

nr 4/2011

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Recht und Macht im Internet

recht & gesellschaft

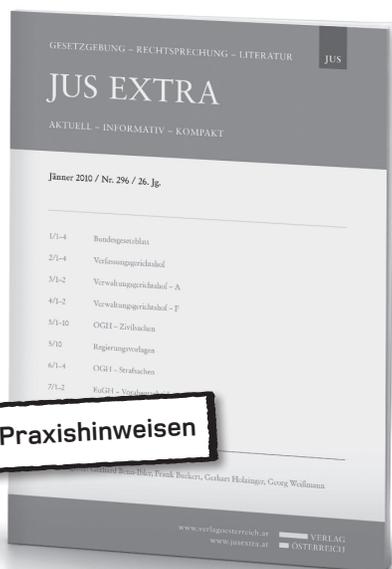
Aufenthaltsehen im ‚Fremden‘- und Strafrecht
Gleichgeschlechtliche Partner_innen im Asylrecht
Autoritäre Krisenlösung im Europarecht

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

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Monat für Monat alles auf einen Blick!



Inhalt

Die Zeitschrift „JUS Extra“ bietet in Form einer Loseblattausgabe monatliche Information über die aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Führende Experten garantieren die fachkundige Aufbereitung der neuen Bundesgesetzblätter, der aktuellen Erkenntnisse des OGH (Zivil- und Strafsachen), des VfGH und des VwGH (Finanz- und Administrativrecht) in Leitsatzform, der EuGH-Vorabentscheidungsverfahren sowie der Neuerscheinungen im Buch- und Zeitschriftenbereich. Die Ablage erfolgt nach Teilgebieten in Ringbuchordnern.

Herausgeber

Dr. Gerhard Benn-Ibler

Präsident des Rechtsanwaltskammertages

Dkfm. Dr. Franz Burkert

Präsident der Kammer der Wirtschaftstreuhandler i.R.

SC Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger

Präsident des Verfassungsgerichtshofes

Dr. Georg Weißmann

Präsident der Notariatskammer i.R.

Internet

www.jusextra.at

Jahresabo JUS Extra
(11 Hefte) € 118,-

Jahresabo JUS Extra
für Studierende
(11 Hefte) € 79,-

Probeabo JUS Extra
(3 Hefte) € 13,-

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl USt, zzgl Versandkosten (Österreich: Probeabo € 4,90, Jahresabo/Studentenabo € 15,-; Ausland: Probeabo € 13,90, Jahresabo/Studentenabo € 25,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Odysseus statt Herkules: Finanzielle Interessen offen legen!

Clemens Kaupa

Die Dokumentation „Inside Job“ von Charles Ferguson behandelt die Wurzeln der weltweiten Finanzkrise.¹ Sie beleuchtet insbesondere die zarten Bande, die Industrie und Politik, aber auch Universitäten miteinander verbinden. In der bekanntesten Szene des Films wird Glenn Hubbard, Dekan der Columbia Business School zur Wirtschaftskrise interviewt.² Hubbard ist neben seinem universitären Beruf ein vielgefragter Experte für die Finanzindustrie. So hatte er etwa einige Jahre vor der Krise in einer gemeinsamen Studie mit dem damaligen Chefökonom von Goldman Sachs erklärt, Kreditderivate würden eine stabilisierende Wirkung auf den Finanzmarkt haben. Großmütig bietet Hubbard im Film seine Analyse der Wirtschaftskrise an, bevor der Interviewer ihn unvermittelt nach seinen zahlreichen Beraterverträgen mit der Finanzindustrie fragt. Hubbard reagiert äußerst verärgert und wirft den Interviewer einfach hinaus: „You have three more minutes, give it your best shot.“

Die Szene besticht, weil Glenn Hubbard arrogant und überheblich wirkt, und damit im Film den perfekten Bösewicht abgibt. Das eigentliche Thema wird von Hubbards Arroganz zwar dramaturgisch unterstrichen, gilt jedoch für nette WissenschaftlerInnen gleichermaßen: Wie muss man damit umgehen, dass Professoren und Professorinnen Expertisen für Geld erbringen? Kann dies für die Wissenschaft zum Problem werden? Für diese Frage besteht in der akademischen Welt offensichtlich wenig Sensibilität. Anders ist es nicht zu erklären, dass etwa Glenn Hubbard die Frage nach seinen finanziellen Interessen im Zusammenhang mit seiner wissenschaftlichen Arbeit nicht nur nicht beantwortet, sondern als unerträglichen Affront empfindet.

Geld für Gutachten, das ist auch in der österreichischen Rechtswissenschaft eine gelebte Praxis. Und auch wenn unsere RechtswissenschaftlerInnen mit ihren Expertisen wohl keine Finanzkrisen auszulösen vermögen, so ist ihr Einfluss doch enorm. In politischen Konflikten können Rechtsgutachten – insbesondere wenn sie von den Titanen der Wiener Fakultät erstattet werden – die politische Dynamik gehörig durcheinanderwirbeln. Der Zusammenhang zwischen Geld und Expertise geht jedoch noch tiefer. In einer weiteren einprägsamen Szene von „Inside Job“ fragt der Interviewer den Institutschef des

1 Inside Job (2010), <http://www.imdb.com/title/tt1645089/> (15.11.2011).

2 Diese Szene findet sich unter: <http://tiny.cc/w3peg> (15.11.2011).

Ökonomie-Departments der Harvard University, John Campbell, warum er seine finanziellen Verbindungen mit der Finanzindustrie nicht in seinen Publikationen offenlegen würde. Würde man nicht genauso gerne wissen wollen, ob eine Medizinerin, die in einem Aufsatz ein Medikament eines bestimmten Unternehmens empfiehlt, von eben diesem Geld erhält? Campbell weist den Vergleich von sich. Die Vorstellung, dass die bezahlte Beratungstätigkeit die eigene Forschung beeinflussen könnte, scheint ihm absurd.

Die Annahme, dass viele Menschen die Hand nicht beißen, die sie füttert, scheint einigermaßen common-sense zu sein. Warum empört es dann ForscherInnen bloß so, wenn man das Problem auch im Wissenschaftsbereich anspricht? Offensichtlich wird die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Geld und Expertise als Kritik an der fachlichen Kompetenz, oder noch schlimmer, an der persönlichen Integrität gesehen. In diesem Sinne möchten sich unsere WissenschaftlerInnen wohl als jenen Herkules sehen, als den Ronald Dworkin die ideale Juristin und den idealen Juristen geschildert hat.³ Sind integre Persönlichkeiten vom Einfluss des Geldes gefeit? Ist es wirklich so, dass Geld nur auf schwache Menschen Einfluss hat? Dies scheint eine unnötige Moralisierung des Problems zu sein. Unzweifelhaft werden an RechtsprofessorInnen unzählige Anliegen herangetragen, und zwar von Personen und Institutionen, die Geld und Geltung anzubieten haben. Wäre es nicht naiv, anzunehmen, dass diese Verlockungen völlig ohne Wirkung bleiben?

Vielleicht sollten es die Großen unseres Fachs statt mit Herkules besser mit Odysseus halten. Um sicher zu gehen, dass er gegen die Verlockungen der Sirenen standhaft bleiben würde, ließ er sich von seinen Kameraden an den Mast seines Segelbootes binden. Eine solche Haltung würde auch den Wiener Titanen gut zu Gesicht stehen. Denn an einer intransparenten Beziehung zwischen Geld und Expertise leidet die gesamte Disziplin, und zwar selbst dann, wenn sich die Einzelpersonen – wie etwa Glenn Hubbard – subjektiv nichts vorzuwerfen haben. Auch die österreichische Rechtswissenschaft leidet an der verbreiteten Unterstellung, dass rechtswissenschaftliche Expertise mitunter käuflich zu erwerben sei. Eine Offenlegung der finanziellen Interessen der ProfessorInnen kann einem solchen Vertrauensverlust begegnen. Nicht nur können sich die ForscherInnen damit vom Vorwurf der Gefälligkeitsforschung freispielen; zusätzlich dient eine solche Offenlegung auch gewissermaßen der Externalisierung des Gewissens. Wer weiß, dass die Nebenverdienste öffentlich einsichtlich sind, wird sich noch stärker als bisher darum bemühen, die eigene wissenschaftliche Tätigkeit von allem Anschein von Gefälligkeitsforschung sauber zu halten.

MMag. Clemens Kaupa ist Universitätsassistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien sowie Mitherausgeber des *juridikum*; clemens.kaupa@univie.ac.at

3 Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1985).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 401 Odysseus statt Herkules: Finanzielle Interessen offen legen!
Clemens Kaupa

merk.würdig

- 405 Schuldenbremse – Vertrottelter Angriff auf die Demokratie
Alfred J. Noll
- 407 Der Kampf ums Recht
*Bericht über den zweiten Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen
(1. bis 3. September 2011 in Wien)*
Ilse Koza/Andrea Kretschmann/Caroline Voithofer
- 411 Die symbolische Qualität des Rechts – Heft 4/2012
*Call for Papers für einen gemeinsamen Schwerpunkt von juridikum – zeitschrift für
kritik | recht | gesellschaft und Kriminologisches Journal (KrimJ)*
juridikum/Kriminologisches Journal
- 413 Christian Broda – Eine diskrete Schlüsselfigur der Zweiten Republik
Ludwig Dvorak
- 417 Busfahren als gefährlicher Angriff oder gefährliche Angriffe auf das Demonstrationsrecht?
Philipp Hense

recht & gesellschaft

- 425 Aufenthaltsehen: Fremdenpolizeiliche Kontrolle und gerichtliche Beurteilung
Irene Messinger
- 435 Totes Recht? – Der asylrechtliche Familiennachzug für gleichgeschlechtliche Partner_innen
Petra Sußner
- 445 Autoritäre Krisenlösung – der neue Weg der Europäischen Union?
Andreas Fisahn

thema

- 457 Vorwort: Recht und Macht im Internet – Onlinehegemonien und ihre Durchbrechungen
Matthias C. Kettemann
- 460 A Constitutional Moment in the History of the Internet? – How Soft Law is Used to
Regulate Cyberspace
Wolfgang Kleinwächter
- 471 Ist ICANN die Kolonialregierung des Internet?
Erich Schweighofer
- 478 Cyberwar: A Real Threat Justifying Repressive Countermeasures?
Georg Kerschischnig
- 489 Die alten commons als Basis einer neuen Gesellschaft?
*Reflexionen zum Konzept des common und commonwealth von Hardt und Negri im
Kontext der Internetgemeinschaft*
Judith Schacherreiter

500 Privatheit im Internet. Eine liberale Analyse
Dorota Mokrosinska

517 Die Macht der Algorithmen
Der Verlust der Öffentlichkeit durch Personalisierung im Netz
Iris Eisenberger

523 Facebook: Überwachung auf „freiwilliger“ Basis?
Max Schrems

nach.satz

534 Who may I dance with at the revolution?
Männer als Feministen
Marion Guerrero

Impressum

juridikum

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

Herausgeber_innen:

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

Medieninhaber und Verleger:

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

Preis:

Jahresabonnement: Euro 55,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Probezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

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

Wissenschaftlicher Beirat:

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

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

Autor_innen dieser Ausgabe:

Ludwig Dvorak, Iris Eisenberger, Andreas Fisahn, Marion Guerrero, Philipp Hense, Clemens Kaupa, Georg Kerschischknig, Matthias C. Kettemann, Wolfgang Kleinwächter, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Irene Messinger, Dorota Mokrosinska, Alfred J. Noll, Judith Schacherreiter, Max Schrems, Erich Schweighofer, Petra Sußner, Caroline Voithofer

Offenlegung

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

Layout und Satz:

b+R satzstudio, graz
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Schuldenbremse – Vertrottelter Angriff auf die Demokratie

Alfred J. Noll

Kaum wer schaut noch hin, wo's auch heute noch etwas zu sehen gäbe: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus“. Eine Nachricht aus ferner Zukunft? Nein, geltendes Verfassungsrecht aus dem Jahre 1920 (Art 1 B-VG). Zieht man die Herrschaft der Kruckenkreuzler ab und rechnet man die nationalsozialistische Herrschaftszeit als brutalste Form der Negation dieses Satzes, so gilt in Österreich seit nunmehr fast 80 Jahren, was in diesem Land noch immer kaum wer hören will – und notabene in unserem positiven Verfassungsrecht auch nur sehr marginal seinen Niederschlag gefunden hat: Das Recht der Republik Österreich soll (!) vom Volk ausgehen.

Über die Figur der „Schuldenbremse“ lässt sich gewiss viel sagen und schreiben. Und es mögen sich die Ökonomen darüber streiten, wessen Interessen befördert werden, wenn sich der Staat für seine Ausgabenpolitik ein derartiges Korsett schnürt. Verfassungsstrukturell ist die bis in alle Ewigkeit fixierte Begrenzung der Staatsausgaben nichts anderes als eine Trottelei und ein massiver Angriff auf die Volkssouveränität.

Beginnen wir mit Letzterem: Wenn eine Konstitution überhaupt einen Zweck hat, dann wohl den, die politische Auseinandersetzung in politisch-institutionell geregelten Bahnen laufen zu lassen. Das ist wichtig, weil nur eine verfasste – also jeweils nur unter erschwerten Bedingungen abänderbare – politische Struktur es wahrscheinlich macht, dass nicht gleich jedes tagespolitisch veranlasste Lüftchen zum Bruch mit dem Überkommenen führt. Es ist just der Spielregel-Charakter der Verfassung, der bei allen politischen Akteuren die Zuversicht nährt, dass man für seine politischen Ziele werben kann – auch und gerade dann, wenn man tagesaktuell nur eine Minderheit des Wahlvolkes von seiner Programmatik und seinen personellen Vorschlägen überzeugen kann. Es gibt, anders gesagt, nur vor dem Hintergrund einer „gesicherten“ Verfassung „ein Morgen“. Darin liegt auch der demokratiepolitische Sinn der von Hans Kelsen bewusst „inhaltsleer“ konzipierten Bundesverfassung: Nicht das „Was“ soll durch die Verfassung festgeschrieben werden, sondern das „Wie“ soll außer Streit gestellt werden.

Eine gänzlich inhaltsleere Verfassung kann es nicht geben. Schon der Minderheitenschutz bzw die Menschenrechte erfordern eine inhaltliche Festlegung. Aber auch sie zielen nicht darauf ab, „was“ man mit seinen Rechten anstellt, sondern nur darauf, dass man von seinen Rechten je nach eigener politischer Überzeugung öffentlich Gebrauch machen darf. Es ist ein Wesensmerkmal auch der repräsentativen-demokratischen Verfas-

sung, dass sich Politik und Gesetzgebung als Resultante massenhafter Grundrechtsausübung darstellen soll.

Wird der Inhalt der Politik aber von der Verfassung selbst schon verbindlich vorgegeben, dann schränkt dies den politischen Diskussionsprozess in just diesem Umfang ein. Es reicht dann nämlich nicht mehr, für meine Überzeugung streitbar zu werben, um dadurch eine Mehrheit zu erreichen.

Man könnte entgegnen, dass durch die Festlegung einer „Schuldenbremse“ im Verfassungsrang ja nicht prinzipiell verhindert werden kann, dass eine Zweidrittelmehrheit diese wieder abschafft. Wer so spricht, hat den Sinn der Verfassung nicht begriffen: es läge ja gerade im Telos der Verfassung, dass die am politischen Prozess Beteiligten ihre Aktionen und Argumente auf dem Boden der Verfassung austragen. In Hinkunft wird jede Politik, die aus sachlichen Gründen immer für eine höhere Staatsverschuldung plädiert, mag sie auch noch so gut begründet sein, gegen das Stigma der Verfassungsfeindlichkeit ankämpfen müssen – wir haben Erfahrung mit diesem Verdikt, und wir wissen, wer davon profitiert. Die „Schuldenbremse“ im Verfassungsrang ist ein Angriff auf die Volkssouveränität, weil sie als verbindlich vorgibt, was sich stets erst als Ergebnis politischer Auseinandersetzungen festlegen ließe. Die „Schuldenbremse“ ist demokratiefeindlich – nicht weil man sparen will (das soll man immer), sondern weil sie uns in unserer selbstbestimmten Wirtschaftspolitik eine inhaltliche Vorgabe macht, die wir uns nicht vorgeben lassen sollten.

In der jetzt diskutierten Form ist die „Schuldenbremse“ nicht exekutierbar. Und was nicht funktioniert und dennoch eingeführt werden soll, das nenne ich vertrottelt. Dass die Schuldenbremse nicht funktionieren kann, das hat einerseits pragmatische, auf die Erstellung des Bundeshaushaltes bezogene Gründe (mit der „Schuldenbremse“ müssten ja auch weitere Vorgaben über die Erstellung der Haushalte aller Gebietskörperschaften und entsprechender Haftungen gemacht werden), andererseits aber auch politisch-strukturelle Gründe: wer sich die politische Landschaft Österreichs ansieht und auch nur halbwegs einen realistischen Blick bewahrt, der wird rasch die Überzeugung gewinnen, dass unser politisches Establishment nicht einmal im Traum daran denkt, die einmal eingenommenen Positionen zu räumen. Wer aus der Vergangenheit dieser Republik und aus der gegenwärtigen Besetzung politischer Positionen anderes abliest, der träumt.

Wer sparen will, soll sparen. Aber es sollte ihm auch weiterhin nicht möglich sein, sich vor Kritik dadurch zu immunisieren, dass er sich unter Hinweis auf eine verfassungsrechtliche Vorgabe als Sparefroh geriert – wenn er in Wirklichkeit doch nur den bedauerlichen status quo des finanzmarktgetriebenen Unverstandes prolongieren will.

Der Kampf ums Recht

Bericht über den zweiten Kongress der deutschsprachigen
Rechtssoziologie-Vereinigungen (1. bis 3. September 2011 in Wien)

Ilse Koza / Andrea Kretschmann / Caroline Voithofer

Der Kampf ums Recht – unter diesem Motto stand der zweite Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, der vom 1. bis 3. September 2011 am Wiener Juridicum stattfand. Für Juridicum-Gänger_innen vermittelte dieser schon optisch einen ungewohnten Eindruck: angenehm legere Kleidung und der Verzicht auf akademische Titel und Funktionsbezeichnungen prägten das Bild. Auch vom Rechtspositivismus kelsenianischer Tradition war wenig zu spüren. Denn mit dem Fokus auf Kämpfe *um* das Recht war die ‚Vermengung‘ verschiedener Normensysteme von Anfang an angelegt: „Alles Recht in der Welt ist erstritten“, erinnerten die Organisator_innen der Tagung in den Worten Rudolf Jherings aus seiner Rede „Der Kampf um das Recht“ von 1872¹ – und verwiesen damit auf die Relevanz *außerrechtlicher* Akteur_innen, Interessen und Konventionen für die Existenz, Gestaltung und Implementation von Recht. Der hierin angelegte sozialtheoretische Impetus zeigte sich gemessen am *gros* der rechtssoziologischen Forschungslandschaft ungewöhnlich konflikttheoretisch: Recht ist demnach kein bloß anonymer Agent der Erwartungsstabilisierung, keine bloße Organisatorin sozialer Ordnung, sondern – als die „Kehrseite des Friedens und der Ruhe“ (Jhering) – Produkt sozialer Konflikte. Dass die Voraussetzungen für den Kampf ums Recht je nach Klasse, Sexualität, Staatsbürger_innenschaft etc variieren und somit den Charakter politischer Auseinandersetzungen haben, hatte Jhering damals freilich nicht bedacht.

Das umfangreiche Tagungsprogramm versprach nachholende Reflexion. Rund 150 Vorträge in 47 Panels, zwei Buchpräsentationen und ein Film sollten die Teilnehmer_innen über drei Tage verteilt damit beschäftigen, wie die rechtlichen, politischen und sozialen Felder aussehen, in denen heute um Recht gestritten wird: Wie verändern sich die verschiedenen „Kampfterrains“ angesichts von Globalisierung, Europäisierung oder multiplen Krisen, wurde gefragt. Welche neuen Akteur_innen treten auf den Plan? Und: Mittels welcher (reformulierter und/oder weiterentwickelter) theoretischer Bezugsfolien lassen sich diese seit Jhering an Komplexität gewachsenen sozialen Zusammenhänge

1 Der 1872 gehaltene Vortrag ist online abrufbar unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JheringDerKampfumsRecht.htm> (3.11.2011).

beschreiben? In diesem Sinne nahm auch der Rechtstheoretiker *Peter Koller* in seinem Eröffnungsvortrag Bezug auf die Rede Jherings. Kritisierend, dass dieser die tatsächlichen politischen Verhältnisse für die Entwicklung und den Zugriff auf Recht unbeachtet ließ, zeichnete er zunächst einige aktuelle – maßgeblich mit dem Übergang vom Fordismus zum Postfordismus einsetzende – Grenzverschiebungen gesellschaftlicher Auseinandersetzung und hierarchisierter Differenzen nach. Diese Veränderungen brächten neue und andere Auseinandersetzungen um das Recht mit sich, weshalb Jherings Konzeption spätestens vor diesem Hintergrund einer Aktualisierung und Reformulierung bedürfte.

In der Plenarpräsentation von *Rüdiger Lautmanns* neu aufgelegtem Klassiker „Justiz – die stille Gewalt“² wurde der Blick auf die das Recht in den Institutionen (re)produzierenden Expert_innen gerichtet. Die Ergebnisse der Studie beruhen auf der heimlichen Beobachtung der Urteilspraxis von Richter_innen. Durch die Vorträge und Kommentierungen von *Rüdiger Lautmann*, *Dieter Simon* und *Michelle Cottier* wurde deutlich, dass die Studie aus dem Jahr 1972, mit der die (rechts)positivistische Vorstellung rationaler Gerichtsentscheidungen empirisch umfassend widerlegt wurde, nach wie vor Zündstoff enthält. Auch wenn eine Nachfolgeuntersuchung wünschenswert wäre, um neuere Mechanismen des Funktionierens, Denkens und Argumentierens „der Justiz“ erklären zu können – nach heutigen sozialwissenschaftlich-ethischen Maßstäben dürften sich kaum Wiederholer_innen finden.

Der zweite Kongresstag eröffnete mit einem Podium zum Thema „Verfassungen jenseits des Nationalstaats“. Damit wurde der Kern des von *Gunther Teubner* entwickelten Konzepts eines postnationalen Konstitutionalismus aufgegriffen, das dieser auf dem Podium darstellte. Seiner Vorstellung eines globalen Weltrechts, innerhalb dessen sich juristische Teilsysteme entwickelten, hielt *Dieter Grimm* eine staatstheoretische Perspektive entgegen: Auf globaler Ebene könne nicht von einer Verfassung gesprochen werden, weil nicht jede Form von Verrechtlichung öffentlicher Gewalt diesen Begriff erfülle, auch wenn nationale Verfassungen heute angesichts zunehmender Globalisierung tendenziell gefährdet erschienen. Letztlich wiesen die Positionen der Vortragenden damit trotz ihrer unterschiedlichen theoretischen Herangehensweisen eine eigentümliche Nähe auf.

Die Frage, inwieweit soziale Bewegungen das Recht für emanzipatorische Kämpfe nutzen können, stand im Mittelpunkt des Plenarvortrags von *Elisabeth Holzleithner*. Ausgehend von der Annahme, dass Recht nicht nur rassistisch oder sexistisch *eingesetzt* wird, sondern ihm historisch und kontextuell variable rassistische oder sexistische Perspektiven von vornherein inhärent sind, beschäftigte sie sich mit den Möglichkeiten und Fallstricken emanzipatorischer Rechtsentwicklung aus der Perspektive der Rechtsan-

2 *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse (2011).

wender_innen. Dabei kam sie zu dem Ergebnis, dass gesellschaftlich marginalisierte Gruppen den Kampf gegen das Recht durchaus mit Mitteln des Rechts aufnehmen sollten.

In den Panels prägten neben diskursanalytischer Methodologie (va in den recht stark vertretenen Gender-Panels) und ethnographischen Perspektiven wahrscheinlich erstmals seit 30 Jahren wieder materialistische Perspektiven das Bild. Die ungewohnt starke Präsenz mag sicherlich nicht nur dem Titel der Tagung geschuldet sein, welcher mit seiner Bezugnahme auf Kämpfe – vereinfacht gesagt – das materialistische Konstituens des Rechts widerspiegelt: Hier dürfte sich (angesichts multipler Krisen?) eine Reaktualisierung derartiger Ansätze abzeichnen. Diese Verschiebung soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach wie vor systemtheoretische Ansätze stark dominieren. Mehrfach wurde von hier aus der Ruf nach einer stärkeren Forcierung berufssoziologischer Forschung laut.

Obwohl der Kongress in Wien abgehalten wurde, stammten lediglich rund 20 % der Vorträge von in Österreich tätigen Forscher_innen. Dies ist leider nicht als lebendiges Zeichen der Rechtssoziologie in Österreich zu verstehen.³ Dass eine Vielzahl der Beiträge dabei anderen Gebieten der interdisziplinären Rechtsforschung als der Rechtssoziologie zuzurechnen waren, deutet zum einen darauf hin, dass sich dieser Bindestrichdisziplin auch in den hiesigen einschlägigen Fachbereichen wieder stärker gewidmet werden sollte. Angesichts der seit mehreren Dekaden beklagten Krise⁴ der Rechtssoziologie könnte dies aber auch ein Hinweis darauf sein, dass die Rechtssoziologie neben einer Schließung ihres atemberaubend großen *Gaps* zwischen rechtssoziologischer Theoriebildung und empirischer Forschung vor allem einer theoretischen wie methodischen Öffnung bedarf – und diese vielleicht bereits vollzieht. Die mittlerweile in vielen Disziplinen stattfindenden Untersuchungen des Verhältnisses von Recht und außerrechtlichen Konventionen und die Kritik an spezifischen Rechtsentwicklungen lässt die theoretischen Bezüge und Inhalte rechtssoziologischer Forschung allmählich interdisziplinärer werden.⁵ Diese Entwicklung sollte die Rechtssoziologie und ganz generell die Rechtswissenschaft forciert nutzen. Akademische Felder haben ihre eigenen Systeme, in denen *Peers* wissenschaftliche Standards und Forschungsobjekte festlegen und entlang dieser Vorgaben feldspezifische Reputation erlangen. Während eine solche relative Autonomie ohne Frage für die Weiterentwicklung von Wissenschaft eine Notwendigkeit darstellt, kann sie aber auch ein Faktor sein, welcher Veränderung und Transformation

3 Vgl zum Stellenwert der Rechtssoziologie in der österreichischen Jurist_innenausbildung jüngst *Voithofer*, Rechtssoziologie, -tatsachenforschung und -philosophie in der österreichischen Jurist_inn_en_ausbildung. Eine Bestandsaufnahme, *juridikum* 2011, 287.

4 *Rottleuthner*, Juristische Ausbildung und Sozialwissenschaften, in *Strempel* (Hg), Juristische Ausbildung zwischen Internationalität und Individualität (1998) 323; *Rottleuthner*, Exodus und Rückkehr der Rechtssoziologie, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2009, 202.

5 Das zeigt auch das von *Susanne Baer* auf der Tagung vorgestellte Buch „Rechtssoziologie. Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung“ (2011).

verhindert.⁶ Für die Rechtssoziologie wäre es von Nutzen, mit ihrer langen Tradition im Gepäck in gegenstandsbezogener Offenheit stärker noch als bisher Kooperationen mit anderen Forschungsfeldern einzugehen. In diesem Sinne kann die Tagung als richtungsweisend betrachtet werden.

Mag^a Ilse Koza ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@univie.ac.at

Mag^a Andrea Kretschmann ist Doktorandin der Bielefeld Graduate School for Sociology and History, Universität Bielefeld, und assoziiert am Institut für Rechts- & Kriminalsoziologie in Wien. Sie ist Redaktionsmitglied des kriminologischen *Journals* und des *juridikum*; andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de

Drⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

6 *Nathaus/Vollmer*, Moving Inter Disciplines. What kind of cooperation are interdisciplinary historians and sociologists aiming for? *InterDisciplines* 2010, 64 (67).

