionen wie die um die Tarifeinheit zeigen, dass hier einiges in Fluss ist². Immerhin kann man sich im mitgliedstaatlichen Recht auf einen gesicherten rechtlichen Rahmen einigermaßen verlassen, der das kollektive Handeln verfassungsrechtlich schützt (siehe z.B. Art. 9 Abs. 3 GG).

Der Prozess der wirtschaftlichen Globalisierung und Europäisierung hat aber dazu geführt, dass selbst der deutsche Arbeitsmarkt zunehmend am internationalen Wettbewerb der Lohnkosten teilnimmt, sei es, dass Beschäftigte aus dem Ausland unmittelbar in die Organisation eines inländischen Unternehmens eingebunden werden, sei es, dass Arbeitskräfte aus dem Ausland für eine kurze oder längere Zeit ins Inland entsandt eingesetzt werden, sei es, dass ausländische Niederlassungen gegründet bzw. Betriebe oder Betriebsteile („Standorte“) ins Ausland verlagert werden. Diese Entwicklung wird durch das europäische Recht geschützt und in gewisser Weise forciert: Mit den Grund-

1 Siehe z.B. Ahlers/Oez/Ziegler, Standortverlagerungen in Deutschland, 2007; vgl. Däubler, AuR 2010, S. 142 ff.

2 BAG, 23.6.2010 – 10 AS 2/10; gemeinsame Erklärung von DGB und BdA „Tarifaufonomie sichern – Tarifeinheit regeln“ auf /DGB-Erklärung.

freiheiten (insbesondere Warenverkehrs-, Niederlassungs-, Dienstleistungsfreiheit) sind die unternehmerischen Handlungsoptionen auch rechtlich geschützt.

Wie solchen grenzüberschreitenden Konkurrenzen durch kollektives Handeln begegnet werden kann, ist noch in jeder Hinsicht offen. Die Entwicklung politischer Strategien ist vorsichtig ausgedrückt nicht ganz einfach³.

Und die rechtliche Lage ist alles andere als geklärt. Der EuGH hat seit Ende 2007 eine Reihe von Urteilen gefällt, die die Legitimation gewerkschaftlichen Handelns aus europarechtlicher Sicht in Frage stellen. Seit er in den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ Arbeitskämpfe gegen Betriebsverlagerungen bzw. gegen die billigere Konkurrenz ausländischer Unternehmen mit entsandten Arbeitskräften einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterwarf und in „Rüffert“ und „Luxemburg“ nationale Mindestlohngesetze europarechtlich kontrollierte⁴, ist eine heftige Debatte um den europarechtlichen Schutz von Tarifpolitik und Arbeitskampffreiheit in Gange⁵. Welche rechtlichen Perspektiven bestehen für transnationale gewerkschaftliche Autonomie?

Dabei leidet auch die rechtliche Debatte darunter, dass sich auf dem politischen Feld der Kollektivautonomie auf der europäischen Ebene wenig tut, was „postneoliberale“ Entwicklungslinien aufzeigen könnte. Wir haben es hier nach wie vor mit einem Widerstreit von einerseits europäischen Marktöffnungspolitiken und andererseits nationalen Marktschließungspolitiken zu tun.

1.1. „Soziales Europa“ und „besonders sensible“ mitgliedstaatliche Bereiche

Europäisierung war und ist vor allem Europäisierung der Märkte; mit den Grundfreiheiten im Mittelpunkt trug und trägt der EuGH dazu bei, über die Verrechtlichung gemeinsame Märkte zu schaffen.

Spätestens seit Kommissionspräsident Jacques Delors ist jedoch die Notwendigkeit eines „Sozialen Europas“ auf der Tagesordnung – von der bereits einiges umgesetzt wurde. Eine Abgrenzung der nationalen und europäischen Kompetenzen zur Sozialpolitik gilt aber als besonders bedeutsam. Auch das BVerfG hat in der Lissabon-Entscheidung vom Gesetzgeber verlangt, in dieser Frage die Kontrolle über Kompetenzverlagerungen auf die europäische Ebene in der Hand zu behalten. Gerade bei „Entscheidungen über die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen“ sei eine Ausdehnung von Kompetenzen problematisch. Begründet wird dies damit, dass diese Entscheidungen

3 Siehe schon z.B. IG Metall Vorstand – Tarifpolitik, Europäische Koordinierung nationaler Tarifpolitik, 2005.

4 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (Viking); EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (Laval/Vaxholm); EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); EuGH 19.6.2008 – C-319/06 (Kommission./Luxemburg).

5 Zur Kritik an „Viking“ Kocher, AuR 2008, S. 13 ff; Rebhahn, ZESAR 2008, S. 109 ff; Wedl, DRdA 2008, S. 6 ff; KJ 2008, S. 160 ff; Däubler, AuR 2008, S. 409 ff; Wissmann, AuR 2009, S. 149 ff; Wendeling-Schröder, AiB 2007, S. 617. Zu „Laval“, „Rüffert“ und „Luxemburg“: Eklund, Comp. Labor Law & Pol’y J 29 (2008), S. 551 ff; Köhler, ZESAR 2008, S. 65 ff; Temming, ZESAR 2008, S. 231 ff; siehe auch die Literaturliste auf <http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements> sowie die Erklärung von europäischen Arbeitsrechtler_innen auf <http://www.etui.org/en/Headline-issues/Labour-and-social-lawyers-from-across-Europe-call-on-European-Council-to-confirm-social-dimension-of-the-EU>.

„besonders sensibel“ für die demokratische Selbstgestaltungs- und Steuerungsfähigkeit der Mitgliedstaaten seien⁶.

Auf europäischer Ebene spiegelt sich eine ähnliche Haltung z.B. in Art. 153 Abs. 4 erster Spiegelstrich AEUV, wonach europäische Bestimmungen zur Sozialpolitik „nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten [berühren dürfen], die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“; sie „dürfen das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen“. Eine weitere zentrale Vorschrift, die Kompetenzen der Union in der Sozialpolitik begrenzt und die „Sensibilität“ der Sozialpolitik auf europäischer Ebene verwirklichen könnte, ist Art. 153 Abs. 5 AEUV. Danach erstrecken sich die Rechtssetzungskompetenzen der Union nicht auf „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“. Diese Form der „Sensibilität“ wird im kollektiven Arbeitsrecht häufig damit gerechtfertigt, dass die mitgliedstaatlichen Vorstellungen und Traditionen von der Funktion der Koalitionen und der Arbeitskämpfe im Kollektivverhandlungssystem zu unterschiedlich seien, als dass sie harmonisiert werden könnten⁷. Die Tatsache, dass auch das Arbeitsentgelt von der Ausnahme erfasst ist⁸, wird z.T. wiederum damit begründet, dass man die nationale Lohnentwicklung der Regelung durch die Mitgliedstaaten bzw. die Tarifpartner vorbehalten wollte⁹ – weil man implizit davon ausgegangen sei, unter den Mitgliedstaaten der ersten Stunde gebe es keine ernsthafte Lohnkostendifferenz. Letztlich führt die Ausklammerung des Arbeitsentgelts aber notwendig dazu, dass ein „Sozialkostenwettbewerb“ gerade nicht ausgeschlossen ist¹⁰, und dies muss den Verfasser_innen der Verträge spätestens in den Erweiterungsprozessen, die ersichtlich grenzüberschreitende Konkurrenz der Arbeitskräfte zur Folge haben musste, klar gewesen sein. Die Aufnahme der Kollektivverhandlungsfreiheit und anderer sozialer Grundrechte in die Grundrechte-Charta ist zumindest ein Anzeichen dafür.

1.2. Europäisierung der Kollektivverhandlungsautonomie

Korporatistisches Handeln spielte von Anfang an eine zentrale Rolle in der Europäischen Sozialpolitik. Die vertraglichen Grundsteine für das „Soziale Europa“ wurden durch die Verbände („Sozialpartner“) vorgezeichnet. Aus den „Val Duchesse“-Verhandlungen gingen die heutigen Art. 151 ff AEUV hervor¹¹. Ein Kernstück dieser Vor-

6 BVerfG 30.6.2009 (Lissabon), BVerfGE 123, 267, Rn. 252; dieser Aspekt wurde in BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (Mangold/Honeywell) nicht mehr angesprochen.

7 Vgl. BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn 50.

8 Rebhahn/Reiner, in: Jürgen Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 137 EGV, Rn 56; Rn 57 zur Kompetenzgrundlage der Entsenderichtlinie.

9 Langenfeld/Benecke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band III, 37. EGL 2008, Art. 137 EGV, Rn 99.

10 Streinz, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn 1086; Boecken, in: Hailbronner/Wilms, Recht der Europäischen Union, Band III, Stand Jan. 2009 (Lfg. 2/2004), Art. 137 EGV, Rn 107.

11 Zur Entwicklungsgeschichte der europäischen Sozialpolitik siehe Weiss, FS Hromadka 2008, S. 493 ff.

schriften stellt Art. 155 AEUV dar, wonach die Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs „Vereinbarungen“ abschließen können. Die Norm ist Ausdruck der Hoffnung, auf europäischer Ebene könne ein (transnationales) Kollektivverhandlungssystem entstehen. Den zahlreichen wissenschaftlichen Bemühungen, den Sozialen Dialog auf der europäischen Ebene als einen ersten Schritt in diese Richtung zu interpretieren¹², entspricht allerdings fast keine soziale Praxis. Und man muss befürchten, dass den Bemühungen um die Begründung eigenständiger Rechtsgrundlagen für europäische Kollektivverhandlungen¹³ dasselbe Schicksal drohte (wenn sie erfolgreich sein sollten).

In der praktischen Anwendung hat sich der Soziale Dialog im Wesentlichen auf eine Einbindung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände in die europäische Rechtssetzung reduziert; europäische Sozialpartnervereinbarungen waren Grundlage für Richtlinien vor allem im Bereich atypischer Arbeitsverhältnisse¹⁴. Nach wie vor dürfte der Europäische Betriebsrat diejenige Institution sein, die die europäischen Arbeitsbeziehungen auf der kollektiven Ebene am stärksten repräsentiert¹⁵.

Da die Europäisierung in den Kollektivverhandlungen aus guten Gründen nicht vorankommt, ist heute die Kollektivverhandlungs- bzw. Tarifautonomie immer noch ein Spiel auf nationaler Ebene. Koordination von Arbeitnehmer_innen-Interessen, solidarisches Handeln gegen die gegenseitige individuelle Konkurrenz ist schon betriebs- und branchenübergreifend schwierig genug herzustellen; auf der transnationalen Ebene wird sie nicht leichter: Das Akteur_innen-System, die gewerkschafts- und verbandspolitischen Traditionen und Selbstverständnisse, die Verschränkung autonomen Handelns mit staatlicher Sozialpolitik, Verhandlungs- und Kampfkulturen, all das ist auf der nationalstaatlichen Ebene verankert. Es ist also kein Zufall, dass diejenigen Bereiche, die in den Mitgliedstaaten in aller Regel nicht allein staatlich, sondern zivilgesellschaftlich-verbandlich und/oder korporatistisch geregelt werden, mit den Anwendungsbereichen der Bereichsausnahme für die Mitgliedstaaten (Art. 153 Abs. 5 AEUV) zusammen fallen. Offensichtlich sind gerade diese Formen der „demokratischen Selbstgestaltung“ aus den nationalstaatlichen Strukturen und Kulturen kaum herauszulösen; das ist es, was sie so „sensibel“ macht¹⁶. Dies erklärt die aktuelle Aufregung um die erwähnten EuGH-Urteile und die offenen Diskussionen um die Bedeutung der Kollektivverhand-

12 Weiss, FS Kissel, 1994, S. 1253 f.; Zachert, FS Schaub, 1998, S. 826; an Monographien sind zu nennen: Deinert, Der europäische Tarifvertrag, 1999; Kowanz, Europäische Kollektivvertragsordnung, 1999; Gilles, Das Zustandekommen und die Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen im Rahmen des europäischen Dialogs, 1999; H.Schmidt, Aufgaben und Befugnisse der Sozialpartner im Europäischen Arbeitsrecht und die Europäisierung der Arbeitsbeziehungen, 2002; Bookmann, Europäische Kollektivverhandlungen, 1999.

13 Ales/Engblom/Jaspers/Laulom/Sciarra/Sobczak/Valdés dal-Ré, European Commission, Transnational Collective Bargaining: Past, Present, Future, 2/2006; Ales, ZESAR 2007, S. 150 ff; dazu auch Zachert, FS Hromadka, 2008, S. 529 ff.

14 Weiss (Fn 11). Art. 154, 155 wird deshalb auch nicht als Ausdruck von Tarifautonomie iSv Art. 28 GRC gesehen (Franz, Handbuch Europarecht, Band 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn 3695 f; Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV-EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 137 EGV, Rn 7).

15 Siehe z.B. Hürtgen, Transnationales Co-Management. Betriebliche Politik in der globalen Konkurrenz, 2008.

16 Blanke/Hoffmann, KJ 2006, S. 147.

lungsautonomie „in Europa“. Ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Schonung der national entwickelten Traditionen und der Öffnung für die notwendige europäische Entwicklung ist auf der rechtlichen Ebene nicht leicht zu finden.

2. Rechtsfragen zwischen nationalen Kollektivverhandlungen und europäischem Recht

Aktuell geht es um folgende Konflikt- und Kollisionsbereiche:

2.1. Grenzüberschreitender Arbeitskampf

Am deutlichsten wurde die Konfliktlage anlässlich der Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ vom Dezember 2007¹⁷. In beiden Fällen ging es um grenzüberschreitende Arbeitskämpfe, in denen skandinavische Gewerkschaften tarifliche Regelungen zum Schutz gegen osteuropäische Entgeltniveaus verlangten.

In „Viking“ streikten finnische Gewerkschaften gegen die Entgelteinbußen, die sie als Folge der Ausflagung einer Fähre von Finnland nach Estland befürchteten. Hier stellte der EuGH erstmals die Anforderung auf, dass ein solcher Streik daraufhin überprüft werden müsse, ob er in Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz, der erstreikt werden solle, noch verhältnismäßig sei. Nicht nur diese strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf das Streikrecht ist den Rechtsordnungen vieler Mitgliedstaaten fremd. Auch die Kontrolle der Streikziele, die damit indirekt vorgenommen wird, stellt ein Problem für die Kollektivverhandlungsautonomie dar¹⁸.

Diese Entscheidung bezieht eine besondere Tragik daraus, dass die dort vom EuGH ebenfalls kritisierte Internationale Transportarbeiter-Föderation (ITF) bislang die einzige Organisation geblieben ist, die im Rahmen ihrer „Billigflaggen“-Politik tatsächlich schon ansatzweise eine transnationale Koordination von Kollektivverhandlungen entwickelt hat.

2.2. Numerus Clausus der Regelungsinstrumente für nationale Mindestentgelte

In „Laval“ wurde ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt, diesmal auf einen Arbeitskampf schwedischer Gewerkschaften. Sie hatten von einem lettischen Bauunternehmen gefordert, dass es sich auch für die mitgebrachten entsandten lettischen Arbeitnehmer_innen an einem schwedischen Mindestentgeltstandard orientieren solle. In dieser Rechtssache war deshalb neben dem Streikrecht über eine weitere Frage zu entscheiden: Die Entsende-Richtlinie (und die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten) erlaubt es grundsätzlich, innerstaatliche Mindeststandards auch für entsand-

¹⁷ EuGH (Fn 4).

¹⁸ Holoubek, Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 28 GRCh, Rn 11; Rn 20.

te Arbeitnehmer_innen für verbindlich zu erklären¹⁹. In Schweden gab es aber kein solches Mindestentgelt- oder Entsendegesetz; Mindestentgelte werden dort herkömmlich ausschließlich über Tarifverträge festgelegt. Dies reichte dem EuGH als Rechtfertigung für das Vorgehen der Gewerkschaft aber nicht aus. Die Entsende-Richtlinie lege fest, dass Mindeststandards nur in gesetzlicher Form oder in allgemeinverbindlichen, also für alle Arbeitnehmer_innen eines bestimmten Sektors anwendbaren Tarifverträgen geregelt werden könnten. Obwohl Tarifverträge in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechtswirkungen haben und es die unterschiedlichsten Modelle des Zusammenspiels autonomer tariflicher Regelung und Gesetz oder anderen staatlichen Normen gibt, erkennt der EuGH damit nur allgemeinverbindlich wirkende Normen an, wenn es um die grenzüberschreitende Geltung von Mindeststandards geht, und stellt damit praktisch einen Numerus Clausus der Regelungsinstrumente hierfür auf. Dieser Numerus Clausus traf in „Rüffert“²⁰ auch das deutsche Recht. Hier ging es um Tariftreueerklärungen, die öffentliche Auftraggeber auf (länder-)gesetzlicher Grundlage von denjenigen Unternehmen einfordern können, an die sie Aufträge vergeben. Der EuGH erklärte Tariftreueerklärungen für europarechtswidrig, wenn sie eine Bindung an nicht-allgemeinverbindliche Tarifverträge von Unternehmen, die formal nicht tarifgebunden waren, nur dann einforderten, wenn diese sich um staatliche Aufträge bemühten.

2.3. Tarifautonomie, Wettbewerb und Grundfreiheiten

Arbeitskampf und Tariftreue stehen zwar in engem Zusammenhang mit der Tarifautonomie; um die Tarifautonomie im engeren Sinn ging es in den gerade benannten und höchst umstrittenen Entscheidungen jedoch nur mittelbar. Sie war allerdings Gegenstand einer Entscheidung vom 15. Juli diesen Jahres, die auf eine Vertragsverletzungsklage der Kommission hin erging²¹. In der Entscheidung zur Entgeltumwandlung ging es um die „zweite Säule“ der Altersversorgung, die nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers die staatliche Alterssicherung ergänzen soll²². Hier gilt seit der Riestergesetzgebung von 2001, dass eine betriebliche Altersvorsorge mittels Entgeltumwandlung aufgebaut werden kann (§ 1a BetrAVG; dies bringt eine steuerliche Förderung nach §§ 10a, 82 Abs. 2 EStG mit sich). Die Regelung ist tarifdispositiv; die Entgeltumwandlung muss sogar tariflich geregelt werden, wenn es sich um tariflich garantierte Entgelte handelt (§ 17 Abs. 5 BetrAVG).

19 Vgl. EuGH 3.2.1982 – C-62/81 und 63/81 (Seco/ Desquenne & Giral); EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (Rush Portuguesa); EuGH 9.8.1994 – C-43/93 (Vander Elst); EuGH 28.3.1996 – C-272/94 (Guiot); EuGH 23.11.1999 – C-369/96 und C-376/96 (Arblade u.a.); EuGH 25.10.2001 – C-49/98 (Finalarte); EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (Portugaia Construções); EuGH 12.10.2004 – C-60/03 (Wolff & Müller); EuGH 14.4.2005 – C-341/02 (Kommission/Deutschland).

20 EuGH (Fn 4).

21 EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (Entgeltumwandlung).

22 Zum aktuellen Stand und zur Kritik Dedring/Deml/Döring/Steffen/Zwiener, Rückkehr zur lebensstandardsichernden und armutsfesten Rente, Juli 2010, Kurzfassung auf <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/07350-20100716.pdf>.

Ein solcher „Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung für Arbeitnehmer/innen im kommunalen öffentlichen Dienst“ (TV-EUmw/VKA) war im Jahre 2003 zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di abgeschlossen worden. Nach § 6 dieses Tarifvertrags konnte diese betriebliche Altersvorsorge mittels Entgeltumwandlung aber nur bei bestimmten Versorgungsträgern aufgebaut werden – nämlich den öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen. Alternativ konnten sich die kommunalen Arbeitgeber_innen auch für eine Zusammenarbeit mit der Sparkassen-Finanzgruppe oder mit den Kommunalversicherern entscheiden. Auf dieser Grundlage schlossen dann eine Vielzahl großer Städte Rahmenvereinbarungen über die betriebliche Altersvorsorge ihrer Angestellten ab – und zwar direkt mit den tarifvertraglich bestimmten Versorgungsträgern und damit ohne europaweite Ausschreibung.

Weil damit andere Anbieter_innen von vornherein ausgeschlossen waren, folgte der Europäische Gerichtshof der Auffassung der Kommission, dass dies einen Verstoß gegen die Vergaberechts-Richtlinien darstelle²³. Nach Meinung des Gerichtshofs hätten alle Ziele, die mit der Beschränkung der Anbieter_innen verfolgt wurden oder werden konnten, auch über ein Ausschreibungsverfahren erreicht werden können. Auch hier wird also (ähnlich wie in den Urteilen zum Streikrecht) eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt.

2.4. Inhaltskontrolle von Tarifverträgen

Die Inhaltskontrolle von Tarifverträgen als solche ist im Gemeinschafts- und Unionsrecht im Grunde ein alter Hut. Für das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, das sich aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergibt, ist dies ausdrücklich geregelt²⁴. Entsprechendes gilt nach Art. 157 AEUV für die Kontrolle am Grundsatz der Entgeltgleichheit für Mann und Frau. Darüber hinaus misst der Europäische Gerichtshof Tarifverträge seit jeher an allen europarechtlichen Diskriminierungsverboten bzw. erwartet dies von den nationalen Gerichten²⁵.

Im Zuge der neueren Diskussion um die Bedeutung der Tarifautonomie im europäischen Recht ist die Frage aber nun wieder vor den EuGH gekommen, insbesondere durch zwei Vorlagen des Bundesarbeitsgerichts. Dabei geht es um die Tarifreform im öffentlichen Dienst; der bisher geltende Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT) wird vom Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) abgelöst bzw. soll abgelöst werden. Das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG) unterbreitete dem EuGH am 20.5.2010

23 Richtlinien 92/50/EWG (Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge) und 2004/18/EG (Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

24 Art. 45 AEUV; Art. 7 Abs. 4 der Arbeitnehmerfreizügigkeits-Verordnung 1612/68/EWG.

25 Z.B.: EuGH 16.9.2004 – C-400/02 (Merida); EuGH 24.9.1998 – C-35/97 (Kommission/Frankreich); EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou).

dazu zwei Vorlagebeschlüsse, die aufgrund der großen Bedeutung von BAT und TVöD im deutschen öffentlichen Dienst von immenser praktischer Relevanz sind:

2.4.1. Beurteilungs- oder Ermessensspielräume

Zum einen ging es um die Lebensaltersstufen im Vergütungssystem des bisher geltenden BAT²⁶. Es liegt nahe, dass diese unionsrechtlich als rechtswidrig, weil altersdiskriminierend, beurteilt werden müssen – im Gegensatz zu Anknüpfungen an die Berufserfahrung, die der EuGH bereits in bestimmten Grenzen gebilligt hatte²⁷.

Das BAG wirft nun die Frage auf, wer den rechtlichen Maßstab, an dem die Tarifparteien sich bei ihrer Regelung zu orientieren haben, in den Details festlegen kann. Insbesondere durch unbestimmte Rechtsbegriffe könnte der Gesetzgeber in bestimmten Fällen Beurteilungs- oder Ermessensspielräume für die Tarifautonomie eröffnen. Das BAG meint nun, es lohne sich zu erwägen, ob nicht die Tarifvertragsparteien des BAT „aufgrund ihrer Sachnähe und im Interesse der Praktikabilität des tariflichen Entgeltsystems im Rahmen einer pauschalisierenden Betrachtung zu der Annahme befugt [waren], dass mit einem höheren Lebensalter typischerweise auch eine größere Berufserfahrung verbunden ist.“

2.4.2. Übergangsregelungen zur Schaffung rechtmäßiger Regelungen

Die zweite Frage bezieht sich auf die Rechtmäßigkeit des TVöD, der den BAT ablöst und keine Altersdifferenzierungen mehr enthält, sondern auf Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung abstellt²⁸. Die Überleitung vom BAT auf den TVöD wurde allerdings so vollzogen, dass der Besitzstand der Beschäftigten gewahrt wurde. Das hat zur Konsequenz, dass die Lebensaltersstufen fortwirken, wenn auch nur für eine befristete Übergangszeit, da die im alten BAT-System erworbenen Rechte im neuen TVöD-System nicht mehr 1:1 abgebildet, sondern sukzessive mit jedem Erreichen einer höheren Stufe oder einer Beförderung abgebaut werden. Insofern fragt das BAG nun den EuGH, „ob die Tarifvertragsparteien ein gesamtes Entgeltsystem, in dem einzelne Elemente gegen ein Diskriminierungsverbot verstoßen, unverzüglich und vollständig beseitigen müssen oder ob sie schrittweise vorgehen dürfen.“ Als Argument für eine Überleitungsbefugnis führt das BAG in erster Linie die Tarifautonomie an. Sie zwingt dazu zu berücksichtigen, dass einerseits eine sofortige Kürzung von Vergütungen von den Gewerkschaftsmitgliedern nicht akzeptiert worden wäre und andererseits die Arbeitgeberseite strikte Kostenneutralität des neuen Tarifsystems verlangt hatte und deshalb eine „Anpassung nach oben“ nicht akzeptiert hätte.

26 BAG 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 (A).

27 EuGH 3.10.2006 – C-17/05 (Cadman); siehe auch EuGH 17.10.1989 – C-109/88 (Danfoss).

28 BAG 20.5.2010 – 6 AZR 319/09 (A).

3. Worum geht es in der Sache? – Autonomie, Korporatismus und Globalisierung

Die aufgeworfenen Konflikte spiegeln den Widerspruch zwischen der notwendigen Europäisierung der Kollektivautonomie und ihrer nationalen Eingebundenheit ganz gut wieder.

3.1. Tarifautonomie im Kampf gegen die Globalisierung der Arbeitsmärkte

Wie stark die „Autonomie“ in nationale Regelungssysteme (die sich selbst in Umbrüchen befinden) eingebunden ist, macht vor allem der Streit um die Tariftreue deutlich. Die Gesetze zur Tariftreue, die in den vergangenen zehn Jahren in vielen Bundesländern nach großen Mühen durchgesetzt werden konnten – von Gewerkschaften und SPD im Bündnis mit anderen Parteien – lassen sich nur im Kontext der deutschen Debatte um den Mindestlohn angemessen bewerten. Mindestens vierzig Jahre lang war man hier allseits der Meinung, dass die Tarifautonomie die Aufgabe der Mindeststandardsetzung alleine meistern könne. Der DGB formulierte eine klare Position zugunsten eines allgemeinen Mindestlohns erst, als die sozialen Probleme des Niedriglohnssektors nicht mehr zu übersehen waren²⁹.

Auf Bundesebene hat sich ein Mindestlohn aber politisch bis heute nicht durchsetzen lassen, und die branchenbezogenen Mindestlöhne, die das AEntG ermöglicht, sind alles andere als flächendeckend. Angesichts dieser politisch verfahrenen Lage stellten die Tariftreuegesetze wichtige Erfolge gewerkschaftlicher Politik dar, die dennoch nicht darüber hinwegtäuschen konnten, dass sie letztlich eine politische Kompensation für das Scheitern einer effektiven Mindestlohnpolitik darstellten. Es ist kein Wunder, dass der EuGH vor allem mit dem Urteil „Rüffert“ in Deutschland auf Widerstand gestoßen ist und die deutsche Kritik an den Arbeitskämpfentscheidungen im Windschatten dieser Entscheidung lag. Denn mit der Entscheidung verschob der EuGH das Kräftegleichgewicht in einer ganz spezifischen politischen Situation, in der die bis heute nicht abgeschlossene Debatte um gesetzliche Mindestentgeltfestsetzung mit dem Wunsch nach der Abdichtung regionaler Arbeitsmärkte vor der (ost-)europäischen „Dumpinglohn“-Konkurrenz zusammen traf³⁰. Denn die Tariftreueerklärung stärkt auf einem jeweils begrenzten (Arbeits-)Markt tarifliche Standards und mit diesen die tarifgebundenen Unternehmen und Arbeitsmärkte vor Ort. Beim letzten Aspekt liegt aber die europarechtliche Problematik auf der Hand³¹.

Nach dem ersten Schock erfolgte eine Neuorientierung in der Mindestlohnpolitik. Die deutschen Gewerkschaften bemühen sich im Verbund mit der Sozialdemokratie mittler-

29 Siehe Beschluss des DGB-Bundesvorstands vom Mai 2006; auf dem 19. Ordentlichen DGB-Bundeskongress 2010 wurde nun die Forderung nach einem gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 Euro verabschiedet.

30 Siehe auch BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (Tariftreueerklärung) zu den möglichen sozialpolitischen Zielen der Tariftreue (u.a. „Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor“, die Entlastung der sozialen Sicherungssysteme sowie der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tarifgebundener Unternehmen).

31 Dazu schon Mühlbach, RdA 2003, S. 339 ff einerseits und Seifert, ZfA 2001, S. 23 ff andererseits.

weile (teils erfolgreich) darum, soziale Bindung bei öffentlichen Aufträgen mit Hilfe anderer Modelle zu verankern: Neun Bundesländer haben oder planen neue Gesetze, in denen die Einhaltung der Mindestlöhne nach dem Entsendegesetz verlangt, Sonderregeln für den Verkehrssektor verwendet oder vergabespezifische Mindestentgelte geregelt werden sollen³². Auch die Debatte um einen allgemeinen Mindestlohn hat spätestens mit Gutachten und Beschlüssen zum diesjährigen Deutschen Juristentag, der mit eindeutigen Mehrheiten einen Mindestlohn von 7,50 Euro befürwortete³³, wieder Schwung bekommen.

Auch die anderen der benannten Streitfälle lassen sich als Widerstreit zwischen der Stärkung eines regionalen oder national begrenzten Arbeitsmarktes und der ökonomischen Europäisierung und einem Wettbewerb der Rechtsordnungen³⁴ erkennen: Jeweils eröffneten sich Konflikte zwischen sozialdemokratischen Wohlfahrtsstaatsmodellen und Unternehmen aus den neuen Beitrittsstaaten Osteuropas³⁵, wobei die Europäisierung dabei für die Öffnung von Märkten und insofern auch für marktliberale Politik steht.

Im Fall der Entgeltumwandlung war der Aspekt sozialen Schutzes versteckter: Hier wollte man statt einer Ausschreibung auf diejenigen Versorgungseinrichtungen vertrauen, die den Tarifparteien bekannt waren; inwieweit dies tatsächlich „eine stärkere Einbeziehung der Arbeitnehmer und eine bessere Berücksichtigung ihrer Interessen [ermöglicht], als wenn der oder die Versorgungsträger von jedem einzelnen kommunalen Arbeitgeber im Rahmen eines Verfahrens zur Auftragsvergabe ausgewählt würden“³⁶, ist von außen allerdings schwer nachzuvollziehen. Das gewählte Modell wirkt so wie korporatistische Insider-Politik.

In der Problematik der Altersdiskriminierung wiederum stößt die europäische Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik mit ihrem Ziel einer Erhöhung der Beschäftigungsquote Älterer³⁷ geradezu offen auf die herkömmlichen Strukturen der Arbeitsmärkte und Sozialordnungen in den Mitgliedstaaten, in denen das Lebensalter eine zentrale Frage in der Strukturierung von (männlichen) „Normal“-Erwerbsbiografien spielt(e), indem der (rechtlich geschützte) Besitzstand mit dem Alter anwächst, während ältere Beschäftigte in der Regel nach und nach aus der Erwerbsarbeit gedrängt werden.

32 Siehe den Überblick von Schulten auf http://www.boeckler.de/275_107824.html#bersicht_ber_den_Stand_der_Tariftrueugesetze; vgl. boeckler impuls 12/2010.

33 Vgl. Waltermann, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010; Waltermann, NJW 2010, S. 801 ff.

34 Buckel/Oberndorfer in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung 2009, S. 277 ff.

35 Engle, GLJ 2010 schlägt sich deshalb auf die Seite, die er für die osteuropäische hält: „Now it is Eastern Europe's turn.“

36 So die Begründung der Bundesregierung (EuGH (Fn 21), Rn 54).

37 Zuletzt wieder in „Europa 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“, KOM(2010) 2020 endg.

3.2. Die Reichweite der Richtigkeitsvermutung von Kollektivverträgen

Aufgrund der offensichtlichen Parallelen des Diskriminierungsschutzes zur Beschäftigungspolitik scheinen einige Autor_innen zu hoffen, die Kritik am EuGH gewinne an Durchschlagskraft, wenn sie mit einer Denunziation des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutzes verbunden werde. Höpner meint sogar³⁸, die Urteile im Diskriminierungsschutz seien nicht mit Sozialpolitik zu verwechseln, weil sie vor allem „marktbefähigende“ Züge trügen. Damit wird Sozialpolitik auf „Kompensation“ für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer reduziert und vernachlässigt, dass doch jeglicher arbeitsrechtliche Schutz auch arbeitsmarktregulierende Wirkungen hat. Die sozialpolitischen Ziele des Diskriminierungsschutzes unterscheiden sich zwar von den herkömmlichen Modellen sozialen Schutzes in den Mitgliedstaaten; gerade deshalb haben sie aber sozialpolitisch wichtige Handlungsmöglichkeiten von bisher rechtlosen Akteur_innen geschaffen. Schließlich hat der Diskriminierungsschutz³⁹ bürger- und menschenrechtliche Dimensionen, die sich gerade auch gegen korporatistische Schließungen und Exklusionen richten können.

Insofern enthält die Europäisierung der Sozialpolitik auch Momente, die gesellschaftliche Öffnungen fördern können. Sie impliziert damit die Frage, inwieweit Kollektivverträge und die Tarifautonomie selbst ausreichend legitimiert sind⁴⁰. Denn gerade deren Einbindung in korporatistische Strukturen und Traditionen sowie die „private“ Legitimation durch die Mitglieder kann problematische Schließungen mit sich bringen. Weshalb soll den Tarifparteien mehr erlaubt sein als einem einzelnen Unternehmen und Arbeitgeber?

In rechtlicher Form sind solche Fragen immer wieder anlässlich des Diskriminierungsschutzes diskutiert worden. Das Ergebnis lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Systeme der Kollektivverhandlungen und des Arbeitskampfs organisieren wirtschaftliche Gegenmacht der Beschäftigten gegenüber dem Arbeitgeber; wirkliche Tarifautonomie erfordert deshalb Handlungs- und Einschätzungsspielräume auf dieser („vertikalen“) Ebene – im deutschen Recht auch als „Richtigkeitsvermutung“ der Tarifverträge bezeichnet⁴¹. Die eingeschränkte Inhaltskontrolle von Tarifverträgen, die sich daraus ergibt, kann als „Verbot der Tarifzensur“ bezeichnet werden⁴². Es gilt aber nur, soweit auch die Gegenmacht reicht; diese kann keine Vermutung für den richtigen („horizontalen“) Ausgleich der Interessen unterschiedlicher Beschäftigtengruppen legitimieren. Damit kann der Tarifautonomie kein Vorrang gegenüber dem Gleichheitssatz zukommen⁴³.

38 Höpner, WSI-Mitt. 2009, S. 411.

39 Schiek, Einl, in: Schiek (Hrsg.), AGG, 2007.

40 Zu den Chancen und Schwierigkeiten einer demokratischen Legitimation der Mitbestimmung ausführlich Demirović, Demokratie in der Wirtschaft, 2007.

41 Kempen, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, Grundl, Rn 94 f: „Richtigkeitschance“ statt „Richtigkeitsgewähr“.

42 Wank/Schmidt, RdA 2008, S. 264: Aus Tarifautonomie folgt Verbot der Tarifzensur.

43 Diese Verrechtlichung der Inhaltskontrolle bei Diskriminierungsschutz und Gleichbehandlungsrechten entspricht dem geltenden Recht nach herrschendem deutschem Verständnis (BAG 20.5.2010 – 6 AZR 148/09 (A), Rn 32).

Der Bezug auf die Richtigkeitsvermutung als Grundlage für eine Beschränkung der Inhaltskontrolle zeigt weitere mögliche Grenzen auf: Die Richtigkeitsvermutung geht letztlich auf „Gegenmacht“-Überlegungen zurück, die von Ideen eines wirtschaftlichen Gleichgewichts geprägt sind⁴⁴. Der entstehende „Markt“ der Kollektivverhandlungen funktioniert aber nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich nur wenn eine annähernde Kongruenz von Organisationsinteressen und repräsentierten Interessen angenommen werden kann⁴⁵. Es bedarf damit eines rechtlichen bzw. gesetzlichen Regelungsrahmens dafür, dass die Organisationen, die Tarifaufonomie für sich in Anspruch nehmen, tatsächlich „Gewerkschaften“ sind – also eines Regelungsrahmens für die „Repräsentativität“ oder die „Tariffähigkeit“. „Autonomie“ ist insofern mehr als nur „Freiheit“ von Eingriffen⁴⁶.

4. Rechtliche Antworten: Inhaltskontrolle und regulierte Einschätzungsprärogative

Wie kann aber diesen widersprüchlichen Anforderungen im Unionsrecht Rechnung getragen werden? Generalanwältin Trstenjak hatte u.a. im vergaberechtlichen Vertragsverletzungsverfahren (Entgeltumwandlung) Schlussanträge vorgelegt, die das Verhältnis von europäischem Wirtschaftsrecht und Tarifaufonomie in grundsätzlicher Weise behandeln. Sie fasst dabei die bisherige Diskussion zutreffend unter drei Argumentlinien zusammen.

4.1. Die Tarifaufonomie als Bereichsausnahme oder Ausnahmebereich der Grundfreiheiten

4.1.1. Bereichsausnahme Tarifaufonomie

„Die erste Argumentationslinie geht von der Annahme aus, dass Tarifverträge [...] vom Geltungsbereich der primärrechtlichen Wettbewerbsregeln ausgenommen seien. Diese wettbewerbsrechtliche Bereichsausnahme sei auf die Grundfreiheiten übertragbar.“ Diese Argumentation⁴⁷ beruft sich in der Regel auf frühere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, insbesondere das Urteil in der Rechtssache „Albany“. In diesem Fall hatte sich ein Textilunternehmen gegen den Antrag der Tarifparteien gewandt, der Staat möge die Mitgliedschaft in dem tariflich geschaffenen Betriebsrentenfonds für alle Unternehmen im Textilgewerbe verbindlich erklären. Der EuGH hatte anlässlich dieser Konstellation klargestellt, dass Kollektivverträge nicht an das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG) gebunden sind⁴⁸. In „van der Woude“ akzeptierte er entspre-

44 Vgl. Kocher, DB 2010, S. 900 ff.

45 Blanke, KJ 2004, S. 2 ff (S. 11 ff) zur Gefahr der Instrumentalisierung der Tarifaufonomie im Interesse einer „verhandelten Deregulierung“.

46 So auch Holoubek (Fn 18), Art. 28, Rn 9; Rn 15.

47 Däubler, AuR 2008, S. 412 f; Kingreen/Pieroth/Haghgu, NZA 2009, S. 870 ff.

48 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (Albany), C-115-117/97 (Brentjens) und C-219/97 (Drijvende Bokken).

chend, dass Arbeitgeberprämien zu tariflichen Krankenversicherungen nur an bestimmte Versicherer zu zahlen waren⁴⁹.

In der neueren Entscheidung zur Entgeltumwandlung kam der EuGH nun zu einem faktisch gegenteiligen Ergebnis, ohne sich fundamental von der alten Rechtsprechung zu distanzieren – indem er das unterschiedliche Verhältnis von Tarifautonomie zur Kartellkontrolle einerseits und zu den Grundfreiheiten andererseits betonte⁵⁰.

Ein anderer Einwand gegen das Argument „Bereichsausnahme“ ist aber weit gewichtiger: Auch nach dem Modell „Albany“ stelle „die Nichtgeltung der Wettbewerbsregeln im Verhältnis zu tarifvertraglichen Vereinbarungen keinen Automatismus [dar], sondern [sei] vielmehr im Einzelfall zu ermitteln“⁵¹. Denn von der Bereichsausnahme sollten von Anfang an nur Vereinbarungen erfasst sein, „die zwischen den Sozialpartnern im Rahmen von Tarifverhandlungen [und] zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen geschlossen worden sind“⁵². Die hier angesprochene Prüfung unternimmt der EuGH im Urteil zu Entgeltumwandlung – nun allerdings mit negativem Ergebnis. Seine abstrakte Definition des legitimen Tarifvertrags ähnelt verdächtig der Bestimmung legitimer Arbeitskämpfe im „Viking“-Urteil. Wenn man genauer hinschaut, unterscheiden sich die Rechtskonstruktionen in „Albany“ und in „Viking“ gar nicht weit voneinander⁵³. Das zweite Argument gegen die Annahme einer „Bereichsausnahme“ ist systematischer Art: Die kollektiven sozialen Grundrechte setzen ja nur die Idee fort, Kollektivautonomie könne und müsse auch auf einer transnationalen Ebene von Bedeutung sein.

4.1.2. Ausnahmbereich Art. 153 Abs. 5 AEUV

Die Europäische Union hat allerdings in weiten Bereichen des Grundrechts der Kollektivverhandlungsfreiheit wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV keine eigenständige Regelungskompetenz⁵⁴. Auch dies macht diesen Bereich zu einem „Ausnahmbereich“. Allerdings ist das Tarifvertragsrecht in der Norm gerade nicht als Ausnahmbereich benannt. Mit einer (autonomen)⁵⁵ Auslegung der Kompetenzgrenzen wären damit nur Koalitions- und Arbeitskämpfe im engeren Sinn ausgeschlossen⁵⁶.

Noch schwerer ist die Frage beantworten, ob dem „Stopp-Schild“ des Art. 153 Abs. 5 AEUV überhaupt rechtliche Wirkungen außerhalb seines unmittelbaren Anwendungsbereichs zukommen kann und wie diese zu konstruieren sind. Denn eigentlich sagt die

49 EuGH 21.9.2000 – C-222/98 (van der Woude).

50 EuGH (Fn 21).

51 Trstenjak, Schlussanträge in der Rechtssache C-271/08, Fn 59.

52 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (Albany).

53 Siehe schon Kocher, AuR 2009, S. 332 ff.

54 Siehe oben bei Fn 7. Zum Problem siehe z.B. Franz (Fn 14), Rn 3751 f; Rn 3680; Rn 3684 f; Krebber (Fn 14), Art. 137 EGV, Rn 2.

55 Krebber (Fn 14), Art. 137 EGV, Rn 9; Rebhahn/Reiner (Fn 8), Art. 137 EGV, Rn 56.

56 Franz (Fn 14), Rn 3694; Langenfeld/Benecke (Fn 9), Art. 137 EGV, Rn 100; Boecken (Fn 10), Art. 137 EGV, Rn 110; Rebhahn/Reiner (Fn 8), Art. 137 EGV, Rn 58; Schlachter, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht. Handbuch, 2006, Kap. 39, Rn 137, aA Krebber (Fn 14), Art. 28 GRCh Rn 7; Art. 137 EGV, Rn 11.

Norm nur etwas über die Kompetenzgrenzen der Gesetzgebung der Europäischen Union. In der Regel wird die Reichweite des Ausnahmebereichs auf den Anwendungsbereich des Art. 153 Abs. 5 AEUV begrenzt⁵⁷. Angesichts der Tatsache, dass der europäische Gesetzgeber in diesem Bereich den Wertungen der Rechtsprechung keine eigene Rechtssetzung entgegen setzen kann, wird man der Norm darüber hinaus jedenfalls ein Gebot der „Zurückhaltung“ gerade für die Rechtsprechung entnehmen müssen – das allerdings der Übersetzung in juristische Kategorien bedarf⁵⁸.

Unabhängig davon ist die Frage zu stellen, welche Regelungsziele ein solcher Ausnahmebereich sinnvoll erreichen kann. Das Vertrauen, auf diese Weise einen Schonungsbereich für die Sozialpolitik zu erhalten, kann leicht in eine Sackgasse führen. So leicht sind Wirtschaft und Soziales, Grundfreiheiten und soziale Rechte nicht voneinander zu trennen. Ein Kriterium wie das der „Ausnahme“, das letztlich historisch-kulturell vorwiegend damit begründet ist, dass die mitgliedstaatlichen Traditionen zu weit auseinander seien, um einer Harmonisierung zugänglich zu sein, gibt kein zureichendes sachliches Wertungskriterium ab, mit dessen Hilfe sich Konfliktkonstellationen entscheiden ließen. Das einzige materielle Kriterium, das sich dem Art. 153 Abs. 5 AEUV entnehmen lässt, ist aber⁵⁹: Kollektivverhandlungen funktionieren derzeit allein auf der nationalen Ebene und sind als „sensible“ nationale Vorbehaltsbereiche zu schützen⁶⁰. Dies wird auf Dauer nicht ausreichen, wenn es nicht gelingt, den Ausnahmebereich darüber hinaus materiell-inhaltlich abzugrenzen.

Statt darauf zu vertrauen, die Sozialpolitik könne auf Dauer in einem „geschützten“ nationalstaatlichen Raum stattfinden, wird man nicht umhin kommen, Wege zu finden, wie die nationalen Kollektivverhandlungssysteme in einem integrierten Wirtschaftsraum wirksam in Szene gesetzt werden können⁶¹. Auf einem solchen Weg zu europäischen Wirkungen und Koordinationen der Sozialpolitik ist die Anerkennung der Kollektivverhandlungsautonomie als Grundrecht auf europäischer Ebene von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Das Grundrecht stellt dann aber ein rechtliches Argument dafür dar, dass Kollektivverhandlungen und Arbeitskämpfe im Prinzip in den Anwendungsbereich des Europarechts fallen⁶².

57 Rebhahn/Reiner (Fn 8), Art. 137 EGV, Rn 56; Rn 57 (auch die Entsenderichtlinie habe nicht auf dieser Grundlage ergehen können); etwas enger Boecken, (Fn 10), Art. 137 EGV, Rn 106: Die Wertungen des Art. 137 EGV müssen auch bei den anderen Kompetenzgrundlagen berücksichtigt werden, auch wenn die Sperrwirkung bei Art. 94 oder Art. 308 nicht unmittelbar greift; Boecken (Fn 10), Art. 137 EGV, Rn 104.

58 Ausführlich Kocher, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung 2009, S. 161 ff.

59 Siehe schon oben unter I.

60 Entsprechend gilt die Ausnahme auch für Sozialpartnervereinbarungen nach Art. 155 (Boecken (Fn 10), Art. 137 EGV, Rn 105; Langenfeld/Benecke (Fn 9), Art. 137 EGV, Rn 97).

61 Vgl. Ahlberg/Bruun/Malmberg, Transfer 2006, S. 163; siehe auch Beerhorst/Urban (Hrsg.), Handlungsfeld europäische Integration. Gewerkschaftspolitik in und für Europa, 2005.

62 EuGH (Viking) (Fn 4), Rn 37; Trstenjak (Fn 51), Rn 80.

4.2. Drittwirkung der Grundfreiheiten?

„Eine zweite Argumentationslinie setzt bei dem Prinzip der fehlenden Drittwirkung der Grundfreiheiten an.“⁶³ Der EuGH nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass Tarifverträge am europäischen Recht (insbesondere an den Diskriminierungsverboten sowie an den Grundfreiheiten) gemessen werden müssen. Er setzt damit eine Rechtsprechungslinie fort, die insbesondere Sportverbände betraf und derzufolge die Grundfreiheiten nicht nur für Akte der staatlichen Behörden gelten, sondern sich auch auf Regelwerke anderer Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv regeln sollen⁶⁴. Begründet wird das mit dem „effet utile“ und einer Einordnung der Tarifparteien als quasi-öffentliche Rechtssetzer. Das Effektivitätsargument gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man berücksichtigt, mit welcher Vielfalt an Regelungsinstrumenten in den Mitgliedstaaten Arbeitsbedingungen geregelt werden. Ein und derselbe Regelungsgegenstand wird durch Gesetze oder Verordnungen, durch Branchentarifverträge, durch betriebliche Regelungen, oder auch in einem Zusammenspiel von Gesetz und Kollektivvertrag (wie in Deutschland durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung) geregelt. Es wäre tatsächlich schwer nachvollziehbar, wenn die Umsetzung von Unionsrecht sich allein abhängig vom Regelungsinstrument in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gestalten würde.