Die symbolische Qualität des Rechts – Heft 4/2012

Call for Papers für einen gemeinsamen Schwerpunkt von *juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft* und *Kriminologisches Journal (KrimJ)*

In jüngerer Vergangenheit wurde vielfach thematisiert, dass die Konstitution von und der Umgang mit Recht in hohem Maße symbolisch qualifiziert sind. Insbesondere die politische Prozessierung und Darstellung von Recht wurde auf die Frage hin beleuchtet, ob bzw. in welchem Maße eine symbolische Ebene zum Tragen kommt, die instrumentelle Effekte möglicherweise überlagert. Unter anderem das Strafrecht scheint vorrangig expressiven Zielsetzungen zu dienen, hinter denen der faktisch erwartbare Nutzen einer Rechtspraxis zurücksteht. Die Inszenierung von Reform- und Strafbereitschaft diene mehr der politischen Selbstdarstellung als dem empirisch überprüfbareren, konturierten Rechts(güter)schutz.

Ogleich die Kategorie des „symbolischen Rechts“ somit einen durchaus tauglichen Ansatzpunkt für kritische rechtswissenschaftliche Diskurse darstellen kann, wird an derartigen Thesen aus sozialwissenschaftlicher Sicht mitunter kritisch moniert, dass sie die Dichotomisierung einer gleichsam „echten“ versus einer „nur“ symbolischen Realität behaupten. Politisches Handeln werde diskreditiert, während ihm eine evidenzorientierte, objektive Welt juristischen Handelns gegenübergestellt werde. Um eine derartige Polarisierung zu vermeiden, gehen einige „klassische“ und neuere sozial- und kulturwissenschaftliche Positionen von einer prinzipiellen symbolischen Qualität von Recht aus. Die Unterscheidung von Inszenierung und „realer“ Rechtsreform und -anwendung wird obsolet, wenn Recht per se auf die „gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit“ (Berger/Luckmann) bezogen wird. Es wird damit als Modus verstanden, Wirklichkeit herzustellen, indem Beziehungen konstituiert und Realitäten erfahrbar gemacht werden. Zahlreiche Positionen, die an den „cultural turn“ der Sozialwissenschaften anschließen, folgen einer entsprechenden Sichtweise. Die Idee einer symbolischen Qualität des Rechts wird damit neu ausgerichtet und gleichsam radikalisiert, da ein nicht-symbolischer Umgang mit Recht ausgeschlossen wird.

An diesen Befund schließt die Kooperation der Zeitschriften „juridikum“ und „Kriminologisches Journal“ an. Es wird die Grundfrage nach der symbolischen Qualität von Recht, Rechtssetzung und Rechtsanwendung in den Mittelpunkt gerückt und dazu aufgerufen, das jeweils zugrunde gelegte Verständnis von Recht und dessen symbolischer

Qualitäten offen zu legen. Nur auf dieser Basis kann angemessen darüber diskutiert werden, was es bedeutet, von symbolischen Bezügen in rechtlichen Kontexten auszugehen. Diese Problematik wird in beiden Zeitschriften diskutiert und mit Blick auf verschiedene Rechtsbereiche ausbuchstabiert. Das Strafrecht bildet dabei nur einen Anwendungsfall neben anderen, denn es geht grundlegend um die Frage, was es bedeutet, dem Recht eine symbolische Dimension bzw Existenz zuzuschreiben.

Beispielhaft seien etwa für das Juridikum folgende mögliche Themenbereiche angeführt:

- Allgemein Grundrechtseingriffe, die offensichtlich „ungeeignet“ sind, bestimmte Ziele überhaupt erreichen zu können – und damit verfassungs- und menschenrechtlich problematisch erscheinen
- „Burka“ und Kopftuch-Verbote, „Integrationsverpflichtungen“
- Strafverschärfungen, die mit dem „Kinderschutz“ legitimiert werden
- Kriminalisierung politischen Protests über Vorbereitungsdelikte (zB für Österreich: § 278a StGB)
- Symbolisch aufgeladene Konzepte von „Binnenmarkt“ im Europarecht
- Symbolische Dimensionen des Rechtsinstituts „Ehe“, die deren „Formenzwang“ erklären könnten

Die Texte werden in einem einheitlichen Konzept und jeweils entweder im Juridikum oder im Kriminologischen Journal abgedruckt. Deren jeweilige Ausgaben 4/2012 werden als gemeinsames Projekt zeitgleich im Dezember 2012 erscheinen. Auch englischsprachige Texte können berücksichtigt werden.

Wir rufen zur Verbreitung dieses Calls auf und ersuchen um Zusendung von Abstracts im Umfang von 150 bis 300 Wörtern bis zum 1. März 2012 an walter.fuchs@irks.at, andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de und ilse.koza@univie.ac.at

Christian Broda – Eine diskrete Schlüsselfigur der Zweiten Republik

Ludwig Dvorak

Rezension zu Wirth, Maria: Christian Broda. Eine politische Biographie, Wien, V&R unipress, 2011, 603 S.

Am 12. März 2011 wäre Christian Broda 95 Jahre alt geworden. Maria Wirth hat zeitgerecht im Frühjahr eine auf ihrer Dissertation basierende politische Biographie des bedeutendsten österreichischen Rechtspolitikers vorgelegt. Gestützt nicht nur auf Brodas privates Archiv, sondern auf eine Fülle an schriftlichen Quellen und Zeitzeugengesprächen hat sie eine Arbeit vorgelegt, die sachlich und in kritischer Distanz das facettenreiche und widersprüchliche politische Leben und Wirken Christian Brodas beschreibt.

Als Christian Broda (1916–1987) in den 1970er-Jahren die großen rechtspolitischen Reformen der Ära Kreisky maßgeblich mitgestaltete, war dies zweifellos der Höhepunkt eines bereits langen und wechselvollen politischen Lebens. In seiner Jugend Mitglied der im demokratischen Österreich weitgehend bedeutungslosen KPÖ, hatte Broda die NS-Zeit überstanden und sich 1946 von seiner kommunistischen Vergangenheit losgesagt. Ab 1948 war der damals frischgebackene Anwalt Mitglied im Bund Sozialistischer Akademiker und stand dem SPÖ-Parlamentsklub als fachkundiger juristischer Berater zur Seite. 1957 Bundesrat, 1959 Nationalrat, wurde er 1960 zum ersten Mal Justizminister.

1. Fachexperte und Machtmensch

Brodas fachliche Konzentration auf die Entwicklung der Strafrechts-, Familien- und Medienrechtsreform führten in der Großen Koalition mit der ÖVP trotz größter Kompromissbereitschaft zu keinen Erfolgen. Und dennoch lesen sich die Ereignisse in Brodas erster Amtszeit wie ein Politthriller, in dem er eine Hauptrolle spielt: 1963 gehörte er zu jenen, die sich aufgrund der zweideutigen „Loyalitätserklärung“ Otto Habsburgs zur Republik gegen die Aufhebung der Landesverweisung stemmten und damit eine schwere Koalitionskrise auslösten. Die habsburg-freundliche Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs¹ attackierte er scharf als anti-parlamentarisch und sprach von einer „Staatsstreichtheorie“ von „Putschisten im Richtertalare“ (S 255 f).

1 VwSlg 6035 A/1963.

1964 folgte die wohl heftigste Auseinandersetzung seines Lebens: Der machtvolle und ehrgeizige ÖGB-Präsident Franz Olah drängte an die Parteispitze und war 1963 als Innenminister in die Bundesregierung gewechselt. Broda, dem eine echte Machtbasis in der Partei fehlte, erblickte darin den letzten Vorbereitungsschritt zur Machtübernahme Olahs, die er als autoritäre Alleinherrschaft fürchtete und arbeitete im Hintergrund an deren Verhinderung. Im Herbst 1964 entthob der Parteivorstand unter fadenscheinigen Vorwänden – Olah habe mit einem Interview in der bürgerlichen Tageszeitung „Die Presse“ die Parteidisziplin gebrochen – Olah seines Amtes als Innenminister. Dass Olah mit ÖGB-Geldern den Start der „Neuen Kronen Zeitung“ ermöglicht hatte – offenkundig mit der Nebenabsprache, dass diese Zeitung nicht die Partei, sondern Olah als Person unterstützen sollte – reichte noch 1964 für einen Ausschluss aus der Partei.

Broda hatte sich zwar innerparteilich durchgesetzt, in der nächsten Runde – in der Aufsehen erregenden juristischen Auseinandersetzung um die Eigentumsrechte an der Kronen Zeitung – unterlag er allerdings. 1966 erreichte die ÖVP, nicht zuletzt aufgrund der innerparteilichen Querelen in der SPÖ und des Antretens einer Gegenliste Olahs, die absolute Mehrheit. Broda musste das Justizministerium räumen und galt vielen als wesentlich mitverantwortlich für die Niederlage.

Es sollte dennoch nicht das letzte Mal gewesen sein, dass Broda in innerparteilichen Machtkämpfen mitspielte: Wirth zeigt, wie er seine Rolle als Justizminister 1980/81 nutzte, um Hannes Androsch Rückendeckung im Machtkampf mit Bruno Kreisky zu geben, indem er ihn von Korruptionsvorwürfen reinzuwaschen versuchte (S 501).

2. Rechtsreformer und Pragmatiker

In der Opposition glänzte Broda weiterhin als Fachexperte und gestaltete im Rahmen der Fachkonferenzen der „1.400 Experten“ das Justizprogramm der SPÖ wesentlich mit. Kreisky berief ihn 1970 erneut zum Justizminister seiner Regierung, der er 13 Jahre angehören und in denen er die großen Justizreformen prägen sollte. Beeindruckend zeichnet Wirth am Beispiel der Strafrechtsreform allerdings nach, dass der große Modernisierungsschub – bei allen Verdiensten Brodas – keineswegs das Werk „eines Mannes“ war: Broda hatte in der Strafrechtsreform etwa für den Schwangerschaftsabbruch lediglich ein Indikationenmodell „als fairen und maßvollen Kompromissvorschlag“ vorgesehen und angekündigt, die Strafrechtsreform nicht gegen die bürgerliche Opposition beschließen zu wollen (S 423). Erst die Aktionen der Frauenbewegung und der innerparteiliche Druck der sozialistischen Frauen veranlassten Broda im Vorfeld des Villacher Parteitags 1972 zu einem Umschwung und zur Befürwortung des Parteitags-Beschlusses zur Fristenlösung. Ihretwegen wurde das neue StGB schließlich nur mit den Stimmen der SPÖ verabschiedet und bedurfte wegen des Einspruchs des ÖVP-

dominierten Bundesrates zu seinem Inkrafttreten eines Beharrungsbeschlusses des Nationalrates².

Auch die Bedeutung der in Brodas Amtszeit durchgeführten Familienrechtsreform, die zu einem „Paradigmenwechsel in zentralen Bereichen des Familienrechts“³ führte, auf einem partnerschaftlichen Familienbild beruhte und eine erste Hinwendung zu den Rechten von Frauen und Kindern bedeutete, kann in einer Zeit wie heute, in der die Anliegen fragwürdiger Männervereine zum Maßstab der Familienrechtspolitik aller Parteien geworden ist, kaum überschätzt werden. Ein modernes Ehe-, Scheidungs- und Ehegüterrecht, das Unterhaltsvorschussgesetz und vieles mehr sind Ergebnisse dieser Ära.

3. Die „dunklen Flecken“

Die von Maria Wirth vorgelegte Biographie besticht aber nicht nur durch die akribische, keineswegs unkritische und den gesellschaftlichen Kontext stets berücksichtigende Beschreibung des politischen Handelns Brodas, sondern auch durch die seriöse Bearbeitung verschiedener „dunkler Flecken“ in Brodas Biographie, mit denen er Zeit seines politischen Lebens konfrontiert wurde. Neben seiner KP-Vergangenheit sind dies vor allem zwei zentrale Punkte: Brodas 1940 abgeschlossene Dissertation mit dem anrühmigen Titel „Volk und Führung – Probleme der politischen Willensbildung im zweiten Deutschen Reich“ und seine vergleichsweise milde Behandlung nach einer Verhaftung wegen Hochverrats 1943. Wirth kommt nach eingehendem Studium der verfügbaren Quellen zur Conclusio, dass die erhobenen Vorwürfe der Anbiederung bzw. Kollaboration wohl nicht haltbar seien. Brodas Dissertation sei nicht anbiedernd, man müsse sich vielmehr der Meinung von Wolfgang Neugebauer anschließen, dass seine Arbeit „an der Grenze der damals gerade noch vertretbaren linken Inhalte“ war (S 95). Dass Broda nach der Aushebung der Widerstandsgruppe „Soldatenrat“ mit dreimonatiger Haft davonkam, während andere hingerichtet wurden, führt Wirth letztlich auf eine glückliche Kombination zurück: das Engagement von FreundInnen und Familie, das Schweigen anderer WiderstandskämpferInnen und das Glück, vor „antinationalsozialistischen“ Anklägern und Richtern gestanden zu haben (S 115).

Für Broda wenig schmeichelhaft ist jedoch die präzise Aufarbeitung seiner Rolle als Justizminister im Umgang mit dem juristischen Erbe des NS-Regimes. Vielsagend ist in diesem Zusammenhang eine von Wirth zitierte Erklärung der Parteivertretung der SPÖ, mit der dieses innerparteiliche Führungsorgan nach einem Bericht Brodas Mitte der 1960er-Jahre auf die Forderung nach einer Säuberung des Justizapparates von NS-Blutrichtern reagierte: „Die SPÖ versichert ... allen Beamten ihres vollen Schutzes, wenn sie

2 StProtNR 13. GP 98.

3 *Lehner*, Familie-Recht-Politik (1987) 558.

seit Jahrzehnten treu zur Republik gestanden sind ... Die SPÖ fühlt sich damit eines Sinnes mit der überwiegenden Mehrheit des österreichischen Volkes, das längst den Schlußstrich unter eine unselige Vergangenheit gezogen hat und diesen Schlußstrich auch von jedermann respektiert wissen will“ (S 299). Wirth vergisst auch nicht auf weniger glanzvolle und umstrittene Seiten seiner Ministerschaft einzugehen, etwa auf die Vorwürfe der übermäßigen Nutzung des ministeriellen Weisungsrechts, die Teilnahme für Androsch gegen Kreisky oder die Affäre Gross.

4. Resümee

Wirth gelingt auf rund 530 Textseiten ein Maßstäbe setzendes Porträt des bedeutendsten Rechtsreformers der Republik, gerade weil sie sachlich und unaufgeregt auch die Schattenseiten des Politikers Broda zeigt. Fern jeder „hagiographischen“ Tendenz entsteht dabei das Bild eines Justizpolitikers, der die soziale Dimension des Rechts ebenso erkannte wie er die Menschenrechte als Grundlage staatlichen Handelns anerkannt wissen wollte. Mit dem von ihm wesentlich mitgestalteten Reformwerk hat er – bei allen Defiziten und Fehlern – die gesellschaftsverändernden Potenziale der Rechtspolitik aufgezeigt. Mit ihrer Biographie inspiriert Maria Wirth zur Wiederentdeckung dieses seit geraumer Zeit darniederliegenden Verständnisses von Justizpolitik.

Mag. Ludwig Dvorak ist als Jurist in der Abteilung Arbeitsrecht der Arbeiterkammer Wien tätig und Redaktionsmitglied des *juridikum*; ludwig.dvorak@reflex.at

Busfahren als gefährlicher Angriff oder gefährliche Angriffe auf das Demonstrationsrecht?

Philipp Hense

1. Vorgeschichte

Am 28.1.2011 fand, wie schon 57 mal zuvor, der Ball des Wiener Korporationsringes (WKR) in der Hofburg in Wien statt. Der Wiener Korporationsring ist eine Vereinigung verschiedener deutschnationaler Studentenverbindungen, denen aktuell die Burschenschaft Olympia vorsteht. Der WKR-Ball hat eine politische Agenda und diente in der Vergangenheit immer wieder der Vernetzung der rechtsten europäischen Parteien.¹ Interessanterweise findet er regelmäßig Niederschlag in den Jahresberichten des Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT), so in den Berichten der Jahre 2009 bis 2011,² jedoch jeweils unter der Rubrik „Linksextremismus“.³

Demonstrationen gegen den Ball haben mittlerweile eine gewisse Tradition, repressives Vorgehen der Sicherheitsbehörden gegen sie jedoch auch. Dieses hatte im Jahr 2010 seinen vorläufigen Höhepunkt erreicht, als die Demonstration aufgelöst, die Demonstrant_innen über mehrere Stunden eingekesselt und mit dem Auffahren von Wasserwerfern eingeschüchtert wurden.⁴ Als Konsequenz hat der beim Innenministerium eingerichtete Menschenrechtsbeirat eine Empfehlung zum Umgang mit sogenannten „Polizeikesseln“ ausgesprochen,⁵ der UVS Wien jedoch alle eingebrachten Maßnahmenbeschwerden abgewiesen. Anhand einer aktuellen Entscheidung des UVS Steiermark zu Repressionsmaßnahmen gegenüber potentiellen Demonstrant_innen aus Graz lässt sich darstellen, dass es sich – trotz aller damit verbundenen Widrigkeiten und der wohl begrenzten Wirkung auf zukünftiges sicherheitsbehördliches Handeln – lohnen kann, polizeiliches Handeln einer Überprüfung zu unterziehen.

2. Sachverhalt

Im Jänner 2011 wurde österreichweit für die Demonstrationen gegen den Ball mobilisiert, auch von der ÖH Uni Graz, die für die Anreise nach Wien einen Bus zur Verfü-

1 Der Standard, Rechtsextremer Vlaams Belang-Chef am Hofburg-Ball, 9.2.2010.

2 Abzurufen unter www.bmi.gv.at (20.10.2011).

3 S dazu bereits zutreffend krit *Kaup*, Stabile Nazis, *juridikum* 2010, 114.

4 Der Standard, Hundert Anzeigen bei Gegenveranstaltung, 30.1. 2010.

5 Bericht des Menschenrechtsbeirates über seine Tätigkeit im Jahr 2010, Empfehlung Nr 349, 18.

gung stellte.⁶ Die Fahrt nach Wien gestaltete sich schwierig, erwartete die potentiellen Mitreisenden an der Abfahrtsstelle doch nicht nur der Reisebus, sondern auch eine Einsatzinheit des Stadtpolizeikommandos Graz. Zwecks „Abwehr gefährlicher Angriffe“ durfte den Bus nur betreten, wer der Aufforderung zur Ausweisleistung nachkam und seine oder ihre Taschen durchsuchen ließ. Nach einiger Zeit entschlossen sich die meisten dazu, dieses Prozedere über sich ergehen zu lassen, gaben ihre Identitäten⁷ an und ließen ihre Rucksäcke, bemerkenswert oberflächlich, durchsuchen. Danach konnten sie die Fahrt nach Wien antreten, nicht ohne zu bemerken, dass ihnen eine Zivilstreife folgte, die sie bis zum Ankunftsort begleiten sollte.

3. Verfahren

Acht der Mitreisenden erhoben in weiterer Folge Maßnahmenbeschwerden gem Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG iVm § 88 Abs 1 und 2 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) beim UVS Steiermark, in denen sie eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte durch die rechtswidrige Identitätsfeststellung und Durchsuchung behaupteten.⁸ Im Zuge des Verfahrens wurde in der Gegenschrift der Bundespolizeidirektion Graz überraschenderweise ein anonymes E-Mail präsentiert, das am Vorabend der Demonstration von der Adresse „freedomrun@hush.com“ an die Sicherheitsdirektion Steiermark, sowie an die Bundespolizeidirektionen Wien und Graz geschickt worden war.

Dieses E-Mail war, neben einigen allgemeinen Erläuterungen des Landesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung Steiermark (LVT) über Vorkommnisse beim WKR-Ball, unter anderem darüber, dass unter den Angezeigten aus vergangenen Jahren Personen aus der Steiermark wären, sowie, dass mit einer organisierten Anreise „linksextremer Demonstranten“ zu rechnen sei, hauptausschlaggebend für die oben beschriebenen Maßnahmen der Sicherheitsbehörden und soll hier im Originalwortlaut (inklusive Tippfehlern) wiedergegeben werden:

*„Betreff: no WKR plant Brandsatzanschlag
Guten Abend.*

*Also was ich jetzt gerade gehört habe sprengt alles, was ich bislang erlebt habe.
Ich wollte morgen mit dem Bus nach Wien zur genehmigten Standkundgebung am Praterstern gegen den Ball des Wienerkorporationsring fahren. Zu diesem Zwecke habe ich mich für den Bus angemeldet, welcher um 13:45 Uhr am Grazer Hauptbahnhof losfahren soll. Und jetzt war eben gerade Vorbereitungstreffen im G1 und iwie hab ich als ich auf der Toilette war mitbekommen, dass einige planen Sprengsätze mitzuneh-*

⁶ ÖH Uni Graz, Presseausendung, „Volle Unterstützung für Anti-WKR-Protest“, 28.1.2011, OTS0054.

⁷ Mit Ausnahme des damaligen Vorsitzenden der Grazer ÖH, der den einschreitenden Polizeibeamten bekannt war und daher ohne Kontrolle einsteigen konnte.

⁸ Vgl dazu bereits VwGH 29.7.1998, 97/01/0448.

men. Und das ist mir wirklich zu heiß!! Ich wollte nur demonstrieren und nicht Menschen töten, auch wenn sie ekelhafte Meinungen vertreten oder Polizisten. Ich hab mir überlebt wie euch das am Besten melden soll bzw. wem eigentlich genau, deshalb schreibe ich das hier an mehrere Empfänger. Abgemeldet vom Bus habe ich mich nicht, aber ich werde nicht am obengenannten Treffpunkt erscheinen. Aber ich sehe es als meine Pflicht euch das zu sagen, weil ich habe keine Lust mich auch noch aufgrund Mitwisserschaft strafbar zu machen. Also ich weiß nicht genau ob die die Sprengsätze (Mollis oder so) zum Bus mitnehmen oder ob die bereits im Votikpark versteckt sind. Jedenfalls müssen die daran gehindert werden!!!!“⁹

4. Verhandlung

Am 30. Juni 2011 fand die Verhandlung vor dem UVS Steiermark statt, bei der der damalige Leiter des LVT-Steiermark, nunmehriger Leiter der Bundespolizeidirektion Graz, als Zeuge geladen, unter anderem Folgendes zu Protokoll gab:¹⁰

„Bei der ÖH wurde hinsichtlich einer Liste mit Teilnehmern des Treffens nicht nachgefragt. Wir haben die Erfahrung gemacht, dass die Auskünfte von Seiten der ÖH nicht verlässlich sind.“

„Zum damaligen Zeitpunkt war ÖH Vorsitzender Herr Cengiz Kulac. Er ist mir persönlich bekannt und war für mich keine verlässliche Auskunftsperson.“¹¹

„Konkrete Hinweise gegen irgendeinen Beschwerdeführer hatten wir nicht.“

„Gab es Hinweise, dass die Beschwerdeführer als gefährlich bzw linksextrem einzuschätzen waren: Kann ich nicht sagen bzw wie können wir vorher wissen, wir wussten ja nicht wer diese Personen sein werden. Das war ja auch Sinn und Zweck der Identitätsfeststellung.“

„Wir hatten keine Handlungsalternative (...) als die Anwendung der Identitätsfeststellung und der Durchsuchung. Wäre die erst in Wien vorgenommen worden, wäre die Observation des Busses erforderlich gewesen.“

Auf Vorhalt, dass während der gesamten Busfahrt eine Zivilstreife dem Bus folgte und sich zwei Beamte unter die Gruppe in Wien mischten:

„Das kann aus sonstigen Gründen erfolgt sein. Ich kann heute nicht mehr sagen, ob eine Zivilstreife damals dem Bus folgte und kann deshalb auch zu etwaigen Gründen nichts angeben und muss diesbezüglich auf den Akt verweisen.“

9 Gegenschrift der BPD Graz im Verfahren vor dem UVS Stmk, UVS 20.8-10/2011-14, 9. Ein Faksimile des E-Mails ist unter <http://uvsgraz.nowkr.at> (8.11.2011) abrufbar.

10 Sämtliche Zitate aus der Verhandlungsschrift, UVS 20.8-10/2011-19, 4ff.

11 Das erinnert an die Einschätzung des BVT über die letzten Vorsitzenden der Bundesvertretung der ÖH; Der Standard, Ex-ÖH-Vorsitzende auf Extremismusliste des Verfassungsschutzes, 28.9.2011.

Dazu hält der UVS in seinem Bescheid fest, dass der Zeuge häufig Erinnerungslücken aufwies bzw auf einen Akt verwies, den er nicht bei sich hatte oder sich auf das Amtsgeheimnis bezog.¹²

Der Einsatzleiter gab an, dass die Identitäten der Busreisenden und die Durchsuchung der Behältnisse „eigentlich gleichzeitig erfolgte“ und dass nach Gegenständen, die als Brandsätze bezeichnet werden können, gesucht wurde. Da sich aus dem gezeigten Filmmaterial eine eher oberflächliche Untersuchung ergab, wurde die Frage gestellt, warum zB bei einem Beschwerdeführer die Thermoskanne nicht durchsucht wurde: „Ich habe nicht sämtliche Untersuchungen alleine vorgenommen, (...) vielleicht wirkte der Beschwerdeführer auch vertrauenserweckend (...).“¹³ Festgestellt wird, dass Personen, die den Platz verließen um möglicherweise auf anderen Wegen nach Wien zu gelangen, daran nicht gehindert wurden.¹⁴

Der steirische UVS kommt in seiner Entscheidung letztlich zu einem ähnlichen Ergebnis wie der Leiter des LVT: es gab keinen konkreten Hinweis oder Verdacht gegen die Beschwerdeführer, wonach diese als gefährlich oder „linksextrem“ einzuschätzen gewesen wären.¹⁵ Mit unübertroffener Trockenheit hält der UVS zum Inhalt des E-Mails fest, dass „der Verfasser offensichtlich rechtskundig ist, da er sich zum einen Formulierungen wie ‚Brandsatzanschlag‘, welche nicht zum allgemeinen üblichen Sprachschatz zählen, bedient und andererseits den Inhalt seiner Nachricht derart verfasst hat, dass dadurch kein Straftatbestand im Sinne der StGB verwirklicht wurde. Es ist davon auszugehen, dass dem anonymen Verfasser durchaus bewusst war, dass dadurch, dass sein Mail weder den Straftatbestand der Vortäuschung einer strafbaren Handlung, noch jenen der Verleumdung verwirklicht, etwaige Nachforschungen (...) mangels Vorliegen rechtlicher Voraussetzungen für einen Gerichtsauftrag eine weitere Rückverfolgung seiner Person nicht drohte. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist darüber hinaus der Umstand, dass der anonyme Verfasser sein Mail offensichtlich in Kenntnis der Organisation des Polizeiwesens sowohl an die Sicherheitsdirektion Graz, die Bundespolizeidirektion Graz und die Bundespolizeidirektion Wien richtete.“¹⁶

Zu einem für die Behörden entlarvenden Schluss gelangte der UVS bei den Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen:

„Nach Betrachtung des Filmmaterials ist vielmehr davon auszugehen, dass Sinn und Zweck der Amtshandlung am 28.01.2011 war, die Identitäten jener Personen welche mit dem Bus nach Wien zu reisen beabsichtigten, festzustellen. Die Überprüfung der Behältnisse hat dabei offensichtlich eine untergeordnete Rolle gespielt.“¹⁷

12 UVS Stmk 12.07.2011, 20.8-10/2011-20, 12.

13 Verhandlungsschrift, UVS 20.8-10/2011-19, 11.

14 Verhandlungsschrift, UVS 20.8-10/2011-19, 10f.

15 UVS Stmk 12.07.2011, 20.8-10/2011-20, 8.

16 UVS Stmk 12.07.2011, 20.8-10/2011-20, 10.

17 UVS Stmk 12.07.2011, 20.8-10/2011-20, 14.

5. Rechtliche Beurteilung und Ergebnis

Damit die mit Befehls- und Zwangsgewalt¹⁸ vorgenommenen Identitätsfeststellungen nach § 35 Abs 1 Z 1 SPG¹⁹ und die Durchsuchungen nach § 40 Abs 3 SPG²⁰ rechtmäßig sind, müssen die Personen in einem Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff (§ 16 Abs 2 und 3 SPG²¹) stehen, oder, bei der Identitätsfeststellung, zumindest über einen gefährlichen Angriff Auskunft geben können. Die Grundsätze der Befugnisausübung sind zu beachten.²² Dementsprechend stellte der UVS fest, dass nicht nach der Teilnahme am Vorbereitungstreffen gefragt wurde und daher kein Grund für einen Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff bestanden oder für eine Auskunft über einen solchen vorliegen habe können. Das E-Mail sowie das beabsichtigte Mitfahren mit dem Bus stellten keinen Zusammenhang damit her. Der Inhalt des E-Mails könne nicht dazu dienen, flächendeckende Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen von Teilnehmer_innen einer politischen Versammlung zu rechtfertigen. Der UVS gab damit den Beschwerdeführern Recht und erklärte die Handlungen für rechtswidrig.²³

6. Abschließende Anmerkungen

Bemerkenswert ist, wie das LVT Steiermark aus vergangenen Ereignissen um den WKR-Ball und mithilfe eines wohl gelegen kommenden E-Mails eine Gefährdungssituation konstruierte, die so tatsächlich nicht existierte. Dies lässt zumindest auf Gutgläubigkeit gegenüber unbekanntem E-Mail-Versender_innen und Argwohn gegenüber Demonstrationsteilnehmer_innen schließen, könnte aber auch als dreister Versuch gedeutet werden, unliebsamen Protestformen mit rechtlichen und außerrechtlichen Mitteln beizukommen.

Fraglich ist, ob so ein E-Mail, versendet vor einer beliebigen anderen Demonstration, für dieselbe sicherheitsbehördliche Vorgehensweise sorgen würde. So sei zu Illustrationszwecken das Beispiel des 8. Mai genommen, an dem vom WKR ein „Totengedenken zum Zwecke der Ehrung aller im Krieg Gebliebenen“²⁴ abgehalten wurde. Obwohl die Teilnahme Bewaffneter an Versammlungen verboten ist,²⁵ marschierten Burschenschaftler ungestört mit Säbeln am Heldenplatz auf.²⁶ Diese wurden nicht nur von den Sicherheitsbehörden nicht abgenommen, sondern es wurde von der zuständigen Innenministerin auch folgendes Rechtfertigungsszenario konstruiert: „Die tatsächliche

18 Vgl Gegenschrift der BPD Graz, UVS 20.8-10/2011-14, 4.

19 Vgl *Pürstl/Zirnsack*, Sicherheitspolizeigesetz² (SPG) (2011) § 35 insb Anm 4 und E 1.

20 Vgl *Pürstl/Zirnsack*, SPG² (2011) § 40 insb Anm 10.

21 Vgl *Pürstl/Zirnsack*, SPG² (2011) § 16 insb Anm 1 und E 6.

22 S dazu *Giese*, Sicherheitspolizeirecht, in *Bachmann* (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht⁸ (2010), 1-41 (20).

23 Vgl UVS Stmk 12.7.2011, 20.8-10/2011-20 oder UVS Stmk 12.7.2011, 20.8-8/2011-20.

24 Wiener Korporationsring, www.wkr.at/info.php (20.10.2011).

25 Gem § 9a Versammlungsgesetz 1953, BGBl 98/1953.

26 Der Standard, Rechtes Totengedenken ohne Strache, 9.5.2011.

Durchführung des Aufmarsches zeigte entgegen der Versammlungsanzeige eindeutig, dass es sich nur um ein Totengedenken ohne versammlungsrechtliche Elemente handelte²⁷. Damit wurde den Waffentragenden nicht nur jedes Gefährdungspotential abgesprochen, sondern auch noch der „Aufzug“ als außerhalb des Rahmens des Versammlungsgesetzes stehend gedeutet und damit in einen außerrechtlichen Raum gehoben – in diesem Fall aber nicht zur Verhinderung der Veranstaltung, sondern zu deren Schutz.

Insgesamt sollten die Implikationen der gesamten polizeilichen und politischen Vorgangsweise im Rahmen des WKR-Balls in Hinblick auf das insb durch Art 12 StGG sowie Art 11 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Versammlungsfreiheit diskutiert werden. Außerdem ist zu hinterfragen wieso Demonstrationen gegen den WKR-Ball überhaupt untersagt werden. Dabei ist zu bedenken, ob es nicht erst die Untersagungen sind, die den Sicherheitsbehörden eine passende Grundlage für ihr represives und restriktives Vorgehen liefern und diese sich daher gut in ein sicherheitsbehördliches Konzept fügen, in dem Grundrechte keine überragende Stellung einnehmen.²⁸ Es wäre gerade aus Behördensicht abzuwägen, ob eine nicht untersagte Demonstration weniger vermeintliches Eskalationspotential besäße, als eine untersagte.

Nicht nur Grazer Demonstrant_innen, die keine rechtswidrigen Durchsuchungen über sich ergehen lassen wollten, hätten nicht mit dem Bus nach Wien gelangen können. Auch aus Salzburg anreisende Demonstrant_innen wurden bereits vor Beginn der Demonstration angehalten und kontrolliert. Sowohl 2010 als auch 2011 wurden sämtliche Demonstrationen am Tag des WKR-Balls, teils in letzter Minute, untersagt.²⁹ In beiden Jahren gab es mehrere größere und kleinere Polizeikessel. 2010 wurden Wasserwerfer aufgefahren. 2011 waren 1200 Polizist_innen im Einsatz,³⁰ denen 300 bis 500 Demonstrant_innen gegenüberstanden.³¹ Maßnahmen solcher Art legen es nicht gerade nahe, sich an den Protesten zu beteiligen.³²

Natürlich wirkt ein massives Polizeiaufgebot wie am Ballabend oder auch das Nicht-Einsteigen-Lassen in einen Bus abschreckend auf potentielle Demonstrationsteilnehmer_innen. Fraglich ist daher außerdem, ob solche polizeilichen Maßnahmen in

27 Anfragenbeantwortung 8518/AB 24. GP, 2.

28 In diesem Lichte ist die strafrechtliche Verfolgung eines mittlerweile freigesprochenen Demonstrationsteilnehmers zu sehen, dem tätlicher Angriff auf einen Beamten (§ 270 StGB) vorgeworfen wurde. Vgl www.slp.at (8.11.2011).

29 Eine Untersagung sämtlicher Versammlungen ist wohl auch aus behördlicher Sicht problematisch, wird ein solches Verhalten doch dazu führen, dass in Zukunft keine Versammlungen mehr angezeigt und nur noch Spontandemonstrationen abgehalten werden, die vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit genauso umfasst, aber behördlich ungleich schwieriger zu kontrollieren sind.

30 Die Presse, Wien: Die Demometropole, 30.1.2011.

31 Der Standard, Riesiges Polizei-Aufgebot, 500 Demonstranten, vier Festnahmen, 29.1.2011.

32 Es soll nach darauf hingewiesen werden, dass der WKR-Ball-Protest 2011 unter Beobachtung des EU-Projekts GODIAC „Good practice for dialogue and communication as strategic principles for policing political manifestations in Europe“ stand, das „best practice“ Modelle für den polizeilichen Umgang mit Demonstrationen erarbeiten will. Vgl derstandard.at, Anti-WKR-Demo unter EU-Aufsicht, 20.1.2011, <http://derstandard.at/1293371093104/Anti-WKR-Demo-unter-EU-Aufsicht> (20.10.2011).

(un)zulässiger Art und Weise in das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit eingreifen. Insb dann, wenn Demonstrant_innen, im Vorfeld einer Versammlung, rechtswidrigen behördlichen Maßnahmen ausgesetzt sind. In Deutschland gibt es dazu sowohl eine Debatte³³ als auch höchstgerichtliche Judikatur die besagt, dass, „wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art 8, 9 GG) verzichten.“³⁴ Eingriffe in das Versammlungsrecht „wären erst recht (mit) behördliche Maßnahmen unvereinbar, die über die Anwendung grundrechtsbeschränkender Gesetze hinausgehen und etwa den Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschweren oder ihren staatsfreien unreglementierten Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen verändern.“³⁵ Das gilt für massive Polizeieinsätze (zB beim G 8-Gipfel in Heiligendamm, bei „Stuttgart 21“ oder bei diversen Castor-Transporten), bei denen es sich möglicherweise um eine „show of force“ handelt, die Demonstrierwillige einschüchtern soll und damit als unzulässiger Eingriff in das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit gewertet wird.³⁶ Eine rechtliche Aufarbeitung dieser speziellen Thematik harrt hierzulande noch ihrer Bearbeitung.³⁷

Es zeigt sich offenbar, dass das Ausschöpfen rechtlicher Hilfsmittel leider notwendig ist, um Grundrechte auszuüben, wenn dies nicht auf das Wohlwollen des Innenministeriums trifft. Voreilige Identitätskontrollen und Durchsuchungen unter Zuhilfenahme anonymer ungeprüfter Hinweise konnten als unzulässig erklärt werden, doch möglicherweise auch nur, weil sie besonders dreiste Versuche kennzeichneten, um Protest zu delegitimieren und illegalisieren.

Ein Risiko, insb die Kosten betreffend, bleibt jedoch weiterhin bestehen und führt dazu, dass der bei Versammlungen prinzipiell problematische, nachkontrollierende Rechtsschutz, nur von denjenigen wenigen in Anspruch genommen werden kann, für die er leistbar ist. Das geht soweit, dass allein die Aussicht der drohenden Kosten dazu führt, dass von der Vornahme von Rechtsschutzmitteln Abstand genommen wird.³⁸ Den 2010 in Wien angestrebten Verfahren blieb beispielsweise der Erfolg gänzlich verwehrt und somit das Terrain des politischen Engagements gegen Rechtsextremismus weiterhin unsicher. Abschließend ist festzuhalten, dass mit dem Bescheid des UVS zwar ein punktu-

33 Vgl *Kutscha*, Demonstrationen auf dem Bildschirm der Polizei, *Kritische Justiz* 2011, 223.

34 BVerfGE 65, 1 (43) im Zusammenhang mit der Volkszählung 1983.

35 BVerfGE 69, 315 (349) im sog Brokdorf-Beschluss.

36 Vgl *Kutscha*, *Kritische Justiz* 2011, 227.

37 Jüngstes österreichisches Beispiel wäre etwa die Räumung eines besetzten Hauses in der Wiener Lindengasse, bei dem mehr als 30 Polizei-Kleinbusse und ein Panzerwagen aufgefahren wurden. Vgl *Der Standard*, *Besetztes Haus in Wien geräumt*, 9.11.2011.

38 Das zeigt sich gerade am gegenständlichen Beispiel, bei dem sich lediglich acht Betroffene, an den UVS gewandt haben, jedoch sämtliche Busreisende von den rechtswidrigen Handlungen betroffen waren.

eller Erfolg erzielt wurde, jedoch dadurch kein Wandel der Vorgangsweise der Sicherheitsbehörden zu erwarten ist.

Der nächste WKR-Ball findet am 27.1.2012, dem internationalen Gedenktag an die Opfer des Holocausts, in der Hofburg statt.³⁹ Demonstrationen sind geplant. Es wird sich zeigen, ob diesmal das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit unbehindert ausgeübt werden kann. Dabei bleibt zu hoffen, dass sich niemand von den polizeilichen Maßnahmen abschrecken lässt, die scheinbar eigens dafür konzipiert sind, die Ausübung des Grundrechts zu erschweren, und darüber hinaus nicht vergessen wird, worum es an diesem Abend eigentlich geht, nämlich um antifaschistischen Protest gegen rechtsextremes Gedankengut.

DI (FH) Philipp Hense studiert Rechtswissenschaften in Graz und war Beteiligter im Verfahren vor dem UVS Steiermark; philipp.hense@edu.uni-graz.at

³⁹ Möglicherweise zum letzten Mal, das wurde von der Betreiberin der Hofburg mitgeteilt. Vgl Der Standard, WKR-Ball 2012 zum letzten Mal in der Hofburg, 1.12.2011.

Aufenthaltsehen: Fremdenpolizeiliche Kontrolle und gerichtliche Beurteilung

Irene Messinger

„Die Wohnung ist in unordentlichem Zustand, Schuhe gibt es nur von ihr, er hätte nur ein Paar, das er anhat. Im Schlafzimmerkasten konnten männliche Kleidungsstücke in Größe L wahrgenommen werden. Am Wäscheständer am Balkon befanden sich nebst frisch gewaschener weiblicher Kleidungsstücke auch männliche Unterwäsche und Socken. Im Badezimmer befanden sich Zahnputzzeug für zwei Personen sowie männliche Toiletteartikeln. Hochzeitsfotos konnten trotz längerem Suchen nicht vorgewiesen werden. Es werden weitere Erhebungen geführt“.

Dieser Ausschnitt eines Polizeiberichts steht symbolisch für das Eindringen in die Privat- und Intimsphäre binationaler Ehen, wo bei der Kontrolle vermuteter Aufenthaltsehen die sprichwörtlichen Zahnbürsten und Schmutzwäsche gesucht werden. Obwohl durch die Eheschließung unterschiedlichste Vorteile erlangt werden können, wird nur der Zweck der Legalisierung bzw Sicherung des Aufenthaltsrechts für ‚Drittstaatsangehörige‘¹ als Aufenthaltsehe² kriminalisiert. Nach einer Darstellung der aktuellen Rechtslage und deren Entstehung, widmet sich der Schwerpunkt dieses Artikels den fremdenpolizeilichen Ermittlungen sowie den Verfahren vor Wiener Bezirksgerichten und zeigt die Differenzen zwischen deren Entscheidungen auf.

Das dazu herangezogene Datenmaterial wurde im Rahmen der politikwissenschaftlichen Dissertation der Autorin generiert, die sich mit der staatlichen Konstruktion von Schein-

-
- 1 Juristisch korrekt werden Menschen ohne österreichische Staatsbürgerschaft als ‚Fremde‘ bezeichnet (§ 2 Abs 4 Z 1 FPG). ‚Drittstaatsangehörige‘ sind ‚Fremde‘, die nicht Staatsbürger_innen eines EWR-Staats oder der Schweiz sind (§ 2 Abs 4 Z 10 FPG). Diese problematischen Begriffsbestimmungen schließen an eine abzulehnende Kategorisierung von Menschen an. Europa mit den als homogen dargestellten Normen, Werten und Traditionen wird durch den Ausschluss des ‚Fremden‘ erhöht, ohne die Konstruiertheit solcher Zuschreibungen zu hinterfragen, wodurch Rassismen wie Nationalismen bestärkt werden. Diese Hierarchisierung verdeutlicht das Gegensatzpaar ‚The West and the Rest‘, welches vom Rassismustheoretiker Stuart Hall eingeführt wurde (*Hall, The West and the Rest. Discourse and Power*, in: *Hall/Gieben: Formations of Modernity* (1997) 275–320). Zur kritischen Abgrenzung von der juristisch präzisen Terminologie werden die Begriffe ‚Fremde/r‘ und ‚Drittstaatsangehörige/r‘ unter einfache Anführungszeichen gesetzt.
 - 2 Das „Eingehen einer Aufenthaltsehe“ wurde in § 117 Abs 1 und 2 FPG 2005 erstmals als Straftatbestand beschrieben, wenn jemand seit 2005 geheiratet bzw sich seit 2010 verpartnert hat, „ohne ein gemeinsames Familienleben im Sinn des Art 8 EMRK führen zu wollen und weiß oder wissen musste, dass sich der Fremde für die Erteilung oder Beibehaltung eines Aufenthaltstitels, für den Erwerb oder die Aufrechterhaltung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts, für den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft oder zur Hintanhaltung aufenthaltsbeendender Maßnahmen auf diese Ehe oder eingetragene Partnerschaft berufen will“ (§ 117 Abs 1 und 2 FPG). Weitere rechtliche Bezüge finden sich in § 53 Abs 2 Z 8 FPG (Erlassung eines Einreise- bzw Aufenthaltsverbots) und § 30 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (Erteilung und Beibehaltung von Aufenthaltstiteln).

bzw Aufenthaltsehen und den Folgen im Fremdenpolizeigesetz 2005 (kurz: FPG 2005) beschäftigte. Um die Umsetzung des § 117 FPG (Eingehen bzw Vermittlung einer Aufenthaltsehe) zu erheben, wurde eine Vollerhebung der 57 Wiener Gerichtsakten der Jahre 2006 und 2007 durchgeführt³, weiters konnten 98 von Fremdenpolizeibeamt_innen ausgefüllte Erhebungsbögen bearbeitet werden. Für die in der Folge dargestellten Ergebnisse der Kontrollpraxen wurden diese beide Datensätze zusammengezogen.

1. Rechtliche Grundlagen und ihre Entstehung

1.1. Migrationspolitischer Kontext

Da legale Zuwanderung für ‚Drittstaatsangehörige‘ seit den 1990er Jahren kaum noch möglich ist, gewann die Eheschließung mit Österreicher_innen an Bedeutung, da sie neben dem Recht auf Aufenthalt Chancen auf legale Beschäftigung sowie schnellere und einfachere Verleihung der österreichische Staatsbürgerschaft eröffnete. 1997 wurde nur die „Vermittlung von Scheinehen“ als strafrechtliches Delikt eingeführt, der/die Österreicher/in hatte für die Eheschließung allein kaum Konsequenzen zu befürchten. Die Einwanderung bzw Legalisierung des Aufenthalts durch Heirat oder Adoption wurde von zahlreichen Menschen genutzt. Im Regierungsprogramm 2000 wurde erstmals festgelegt, Maßnahmen gegen Scheinehen ergreifen zu wollen⁴. Indem im Fremdenrechtspaket 2005 für die Erlangung eines Aufenthaltstitels ein Mindesteinkommen von etwa 1.200 Euro monatlich und die Auslandsantragstellung für unrechtmäßig Eingereiste vorausgesetzt wurde, sollte dieser Entwicklung gegen gesteuert sowie gegen Aufenthaltsehen vorgegangen werden⁵.

1.2. Kriminalisierung von Schein- bzw Aufenthaltsehen

Seit 2006 werden vor den Bezirksgerichten Strafverfahren wegen des Eingehens einer sog „Aufenthaltsehe“ gegen den österreichischen (bzw niederlassungsberechtigten⁶) Part der Ehe geführt. Der Strafrahmen beträgt bis zu einem Jahr Haft, wenn die Ehe für einen finanziellen Vorteil eingegangen wurde, sonst ist eine Geldstrafe von bis zu 365 Tagsätzen vorgesehen. Durch Selbstanzeige kann Straffreiheit erlangt werden⁷. Unabhängig vom Ausgang dieses Strafverfahrens gegen den österreichischen Teil beschäftigt sich die Fremdenpolizei mit den fremdenrechtlichen Konsequenzen für den/die

3 Zum Vergleich: Im gesamten Bundesgebiet wurden in den Jahren 2006 und 2007 in erster Instanz insgesamt 120 Verfahren geführt, das heißt etwa die Hälfte aller Verfahren entfällt auf die Bundeshauptstadt und konnte untersucht werden. *Bandion-Ortner*: Beantwortung der Parlamentarischen Anfrage 553J-NR/2009 am 13.3.2009, 3.

4 ÖVP-FPÖ, Regierungsprogramm 2000, (2000) 51. www.bka.gv.at/2004/4/7/Regprogr.pdf (1.10.2010).

5 *Bundesministerium für Justiz*, Presseausendung vom 28.1.2005: Miklautsch: Vorschlag für wirksame Eindämmung von Scheinehen!, 1. http://www.ots.at/presseausendung/OTS_20050128_OT50259/miklautsch-vorschlag-fuer-wirk-same-eindaemmung-von-scheinehen (1.10.2010).

6 Die Maßnahmen betreffen gleichermaßen Österreicher_innen wie niederlassungsberechtigte ‚Fremde‘, aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird jedoch nur der Begriff Österreicher_innen verwendet.

7 § 117 FPG 2005.

‚fremde/n‘ EhepartnerIn, dem/der deshalb ein Einreise- bzw Aufenthaltsverbot droht. Aufgrund der zahlreichen Hürden, die Ehen mit ‚Drittstaatsangehörigen‘ in den Weg gelegt wurden, wichen zahlreiche Paare ins Ausland aus, um ihr Recht auf Freizügigkeit geltend zu machen bzw um dort zu heiraten. Darauf wurde im FrÄG 2009 reagiert, indem auch ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in die Liste möglicher strafbarer Vorteile aufgenommen wurde. Weiters wurde die Strafbarkeit auch für den ‚fremden‘ Part im gleichen Ausmaß wie für den/die Österreicher_in erweitert. Ein wichtiger Unterschied liegt darin, dass der/die ‚Fremde‘ sich nicht durch freiwillige Anzeige an die Behörden der Strafe entziehen kann.

1.3. Eheverbot in Planung und Praxis

Im Ministerialentwurf zum Fremdenrechtspaket 2005 wurde hinsichtlich binationaler Ehen ua die Frage aufgeworfen, ob Ehen mit ‚Drittstaatsangehörigen‘ ohne Aufenthaltsstatus untersagt werden könnten. Dort fand sich neben der verpflichtenden Datenweitergabe der Verlobten seitens der Standesämter auch der Vorschlag einer notwendigen Zustimmung zur Heirat durch die Fremdenpolizei, welche bei Verhängung eines Aufenthaltsverbots versagt werden könnte⁸. Der Entwurf wurde als Eingriff in das Recht auf Eheschließung kritisiert und dessen Verfassungskonformität angezweifelt⁹. Diese geplante Bestimmung wurde gestrichen und nicht ins FPG 2005 aufgenommen. Der damals vehement kritisierte Vorschlag findet sich jedoch heute teilweise umgesetzt, da Asylwerber_innen bzw Illegalisierten am Standesamt mit der Fremdenpolizei gedroht wird und bereits Festnahmen direkt vor der Eheschließung vorgenommen wurden¹⁰.

1.4. Aufenthaltspartnerschaft seit 2010

Seit 1.1.2010 ist das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (EPG) für gleichgeschlechtliche Paare in Kraft. Trotz zahlreicher Diskriminierungen im Namens- oder Adoptionsrecht, besteht fremdenrechtliche Gleichstellung mit der Ehe. Dies bedeutet ein Aufenthaltsrecht für ‚drittstaatsangehörige‘ Partner_innen unter den gleichen Voraussetzungen wie für Ehepaare. Es wurde umgehend auch die Strafbarkeit der Aufenthaltspartnerschaft im § 117 FPG ergänzt.

Im ersten Jahr gingen 705 Paare eine eingetragene Partnerschaft ein, davon etwa die Hälfte in Wien. Mehrheitlich waren beide Österreicher_innen, in etwa 27% der Fälle

8 § 114 des 259 MEntw 22. GP

9 Die Einschätzungen reichten von „verfassungsrechtlich bedenklich“ seitens des *Bundeskanzleramt – Verfassungsdienstes* (51 SN 259 MEntw 22. GP 74) bis „grob unsächlich wie verfassungswidrig“ *Österreichischer Rechtsanwaltskammertag* (50 SN 259 MEntw 22. GP 29).

10 *Redaktion Der Standard*, Angst vor Festnahme beim Ja-Wort-Sagen, *Der Standard* v 6.6.2006 http://derstandard.at/2462716?sap=2&_seite=13 (1.8.2011), *Redaktion Der Standard*, Eheleute am Standesamt durch Fremdenpolizei getrennt, *Der Standard* v 23.5.2007 <http://derstandard.at/2892519> (1.8.2011).

nur einer bzw. eine¹¹. Leider wird in der offiziellen Statistik nicht nach Herkunftsländern differenziert, sodass nur vermutet werden kann, dass der Anteil von ‚Drittstaatsangehörigen‘ unter den ausländischen Partner_innen sehr hoch gewesen sein wird. Dieser Prozentsatz entspricht dem großen Anteil binationaler Ehen in den Jahren vor Einführung des FPG 2005. Abgesehen von Problemen bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln bei im Ausland geschlossenen Ehen¹², gibt es bislang – soweit überblickbar – keine Erfahrungen zu fremdenrechtlichen Kontrollen o.ä.

2. Versuch des Nachweises einer Aufenthaltsehe

2.1. Akteur_innen der Kontrolle

Die Fremdenpolizeibehörden vollziehen das Fremden(polizei)gesetz, welches insbesondere den kurzfristigen Aufenthalt in Österreich und die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen regelt. Innerhalb der Fremdenpolizei besteht seit 2006 der Zentrale Koordinierte Fremdenpolizeiliche Dienst (ZKFD)¹³, der in der Darstellung der Zeitschrift des BMI der „effizienteren Bekämpfung der Erschleichung von Aufenthaltstiteln durch Fremde“ dient¹⁴, ua durch Aufenthaltsehen.

Die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden (NAB) verwalten die Bestimmungen für einen längeren Aufenthalt von ‚Fremden‘ in Österreich. In Wien sind diese Aufgaben bei der Magistratsabteilung (MA) 35 angesiedelt, welche idR erstinstanzlich im Namen des Landeshauptmanns über die Vergabe von Aufenthaltstitel für Ehepartner_innen entscheidet. Die Standesämter, welche ebenfalls der MA 35 zugeordnet sind, geben nach der Anmeldung zur Eheschließung alle Daten der Verlobten an die Fremdenpolizei weiter, sobald eine/r die Staatsangehörigkeit eines ‚Drittstaates‘ aufweist¹⁵. In der statistischen Auswertung konnte festgestellt werden, dass neben dem Standesamt die Mitarbeiter_innen der MA 35 die meisten Hinweise an die Fremdenpolizei weitergeben und damit wichtige Informant_innen der Fremdenpolizei sind – auch sie sind per Gesetz dazu verpflichtet worden (§ 37 Abs 4 NAG).

Die Ergebnisse der Forschung zeigen, dass die Fremdenpolizei zudem vielen privaten, häufig anonymen Hinweisen nachzugehen hat, die aus Eifersucht, Rache, persönlichen Kränkungen, usw. getätigt wurden und aus denen in den wenigsten Fällen tatsächlich ein Verfahren gegen den/die Österreicher/in resultiert.

11 Statistik Austria Partnerschaftsbegründungen 2011 http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/gleichgeschlechtliche_partnerschaften_eintragung_und_aufloesung/partnerschaftsbegrueendungen/index.html (1.8.2011)

12 *Brickner*, Visumstreit um homosexuelle Eheleute, *Der Standard* v 30.6.2011.

13 *Bundespolizeidirektion Wien – Pressestelle*, Der Zentrale Koordinierte Fremdenpolizeiliche Dienst (ZKFD) der Wiener Polizei. http://www.kripo.at/NEWS_Artikel/2009/2009%2006/ZKFD/-zentrale_koordinierte_fremdenpol.htm (1.8.2011).

14 o.A., Fremdenwesen von A bis Z. Von A wie Abschiebung bis Z wie Zurückweisung: Begriffe aus dem Aufenthalts-, Asyl- und Fremdenpolizeirecht, in *Öffentliche Sicherheit. Das Magazin des Innenministeriums*, H. 7-8, 75–81, 81.

15 § 38 Abs 2 PStG und § 109 FPG.

2.2. Verdachtsmomente

Die Fremdenpolizei wählt jene Fälle aus, die verdächtig erscheinen: primär aufgrund eines fehlenden bzw. prekären Aufenthaltsstatus und verdächtiger Meldedaten. Sodann erfolgen Kontrollen durch Hausbesuche und getrennte Befragungen.

In einem Formular, das 2003 bis 2005 (und teilweise länger) in Niederösterreich zur Datenweitergabe vom Standesamt an die Fremdenpolizeibehörde genutzt wurde, findet sich eine Auflistung von Verdachtsmomenten, die damals nur anzukreuzen waren¹⁶. Neben Differenzen hinsichtlich des Alters, der Sprache und des Wohnsitzes kann die Form der Eheschließung verdächtig sein, wenn diese zu wenig feierlich war, nicht ausreichend Angehörige zugegen waren oder das dem Brautpaar zugesteckte Geldkuvert als „beobachteter Geldfluss“ oder „Vermittlertätigkeit“ gewertet wurde. Weiters kann eine Eheschließung kurz nach dem Kennenlernen oder bei Sozialhilfebezug verdächtig sein.

Zwei geschlechtsspezifisch diskriminierende Verdachtsmomente konnten in der Dissertation herausgearbeitet werden: Verdächtig wurden österreichische Frauen wegen ihres ausländisch klingenden Familiennamens, den sie aufgrund der patriarchal geprägten Namensführung bis 1977 übernehmen mussten bzw seit 1995¹⁷ automatisch hatten, während entsprechende Vorehen bei österreichischen Männern unerkannt blieben. Ehelich geborene Kinder, deren biologischer Vater nicht der Ehemann ist (zB lt Polizeiprotokoll „dürfte dem Aussehen nach einen weißen Vater haben“), beeinträchtigten die Glaubwürdigkeit der Ehe der Mutter ebenso. Eine außereheliche Vaterschaft des Ehemannes hingegen würde nicht automatisch bekannt und daher als verdächtig eingestuft werden.