Allerdings unterwirft der EuGH nicht nur bindende tarifliche Regelungen, sondern auch (verhandlungsbegleitende) Arbeitskämpfmaßnahmen der Drittwirkung, und dies mit dem wenig überzeugenden Argument, sie seien „als untrennbar mit dem Tarifvertrag anzusehen“⁶⁵.

Darüber hinaus lässt die Konstruktion des EuGH die Differenz zwischen privaten und öffentlichen Rechtssetzern außer Acht. Durch die vom EuGH gewählte Konstruktion der unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten werden private Eingriffe an denselben Maßstäben gemessen wie staatliche Eingriffe: Private werden auf ein Allgemeininteresse verpflichtet, obwohl ihr Handeln in der Regel wirtschaftlichen oder kollektiven Interessen dient, die mit den Grundrechten als legitime Interessen anerkannt sind. Die Mehrheit der Literatur jedenfalls im deutschsprachigen Raum plädiert deshalb für eine lediglich mittelbare Drittwirkung⁶⁶. An dieser Konstruktion hatte sich der EuGH schon in den Fällen „Kommission/Frankreich“ und „Schmidberger“ (Brenner-Blockade) orientiert⁶⁷. Dort wurde gefragt, ob die Mitgliedstaaten im Interesse der Meinungsfreiheit und des Demonstrationsrechts berechtigt waren hinzunehmen, dass die Waren-

63 Trstenjak (Fn 51), Rn 50.

64 EuGH (Viking) (Fn 4).

65 EuGH (Viking) (Fn 4), Rn 36.

66 Jarass, EuR 2000, 705, 716; Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 465; Burgi, EWS 1999, 327, 330; Kainer, JuS 2000, 431, 432; Kingreen in: Calliess/Ruffert (Fn 14), Art. 28/29/30 EG, Rn. 116; Röthel, EuR 2001, 908, 914; Kluth in: Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 47; genauso für Arbeitskämpfungsfälle Thüsing, RdA 2007, S. 308; eingehend zur Debatte Pießkalla, NZA 2007, S. 1144 ff.

67 EuGH 9.12.1997 – C-265/95 (Kommission./Frankreich); EuGH 12.6.2003 – C-112/00 (Schmidberger).

verkehrsfreiheit durch politische Demonstrationen an den Grenzen beschränkt wurde. In beiden Entscheidungen bejahte der EuGH diese Möglichkeit: Die Mitgliedstaaten müssten zwar die Grundfreiheiten schützen, dürften sie aber in eine Abwägung mit mitgliedstaatlichen nationalen Grundrechten bringen. Eine entsprechende Konstruktion für die Fälle der Kollektivverhandlungsfreiheiten würde danach fragen, ob der jeweilige Mitgliedstaat berechtigt war, das gewerkschaftliche oder tarifliche Handeln zu erlauben, um damit die Grundrechte der Arbeitskampffreiheit bzw. die Tarifautonomie zu schützen⁶⁸. Damit würde der Tatsache Rechnung getragen, dass hier Rechte Privater gegeneinander stehen und in ein Verhältnis zueinander gebracht werden müssen. Stattdessen gelingt es den Arbeitskampfentscheidungen des EuGH („Viking“ und „Laval“) mit der Konstruktion der unmittelbaren Drittwirkung nicht, die Grundfreiheiten mit den Grundrechten in ein angemessenes Verhältnis zu setzen⁶⁹. Da die Gewerkschaften von dem Grundrecht Gebrauch machten und es nicht „schützten“, wurde auch nicht danach gefragt, ob der Arbeitskampf dem Grundrecht diene; so ging das Grundrecht im traditionellen Prüfungsschema des ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ auf, und die Arbeitsk Kampfmaßnahmen wurde einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen, die den Beweis verlangte, dass die Maßnahme materiell dem „Schutz der Arbeitnehmer“ diene.

4.3. Das Grundrecht der Kollektivverhandlungsfreiheit (Art. 28 GRC)

Und damit sind wir beim zentralen Ansatzpunkt: „Eine dritte Argumentationslinie setzt bei der Einordnung der Tarifautonomie als sozialem Grundrecht und dem Verhältnis zwischen den Grundrechten und den Grundfreiheiten an.“⁷⁰

4.3.1. Rechtsquellen und Reichweite des Grundrechts

Seit dem Lissabon-Vertrag gilt nach Art. 28 der Grundrechte-Charta „das Recht [der Arbeitnehmer_innen, Arbeitgeber_innen und ihrer Organisationen], Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.“ Die positivrechtliche Anerkennung des Rechts wurde kurz zuvor noch „überholt“ von der Rechtsprechung des EuGH gerade in den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“⁷¹, die das Recht auf kollektive Maßnahmen bereits als Grundrecht auf der europäischen Ebene anerkannten. Hierfür gibt es eine ganze Reihe einschlägiger Rechts-

68 Kocher (Fn 58); Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 464 f; Kingreen (Fn 66), Rn 116; Kluth, AöR 122 (1997), 557, 570.

69 Auch Generalanwältin Trstenjak (Fn 51), Rn 179 ff) äußerte sich aus diesem Grund kritisch zur Rechtsprechung in Viking und Laval; genauso bereits ausführlich Kocher (Fn 58).

70 Trstenjak (Fn 51), Rn 179 ff), Rn 51.

71 EuGH (Viking) (Fn 4), Rn 37; Holoubek (Fn 18), Art. 28, Rn 11; Trstenjak (Fn 51, Rn 179 ff), Rn 79 (Lissabon-Vertrag „verfestigt“ nur).

quellen als Bezugspunkte. Art. 28 EGRC stützt sich auf Art. 6 der Europäischen Sozialcharta SC sowie auf Nr. 12-14 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer aus dem Jahre 1989⁷². Die Gewerkschaftsfreiheit ist auch in Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention geregelt, zu der es einschlägige Rechtsprechung des EGMR gibt⁷³. Auch die ILO Konvention Nr. 154 über Kollektivverhandlungen regelt diesen Bereich. Dazu kommt der schwierige Bezug auf die „Verfassungen der Mitgliedstaaten“⁷⁴. Dies alles macht die Bestimmung des Schutzbereichs im Einzelnen nicht leichter⁷⁵ – und gibt letztlich dem EuGH einen breiten Bewegungsspielraum. An Rechtsfolgen ergibt sich jedenfalls wohl mindestens, dass die Unionsorgane (einschließlich des EuGH) darauf zu achten haben, dass z.B. das Streikrecht indirekt auch dort nicht beeinträchtigt wird, wo es außerhalb der Regelungskompetenz der Union liegt⁷⁶. Zum Teil wird auch ein Verschlechterungsverbot abgeleitet⁷⁷.

4.3.2. Gleichwertigkeit mit den Grundfreiheiten? Die Fallstricke der Abwägung

Was bedeutet aber die Anerkennung des Grundrechts konkret in einem Konflikt mit Grundfreiheiten? Gleichrangigkeit im Sinne „praktischer Konkordanz“, wie sie oft gefordert wurde⁷⁸, würde bedeuten, dass jeweils nicht nur eine Beschränkung von Grundfreiheiten im Interesse der Grundrechte zu prüfen ist, sondern spiegelbildlich eine mögliche Beschränkung von Grundrechten durch Ausübung von Grundfreiheiten zu rechtfertigen ist⁷⁹.

Die eingeforderte Gleichrangigkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten ist in der Rechtsprechung des EuGH im Prinzip durchaus anerkannt und nicht grundsätzlich in Frage gestellt⁸⁰. Zwar findet sich in den Entscheidungen Viking und Laval die spiegelbildliche Gleichwertigkeit der Rechtspositionen nicht wieder⁸¹. Allerdings hatte dies in den konkreten Entscheidungen (wie oben dargestellt) viel mit der Konstruktion der unmittelbaren Drittwirkung zu tun und enthält insofern keine Aussage zum abstrakten Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten.

Jedoch lässt sich auch fragen, ob die Gleichwertigkeit/Gleichrangigkeit wirklich einen ausreichenden Schutz der Grundrechte bewirken kann. Letztlich liefe dies auf ein Ab-

72 Holoubek (Fn 18), Art. 28, Rn 5 ff („inkorporierte Rechtsquellen“); zu Entstehungsgeschichte und Diskussion um Art. 28 im Konvent siehe Holoubek aaO., Rn 1f.

73 Genauer Franz (Fn 14), Rn 3686 ff; Lörcher, AuR 2009, S. 229 ff; Seifert, KritV 2009, S. 357 ff.

74 Franz (Fn 14), Rn 3701 ff.

75 Zum Problem siehe auch Kocher, IntJournCompLabLawIndRel 2008, S. 385 ff.

76 Franz (Fn 14), Rn 3690; Rn 3756; a.A. Krebber (Fn 14), Art. 28 GRCh Rn 3 f („überflüssige Norm“, da Ausmaß der Gewährleistung und Gestaltung wegen Art. 153 Abs. 5 allein bei den Mitgliedstaaten liege).

77 Vgl. Krebber (Fn 14), Art. 28 GRCh Rn 8.

78 Siehe Nachweise Fn 5.

79 Trstenjak (Fn 51), Rn 181; Rn 204.

80 Franz (Fn 14), Rn 3705 ff; Rn 3713 ff; Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, Rn 41; Holoubek (Fn 18), Art. 28, Rn 12; zur Rechtsqualität der Grundrechte siehe schon Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, S. 130 ff; Holoubek aaO, Rn 22 weist darauf hin, dass auch die Frage der Drittwirkung der Grundrechte gegen Arbeitgeberbände oder Konzerne offen sei.

81 So auch die Kritik von Trstenjak (Fn 51).

wägungsprinzip hinaus, das die Gefahren für die Tarifautonomie alles andere als bannen kann⁸². Dies zeigt nun das Urteil zur Entgeltumwandlung deutlich auf: Mit der Annahme der Gleichrangigkeit geht notwendig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einher, die genau diejenigen Gefahren für die Tarifautonomie verwirklicht, die sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH finden. Bezeichnenderweise fallen sowohl der Generalanwältin als auch dem EuGH durchweg unionsrechtskonforme Lösungen ein, mit denen sich die sozialen Ziele, die als Argument für die Tarifautonomie angeführt worden waren, ebenfalls hätten erreichen lassen⁸³. Sie nehmen dabei eine umfassende inhaltliche Verhältnismäßigkeitskontrolle und Abwägung vor und beanspruchen sogar, die „Konsensfähigkeit“ entsprechender Alternativlösungen in den Tarifverhandlungen zu bewerten.

Tarifautonomie heißt aber in erster Linie Einschätzungsprärogative der Tarifparteien – und das bedeutet Autonomie demokratisch-politischer Entscheidungen durch kollektive Organisationen. Rechtstechnisch ließe sich eine solche Autonomie durch eine Einschätzungsprärogative im Rahmen der tariflichen Ziele und der Erforderlichkeitsprüfung berücksichtigen

Einschätzungsprärogativen enthalten ja im Grunde Kompetenzzuweisungen an andere Institutionen und sind das Mittel der Wahl, mit dem Gerichte ihre eigenen Kompetenzgrenzen wahren können. Der EuGH verwendet die Figur der Einschätzungsprärogative (ohne sie als solche zu bezeichnen) nicht nur dort, wo er den Mitgliedstaaten sozialpolitische Entscheidungen überlässt, sondern auch in den genannten Entscheidungen zur Tarifautonomie – in diesen spricht er den Tarifparteien allerdings durchgehend eine Einschätzungsprärogative ab. So betont der EuGH in der Entscheidung zur Entgeltumwandlung, dass die fachliche und finanzielle Leistungsfähigkeit auch privater Anbieter_innen von Rentenversicherungsverträgen durch europäische Vorgaben ausreichend gewährleistet sei, also nicht noch durch eigene Instrumente der Tarifparteien (wie die Vorauswahl im Fall der Entgeltumwandlung) zusätzlich gesichert werden müsse (und dies auch nicht dürfe). Selbst die „Arbeitnehmerakzeptanz“ der Entgeltumwandlung wird von einer tarifpolitischen Entscheidung, die den Tarifparteien unterliegen könnte, in eine wirtschaftliche Entscheidung umgemünzt, die durch europäisches Recht bereits geregelt sei: „Mit der Verpflichtung zur Beachtung des primärrechtlichen Transparenzgebots bzw. der Vergaberichtlinien würde nämlich ein intensiverer, gemeinschaftsweiter Wettbewerb zwischen den Versorgungsträgern ausgelöst, was als besondere Garantie dafür gelten würde, dass den Arbeitnehmern letztlich das günstigste Angebot zur Durchführung der Entgeltumwandlung unterbreitet würde. Es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise dies zu einer Schmälerung der Arbeitnehmerakzeptanz führen könnte.“⁸⁴ Die eigenständige politische Funktion der Tarifautonomie wird hier gerade geaugnet statt anerkannt.

82 Siehe auch die Kritik der praktischen Konkordanz von Andreas Fischer-Lescano, KJ 2008, S. 166 ff.

83 Trstenjak (Fn 51), Rn 215 ff. EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (Fn 21), Rn 54 ff.

84 Trstenjak (Fn 51), Rn 223.

5. Zusammenfassung: Handlungsspielräume der Tarifpolitik und „Gewährleistungsverantwortung“ des nationalen Gesetzgebers

Solange nicht auf breiterer Ebene autonome kollektive Aktivitäten auf europäischer Ebene wirksam sind, beschränkt sich die Bedeutung des europäischen Grundrechts auf Kollektivverhandlungsautonomie darauf, der Infragestellung nationaler sozialpolitischer Modelle durch die Grundfreiheitsrechtsprechung Einhalt zu gebieten. Von „Postneoliberalismus“ kann insofern (noch) keine Rede sein.

Dabei geht es letztlich um Fragen von Letztentscheidungskompetenzen, und zwar nicht nur im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten, sondern auch zwischen (europäischem) Staat und Zivilgesellschaft bzw. Tarifparteien. Hierfür ist es mit der bloßen Anerkennung einer „Gleichwertigkeit“ von Grundrechten und Grundfreiheiten nicht getan. Vielmehr geht es darum zu verhindern, dass (tarif-)politische Logiken gegen wirtschaftliche Logiken ausgespielt werden und entsprechende Entscheidungsprärogativen der Tarifparteien anerkannt werden.

Für den Fall „Viking“ hieße dies zum Beispiel, es der Kollektivautonomie zu überlassen, ob die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats (Estland) tatsächlich als „Billigflaggen“-Rechtsordnung eingeschätzt werden darf oder nicht – denn auf der europäischen Ebene werden die sozialpolitischen Fragen, die eine Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen begründen könnten, gerade nicht geregelt; und die Eigenständigkeit der Sozialpolitik verhindert, dass die neoliberale Annahme, jede Marktöffnung führe zum sozialen Fortschritt, ein rechtliches Argument sein kann.

Postneoliberale Hoffnungen könnten jedoch auch im Zusammenstoß der nationalen Modelle korporatistischer Schließungen und Exklusionen mit dem europäischen Marktöffnungsmodell liegen. Deren Potenziale sind aber noch kaum erschlossen und letztlich von europäischen Bewegungen abhängig. So stellt der EuGH in „Laval“ zwar zu Recht in Frage, ein lettischer Tarifvertrag ohne weiteres als im Vergleich zu einem schwedischen Tarifvertrag als „wertlos“ behandelt wird. Er sieht aber nicht, dass die Differenzierung und „Diskriminierung“ zwischen Tarifsyste­men in Europa solange legitim sein muss, als es keine europäischen Politiken in diesem Bereich gibt. Denn Kollektivverhandlungsautonomie kann ja nur soweit legitim sein, als gewährleistet ist, dass sie tatsächlich von politisch-repräsentativen kollektiven Organisationen wahrgenommen wird. Sie bedarf insofern eines gesetzlichen Rahmens. Es bedarf insofern entsprechender Regelungsspielräume und -optionen der Mitgliedstaaten, insbesondere was die prozedurale Repräsentativitätskontrolle ausländischer Tarifverträge angeht. Denn die staatliche „Gewährleistungsverantwortung“ für die Kollektivverhandlungsautonomie kann zurzeit nach wie vor nur auf der mitgliedstaatlichen Ebene wahrgenommen werden.

Globale Soziale Rechte. Kämpfe ums Recht im Postneoliberalismus

Kolja Möller

„Reflexiv einsetzende Programme müssen dabei stets rekonstruktiv Entwicklungen nachgehen, die zu Krisen geführt haben, und sich stets prospektiv auf Bedingungen möglicher Überwindung einlassen.“¹

Bisher sind die Antworten der G20 auf die weltweite Wirtschafts- und Finanzkrise dadurch gekennzeichnet, dass sie die Grundstrukturen des finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregimes nicht antasten. Im Gegenteil: Die G20 halten an „gestärkten Finanzmärkten, Marktdisziplin, Dynamismus und Innovation an den Märkten“ fest.² Eine grundsätzliche Abkehr vom Finanzmarktkapitalismus ist nicht in Sicht. Zwar untergraben die nationalstaatlichen Rettungspläne kurzfristig mit Investitionsprogrammen oder Verstaatlichungen die Glaubenssätze eines möglichst schlanken Staates jenseits von „big government“. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Regierungen solche Maßnahmen offensiv zu Notstandsmaßnahmen erheben, die nötig sind, um die Struktur des bestehenden Akkumulationsregimes zu erhalten. Demgegenüber kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass die Krise der Weltwirtschaft nicht nur eine Finanzkrise darstellt. Einerseits liegen die Ursachen der Krise tiefer in der neoliberalen Regulationsweise der Weltwirtschaft, die seit den 1980er Jahren systematisch auf die Liberalisierung der Märkte (auch der Finanzmärkte) gesetzt hat.³ Andererseits machen qualitativ neue Gefährdungslagen jenseits der Finanzmarktkrise auf sich aufmerksam, zu denen insbesondere die globale Umwelt- und Klimakrise zählt. Die aktuellen Krisenphänomene setzen sich zur einer organischen Krise des globalisierten Kapitalismus zusammen, die ebenso die damit verbundenen Sozial- und Naturverhältnissen umfasst. Deshalb kann ein angemessener Zugriff auf die weltweite Krise eben nicht nur darin bestehen, den Blick auf die „entfesselten“ Finanzmärkte und die Selbstbedienungsmentalität der Managerklasse zu richten. Insbesondere das (Welt-) Recht und die institutionalisierte Politik sind nicht die unschuldigen Sozialsysteme, die eine entfesselte Spekulationsblase überwältigt hat. Vielmehr zeichnen sich politische und rechtliche Weichenstellungen ursächlich dafür verantwortlich, dass das finanzmarktgetriebene Akkumulationsregime auf eine förderliche rechtlich-politische „embeddedness“ zu-

1 Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, Kritische Justiz 1985, S. 128.

2 G20, Declaration- Summit on Financial Markets and the world economy, 15.11.2008, para 8.

3 Gill, Constitutionalizing inequality and the clash of globalizations, International studies review 4 (2002), S. 47 ff.

rückgreifen konnte: Vom Basel II-Abkommen und seinen „aufgeweichten“ Eigenkapitalanforderungen⁴ über das Finanzmarktförderungsgesetz der Bundesregierung bis zur Rechtsprechung des Zivilsenats Bankenrecht am Bundesgerichtshof⁵ – die Weichen wurden in Richtung Finanzmarktkapitalismus gestellt.

Das Irritierende in der aktuellen Situation besteht offensichtlich darin, dass die geteilte Parole in der Anti-Krisenpolitik der G20 lautet: Der Kapitalismus ist tot. Es lebe der Kapitalismus! Deutlich artikulierte Alternativen zur globalen Etablierung eines etwas stärker gerahmten Finanzmarktkapitalismus sind nur in Ansätzen erkennbar. Einige Think-Tanks und grüne Parteien plädieren für einen ökologischen Umbau der kapitalistischen Produktionsweise.⁶ Immerhin ist eine Revitalisierung der Diskussion um Wirtschaftsdemokratie auszumachen.⁷ Gleichsam wirken wirtschaftsdemokratische Alternativen oft hilflos gegenüber einer transnational vernetzten Weltwirtschaft. Im Folgenden soll ein Zugang ausgearbeitet werden, der eventuell aussichtsreicher in das postneoliberale Auseinandersetzungsfeld intervenieren kann. In den sozialen Bewegungen, die schon seit Jahren beharrlich auf die Krisentendenzen hingewiesen haben, gewinnt die Forderung nach „Globalen Sozialen Rechten“ zunehmend an Popularität.⁸ Darunter verstehen die Bewegungen von Belém bis San Francisco den sozialen und ökologischen Verwerfungen der Weltwirtschaft damit zu begegnen, dass sie Rechtsansprüche auf Nahrung, Mitbestimmung oder soziale Sicherung einfordern. Globale Soziale Rechte dienen als Ausdruck für einen Bestand an liberalen, sozialen und dritt-generationalen (bspw. das Recht auf eine intakte Umwelt oder das Recht auf Partizipation) Menschenrechten, aus denen ein gegenhegemoniales Projekt zu erwachsen scheint.⁹ Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass auf dem Wege zivilgesellschaftlicher Proteste, die globale Rechte „von unten“ zu generieren suchen, rechtspolitische Erfolge erzielt worden sind.¹⁰ Eine neue Kontextualisierung der Forderung nach Globalen Sozialen Rechten unter Bedingungen der Weltwirtschaftskrise steht jedoch noch aus und es stellt sich die Frage, wie auf diesem Wege ein Gegenentwurf zum marktliberalen Ordo der Weltwirtschaft entstehen kann.

4 So der FTD-Kolumnist Zeise, Ende der Party. Die Explosion im Finanzsektor und die Krise der Weltwirtschaft, 2009, S. 187.

5 Derleder, Subprime Judikatur. Die Bewältigung der Finanzkrise und die Anforderungen an eine risikoadäquate Zivilrechtssprechung, Kritische Justiz 2009, S. 3 ff.

6 Siehe Beitrag von Fütterer/Pichl in diesem Schwerpunkt.

7 Demirović, Demokratie in der Wirtschaft. Positionen – Probleme – Perspektiven, 2007; grundlegend: Naphali, Wirtschaftsdemokratie. Ihr Wesen, Weg und Ziel. Berlin, 1928; Šik, Humane Wirtschaftsdemokratie. Ein dritter Weg, 1979.

8 Seibert, Globale soziale Rechte, Kritische Justiz 2008, S. 333 ff.; siehe auch die Plattform www.globale-soziale-rechte.de (abgerufen am 29.10.2010).

9 Zum Überblick über die Menschenrechtsgenerationen siehe Riedel, Menschenrechte der dritten Dimension, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989, S. 9 ff.

10 Siehe beispielsweise die Einführung in den Heftschwerpunkt „Transnationales Recht“ der Kritischen Justiz, Fischer-Lescano/Hitzel-Cassagnes/Kocher/Mückenberger, Die Vielfalt transnationaler Rechtskreation „from below“, Kritische Justiz 2010, S. 1 ff.; ferner: Buckel, Feministische Erfolge im transnationalen Recht: Die juristische Aufarbeitung des japanischen Systems sexueller Sklaverei, Leviathan 2008, S. 54 ff.; Rajagopal International law from below. Development, social movements and third world resistance, 2003; Fischer-Lescano, Globalverfassung – Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005.

In einem ersten Schritt soll gezeigt werden, dass die Krisenreaktion der G20 weiterhin dem ökonomischen Liberalismus huldigt (1.). Michel Foucaults Analytik der liberalen Regierung dient als Folie, um zu demonstrieren, dass sich eine Analyse der globalen Krisenbewältigung nicht nur am Raster „mehr Markt“ vs. „mehr Regulierung“ abzuarbeiten hätte. Denn Foucault erläutert nachvollziehbar, dass die Tiefenstrukturen des Liberalismus weit über das Wechselspiel von wirtschaftspolitischer Liberalisierung und staatlicher Regulierung hinausgehen. Mit dem Liberalismus ist ein wesentlich fundamentalerer „Macht-Wissen“-Komplex verbunden, der auf eigenen epistemischen und kulturellen Führungsverhältnissen beruht.¹¹ Zum „natürlichen“ Markt und seiner gerechten Verteilung gibt es keine Alternative: There is no alternative (TINA). Damit verdrängt der ökonomische Liberalismus jedes „Anders-möglich-sein“ und verhüllt die gesellschaftlich umkämpften Wurzeln des Marktes. Im Gegenzug müsste es Kritik darum gehen, diese Kontingenz sozialer Ordnungsbildung – auch in der Wirtschaft – überhaupt wieder sichtbar zu machen, damit Alternativen „möglich“ erscheinen.