2.3. Kontrolle der Wohnung

Die Wohnung eines Menschen ist durch Art 8 EMRK vor behördlichen Eingriffen geschützt. Die „polizeiliche Nachschau“ in der Wohnung stellt daher eine rechtliche Grauzone dar, da sie ohne gerichtlichen Durchsuchungsauftrag nicht zugelassen werden müsste. Die Abgrenzung zwischen einer geduldeten Wohnungsbesichtigung und einer Hausdurchsuchung, ist aus grund- und menschenrechtlicher Sicht strittig¹⁸.

Die Auswertung der fremdenpolizeilichen Erhebungsbögen und der Gerichtsakten ergab, dass in allen Fällen der Zutritt zur Wohnung zugelassen wurde, da nachteilige Folgen für die ‚fremden‘ Ehepartner_innen befürchtet wurden bzw bei den Betroffenen kein Wissen über ihre Rechte bestand. Die Fremdenpolizei kontrollierte Ehen vor allem im ersten Monat nach der Eheschließung bzw nach längerem Bestand der Ehe (erneut) nach etwa zwei Jahren. Ehen zwischen Österreicherinnen und ‚drittstaatsangehörigen‘

16 Messinger, Schein- und Aufenthaltsehen im Industrieviertel, in *Schmidinger* „Vom selben Schlag“. Migration im Industrieviertel (2008) 109-121.

17 *Zaussinger*, Die Vorrangstellung des Mannes bei der Bestimmung des Ehenamens (2009) 86.

18 *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000) 110f.

Männern werden eher rascher überprüft, insbesondere jene mit Nigerianern. In den meisten Fällen wurde nach der Eheschließung kontrolliert, in acht Fällen bereits davor. Diese Kontrollen vor der Eheschließung können als Strategie interpretiert werden, fremdenrechtlich mittels Schubhaft und Abschiebung gegen die Eheschließung mit dem/der ‚fremden‘ Ehepartner/in vorgehen zu können.

Das Zusammenleben wird von der Fremdenpolizei primär über die gemeinsam verbrachten Nächte, die in einem Doppelbett stattfinden sollen, festgemacht, dafür sprechen folgende Ausschnitte aus den Berichten der (Fremden-)Polizeibehörden: „Sie führen offensichtlich ein gemeinsames Eheleben, sie wurden noch schlafend angetroffen“. Getrenntes Schlafen wird als normabweichend registriert: „Auffällig ist: Es konnten in der Wohnung zwei Schlafstätten wahrgenommen werden, eine von ihr, eine von ihm kürzlich benutzt“. Ebenso verdächtig ist das Schlafen ohne Kopfpolster, wenn festgestellt wird, dass zwar „zwei Schlafgelegenheiten, aber nur ein Kopfpolster“ vorhanden waren.

Der ZKFD führt die einzelnen Hauserhebungen nicht selbst durch, sondern kann (in Wien) einzelne Stadtpolizeikommandos darum ersuchen, die Nachschau vor Ort zu übernehmen. Um sowohl die Daten als auch die Verdachtsmomente weiterzuleiten, gibt es ein Formular. Dieses wurde zu Jahresbeginn 2006 überarbeitet, dabei wurde ergänzt, dass nicht nur das eheliche Zusammenleben, sondern auch dessen Finanzierung überprüft werden solle.

Von manchen Polizeibeamt_innen wurden zahlreiche Kontrollen durchgeführt, um zu einem Ermittlungsergebnis zu kommen: So erfolgten in einem Fall 17 Hausbesuche. Es wurde mit kriminalistischen Methoden gearbeitet, um festzustellen, ob die Wohnung bewohnt ist oder nicht. Dazu wurde ein Klebestreifen an der Wohnungstüre angebracht, durch den eine Bewegung der Türe registriert werden kann. In diesem Fall konnte dadurch festgestellt werden, dass die 17 erfolglosen Hausbesuche tatsächlich in einer bewohnten Wohnung durchgeführt wurden, nur eben bei einem Ehepaar, das viel außer Haus ist.

Da bei einigen Personen die Meldeadresse nicht der tatsächlichen Wohnadresse entsprach, entstanden Widersprüche und für die Fremdenpolizei verdächtige Ermittlungsergebnisse. Die Gründe dafür reichen vom befürchteten Verlust der Mietbeihilfe über Angst vor Delogierung, bis zur anders eingeschätzten Bedeutung des Meldewesens. Aufgrund der Ergebnisse der Hauserhebung konnten jedenfalls amtliche Abmeldungen geplant bzw. durchgeführt werden.

2.4. Einvernahme

Die Fremdenpolizei bzw. der ZKFD kann zur mündlichen Einvernahme des Ehepaars mittels Konfrontationsbefragung laden. Darunter wird die direkt hintereinander stattfindende Befragung beider Ehepartner_innen verstanden, wobei die zweite einvernom-

mene Person (meist der/die ‚Fremde‘) mit den Aussagen der ersteinvernommenen konfrontiert wird und im Anschluss daran die beiden Ergebnisse miteinander abgeglichen werden können. Aus den in den Gerichtsakten vorliegenden Protokollen konnten die Fragen bei dieser Form der Einvernahme herausgearbeitet werden: Abgefragt werden die Geschichte der Beziehung, die Eheschließung sowie deren Ablauf und Organisation, die wirtschaftliche und soziale Situation des Paares und deren Zusammenleben.

Der Schwerpunkt hat sich vermehrt zur wirtschaftlichen Situation des Paares verschoben. Es können damit die Angaben der Ehepartner_innen gegenseitig überprüft und mit jenen verglichen werden, die anlässlich des Antrags auf einen Aufenthaltstitel gemacht wurden. Nicht zuletzt kann überprüft werden, ob die angegebenen Einkommensverhältnisse auch über die Antragstellung hinaus bestehen.

Darüber hinaus wurden personalisierte Fragen eingebracht, wie nach Weihnachtsgeschenken oder intimen gesundheitlichen Details. So erfährt ein Mann bei der Befragung, dass seine Frau HIV-positiv und drogensüchtig ist: „Haben Sie mit ihrer Frau regelmäßig Sex? Wissen Sie, dass ihre Frau eine ansteckende Krankheit hat? Wissen Sie, dass ihre Frau wegen Drogen schon mit der Polizei zu tun hatte?“

In zahlreichen Protokollen ist der Hinweis auf die Unglaubwürdigkeit der Aussagen nachzulesen. So wurde etwa versucht, ein Geständnis seitens des österreichischen Pats zu erlangen, was nach späteren Aussagen in der Gerichtsverhandlung als psychischer Druck empfunden wurde. Es handelt sich dabei also um eine Strategie der Einschüchterung und Verunsicherung, die nicht in allen Fällen aufgeht.

Die Ermittlungen sind zudem geprägt von den Vorstellungen der Polizeibeamt_innen. Davon zeugt ein Satz angesichts einer kleinen Wohnung: „Wie hier ein Eheleben stattfinden kann, ist mir nicht erklärlich“. In einem anderen Fall schilderte ein Polizeiinspektor seine Beobachtung am Standesamt, wonach sich die Ehegatten „laut meinem subjektiven Empfinden nicht wie ein frischvermähltes verliebtes Ehepaar verhielten“. Der Beurteilung, ob eine Ehe vorliegt oder nicht, werden damit die subjektiven Normen mehrheitsösterreichischer Beamt_innen zugrunde gelegt, die für Migrant_innen nur bedingt Gültigkeit haben.

Der Fremdenpolizei wird für ihre Ermittlungen eine Frist von drei bzw seit 2010 fünf Monaten eingeräumt. Die Überschreitung der gesetzlichen Ermittlungsfrist thematisierte die Volksanwaltschaft in mehreren Berichten der letzten Jahre¹⁹. Veröffentlicht wurde ua ein Fall, der 4 ½ Jahre auf die Bearbeitung seines Aufenthaltstitels wartete, da wegen des (unbegründeten) Verdachts auf Schein- bzw inzwischen Aufenthaltsehe die Übermittlung des Akts von der NAB an die Fremdenpolizei sowie retour nicht erfolgte. Abseits solcher Extremfälle kann wegen des Verdachts einer Aufenthaltsehe das Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels ganz legal um drei bzw seit 2010 um fünf Monate verzögert

19 *Volksanwaltschaft*, 30. Bericht (2007) 121ff, 32. Bericht (2009) 197f, 33. Bericht (2010) 183f, Missstandsfeststellung (2010) 3ff.

werden, was in zahlreichen Fällen geschieht. Zudem werden für die Beweisführung Ermittlungen getätigt, die teilweise in enormer Intensität in die Privat- und Intimsphäre Einzelner eindringen und zum Ziel haben, ausreichend Beweise zu finden, um ein Einreise- bzw Aufenthaltsverbot verhängen zu können. Der mögliche weitere Schritt ist die strafrechtliche Verfolgung, die mittels Anzeige in die Wege geleitet werden kann.

3. Gerichtsverfahren wegen des Eingehens einer Aufenthaltsehe

Anhand von 57 Akten an Wiener Bezirksgerichten wurde untersucht, wie geurteilt und gegen welche Personen ein Verfahren geführt wurde²⁰.

3.1. Anzeige

Die Zahl der Anzeigen an die Staatsanwaltschaft, in denen vermutet wurde, dass eine Ehe aus Nächstenliebe, (familiärer) Solidarität oder politischen Gründen eingegangen wurde, war im Untersuchungszeitraum mehr als doppelt so hoch, wie jene der Anzeigen, bei denen ein finanzieller Benefit angenommen wurde. Über die Entscheidungspraxis der Staatsanwaltschaft über Fortgang oder Einstellung des Verfahrens gingen aus den vorliegenden Datensätzen keine Informationen hervor.

3.2. Kaum Verurteilungen

Der Nachweis einer Aufenthaltsehe ist in den meisten Fällen schwierig bis unmöglich. Der Grundsatz, im Zweifel für den/die Angeklagte zu entscheiden, führt zu einer geringen Anzahl an Verurteilungen: Über ein Drittel der Verfahren an den Bezirksgerichten lauten auf einen Freispruch, bei einem knappen Drittel kommt es zu einer Verurteilung nach § 117 Abs 1 oder 2 FPG 2005, bei einem weiteren Drittel wird das Verfahren anders beendet (zB durch Diversion, Einstellung oder Verjährung). Die Bezirksgerichte folgten damit nur selten der Argumentation der Fremdenpolizei.

Die Verurteilungen wurden fast ausnahmslos aufgrund von Eingeständnissen der österreichischen Ehepartner_innen gefällt. Es scheint also beinahe unmöglich, wegen einer Aufenthaltsehe verurteilt zu werden, so beide Ehepartner_innen von der Aufrichtigkeit ihrer Ehe überzeugt sind. Die Verurteilungen finden in größerem Ausmaß nach Abs 2 statt, also bei Ehen, bei denen ein finanzieller Vorteil vermutet wurde. Die Anzeigen nach Abs 1 – welche den Großteil der Verfahren ausmachten – wurden oft anders gelöst oder die Angeklagten freigesprochen. Die Verurteilungen lauteten mehrheitlich auf Geldstrafe, in etwa einem Viertel auf bedingte Freiheitsstrafe.

²⁰ Eine detaillierte Untersuchung unter intersektionellem Blickwinkel: *Messinger*, Kriminalisierung von Aufenthaltsehen in Österreich, *Kriminologisches Journal Hamburg* 3/2010, 205–217.

Hinsichtlich der Formulierungen entsprechen die Urteile formal exakt jener Vorlage, welche in der „Beispielsammlung für die strafgerichtliche Praxis“²¹ angeführt wird. Die einzige Urteilsbegründung argumentiert mit der individuellen Schärfung des Unrechtbewusstseins und der generalpräventiven Wirkung der Strafe.

Es handelt sich beim Eingehen einer Aufenthaltsehe bei beiden Partner_innen zwar um denselben Sachverhalt, aber um zwei verschiedene Verfahren mit unterschiedlichen Rechtsfolgen: Die Österreicherin kann beispielsweise vom Bezirksgericht freigesprochen werden, während die Fremdenpolizei weiterhin von der Aufenthaltsehe ihres Mannes ausgeht und deshalb kein Aufenthaltstitel ausgestellt wird. Zynisch könnte gesagt werden, dass sich der Staat die Abschiebungen jener Personen erspart, die schon zuvor in gesetzeskonformer Weise freiwillig zur Beantragung eines Aufenthaltstitels in ihren Herkunftsstaat ausgewandert sind und nun durch die Verweigerung der Einreise seitens der Fremdenpolizei und in der Folge der Nichterteilung eines Aufenthaltstitels durch die NAB dort verbleiben müssen. Getestet werden durch die lange Trennung damit nicht nur die Beziehung, sondern auch das Engagement des in Österreich verbliebenen Partners sowie die finanziellen Ressourcen.

3.3. Verdächtige und verurteilte Personen

In den Wiener bezirksgerichtlichen Verfahren waren 70% Frauen, auf über 80% steigt der weibliche Anteil bei den Verurteilungen – ein signifikantes Ergebnis im Vergleich zur Eheschließungsstatistik 2006, da hinsichtlich der Geschlechterverteilung 45% österreichische Frauen Männer aus Drittstaaten heirateten. Verdächtig und verurteilt werden Menschen mit geringem Einkommen: Rund drei Viertel der involvierten Österreicher_innen verdienen weniger als 1.000 Euro monatlich, mehrheitlich Frauen. Sie hätten daher nur in Ausnahmefällen ein ausreichendes Einkommen, um einen Aufenthaltstitel für ihre ‚drittstaatsangehörigen‘ Ehepartner_innen zu erwirken. Die geschlechtsspezifischen Einkommensunterschiede wirken sich daher indirekt auf ‚drittstaatsangehörige‘ Ehemänner aus.

Ein Verfahren wird fast ausschließlich gegen Österreicher_innen eingeleitet, ihre Ehepartner_innen sind großteils Serb_innen, gefolgt von Nigerianer_innen. Zu Jahresbeginn 2007 fand über drei Monate hinweg – und damit im Zeitraum der Untersuchung mittels der fremdenpolizeilichen Erhebungsbögen – ein behördeninterner Schwerpunkt zur Volksgruppe der „Roma“ aus Serbien statt. Dieser Kontrollschwerpunkt spiegelt sich daher auch in den Anzeigen und Verfahren vor Gericht wider. Bei den ‚drittstaatsangehörigen‘ Ehepartner_innen der Angeklagten wie Verurteilten handelt es sich um Menschen ohne oder mit einem prekären Aufenthaltsstatus, vor allem um Asylwerber_innen.

21 Zöchling, *Schriftsätze, Urteile, Rechtsmittel in Strafsachen. Eine Beispielsammlung für die strafgerichtliche Praxis mit Erläuterungen* (2008) 209.

3.4. Fremden- und/oder strafrechtliches Vorgehen

Konkrete Fakten über die Formen und das Ausmaß der Kontrollen gibt es bislang kaum. Einzig die Zahl der wegen Schein- bzw Aufenthaltsehen verhängten Aufenthaltsverbote war bekannt: Sie stieg in den Jahren 2001 bis 2006 stark an, von 30 auf über 500 und sank seitdem kontinuierlich ab bis auf 94 im Jahr 2010²².

Mit dem FPG 2005 wurde das strafrechtliche Vorgehen gegen Österreicher_innen eingeführt. Wie im Rahmen meiner Untersuchung für die ersten beiden Jahre 2006/07 anhand von 57 Fällen gezeigt werden konnte, wurden weit weniger Gerichtsverfahren gegen die österreichischen Ehepartner_innen geführt als Aufenthaltsverbote erlassen. Zudem führten nur ein Drittel der Verfahren zu einer Verurteilung, fast ausschließlich jene, die selbst eine Aufenthaltsehe eingestanden.

Trotz dieser geringen „Erfolgsquote“ nimmt die Zahl der Gerichtsverfahren zu: 2009 waren es in Österreich 344 Gerichtsverfahren, wobei all jene Fälle, bei denen die Verdachtsmomente nicht für eine Anzeige ausreichen oder die Verfahren später von der Staatsanwaltschaft eingestellt wurden, noch gar nicht mitgerechnet sind. Folglich wurde in den letzten Jahren weniger mit Einreise- bzw Aufenthaltsverboten vorgegangen, sondern mittels (fremden-)polizeilichen Kontrollen und Anzeigen der Versuch unternommen, (Aufenthalts-)Ehen mit ‚Drittstaatsangehörigen‘ zu verhindern. Die Fremdenpolizei versucht also weiterhin mittels Hauserhebungen und Befragungen den Nachweis einer Aufenthaltsehe zu erbringen. Die Bezirksgerichte legen jedoch andere Maßstäbe an eine Aufenthaltsehe an, denn von besagten 344 Verfahren wurden nur 27 Personen wegen § 117 Abs 1 FPG 2005, 26 Personen wegen § 117 Abs 2 FPG 2005 mit Strafe belegt²³. Dies bedeutet, dass 84,6% der gerichtlichen Verfahren ohne ausreichende Grundlage für eine gerichtliche Verurteilung geführt wurden. Diese Ergebnisse bestätigen, dass die Kriminalisierung von Aufenthaltsehen als Bedrohungsszenario dient und der Fremdenpolizei ein mächtiges Mittel in die Hand gibt, um binationale Ehen und ihr Lebensumfeld zu kontrollieren. Die Gerichte folgten ihren Argumentationen nur selten und gingen mit größerer Sensibilität mit dem Thema um. Eine Notiz auf einem der Erhebungsbögen zeigt die Dehnbarkeit des Begriffs der Aufenthaltsehe und die fremdenpolizeilichen Anforderungen auf, um nicht weiter verdächtigt zu werden: „Vermutlich keine Aufenthaltsehe, da vier gemeinsame Kinder“.

Dr.ⁱⁿ Irene Messinger ist Politikwissenschaftlerin und hat ihre Dissertation zur staatlichen Konstruktion von Schein- und Aufenthaltsehen in Österreich verfasst; irene.messinger@univie.ac.at

22 Bundesministerium für Inneres, Fremdenstatistik 2001 bis 2010: http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Niederlassung/statistiken (1.8.2011).

23 Bandion-Ortner: Beantwortung der Parlamentarischen Anfrage 4305/J-NR/2010 am 26.03.2010, (2010) 1.

Totes Recht? – Der asylrechtliche Familiennachzug für gleichgeschlechtliche Partner_innen

Petra Sußner

1. Einleitung

Wir schreiben das Jahr 2001. Der Deutsche Bundestag beschließt das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft und die so genannte „Homo-Ehe“ wird rechtliche Realität. Gleichstellungsaktivist_innen jubeln. Die Historikerin und Queer-Theoretikerin Fatima El Tayeb hat diesen Schritt zum Anlass genommen, um nach dem Preis dieser Integration in das bestehende Rechtssystem zu fragen. Ins Visier hat sie dabei die Ausschlussmechanismen genommen, die gleichgeschlechtliche Partner_innen als Außenseiter_innen des Rechtssystems ihrerseits akzeptieren, wenn sie sich in die familienrechtliche „Normalität“¹ eingliedern. In ihrer Analyse hat sie klare Worte gefunden:

„Hier dominiert nach wie vor die Überzeugung, ‚Rasse‘ sei ein Konzept, das im deutschen Kontext – mit Ausnahme der Jahre 1933–45 – irrelevant sei und so guten Gewissens außer Acht gelassen werden kann.“² Und weiter: „Die Frage, etwa inwieweit – mehrheitsdeutsche – Schwule und Lesben von der zunehmend rassistischen Ausgrenzung profitieren, da sie nach dieser Grenzziehung qua Pass, Hautfarbe und Religion auf der richtigen Seite stehen, wird kaum gestellt.“³

Mittlerweile sind 10 Jahre vergangen und das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) ist Teil des österreichischen Rechtsbestands geworden. Fatima El-Tayeb's Kritik hat jedoch nicht an Aktualität verloren – vielmehr ist ein kritischer Blickwinkel auf die Aus-

1 Normalität ist an dieser Stelle bewusst unter Anführungszeichen gesetzt, um den Eindruck zu vermeiden, dass die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partner_innen eine hierarchiefreie Gleichstellung mit heterosexuellen Paaren bedeuten würde. Tatsächlich erfolgt diese in aller Regel in Sondergesetzen, die eine „Ehe light“ für lesBi-Schwule Partner_innen vorsehen. Damit wird nicht nur die Opposition zwischen Hetero- und Homosexualität aufrechterhalten. Durch formell- und materiellrechtliche Schlechterstellungen gleichgeschlechtlicher Paare wird diese Opposition auch in hierarchisierter Form konstruiert (vgl. Raab, Sexuelle Politiken. Die Diskurse zum Lebenspartnerschaftsgesetz [2011] 194). Das Eingetragene Partnerschaft Gesetz liefert ein anschauliches Beispiel für dieses Phänomen, was – unter anderem auch in dieser Zeitschrift – bereits breit diskutiert wurde. Exemplarisch verweise ich dazu auf die folgenden Artikel: *Barbara Beclin* Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010/34; *Benke*, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010/7; *Morawek*, Das österreichische EPG – Ein Kompromiss oder ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung? Der Versuch einer kritischen Analyse, juridikum 2011, 217.

2 *El-Tayeb*, Begrenzte Horizonte. Queer Identity in der Festung Europa, in *Steyerl/Gutiérrez Rodríguez* (Hrsg), Spricht die Subalterne Deutsch? Migration und postkoloniale Kritik (2003) 130.

3 *El-Tayeb*, Begrenzte Horizonte 132.

grenzung von Migrant_innen und ethnisch Minorisierten mittlerweile zu einem fixen Bestandteil queerer Debatten um den gleichstellungspolitischen Meilenstein „Homo-Ehe“ geworden.⁴ Im akademischen Bereich der Gender und Queer Studies findet er sich in der inzwischen etablierten Erkenntnis wieder, dass ethnische Zugehörigkeit, Sexualität und Geschlecht nicht unabhängig voneinander analysierbar sind.⁵ Kritik wird im akademischen wie im aktivistischen Bereich an der Instrumentalisierung von LGBTQ-Personen⁶ geübt, die mit deren fortschreitender Inklusion einherzugehen scheint. Ähnlich wie Feminist_innen sich oftmals von den ausgrenzenden Elementen der Kopftuchdebatte „umarmt“ sehen, befürchten viele LGBTQ-Aktivist_innen aktuell eine Vereinnahmung durch fremdenfeindliche Politiken. Gerade erst im letzten Jahr hat die bekannte Queer-Theoretikerin Judith Butler am Berliner Christopher Street Day die Annahme des Zivilcourage-Preises verweigert und diese Befürchtung öffentlichkeitswirksam platziert:

„Wir haben alle bemerkt, dass Homo-, Bi-, Lesbisch-, Trans-, Queer-Leute benutzt werden können von jenen, die Kriege führen wollen, d. h. kulturelle Kriege gegen Migrantinnen durch forcierte Islamophobie und militärische Kriege gegen Irak und Afghanistan. Während dieser Zeit und durch diese Mittel werden wir rekrutiert für Nationalismus und Militarismus. Gegenwärtig behaupten viele europäische Regierungen, dass unsere schwule, lesbische, queer Freiheit geschützt werden muss und wir sind gehalten, zu glauben, dass der neue Hass gegen Immigrant_innen nötig ist, um uns zu schützen. Deswegen müssen wir nein sagen zu einem solchen Deal. Und wenn man nein sagen kann unter diesen Umständen, dann nenne ich das Courage.“⁷

Wie auch von akademischer Seite immer wieder aufgegriffen wird, erzeugen derartige Politiken und Debatten eine Dichotomie zwischen (schützenswerten) LGBTQ-Personen und (implizit als heterosexuell geframten) Migrant_innen und ethnisch minorisierten, die eine Überschneidung dieser beiden Kategorien aus der öffentlichen Wahrnehmung verbannen. *Koray Yilmaz-Günay* hat sich dieser Problematik erst kürzlich unter dem klingenden Titel „Muslime versus Schwule“ gewidmet⁸⁹ und auch vor dem österreichischen akademischen Feld macht die Debatte um Sichtbarkeit ethnisch minorisierter LGBTQ-Personen bzw LGBTQ-Migrant_innen nicht Halt:

4 *Raab*, Sexuelle Politiken 195.

5 Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa *Jasbir Puar*s umfassendes Werk „Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times“ aus dem Jahr 2007.

6 Die Abkürzung LGBTQ steht in diesem Artikel für Personen, die sich als lesbisch, schwul, bisexuell oder transsexuell identifizieren oder sich im Bezug auf ihre geschlechtliche und/oder sexuelle Identität bzw Orientierung nicht festlegen können/wollen.

7 <http://www.egs.edu/faculty/judith-butler/articles/ich-muss-mich-distanzieren/> (10.08.2011).

8 *Yilmaz-Günay*, Karriere eines konstruierten Gegensatzes: zehn Jahre „Muslime versus Schwule“ (2011).

9 *Haritaworn*, Wounded Subjects: Sexual Exceptionalism and the Moral Panic on „Migrant Homophobia in Germany“, in *Gutiérrez Rodríguez ua* (Hrsg) *Decolonizing European Sociology: Transdisciplinary Approaches* (2010) 135–151.

„Dabei werden ‚die türkische Frau‘ und ‚der türkische Mann‘ als heterosexuell vorausgesetzt. Für das Bild eines ‚schwulen Türken‘ oder einer ‚lesbischen Türkin‘ ist in diesen (politischen, medialen und Alltags-)Diskursen kaum Platz.“¹⁰

Dieser Artikel setzt es sich zum Ziel, aus juristischer Sicht an die Debatte im Bereich der Queer Studies anzuknüpfen und sie in eine konkrete rechtliche Problematik zu transferieren. Mein Ausgangspunkt ist – ähnlich wie 2003 für Fatima El-Tayeb – die Erlassung des EPG aus Sicht von denjenigen, die qua Pass, Hautfarbe und Religion nicht auf der „richtigen“ Seite stehen. Konkret stelle ich mir anhand der Anpassung des Asylgesetzes (AsylG) an das EPG die Frage, inwieweit sich im Rechtsdiskurs die Ausblendung der Lebensrealitäten von LGBTQ-Personen nicht österreichischer Herkunft niederschlägt. Die Schnittstelle von EPG und AsylG erscheint mir in diesem Zusammenhang als legislativer Brennpunkt: Zum einen setzt er formell bei der rechtlichen Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Partner_innen als Inklusionsschritt an, anlässlich dessen fremdenfeindliche Politiken in queeren Kontexten vermehrt zum Thema gemacht wurden. Zum anderen sind Asylwerber_innen schon qua definitionem nicht österreichischer Herkunft. Machen sie sexuelle Orientierung und/oder geschlechtliche Identität als Fluchtgrund geltend, positionieren sie sich automatisch in dem Bereich, dessen Unsichtbarkeit vermehrt kritisiert wird. In rechtlicher Hinsicht geht es mir in dieser Auseinandersetzung sowohl darum, die einfachgesetzlichen Änderungen im Zuge der Erlassung des EPG ins Blickfeld zu rücken, als auch die verfassungsrechtliche und die supranationale Ebene miteinzubeziehen, um allfällige Widersprüche anzusprechen. Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang die Richtlinie 2003/83/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen (FamilienzusammenführungsRL) und Art 8 und 14 EMRK vor dem Hintergrund des vom EGMR in der Entscheidung *Schalk und Kopf gg Österreich*¹¹ modifizierten Familienbegriffs.

2. Wer sind LGBTQ-Flüchtlinge¹²? Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität¹³ als Verfolgungsgrund

Es war bezeichnenderweise der Tag der Menschenrechte, der 10. Dezember 2009, an dem der Nationalrat das EPG beschlossen hat. Am 1. Jänner 2010 ist es dann in Kraft

10 *Markom/Rössl*, Sexuelle Minderheiten in ethnisch minorisierten Gruppen: Zugehörigkeit, Intersektionalität und Exit, in *Strasser/Holzleitner* (Hrsg), Multikulturalismus queer gelesen (2010) 321–342.

11 EGMR 24.6.2010, *Schalk und Kopf v Österreich*, Nr 30141/04; siehe dazu auch *Guerrero*, Gleichgeschlechtliche Familien, Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 2010, 391.