Dieses Projekt einer Sichtbarmachung von Kontingenz ist ein bedeutender Topos der zeitgenössischen Theoriediskussion. Unter dem Stichwort „Rückkehr des Politischen“ ist in den letzten Jahren daran gearbeitet worden in scheinbar alternativlosen gesellschaftlichen Verhältnissen, die Idee politischer Veränderung zu plausibilisieren.¹² Das Politische realisiert sich für so unterschiedliche Theoretiker_innen wie Jacques Rancière, Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Alain Badiou oder Slavoj Žižek nicht in der institutionalisierten staatlichen Politik. Vielmehr sind mit dem Politischen viel tiefer gehende Handlungsformen verbunden, die auf die Konfliktivität des Sozialen hinweisen und gerade nicht auf das politische System beschränkt sind. In Zeiten des TINA-Prinzips – so der Tenor dieses Diskussionsstrangs – birgt die Wiederentdeckung des Politischen reiche Potentiale, um die Natürlichkeitsannahmen des Neoliberalismus zum Gegenstand sozialer Auseinandersetzungen zu machen: Die Politik ist tot. Es lebe das Politische! Jedoch sind einige Umstellungen erforderlich, um eine originäre Rechtspolitik der Weltgesellschaft denkbar zu machen, die nicht auf die Zentralsteuerung durch politische Institutionen setzt (2.). Mit diesen Weichenstellungen erscheint die Forderung nach Globalen Sozialen Rechten in einem neuen, noch attraktiveren Licht: Als paradigmatische Handlungsform für eine Wiedergewinnung des Politischen jenseits des Nationalstaats. Sie erschließt Spielräume für eine Intervention in das postneoliberale Auseinandersetzungsfeld aus dem Arkanum des Rechts heraus (3.).

1. G20: Festhalten an der Wahrheit des Marktes

Im Zuge der weltweiten Krisenbewältigungspolitik ist die Institution der G20 gestärkt worden. Das Gremium, hat sich das Ziel gesetzt Problemlösungsstrategien in Gang zu

11 Zum Macht-Wissen-Komplex: Foucault: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 1977, 39 f.

12 Siehe z.B. Mouffe, *The return of the Political*, 2006; Rancière, *Politik und Philosophie. Das Unvernehmen*, 2002; Bröckling/Feustel (Hg.), *Das Politische denken. Zeitgenössische Positionen*, 2010; Badiou, *Über Meta-Politik*, 2003.

setzen. Dazu gehören unter anderem eine Reform des Internationalen Währungsfonds (IWF) und der Umbau des Financial Stability Forum (FSF), die in Zukunft krisenhafte Entwicklungen eindämmen oder zumindest zeitnäher prognostizieren sollen.¹³ An den bisherigen Vereinbarungen innerhalb der G20 fällt auf, dass sie an den zentralen Konstituenten marktliberaler Wirtschaftspolitik nicht rütteln. Wie sich an den Ergebnissen des Gipfels in Pittsburgh und dem „Global plan for recovery and reform“¹⁴ ablesen lässt, steht ein Bekenntnis zur starken Rolle der Finanzmärkte, zu wirtschaftlicher Liberalisierung und Marktöffnung sowie einer sanften globalen Ordnungspolitik im Mittelpunkt der Vereinbarungen:

“Our work is guided by a shared belief that market principles, open trade and investment regimes and effectively regulated financial markets foster dynamism, innovation and entrepreneurship that are essential for growth, employment and poverty reduction.”¹⁵

Es geht also nicht um den Umbau des finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregimes, sondern um seine Fortsetzung mit anderen Mitteln. Konsequenterweise deuten die G20 die Wirtschaftskrise nicht als systemisches Phänomen des Finanzmarktkapitalismus. Im Gegenteil führen sie die Krise auf falsche Risikokalkulation, unzureichende Risikoprosen und falsche Ausrichtungen in der Konjunkturpolitik zurück.¹⁶ Mit den „epistemischen“ Ursachen, welche sich von unvollständigem Wissen über die Risiken der Finanzmarktprodukte bis hin zu „uninformierten“ konjunkturpolitischen Maßnahmen erstrecken, sind demnach diejenigen Faktoren benannt, die zur Wirtschaftskrise geführt haben. Der Erklärungsansatz mündet folgerichtig in die politischen Forderungen der G20 nach mehr „regulatory oversight“ und realistischerer Risikobewertung, die den Ausgangspunkt der geforderten Korrekturen für den Ordo der Weltwirtschaft bilden.¹⁷ Die Krisenreaktionspolitiken bewegen sich weiterhin in einer neoliberalen Matrix. Um ihre Tiefenstrukturen auszuleuchten, hält Michel Foucaults Analytik der liberalen Regierung ein geeignetes theoretisches Werkzeug bereit. Michel Foucault hatte in seinen Studien zur liberalen Regierung und ihrer Rationalität („Gouvernementalität“) darauf hingewiesen, dass der Siegeszug des ökonomischen Liberalismus maßgeblich auf dem (vorgelagerten) Zusammenspiel von Wissenskonstitution und Machtverhältnissen aufbaut.¹⁸ Der Einsatz des ökonomischen Liberalismus im 18. Jahrhundert wird hier nicht mehr nur auf die „ökonomische“ Entwicklung der Produktivkräfte zurückgeführt, eher

13 G20, The Global Plan for Recovery and Reform, 2.4.2009, para 15 ff.

14 G20, The Global Plan for Recovery and Reform, 2.4.2009.

15 G20, Declaration – Summit on Financial Markets and the world economy, 15.11.2008, para 2.

16 “Major underlying factors to the current situation were, among others, inconsistent and insufficiently coordinated macroeconomic policies, inadequate structural reforms, which led to unsustainable global macroeconomic outcomes.” (G20, Declaration – Summit on Financial Markets and the world economy, 15.11.2008, para 4).

17 G20, Communiqué – Meeting of Finance Ministers and Central bank Governors, 14.3.2009, para 7; siehe auch den Bericht der G20-Working Group 1 “Enhancing Sound Regulation and strengthening Transparency” (insbes. Para IV), 25.3.2009.

18 Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I, Ders. Geburt der Politik. Geschichte der Gouvernementalität II, beide 2004; für eine Forschungsperspektive europäischer Gouvernementalität

dechiffriert Foucault, dass der Liberalismus auf Wahrheitspolitiken und Führungstechniken beruht, die seine gesellschaftliche Verallgemeinerung befördern. Der Markt – so hat Foucault dies begrifflich gebündelt – wird zu einem Ort der Veridiktion.¹⁹

Mit dem ökonomischen Liberalismus ist somit eine spezifische Beziehung von Marktprozessen und politischer Steuerung angesprochen, in der die Marktprozesse stets die Funktion der Wahr-Sagung über die Politik übernehmen. Es ist genau jenes Zusammenspiel von Markt und Wahrheit, an dem die G20 herumlaborieren. Die zentrale Stellung des Marktes und Freihandels stellen sie an keiner Stelle in Frage, sondern probieren sich daran, wie sie unter den aktuellen schwierigen Bedingungen Marktprinzipien, Finanzmärkte, Freihandel und Geldwertstabilität aufrechterhalten können. Was die Ursachen der Wirtschafts- und Finanzkrise betrifft, bringen die G20 schwerpunktmäßig das epistemische Problem falscher oder unzureichender Risikobewertung ins Spiel. Die Wirtschaftskrise sei „result of excessive risk taking and faulty risk management practices in financial markets, inconsistent macroeconomic policies“²⁰ und „lack of oversight of systemic risks“.²¹ Selbst einer Beschränkung von „capital flows“ wird ausdrücklich widersprochen.²² Insofern kann Foucaults Analytik der liberalen Regierung an diesem Beispiel exemplarisch nachvollzogen werden. Da der Markt die Wahrheit über die Politik „sagt“, repräsentiert die Wirtschaftskrise ein ordnungspolitisches Problem, dem die G20 dadurch abzuhelpen suchen, dass sie die Wahr-Sagung des Marktes von korrupten Momenten (gierige Manager und falsche Risikobewertung) befreien.

Eine weitere Konsequenz dieser epistemischen Macht des Marktes besteht darin, dass der Markt nicht mehr als veränderbares (kontingentes) soziales Verhältnis erscheint. Michel Foucault entwickelt seine Analytik der Regierung schließlich in kritischer Absicht. Obwohl er darauf insistiert, dass die liberale Matrix mit ihren Subjektivierungstechniken und Führungsverhältnissen nicht unterschätzt werden darf, zielen seine Analysen auf eine „Kritik der Macht“²³ und auf Spielräume dafür, „nicht dermaßen regiert zu werden.“²⁴ Der Clou seiner Argumentation besteht genau in diesem doppelten Anspruch: Ohne eine Analytik, die den ökonomischen Liberalismus unter dem Gesichtspunkt der Machtverhältnisse betrachtet und seinen Geltungsbereich ernst nimmt, der weit über die Wirtschaft hinausweist, ist keine Kritik der modernen Gesellschaft denkbar. Im Gegenzug ist Foucault mit seiner Analytik der liberalen Regierung bestrebt den ökonomischen Liberalismus in seinem gesellschaftlichen

siehe Möller, *Gouvernementales Wahrheitsregime oder dezentrales Netzwerk-Regieren*. Die europäische Beschäftigungsstrategie als Machtökonomie, Leviathan 2009, 575 ff.

19 Foucault, *Geburt der Bio-Politik*, 52.

20 G20, *Communiqué Meeting of Ministers and Governors*, Sao Paolo 8.–9.11.2008: para 3.

21 G20-Working Group 1 “Enhancing Sound Regulation and strengthening Transparency”, 25.3.2009, para ii.

22 „We will not retreat into financial protectionism, particularly measures that constrain worldwide capital flows, especially to developing countries.“ (G20, *The Global Plan for Recovery and Reform*; London, 2.4.2009, para 22).

23 So auch Honneths Rekonstruktion in: Ders., *Kritik der Macht – Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, 1989, insbes. S. 168 ff.

24 Michel Foucault, *Was ist Kritik?*, 1992, S. 12.

Geworden-Sein, seiner Kontingenz zu begreifen. Man könne dann sehen, „inwiefern und warum sie [die Machtverhältnisse] labil sind“ und ihre „Zugänglichkeit für Kämpfe“ erhöhen.²⁵ So entstehe ein „Feld von Möglichkeiten“ und in „(...) dieser Schlacht um die Geschichte des Kapitalismus, der Geschichte der Rolle der Rechtsinstitutionen, der Regel innerhalb des Kapitalismus“ müsse es darum bestellt sein einen „politischen Einsatz“ zu Geltung zu bringen.²⁶ Und genau dieser *politische* Einsatz wird erst möglich und denkbar, wenn die Analytik der Regierung die Kontingenz des Gewordenen unter Beweis gestellt hat.²⁷ Demgegenüber sind diejenigen, denen es – wie den G20 – um Herrschaftslegitimation geht, stets bestrebt, die Kontingenz sozialer Ordnungsbildung unsichtbar zu machen. Auf diesem Wege wirft die gouvernementalitätstheoretische Perspektive die Frage auf, welche Möglichkeiten sich abzeichnen diese Kontingenz-Invisibilisierung sichtbar zu machen und praktisch zu attackieren.

Obwohl die postneoliberalen Suchprozesse nach – beispielsweise wirtschaftsdemokratischen – Alternativen in vielerlei Hinsicht fruchtbar sind, bleibt eine unhintergehbare Problemlage bestehen: Zum einen sind die Träger_innen wirtschaftsdemokratischer Alternativentwicklungen zumindest in den Ländern des globalen Nordens nicht in Sicht. Zum anderen stellt die Fragmentierung der Weltgesellschaft solche Überlegungen vor große Herausforderungen. Wie könnte eine Demokratisierung der Weltwirtschaft unter Bedingungen globaler Vernetzung möglich sein? Schon hier wird deutlich, dass noch eine ganze Reihe an intellektuellen und praktischen Anstrengungen nötig sind, um solche Ansätze weltgesellschaftlich zu updaten. Man kann jedoch auch eine andere, niedrigschwelligere Herangehensweise wählen, die inkrementell ansetzt. Zu fragen wäre danach, welche Handlungsansätze der Kontingenz-Invisibilisierung der G20 mit einer Kontingenz-Revisibilisierung begegnen. Dabei bezeichnet der Kontingenzbegriff „Gegebenes (Erfahrenes, Erwartetes, Erdachtes, Phantasiertes) im Hinblick auf ein mögliches Anderssein (...)“.²⁸ Dieses Zusammenspiel von „Anders-möglich-Sein und zugleich Von-etwas-anderem-Abhängigsein“ muss immer wieder – gegen die Tendenz moderner Sozialsysteme ihre eigene Kontingenz zu verhüllen (There is no alternative) – sichtbar gemacht werden.²⁹ Dies führt zur Frage, wie das Projekt einer Kontingenz-Revisibilisierung überhaupt *gedacht* und schließlich praktisch *gemacht* werden kann. Dieser Anspruch soll im Folgenden den Leitfaden bilden. Erst sind diejenigen Überlegungen abzu-

25 Michel Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 179 f.

26 Michel Foucault, Geburt der Bio-Politik, 233.

27 So auch hinsichtlich des machtanalytischen Projekts Foucaults: Saar, Genealogie als Kritik. Geschichte und Theorie des Subjekts nach Nietzsche und Foucault, 2007, S. 289.

28 Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1984, S. 152; zu den Unterschieden (und Gemeinsamkeiten) systemtheoretischer und postmarxistischer Kontingenzkonzepte siehe Stäheli, Sinnzusammenbrüche – eine dekonstruktive Lektüre Niklas Luhmanns, 2000, S. 266 ff.

29 Teubner, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, Ders. (Hrsg.), Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann, Stuttgart 2008, S. 9 ff., S. 17; Blecher Recht in Bewegung: Paradoxontologie, Recht und Soziale Bewegungen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2006, 449 ff.

klopfen, die sich in den vergangenen Jahren um die Sichtbarmachung der Kontingenz sozialer Ordnungsbildung bemüht haben, um mit der Forderung nach Globalen Sozialen Rechten eine Handlungsform zu qualifizieren, die eine solche Wiedergewinnung des Politischen praktisch macht.

2. Die Verdoppelung der Politik

Die zeitgenössischen Politik- und Rechtstheorie nimmt eine Unterscheidung zwischen zwei Dimensionen der Politik vor. Während eine Dimension die schon konstituierten Machtverhältnisse der staatlichen Politik adressiert, greift die andere Dimension weit über das politische System und den Staat hinaus.³⁰ Politik oder das Politische bezeichnen hier Handlungsformen, welche die Kontingenz sozialer Ordnungsbildung offen legen und das Moment ihrer Änderbarkeit präsent halten. Dabei steht die Schärfe, mit der die Verdoppelung des Politikbegriffs in den letzten Jahren vorgetragen wird, in Zusammenhang mit gegenwartsdiagnostischen Analysen. Sie ist als Reaktionsweise auf die Rückkehr einer von Natürlichkeits-Annahmen umnachteten Marktgesellschaft zu verstehen, die keinen Platz mehr für politischen Streit zwischen links und rechts bereithält.³¹ Gegen das proklamierte „Ende der Geschichte“, mobilisieren die Diskussionen um das Politische noch einmal die Möglichkeitsbedingungen gesellschaftlicher Veränderung. Nur eine auf Dauer gestellte Auseinandersetzung, die das politische Moment gesellschaftlicher Ordnungsbildung verhandelbar hält, vermag es die Invisibilisierungs- und Ent-Politisierungsprozesse herauszufordern, die das politische System, das Recht und die Wirtschaft kultivieren, um ihre eigenen Paradoxien unsichtbar zu machen und sich so von gesellschaftlichen Umwelteinflüssen abkoppeln.

Gleichsam entsteht der Eindruck, dass die Reflexionen zur Verdoppelung der Politik an einem Umstand leiden, der die Unterscheidung der beiden Politik-Dimensionen überschreitet: Sie halten allesamt wenig Anregungen dafür bereit, die so gewonnen Spielräume substantiell zu füllen. Immer wieder betonen die Autor_innen die Bedeutung politischen Streithandelns.³² Aber worin solche Handlungsformen inhaltlich bestehen könnten, darüber legen sie sich meist keine Rechenschaft ab. Dies soll offenbar dem Umstand Rechnung tragen, dass mit der Kontingenz sozialer Ordnungsbildung ebenfalls jede einzelne politische Handlungsform selbst „kontingent“, d.h. nicht alternativlos, wird und von daher Gefahr läuft die eigene Kontingenz zu verhüllen. Daraus resultiert je-

30 Damit greifen sie unter anderem auf die Theorien Claude Leforts zurück: „Somit enthüllt sich das Politische nicht in dem, was gemeinhin politisches Handeln genannt wird, sondern in der doppelten Bewegung des Erscheinens und Verbergens der Art und Weise wie sich Gesellschaft instituiert“ (Lefort, *Die Frage der Demokratie*, in: Rödel (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, 1990, S. 281 ff., S. 284).

31 Chantal Mouffe, *Über das Politische*, Frankfurt am Main 2007, 8.

32 Beispielsweise Rancière, *Demokratie und Postdemokratie*, Ders./Badiou, *Politik der Wahrheit*, Wien 1996, S. 128 ff.; für eine Verbindung solcher Politik mit der Demokratietheorie siehe Prien, *Fragmentierte Volkssouveränität. Recht, Gerechtigkeit und der demokratische Einspruch in der Weltgesellschaft*, 2010.

doch ein massives Formalismusproblem: Eine Aufklärung darüber, dass die Welt kontingent ist, kann nur ein erster Schritt sein, da offen bleibt wie genau das so entstandene Feld der Möglichkeiten zu nutzen wäre. Ein solches Herangehen blendet die motivationalen Rahmenbedingungen politischen Engagements aus, an das ein Programm zur Wiedergewinnung politischen Streithandelns anknüpfen muss. Konkrete Anlässe für politisches Streithandeln ergeben sich aus Erniedrigungs- oder Unterdrückungserfahrungen, Ungerechtigkeitsempfindungen, Überzeugungen oder theoretischer Aufklärung,³³ selten aus der Bereitschaft der handelnden Akteur_innen, sich einem infiniten Regress kontingenter Kontingenz auszusetzen. Ein weiteres Problem der Kontroversen um das Politische besteht darin, dass sie die Konsequenzen ausdifferenzierter Sozialsysteme – die systemischen Rahmenbedingungen für die Wiedergewinnung des Politischen – nicht angemessen begreifen. Dies soll am Beispiel der wohl radikalsten Gegenüberstellung der beiden Dimensionen der Politik durch den französischen Philosophen Jacques Rancière aufgezeigt werden.

2.1. Politik, Polizei, Menschenrechte

Für den französischen Philosophen Jacques Rancière geht der Kontrast zwischen den beiden Dimensionen der Politik so weit, dass er für die beharrende Seite der Herrschaftsausübung einen neuen Begriff einführt. Diejenigen tradierten Muster politisch-institutioneller und staatlicher Ordnungsbildung, die gemeinhin Geltung beanspruchen, sind in den Augen Rancières vielmehr Ausdruck von „Polizei“:

„Das, was im Allgemeinen als Politisches bezeichnet wird, besteht aus der Gesamtheit von Prozessen, die Verbindung und Einwilligung von Gemeinschaften hervorbringen: Organisation der Macht, Distribution von Stellen und Funktionen, Legitimationssystem dieser Distribution. Ich schlage vor dieser Distribution von Mächten, Funktionen und Legitimationen einen anderen Namen zu geben. Ich schlage vor sie Polizei zu nennen.“³⁴ Aus dieser Logik der Polizei folgt für Rancière, dass ein Großteil der Phänomene, die oft dem Staat, der offiziellen Politik oder dem Recht zugeordnet werden, letztlich polizeiliche Phänomene darstellen, in denen sui generis kein Platz für „Politik“ bereitsteht. Erst jenseits der polizeilichen Distributionsregeln, entdeckt Rancière eigensinnige Handlungsformen, für die er den Begriff der Politik reserviert. Im starken Sinne politisch seien solche „Handlungsformen“, welche die polizeiliche „Distribution in Frage stellen und auf ihre Kontingenz zurückführen (...)“.³⁵ Rancières politische Hoffnungsträger sind jene enge Marge an Handlungen, welche die bestehende Herrschaftsordnung un-

33 Siehe beispielsweise die Studien Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, 1992; Celikates, *Kritik als soziale Praxis, Gesellschaftliche Selbstverständigung und kritische Theorie*, 2009; Meisterhans, *Normativität und Narration. Wie Unrechtsgeschichten den Menschenrechtsdiskurs vorantreiben*, *Kritische Justiz* 2010, S. 22 ff.

34 Rancière, *Gibt es eine politische Philosophie?*, S. 81.

35 Ebenda, S. 83.

terbrechen, indem sie die sinnliche Auf-Teilung der Welt durchkreuzen.³⁶ Diese Handlungen gehorchen einer Art politischen Gegen-Logik, die jede der etablierten symbolischen Aufteilungen verwirft. Sie wird für Rancière dadurch in Gang gesetzt, dass gesellschaftliche Gruppen auf sich aufmerksam machen, die bisher nicht in der Aufteilung der polizeilichen Ordnung repräsentiert sind. Der „Skandal“ der Politik setzt dort ein, wo ein „Anteil der Anteillosen“³⁷ beansprucht gleich gezählt und behandelt zu werden. Es ist deshalb nicht überraschend, dass für Rancière die Politik in dem Moment die Bühne der Geschichte betritt, wo die Armen der griechischen Polis sich als Demos (als „Haufen der nichtigen Leute“³⁸) konstituieren und auf diesem Wege die aristokratische Herrschaft in Frage stellen. Die politische Handlung ist immer diejenige Handlung, welche die polizeiliche Logik unterbricht und von denjenigen Abwesend-Anwesenden ausgeht, die keinen Anteil innerhalb der polizeilichen Ordnung besitzen. Nur solche Handlungsformen, die den Anteil der Anteillosen thematisieren, sind überhaupt erst in der Lage Kontingenzen sichtbar zu machen. Ohne einen – wie Rancière es nennt – „reinen Anspruch“³⁹ der Handlungsform, ist keine Revisibilisierung sozialer Kontingenz zu haben.⁴⁰ Schon an dieser Stelle wird deutlich, dass sich Rancières Gegenüberstellung einer maximalen Differenz zwischen subversiver Politik und affirmativer Polizei in argumentative Problemlagen verstrickt. Wenn nicht mehr die Aufteilungen des Sinnlichen den Zugang zur Gesellschaft prägen, sondern ausdifferenzierte Ordnungsmuster, die von je eigenen Paradoxien geprägt sind, zu diagnostizieren sind, stellt das die Gegenüberstellung von Politik und Polizei unter Differenzierungsdruck. Jenseits der antiken Polis (und schon dort) jedenfalls wird die Sachlage komplizierter.

Rancière unterstellt eine unversöhnliche Gegenüberstellung von Politik und Polizei: Entweder orientiert sich eine Handlungsform möglichst am Paradigma des „spontanen Aufstands“,⁴¹ dann ist sie politisch, oder aber sie bewegt sich im Rahmen der bestehenden sinnlichen Aufteilung der Welt. Rancière entgeht dabei, dass die Paradoxien der modernen Gesellschaft mindestens beide Seiten der Gegenüberstellung ereilen und eine scharfe Grenzziehung des Entweder-Oder fragwürdig machen. Auch die polizeiliche Ordnung beinhaltet politische Momente, in denen (um im Rancièrschen Jargon zu bleiben) bestehende Anordnungen neu- oder anders distribuiert werden. Ist die Kompetenzzuseinandersetzung zwischen zwei Ministerien nun polizeilich oder politisch? Oder die jüngsten Jurisdiktionskonflikte zwischen BVerfG und EuGH? Man sollte nicht den Schein erwecken, dass Anpassungen, Kompromisse oder Reformen als politische Momente nicht sichtbar wären.⁴² Im Gegenzug entpuppt sich der Standpunkt eines „reinen

36 Rancière, *Das Unvernehmen. Politik und Philosophie*, S. 30.

37 Ebenda, S. 24.

38 Ebenda, S. 22.

39 Ebenda, S. 31.

40 Für Rancière fallen auch konsequenterweise Politik, Gleichheit und Demokratie in der Handlungsform zusammen, Rancière, *Demokratie und Postdemokratie*, Ders./Badiou, *Politik der Wahrheit*, 1996, S. 129.