12 Ich spreche in diesem Text nahezu durchgängig von LGBTQ-Flüchtlingen. Damit soll einerseits dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Flüchtlingsbegriff ein materieller ist. Andererseits ergibt sich diese Terminologie aus meiner Auseinandersetzung mit dem asylrechtlichen Familiennachzug, der grundsätzlich nur anerkannten Flüchtlingen offen steht. Selbstverständlich spreche ich mit meinem Text aber auch die subsidiär Schutzberechtigten an, die berechtigt sind, Familienangehörige nach Österreich „nachzuholen“. Der besseren Lesbarkeit halber werden auch sie unter dem Begriff LGBTQ-Flüchtlinge geführt.

13 Da ich diesen Text dem gleichgeschlechtlichen Familiennachzug gewidmet habe, ist der Fluchtgrund geschlechtliche Identität nur insofern berührt, als er mit einer LGBTQ Sexualität einhergeht.

getreten und hat aus gleichstellungspolitischer, aber auch menschenrechtlicher Sicht zu Recht Kritik erfahren. Vergleichsweise still war es um die legislativen Anpassungen, die das EPG aus Sicht von LGBTQ-Flüchtlingen im AsylG mit sich brachte. Sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität werden in der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) zwar nicht explizit als asylrelevante Verfolgungsgründe genannt, aber es entspricht der hM¹⁴, wie auch der stRsp¹⁵, dass diese beiden Verfolgungsmotive unter den Auffangtatbestand der „sozialen Gruppe“ fallen, wie er in Art 1 lit d der GFK normiert ist.

Gleichzeitig möchte ich an dieser Stelle nicht unerwähnt lassen, dass LGBTQ-Asylwerber_innen trotz dieser relativ stabilen Verankerung im Flüchtlingsrecht innerhalb des Verfahrens oftmals vor massiven Hürden stehen, die ebendiesen Schutz nicht greifen lassen. Erst vor kurzem wurde in einer Kooperation von Wissenschaft und NGOs der Report „Fleeing Homophobia“ herausgegeben, der die Praxis der EU-Mitgliedstaaten vergleicht und die fluchtgrundspezifischen Schwierigkeiten anschaulich herausarbeitet.¹⁶ Um einen kurzen Einblick in die Situation von LGBTQ-Asylwerber_innen zu geben, möchte ich an dieser Stelle nur einige zentrale ansprechen: Vorderhand scheinen Asylverfahren zu sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität derzeit einen grundlegenden Paradigmenwechsel zu durchlaufen. Während etwa im Hinblick auf den Fluchtgrund Religion anerkannt ist¹⁷, dass ein Leben im Verborgenen – ein *forum internum* – kein zumutbarer Weg ist, Verfolgung zu vermeiden, war das im Fall von LGBTQ-Asylwerber_innen lange Zeit nicht der Fall. Ihnen wurde kein asylrelevantes Verfolgungsrisiko zugestanden, solange davon ausgegangen wurde, dass sie Verfolgungshandlungen durch ein Leben im „Closet“ abwenden konnten.¹⁸ Mittlerweile beginnt diese Judikatur vor allem im europäischen Raum zu bröckeln, einen entscheidenden Meilenstein bildet dabei etwa die Entscheidung HJ (Iran) and HT (Cameroon) vs SSHD¹⁹ des britischen Supreme Court. In dieser heißt es:

14 So sind den „UNHCR Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität“ aus dem November 2008 klare – wenn auch nicht rechtsverbindliche – Vorgaben zum Umgang mit LGBTQ Flüchtlingen zu entnehmen; vgl auch *Putzer/Rohrböck*, *Asylrecht – Leitfaden zur neuen Rechtslage nach dem Asylgesetz 2005 (2007)* Rz 84 ff sowie unter Bezugnahme auf das internationale Schrifttum: *Rohrböck*, *Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (1999)* Rz 406.

15 Vgl dazu grundlegend VwGH 20.10.1999, 99/01/0197; aus jüngerer Zeit siehe etwa zur „Eigenschaft“ homosexuell zu sein und/oder in einer homosexuellen Beziehung gelebt zu haben: AsylGH 20.7.2009, C5 257.855-0/2008/11E mwN.

16 *Jansen/Spijkerboer*, *Fleeing Homophobia. Asylum Claims related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, abrufbar unter <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/conferenties-en-projecten/onderzoeksproject-fleeing-homophobia/research-reports/index.asp> (18.11.2011).

17 Art 10 Abs 1 lit b Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes.

18 *Markard/Adamietz*, *Keep it in the Closet? Flüchtlingsanerkennung wegen Homosexualität auf dem Prüfstand*, *Kritische Justiz* 3/2011, 294.

19 Supreme Court (ehem House of Lords), HJ (Iran) and HT (Cameroon) vs SSHD, [2010] UKSC 31.

“In short, what is protected is the applicant’s right to live freely and openly as a gay man. That involves a wide spectrum of conduct, going well beyond conduct designed to attract sexual partners and maintain relationships with them. To illustrate the point with trivial stereotypical examples from British society: just as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates. Mutatis mutandis – and in many cases the adaptations would obviously be great – the same must apply to other societies.“

Was der britische Supreme Court hier launig an Stereotypen anspricht, führt mich letztlich zu dem Schwerpunkt, der die Verfahren angesichts dieser Verschiebung mehr und mehr zu dominieren scheint: zur Glaubwürdigkeit.²⁰ In diesem Bereich scheitern LGBTQ-Asylwerber_innen oftmals nicht nur an den in den Aufnahmestaaten dominanten Bildern von Homosexualität, denen sie aufgrund ihres kulturellen Hintergrunds und/oder einem bisherigen Leben im Verborgenen nicht entsprechen, sondern auch an verfahrensrechtlichen Hürden. Für den österreichischen Raum sind in diesem Zusammenhang das Neuerungsverbot im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren (§ 40 AsylG), aber auch die judikativen Anforderungen an die persönliche Glaubwürdigkeit von Asylwerber_innen zu nennen. Der Asylgerichtshof stützt etwa die Nichtberücksichtigung von verspätetem Vorbringen idR mit folgender Begründung:

„Weiters geht auch der VwGH davon aus, dass ein spätes, gesteigertes Vorbringen als unglaubwürdig qualifiziert werden kann. Denn kein Asylwerber würde wohl eine sich bietende Gelegenheit zentral entscheidungsrelevantes Vorbringen zu erstatten, ungeprüft vorübergehen lassen.“ (AsylGH 1.7.2009, D11 259079-2/2008)

Zu Recht hat Amnesty International kritisiert, dass diese Anforderungen oftmals in diametralem Gegensatz zu den Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen stehen. Sie flüchten aus einem Umfeld, in dem sie als „nicht normal“ gelten, verfolgt werden und ihre Sexualität in aller Regel verheimlichen müssen. Entscheidungsrelevante Tatsachen ehestmöglich vorzubringen bedeutet für sie ein Outing vor Behördenmitarbeiter_innen unmittelbar nach der Ankunft in einem Staat, dessen Sprache sie in aller Regel nicht sprechen und dessen Rechtssystem ihnen fremd ist. Gerade wenn zu dieser Ausgangssituation noch eine posttraumatische Belastungsstörung hinzutritt – die typischerweise mit Wiedergabeschwierigkeiten einhergeht – stellt das Erfordernis des ehestmöglichen Vorbringens entscheidungsrelevanter Tatsachen für die Betroffenen ein oft unüberwindbares Hindernis dar.²¹

20 Choi, *Living Discreetly: A Catch 22 in Refugee Status Determination on the Basis of Sexual Orientation*, 2010, 36 Brooklyn J.Int’l L. 241.

21 *Dolk/Schwantner*, *Homosexualität und (Abschiebungs)schutz in Deutschland*, Amnesty International 2007, <http://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Migration/Abschiebeschutz.pdf> (15.8.2011).

Abschließen möchte ich diesen kurzen Abriss über Asylverfahren, in denen sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität eine Rolle spielen, mit einer Asylgerichtshof-Entscheidung, die anschaulich macht, welche Auswirkungen ein verspätetes Vorbringen im Einzelfall haben kann:

„Dies gilt umso mehr, als die Genannte erst nach negativem Ausgang ihres Asylverfahrens in erster Instanz dieses Vorbringen erstattete und über Befragung, warum sie überhaupt erst im Beschwerdeverfahren entsprechende Angaben getätigt hat, auf ihren Rechtsberater verwiesen hat, der ihr dazu geraten hätte. Bemerkenswert wird in diesem Zusammenhang weiters, dass die Beschwerdeführerin ihren Angaben zufolge ihrem Rechtsberater gegenüber nicht aus eigenem über ihre angebliche sexuelle Neigung berichtet haben will, sondern von diesem nach einem zufälligen Zusammentreffen bei der Regenbogenparade in Wien bei einem Beratungsgespräch darauf angesprochen worden sein soll. Warum der Rechtsberater aufgrund der bloßen Teilnahme an dieser Veranstaltung automatisch auf eine Homosexualität der Beschwerdeführerin geschlossen haben soll, konnte die Genannte nicht schlüssig erklären. Ebenso erscheint es im täglichen Umgang mit anderen Menschen eher ungewöhnlich, diese unverblümt nach ihrer sexuellen Neigung zu befragen.“ (AsylGH 3.12.2010, A5 414418-1/2010)

3. Asylrechtliche Änderungen im Zuge der Erlassung des EPG

Die verfahrenstechnischen Hürden, vor denen LGBTQ-Asylwerber_innen im Zuge des Verfahrens stehen, sollten nur einen Einblick in deren rechtliche Positionierung ermöglichen. Entscheidend im Zusammenhang mit der Erlassung des EPG sind nämlich die Fälle, in denen die Flüchtlingseigenschaft der Betroffenen tatsächlich anerkannt wurde und sich die Frage nach dem Schicksal allenfalls im Herkunftsstaat Verbliebener stellt – sie werden im vierten Abschnitt des AsylG unter dem Titel „Sonderbestimmungen für das Familienverfahren“ geregelt. Konkret sehen die §§ 34 und 35 AsylG vor, dass den Familienangehörigen eines_einer Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten der Anspruch auf Zuerkennung desselben Status zukommt und durch die österreichischen Vertretungsbehörden ein Einreisetitel auszustellen ist. Wird eine Person aus diesem persönlichen Umfeld von der österreichischen Rechtsordnung als „Familienangehöriger“ qualifiziert, so reicht es demnach verfahrensrechtlich gesehen aus, diese Familieneigenschaft nachzuweisen, um in Österreich als Flüchtling anerkannt zu werden oder subsidiären Schutz zuerkannt zu bekommen.²²

Bis zur Erlassung des EPG beschränkte sich der asylrechtliche Familienbegriff auf die konventionelle Vorstellung der heterosexuellen Kernfamilie: Erfasst waren die Ehegatt_

²² Bemerkenswert ist, dass es sich dabei um die einzig verbliebene Regelkonstellation handelt, in der basierend auf dem Asylgesetz ein Einreisetitel erlangt werden kann. Für Flüchtlinge ist es daher oftmals existenziell entscheidend, ob sie unter den asylrechtlichen Begriff des_der Familienangehörigen fallen oder nicht.

innen und die minderjährigen Kinder. Seit dem 1. Jänner 2010 sollen – geht es nach dem Gesetzeswortlaut – auch gleichgeschlechtliche Partner_innen unter den Begriff der Familienangehörigen fallen. Zur Frage, wie er sich den gleichgeschlechtlichen Familiennachzug konkret vorstelle, gab sich der Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen wortkarg und hielt lapidar fest:

„Im Hinblick auf die mit der Erlassung eines Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft (EPG) vorgesehene Einführung des Instituts der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare in die österreichische Rechtsordnung ist das Asylgesetz 2005 insofern anzupassen, als die im Asylrecht für Ehegatten normierten Sonderbestimmungen künftig auch für eingetragene Partner gelten sollen. Dazu wird der eingetragene Partner den Familienangehörigen iSd des § 2 Abs 1 Z 22 gleichgehalten und damit die gleichförmige Behandlung von eingetragenen Partnern und Ehegatten garantiert. Dies ist naturgemäß insbesondere für die dadurch anwendbaren Sonderbestimmungen für das Familienverfahren (§§ 34 und 35) von Relevanz. § 2 Abs 1 Z 22 in der geltenden Fassung sieht vor, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger bei Ehegatten nur dann vorliegt, wenn die Familieneigenschaft, also die Ehe, bereits im Herkunftsstaat bestanden hat. Gleichgelagertes soll künftig naturgemäß auch für eingetragene Partner gelten. Die eingetragene Partnerschaft muss daher bereits im Herkunftsstaat bestanden haben.“ Die Crux dieser Passage liegt in deren letzten Satz: „Die eingetragene Partnerschaft muss daher bereits im Herkunftsstaat bestanden haben.“ Der_die Familienangehörige muss damit zwei Voraussetzungen erfüllen, um als solche_r anerkannt zu werden: Er_sie muss sich mit dem anerkannten Flüchtling in einer der eingetragenen Partnerschaft entsprechenden gleichgeschlechtlichen Zweierbeziehung befinden und diese muss bereits im Herkunftsstaat rechtlich anerkannt worden sein. Die Anforderung einer nachweislich rechtlich anerkannten Partner_innenschaft mag für Heterosexuelle eine verhältnismäßig geringe Hürde darstellen, für LGBTQ-Flüchtlinge wird sie in aller Regel nicht überwindbar sein. Weltweit werden laut ILGA, der International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, einvernehmliche homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen in 76 Ländern mit Gefängnisstrafe geahndet, in fünf davon sowie Teilen von Nigeria und Somalia steht darauf die Todesstrafe²³ – von einer rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare kann somit in den typischen Herkunftsstaaten keine Rede sein. Wie sich diese Situation auf die konkrete Situation der Betroffenen niederschlägt, möchte ich anhand eines Beispiels aus der österreichischen asylgerichtlichen Rsp illustrieren:

„Der Bf. [Beschwerdeführer, Anm.] hat in seinem Heimatdorf in Afghanistan eine homosexuelle Beziehung mit einem Mann unterhalten, mit dem er ca 6 Monate im ge-

23 Bruce-Jones/Paoli Itaboraby, State Sponsored Homophobia. A world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults, ILGA 2011, http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2011.pdf, 4 (15.8.2011)..

meinsamen Haushalt gelebt hatte. Nachdem dieses Verhältnis entdeckt worden war, attackierte eine Gruppe von Männern aus dem Dorf den Bf. und seinen Partner. Dabei wurde der Bf. schwer verletzt und sein Partner getötet. Der Bf. hat daraufhin im zehnten oder elften Monat des Jahres 2002 Afghanistan verlassen.“ (AsylGH 10.3.2010, C10 257854-0/2008/6E)

Mit dieser Entscheidung wurde die Flüchtlingseigenschaft des dortigen Beschwerdeführers anerkannt. Einvernehmliche gleichgeschlechtliche Sexualität ist in Afghanistan rechtlich verfolgbar und stellt nach den Regeln der Sharia ein so genanntes Hudood-Verbrechen dar, das mit dem Tod bestraft werden kann.²⁴ Legt man die Anforderung des Nachweises einer eingetragenen Partner_innenschaft auf diese konkreten Umstände um, so drängt sich der Verdacht auf, dass mit den asylrechtlichen Novellierungen anlässlich der Einführung des EPG für gleichgeschlechtliche Flüchtlingspaare letztlich totes Recht geschaffen wurde. Anders gesagt und auf meine Ausgangsfrage zurückkommend, ist die rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Partner_innen in Österreich anscheinend mit einer Ausblendung der Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen einhergegangen. Der Gesetzgeber hat mit dem EPG den (wenn auch inkonsequenten) Versuch gesetzt, gleichgeschlechtliche Partner_innen in die „familienrechtliche Normalität“ zu integrieren. Sobald jedoch zur ‚anderen‘ Sexualität eines Paares auch noch eine ‚andere‘ Herkunft hinzutritt, die nach der Anwendung des AsylG verlangt, ist die für verschiedengeschlechtliche Flüchtlingspaare vorgesehene „familienrechtliche Normalität“ nicht einmal mehr in abgeschwächter Form zugänglich. Letztlich gehe ich davon aus, dass die Lebensrealität von gleichgeschlechtlichen Flüchtlingspaaren für den Gesetzgeber jedoch nicht unsichtbar war, sondern dieser vielmehr befürchtet hat, dass eine Berücksichtigung von deren de-facto Lebenspartner_innenschaften nach Gleichstellung von verschiedengeschlechtlichen Lebenspartner_innenschaften verlangt hätte. Nichtsdestotrotz scheint hier restriktive Asyl- und Fremdenrechtspolitik²⁵ der Inklusion von gleichgeschlechtlichen Paaren vorangestellt worden und letztlich am Rücken von LGBTQ-Flüchtlingspaaren ausgetragen worden zu sein.

4. Verfassungs- und europarechtliche Perspektiven

In einem letzten Schritt geht es mir darum, die Novellierung des asylrechtlichen Familienbegriffs in den einschlägigen europa- und verfassungsrechtlichen Kontext zu setzen und allfällige Diskontinuitäten anzusprechen.

Auf EU-Ebene regelt die FamilienzusammenführungsRL das so genannte asylrechtliche „Familienverfahren“, wobei festzuhalten ist, dass dieses nur auf anerkannte Flüchtlinge, nicht jedoch auf subsidiär Schutzberechtigte Anwendung findet. Ihren Familienbe-

²⁴ *Kirschner/Piller*, Afghanistan: Homosexualität – Gesetze, Rechts- und Alltagspraxis, Schweizerische Flüchtlingshilfe 2006, <http://www.fluechtlingshilfe.ch/herkunftslaender/arabia/afghanistan>, 3 ff (15.8.2011).

²⁵ Vgl. *Initiative Minderheiten*, Viel Glück! Migration Heute (2010).

griff steckt die RL in Art 4 ab und legt fest, dass davon jedenfalls Ehegatten und minderjährige Kinder erfasst sind. Im Hinblick auf Angehörige, die sich abseits des heterosexuellen Kleinfamilienkonstrukts bewegen, bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, günstigere Regelungen zu treffen, was in Art 3 Abs 5 hervorgehoben wird. Explizit nennt Art 4 Abs 3 der RL die Möglichkeit, den Familiennachzug auf nicht eheliche Lebenspartner_innen zu erweitern, die nachweislich in einer auf Dauer angelegten Partner_innenschaft leben. Im Hinblick auf die Partner_innen von LGBTQ-Flüchtlingen lässt sich daher sagen, dass sie zwar grundsätzlich nicht völlig vom Familienbegriff der RL ausgeschlossen sind, aber keine klare, für sie günstigere Bestimmung in der RL selbst vorhanden ist, auf die sie sich unmittelbar berufen könnten.

Anders stellt sich die Rechtslage mE aus Sicht der Art 14 iVm 8 EMRK dar, die im Bereich der Gleichstellung von LGBTQ-Personen traditionell eine bedeutsame juristische Rolle spielen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Judikatur des EGMR zu Art 8 EMRK, dem Recht auf Privat- und Familienleben, in fremdenrechtlicher Hinsicht primär auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen bezieht. In der Entscheidung *Sen v Niederlande*²⁶ hat der EGMR jedoch erstmals geklärt, dass sich in Einzelfällen aus dem in Art 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung des Familienlebens auch ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ergeben kann. Nun sind gleichgeschlechtliche Partner_innen nach der Rsp über lange Zeit hinweg nicht in den Anwendungsbereich des Familien-, sondern lediglich in den des Privatlebens iSd Art 8 EMRK gefallen, was grundsätzlich gegen den Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gesprochen hat. Mit der (oben schon zitierten) Entscheidung *Schalk und Kopf v Österreich* hat sich in dieser Hinsicht eine entscheidende Wendung ergeben. In dieser Entscheidung hält der EGMR fest:

„The Court notes that since 2001 [...] a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples. [...] 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.“

Damit fallen auch gleichgeschlechtliche Partner_innen in den Anwendungsbereich des Rechts auf Familienleben iSd Art 8 EMRK und ihr Recht ist grundsätzlich dem akzesorischen Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK zugänglich. Dieses Verbot erklärt nicht nur die Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten für unzulässig, sondern erfasst auch jene Fälle, in denen tatsächlich Unterschiedliches gleich behandelt wird²⁷. Legt man diese Voraussetzungen auf die §§ 2 Abs 1 Z 22 iVm 34, 35 AsylG um,

26 EGMR 21.12.2001, *Sen v Niederlande*, Nr 31465/96. Vgl dazu auch *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, EuGRZ 2006, 541.

27 vgl etwa EGMR 6.4.2000, *Thlimmenos v Griechenland*, Nr 34369/97.

so spricht mE Einiges für eine Konventionswidrigkeit: Der Anspruch auf Erteilung eines einschlägigen Einreisetitels ist grundsätzlich auch im Fall von gleichgeschlechtlichen Partner_innen vom Schutz des Privat- und Familienlebens erfasst. Ob im Einzelfall tatsächlich so ein Anspruch besteht, ist im Hinblick auf das Vorliegen einer dem Art 14 EMRK widersprechenden Gleichbehandlung mit verschiedengeschlechtlichen Partner_innen nicht von Belang. ME findet sich in der Anforderung des § 2 Abs 1 Z 22 AsylG, dass Ehe wie auch eingetragene Partner_innenschaft bereits im Herkunftsstaat bestanden haben, eine ebensolche Gleichbehandlung. Angesichts des Umstands, dass einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen weltweit in 76 Ländern unter Strafe stehen, ist die Wahrscheinlichkeit diese Anforderung zu erfüllen für gleichgeschlechtliche Partner_innen aber jedenfalls ungleich höher als für verschiedengeschlechtliche. Um allerdings eine Andersbehandlung von Homosexuellen zu rechtfertigen, verlangt der EGMR „particularly weighty reasons“²⁸, was folgerichtig auch für die Gleichbehandlung im Fall von tatsächlich unterschiedlichen Sachverhalten gelten muss. Eine unterschiedliche Behandlung – wie etwa die Möglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare, ihre Beziehung durch persönliches Vorbringen oder die Vorlage von Beweismitteln, die das entsprechende Naheverhältnis belegen, nachzuweisen – wäre mE nötig, um eine Verletzung der Art 14 iVm 8 EMRK zu vermeiden.

5. Fazit

Kehre ich an den Anfangspunkt dieses Artikels zurück, so lässt sich die Kritik aus dem Bereich der Queer Studies, dass gerade ethnisch minorisierte LGBTQ-Personen eine diskursive Ausblendung erfahren, mE für den Bereich des EPG und des AsylG bestätigen. Mit dem EPG wurde ein erster Schritt in Richtung rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Beziehungen gesetzt, der jedoch angesichts der Lebensrealitäten von LGBTQ-Flüchtlingen in aller Regel ins Nichts verlaufen und damit zu totem Recht werden wird. Bewegung lässt sich mE demgegenüber aus menschenrechtlicher Sicht erwarten: Gerade die Entscheidung *Schalk und Kopf v Österreich*, die nun auch gleichgeschlechtliche Partner_innen unter den Schutz des Rechts auf Familienleben stellt, legt einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK nahe. Die Judikatur des EGMR hat bereits in der Vergangenheit verhältnismäßig große Bereitschaft zur Gleichbehandlung von LGBTQ-Personen gezeigt – es bleibt abzuwarten, ob sie auch in dieser Frage ihren Niederschlag erfahren wird.

Mag^a Petra Sußner ist Juristin und arbeitet im Rahmen des interdisziplinären Initiativkollegs Gender, Violence and Agency in the Era of Globalization an ihrer Dissertation. Daneben ist sie beim Diakonie Flüchtlingsdienst als Rechtsberaterin tätig; petra.sussner@univie.ac.at

28 vgl etwa EGMR 24.6.2010, *Schalk und Kopf v Österreich*, Nr 30141/04, Rz 11.

Autoritäre Krisenlösung – der neue Weg der Europäischen Union?

Andreas Fisahn

Im Juni 2011 wurden die ersten „Länderspezifischen Empfehlungen der Kommission für 2011“ veröffentlicht. Österreich beispielsweise wurde „selbstverständlich“ empfohlen, „die Korrektur des übermäßigen Defizits zu beschleunigen“ und dazu „eine jährliche Konsolidierungsanstrengung von durchschnittlich mindestens 0,75 % des BIP zu gewährleisten. Außerdem empfiehlt die Kommission ua, die „Frühpensionsregelung für Langzeitversicherte einzustellen und die Anhebung des gesetzlichen Pensionseintrittsalters für Frauen voranzubringen, um die Tragfähigkeit und die Angemessenheit des Pensionssystems sicherzustellen.“¹ Ähnliche Ratschläge ergingen an andere Mitgliedstaaten. Das sind erste Schritte einer ex-ante Kontrolle, mit der die EU zukünftigen Wirtschafts- und Finanzkrisen vorbeugen will. Eine gemeinsame Währung gerät in Schwierigkeiten, wenn die Ökonomien der Nationalstaaten der Euro-Gruppe sich auseinander entwickeln. Der Lissaboner Vertrag erwies sich kurz nach dem Inkrafttreten als Schönwetterkonstruktion, denn der Rettungsschirm für die Spekulationsopfer konnte nur am Vertrag vorbei – teilweise auch gegen ihn – als intergouvernementale Vereinbarung konstruiert werden.² Der Rettungsschirm wurde zwischen den Regierungschefs der Euro-Staaten und dem IWF ausgehandelt. Gleichzeitig hat die EZB, gegen die ausdrücklichen Bestimmungen des Vertrages angefangen, Staatsanleihen aus Griechenland aufzukaufen.³ Auf das vertragliche Defizit und die Krise reagiert die EU mit ersten Schritten zur Etablierung einer autoritären Wirtschaftsregierung. Dahin zielt die Strategie Europa 2020, die durch „Europäische Semester“ und das „Six Pack“ umgesetzt werden soll. Als intergouvernementale Vereinbarung wurde auf Vorschlag der deutschen Bundesregierung der „Pakt für Wettbewerbsfähigkeit“ auf die Agenda der EU gesetzt.⁴ Das ist unter zwei Aspekten interessant: erstens dürften „Europäisches Semes-

1 http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/recommendations_2011/csr_austria_de.pdf.

2 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/114324.pdf.

3 So konnte ein Anstieg des Zinssatzes für griechische Staatsanleihen zwar nicht verhindert, aber möglicherweise abgemildert und damit eine Staatspleite zumindest hinausgezögert werden. Ob ein geordneter Konkurs für Griechenland besser gewesen wäre, lässt sich lang diskutieren, aber die EU hat sich bisher auf die Fahnen geschrieben, die Pleite zu verhindern. Außerdem fehlen für einen geordneten Konkurs weiterhin die rechtlichen Voraussetzungen.

4 Wesentliche Bestandteile dieser Vorschläge wurden am 11. März 2011 von den Regierungschefs der Euro-Staaten als „Pakt für den Euro“ verabschiedet. Während der Tagung des Europäischen Rates am 24./25. März akzeptierten auch die Nicht-Euroländer Bulgarien, Dänemark, Lettland, Litauen, Polen und Rumänien die Zielvorstellungen und Maß-

ter“ und „Six Pack“ einen Paradigmenwechsel in der (Nicht-)Regulierung einleiten, nämlich von einer Ordnung der Standortkonkurrenz zwischen Mitgliedstaaten hin zu zentral organisierten und kontrollierten Haushalts- und Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten. Zweitens scheint sich eine Institutionalisierung intergouvernementaler Strukturen abzuzeichnen, die Auswirkungen auf das Gefüge der Verträge haben wird. Um den Wechsel verständlich zu machen, ist zunächst ein Blick auf die Konkurrenzordnung der EU zu werfen, die in den geltenden Verträgen festgeschrieben wird.

1. Das Modell Konkurrenzordnung

Im herrschenden Diskurs wird ein „europäisches Sozialmodell“, das sich vom US-amerikanischen deutlich unterscheidet, beschworen. Denn Art 3 III EUV normiert: Die EU „wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage ... von Preisstabilität, eine in hohem Maße *wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft*, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, ... hin.“ Da ist sie also, die soziale Marktwirtschaft. Nun war die „soziale Marktwirtschaft“ ein Kampfbegriff der Konservativen, der auf der Ebene des Kampfes um die Interpretation des deutschen Grundgesetzes gegen den Sozialstaat und auf der politischen Ebene gegen den demokratischen Sozialismus in Stellung gebracht wurde. Die soziale Marktwirtschaft relativiert den Sozialstaat, der sich nämlich verstehen lässt als Gebot, die Wirtschaft unter das Primat des Sozialen zu stellen.⁵ Aber den Europäischen Verträgen ist auch die soziale Marktwirtschaft schon suspekt. Deshalb wurde sie vorsichtshalber erweitert um ein „wettbewerbsfähig“ zur „wettbewerbsfähigen, sozialen Marktwirtschaft“.

Die Wettbewerbsfähigkeit wird einer anderen Ordnung subsumiert, was Art 120 AEUV deutlich macht: „Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer *offenen Marktwirtschaft* mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird.“ Und die offene Marktwirtschaft findet sich nicht nur einmal im Vertrag – sie wird insgesamt vier Mal als Prinzip der unterschiedlichen Politikfelder geradezu beschworen.⁶ Auf der Ebene der Programmatik unterscheidet sich die „offene Marktwirtschaft“ deutlich von der „sozialen Marktwirtschaft“: das soziale Beiwerk fällt hinten rüber – der Markt an sich gilt als sozial. Das Projekt Europäischer Binnenmarkt ist ein Projekt „Offene Marktwirtschaft“, diese wird im Vertrag inhaltlich ausformuliert und durchdekliniert, während „das Soziale“ vereinzelt bleibt.

nahmenkataloge des Paktes, der damit – mit gleichem Text – zum Euro-Plus-Pakt wurde, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/11/3&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (15.9. 2011).

5 Abendroth, W.: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Forsthoff, E. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (Darmstadt 1968), S 114 ff.

6 Vgl zur Kritik: Oberndorfer, L.: Economic Governance rechtswidrig – Eine Krisenzerählung ohne Kompetenz, in: AK Wien, infobrief eu & international, Juni 2011, S 8.

Der „operative Teil“ der Verträge hält nicht, was in den Grundsätzen mit der „sozialen Marktwirtschaft“ versprochen wird.⁷

Verlassen wir die Ebene der Grundsatzprogrammatis. Es hat sich inzwischen herumgesprochen: Das Projekt Europa ist ein Projekt „Gemeinsamer Binnenmarkt“, der insbesondere die Kapitalverkehrsfreiheit und die Warenverkehrsfreiheit umfasst. Die Idee der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war zunächst darauf aus, Zollschränken zu beseitigen. Mit dem Binnenmarkt ist dagegen mehr gemeint, nämlich ungehinderter Wettbewerb, euphemistisch „freier Wettbewerb“ zwischen den Unternehmen und zwischen den Mitgliedstaaten. Die Europäischen Verträge und die Rechtsprechung des EuGH atmen diesen Geist, nicht nur dort, wo explizit der Wettbewerb beschworen wird. Wenn „freier Wettbewerb“ mehr meint als die Beseitigung von Zollschränken, dann meint er auch die Beseitigung von sonstigen Schutzvorschriften, bürokratischen Hindernissen und Einfuhrbeschränkungen. In diesem Sinne begann der EuGH schon Ende der 1970er Jahre die Europäischen Verträge zu interpretieren.⁸

Gewisse Regulierungen erscheinen aber im Interesse der beteiligten Staaten wie der konkurrierenden Unternehmen als sinnvoll. Oder anders gesagt: Wettbewerb, so die Annahme, braucht gleiche Rahmenbedingungen, konkurriert werden soll um die ökonomische Effizienz, was vergleichbare Startbedingungen und Parcours voraussetzt. Deshalb hat sich die Europäische Union daran gemacht, Rechtsvorschriften im Bereich des Kapital- und Warenverkehrs zu harmonisieren, für alle Mitgliedstaaten einen annähernd gleichen Rechtsrahmen für den „freien“ Waren- und Kapitalverkehr zu schaffen. Das fängt an mit Mindeststandards im Umweltrecht und endet längst nicht bei den Qualitätsanforderungen an die Waren zur Herstellung von Kompatibilität. Kurz: zum Zwecke der Herstellung eines europäischen Binnenmarktes werden die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten über das Europarecht harmonisiert.

Diese Harmonisierung erfolgte nur in einem Bereich ausschließlich als Deregulierung – nämlich im Bereich des Kapitalverkehrs, dh im Bereich der Finanzmärkte. Hier normieren die Verträge ein Liberalisierungsgebot und auch im Verhältnis zu Drittstaaten ein Re-Regulierungsverbot (Art 63 f AEUV). Entsprechend wurde agiert: Kapitalverkehrskontrollen der Mitgliedstaaten wurden in der Form von Einfuhrgenehmigungen vom EuGH verboten⁹ und von den Mitgliedstaaten in den 1990er Jahren in den unterschiedlichsten Formen abgeschafft. Die rot-grüne Bundesregierung setzte in Deutschland, veranlasst durch die OGAW-Richtlinie¹⁰ der EU, im Jahre 2004 mit dem Investmentmoder-

7 Franzius, C.: Gewährleistung im Recht (Tübingen 2009), S 373.

8 Vgl für viele: Haltern, U.: Europarecht (Tübingen 2007), § 14.

9 EuGH RS C-163/94, C-165/94 und C-250/94.

10 Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und Richtlinie 2001/107/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG usw.

nisierungsgesetz¹¹ das i-Tüpfelchen bei der Deregulierung der deutschen Finanzmärkte und beklagte sich anschließend über den Einfall der Heuschrecken. Die Entfesselung der Finanzmärkte ist schon im Normalmodus asozial, weil sie notwendig mit einer Umverteilung des produzierten Reichtums in die Finanzwirtschaft zu den AnlagebesitzerInnen oder besser SpekulantInnen und ManagerInnen verbunden ist. Asozial ist der entfesselte Finanzmarkt erst recht im Krisenmodus nach dem Platzen der Spekulationsblase. Dann haften die Nationalstaaten, dh letztlich die SteuerzahlerInnen und TransferbezieherInnen, für die Misswirtschaft der Finanzindustrie.

Zurück zur Harmonisierung und Regulierung im Bereich des Warenverkehrs. Vor der Kompetenz zur „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ nach Art 114 I AEUV gibt es zwei Ausnahmen: Steuern und Soziales. Für die Steuern wird die zitierte Vorschrift in Abs 2 gleich klargestellt: „Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern“. Die Klarstellung erfolgt „sicherheitshalber“, denn eigentlich sind die Steuerkompetenzen der EU ausreichend im vorangehenden Art 113 geklärt, welcher lautet: „Der Rat erlässt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses *einstimmig* die Bestimmungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige *indirekte Steuern* , soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist.“ Die Rechtsetzungskompetenz der EU im Bereich der Steuerpolitik beschränkt sich erstens auf die indirekten Steuern, also vor allem die Mehrwertsteuer. Aber auch diese Kompetenz hat zwei Einschränkungen. Die weniger wichtige ist die „Notwendigkeitsklausel“ – also sofern es notwendig ist, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Wichtiger ist, dass auch nach dem Lissaboner Vertrag über harmonisierte indirekte Steuern nur einstimmig entschieden werden kann. Man muss kein Prophet sein, um zu prognostizieren: Das wird nicht vorkommen. Das Ergebnis der sehr eingeschränkten Kompetenz wurde in der Irland-Krise für alle sichtbar. Die deutsche Bundesregierung forderte, Irland müsse seine minimalen Unternehmenssteuern erhöhen, wenn es europäische Hilfen in Anspruch nehmen wolle. Dabei hat Irland folgerichtig gehandelt, dh die Konstruktion der EU-Verträge ernst genommen oder ausgenutzt – je nach Standpunkt.

Der Wettbewerb des EU-Binnenmarktes findet keineswegs nur zwischen den Unternehmen statt, sondern auch zwischen den Nationalstaaten als Konkurrenz um Unternehmensansiedlungen. Da muss man nicht auf das Beispiel Nokia verweisen.¹² Die Kohl-

11 BT-Drs. 15/1553, S 67.

12 Bis 2008 hatte Nokia ua Mobiltelefone in der BRD am Standort Bochum produziert. Im Januar erklärte die Konzernführung, dass die gesamte Produktion nach Rumänien verlagert werden solle, weil die Standortbedingungen, insbesondere das Lohnniveau dort erheblich günstiger seien. Das führte zu scharfen Protesten seitens der Belegschaft in Bochum und führte auch auf Seiten der Gewerkschaften zT zu nationalistischen Reflexen – die Konkurrenz findet eben als Standortkonkurrenz zwischen den Mitgliedstaaten und auch innerhalb der Staaten zwischen Regionen und Kommunen statt.

Regierung hat es in den 1990er Jahren geradezu zum Regierungsprogramm erhoben: Good Governance ist gute Standortpolitik. Das war nicht konservative Ideologie, sondern folgt zwingend aus den strukturellen Vorgaben der europäischen Verträge. Die Nationalstaaten werden zu Standorten: Politik reduziert sich auf die Bereitstellung günstiger Standortfaktoren – der Staat wird zum Wettbewerbsstaat.¹³

Wenn aber weite Bereiche des iwS Wirtschaftsrechts harmonisiert sind, kann der Wettbewerb, die Standortkonkurrenz nur in den nicht harmonisierten Bereichen stattfinden, dh im Steuerrecht und Sozialrecht. Standortwettbewerb im Steuerrecht lässt aber nur eine Entscheidung offen: Die Unternehmenssteuern senken! Oder allgemeiner gesprochen: die Belastungen für die Unternehmen. Genau diese Politik verfolgt die Bundesrepublik seit mehreren Jahrzehnten. Die Umverteilung im Bereich der Steueraufkommen hat eine direkte und eine indirekte soziale Wirkung. Direkt werden die „unteren“ Einkommensbezieher höher belastet, sowohl durch die Lohnsteuer wie durch die Mehrwertsteuer. Indirekt wirtschaftet sich der Staat durch den Verzicht auf die Besteuerung der Gewinne in die Schuldenfalle, die wiederum auf Kosten der iwS sozialstaatlichen Leistungen gemildert wird.

Der Mechanismus wird durch die fehlende Kompetenz zur Harmonisierung im Bereich der Sozialsysteme verstärkt. Die Vorschriften im AEUV sind etwas komplizierter als die kurze Kompetenzvorschrift im Bereich des Steuerrechts. Auch hier wird mit Einstimmigkeitsregeln gearbeitet, werden die Kompetenzen explizit eng gefasst und Schutzklausel etwa für kleine und mittlere Unternehmen normiert. Kurz: Es gibt zwar Kompetenzen der EU im Bereich der Sozialgesetzgebung, aber sehr eingeschränkte, so dass diese als zweites wichtiges Feld der Standortkonkurrenz zwischen den Mitgliedstaaten definiert wird. Der Druck auf die Sozialsysteme lässt sich mit Händen greifen, muss also nicht exemplifiziert werden. Diesen Mechanismus sieht man den Verträgen nicht direkt an, aber das Ergebnis einer Strukturanalyse ist eindeutig.¹⁴

2. Beggar thy neighbour

Die Politik hat die Standortkonkurrenz verinnerlicht, sie ist gleichsam zum Habitus der „etablierten“ Politiker in allen Nationalstaaten der EU geworden, dieschließlich deren Sozialgefüge durcheinander wirbeln konnte. Das wird sichtbar in der Lohnzurückhal-

13 Joachim Hirsch hat schon 1998 diese Entwicklung zum Wettbewerbsstaat konstatiert und prognostiziert (*Hirsch, J.: Vom Sicherheitsstaat zum nationalen Wettbewerbsstaat* [Berlin 1998], passim).

14 Aber: Auch im Bereich Soziales gibt es eine eindeutige Regelungskompetenz der EU, nämlich im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter. So fordert Art 157 AEUV gleichen Lohn für gleiche Arbeit und normiert in Abs 3 eine Gesetzgebungskompetenz im Bereich „Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.“ Einschränkungen gibt es keine und beschlossen wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, dh nach dem Mehrheitsprinzip. Für die Ökonomie der Finanzmärkte oder die Wettbewerbsordnung der EU ist es dysfunktional, dass das Potenzial gut ausgebildeter und ehrgeiziger Mittelschichtfrauen nicht genutzt wird. Der Wettbewerb leidet nicht, sondern wird erhöht, wenn patriarchale Klischees und Rollenzuschreibungen bei der Integration des europäischen Marktes „verdampfen“ – wie Marx es im kommunistischen Manifest formuliert hat.

tung bei den Tarifaueinandersetzungen, die in Deutschland zu einem Sinken der Lohnquote und einem Sinken der Reallöhne¹⁵ seit 2004 geführt haben und in einer allenthalben spürbaren Reduktion sozialstaatlicher Leistungen. Diese hatten in Deutschland ihren bisherigen Höhepunkt mit den Hartz IV „Reformen“.

Umgekehrt lässt sich zynisch sagen: das Konzept ist aufgegangen. Deutschland hat gegenüber den Nachbarländern einen „Wettbewerbsvorteil“. Die Wirtschaftskrise und die anschließende Euro-Krise haben dies sichtbar vor Augen geführt. Die deutsche Wirtschaft hat auf Exporte gesetzt und der Konjunkturmotor sprang 2010 dank der Exporte wieder an. Exportvizeweltmeister kann man aber nur sein, wenn man einen relativen Vorteil hat, der in Deutschland in der Produktivität oder den Lohnstückkosten liegt. Aber dieser Vorteil fällt den StandortpolitikerInnen nun auf die Füße, weil – durchaus im Interesse der deutschen Exportindustrie – eine gemeinsame Währung eingeführt wurde. Bei einer gemeinsamen Währung funktioniert die Politik des *beggar thy neighbour* nur begrenzt, denn was der Nachbar importiert, kauft er notgedrungen „irgendwie“ auf Pump. „Der Exporterfolg“ ist nicht „nachhaltig, weil die Nachbarn irgendwann nicht mehr in der Lage sind, ihre Schulden zu erhöhen“, schreibt Heiner Flassbeck.¹⁶ Die Verschuldung der privaten und öffentlichen Haushalte steigt, bis in der Krise die Kreditwürdigkeit des Staates sinkt oder runter gesetzt wird.

Tatsächlich hat die Konkurrenzordnung der EU und das Sparprogramm des Art 126 AEUV, das über den „Stabilitäts- und Wachstumspakt“ oder die berühmten Maastricht-Kriterien umgesetzt wurde, offenbar in anderen Euro-Staaten nicht die gleiche Wirkung wie in der BRD. Anders gesagt: die politischen Kräfteverhältnisse sehen dort anders aus, was dazu führt, dass beispielsweise die FranzösisInnen den Aufruhr wagen, wenn das Rentenalter von 60 auf 62 Jahre angehoben wird, während es in Deutschland stillschweigend geschluckt wird, wenn die Rente erst mit 67 ausbezahlt werden soll oder besser: mittelfristig eine spürbare Rentensenkung über das Eintrittsalter durchgesetzt wird. Nun gäbe es zwei Möglichkeiten, das Auseinanderdriften der Euro-Staaten zu stoppen. Man könnte – wie es beispielsweise im Grundgesetz heißt – zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ sowie Arbeitsverhältnisse und zur „Wahrung (oder besser Herstellung) der Wirtschaftseinheit“ (Art 72 II GG) eine Angleichung nach oben vornehmen. Das würde bedeuten, dass die Löhne in Deutschland entsprechend der Produktivität steigen und das Rentenalter herunter gesetzt wird. Außerdem müsste mindestens im EU-Raum ein Finanzausgleich stattfinden und möglicherweise die Freihandelsideologie nach außen aufgegeben werden. Aber die BRD hält trotz des Desasters der Finanzkrise an der grundsätzlichen wirtschaftspolitischen Ausrichtung fest. Das heißt, sie bleibt bei ihrer Austeritätspolitik, die auf Umverteilung von unten nach oben, Sozialkürzungen und öffentliche Sparprogramme setzt.

15 Brenke, K.: Reallöhne in Deutschland über mehrere Jahre rückläufig, DIW Wochenbericht 33/ 2009.

16 Flassbeck, H.: Merkels Pakt, des Euros Pleite, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 3/2011, S 12.

3. Zentral oktroyierte Sozialkürzungen

Weil sich diese aber gegen den Widerstand der Bevölkerung in den anderen Euro-Staaten nicht „automatisch“ über den Mechanismus des Wettbewerbs in ausreichendem Maße durchsetzen lassen, soll sie über die „Wirtschaftsregierung“ nach Merkel/Sarkozy nun offenbar zentral verordnet werden. Am Beispiel Griechenland wurde deutlich, was gemeint ist: Um einen Kredit des europäischen Rettungsschirmes und des IWF zu bekommen, musste Griechenland sich einem harten Spardiktat und einer neoliberalen „Reformpolitik“ unterwerfen.¹⁷ Die Folgen der Umsetzung dieses Programms sind inzwischen messbar: Während die Bundesrepublik für 2010 ein Wirtschaftswachstum von 3,6 % melden konnte, verbuchte Griechenland ein Minus von 4,5 %.¹⁸ Das heißt, Griechenland ist 2010 noch tiefer in die Rezession gerutscht als im Jahr zuvor. Die Arbeitslosigkeit schnellte rasant in die Höhe. Im Mai 2010 war sie im Vergleich zum Vorjahr um 43 % gestiegen, womit der höchste Stand seit Beginn der monatlichen Statistik 2004 erreicht wurde.¹⁹

Das Austeritätsprogramm wurde Griechenland unter Kniefällen der griechischen Regierung, aber gegen massiven Widerstand der Bevölkerung verordnet. Portugal hat – letztlich vergeblich – alles daran gesetzt, die mit einem Spardiktat verbundenen Kredite des Rettungsschirms zu verweigern. Anfang Mai 2011 hat die Regierung den Kreditantrag gestellt und die Bedingungen der EU akzeptiert. Die IrInnen reagierten auf das Austeritätsprogramm der EU mit einem fulminanten Wahlsieg von Enda Kenny, der im Wahlkampf angekündigt hatte, die Kreditbedingungen neu zu verhandeln. Die deutsche Bundesregierung reagierte darauf mit dem Plan, die Spardiktate über den Pakt zur Wettbewerbsfähigkeit zu verallgemeinern. Sie hatte folgende Maßnahmen vorgeschlagen: „1. Abschaffung von Lohnindexierungssystemen [was die automatische Anpassung der Löhne an die Inflation meint, A.F.]; 2. Einigung über gegenseitige Anerkennung von Bildungs- und Berufsabschlüssen zur Förderung der Arbeitsmobilität in Europa; 3. Einsatz für Schaffung einer einheitlichen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage; 4. Anpassung des Rentensystems an die demografische Entwicklung [zB Renteneintrittsalter]; 5. Verpflichtung zur Verankerung einer „Schuldenbremse“ in die Verfassungen aller Mitgliedstaaten; 6. Einführung nationaler Krisenbewältigungsregime für Banken.“²⁰

17 Council Decision, Giving notice to Greece to take measures for the deficit reduction judged necessary in order to remedy the situation of excessive deficit, vom 3.2.2010 SEC(2010) 93, http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/pdf/30_edps/104-09_commission/2010-02-03_el_126-9_commission_en.pdf, S 5.

18 EU Kommission, Economic Forecast, Autumn 2010, http://ec.europa.eu/economy_finance/eu/forecasts/2010_autumn_forecast_en.htm

19 Wirtschaftsblatt v 12.8.2010, <http://www.wirtschaftsblatt.at/home/international/wirtschaftspolitik/rezessions-alarmin-griechenland-bip-schrumpft-um-15-prozent-433929/index.do>.

20 BMWI und AA Vorschlag für den Pakt für Wettbewerbsfähigkeit: http://www.euractiv.de/fileadmin/images/Pakt_Wettbewerbsfaehigkeit.pdf. Dazu *Webr*, A.: Eine Wirtschaftsregierung für die Euroländer, Sozialistische Zeitung, Ausgabe März 2011.

Das muss als Eintritt in ein anderes System der Wirtschaftskoordination verstanden werden. An die Stelle der hinter dem Rücken wirkenden Standortkonkurrenz wird ein zentrales benchmark System eingeführt, das von den Unterzeichnern der intergouvernementalen Vereinbarung eine Anpassung der sozialen Standards nach unten verlangt. Ziel ist es ja nicht das Rentenalter nun gemeinsam auf beispielsweise 62 Jahre festzulegen, sondern auf 67 anzuheben.

4. Das Europäische Semester

Vorbereitet wurde dies durch die Einführung des sog „Europäischen Semesters“. Im Juni 2010 hat die Kommission weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit den Schwenk zu einer zentralen Überwachung und „Koordination“ der Wirtschaftspolitik eingeleitet.²¹ Diese neue „Governance-Architektur“ wurde vom EcoFin-Rat im September 2010 bestätigt.²² Ausgangspunkt ist die Strategie Europa 2020 mit der die EU über eine stabile Währung und begrenzte Verschuldung ein Wirtschaftswachstum erreichen will. Die Reduzierung der Verschuldung soll durch rigide Sparprogramme, Deregulierung der Märkte und Privatisierung in den Mitgliedstaaten erfolgen. Neu ist, dass die Kommission gestützt auf die Art 121 und 136 AEUV die Wirtschafts- und Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten verstärkt „koordinieren“, dh zentral steuern soll und will. Eingeführt wurde das sog „Europäische Semester“, dh ein jährlicher Zyklus von Überwachungen und Empfehlungen. Ziel ist eine ex-ante Koordination auf europäischer Ebene, solange die nationalen Haushalte noch nicht beschlossen sind.²³ Das geht über die existierende (es post) Koordination auf der Grundlage des Art 121 AEUV hinaus.²⁴ Das Semester beginnt mit einem makroökonomisch angelegten Wachstumsbericht der Kommission zur Vorbereitung des Frühjahrgipfels des Rates. Auf dieser Grundlage sollen die Mitgliedstaaten ein nationales Stabilitäts- und ein Reformprogramm entwickeln und der Kommission vorlegen. Nach Überprüfung des vorgeschlagenen nationalen Programms entwickelt die Kommission länderspezifische Empfehlungen – so geschehen im Juni 2011 ua für Österreich, Deutschland und Griechenland. Auf dieser Grundlage soll der Rat im Juli Politikempfehlungen für die Staaten aussprechen, bevor diese ihren Haushalt verabschiedet haben.

Auch wenn die Kommission und der Rat nur Empfehlungen für die nationale Politik und die Haushalte aussprechen, wird dadurch doch starker Druck auf die Parlamente ausgeübt, die nach Meinung des BVerfG die Herren der Verträge²⁵ und die zentrale In-

21 Commission proposes reinforced economic governance in the EU vom 12.5.201, IP/10/561 und Commission proposes a reinforced macro-economic, budgetary and structural surveillance vom 30.6.2010, IP/10/859.

22 Council for Economic and Financial Affairs vom 30.9.2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/116306.pdf.

23 EU-Kommission, MEMO/11/14.

24 Vgl zum bisherigen Mechanismus etwa: *Bieber/Epiney/Haag*: Die Europäische Union (Baden Baden 2009), S 447 ff.

25 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Abs-Nr 231.

stanz sind, über die sich die EU demokratisch legitimiert. Diese Form der zentralen Budgetkoordinierung führt zu einer realen Entmachtung der nationalen Parlamente, da die Haushaltsentwürfe von den Regierungen vorher mit der EU abgestimmt werden. Das Budgetrecht des Nationalrates wird degradiert auf ein Zustimmungsrecht zu den auf europäischer Ebene ausgehandelten Politikkonzepten, denn niemand kann sich Illusionen machen über die faktische Wirkung der beschlossenen Empfehlungen der Kommission und des Rates.

5. Pakt für den Euro – Plus

Die Regierungschefs der „Euro Plus Länder“ haben den deutschen Vorschlag im März 2011 im Kern akzeptiert.²⁶ Der erste Schritt in ein neues System des benchmarkings ist getan. Der Pakt für den Euro funktioniert als politische Selbstverpflichtung der Regierungschefs. Diese sollen zukünftig im Bereich der Wirtschafts- und Finanzpolitik gemeinsame Ziele vereinbaren und diese gleichsam runterbrechen auf „konkrete nationale Verpflichtungen“, die sie jedes Jahr eingehen sollen und deren Umsetzung von der Kommission mittels jährlicher Berichte überwacht wird. Wie die angestrebte Förderung der Wettbewerbsfähigkeit aussehen soll, hat es in sich. Es geht um ein benchmarking bei den Lohnkosten. So heißt es im Pakt: „Um zu beurteilen, ob die Löhne sich entsprechend der Produktivität entwickeln, werden die Lohnstückkosten über einen Zeitraum hinweg beobachtet und dabei mit den Entwicklungen in anderen Ländern des Euro-Währungsgebiets und in den wichtigsten vergleichbaren Handelspartnerländern verglichen werden. Für jedes Land werden die Lohnstückkosten für die Wirtschaft insgesamt und für jeden wichtigen Sektor bewertet.“ Und man ahnt, was folgt: Die Entwicklung der Löhne muss gebremst werden, wenn die Lohnstückkosten gegenüber den anderen Mitgliedstaaten zu hoch geraten. Um sicher zu stellen, dass die Lohnstückkosten im benchmark bleiben, soll es eine „Überprüfung der Lohnbildungsregelungen und erforderlichenfalls des Grads der Zentralisierung im Verhandlungsprozess und der Indexierungsverfahren“ geben. Außerdem soll sichergestellt werden, „dass die Lohnabschlüsse im öffentlichen Sektor den auf eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit gerichteten Anstrengungen im Privatsektor förderlich sind.“²⁷ Im ersten Punkt findet sich die von der BRD geforderte Abschaffung des Lohnindexierungsverfahrens. Der Vorschlag läuft auf eine zentrale, politische Koordinierung oder Festlegung der Lohnpolitik hinaus – wohlgemerkt nach unten. Umgekehrt meint der Pakt immer noch, die Produktivität durch Privatisierung, Marktöffnungen und Beschleunigung von Verwaltungsverfahren verbessern zu können. Die Beschäftigung soll durch „Flexicurity“, also durch Abbau

26 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 24./25. März 2011, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/120313.pdf.

27 Schlussfolgerungen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes vom 11.3.2011, Anlage I, Pakt für den Euro.

von Kündigungs- und sonstigen Schutzvorschriften für Arbeitnehmer und durch Steuer-senkung gefördert werden.

Die „Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen“ soll durch die „langfristige Tragfähig-keit von Renten, Gesundheitsvorsorge und Sozialleistungen“ verbessert werden – gemeint sind natürlich Kürzungen im gesamten Bereich der Sozialleistungen und die Heraufsetzung des Renteneintrittsalters. Der Pakt für den Euro befürwortet die Verschärfung des Stabilitäts- und Wachstumspaktes und weist darauf hin, dass nun auch die Gesamtverschuldungsgrenze von 60 % ernst zu nehmen ist. Um eine Senkung der Gesamtverschuldung, die inzwischen bei fast allen Euro-Ländern über 60 % liegt, zu erreichen, wird den Staaten eine Schuldenbremse vorgeschlagen. Vorbild ist natür-lich die deutsche Schuldenbremse, die eine Neuverschuldung über 0,35 % des BIP verbietet.²⁸ Neu ist folgender Vorschlag: „Über die vorgenannten Fragen hinaus wird der Koordinierung der Steuerpolitik Aufmerksamkeit gewidmet.“ Das geht ans Eingemachte der nationalen Souveränität. Deshalb soll im ersten Schritt eine „gemein-same Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage“ entwickelt werden. Das könnte der Einstieg in eine europäische Steuerpolitik sein. Beschlossen wurde gleichzeitig der ESM, der Europäische Stabilitätsmechanismus, über den in Finanznot geratene Mitgliedstaaten, wie Griechenland, Portugal und Irland ab 2013 Kredite erhalten können – natürlich im Gegenzug zu einschneidenden „Restrukturierungsmaßnahmen“ der Finanzen und der Ökonomie, die gemeinsam mit dem IWF ausgehandelt wer-den.²⁹

6. EWF und Six Pack

Mit dem Krisengipfel am 21.7.2011 in Brüssel wurde der EFSF und ab 2013 der ESM finanziell aufgestockt und vereinbart, ihn flexibler agieren zu lassen. Der Fonds soll ei-nerseits berechtigt sein, am Sekundärmarkt Staatsanleihen aufzukaufen und präventiv Darlehen an Regierungen vergeben dürfen, um „die Märkte“ zu stabilisieren.³⁰ Mit dieser Erweiterung werde der ESM zu einem Europäischen Währungsfonds und Europa befinde sich auf dem Weg in die Transferunion.³¹ Interventionen und Kredite des ESM werden – wie beim IWF – verbunden sein mit Auflagen für sozialpolitische Kürzungs-programme und Privatisierungen.