41 So hinsichtlich des Rancièrschen Paradigmas auch Žižek, *Die Tücke des Subjekts*, 2001, S. 234.

42 In diese Richtung argumentiert auch: Mouffe, *Exodus und Stellungskrieg. Die Zukunft radikaler Politik*, 2005.

Anspruchs“ des spontanen Aufstands als problematisches Unterfangen. Selbst politische und soziale Bewegungen müssen immer wieder mit dem Problem umgehen, dass sie – so sie dauerhaft arbeiten wollen – auf ein Minimum polizeilicher Distribution verwiesen sind. Spätestens wenn sie reformpolitischen Einfluss auf die polizeiliche Ordnung nehmen, stellt sich die Frage, ab wann sie vom anteilslosen Träger der Politik zum Teilnehmer werden. Wo ist der Punkt erreicht, an dem Politik in Polizei umschlägt? Ist die Insistenz auf einer möglichst reinen Politik alleine schon das (wiederum formale) Kriterium einer Kritik der Polizei? Rancière entgeht die Vervielfältigung von Politiken und Polizeien, da er sich auf ein einfaches Polis-Modell stützt und nicht auf eine Theorie der modernen Gesellschaft.

Nun bricht Rancières Perspektive allerdings, wenn er sich den konkreteren juristischen Auseinandersetzungen zuwendet. Hier entdeckt er die Möglichkeiten dafür, dass sich die Anteillosen mit ihren Ansprüchen in die polizeilich-rechtliche Ordnung „einschreiben“ können. Kämpfe der Subalternen für rechtliche Anerkennung führen für Rancière zu „neuen Einschreibungen der Gleichheit und eine Sphäre neuer Sichtbarkeit“,⁴³ indem sie bestehende Exklusionen als Un-Recht skandalisieren und ihren Anteil einfordern.⁴⁴ Damit erschließt Rancière die Dialektik des modernen Rechts:⁴⁵ Einerseits Ausdruck vom „Übergewicht von Verhältnissen über die Menschen, deren entmächtigte Produkte diese nachgerade sind“⁴⁶, andererseits ermöglicht es der universelle Anspruch des Rechts den Subalternen ihren Anteil einzufordern und sich in die polizeiliche Logik der Rechtsapparatur einzunisten. Es ist deshalb konsequent, wenn Rancière in den Menschenrechten eine wirkungsmächtige Gleichheitseinschreibung ausmacht, die immer wieder in Anschlag gebracht werden kann, um den Anteil der Anteillosen einzufordern.⁴⁷ Dabei repräsentieren die Menschenrechte für Rancière weniger subjektive Rechte des einzelnen Menschen. Vielmehr ermöglichen es die Menschenrechte als Gleichheitseinschreibung, den Exkludierten und Anteillosen Rechtsansprüche einzuklagen und ihren Anteil einzufordern. Demnach haben die Menschenrechte, „ein Potential der Gleichheitseinschreibung, das sich in dem Moment aktualisiert, in dem jene [die Menschenrechte] zum Streitfall werden“.⁴⁸ Sie bieten einen Anknüpfungspunkt für Rancièresche Politik, die bestehende polizeiliche Distributionen und Exklusionslinien durchkreuzt. Die Gegenüberstellung von Politik und Polizei ist dekonstruktiv zu wenden: Politik und Polizei sind als ein Kontinuum vorstellbar, in dem polizeiliche und politische Handlungsformen auf Dauer miteinander ringen. *Das Recht sichert einerseits die polizeilichen Distributionen ab, schafft andererseits durch die Gleichheitseinschreibung, die in dieser sozialen Form auszumachen ist, die Bedingungen für eine Politisierung, d.h. einer Befragung der*

43 Rancière, Gibt es eine politische Philosophie?, 95.

44 Rancière, Das Unvernehmen, 90.

45 Ebenda, 134.

46 Adorno, Gesellschaft, in: Gesammelte Schriften Band 8, 1997, S. 9.

47 Rancière, Who is the subject of the rights of man?, South Atlantic Quarterly 2004, S. 297 ff.

48 Krasmann, Jacques Rancière: Politik und Polizei im Unvernehmen, Bröckling/Feustel (Hg.), Das Politische denken. Zeitgenössische Positionen, 2010, S. 90.

*real existierenden polizeilichen Distribution am Maßstab einer egalitären Aufteilung der sinnlichen Welt.*⁴⁹

2.2. Die Wiedergewinnung des Politischen

Was bedeutet diese Auseinandersetzung für die Wiedergewinnung des Politischen? Wer sich dem Politischen jenseits politisch-institutioneller Distributionen annähern will, wer nach dem Politischen im Recht, in der Wirtschaft oder in der Politik selbst fragt, weist auf solche Handlungsformen, welche das „Anders-Möglich-sein“ sichtbar machen. Dabei gilt es jedoch die Bedingungen der Möglichkeit dieser Kontingenz-Revisibilisierung in den Blick zu nehmen: *Erstens* lässt sich das Verhältnis von Politik und Polizei als Kontinuum vorstellen. Politische Kommunikationen in modernen Sozialsystemen sind schon immer intern zumindest minimal polizeilich (i.S. eigener Distributionsregeln) oder greifen teilweise auf Gleichheitseinschreibungen zurück, die Teil der polizeilichen Ordnung sind (z.B. der Menschenrechte). Eine Unterscheidung, die weniger auf eine Verwässerung des Politischen der Politik zielt, als auf eine ständige Befragung der jeweiligen Handlungsformen auf ihre politischen und/oder polizeilichen Anteile. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass Politik in Polizei übergeht. Umgekehrt gilt aber, dass Polizeiliches erfolgreich politisiert werden kann, wenn es der eher polizeilichen Logik entwendet und zum Gegenstand politischer Handlungsformen gemacht werden kann.⁵⁰

Zweitens bleibt die Rede von der (einen) Polizei einer geordneten Gesellschaftsstruktur verhaftet, die aber über die pluralen Ordnungen und die Ausdifferenzierung von sozialen Systemen, Wertsphären oder Diskursen, keine Rechenschaft ablegt. Eine Wiedergewinnung des Politischen müsste die Pluralität dieser Ordnungsmuster zum Ausgang nehmen und bereit sein, solche Handlungsformen zu befördern, die bereichsspezifisch fähig sind auf die Phänomene rechtlicher, politischer, ökonomischer oder wissenschaftlicher Kontingenz-Invisibilisierung zu reagieren. Demnach sind die politischen Handlungsformen unter Differenzierungsdruck zu stellen, weil sie nicht mit einer polizeilichen Distribution, sondern mit unterschiedlichen PolizeiEN konfrontiert sind. Die Bedingungen der Möglichkeit einer originären Rechtspolitik liegen genau an dieser Stelle. Die Gleichheitseinschreibungen im Recht schaffen die Möglichkeit einer originären Politik des Rechts, welche die polizeilich-repressive Rechtsanwendung mit den rechtsinternen Gleichheitseinschreibungen unterläuft.

Drittens greift die Konstruktion von maximalen Differenzen zwischen Politik und Polizei zu kurz, weil sich in der modernen Sozialstruktur Irritationen nicht zwangsläufig aus der größtmöglichen Distanz zur polizeilichen Distribution speisen.⁵¹ Vielmehr müssen

49 Mit einer solchen Reformulierung ergeben sich Kontaktpunkte mit Derridas Dekonstruktion des Rechts wie er sie in Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität, 1991 vorgenommen hat.

50 Wer beispielsweise in Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise auf die Einhaltung sozialer Mindeststandards besteht, wie sie in Rechtstexten festgehalten sind, macht sich ja nicht zum Komplizen einer polizeilichen Logik.

51 Für eine ähnlichen Ansatz siehe Marchart, Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben, 2010.

sich politische Handlungsformen stets die Frage stellen, wie sie Irritationen produzieren können, die teilbereichsintern prozessierbar sind (Anschlussproblem) und die Gleichheitseinschreibungen der bestehenden polizeilichen Ordnung ausdrücklich gegen sie wenden. Mit diesem Ansatz immanenter Kritik kommt man nicht umhin gerade Handlungsformen als „politisch“ auszuzeichnen, die mit der Thematisierung minimaler Differenzen die polizeilichen Anordnungsregeln attackieren. Entscheidend ist, ob eine Handlung oder Kommunikation zu einem gegebenen Zeitpunkt das Kontinuum in Richtung Politik oder Polizei zu verschieben vermag.

Da es nicht nur um die theoretische Selbstaufklärung über die Kontingenzspielräume geht, sondern um eine theoretisch informierte Diskussion ihrer Füllung in postneoliberalen Zeiten, soll im Folgenden das Konzept Globaler Sozialer Rechte doppelt profiliert werden: Zum einen kann die rechtspolitische Auseinandersetzung um Globale Soziale Rechte eine Kontingenz Revisibilisierung in Gang setzen, die gegenüber der Fortsetzung eines neoliberalen Konstitutionalismus ein „Anders-möglich-sein“ in den Mittelpunkt rückt. Globale Soziale Rechte mit der Forderung nach sozialen und demokratischen Grundrechten, wie Teilhabe, Nahrung, Wohnen oder intakter Umwelt, eine Gegendynamik zur Fortsetzung des Finanzmarktkapitalismus. So setzen sich „Kämpfe ums Recht“ (Ihering) zu einem gegenhegemonialen Projekt im Postneoliberalismus zusammen.

3. Das Potential Globaler Sozialer Rechte im Postneoliberalismus

„Man kann von Anfang an nie voraussehen, ob das, was als geringfügige Maßnahme erscheint, nicht einen Prozess in Gang setzt, der zu einer radikalen Transformation des gesamten Feldes führt.“⁵²

Schon seit mehreren Jahren stehen Globale Soziale Rechte im Mittelpunkt jener postneoliberalen Suchprozesse, die in den globalen sozialen Bewegungen stattfinden. Ob die Landlosenbewegung in Lateinamerika eine gerechtere Verteilung von Grund und Boden einfordert,⁵³ deutsche Studierende gegen die Einführung von Studiengebühren klagen⁵⁴ oder die europäischen Gewerkschaften ein Sozialprotokoll zum Lissabonner Reformvertrag einfordern⁵⁵ – stets steht die Aneignung von Rechten im Mittelpunkt politischer Handlungsformen. Ziel ist es der marktliberalen Kontingenz-Invisibilisierung, die mit dem Slogan „There is no alternative“ seinen prägnantesten Ausdruck gefunden hat, eine progressive Rechtspolitik entgegenzusetzen. Dabei liefern so unterschiedliche Rechtsquellen wie die Europäische Menschenrechtskonvention, der UN-Zivil- und So-

52 Žižek, Auf verlorenem Posten, 2009, S. 192.

53 Wright/ Wolford, To inherit the earth: the landless movement and the struggle for a new Brazil, 2007.

54 Freier Zusammenschluss der Studierendenschaften (FZS)/Gewerkschaft für Erziehung und Wissenschaft (GEW), The introduction of tuition fees in Germany and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (UNICESCR), 2007 siehe auch: Lorenzmeier, Rechtliche Zulässigkeit von Studienbeiträgen - Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, Humboldt Forum Recht 2008, S. 130 ff.

55 Siehe dazu den Vorschlag für ein soziales Fortschrittsprotokoll der European Trade Union Confederation (ETUC): <http://www.etuc.org/a/5175> (abgerufen am 29.10.2010).

zialpakt, die Europäische Sozialcharta oder die Kernarbeitsstandards der ILO einen Anknüpfungspunkt für den rechtspolitischen Aktivismus. Zeichnet sich eine Alternative zum globalen Finanzmarktkapitalismus darin ab, Globalen Sozialen Rechten zum Durchbruch zu verhelfen?

Globale Soziale Rechte tragen zu einer zeitgemäßen Kontingenz-Revisibilisierung und damit zu einer Wiedergewinnung politischer Handlungsformen bei, indem sie den Markt als „Ort der Veridiktion“ (Foucault) verwerfen. Die Forderung nimmt die Menschenrechte in Anspruch, um auf die existenziellen Gefährdungen hinzuweisen, die vom Finanzmarktkapitalismus für Mensch und Natur ausgehen. Diese beziehen sich schließlich nicht nur für Arbeitsplätze und soziale Sicherung im globalen Norden, sondern genauso auf die globalen Migrationsbewegungen, die vor Umweltkatastrophen und den Folgen des Klimawandels auf ihr „nacktes Leben“ reduziert, nach Norden flüchten.⁵⁶ Im Kampf für Globale Soziale Rechte entsteht somit eine Klammer, welche die unterschiedlichen Krisendimensionen vermittelt und *den Anteil der Anteillosen zur Veridiktionsinstanz erhebt*. Insofern entsteht hier ein explizit politisches Projekt, das sich immanent die Gleichheitseinschreibungen (Rancière) des transnationalen Rechts und die rechtliche Textur einer „kommenden Gerechtigkeit“ (Derrida) zu eigen macht, um dem transnationalen Kapitalismus zu begegnen.

Dies lässt sich an unterschiedlichen Arenen der rechtspolitischen Auseinandersetzung exemplifizieren. Die Forderung nach Globalen Sozialen Rechten zielt beispielsweise darauf ab Unternehmen und multinational companies einer Bindung an die Menschenrechte und an das Völkerrecht zu unterwerfen, um diese Rechte direkt gegenüber Privaten justiziabel zu machen.⁵⁷ Wenn die Menschenrechte aus ihrem staatszentrierten Framing befreit werden, können Unternehmen direkt für die Zerstörung der natürlichen Lebensgrundlagen, für Hungerlöhne (die dem Mindestlohngebot des UN-Sozialpakts widersprechen) und der Verhinderung von Mitbestimmung rechtlich belangt werden.⁵⁸ Damit erschließen Globale Soziale Rechte neue Arenen der Auseinandersetzung. Unter dem Stichwort „Corporate Social Responsibility (CSR)“ sind schon jetzt Bemühungen zu identifizieren, um die Unternehmensverfassungen multinationaler Unternehmen auszugestalten.⁵⁹ Diese „codes of conduct“ halten beispielsweise fest, dass ökologische Standards und Arbeitsschutzmaßnahmen in der Produktion eingehalten werden müssen. Gleichzeitig ist umstritten, in wie weit diese codes justiziabel sind und in wie weit transnationale Unternehmen überhaupt eine Völkerrechtssubjektivität aufweisen,

56 Zum „nackten Leben“: Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare life*, 1998.

57 Siehe bspw. Alston (Hg.), *Non-State Actors and Human Rights*, 2005; Saage-Maaß, *Geschäft ist Geschäft? Zur Haftung von Unternehmen wegen der Förderung staatlicher Menschenrechtsverletzungen*, *Kritische Justiz* 2010, 54 ff.

58 Siehe dazu auch der Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Menschenrechte und transnationale Unternehmen (Ruggie-Report), *Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises Business and Human Rights, Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*, UN Doc. A/HRC/4/035 v. 9.2.2007.

59 Crane/McWilliams/Matten/Moon/Siegel (Hg.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, 2008.

die sie direkt für Menschenrechtsverletzungen belangbar macht. Einerseits scheint es so als entstehe ein „transnational normative regime“,⁶⁰ das erfolgreich normative Macht auf die Praktiken multinationaler Konzerne ausübt, auf der anderen Seite sind verhältnismäßig vage Selbstverpflichtungen eine Möglichkeit, um sich gegenüber weitergehenden Forderungen nach einer demokratischen Unternehmensverfassung abzudichten.⁶¹ Ist der „Global Compact“ der UN, an dem sich Unternehmerverbände, Gewerkschaften, NGOs und UN Agenturen beteiligen nun ein Fortschritt?⁶²

Es ist immer wieder fraglich, inwieweit Gleichheitseinschreibungen in CSR-Vereinbarungen erreichbar oder schon vorhanden sind. Gleichzeitig macht die Unterscheidung Politik-Polizei darauf aufmerksam, dass „codes of conduct“ dazu neigen können, ein polizeiliches Moment auszufüllen, in dem sie die Unternehmensverfassung gegenüber stärkeren Spielarten der Mitbestimmung und Menschenrechtsbindung abschotten. Das politik-polizeiliche Kontinuum ermöglicht es eine konkrete Bewertung entlang politischer und polizeilicher Anteile vorzunehmen. Insbesondere aber sind die Gleichheitseinschreibungen der Menschenrechte in Anschlag zu bringen. Die Forderung nach diesen Gleichheitseinschreibungen ist im Kontinuum Politik-Polizei allerdings nicht nur eine Frage juristischer „litigation“, sie verlangt ebenfalls nach politischen Handlungsformen, die schließlich in Gleichheitseinschreibungen münden. Die Klaviatur politischer Handlungsformen erstreckt sich somit vom rechtspolitischen Aktivismus bis hin zu politischen Streikbewegungen, die überhaupt erst die Grundlage für neue Gleichheitseinschreibungen liefern.

Eine weitere Implikation der Globalen Sozialen Rechte besteht darin, dass sie das Recht auf individuelle Selbstkonstituierung in den Mittelpunkt stellen. Dazu gehören Abwehrrechte und der Schutz vor Gewalt und Verfolgung genauso wie ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit und intakten Naturverhältnissen. Der UN-Zivil und Sozialpakt legen eine Einsicht nahe, die schon Wolfgang Abendroth unter dem Gesichtspunkt einer Gleichursprünglichkeit demokratischer und sozialer Rechte formuliert hatte.⁶³ Demokratische Partizipation ist maßgeblich darauf angewiesen, dass die Herrschaftsunterworfenen über die Möglichkeit einer halbwegs abgesicherten sozialen Selbstkonstituierung verfügen. Globale Soziale Rechte bieten in diesem Sinne einen Anknüpfungspunkt dafür, wie der Zusammenhang von Vergesellschaftung, Demokratisierung und sozialer

60 So der UN-Sonderberichterstatte John Ruggie: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Business and human rights: Towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework, UN Doc. A/HRC/11/13 v. 22.4.2009, para 47.

61 Kocher, Corporate Social Responsibility: Eine gelungene Inszenierung?, Kritische Justiz 2010, S. 29 ff.

62 Siehe die Internetpräsenz www.unglobalcompact.org (abgerufen am 29.10.2010), Für eine defensive Diskussion der zur Menschenrechtsbindung siehe Weilert, Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, Heidelberg Journal of International Law 2009, S. 915.

63 Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Herrmann (Hg.), Aus Geschichte und Politik, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, 1954, 279 ff., siehe für eine Reaktualisierung Möller, After the Lisbon Ruling. Where is Social Democracy, in: Fischer-Lescano/Joerges/Wonka, The German Constitutional Court’s Lisbon Ruling. Legal and Political Science Perspectives, ZERP Discussion Paper 1/2010, S. 83 ff.

Responsivität in der transnationalen Konstellation zur Geltung gebracht werden kann. Damit stehen sie einem Verständnis der Menschenrechte entgegen, wonach sich eine Generationsfolge ablesen lässt, die sich in unterschiedlichen Bindungswirkungen ausdrückt: Während der erste Generation der bürgerlichen Abwehrrechte tendenziell starke Bindungswirkungen produzieren, werden die sozialen und kulturellen Teilhaberechte der sog. zweiten und dritten Generation vor allem zu blumigen Politik-Dokumenten erhoben, von denen schwache Bindungswirkungen ausgehen.⁶⁴ Demgegenüber geht das Konzept der Globalen Soziale Rechte davon aus, dass sich in der historischen Entwicklung der Menschenrechte das demokratische Selbstbestimmungsprinzip schrittweise auf andere Sphären der Sozialfassung und der Lebensverhältnisse ausgeweitet hat.⁶⁵

Globale soziale Rechte begegnen der Dominanz des globalisierten Finanzkapitalismus nicht mit Appellen an die Gestaltungsmacht der staatlichen Exekutiven. Vielmehr sind es zivilgesellschaftliche Zusammenhänge, wie Nicht-Regierungsorganisationen, Gewerkschaften oder soziale Bewegungen, welche die Hoffnungsträger_innen einer anderen Globalisierung sind. Dies kann als Reaktion darauf verstanden werden, dass die Ordnungsmuster der transnationalen Konstellation gerade jenseits des Staatensystems zu lokalisieren sind.⁶⁶ Es geht „künftig im gesteigerten Maße um außer- und zwischenstaatliche, d.h. wenn nicht gleich globale, so doch transnationale Orte, solche z.B., die in Kämpfen um die Demokratisierung transnationaler Institutionen eingeräumt werden.“⁶⁷ Globale Soziale Rechte stellen Handlungsformen bereit, die direkt dort ansetzen, wo Herrschaftsprobleme entstehen und nähren nicht die Illusion, dass die Rückkehr zum Nationalstaat eine adäquate Lösung für die Krisenphänomene der Weltgesellschaft bereithält. Letztlich halten Globale Soziale Rechte die Frage, welche wirtschafts- und rechtspolitischen Makroalternativen zum finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregime längerfristig zu implementieren wären, erstmal offen. Sie drücken einen gemeinsamen Bestand von sozialen, demokratischen und ökologischen Ansprüchen aus, die es eventuell vermögen ein gemeinsames Band zwischen der brasilianischen Landlosenbewegung, osteuropäischen Basisgewerkschaften und amerikanischen Umwelt-NGOs zu stiften. Denn dies ist ebenfalls eine Krisendimension der Weltgesellschaft: Es braucht Verbindungslinien, die eine Politisierung der Weltgesellschaft praktisch *machen* und die Gleichheitseinschreibungen des Weltrechts gegen die finanzmarktzentrierte Weltwirtschaft wenden.

4. Fazit: Kritik und Krise

Die globale Wirtschaftskrise stellt eine transnationale Wiedergewinnung des Politischen vor große Herausforderung. Die Krisenpolitiken der G20 sind dadurch gekennzeichnet,

64 Für eine Kritik dieses Zugangs: Riedel (FN 9).

65 So auch Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002.

66 Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2003, S. 1 ff.

67 Seibert (FN 8), S. 337.

dass sie das finanzmarktgetriebene Akkumulationsregime in einem etwas veränderten regulatorischen Framing stabilisieren. Insbesondere halten sie an den Tiefenstrukturen des ökonomischen Liberalismus fest und betrachten den Markt weiterhin als Veridiktionsinstanz.⁶⁸ Mit Michel Foucaults Analytik der Regierung können diese Tiefenstrukturen durchdrungen und auf ihren machtgesättigten Gehalt hin befragt werden. In Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise müsste es Kritik darum gehen der Kontingenz Invisibilisierung der G20, die am liberalen Wahrheitsregime festhalten, mit einer Kontingenz-Revisibilisierung zu begegnen. Dafür sind politische Handlungsformen von hoher Bedeutung, die auf eine solche Revisibilisierung von Kontingenz zielen. Die zeitgenössische Theoriediskussion zur Verdopplung der Politik setzt an dieser Stelle an: Jacques Rancières Unterscheidung zwischen einer polizeilichen Distribution, die bestehende gesellschaftliche Ordnungsmuster stabilisiert, und politischen Handlungsformen, welche die symbolischen Repräsentationen innerhalb eines Gemeinwesens radikal durchkreuzen, pointiert diese beiden Dimensionen wohl am Radikalsten. Für eine plausible Wiedergewinnung politischer Handlungsformen ist es allerdings erforderlich Zugeständnisse an die Dialektik des modernen Rechts zu machen: Einerseits ist das Recht ein Ort polizeilicher Distribution, andererseits sind hier gleichsam Gleichheitseinschreibungen auszumachen, die gegen die polizeiliche Aufteilung der Welt zu mobilisieren sind. In diesem Sinne ist es sinnvoller die beiden Dimension der Politik als sich vervielfältigendes Kontinuum vorzustellen, in der zwischen polizeilichen und politischen Handlungsformen zu unterscheiden ist.