28 Vgl. Dellheim, J.: Die EU wird deutscher, <http://ifg.rosalux.de/2011/03/14/die-eu-wird-deutscher/>.

29 Ursula Engelen-Kefer, früher stellvertretende Vorsitzende des DGB, bewertet diese Politik so: „Gerettet wird nicht der Euro, sondern die Finanzindustrie – auf Kosten der Steuerzahler. Dies verschärft die Spaltung der Gesellschaft in den 17 Euroländern und gefährdet die Integration der inzwischen 27 EU-Mitgliedsländer insgesamt.“ <http://www.taz.de/1/debatte/kommentar/artikel/1/sozialdumping-als-rezept/>.

30 Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebietes und der EU-Organe vom 21.7.2011, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/124011.pdf.

31 Schäfers/Mussler/Welter: Europa auf dem Weg in die Transferunion, <http://www.faz.net/artikel/C30638/europaeischer-waehrungsfonds-ein-neues-versprechen-ein-altes-problem-30083981.html>.

Gleichzeitig verlangte der EU-Gipfel eine rasche Fertigstellung des Gesetzgebungspakets zur Stärkung des Stabilitäts- und Wachstumspakts und der neuen „makroökonomischen Überwachung“, womit das sog „Six Pack“ Gesetzgebungspaket³² bezeichnet wird, das sich im Gesetzgebungsprozess befindet. Mit dem „Six Pack“ soll die gesetzliche Grundlage für einen „gemeinsamen haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedsstaaten“ geschaffen werden, der die Mitgliedstaaten auf eine sog „vorsichtige Haushaltspolitik“ verpflichten soll, und gleichzeitig den Sanktionsmechanismus bei Verstößen gegen die Haushaltsdisziplin verschärfen soll³³, was öffentlich als Automatismus der Sanktionen des Stabilitäts- und Wachstumspakts verhandelt wird. Die angestrebte neue „vorsichtige Haushaltspolitik“ verschärft den Stabilitätspakt noch einmal deutlich idS, dass die Neuverschuldungsgrenze unter die berühmten 3 % fallen kann. Das jährliche Ausgabenwachstum soll danach nicht größer sein als die vorsichtige Schätzung des BIP-Wachstums, bei großem Schuldenstand soll es sogar deutlich darunter liegen. Motto: Weil es bisher nicht funktioniert hat, setzen wir noch einen drauf. Gleichzeitig sollen die Kontroll- und Überwachungsmechanismen für die Haushalte der Mitgliedstaaten ausgebaut und die Sanktionen im Euro-Raum erweitert werden. Mit dieser Gesetzgebung würde ein erster Schritt zur Umsetzung der Vereinbarungen des Euro-Plus Paktes gegangen und die Kontrolle der EU über die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten deutlich gesteigert. Insgesamt bewegt man sich damit in Richtung einer zentralen Wirtschaftsregierung, die einer strikten Austeritätspolitik folgt und demokratisch nicht kontrolliert ist.

7. Machtverschiebungen

Die Pakte für den Euro haben außer den material-inhaltlichen Folgen eines zentralisierten Drucks auf die Sozialsysteme auch prozedurale Folgen, die sich als Machtverschiebung jenseits der EU-Verträge thematisieren lassen. Über eine intergouvernementale Vereinbarung werden die Institutionen der EU sowie die Kompetenzvorschriften umgangen. Die Institutionenordnung der Europäischen Union sieht eine Beteiligung der Kommission und des Europäischen Parlaments vor, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren als Zustimmungspflicht konzipiert ist. Die Verträge entsprechen zwar nicht den staatlichen Anforderungen an einen demokratischen Gesetzgebungsprozess³⁴, aber neben der demokratischen Beteiligung beinhaltet der Vertrag auch eine Machtverteilung iS eines check and balances zwischen Kommission, Parlament und Europäischem Rat. Über intergouvernementale Vereinbarungen verselbstständigt sich der Europäische

32 Gesetzgebungsvorschläge der Kommission mit den Nummern: Kom (2010) 522-527.

33 Es bereitet erhebliche Schwierigkeiten die Vereinbarkeit der „Reverse majority rule“ mit dem Text der Verträge zu begründen, vgl *Oberndorfer, L.:* Economic Governance rechtswidrig – Eine Krisenzerählung ohne Kompetenz, in: AK Wien, infobrief eu & international, Juni 2011, S 10 f.

34 BVerfGE 123, 267.

Rat gleichsam, die Regierungschefs treffen nun Entscheidungen ohne die anderen Institutionen und neben den Verfahrensregeln der Verträge. Die Kontrolle durch die Parlamente entfällt ebenso wie eine gerichtliche Kontrolle, da der EuGH im Zweifel nicht über Vereinbarungen, die außerhalb des rechtlichen Rahmens der EU geschlossen werden, urteilen kann. Guy Verhofstadt, ehemaliger Ministerpräsident in Belgien, bezeichnete das als „Merkels Putsch gegen die EU“ und argumentiert: „Denn das ist das Problem der zwischenstaatlichen Methode: Jeder ist gleich, aber Angela Merkel ist gleicher – sogar gleicher als Nicolas Sarkozy. ... Wenn Frankreich und andere Einfluss auf die Definition dieser Politik und die Mechanismen für deren Umsetzung haben wollen, ist es an der Zeit, die EU Kommission, als Garanten für das gemeinsame europäische Interesse, ans Steuer zu lassen und die ‚Unionsmethode‘ gegen die ‚Gemeinschaftsmethode‘ einzutauschen. Die Zügel Europas allein Deutschland anzuvertrauen hieße, das Risiko eines schmerzhaften Erwachens des Nationalismus unter seinen Nachbarn auf sich zu nehmen. Und ein solches Wiedererstarken des Nationalismus ist das Letzte, was Europa braucht.“³⁵ Der ESM soll ein ganz merkwürdiges Zwittergebilde zwischen EU-Organen, intergouvernementalen europäischen und völkerrechtlichen Institutionen wie dem IWF werden.³⁶ Gleichzeitig soll aber Art 136 AEUV um die Ermächtigung, einen Stabilitätsmechanismus einzurichten ergänzt werden.³⁷ Und die Kommission wird von der neuen „völkerrechtlichen Organisation“ zu Hilfsdiensten herangezogen, sie soll nämlich zusammen mit der EZB und dem IWF den tatsächlichen Finanzierungsbedarf des Mitgliedstaates bewerten und die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten präventiv kontrollieren.

Die Kompetenzen der EU nach dem Lissaboner Vertrag sind im Bereich des Steuerrechts und des Sozialrechts sehr begrenzt und mit hohen prozeduralen Hürden versehen. Der Wettbewerbspakt würde nun gerade diese Kompetenzbereiche außerhalb des Vertrages erweitern. Es fehlt nicht nur an der europäischen, sondern auch an der nationalen Legitimation. Informale Vereinbarungen der Regierungschefs einschließlich eines Überwachungsauftrages an die Kommission führen faktisch zu einem Druck auf die nationalen Gesetzgeber, entsprechend zu entscheiden. Die Entscheidungsbefugnisse der Parlamente werden auf kaltem Wege eingeschränkt und beschnitten.

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

35 Verhofstadt, G.: Merkels Putsch gegen die EU, FTD 3.3.2011, S 24.

36 Erklärung der deutschen Bundesregierung zum ESM vom 25.3.2011, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/03/2011-03-24-esm,layoutVariant=Druckansicht.html>.

37 Beschluss des Rates vom 25.1.2011, EUCO 30/1/10, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/118578.pdf.

Thema:

Recht und Macht im Internet

Onlinehegemonien und ihre Durchbrechungen

Vorwort

Matthias C. Kettemann

In seiner 1996 in Davos veröffentlichten „Declaration of the Independence of Cyberspace“ sprach Internet-Aktivist *John Perry Barlow* Regierungen das Recht ab, das Internet zu regulieren: „I declare the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.“ 15 Jahre später hat sich das Internet verändert. Ein moralisches Recht zur Regulierung bestimmter Auswüchse von Online-Aktivitäten ist Staaten zumal im normativen Konzert mit anderen Stakeholdern, die sich progressiv etabliert haben, nicht abzusprechen. Doch setzt die Bewertung des Zusammenspiels von Recht und Macht in der Internetregulierung die Bereitschaft voraus, das Internet in seiner Spezifität zu erkennen und einzuordnen. Denn noch nie standen alle Rechtssysteme der Welt gleichzeitig vor einer gestalterischen Herausforderung ähnlicher Komplexität. Dieser Schwerpunkt soll einige der Internetregulierung innewohnenden Ziel- und Mittel-Konflikte auf eine normativ fassbare Ebene herunterbrechen und Handlungsalternativen offenlegen.

Zunächst aber zum Charakter des Internet als Regulierungsobjekt: Das Internet atomisiert klassische Herrschaftsstrukturen. Seine Regelung – die Internet Governance – macht die Regimetheorie relevant für das Völkerrecht; sie erweitert das Beteiligtenfeld um nichtstaatliche Akteure, die in Multistakeholderprozessen an der Produktion von Prinzipien, Normen, Regeln und Entscheidungsfindungsprozessen teilnehmen; sie relativiert weiters die traditionelle Fokussierung auf zwischenstaatliche Verträge als Instrumente der Regulierung von internationalen Sachverhalten; und die Internet Governance schafft schließlich Online-Hegemonien und ermöglicht zugleich ihre Durchbrechungen. Diese liegen im Fokus der Beiträge zu diesem Schwerpunkt.

Vor dem Hintergrund einer Explosion von normativen Anstrengungen sich in Macht, Rechtsverständnis und Regulierungsziel unterscheidender Akteure tritt dieser Schwerpunkt an, die politischen und rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Grundlagen der Informationsgesellschaft neu zu vermessen und zu verhandeln. Die sieben Beiträge zu diesem Schwerpunkt untersuchen zentrale Paradigmen der Informationsgesellschaft, die sowohl die großen Entwicklungslinien vorgeben als auch bis in die rechtlichen Verästelungen hinein Wirkung zeitigen.

Wolfgang Kleinwächter tritt an, die These zu problematisieren, nach der das Internet klassische Herrschaftsstrukturen durchbreche. Er untersucht dazu die im letzten Jahr von verschiedenen Staaten und Organisationen veröffentlichten Erklärungen zu Prinzipien für die Internet Governance und legt dar, warum die thematische Vielfalt nicht in Beliebigkeit ableiten darf und welche zentralen Werte der Informationsgesellschaft von Internet Governance-Prinzipien jedenfalls zu achten sind.

Ein zentraler Akteur im Internet ist die Domainkoordinierungsagentur ICANN. Doch ist angesichts der Integration verschiedener Stakeholder in die Entscheidungsfindungsprozesse der kalifornischen Non-Profit-Institution der Vorwurf haltbar, ICANN sei eine Kolonialregierung? Dieser These widerspricht *Erich Schweighofer*, der als einzige mögliche Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Regulierungsversuchen von Supermächten, der Staatengemeinschaft, einzelner Staaten und anderer Stakeholder wie der Wirtschaft und der Zivilgesellschaft die Entwicklung eines umfassenden, global akzeptierten Demokratiemodells sieht.

Das Internet verändert das Gesicht von Krieg und Terrorismus und stellt das klassische völkerrechtliche Modell internationaler Konflikte und des auf diese anwendbaren humanitären Völkerrechts vor Probleme, die nur durch eine fundamentale Neukonzeption des humanitärrechtlichen Schutzinstrumentariums bewältigt werden können. Welche Risiken diesen – oft ad hoc – neu gefassten Antworten inhärent sind, analysiert *Georg Kerschischnig* in seinem Beitrag.

Konflikte stehen online wie offline oft in einem engen Bedeutungszusammenhang mit Neukonzeptionen der Verteilung von Eigentum. *Judith Schacherreiter* untersucht die These, der zufolge das Internet unser Verständnis von Eigentum verändere und führt unter Rückgriff auf den traditionellen „commons“-Begriff vor, wie dieser für die neue Informationsgesellschaft, vielmehr: für die Internetgemeinschaft, nutzbar gemacht werden kann.

Zwei einander ergänzende, mit Deprivatisierung und Öffentlichkeitsverlust die beiden diametral entgegengesetzten soziopolitischen Pole der gesellschaftlichen Informationalisierung beschreibenden Beiträge dekonstruieren Privatheit und Öffentlichkeit im Internet. *Dorota Mokrosinska* widmet sich in ihrem Artikel der These, dass im Internet das Private, das zugleich politisch sei, neu gedacht werden müsse; bestimmte Themen müssten im Privaten verbleiben, sonst leide die Integrität liberaler Politik. Ganz im Gegensatz dazu kritisiert *Iris Eisenberger*, dass der Öffentlichkeitsverlust durch Personali-

sierung im Internet zu einer Destruktion der geteilten sozialen Erfahrungen führt und macht als Gefährder zu Gewinnmaximierung eingesetzte Algorithmen aus, die, als Informationsgatekeeper fungierend, interessensgeleitet Informationen filtern. Allein: In wessen Interesse?

Die dezentrale Steuerung der Informationsgesellschaft erlaubt die Herausbildung von Internet-Monopolisten. Nur die Zusicherung, man tue „no evil“, kann nicht zur Absicherung reichen; doch auch die klassischen Mittel der Marktregulierung greifen oft zu kurz. So kann *Max Schrems* am Beispiel des sozialen Netzwerkes Facebook aufzeigen, warum es rechtliche Grenzen für die Herrschaft von Internet-Monopolen geben muss. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des sozialen Netzwerkes analysierend beweist er, wie selbst in einer grenzenlosen Informationswelt Unternehmen etwa durch europäisches Recht Grenzen gesetzt werden. Like.

2011 war das Jahr der Internet Governance-Prinzipien. 2012 wird das Jahr, in dem diese Prinzipien kritisch analysiert, synthetisiert und operationalisiert werden müssen. Die sieben Beiträge zu diesem Schwerpunkt dekonstruieren tradierte Wahrheiten und versehen all jene, die die Entwicklung der Internet Governance reflektierend begleiten wollen, mit einem kritischen argumentativen Instrumentarium.

Ein solches ist dringend nötig, denn obwohl John Perry Barlows Argument – „Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.“ – vorderhand bestechen mag, so kann sich die zunehmend vernetzte internationale Gemeinschaft zu Beginn des zweiten Jahrzehnts des 21. Jahrhunderts der Erkenntnis nicht verschließen, dass klassische Konzepte des Rechts zu den Bedingungen der Informationsgesellschaft in ihrer sozioökonomischen Kontingenz und historisch-kulturellen Bedingtheit erkannt, neu gedacht und behutsam angewandt werden müssen – und nicht unreflektiert abgelehnt werden dürfen. Ob materielle oder immaterielle Regulierungsobjekte, dieser Schwerpunkt zeigt: Internet Governance *matters*.

Univ.-Ass. Mag. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard) ist am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz tätig und forscht und publiziert seit mehreren Jahren zu Internet Governance. Er ist Redaktionsmitglied des *juridikum*, Co-Chair der Internet Rights and Principles Coalition und Mitglied des Global Internet Governance Academic Network (GigaNet); matthias.kettemann@uni-graz.at

A Constitutional Moment in the History of the Internet? – How Soft Law is Used to Regulate Cyberspace

Wolfgang Kleinwächter

1. Introduction

No government took note when Tim Berners-Lee at CERN in Geneva published a short summary of his WorldWideWeb project on the “alt.hypertext-newsgroup” on August 6, 1991. The world was busy with the end of the cold war and the Internet was widely ignored by political leaders.

Twenty years later, more and more governments are struggling how to get the consequences of Berners-Lee invention under control. It is about human rights, freedom of expression, privacy, access, cybercrime, intellectual property rights, bridging the digital divide and many other public policy issues. Governments try to find adequate answers to the numerous challenges moving between efforts to bring the Internet under traditional legal regimes and ideas to develop new procedures for the governance of the Internet inspired by the multistakeholder model. The year 2011 saw nearly a dozen inter-governmental initiatives for a political-legal framework based on a soft law approach which could function *de facto* as something like a “constitution for the cyberspace”.

Indeed, the Internet has climb up the ladder of political priorities and has reached now even the G8. When the leaders of eight powerful nations – Obama for the USA, Medvedev for Russia, Sarkozy for France, Merkel for Germany, Cameron for the UK, Berlusconi for Italy, Harper for Canada, Kan for Japan and Barroso for the EU – came together in the French sea-resort Deauville end of May 2011, Internet Policy was a top issue on their agenda. Three out of 15 pages of the “Deauville Declaration” dealt with the Internet. And as a “highlight”, the G8 leaders agreed “on a number of key principles, including freedom, respect for privacy and intellectual property, multi-stakeholder governance, cybersecurity and protection for crime.” The Declaration underlines that such an agreement could be reached “for the first time at leaders’ level”.

But it is not only the G8 which has discovered the Internet as an issue for high politics in the year 2011. The Council of Europe, the OECD, the OSCE and NATO have started similar initiatives towards the elaboration and adoption of Internet principles. US President Barack Obama proposed ten principles in his strategy paper in May 2011. EU Commissioner Nelly Kroes offers seven principles when she proposed an “Internet

Compact” end of July 2011. Brazil, India and South Africa – known as the IBSA countries – have drafted a paper with a number of principles which could lead to the establishment of a new intergovernmental Internet body. And members of the Shanghai-Group (China, Russia, Tadjikistan and Uzbekistan) have proposed to the 66th UN General Assembly in September 2011 to launch a discussion on an Internet “Code of Conduct” for governments.

The US president argues for an “Internet Hygiene”, the French president Sarkozy calls for a “civilized Internet”, the British Foreign Minister William Hague warns for a “Cyberwar” and pushed at the London Conference in November 2011 for a “Cybersecurity Agenda”. A G 20 Summit in Cannes, November 2011, included Internet Principles into its discussion. China continues to argue in favor of a “healthy Internet”. And during the IGF in Nairobi in September 2011 a number of growing participants from all stakeholder groups proposed to think about a “Magna Charta” for the Internet.

On the one hand it is not a surprise that a communication infrastructure which serves more than two billion users worldwide constitutes the basis for a growing subset of the global economy and which is instrumental for the promotion of democracy and human rights around the globe, moves into the focus of governmental leaders. The numerous and sometime very contradictory governmental proposals document on the other hand that different parties have different ideas what should be done. There is a high level of confusion about the meaning of concepts like “Internet Hygiene”, “Civilized Internet” or “Healthy Internet”. And there is obviously a lot of misunderstanding with regard to the nature of regulation in cyberspace. Obviously there is a long way to go until the global Internet will get its universal “constitutional framework”.

2. 1980s: The Netiquette

Let’s go back to history. The Internet was never a law-free zone. However it developed mainly in the shadow of specific governmental regulation. In contrast to the invention of telecommunication and broadcasting which soon after its early adoption was pushed into a regulatory framework of national telecommunication and broadcasting laws, nobody introduced a national Internet law or an international Internet Convention after the TCP/IP protocol opened the door for the development of a net of networks, the Internet in 1974.

The self-regulatory mechanisms which were introduced by the Internet community itself – a small group of geeks in the 1970s and 1980s – was seen as sufficient enough to manage the emerging network. The “Request for Comments-Procedure” (RFC), introduced already in 1969, provided the needed rules to guarantee the needed stability and flexibility and to get emerging Internet problems under sufficient control. One example was the “Netiquette” which introduced a number of ethical norms as basic guidelines for fair Internet behavior by individual users. The netiquette was developed in the early

1980s when text-based e-mail, Telnet, Usenet, Gopher, Wais, and FTP from educational and research bodies dominated Internet traffic.

The WWW, a technical protocol which never was discussed and approved by governments, was certainly a watershed for Internet development. Within a couple of years the number of Internet users exploded. 1990 there was less than one million Internet users. Five years later already 50 million individuals were online.

The Internet pioneers realized quickly that they have to do something with their internal rules. Sally Hambridge from INTEL published in October 1995 a new RFC – the famous RFC 1855 – which summarizes and re-describes the Guidelines for a “Netiquette on the Internet”. “Today”, wrote Hambridge in 1995, “the community of Internet users includes people who are new to the environment. These ‘Newbies’ are unfamiliar with the culture and don’t need to know about transport and protocols. In order to bring these new users into the Internet culture quickly, this Guide offers a minimum set of behaviors which organizations and individuals may take and adapt for their own use.”

RFC 1855 includes a number of good guidelines as the famous “robustness principle”, better known as Postel’s law, contained in RFC 761: “Be conservative in what you send; be liberal in what you accept”. But RFC 1855 includes also rules like “don’t send unsolicited mail” and “respect the copyright on material that you reproduce”.

The problem with the Netiquette was that it did not have any implementation mechanism. Responsible people respected the rules, but irresponsible behavior remained unpunished. The worst thing which could happen to a rule-breaker was she/he became flamed and lost his/her reputation in the community. But when criminals, hate preachers, pedophiles, vandals and terrorists populated the net at the end of the 1990s, the “Netiquette” reached its limits.

3. Private Sector vs. Governmental Leadership

In so far it was understandable that some governments started already in the mid 1990s to think about something like a governmental supported regulatory framework for the Internet. The US government proposed in 1994 a “Global Information Infrastructure Initiative” (GII) and argued in favor of “private sector leadership” with regard to the development of the emerging new information economy. The G7 took the issue on its agenda at its Naples meeting in 1994 and it organized a special “Information Society Summit” in Brussels in February 1995. Also the OECD jumped into this new thread and organized two conferences in Ottawa and Bonn which produced a number of “Declarations” with recommendations for governments, the private sector and “Internet users”.

The EU Commissioner Martin Bangemann used an ITU Conference in Geneva in September 1997 to propose a “Global Communications Charter”. He compared the project

with the “Universal Declaration of Human Rights” (1948) and argued that the recognition of “universal principles” for the Internet would help to manage the transition from the industrial to the information society.

However, his plan to adopt such a Charter at the 50th anniversary of Human Rights Declaration in December 1998 did not receive the necessary support. The new emerging business players of the growing Internet economy were afraid that such a governmental declaration will not promote but restrict the further development of the Internet by introducing heavy regulation which could eventually block the creative concept of “innovation without permission”. The US government feared that a UN sponsored Declaration could re-open the counterproductive political UNESCO debate around a “New World Information and Communication Order” (NWICO) in the 1980s around media control and censorship.

As a result the new big Internet companies pro-actively established the “Global Business Dialogue on eCommerce” (GBDe) where they proposed to develop an industry led self-regulatory framework. And the US government published its “Global Framework on eCommerce” in June 1997 where it reiterated the principle of private sector leadership for the Internet and prepared the ground for the launch of the “Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (ICANN), where governments have only an advisory role. ICANN was established under Californian Law as a non-for-profit private corporation in November 1998.

But not everybody was happy with ICANN and the private sector leadership principle. When the UN launched the World Summit of the Information Society (WSIS) in 2002, China argued that private sector leadership was probably good when the Internet had one million users. But with one billion users, governmental leadership would be needed to get the Internet under control.

Internet Governance suddenly was in the spotlight of a political power struggle. It was US vs. China, ICANN vs. ITU (International Telecommunications Union), private sector leadership vs. governmental leadership. It needed three years of controversial negotiations and the intense work of an UN Working Group on Internet Governance (WGIG), appointed by the former UN Secretary General Kofi Annan, until a compromise was reached.

WGIG rejected the idea of “single leadership” and proposed a “multistakeholder model”, where all main stakeholders – governments, private sector and civil society – should work together “in their respective roles” by sharing “principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet”.

The WGIG recommendation made its way into the Tunis Agenda which was adopted by the head of states of 150+ governments of the world at WSIS II in November 2005. The Tunis agenda did not introduce any specific regulation for the Internet however it included, in rather vague language, a number of general principles which could be in-

terpreted as the starting point for a more specific regulatory framework for the governance of the Internet, based on the multistakeholder model.

The Internet Governance Forum (IGF), another outcome of WSIS, became the place for a continuation of the debate. During the 2nd IGF in Rio de Janeiro (November 2007) a so called Dynamic Coalition on Internet Rights and Principles was formed and produced within three years a reasonable document. The IGF has no decision making capacity and the outcome of Dynamic Coalitions is not more (but also not less) than food for thinking. But the debate made clear that something is missing in the Internet Governance Ecosystem, that it would be good to have some general guidelines how to use the Internet in the public interest. Like a country first agrees on a constitution which defines general freedoms and responsibilities before it adopts a special body of law with specific rights and duties, the discussion within the IGF promoted a better understanding about the nature of the process and that it could be useful to have first something like an “Internet Constitution” before going to the details of regulation for very specific Internet applications and services, if needed.

4. Re-Thinking Internet Policy Making

And indeed, the IGF triggered a re-thinking of the idea to create a global political-regulatory framework for the Internet. While a rough consensus emerged soon, that “something on paper” is not such a bad idea, the gap was between governments who wanted to see a legally binding convention as the final result and other groups who were in favor of a more soft solution, a non-binding political declaration of general principles and guidelines which would include also the commitment of non-governmental stakeholders and could help to identify what is good and what is bad behavior on the Internet.

The “traditionalists” used mainly the United Nations to advertise their ideas. G 77 countries argued in the UN General Assembly in favor of a new intergovernmental mechanism for Internet Governance, which could lead later to a global Internet treaty. In the ITU, Russia and China together with a number of developing countries proposed in numerous variations projects for a stronger role of governments in Internet Governance.

The “modernists” in the governmental camp used mainly regional intergovernmental organizations to propose alternative approaches. In 2009 a Ministerial Conference of the Council of Europe established an Expert group with the mandate to investigate the feasibility of a legal instrument for Cross Border Internet issues but it encouraged the group to put this into a multistakeholder context. In 2010 the US government proposed to the OECD to start work on drafting principles “for Internet policy making” taking into account, that the OECD Ministerial Conference in Seoul in 2008 had established

three advisory committees for the private sector, the technical community and the civil society to give the OECD a profile as a quasi multistakeholder organization.

This Internet-Principle-Hype of 2011 does not come as a surprise. With more than two billion Internet users the Internet is not anymore a place for geeks and freaks, it reflects the world in its totality with all its deficiencies. In the 2010s, the Internet has landed in the center of world politics and economy. “The world must collectively recognize the challenges posed by malevolent actors’ entry into cyberspace and update and strengthen our national and international policy accordingly”, argued US President Obama in his “International Strategy for Cyberspace” in May 2011. “Activities undertaken in cyberspace have consequences for our lives in physical space, and we must work towards building the rule of law, to prevent the risks of logging on from outweighing its benefits”. And he added: “The future of an open, interoperable, secure and reliable cyberspace depends on nations recognizing and safeguarding that which should endure, while confronting those who would destabilize or undermine our increasingly networked world.” What we can see here is an important policy shift from a controversial “no law vs. binding law” constellation to a new soft law approach, for a new “netiquette” which is aiming not only on the Internet community but at all governments, business and civil society. Such a soft law approach could indeed deliver both a continuation of the flexibility the Internet needs for its further development and a higher degree of stability which is needed to get the trust of the next billion Internet users and the next generation of Internet entrepreneurs. A soft law approach allows also to go beyond a traditional intergovernmental mechanism for international law making and to enhance partnerships and cooperation in designing political-regulatory frameworks for the governance of the Internet.

Meanwhile a number of initiatives have produced official text or rather advanced drafts which has been adopted by governments. The most relevant documents are

- the G8 Declaration of Deauville (May 2011);
- the OECD Communiqué on Internet Policy Making (July 2011);
- the Council of Europe Declaration on Guiding Principles for Internet Governance (September 2011);
- the Shanghai Proposal for a Code of Conduct (September 2011).

More are sure to emerge. The Heads of States of the IBSA Countries (India, Brazil and South Africa) have instructed their governments to continue the work towards a new intergovernmental or multistakeholder body during its summit meeting in October 2011 in Pretoria. EU, OSCE and NATO have announced that they are also working on a document with principles for Internet Governance.

A first comparative analysis of the various documents leads to three interesting observations:

- While the G8, OECD and the Council of Europe do follow a rather similar approach which is based on the multistakeholder model (MSM) as a basic Internet

governance principle, the Shanghai proposal, and partly also the IBSA project, follows the traditional governmental only approach.