Vor diesem Hintergrund stellt die Forderung nach Globalen Sozialen Rechten, wie sie von neuen sozialen Bewegungen erhoben wird, eine aussichtsreiche politische Handlungsform im Postneoliberalismus dar, um die Fortsetzung des finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregimes und seiner Veridiktion des Marktes zu irritieren. Globale Soziale Rechte reagieren nicht mit ökonomischen Makroalternativen auf die Wirtschafts- und Finanzkrise, sondern machen sich die schon bestehenden Gleichheitseinschreibungen des Weltrechts zu eigen, um auf die Gefährdungslagen des globalen Kapitalismus hinzuweisen. Dabei sind substantielle Ansprüche an Nahrungssicherheit, Mitbestimmung, soziale Existenz und körperliche Integrität angesprochen, die das postneoliberale Feld der Möglichkeiten zu füllen suchen und eine andere Globalisierung qualifizieren: „Es wird sich dann zeigen, dass die Welt selbst den Traum von einer Sache besitzt, von der sie nur das Bewusstsein besitzen muss, um sie wirklich zu besitzen.“⁶⁹

Kolja Möller ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für europäische Rechtspolitik und am Sonderforschungsbereich „Transformation von Staatlichkeit“ an der Universität Bremen, sowie Promotionsstipendiat der Studienstiftung des deutschen Volkes; kolja.moeller@uni-bremen.de

68 Michel Foucault, *Geburt der Bio-Politik*, 94.

69 Karl Marx, *Briefe aus den Deutsch-Französischen Jahrbüchern* (1844), MEW, 346.

Klimaschutz mit Markt und Deals: Neoliberale und postneoliberale Verschiebungen im Umweltrecht und der Klimaschutzpolitik¹

Michael Fütterer/Maximilian Pichl

Die Umwelt- und Klimapolitik ist seit den 1980er Jahren immer stärker in den Alltag vorgedrungen. In politischen Auseinandersetzungen spielen die Konzepte zur Senkung der Treibhausgase und zur Sicherung eines nachhaltigen Energiekonzeptes eine tragende Rolle. Diese Diskurse haben sich freilich auch in das Recht eingeschrieben. Im Fokus des vorliegenden Beitrags steht die Analyse des Umweltrechts und der Klimaschutzpolitik, die besonders durch den Emissionshandel und die neuere Debatte um einen *Green New Deal* (GND) geprägt wurden. Die Implementierung eines weltweiten Marktes für Emissionszertifikate hat zu grundlegenden Veränderungen im Umweltrecht geführt. Wir vertreten dabei die These, dass der Emissionshandel dabei keineswegs förderlich für den Klimaschutz war, sondern letztendlich die neoliberale Logik im Umwelt- und Klimaschutzrecht verankert hat.

Der GND hingegen ist ein politisches Projekt, welches sich selbst als „postneoliberal“² kennzeichnet und, in Anlehnung an den *New Deal* der amerikanischen Roosevelt-Regierung aus den 1930er Jahren, von verschiedensten Akteur_innen³ als Alternativprojekt in der Finanzkrise formuliert wird. Dabei ist zwischen verschiedensten Ausprägungen des GND zu differenzieren. Der GND des Umweltprogramms der Vereinten Nationen (UNEP) und der GND, wie er in Europa diskutiert wird, unterscheiden sich in vielen Bereichen. Gemein ist diesen Projekten, dass sie multiple Krisen⁴ in der heutigen Zeit ausmachen, darunter u.a. eine Klima-, eine Finanz-, eine Hunger- und eine Armutskrise. Der GND verspricht, alle diese Krisen lösen zu können, und ist insofern ein spannender Strategieentwurf, weil er zumindestens verschiedene gesellschaftliche Probleme thematisiert. Allerdings hat der GND gerade von linker Seite viel Kritik erfahren. Die zwei

1 Für wertvolle Hinweise und Anregungen bedanken wir uns bei Ulrich Brand.

2 Zu einer genaueren Definition des Begriffs „Postneoliberalismus“ siehe: Sekler, Postneoliberalismus, in: Brand u.a., ABC der Alternativen: Von „Ästhetik des Widerstands“ bis „Ziviler Ungehorsam“, 2007, S. 170–171.

3 Wir haben uns dafür entschieden, weder die männliche Form eines Substantives noch das Binnen-I zu verwenden, da beide Formen des Genders ihre Probleme haben. Die setzt Männlichkeit als Norm, die andere Zweigeschlechtlichkeit. Stattdessen wollen wir mit dem sogenannten Gender-Gap „_“ einen Raum markieren, der von dem zweigeschlechtlichen Bezugssystem nicht erfasst wird, weil er dazwischen, daneben oder einfach anders ist. Siehe auch: „Performing the gap“, Arranca! – für eine linke Strömung, Nr. 28, November 2003.

4 Vgl. Brand, Die Multiple Krise, Beitrag für die Heinrich-Böll-Stiftung, 2009.

wesentlichen Argumentationsstränge zeichnen sich dadurch aus, dass sie entweder kritisieren, der GND breche nicht mit kapitalistischen Funktionslogiken, die strukturell Naturprobleme hervorrufen, oder diesem vorwerfen, der GND nutze sein emanzipatorisches Potenzial im Kapitalismus nicht weit genug und müsse zu einem *Red Green New Deal* weiterentwickelt werden.⁵ Im Wesentlichen teilen wir diese beiden Kritikpunkte und möchten im Folgenden versuchen, ein weiteres Analyse- und Kritikmuster zu formulieren. Aus unserer Sicht ist es fruchtbarer, den GND dahingehend zu untersuchen, wie er sich zum Neoliberalismus als Gesellschaftsformation verhält und ob er überhaupt eine adäquate Antwort auf die derzeitige Krisenkonfiguration gibt. Wir vermuten, dass der GND vielmehr als mögliche *passive Revolution* im Sinne Gramscis zu verstehen ist. Er versucht, für die Widersprüche des Neoliberalismus, die gerade in der Wirtschafts-, Klima und Finanzkrise besonders zu Tage getreten sind, neue Bewegungsformen zu finden und den neoliberalen Kapitalismus unter Beibehaltung zentraler Elemente zu transformieren.

1. Neoliberalismus als Reorganisation von Gesellschaft und Recht

Der theoretische Ursprung des Neoliberalismus liegt in der Weltwirtschaftskrise von 1929.⁶ In ihr wurde für neoliberale Denker_innen die mangelnde institutionelle Umrahmung marktwirtschaftlicher Prozesse deutlich. Klassische liberale Theorien betonen den Tausch als charakteristisches Merkmal des Marktes und fordern eine Laissez-Faire-Politik ohne staatliche oder sonstige Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen. In Abgrenzung dazu steht der Gedanke des Wettbewerbs im Fokus des Neoliberalismus.⁷ Ziel sei daher die Etablierung einer „Wettbewerbsmarktwirtschaft“⁸ durch den Staat, was sich besonders im Staatsverständnis der deutschen Ordoliberalen zeigt.⁹ Dies wirkt sich auch auf die Konzeption der Individuen in der Gesellschaft aus. Foucault weist daraufhin, dass der „homo oeconomicus“ im Neoliberalismus nicht mehr der tauschende, sondern der unternehmerische Mensch ist.¹⁰ Der Mensch müsse sich als Kapital begreifen, in seine Zukunft investieren und selbst die Verantwortung für „falsche Investitionsentscheidungen“ tragen.¹¹ Auf der gesellschaftlichen Ebene wird der Neoliberalismus einerseits als Projekt gegen Keynesianismus, Wohlfahrtsstaat, Sozialdemokratie und Gewerkschaften betrachtet,

5 Vgl. z.B. Passadakis/Müller, Klimaschutz durch Wirtschaftswachstum?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2009, 33-35; Lieber Red als New. Plädoyer der Redaktion für einen Red Green Deal, in: Prager Frühling. Magazin für Freiheit und Sozialismus, 2/2010.

6 Vgl. Butterwege/Lösch/Ptak, Kritik des Neoliberalismus, 2007, S. 15 f.

7 Foucault, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität 2, 2004, S. 171.

8 Ebd., S. 248.

9 Der Ordoliberalismus lässt sich am besten als Denkrichtung innerhalb des Neoliberalismus beschreiben. Seine Vertreter_innen wollen mit Hilfe der Macht eines autoritären Staates eine funktionierende, d.h. wettbewerbsintensive Marktwirtschaft organisieren. Die theoretischen Grundlagen dafür entstanden unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Herrschaft. Vgl. dazu auch Foucault, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität 2, 2004.

10 Ebd., S. 314.

11 Ebd., S. 314.

um die Kräfteverhältnisse stärker zugunsten der Kapitaleigner_innen zu verschieben.¹² Der Neoliberalismus lässt sich dann als politischer und ideologischer Hebel beschreiben, um den Kapitalismus nach der Krise des Fordismus wieder zu stabilisieren. Andere Stimmen weisen daraufhin, dass der Neoliberalismus sich nicht mehr nur als Krisen- und Umbruchsituation charakterisieren lässt, sondern vielmehr eine neue kapitalistische Konfiguration ist.¹³ Neoliberalismus meint dann eine konstruktive Reorganisation von Gesellschaft und Produktion mit bestimmten gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen und Bündnissen zwischen Klassen und Klassenfraktionen. Diese Reorganisation wird von heterogener neoliberaler Theorie und Praxis begleitet. Neben Staat, Zivilgesellschaft und Produktionssphäre wollen wir dabei auch die Veränderungen im Recht, beispielhaft anhand des Umweltrechts, untersuchen. Dies erscheint uns angesichts der Mainstream-Debatte um den Neoliberalismus als Entbürokratisierung, Liberalisierung und Deregulierung besonders wichtig. Die Abgrenzungen sind dabei lediglich Analyse-kategorien, die sich in der Realität nicht immer schlüssig trennen lassen.

1.1. Der Staat im Neoliberalismus

Seit den 1970er Jahren hat sich der nordwestliche Nationalstaat stark verändert. Einerseits hat sich eine Machtverschiebung von der Legislative hin zur Exekutive vollzogen, ohne dass die Parlamente und demokratischen Organe formell ihre Stellung eingebüßt hätten. Vielmehr haben sich Machtnetze etabliert, die nicht an offizielle und demokratische Vorgaben gebunden sind. Die Regierungen beziehen sich immer häufiger auf Expert_innen, deren wissenschaftliche Analysen vermeintlich politische Notwendigkeiten begründen. „(...) je mehr sich der Staat aus der Fürsorge für das Leben der normalen Menschen zurückzieht und zulässt, dass diese in politische Apathie versinken, desto leichter können Wirtschaftsverbände ihn – mehr oder minder unbemerkt – zu einem Selbstbedienungsladen machen.“¹⁴

Dabei verschwindet weder der Staat im Neoliberalismus noch wird er unbedeutend. Er nimmt weiterhin eine Rolle als Akteur ein: Er organisiert den Abbau sozialer Sicherungssysteme, verwaltet diese, privatisiert Teile der öffentlichen Daseinsvorsorge, gestaltet Rahmenbedingungen für den kapitalistischen Markt und verfügt nicht zuletzt über Repressionsapparate. Politisch und ideologisch tritt der *Workfare State* an die Stelle des *Welfare State*, und die Verantwortung für soziale Notlagen wird individualisiert. Damit arbeitet der Staat aktiv an der Umgestaltung des fordistischen Klassenkompromisses hin zu einer neuen gesellschaftlichen Formation. Der Staat schafft die politischen und rechtlichen Voraussetzungen, Markt und Wettbewerb in immer mehr Teilen der Gesellschaft zu verankern. Sie werden so zu grundlegenden gesellschaftlichen

12 Vgl. Harvey, Kleine Geschichte des Neoliberalismus, 2007, S. 26 ff.

13 Vgl. Bieling u.a., Am Beginn einer neuen Epoche? Anmerkungen zur Debatte über den „flexiblen Kapitalismus“; in: Flexibler Kapitalismus: Analyse, Kritik und politische Praxis, 2001, S. 8–34.

14 Vgl. Crouch, Postdemokratie, 2008.

Regulativen,¹⁵ die weit über die Organisation von Produktion und Austausch hinausgehen. Dabei erscheint der Markt als unpolitisch und als ideales Lösungsinstrument, da sich einerseits im Wettbewerb das Beste durchsetzt, andererseits Märkte zum Gleichgewicht tendieren und nur durch staatliches Handeln in Ungleichgewicht geraten können. Marktmechanismen, Benchmarking und unternehmerisches Handeln finden Eingang in öffentliche Einrichtungen und Verwaltungen. Gleichzeitig entstehen dadurch neue Widersprüche, wenn die neoliberale Orthodoxie hinter dem staatlichen Schutz von Kapitalen zurücktritt, wie dies bereits bei vergangenen Finanzkrisen der Fall war.¹⁶ Dieser Transformationsprozess des Staates und die Implementierung der Märkte werden im Folgenden noch bei der Analyse des Emissionshandels von Relevanz sein.

1.2. Zivilgesellschaft im Neoliberalismus

Ebenso wie der Staat veränderte sich die Zivilgesellschaft im Neoliberalismus. Der Neoliberalismus konzipiert sie als Pendant zum freien Markt und sieht sie in Zusammenhang mit der Überwindung des unfreien kollektivistischen Wohlfahrtsstaates. Kollektive Interessenvertretung, Sozialstaat und regulierte Arbeitsverhältnisse erscheinen als Ursache für gesellschaftliche und ökonomische Krisen. Um erfolgreich in der Zivilgesellschaft bestehen zu können, müssen sich die Individuen im Sinne der neoliberalen *Ordo* selbst regieren.¹⁷ NGOs, Think Tanks und thematische politische Bewegungen gewinnen an Bedeutung und legen den theoretischen und ideologischen Grundstein für die Durchdringung verschiedener Bereiche der Zivilgesellschaft. Sie liefern das Wissen für einen Krisendiskurs, der den radikalen Umbau der Gesellschaft fordert. Wichtige gesellschaftliche Fragen scheinen sich gleichzeitig dem Alltagsverstand zu entziehen.¹⁸

Die Verantwortung für die Reproduktion der Arbeitskraft wird immer mehr in die Zivilgesellschaft verlagert, deren Ideal eine Bürgergesellschaft ist, in der nur freier Wettbewerb zwischen den Individuen herrscht. Das Soziale wird zum Hemmschuh für die eigene Wettbewerbsfähigkeit. Dies geht einher mit neuen Subjektivitäten, der Internalisierung von Wettbewerbslogiken und der individuellen Ausrichtung auf das eigene Humankapital sowie der Veränderung des Alltagsverstandes.

Dieser Umbau geht nicht ohne die Integration von Forderungen subalternen Gruppen einher. Emanzipatorische Kritik an dem paternalistischen Wohlfahrtsstaat, straffe Produktionsorganisation und Geschlechterverhältnisse werden neoliberal verrückt und in die Selbstvermarktung integriert. Dies lässt sich als „Prozess der Verallgemeinerung von Interessen in einem instabilen Kompromissgleichgewicht“¹⁹ beschreiben.

15 Vgl. Harvey (Fn. 12), S. 8 f.

16 Vgl. ebd., S. 91.

17 Vgl. Walpen, *Die offenen Feinde und ihre Gesellschaft: Eine hegemonietheoretische Studie zur Mont Pèlerin Society*, 2004, S. 261.

18 Vgl. ebd., S. 184.

19 Demirovic, *Regulation und Hegemonie*, in: ders./Hans-Peter Krebs/Thomas Sablowski (Hrsg.), *Hegemonie und Staat*, 1992, S. 128–157.

1.3. Produktionsweise und Rolle der Finanzmärkte im Neoliberalismus

In öffentlichen Debatten erscheinen die Finanzmärkte häufig als von der sogenannten Realwirtschaft losgelöste Sphäre. Spekulant_innen an den Finanzmärkten haben die Realwirtschaft in die Krise gestürzt, so die gängige Argumentation. Dabei wird viel zu selten nach einem Zusammenhang zwischen Finanzmarkt und Produktion gefragt.²⁰ Die Finanzmärkte und ihre wichtige Rolle sind aber nicht ohne die Veränderungen in der Produktionsweise seit der Krise des Fordismus zu verstehen. Dabei bedeutet Produktionsweise hier nicht nur allgemein kapitalistische Verhältnisse, sondern die „widersprüchliche Einheit der Produktivkräfte eines bestimmten Entwicklungsniveaus mit den diesem Niveau entsprechend modifizierten Produktionsverhältnissen“.²¹ Die Produktionsweise ist ein komplexes Setting aus Technologie, sozialen Verhältnissen und Kämpfen.

Der neoliberale Kapitalismus ist charakterisiert durch transnationale Produktionsnetzwerke, die eine Dezentralisierung, Relokalisierung und Vernetzung der Produktion mit sich bringen. Der Ort der Produktion von Mehrwert und seine Realisierung fallen auseinander. Grenzen für diese Form der Produktion sind der Transport der materiellen Güter und die nötigen sachlichen und personellen Ressourcen an Produktionsstandorten, die erst zur Verfügung gestellt werden müssen.²²

Den Finanzmärkten kommt eine wichtige Rolle zu: Über Finanzkonzentrationen stellen sie ausreichend investives Kapital für die Veränderung der Produktionsweise und den weltweiten Aufbau von Produktionskapazitäten zur Verfügung. Ohne dieses Kapital wäre der „Umbau der Unternehmen zu effizienten transnationalen Wertschöpfungsketten, die Finanzierung immer kostspieligerer Forschungs- und Entwicklungsarbeit sowie die Etablierung neuer Branchen wie der (hochspekulativen) New Economy und Bio-Technologie bzw. Life Sciences nicht möglich gewesen“.²³ Die Rekapitalisierung von Unternehmen findet immer mehr an den Finanzmärkten statt, weshalb Banken auch das Investmentgeschäft für sich entdeckten. Investitionen werden nur getätigt, wenn sie rentabel genug sind. Für die einzelnen Unternehmen in den Produktionsnetzwerken bedeutet dies ständiger Druck zur Restrukturierung der Produktion, zum Aufbrechen von Arbeitsstandards und zur Senkung von Löhnen zur Steigerung des Profits.²⁴ Gleichzeitig stellen sie aber auch für kleine und mittlere Unternehmen benötigtes Risikokapital zur Verfügung. Dabei sind Geld- und Produktivkapital „erbitterte Gegner um die Verteilung des Mehrwerts, vereint in der maximalen Auspressung des Mehrwerts“.²⁵ Eine solche Analyse der Finanzmärkte fehlt beispielsweise in den Konzepten des GND, weshalb

20 Anders Sablowski, Die Ursachen der neuen Weltwirtschaftskrise, *Kritische Justiz* 2/2009, 116–131.

21 Haug, Die Produktionsweise denken, in: *Flexibler Kapitalismus: Analyse, Kritik und politische Praxis*, 2007, S. 36–53.

22 Vgl. Haug, ebd.

23 Vgl. ebd., S. 159.

24 Vgl. ebd., S. 146.

25 Vgl. ebd., S. 145.

die politischen Vorschläge des GND auch in die Leere laufen, wie noch zu zeigen sein wird.

1.4. Die neoliberale Umgestaltung des Umweltrechts

Das Umweltrecht basierte über viele Jahre auf dem sogenannten ordnungsrechtlichen Ansatz. Demnach muss eine industrielle Anlage, die Schadstoffe emittiert, von einer entsprechenden Behörde genehmigt werden. Dabei müssen die Emissionen sich in einem klar definierten Rahmen bewegen, sie dürfen also z.B. die Umwelt nur zu einem gewissen Grad belasten. Zudem darf die Anlage in der direkten Umgebung keine nachhaltigen gesundheitlichen Risiken verursachen. Emissions- und Immissionsgrenzwerte dominierten das Umweltrecht und fanden in Deutschland ihren Niederschlag im Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG). Auch auf der europäischen Ebene versuchten die europäischen Mitgliedstaaten einheitliche Regelungen zu schaffen. Die Luftqualitätsrahmenrichtlinie 96/62/EG und die Richtlinie über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (IVU) 96/61/EG harmonisierten das Umweltrecht für die europäischen Mitgliedsländer.

Der ordnungsrechtliche Ansatz verfolgte strikte Ge- und Verbote. Entsprach die Anlage nicht den Mindeststandards des Gesetzes, konnte und sollte sie von der Behörde verboten werden. Alternativ wurden die Betreiber angehalten, ihre Anlagen technisch nachzurüsten.

Ab den 1990er Jahren geriet das Ordnungsrecht immer massiver in die Kritik, sowohl von links-ökologischer als auch von marktliberaler Seite.²⁶ Linksökologische Kräfte kritisierten vor allem das Vollzugsdefizit im Umweltrecht. Auch wenn die rechtlichen Vorgaben sehr konkret und die Sanktionen ebenso klar waren, handelten viele Behörden nicht ordnungsgemäß und erteilten Genehmigungen für umweltschädliche Industrieanlagen. Der Vollzug der ordnungsrechtlichen Gebote war nicht nur an rechtliche Normen gebunden, sondern auch an die praktikable Durchsetzungsfähigkeit. Viele Konzerne drohten den Kommunen und Bundesländern damit, ihre Industrieanlagen in andere Länder zu verlegen. Der damit einhergehende Arbeitsplatzabbau wurde von den Politiker_innen und Behörden gleichermaßen gefürchtet, weshalb sie sich auf Deals mit den Betreibern einließen und manche Umweltrechtsnorm bei der Erteilung der Genehmigung außer Acht ließen. Marktliberale Kritiker_innen verwiesen darauf, dass das Ordnungsrecht starr und bürokratisch sei. Die Ansiedlung neuer Unternehmen und die größtmögliche marktwirtschaftliche Flexibilität würden durch zu starre Emissionsgrenzen verhindert werden. Das Ordnungsrecht geriet damit unter die Räder. *Andreas Fisahn* bewertet den Ausgang der damaligen Debatte als „nicht-intendierte Effekte“ sei-

26 Eine ausführlichere Darstellung dieser Debatte findet sich bei Fisahn, Neoliberaler Umbau des Umweltrechts, in: Butterwege/Lösch/Ptak (Fn. 6), S. 164 ff.

tens der linksemanzipatorischen Kräfte.²⁷ Eigentlich wollten viele Kritiker_innen des Ordnungsrechts lediglich, dass dieses auch umfassend angewendet werden sollte bzw. viele wünschten sich sogar eine Verschärfung der Rechtslage.

Die damaligen politischen Kräftekonstellationen waren jedoch nicht günstig für eine linke Kritik. Die Kritik am Ordnungsrecht artikulierte sich zu einer Zeit, als sich das neoliberale Projekt fest in die staatlichen Apparate einzuschreiben begann. Das Recht machte da keine Ausnahme. Immer stärker fanden auch ökonomische Argumentationsmuster ihren Eingang in rechtliche Auseinandersetzungen. Die angestaute Kritik am Ordnungsrecht hatte die Legitimität desselben so brüchig werden lassen, dass gewissermaßen ein politisches Vakuum entstanden war, in welches der neoliberale Marktansatz ohne große Widerstände eindringen konnte. Die linke Kritik hatte somit ungewollt zur Manifestation der marktwirtschaftlichen Logik in Umweltfragen beigetragen. Der Emissionshandel war der vorläufige Höhepunkt dieser Entwicklung.

Diese skizzierten Veränderungen haben sich gesamtgesellschaftlich vollzogen. Die neoliberale Logik konnte sich fest in die Strukturen vieler Systembereiche einschreiben. Dieser Wandel hat sich gerade im Umweltrecht anschaulich vollzogen.

2. Emissionshandel – Klimaschutz durch den Markt?

Das Jahr 1992 gilt rückblickend als Wendepunkt in der internationalen Klimapolitik. Mit der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro wurde eine der ersten großen Konferenzen einberufen, in deren Rahmen über globale Umweltfragen diskutiert wurde. In der auf der Konferenz verabschiedeten *Rio Erklärung über Umwelt und Entwicklung* heißt es in Grundsatz 7:²⁸ „Angesichts der unterschiedlichen Beiträge zur globalen Umweltverschlechterung tragen die Staaten gemeinsame, wenngleich unterschiedliche Verantwortlichkeiten. Die entwickelten Staaten erkennen die Verantwortung an, die sie in Anbetracht des Drucks, den ihre Gesellschaften auf die globale Umwelt ausüben, sowie in Anbetracht der ihnen zur Verfügung stehenden Technologien und Finanzmittel bei dem weltweiten Streben nach nachhaltiger Entwicklung tragen.“

Damit wurden zwei Durchbrüche in der internationalen Klimapolitik geschaffen. Erstens erkannten die Staaten an, dass der Klimawandel vom Menschen verursacht ist. Zweitens erkannten die Industrienationen, dass sie die Hauptverursacher der Klimaveränderungen sind und eine nachhaltige Klimapolitik nur gemeinsam mit den Staaten des Globalen Südens gelingen kann. Dennoch dauerte es fünf Jahre, bis auf der Konferenz in Kyoto 1997 konkrete Schritte zur Senkung der weltweiten Emissionen diskutiert wurden. Als neues Wundermittel im Kampf gegen den Klimawandel wurde der Emissionshandel angepriesen, dessen Marktmechanismen vor allem auf den theoretischen Arbeiten von Ronald Coase, George Stigler und J.H. Dales beruhten. Nach deren Mei-

²⁷ S.o. S. 170.

²⁸ Siehe: <http://www.un.org/Depts/german/conf/agenda21/rio.pdf> (abgerufen am 20.9.2010).

nung ließen sich grundsätzlich alle Umweltprobleme über den Markt lösen.²⁹

Erst 2003 fand der Emissionshandel durch eine europäische Richtlinie Eingang in das Umweltrecht. In der Richtlinie 2003/87/EG heißt es in Art. 1:

„Mit dieser Richtlinie wird ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft geschaffen, um auf kosteneffiziente und wirtschaftlich effiziente Weise auf eine Verringerung von Treibhausgasemissionen hinzuwirken.“

Der Emissionshandel hatte ungeheure Auswirkungen auf das Umweltrecht sämtlicher Unterzeichnerstaaten des Kyoto-Protokolls. Durch den 21. Erwägungsgrund der Richtlinie wurde der ordnungsrechtliche Charakter des Umweltrechts an den entscheidenden Stellen abgeschafft. So sollen für alle Anlagen, die unter die neue Richtlinie fallen, keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen vorgeschrieben werden. Stattdessen wurde ein Markt für Luftverschmutzungsrechte geschaffen. Die umweltschädliche Zerstörung der Atmosphäre war nicht länger gratis. Eigentlich ein herber Rückschlag für die industrielle Wirtschaft, die sich mit immensen Geldsummen konfrontiert sah. Aber die Flexibilität des neoliberalen Modells machte auch vor dem Umweltschutz nicht halt. Anstatt den Emissionshandel zu bekämpfen, versöhnte sich das industrielle Kapital mit diesem und nutzte den neuen Markt für eigene Wettbewerbsinteressen. *Enrique Leff* hatte deshalb schon damals darauf hingewiesen, dass es der Emissionshandel nicht zulassen würde, „die Emissionen stärker zu senken, als es der Rhythmus des Wirtschaftswachstums erlaubt.“³⁰

2.1. Die Implementierung des Emissionshandels in Deutschland

In Deutschland gilt das sogenannte Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) als rechtlicher Rahmen des Emissionshandels. Wenn Unternehmen Emissionen in die Atmosphäre absetzen wollen, dann brauchen sie dazu verbrieftete Rechte. Jedes Land, welches sich am Emissionshandel beteiligt, bekommt eine bestimmte Menge an CO₂-Rechten, und die nationalen Regierungen verteilen die Rechte an die Unternehmen und Betreiber von Industrieanlagen weiter (*Capex-System*). Wollen Unternehmen jedoch mehr Emissionen ausstoßen, als sie an Rechten zugeteilt bekommen haben, können sie über einen entsprechenden Markt Rechte von anderen Unternehmen und Ländern ankaufen bzw. weiterverkaufen (*Trade-System*).

Von diesen Instrumenten verspricht sich die Politik einen Rückgang der Treibhausgasemissionen – die unsichtbare Hand des Marktes wird es schon richten. Doch bereits der Blick in das Gesetz offenbart die Kinderkrankheiten des Emissionshandels. § 3 Abs. 2 TEHG führt die Treibhausgase auf, die von dem Handel erfasst werden sollen. Aber § 2

29 Stigler, *The Theory of Price*, 1987; Coase, *The Firm, the Market and the Law*, 1988; Dales, *Land, Water and Ownership*, 1969.

30 Vgl. Leff, *Die Geopolitik nachhaltiger Entwicklung. Ökonomisierung des Klimas, Rationalisierung der Umwelt und die gesellschaftliche Wiederaneignung der Natur*, in: Görg/Brand (Hrsg.), *Mythen globalen Umweltmanagements: „Rio +10“ und die Sackgassen nachhaltiger Entwicklung*, 2002.

Abs. 1 TEHG schränkt die Reichweite bereits selbst ein. Demnach sollen nur die im Anhang I des Gesetzes genannten Treibhausgase durch die dort genannten Tätigkeiten in den Handel einbezogen werden. Sprich: Nur Kohlendioxid wird vom Emissionshandel erfasst. Der gesamte öffentliche Verkehr, private Haushalte und andere Industriegase fallen komplett aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes heraus. Laut dem Umweltbundesamt erfasst der Emissionshandel damit lediglich 54 Prozent der nationalen CO₂-Emissionen.³¹

Aber nicht nur das TEHG wurde durch den Emissionshandel neu geschaffen. Die Emissionsberechtigungen werden in Deutschland auf Grundlage des Nationalen Allokationsplans (NAP) vergeben, der parlamentarisch über das Zuteilungsgesetz (ZuG) abgesichert ist. Als wäre das noch nicht genug, wurde extra eine Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) ins Leben gerufen, und gehandelt werden die Emissionen an der Strombörse European Energy Exchange in Leipzig.

Laut § 5 TEHG haben die Betreiber von Industrieanlagen die Pflicht, Berichte über die Ausstoßwerte ihrer Emissionen an die DEHSt zu senden, die dann auf Grundlage der Berichte den NAP anfertigt. Hier taucht bereits ein großes Problem des Emissionshandels auf. Die Betreiber erstellen die Berichte selbst und werden praktisch nicht von anderen Behörden kontrolliert. Für die Überprüfung der Berichte sind zwar formal gesehen die Länderbehörden zuständig. Die Praxis hat aber gezeigt, dass diese eher lax mit den Berichten umgehen und Ungenauigkeiten nicht melden. Schließlich setzen die Industrieunternehmen sowohl die Verwaltungen als auch die Landesregierungen unter Druck. Kein Wunder, dass in der ersten Handelsperiode des Emissionshandels viele Berichte künstlich aufgebläht waren und die Betreiber unverhältnismäßig viele Emissionsrechte zugeteilt bekamen.³²

2.2. Der Emissionshandel in der Praxis: ein Fehlschlag

Die „Erfolge“ der ersten Handelsperiode (2005–2007) waren dementsprechend gering. Für die Mitgliedsländer der Europäischen Union wurden 1.829 Mio. Tonnen an Emissionsrechten beziffert, damit wurde der reale Bedarf der Industrie deutlich überschritten. Die Folge war, dass die eigentlich hoch angesetzten Preise für die Emissionsrechte in Windeseile kollabierten und am Ende der Handelsperiode auf unter einen Cent fielen.³³ Der Markt hatte sich vorzeitig selbst ausgeschaltet. Von einer Regulation des Emissionsausstoßes keine Spur. Auch in der zweiten Handelsperiode (2008–2012) scheint der Mechanismus des Emissionshandels nicht durchzuschlagen. Zwar hatte die EU-Kommission die CO₂-Zertifikate stark begrenzt. Aber die Wirtschaftskrise machte

31 Siehe http://www.umweltbundesamt.de/newsletter/UBA_nl_02_07.pdf (abgerufen am 20.9.2010).

32 Gilbertson, Globaler Emissionshandel – Wie Luftverschmutzer belohnt werden, 2010, S. 18.

33 Siehe Brunnengräber, Prima Klima mit dem Markt?, PROKLA 156, 2009, 410 f.; European Environment Agency, Application of the Emissions Trading Directive by EU Member States – reporting year 2008, 2009.

dem Marktsystem einen Strich durch die Rechnung. Aufgrund geringer Nachfragen ging auch die Gesamtwirtschaftsleistung der europäischen Länder zurück, die Industrie musste ihre Emissionen von selbst begrenzen – ohne dass der Emissionshandel darauf eine große Auswirkung gehabt hätte.³⁴

Zu einer Senkung der Emissionen in Deutschland haben die marktwirtschaftlichen Instrumente bisher nicht geführt. Im Gegenteil, die Emissionen stiegen sogar in den letzten Jahren um fast 2 Prozent an.³⁵ Die Unternehmen konnten durch den Emissionshandel sogar noch zusätzliche Gewinne einfahren. Die Verschmutzungsrechte wurden in der ersten Handelsperiode zunächst kostenlos ausgegeben, aber die Stromkonzerne rechneten die theoretisch anfallenden Kosten dennoch auf den Strompreis (*windfall profits*) an, ein enormer Strompreisanstieg für die Kund_innen war die Folge. Gerade die osteuropäischen Staaten hatten zudem von den sogenannten *wallfall profits* einen immensen Vorteil erhalten. Das Kyoto-Protokoll und der Emissionshandel orientieren sich alle am Jahr 1990, dem Jahr, in dem dank der Wiedervereinigung und des Niedergangs des real existierenden Sozialismus die Industrie in der ehemaligen Sowjetunion zusammenbrach. Die am Emissionshandel beteiligten Staaten müssen ihre Emissionen gegenüber dem Bezugsdatum von 1990 stabilisieren. Kein Problem für die osteuropäischen Staaten und die Bundesrepublik Deutschland, denn durch den Zusammenbruch der Industrie waren die Emissionen ohnehin in den vergangenen 20 Jahren gesunken. Ob das Bezugsdatum von 1990 deshalb wirklich den Klimaschutz befördert, bleibt weiterhin fraglich.

Der Emissionshandel verdankt seine Geburt der Kritik an ordnungsrechtlichen Ansätzen. Doch die von marktliberalen Kritikern des Ordnungsrechts erhoffte stärkere Effizienz marktgesteuerter Instrumente ist nicht eingetreten. Der Emissionsmarkt ist so intransparent geworden, dass nicht mehr nachvollziehbar ist, auf welcher Grundlage die Preise der Zertifikate überhaupt basieren. Die Industrieunternehmen haben an Einfluss auf das Umweltrecht gewonnen, indem sie eigenständig die Emissionsberichte anfertigen und so die Höchstgrenzen der Emissionswerte entscheidend mitlenken. Eine Entbürokratisierung des Umweltrechts ist ebenfalls nicht eingetreten. Vielmehr wurden durch den Emissionshandel neue Institutionen und bürokratische Apparate geschaffen.

Deshalb kann von einem Rückzug des Staates infolge der Neoliberalisierung des Umweltrechts keine Rede sein. Es gehört zu den hartnäckigsten Fehlannahmen neoliberalismuskritischer Analysen, dass der Staat im Neoliberalismus in den Hintergrund gedrängt wurde. Gerade der Emissionshandel beweist an vielen entscheidenden Stellen das Gegenteil. Sicher haben die privaten Unternehmen an Macht gewonnen. Aber der Staat greift immer noch regulierend und bewusst deregulierend in den Markt ein. Die

34 Brouns/Witt, Klimaschutz als Gelddruckmaschine, in: Altvater/Brunnengräber, Ablasshandel gegen Klimawandel? Marktbasierende Instrumente in der globalen Klimapolitik und ihre Alternativen, 2008, S. 67-87.

35 Kaufmann/Müller, Grüner Kapitalismus. Krise, Klimawandel und kein Ende des Wachstums, 2009, S. 123.

Frage lautet nicht, ob der Staat zurückkehrt. Er war niemals weg.³⁶ Der Aufbau des Emissionshandels ist die direkte Folge einer staatlichen Politik, die selbst neoliberal überformt ist. Die Umformungen des Umweltrechts unterstützen die wirtschaftliche Dynamik und schirmen diese immer wieder gegen progressive Widerstandspolitiken ab. Kennzeichnend für den Neoliberalismus ist demnach ein autoritärer Etatismus.³⁷ So ist es kein Wunder, dass Institutionen wie die DEHSt oder Instrumente wie das *Cap* eingeführt wurden – der Staat tritt hier als Architekt des neoliberalen Umweltrechts auf.

2.3. Alasshandel für die westliche Industrie

Ein weiteres Instrument des Emissionshandels, welches einer grundlegenden Kritik unterzogen werden muss, ist der *Clean Development Mechanism* (CDM). Die Europäische Kommission hatte den Emissionshandel als alternativlos dargestellt, da die EU im Klimaschutz vorbildhaft voranschreiten müsse. „Je früher Europa sich bewegt, umso größer die Chance, dass es sein Know-How und seine Technologie zur Belebung von Innovation und Wachstum nutzen und dabei von seiner Pionierrolle profitieren kann“.³⁸ Der CDM folgt genau diesem Ansatz: Regierungen und Unternehmen müssen ihre Reduktionsverpflichtungen nicht im nationalen Rahmen erfüllen, sondern können durch Projekte in Entwicklungs- und Schwellenländern ebenfalls die vorgeschriebenen Leitlinien erfüllen. Dabei ist es egal, ob die Emissionen im globalen Norden gleich bleiben, solange in den Ländern des Südens „emissionsmindernde“ Maßnahmen durchgeführt werden. Unternehmen können z.B. Geld in Windkraftanlagen investieren und können dafür weiter Kohle- und Atomstrom in ihren Anlagen verwenden. Die registrierten CDM-Projekte steigen Jahr für Jahr sprunghaft an, über 4.000 sind bereits in Betrieb. Dabei wird der ökologische Ansatz der CDM-Projekte immer wieder gegen soziale Politiken ausgespielt. Es sind Fälle bekannt, bei denen lokale Bäuerinnen und Bauern ihr Land verloren, damit CDM-Projekte auf diesem umgesetzt werden konnten. Die einheimische Bevölkerung hat in der Regel keine Mitspracherechte – dort, wo es billiges Land gibt, investieren westeuropäische Unternehmen bereitwilliger.³⁹

Die CDM-Projekte sind nicht nur an das Kriterium der Emissionsminderung gekoppelt, sondern sie müssen auch noch *zusätzlich* sein. Alle Maßnahmen, die auch ohne das CDM-Label durchgeführt werden (z.B. Windkraftanlagen, die ohnehin gebaut werden sollen), dürfen deshalb nicht im Rahmen der Kyoto-Vereinbarungen angerechnet werden. Aber laut einer Studie des Öko-Instituts erfüllen gerade einmal 40 Prozent der bis 2007 gemeldeten CDM-Projekte das Kriterium der Zusätzlichkeit.⁴⁰ Gefälschte Emis-

36 Demirovic, Kehrt der Staat zurück? Wirtschaftskrise und Demokratie, PROKLA 157, 2009, 589 ff.

37 Vgl. Kannankulam, Autoritärer Etatismus im Neoliberalismus, 2008.

38 Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Chancen Europas im Klimawandel, 2008, S. 3 f.

39 Schuhmacher, Mehr Kohle mit Kohle, Jungle World Nr. 50/2009.

40 Schneider, Is the CDM fulfilling its environmental and sustainable development objectives? An evaluation of the CDM and options for improvement, Studie des Öko-Instituts im Auftrag des WWF Berlin, 2007.

sionszertifikate scheinen daher ungestört in der Europäischen Union zu kursieren. „Nur wenn die Projekte tatsächlich in eine zusätzliche Minderung des Treibhausgasausstoßes münden, also über eine business as usual-Entwicklung in dem jeweiligen Gastland hinausgehen, ist der CDM ein Nullsummenspiel für den Klimaschutz. Denn jede im Süden zusätzlich vermiedene Tonne CO₂ wird dem Norden gutgeschrieben und berechtigt dort zu einem Mehrausstoß von eben jener Tonne dieses Treibhausgases“. ⁴¹ Auch völkerrechtlich ist dieser Trend fragwürdig, denn laut Art. 3 Abs. 1 des Kyoto-Protokolls sind die Staaten ja gerade verpflichtet „ihre Emissionen“ zu mindern. Im Sinne der ökonomischen Logik des marktbasierten Umweltrechts hat sich die Bedeutung des Wortes „ihr“ zu einem ökonomischen Bilanzbegriff gewandelt. ⁴²

Was bleibt am Ende vom Emissionshandel? „Der Emissionshandel ist eine einzige Skandalgeschichte: Ökonomisches Dogma, Absprachen zwischen Regierungen und Unternehmen, Extraprofite, Förderung schadstoffintensiven Wachstums und dann auch noch ein Handel mit Zertifikaten, der die schwachen Gemeinschaften spaltet.“ ⁴³

Der Emissionshandel hat vor allem zu der neoliberalen Umformung des Umweltrechts geführt. Dadurch wurden auch politische Diskurse über die Klimaschutzpolitik neoliberal verrückt und unter die Prämisse von Marktmechanismen gestellt. Das Ordnungsrecht hatte regulative Ansätze, die tatsächlich zu einer Schadstoffminderung hätten führen können. Doch den progressiven Kräften gelang es nicht, ihre Inhalte in staatliche Politiken und das Recht einzuschreiben.

In der Debatte um den Emissionshandel hat vor allem *Gerd Winter* sinnvolle Vorschläge gemacht, wie man die Instrumente des Emissionshandels progressiv umgestalten kann. ⁴⁴ Dabei orientiert sich Winter an einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Vorsorgegebot im BImSchG:

„Das Vorsorgegebot des § 5 Nr. 2 BImSchG stellt eine Art Gegengewicht zum Kompromisscharakter des in § 5 Nr. 1 BImSchG festgelegten Sicherheitsstandards und der damit verbundenen Risikogrenzen dar; ... [Maßnahmen der Risikovorsorge] sollen unabhängig von den geltenden Schädlichkeitsgrenzen das an Umweltqualität durchsetzen, was im Hinblick auf ein vorhandenes Potential an Vermeidungstechnologie realisierbar erscheint.“ ⁴⁵

Das Kyoto-Protokoll könne laut *Winter* mit dieser Lesart des Bundesverwaltungsgerichts in Einklang gebracht werden. ⁴⁶ Er schlägt deshalb vor, dass es Pflichtquoten zur Verwendung regenerativer Energien geben könnte bzw. sich die Unternehmen an den besten Techniken orientieren müssten. „Auf diese oder ähnliche Weise ließe sich viel-

41 Siehe Brouns/Witt (Fn. 34).

42 Winter, Das Klima ist keine Ware, Zeitschrift für Umweltrecht, 6/2009, S. 297.

43 Bidwai in einer Anmerkung zum Buch Gilbertson/Reyes, Globaler Emissionshandel – Wie Luftverschmutzer belohnt werden, 2010.

44 Winter (Fn. 42), S. 289–298.

45 BVerwG v. 17. Februar 1984, BVerwGE 69, 37, 44.

46 Winter (Fn. 42), S. 298.

leicht erreichen, dass der Emissionshandel nicht zum Selbstzweck wird, sondern sich in den Dienst am Klimaschutz stellt.“⁴⁷

Auch aktuelle globale Kämpfe, die im Umweltrecht geführt werden, lassen einen Funken Optimismus übrig. So wird in Ecuador ein Verfahren gegen das Öl-Unternehmen Texaco Chevron geführt, welches die Millionenkosten für die Beseitigung von Giftmüll bezahlen soll.⁴⁸ Auch die aktuelle Umweltkatastrophe im Golf von Mexiko, ausgelöst durch eine gesunkene Plattform des Energiekonzerns BP, könnte zu Verfahren gegen das Unternehmen führen. Leider hat die Obama-Regierung zwischenzeitlich einen Fond ins Leben gerufen, in den BP 20 Milliarden Dollar einbezahlen soll. Damit könnte BP Gerichtsverfahren aus dem Weg gehen, denn aus diesem Fond sollen die Opfer der Katastrophe entschädigt werden. Rechtliche Konsequenzen hätte BP dann vielleicht nicht mehr zu fürchten.⁴⁹

Was verspricht nun der Green New Deal? Auch der GND schreibt sich den Klimaschutz auf die Fahnen, aber nicht nur das: Auch die Armut- und Wirtschaftskrise soll mit dem GND gelöst werden. Ist der GND ein postneoliberales Projekt im Sinne einer gesellschaftlichen Alternative oder ist er nur die neoliberale Verrückung progressiver ökosozialer Ansätze und führt wesentliche Bestandteile der soeben skizzierten neoliberalen Klimapolitik einfach weiter?

3. Der Green New Deal

Der GND bewegt sich innerhalb der krisenhaften kapitalistischen Konfiguration seit der Weltwirtschaftskrise der 2008er Jahre. Für die Diskussion in Europa sind zwei Varianten besonders wichtig: der Global Green New Deal der britischen New Economics Foundation und das Konzept von Bündnis90/Die Grünen in Deutschland. Die Grünen machten ihr Konzept des GND zum zentralen Wahlkampfthema für die Bundestags- und Europawahl. Trotz der Unterschiede, die zwischen einzelnen GND-Konzeptionen bestehen, gibt es eine Reihe von Gemeinsamkeiten: Sie wollen eine stabile Wachstumskonstellation aufbauen, die auf Regulierung im Finanzsektor, Energieeffizienz, öffentlichen Investitionen in Bildung und Erneuerbare Energien und einem neuen Rahmen für den freien Markt beruht, um deren Innovationskraft in ökologische Dienste zu stellen.⁵⁰ Als Ursache für die Wirtschafts- und Finanzkrise werden Lücken in der Bankenaufsicht und politische Fehler ausgemacht, die dem Markt zu wenig Regeln gesetzt und so der Gier einiger weniger Raum gelassen haben. Umweltprobleme beruhen auf mangelnder Energieeffizienz, sodass eine Innovationsoffensive in energetische Gebäudesanierung und effizientere Produktion Abhilfe schaffen können. Weiterhin werden

47 Ebd.

48 <http://chevrontoxico.com/> (abgerufen am 20.9.2010).

49 Siehe <http://www.lifeinthemixtalk.com/?p=14969> (abgerufen am 20.9.2010).

50 Vgl. z.B. Die Krise bewältigen – für einen grünen New Deal, Beschluss der 28. ordentlichen Bundesdelegiertenkonferenz von Bündnis90/Die Grünen, 2008, S. 2.

Investitionen in Bildung, Soziales und Infrastruktur gefordert. So soll ein Bruch mit der neoliberalen Globalisierung vollzogen werden, die nicht zuletzt für die verschiedenen Krisen verantwortlich sei.

Der GND versucht, Politikkonzepte zu liefern, die integrativ für alle politischen Lager sind. Er stellt sich als verallgemeinerbares Projekt dar. Obwohl der Versuch, Hunger-, Wirtschafts-, Klima- und Finanzkrise gemeinsam zu lösen und als Problemkomplex zu begreifen, durchaus positiv ist, krankt der GND an einer unzureichenden Analyse gesellschaftlicher Verhältnisse. So weist *Leo Panitch* zu Recht daraufhin, dass keineswegs eine mangelnde Deregulierung für die Krise verantwortlich ist.⁵¹ Vielmehr herrscht auf den Finanzmärkten eine spezielle Form von Regulierung, die in Zusammenhang mit der neoliberalen Produktionsweise steht. Die angestoßenen Debatten um eine sicherlich nötige Re-Regulierung der Finanzmärkte greifen zu kurz, weil diese losgelöst von der Produktion diskutiert werden. Zudem ändern Regulierungen allein noch nicht zwangsläufig den Funktionsmodus der Finanzmärkte. Sie bedeuten nicht per se einen Bruch mit neoliberalen Rechtsordnungen, wie sie am Beispiel des Umweltrechts skizziert wurden. Nach jeder Krise auf den Finanzmärkten werden neue Mechanismen implementiert, um neue Krisen zu verhindern⁵² – ohne allerdings die Finanzialisierung nachhaltig in Frage zu stellen. Am Anfang dieses Beitrages wurde bereits der enge Zusammenhang zwischen den Finanzmärkten und der industriellen Produktion skizziert. Eine Verbindung, die der GND nicht zu sehen scheint.

Das öffentliche Investitionsprogramm, das gerade bei den Grünen in Deutschland eine besondere Rolle spielt und die soziale Komponente des GND betont, leitet ebenfalls keinen wirklichen Bruch mit dem bestehenden neoliberalen Modell ein. Zwar sieht es Investitionen in Bildung, Infrastruktur und personennahe Dienstleistungen vor, kann aber allenfalls als nachholend betrachtet werden. Die geforderten Summen von etwa 22 Mrd. Euro liegen weit hinter den Steuersenkungen zwischen 1999 und 2005 unter Rot-Grün und der Großen Koalition zurück, die laut Angaben der Bundesregierung jährlich 60 Mrd. Euro betragen.⁵³ Dieses Geld fehlt ohnehin jetzt schon für notwendige Investitionen.

Diese inhaltlichen Defizite werden von einer Reihe theoretischer Probleme begleitet. Rhetorisch ist der GND mit einem Katastrophismus verbunden. Die Lösung der ökologischen und ökonomischen Krise ist eine Menschheitsaufgabe, die mit einer „Mobilisierung für einen Krieg“⁵⁴ verbunden ist. Dabei stellt sich der GND als alternativlos dar. Nur er sei in der Lage, diese Probleme zu lösen. Diese Perspektive ist postpolitisch und begründet eine Expert_innenpolitik. Es wird suggeriert, dass zukünftige politische Entscheidungen über den Klimaschutz nicht von Ideologien, sondern nur von pragmati-

51 Vgl. Panitch, *The political economy of the subprime crisis*, 2010, S. 257 f.

52 Vgl. ebd., S. 258.

53 Vgl. http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Archiv16/Artikel/2005/11/2005-11-21-steuersenkungen-1999-bis-2005_layoutVariant=Druckansicht.html (abgerufen am 20.9.2010).

54 Global Green New Deal Group, 2008, S. 16.

schen Lösungen abhängig seien. Nur angeblich neutrale Wissenschaftler_innen oder Berater_innen könnten daher die geeigneten Lösungen für die Klimaprobleme liefern. Damit verschweigt der GND, dass sich natürlich hinter jeder politischen Antwort auch eine Ideologie verbirgt. Es besteht auch die Gefahr, dass die Klimaprobleme komplett in den Bereich des Rechts übertragen werden, welches zwar nach außen ebenfalls als neutral erscheint, aber nach innen bereits neoliberal überformt ist, wie bereits in unserem Beitrag festgestellt wurde.

Der GND fasst darüber hinaus ökologische Probleme sehr eng. Der Klimawandel und seine Auswirkungen stehen im Fokus. Dabei sprechen sich die deutschen Bündnisgrünen für eine Fortführung des Kyoto-Protokolls und des Emissionshandels aus. Die Marktmechanismen dieser Klimaschutzinstrumente werden nicht in Frage gestellt, sondern lediglich ihre Optimierung vorgeschlagen. Mit dem neoliberal überformten Emissionshandel und Umweltrecht bricht der GND also nicht. Unbeachtet bleiben weiterhin Entwicklungen wie zunehmendes Waldsterben, das Ausbeuten natürlicher Ressourcen, die Übersäuerung der Meere oder die weltweite Zunahme von Elendsvierteln, wie Mike Davis in seinem Buch „Planet der Slums“ eindrucksvoll schildert. Ein umfassendes Verständnis von ökologischen Krisen müsste diese Krisen und ihre Ursachen berücksichtigen – auch um adäquate Lösungsansätze liefern zu können. Daran schließt an, dass der GND ökologische Fragen nicht als Klassenfragen begreift⁵⁵ und sie jenseits des Rechts-Links-Schemas verortet. Dies erscheint doppelt fragwürdig. Einerseits weil sich Auswirkungen von ökologischen Krisen je nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit unterschiedlich zeigen: Steigen beispielsweise die Meeresspiegel an, sind die Mündungsdeltas der Flüsse in Europa besser geschützt als in Entwicklungs- und Schwellenländern. Diese sind dichter bevölkert, und die betroffenen Länder sind weniger in der Lage, sich auf Veränderungen einzustellen.⁵⁶ Andererseits vergisst die Position, wer die Kontrolle über das Was und Wie der Produktion ausübt und damit entscheidend zum Entstehen von ökologischen Problemen beiträgt. An die Stelle der Ursachen für Naturprobleme tritt das Managen ohne Bruch mit der gesellschaftlichen Produktionsweise. Klimapolitik wird zur Außensteuerung einer bestehenden Konfiguration. Es findet kein Bruch mit dem statt, was in Anlehnung an *Ulrich Brand* als „imperiale Lebensweise“⁵⁷ begriffen werden kann. Sie bezeichnet die fossilistischen Produktions- und Konsummuster des globalen Nordens, die sich in Regierungspraktiken eingeschrieben haben. Diese Lebensweise beruht auf energieintensiven Technologien und einem großen Transportsektor infolge transnationaler Produktionsnetzwerke. Produkte mit vergleichsweise kurzer Lebensdauer, um immer wiederkehrende Rentabilität zu erzeugen, sind dafür genauso charakteristisch wie das Erzeugen von immer neuen Bedürfnissen, um diese dann mit

55 Vgl. z.B. „Wir brauchen eine Radikalität der Mitte“, Interview von Ralf Fücks mit Anthony Giddens, <http://www.boell.de/oekologie/gesellschaft/oekologie-gesellschaft-8343.html> (abgerufen am 20.9.2010).

56 Vgl. Lipietz, *Die große Transformation des 21. Jahrhunderts. Ein Entwurf der politischen Ökologie*, 2000, S. 109 f.

57 Brand, *Grüner New Deal als magic bullet in der Krise des neoliberal-imperialen Kapitalismus?*, *Prokla* Nr. 156, 2009, 475-482.

neuen Waren befriedigen zu können.⁵⁸ Wachstum erscheint als Bedingung für besseres Leben, und statt minimalem Verbrauch bei maximaler Bedürfnisbefriedigung passiert das genaue Gegenteil. Der GND begegnet dem mit einer so stark abgeschwächten Wachstumskritik, dass sie keine Bedrohung für kapitalistische Akkumulation ist. Wachstumskritik erscheint allenfalls als Forderung nach anderer Allokation. Anstatt also „komplexe herrschaftliche und sozial-ökologische Verhältnisse“⁵⁹ zu thematisieren, werden Spaltung und soziale und ökologische Ungerechtigkeit aufrecht erhalten. Der GND beruht darauf, dass eine vermeintlich verantwortungsvolle Administration die Probleme erkannt hat und in der Lage ist, über Stellschrauben den Markt zu beeinflussen. Damit ist dies kein emanzipatorisches Projekt der Selbstermächtigung von Gesellschaft, sondern die Herrschaft der Notwendigkeiten, die zur „Ausweitung der technobürokratischen Macht“⁶⁰ führt. Gleichzeitig werden so Konsument und Staat als Lösungsinstanzen angerufen und ein unreflektierter Etatismus begründet. Der Staat soll lediglich regulierend in den Markt und Wettbewerb eingreifen, sodass die richtigen Voraussetzungen für ökologische Innovationen geschaffen werden. Wohin das führen kann, hat der Emissionshandel ja unlängst bewiesen. Eine notwendige Transformation des neoliberalen Staates und des Rechts findet nicht statt. Seine Rolle besteht letztlich in der Rettung aus der Krise bei anschließender Rückkehr des privaten Sektors und des Wettbewerbs. Die Investitionsprogramme bleiben marginal. Der Steuerungsoptimismus des GND vergisst dabei die „strukturellen Zwänge kapitalistischer Globalisierung“,⁶¹ die tief in die Staatlichkeit und das Recht eingeschrieben sind. Mit einem neoliberal umformten Umweltrecht sind wirksame Klimaschutzinstrumente jedenfalls kaum umzusetzen. Statt dessen wären grundlegende Verschiebungen innerhalb gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse nötig.

3.1. Setzt sich der Green New Deal durch?

Der Green New Deal als Projekt besitzt durchaus positive Ansätze. Er versucht einen Bruch mit dem neoliberalen Mainstream und thematisiert eine Reihe wichtiger sozialer und ökologischer Probleme. Er scheitert allerdings an seinem verkürzten Verständnis des Neoliberalismus. Er begreift ihn nicht als bestimmte kapitalistische Formation, sondern setzt eine marktfundamentalistische Ausprägung für sein Ganzes. So wird er als Projekt – sollte er sich durchsetzen – allenfalls ein Versuch für einen Neustart einer relativ stabilen kapitalistischen Akkumulation in variierten neoliberalen Settings sein. Insofern ist er postneoliberal, als dass er versucht, die Regulation anzupassen, ohne sie grundlegend zu verändern. So wird der GND die angesprochenen Krisen nicht nachhaltig lösen können. Er versucht, gesellschaftliche Mehrheiten zu schaffen, indem Notwendigkeiten als verallgemeinerungsfähig und anschlussfähig an alle politischen Lager er-

58 Vgl. Gorz, *Auswege aus dem Kapitalismus: Beiträge zur politischen Ökologie*, 2009, S. 71.

59 Brand (Fn. 49).

60 Ebd., S. 34.

61 Görg, *Regulation der Naturverhältnisse. Zu einer kritischen Theorie der ökologischen Krise*, 2003, S. 146.

scheinen. Expert_innen liefern die entsprechenden Maßnahmen, zu denen es keine Alternativen gibt. Gegenüber linker Kritik sichert er sich ab, indem er postuliert, dass „keine Zeit für Systemfragen“⁶² sei. Gegenüber rechten Kritiker_innen verweist er auf das Versagen eines bestimmten, als neoliberal bezeichneten Modells der Globalisierung. Entscheidend erscheint uns allerdings nicht nur das politische Konzept, sondern auch die tatsächliche Umsetzung. Diese hängt von Kräfteverhältnissen ab. Der GND dient als Referenzpunkt in politischen Auseinandersetzungen, versucht aber nicht, die Kräfteverhältnisse grundlegend zu verändern. Dies kann dem GND mit seiner Verortung jenseits der politischen Lager auch nicht nachhaltig gelingen, bzw. es stellt sich die Frage, ob dies überhaupt Ziel ist. So formuliert der GND zwar ein Projekt, das sich verallgemeinern will, seinen Akteur_innen gelingt es aber nicht, Bündnisse mit subalternen Gruppen zu schließen und politische Auseinandersetzungen zu führen. Stattdessen realisieren sich die Aspekte des GND, die vereinbar sind mit dem bestehenden Block an der Macht. Bezeichnend für seine konsensorientierte, postpolitische Perspektive ist das Ausweichen vor fundamentalen Konflikten und das Vermeiden jeder kritischen Analyse des modernen Kapitalismus. Daher ist er „nicht in der Lage, die Hegemonie des Neoliberalismus in Frage zu stellen“.⁶³ Deutlich wird dies in vermeintlich ökologischen Vorzeigeprojekten, die mit Unterstützung großer Energiekonzerne geplant werden. Das Energiesammelmammutprojekt „Desertec“ soll riesige Sonnenkollektoren in der Wüste Sahara aufbauen und den dort gewonnenen Strom auf den europäischen Markt transportieren. An dem Projekt sind u.a. die Deutsche Bank, RWE, Eon und andere Unternehmen beteiligt.⁶⁴ Von den Grünen in Deutschland erfährt Desertec Zustimmung.⁶⁵ Ein weiteres Beispiel wäre der kürzlich eröffnete erste deutsche Offshore-Windkraftpark Alpha Ventus, an dem u.a. Vattenfall, EWE und Eon beteiligt sind. Einerseits folgen diese Projekte der Logik des GND, den Markt für erneuerbare Energien zu stärken, andererseits werden die emanzipatorischen Potenziale erneuerbarer Energien aufgegeben: durch die Bereitstellung dezentraler kommunaler Energieversorgung ohne die Unterstützung der großen Energiekonzerne.

Abschließend bleibt die Frage, wie sich daher der GND auf das bisher neoliberal umformte Umweltrecht auswirken würde und ob er zu einer postneoliberalen Rechtsordnung führen könnte. Wir können dabei nur eine Prognose stellen. Fest steht, dass der GND nicht mit dem neoliberalen Emissionshandelsregime im Umweltrecht brechen will,⁶⁶ geschweige denn ernsthafte ökologische Verbesserungen von diesem zu erwarten sind. Real setzt sich vor dem Hintergrund des GND eine Bündnispolitik von grünem Kapital und Großkapital durch. Gerade letzteres gehörte bereits zu den entscheidenden

62 Sven Giegold im Gespräch mit Ulrich Brandt, Interview in der TAZ vom 5.9.2009.

63 Mouffe, *Über das Politische*, 2007, S. 79 f.

64 Vgl. Balsmeyer, *Operation Desert Strom*, *Jungle World* Nr. 28/2009.

65 Besonders der grüne Energieexperte Hans-Josef Fell (MdB) und die Europaabgeordnete Rebecca Harms haben sich immer wieder für Desertec ausgesprochen.

66 In den Konzepten der Grünen wird der Emissionshandel kritiklos als Instrument fortgeführt.

Akteuren im Neoliberalismus, sodass fragwürdig erscheint, ob eine wirkliche Änderung der neoliberalen Produktions- und Lebensweise möglich ist. Vielmehr setzt sich eine letztlich strukturkonservative Politik durch, die zentrale Elemente des Neoliberalismus beibehält: den Emissionshandel als technobürokratische Lösung, staatliches Handeln als Handeln für geeignete Rahmenbedingungen für den Wettbewerb und Ausweitung des Marktes. Ein richtiger Green New Deal müsste dagegen von den beschriebenen gesellschaftlichen Verhältnissen denken, Bündnisse mit sozialen Bewegungen und Gewerkschaften schließen und davon ausgehend eine Reformperspektive entwickeln. Die Frage nach der Verteilung von Macht in der Gesellschaft müsste im Zentrum dieses progressiven GND stehen und gerade auch im Recht mit dem dort herrschenden neoliberalen Paradigma der maximalen Orientierung an ökonomischen Kriterien brechen. Zu all diesen Fragen gibt der GND aber keine Antwort. Im Moment läuft er deshalb Gefahr, ein Projekt zu sein, das in der Realität einen vermeintlich grünen Neoliberalismus fort schreibt. Trotz progressiver Ansätze könnte dann nach einem konservativen und sozialdemokratischen Neoliberalismus ein grüner Neoliberalismus auf der Tagesordnung stehen, der den Begriff Postneoliberalismus insofern ausfüllt, als dass er wesentliche Elemente des Neoliberalismus scheinbar transformiert, um sie so am Leben zu erhalten.

Michael Fütterer studiert Politikwissenschaften und Rechtswissenschaften an der Universität Frankfurt. Zu seinen Arbeitsschwerpunkten zählen Staatstheorie, Politische Ökonomie, Gewerkschaften und Hegemonietheorie; mfuetterer@gmx.net

Maximilian Pichl studiert Rechtswissenschaften und Politikwissenschaften an der Universität Frankfurt am Main und ist dort aktiv im Arbeitskreis Kritischer JuristInnen; max.pichl@t-online.de

Rechts.Wirklichkeit: Ein Bericht aus Tirol zu Art 13 Abs 3 B-VG¹

Caroline Voithofer

Staatszielbestimmungen reichen nicht, um feministische Institutionen in konservativ regierten Ländern am Leben zu halten. Das ist die rechtspolitische Erkenntnis aus zwei Jahren Kampf um beschämend niedrige Subventionen für feministische Einrichtungen in Tirol.

Am 1.7.2008 trat eine ÖVP-Politikerin unter anderem ihr Amt als Landesrätin für Frauenpolitik an. Eine ihrer Handlungen in dieser Funktion bestand im Nicht-Mehr-Gewähren von Subventionen für langjährig bewährte und ebenso langjährig durch Landessubventionen finanzierte feministische Einrichtungen. Es begann mit dem Ablehnen der Jahressubvention in Höhe von 6.500 Euro für das Autonome FrauenLesbenzentrum (AFLZ) im Jahr 2009. Das AFLZ startete daraufhin seinen Protest, der eine breite mediale Berichterstattung und zahlreiche Unterstützungswellen nach sich zog. Diesem Protest ist es zu verdanken, dass die Subvention aus dem Sozialressort – geführt von einem SPÖ-Landesrat – gedeckt wurde.² Im Jahr 2010 wurden weitere Subventionen von der Frauenlandesrätin nicht mehr gewährt. Neben dem AFLZ waren das ArchFem – Interdisziplinäres Archiv für Feministische Dokumentation (ArchFem), die kinovi[sie]on und der Arbeitskreis Emanzipation und Partnerschaft (AEP) betroffen. Insgesamt sollten so in Zeiten der Krise 16.300 Euro eingespart werden. Die betroffenen Einrichtungen setzen sich „[...] für eine emanzipatorische Gesellschaftsveränderung jenseits eines traditionellen Frauenbildes [...]“³ und Familienmodells ein. Genau dazu hat sich Österreich und das Land Tirol in Art 3 und Art 5 CEDAW verpflichtet.⁴

Das AFLZ gilt seit 26 Jahren als Anlaufstelle für lesbische Frauen und veranstaltet feministische Themenabende. Das ArchFem ist seit 17 Jahren über das Dokumentationsarchiv hinaus eine Einrichtung, die in Tirol feministische Bildungsarbeit leistet. Die ArchFem-Frauen reisen etwa durch Tirol und erklären feministische Grundsätze in Schulen. Dabei tragen sie dazu bei, Vorurteile gegenüber Feministinnen abzubauen, was sie im Übrigen unentgeltlich und in ihrer Freizeit tun. Die kinovi[sie]on bringt seit fünf

1 Ich danke Herrn Prof. Heinz Barta für seine hilfreichen Anmerkungen.

2 http://www.frauenlesbenzentrum.at/mobilisierung_juli09.html (26.10.2010).

3 Stellungnahme des AEP: <http://www.aep.at/zornige.htm> (25.10.2010).

4 Wie schlecht es in Österreich mit der Umsetzung bestellt ist, zeigt der CEDAW-Bericht: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=24129> (27.10.2010). Vgl *Schulze*, Die halbe Macht den Männern: ein Arbeitsauftrag, *juridikum* 2010, 238 (239).

Jahren allmonatlich Filme von Regisseurinnen nach Tirol. Der AEP leistet seit 37 Jahren konkrete Bildungsarbeit durch zahlreiche Veranstaltungen; bringt vierteljährlich die AEP-Informationen heraus; führt eine Frauenbibliothek und bietet unentgeltliche psychologische, gynäkologische und rechtliche Familienberatung an.⁵

Weniger hart traf die Krise in Tirol etwa den Haflingerzuchtverband, der zwischen 2008 und 2010 mit 1,2 Millionen Euro gefördert wurde oder die Landschaftliche Pfarre Mariahilf, die 779.400 Euro erhielt. Ehrengaben anlässlich von Ehejubiläen lässt sich das Land Tirol im heurigen Jahr 1.250.000 Euro kosten.⁶ Die verweigerten Subventionen an feministische Einrichtungen sind somit sowohl in absoluten als auch in relativen Zahlen erschreckend gering. Setzt man die geleistete Arbeit und die dafür beantragten öffentlichen Mittel in Relation, muss das Nicht-Mehr-Gewähren der Subventionen als unverhältnismäßig beurteilt werden. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt der Jahresbericht 2009 des Landesrechnungshofes hinsichtlich der Subventionsverweigerung an das AFLZ. Demnach verstieß die Verweigerung gegen das Sachlichkeitsgebot, das Willkürverbot und somit den Gleichheitsgrundsatz, weil die Subvention ohne nähere Begründung versagt wurde und sich weder in der Tätigkeit des Vereins noch in den Förderrichtlinien eine Änderung ergeben habe. Doch helfen derartige Berichte einem Verein, der seine Raummiete nicht mehr aufbringen kann? Das Recht kennt keinen einstweiligen Unterhaltsanspruch von Vereinen gegenüber der öffentlichen Hand.

Sofort nach dem Bekanntwerden der Subventionsverweigerungen erfolgte im März 2010 die Gründung der Plattform Zornige Frauen, die den folgenden Protest koordinierte. Dieser Protest war auch im Jahr 2010 insofern erfolgreich, als die Subventionen wiederum von einem SPÖ-geführten Ressort – diesmal Sport!? – übernommen wurden. Als Nebenwirkung waren die Subventionsverweigerungen der Anlass, um die feministische Bewegung in Tirol zu beleben.⁷ Dieser neue Schwung in der feministischen Bewegung wird über Tirol hinaus wahrgenommen. Doch er kann für die Agierenden nicht darüber hinweg täuschen, dass sie langsam müde werden. Denn sie bringen ihre ehrenamtliche Arbeit, Gedanken, Zeit und Energie in den Kampf um notwendige Geldmittel ein, der eigentlich in die feministische Arbeit fließen sollte. Dieser Kampf ist neben dem „Brotjob“ für viele im letzten Jahr zum Lebensmittelpunkt geworden und hat zum Vernachlässigen anderer Lebensbereiche geführt, sodass nicht klar ist, über wie viele weitere Jahre er durchgehalten werden kann. Da nicht zu vermuten ist, dass die Landesrätin im Jahr 2011 die nötigen Subventionen bewilligen wird, stellt sich „die Bewegung“ auf ein weiteres Protestjahr ein. Für den 100. Weltfrauentag am 8.3.2011 sind lebendige und kraftvolle Aktionen in ganz Tirol zu erwarten.

5 Von der Rechtsberatung kann ich berichten, dass alle Termine ausgebucht sind. Wir beraten insbesondere jene, die bei den Amtstagen ohne Antworten auf ihre Fragen weggeschickt wurden.

6 Für weitere krisen-feste Subventionen des Landes Tirol siehe: AEP Informationen 2010/2, 34; <http://www.aep.at/zornige.htm> (27.10.2010); http://www.frauenlesbenzentrum.at/grafiken_fotos/zornige_frauen_csd2010.pdf (27.10.2010). Das Budget des Landes Tirol, dem die Zahlen zu entnehmen sind, findet sich unter: <http://www.tirol.gv.at/themen/zahlen-und-fakten/landesbudget/landesvoranschlag-2010/> (27.10.2010).

7 Die Etappen des Protestes sind in den AEP-Informationen 2/2010 dokumentiert. Bestellbar unter www.aep.at.

Das aus juristischer Sicht besonders Bittere an dem Nicht-Mehr-Gewähren der Subventionen ist, dass am 1.1.2009 eine neue Bestimmung im B-VG in Kraft trat, die dem Gender-Budgeting-Diskurs entsprungen ist. In Art 13 Abs 3 B-VG heißt es:

„Bund, Länder und Gemeinden haben bei der Haushaltsführung die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern anzustreben.“

Es handelt sich um eine Staatszielbestimmung, die das Handeln der Staatsorgane lenken soll. Art 13 Abs 3 B-VG ergänzt Art 7 Abs 2 B-VG. Praktisch sollten beide bedeuten, dass Subventionen für feministische Einrichtungen nicht gekürzt werden, solange entweder vergleichbar viele öffentliche Mittel für Männer wie für Frauen verwendet werden oder eine faktische Gleichstellung von Männern und Frauen stattgefunden hat. Beides ist eine Zustandsbeschreibung, die mit den gelebten Lebenswirklichkeiten nichts zu tun hat. Da sich weder aus Art 7 Abs 2 noch aus Art 13 Abs 3 B-VG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Subventionen ableiten lässt, stellt das Recht den betroffenen Einrichtungen hier kein wirksames Hilfsmittel an die Seite. Was bleibt, ist zu hoffen, dass die Landesrätin Verständnis für Frauenpolitik entwickelt oder durch eine sachverständigere Person ersetzt wird. In letzter Instanz wird der politische Kampf der feministischen Bewegung fortgeführt werden müssen!

Drⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck;
caroline.voithofer@uibk.ac.at