- All parties see cybersecurity, Internet economy and human rights among the biggest challenge for Internet policy and regulation but if it comes to the details the various organizations are setting different priorities and have different ideas what to do first and how to regulate public policy Internet issues on a global level.
- Regardless of those different approaches mentioned above, nobody questions the historically grown architectural principles of an open Internet (e2e) with its decentralized management mechanism.

In principle, principles are good. They give orientation and deliver criteria to judge individual and collective behavior. They constitute a general political-legal framework in which specific regulations can be embedded. And it is certainly much easier to reach consensus around non-binding principles than on legally binding norms, in particular on the global level.

When the world wanted to do something after the end of World War Two to promote human rights, Eleanor Roosevelt, who chaired the drafting committee in the United Nations, also preferred the soft law approach as a first step. The Universal Declaration on Human Rights (1948) is a set of principles which are legally non-binding. It took another 18 years to finalize a legally binding human rights convention (1966) and another 20 years until the overwhelming majority of UN member states had ratified the treaty.

If the world would have waited in 1948 until a formal agreement among governments about a legal instrument would have been reached, we would have got probably nothing. As experience has demonstrated, the political power of the principles of the Human Rights Declaration is rather high, even if the principles are not enforceable in an international court. Like the netiquette the only things one can do is naming and shaming. But to a certain degree it works, regardless of the ongoing violations of human rights worldwide. The world would be much worse without the 1948 Human Rights Declaration.

5. The New Triangle

However, even the soft law approach is full of landmines. Different governments, stakeholders and organizations have different ideas about priorities if it comes to the non-technical fields of policy. The new “magic triangle” in Internet Governance is constituted by security, economic and human rights issues. And the challenge is to balance – on a global level – security concerns with human rights obligations, being aware about the economic implications (for developed countries mainly intellectual property issues and innovation and for developing countries mainly Internet access and infrastructure development) by taking into account the existence of 190+ national jurisdictions.

Just to give some concrete examples: For the Council of Europe, host of the European Court on Human Rights and the European Human Rights Convention, human rights and freedoms of individual Internet users have the highest priority. For the OECD, it is innovation, economic growth and the protection of intellectual property which is most important. For the US government, as for NATO (which has not yet a formal document adopted but also works on a draft for Internet Principles) cybersecurity is the number one.

This prioritization does not mean that the Council of Europe ignores security and economy or the OECD and the US government ignores human rights. The problem is that in a case of conflict, where legitimate interests and values have to be balanced against each other, different organizations are coming to different solutions. While in one organization the human rights dimension of a special case is seen as more important than the security implications, another organization can come to another conclusion and argue that cybersecurity needs also limitations with regard to individual human rights.

Table 1: Internet Policy Approaches by Intergovernmental Organizations and National Governments

Institution	Multi-stakeholder Model	Open Internet Architecture	Cybersecurity	Economy: IPR & Innovation	Economy: Access & Development	Human Rights & Rule of Law
G8	Middle	Middle	Strong	Strong	Middle	Strong
Council of Europe	Strong	Strong	Middle	Middle	Middle	Strong
OECD	Strong	Strong	Middle	Strong	Middle	Middle
Shanghai	Low	Low	Strong	Low	Low	Low
IBSA	Low	Low	Middle	Low	Strong	Middle
OSCE	Middle	Middle	Middle	Low	Low	Strong
NATO	Low	Middle	Strong	Low	Low	Middle
EU-Commission	Middle	Middle	Middle	Strong	Low	Middle
US-President	Strong	Strong	Strong	Strong	Middle	Strong

With other words, what we will see in the future is not only a battle among governments and among governmental and non-governmental stakeholders but also a battle among security, economy and human rights activists within governments, businesses and civil society. The challenges how to create this magic triangle and how to balance security, economic and human rights aspects will become a key issue for Internet policy development in the next ten+ years.

The negotiations around the OECD principles were a good eye opening example. The OECD, an intergovernmental organization, has opened itself to the multistakeholder model after its Ministerial Conference in Seoul in 2007. It has invited the private sector, the technical community and civil society to form advisory committees which participate in OECD policy development processes. During the final phase of the OECD negotiations, the civil society advisory body CSISAC disagreed with two principles. In the CSISAC eyes, the OECD principles would give preferences to the business interests and ignore individual human rights, in particular with regard to the principles on intellectual property protection and the intermediary liability. The OECD governments, including the US government, undertook a lot of efforts to get CSISAC on board. But the conflict could not be bridged and CSISAC decided not to support the final document.

The Council of Europe has not yet such an internal multistakeholder mechanism but it organized a multistakeholder conference before drafting the final version of its declaration in Strasbourg in April 2011. During this conference it became clear, that the non-governmental stakeholders support a lot of the ideas in the draft declaration but they rejected the idea just to sign a document which was adopted by governments only. They want to be an equal partner in an open and transparent bottom up policy development process. The Council of Europe, which is very supportive to the multistakeholder model, is now considering to continue the discussion and to enhance the intergovernmental “Declaration of Internet Governance Principles” into a multistakeholder “Framework of Understanding” (FoU).

6. Moving Forward into Unchartered Territory

Those cases lead to another problem: While the majority of governments seems to agree on multistakeholderism as the best governance model to manage the multilayered and decentralized Internet, there are uncertainties and deep differences in what is understood under this only vague defined principle. Some governments have realized that they have to go beyond their traditional policy making procedures, but other governments pay just lip service to this nice slogan and continue their business as usual. This will not work. Going back to the WGIG definition of Internet Governance the principle suggests that norms, principles, rules and even decision making should be “shared” among stakeholders. The multistakeholder model is not a master-slave relationship, where governments dictate what finally has to be adopted, it is a dialogue, a new partnership, where all stakeholders, including governments, participate on an equal footing in their respective roles. The tools of the 20th century diplomacy – where policy deals were made behind closed doors and led very often to asymmetrical horse-trading among a small elite of governments – are not adequate anymore. What is needed is a new Internet Diplomacy of the 21st century. Such a new 21st century Internet

Diplomacy has to be bottom up, open, transparent and it needs new forms of interaction among governmental and non-governmental stakeholders.

No question, this is difficult. For governments it is certainly new that they have to undertake efforts to get a civil society body like CSISAC on board (as in the OECD case), to reopen discussion on a document, adopted by governments (as in the Council of Europe case) or to live with decisions they do not like (as in the ICANN case when it adopted the new gTLD (generic Top Level Domains) program without full support from the GAC). And as the IGF in Nairobi (September 2011) has demonstrated, a lot has to be learned (and innovate) how to organize a serious structured dialogue among stakeholders around intergovernmental projects based on mutual respect and on specific knowledge.

It was an interesting experience to see how the IBSA proposal became the subject of a controversial but very respectful debate in one of the plenaries of the 6th IGF. The proposed idea of IBSA, to create a new intergovernmental body within the UN system to oversee non-governmental technical Internet organisations like ICANN, the Internet Engineering Task Force (IETF), the Internet Architecture Board (IAB), the Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) or the World Wide Web Consortium (W3C) was questioned seriously by the involved and affected parties in a way which acknowledged on the other hand the constructive intentions of the IBSA proposal. As a result, the IBSA summit meeting, which took place four weeks after the Nairobi IGF, modified and enhanced the proposal.

In contrast the proposer of the Internet “Code of Conduct”, tabled by the Shanghai Group for the 66th UN General Assembly rejected any multistakeholder discussion and used the IGF in Nairobi only to announce the project. Consequently, a number of civil society organisations wrote a letter to the president of the 66th UN General Assembly raising concerns that the countries behind the Shanghai-Proposal ignore the principle of multistakeholderism, as adopted by the heads of state – including the governments which are members of the Shanghai Group – at the UN World Summit on the Information Society (WSIS) in Tunis in November 2005.

During the IGF in Nairobi there was also a detailed discussion about the differences between “multilateral” and “multistakeholder” approaches. Both concepts are used in the Tunis Agenda without any specific clarification how the two concepts are linked to each other. The message from Nairobi was that a growing majority sees the concept of multistakeholderism as the broader concept while multilateralism is seen primarily as an intergovernmental affair. It is undisputed that the multilateral intergovernmental treaty system, which constitutes international law, will remain a key pillar in global Internet policy making also in the 21st century. But as it was pointed out in one of the Nairobi-Plenaries, the multilateral intergovernmental mechanisms are nowadays embedded into a multistakeholder environment. How this works together in harmony is one of the challenges of the future and needs more exploration and innovation.

But a way back to a top down hierarchical organized decision making process with governments as the only player would be the wrong U-turn. To be clear: Nothing is impossible. In a world of control and censorship it could be done theoretically, but it would not work in practice. And it would bring down individual human rights, technical innovation and economic development. There is no other way than to move forward into this new field of policy making. What is needed is innovation and creativity not only in the development of new Internet application and services but also in Internet policy making

It is true, that the multistakeholder principle is not yet defined. And the procedures, how the stakeholders should interact both in policy development and in decision making, are not yet written. Multistakeholder governance is a step into an uncharted territory. When governments, private sector, civil society and the technical community enter this “terra incognita”, all sides have first to respect each other – in their respective roles – and then to learn, how to communicate, coordinate and collaborate in a new way to achieve sustainable solutions for a global public trust.

This gets even more complicated because there are many more governments in this world, who are neither G8 nor OECD or Council of Europe members and which have their own idea about Internet Governance and multistakeholderism as China, India, Brazil, South Africa, Saudi Arabia, Iran and others. It needs not too many prophetic gifts to forecast that Internet Governance will become a main political battlefield in the 2010s.

Prof. Dr. Wolfgang Kleinwächter is a professor for Internet Policy and Regulation at the University of Aarhus. He was a member of the UN Working Group on Internet Governance and chairs the Council of Europe Cross Border Internet Expert Group. In this article, an earlier version of which was published at .Nxt, a provider of information on Internet policy and governance, he expresses his personal opinion; wolfgang.kleinwachter@medienkomm.uni-halle.de

Ist ICANN die Kolonialregierung des Internet?

Erich Schweighofer

Die globale Wissensgesellschaft beruht auf einer sehr leistungsfähigen weltweiten Informations- und Kommunikationsinfrastruktur, deren wichtigstes Standbein heute das Internet ist. Wenn auch bestehende – und an die erhöhten Bedürfnisse angepasste – physische Kommunikationsinfrastrukturen genutzt werden und die inhaltliche Regulierung vornehmlich den Territorialstaaten obliegt, müssen die Internet-Protokoll-Familie, die Adressierung und das Routing international reguliert werden. Die Governance über IP Adressen, Top Level Domainnamen, Rootserver und damit zusammenhängende Streitbeilegung hat sich in einer im internationalen Recht neuen Form entwickelt; wird aber weiterhin – bei einem funktionierenden Status quo – intensiv diskutiert.¹ Forderungen nach demokratischer Governance stehen der Notwendigkeit einer zentralen und effektiven Regulierung des Internets gegenüber. Zentral ist die Frage der Legitimität einer Internationalen Organisation sui generis, der ICANN.

1. ICANN als technische Regulatorin des Internets

Seit dem Jahr 1998 übt die auf Initiative der USA gegründete Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) die technische Governance über das Internet aus.² „As a private-public partnership, ICANN is dedicated to preserving the operational stability of the Internet; to promoting competition; to achieving broad representation of global Internet communities; and to developing policy appropriate to its mission through bottom-up, consensus-based processes.“³ Zu Beginn beruhte ICANN's Autorität auf der Übertragung der „Kompetenzen“ durch die US-Regierung. Wenn auch die ICANN im Jahre 2009 unter der Bedingung eines funktionierenden Multistakeholderprozesses in die „Unabhängigkeit“ entlassen wurde, bleibt die Rolle der USA als Garant dieses Modells bisher unverzichtbar. Derzeit ist die ICANN intensiv bestrebt, den Rückhalt durch einen effizienten Multistakeholderprozess mit Regierungen, der Wirtschaft und der Zivilgesellschaft zu stärken, um ihre Rolle als Regulator des Internets auf ein Mandat der globalen Internetgesellschaft zu stützen. Das Problem besteht darin, dass

1 So zuletzt Rolf H. Weber, *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Springer 2010. Vgl. weiters insbes. Lee A. Bygrave und Jon Bing (Hrsg.), *Internet Governance, Infrastructure and Institutions*, Oxford University Press 2009; Andrew D. Murray, *The Regulation of Cyberspace*, Routledge-Cavendish 2007.

2 ICANN, <http://www.icann.org> (abgefragt 5.9.2011).

3 ICANN, *What is ICANN?*, <http://www.icann.org/tr/english.html> (abgefragt: 31.8.2011).

eine demokratische Legitimation dieser „Weltregierung des Internets“ – wie auch der Welt selbst – als illusorisch angesehen wird und daher Substitute gefunden werden müssen.⁴ Multistakeholdermodell und Accountability sind hier die Schlagworte. Es ist jedoch zweifelhaft, ob damit alle Legitimitätsfragen gelöst werden können.

2. Internet Governance

Internet Governance „ist die Entwicklung und Anwendung durch Regierungen, den Privatsektor und die Zivilgesellschaft, in ihren jeweiligen Rollen, von gemeinsamen Prinzipien, Normen, Regeln, Vorgehensweisen zur Entscheidungsfindung und Programmen, die die Weiterentwicklung und die Nutzung des Internets beeinflussen.“⁵ Da sich das Internet als Forschungsprojekt unter Finanzierung und Kontrolle der USA entwickelt hat, war eine Regulierungsstruktur vorgezeichnet, die in der Folge wesentlich ausgebaut und erweitert wurde. Die Grundstruktur einer Selbstregulierung bei starker Einflussnahme der USA ist bis in die letzte Zeit gleich geblieben. Die internationale Staatengemeinschaft – und hier die eigentlich dazu berufene International Telecommunications Union (ITU) – hat es zeitgerecht verabsäumt, das staatenbezogene internationale Regulierungsmodell auf diesen neuen Bereich auszudehnen. Als im Rahmen des Weltgipfels der Informationsgesellschaft die Regulierungsfrage gestellt wurde, war es schon zu spät.⁶ Die Tunis Agenda for the Information Society 2005⁷ bestätigte weitgehend den Status quo mit ICANN als technische Regulatorin. Die Eckpunkte der Regulierung, d.h. Internet als globale Ressource und Regulierung durch Multistakeholdermodell bei Berücksichtigung der territorialen Souveränität wurden festgeschrieben. Mit dem Internet Governance Forum (IGF) wurde eine weitere Kontrollplattform geschaffen. Diese Regulierung ist in sich widersprüchlich und war als entwicklungsfähiger Kompromiss angelegt. Das Internet hat sich seither stark gewandelt und der Status quo bleibt unbefriedigend. Für *Wolfgang Kleinwächter* ist die fünfjährige Friedensphase bei der Internet Governance vorbei und es sind nunmehr verstärkt kontroverse Diskussionen zu erwarten.⁸ Das ICANN Modell verbleibt trotz aller Anstrengungen (noch) unvollkommen und provisorisch. Für viele Staaten ist die Beteiligung der Wirtschaft und Zivilgesellschaft zu intensiv; für die Zivilgesellschaft ist die Rolle der Wirtschaft und des ICANN Sekretariats zu einflussreich. Die Legitimität vieler Vertreter in ICANN Gremien bedarf noch einer wesentlichen Verbesserung. Trotz aller Unzufriedenheit fehlt es aber an einer

4 Ann-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press 2004, 18 ff.

5 Report of the Working Group on Internet Governance, Château de Bossey 2005; <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Übersetzung: de.wikipedia.org/Internet_Governance (abgefragt: 31.8.2011).

6 In einer Rede am 30.6.2005 vor der Wireless Communications Association (WCA) stellte Michael Gallagher, Staatssekretär im amerikanischen Handelsministerium, die Position der USA klar.

7 Tunis Agenda for Internet Governance, 2005, <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html> (abgefragt: 1.9.2011).

8 Wolfgang Kleinwächter, *Minenfeld Internet Governance*, Teleopolis, 29.1.2011, <http://www.heise.de/tp/artikel/34/34042/1.html> (abgefragt: 1.9.2011).

brauchbaren Alternative, will man das Internet als globale Kommunikationsebene behalten und nicht in staatliche Souveränität ableiten lassen.

3. US-Mandat und Kontrolle

Bei neuen Regulierungsfragen ist es wie mit neu entdeckten (früher auch eroberten) Territorien. Die Erstkommenden haben die Initiative und können – je nach Engagement und Stärke – die Fragen der Governance regeln. Das Internet hat sich aus Forschungsprojekten unter Finanzierung von US-Institutionen entwickelt. Der USA kam und kommt daher eine dominante Rolle in der Internet Governance zu, wobei diese Funktion nicht direkt, sondern durch die Kontrolle über die jeweiligen Gruppen und Organisationen ausgeübt wurde. Seit ihrer Gründung im Jahr 1998 steht ICANN als technische Regulatorin des Internets im Zentrum dieser komplexen Regulierungslandschaft. Bis 2009 beruhte das Mandat auf Verträgen mit dem US-Handelsministerium, insbes. dem „Joint Project Agreement“ vom 25.11.1998 und dessen Verlängerungen.⁹ Mit den „Affirmation of Commitments (Affirmation) by the United States Department of Commerce („DOC“) and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers („ICANN“)“¹⁰ vom 30.9.2009 wurde die ICANN in die „Unabhängigkeit“ entlassen, die jedoch an die technischen Kompetenzen der ICANN zur Erfüllung ihrer Aufgaben sowie an die effektive Einbindung aller relevanten Stakeholder, also der Regierungen, der Wirtschaft und der Zivilgesellschaft, geknüpft ist. Das Abkommen ist langfristig ausgelegt, kann aber von beiden Seiten mit einer Frist von 120 Tagen gekündigt werden. Durch den „ICANN/ U.S. Government Contract for Performance of the IANA Function“ vom 14.8.2006 hat sich das US-Handelsministerium wichtige Rechte wie die Änderung des „Root File“ vorbehalten. Die USA haben daher die Rolle als Garant der bestehenden Internet Governance nicht aufgegeben, wenn auch die Aufgabe der Kontrolle zunehmend den vielfältigen Gremien der ICANN bzw dem Internet Governance Forum zukommt.

4. Multistakeholdermodell und Accountability

Multistakeholdermodell und Accountability sind Substitute einer demokratischen Legitimität einer internationalen Institution, weil diese auf weltweiter Ebene unrealistisch erscheint. Bei globalen Akteuren beinhalten das Multistakeholdermodell bzw. die Accountability eine Verpflichtung der jeweiligen Organisation zu einem Prozess, in dem die Bedürfnisse und Interessen der jeweiligen Stakeholder im Entscheidungsprozess einbezogen und

9 Vgl. für eine Liste aller Abkommen mit dem US-Handelsministerium: <http://www.icann.org/en/general/agreements.htm> (abgefragt: 1.9.2011).

10 Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, <http://www.icann.org/en/documents/affirmation-of-commitments-30sep09-en.htm> (abgefragt: 1.9.2011).

berücksichtigt werden.¹¹ Methoden sind Transparenz, Partizipation, direkte bzw. indirekte Rechenschaft, Evaluierung, sowie Beschwerde- und Überprüfungsverfahren.

Die Auswahl der Direktoren für den überaus mächtigen ICANN Board zeigt anschaulich die Situation. Während ursprünglich die Hälfte der Direktoren direkt von den Internetsnutzern gewählt werden sollte, hat die ICANN dies nach dem Fehlschlag der „Internet Wahlen“ im Jahr 2000 rasch aufgegeben und durch die indirekte „Wahl“ der „At large-Direktoren“ durch das Nominating Committee ersetzt.¹² Transparente und partizipatorische Auswahlprozesse sollen einen Wahlkampf mit Auswahl durch die jeweilige „Community“ ersetzen.

Nach Punkt 8 (c) der Affirmation of Commitments ist ICANN verpflichtet, als eine private Multistakeholder-Organisation im öffentlichen Interesse zu agieren. Stakeholder sind Interessierte und Betroffene am Internet Governance Prozess, d.h. die Zivilgesellschaft, die Wirtschaft, aber auch die Staaten als Vertreter des öffentlichen Interesses. Formal wird diese Gruppe durch die ICANN By-Laws und die Organisationsstruktur festgelegt; bleibt aber offen, weil jede Person oder Organisation sich an den jeweiligen Basisgruppen bzw am Politikentwicklungsprozess beteiligen kann und eine Änderung der By-Laws leicht möglich ist.

Die Kontrolle des Multistakeholdermodells erfolgt über Prozesse der Accountability. Nach Punkt 9.1. der Affirmation of Commitments ist die ICANN zu robusten Mechanismen für öffentlichen Input, Accountability und Transparenz verpflichtet. Damit wird sichergestellt, dass die Ergebnisse der Entscheidungsfindung das öffentliche Interesse reflektieren und ICANN gegenüber allen Stakeholdern rechenschaftspflichtig bleibt.

In den ICANN By-Laws sowie in den ICANN's Accountability and Transparency Frameworks and Principles vom 15.2.2008¹³ sind drei Typen der Accountability vorgesehen: öffentliche Accountability, rechtliche und gesellschaftliche Accountability und partizipatorische Accountability. Die öffentliche Accountability erfordert, dass die ICANN Organe und die „Supporting Organizations“ soweit wie möglich in einer offenen, transparenten und fairen Weise operieren.¹⁴ Es müssen daher Mechanismen implementiert werden um für Stakeholder sicherzustellen, dass die ICANN verantwortlich gehandelt hat. Wichtiges Prinzip ist die Transparenz entsprechend der „Information

11 One World Trust, Principles of Accountability, <http://oneworldtrust.org/accountableorganisations/principles-accountability> (abgefragt: 1.9.2011). Im traditionellen Völkerrecht stehen gerichtliche und quasi-gerichtliche Kontrolle, Akkreditierungsverfahren, Kontrolle durch Mitglieder und Codes of Conduct im Vordergrund. Vgl. dazu August Reinisch, Über die Verantwortlichkeit von NGOs als Sprachrohre der Zivilgesellschaft, *juridikum* 3 (2003), 39-41; ders., Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, in: Rainer Hofmann, August Reinisch, Thomas Pfeiffer, Stefan Oeter, Astrid Stadler (Hrsg.), *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft. Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Völkerrecht, D.F. Müller Verlag, Heidelberg 2007, 43-92.

12 Vgl. dazu Murray, 114 ff.

13 ICANN, 2008 Accountability and Transparency Frameworks and Principles Contents and Overview, <http://www.icann.org/en/accountability/frameworks-principles/contents-overview.htm> (abgefragt: 1.9.2011).

14 ICANN By-Laws, Article III Section 1: “ICANN and its constituent bodies shall operate to the maximum extent feasible in an open and transparent manner and consistent with procedures designed to ensure fairness.”

Disclosure Policy“. Alle relevanten Dokumente sollen auf der Website der ICANN publiziert werden bzw. auf Informationsanfrage zugänglich sein; Ausnahmen sind in den „Defined Conditions for Nondisclosure“ geregelt. Entwürfe von Dokumenten sind zur Konsultation zu veröffentlichen. Entscheidungen des ICANN Boards unterliegen einer Überprüfung durch das Board Reconsideration Committee bzw. die Independent Review Procedure (IRP). Für Beschwerden ist ein ICANN Ombudsman eingerichtet. Die Finanzen der ICANN sind durch einen „Independent External Audit“ zu prüfen. Die rechtliche und gesellschaftliche Accountability verlangt die Erfüllung der rechtlichen Verpflichtungen der ICANN als gemeinnützige Gesellschaft nach US-kalifornischem Recht. Die partizipatorische Accountability erfordert eine repräsentative Auswahl der ICANN Direktoren durch das Nominating Committee sowie einen konsultativen Planungsprozess (strategischer Plan, operativer Plan, Budget). Die Konsultationsprinzipien erfordern die Suche und Unterstützung von breiter und informierter Partizipation auf allen Ebenen der Politikentwicklung als auch der Entscheidungsfindung, welche die funktionale, geographische und kulturelle Vielfalt des Internets widerspiegelt.¹⁵ Durch die Übersetzung möglichst vieler Dokumente soll eine umfassende Beteiligung der Internetgesellschaft ermöglicht werden.

Wie in der Affirmation of Commitments vorgesehen, hat der ICANN Board umgehend ein Accountability & Transparency Review Team (ATRT) eingesetzt, das die Evaluierung des Multistakeholderprozesses mit dem Accountability & Transparency Review Team Final Report vom 31.12.2010 abgeschlossen hat. Dieser Bericht enthält 27 Empfehlungen. Im Juni 2011 hat der ICANN Board einen Statusbericht über die Umsetzung dieser Empfehlungen vorgelegt.¹⁶ Unterstützend und ergänzend sind drei weitere Studien verfügbar: vom Berkman Center for Internet and Society der Universität Harvard vom 20.10.2010 (im Anhang zum ATRT Bericht); vom Internet Governance Project vom November 2009;¹⁷ und vom One World Trust vom März 2007.¹⁸

5. Bewertung des Multistakeholdermodells und offene Probleme

Für die ICANN hat ein effektiver Multistakeholderprozess entscheidende Bedeutung. Da nunmehr die Kompetenz für die technische Regulierung des Internets von der globalen Internetgemeinschaft kommen soll, kann die Legitimität nur auf einer ausreichenden Partizipation der globalen Stakeholder beruhen. Vom Präsidenten und CEO *Rod*

15 ICANN By-Laws, Article I, Section 2: “4. Seeking and supporting broad, informed participation reflecting the functional, geographic, and cultural diversity of the Internet at all levels of policy development and decision-making.”

16 ICANN, Board Action on, and Implementation of, the Accountability & Transparency Review Team Final Report June 2011, <http://www.icann.org/en/accountability/atrt-report-25jun11-en.pdf> (abgefragt: 1.9.2011).

17 ICANN, Inc.: Accountability and participation in the governance of critical Internet resources, <http://www.internet-governance.org/publications.html> (abgefragt: 1.9.2011).

18 Independent Review of ICANN’s Accountability and Transparency – Structures and Practices, <http://www.icann.org/en/transparency/owt-report-final-2007.pdf> (abgefragt: 1.9.2011).

Beckstrom wird die ICANN als Musterbeispiel einer transparenten und partizipatorischen Internationalen Organisation angesehen. Dies ist sicherlich das Ziel der ICANN. Alle Berichte bescheinigen wesentliche Fortschritte im Multistakeholderprozess bzw der Accountability, aber auch viele Schwachstellen.

Transparenz: ICANN gehört nach Bewertung aller Evaluierungsberichte sicherlich zu den transparentesten Internationalen Organisationen. Über die Website wird eine Vielzahl von Dokumenten publiziert. Als Sprache dominiert Englisch, aber viele Dokumente sind nunmehr auch in anderen Sprachen verfügbar. Als Defizite sind unstrukturierte Darstellung der Informationen, das Fehlen von Dokumentregistern, die lange Liste von Gründen für die Nichtveröffentlichung von Dokumenten sowie sehr später Upload von Dokumenten anzuführen. Es gibt keinen Audit der Transparenz. Die Empfehlungen des ATRT fordern einen frühen Upload von Dokumenten, eine offenere Politik der Informationsweitergabe sowie die Veröffentlichung in mehr Sprachen.

Partizipation: Kern der Partizipation ist der Konsultationsprozess für alle wichtigen Dokumente der ICANN, der sich kontinuierlich verbessert hat und nunmehr übersichtlich gestaltet ist. Probleme gibt es bei der Zusammenfassung und Berücksichtigung der Stellungnahmen sowie der Auseinandersetzung mit diesem Input bei der Entscheidungsfindung. Die Empfehlungen des ATRT fordern eine detaillierte Begründung jeder Entscheidung einschließlich einer Darstellung, inwieweit die Ergebnisse des Konsultationsprozesses berücksichtigt wurden. Das ATRT verweist zu Recht auf die wenig formalisierte Einbindung des Governmental Advisory Committee (GAC), über das Regierungen ICANN unverbindlich aber oft wirksam beraten, und verlangt einen entsprechenden formalen Prozess einschließlich einer Definition von „Empfehlungen“ durch das GAC.

Direkte bzw. indirekte Rechenschaft der Organe: Vom Internet Governance Project wird das Fehlen einer direkten Rechenschaft der Organe gegenüber der globalen Internetgemeinschaft kritisiert. Die Auswahl der ICANN Direktoren erfolgt durch das Nominating Committee, in dem die Internetnutzer nur indirekt durch die fünf Vertreter des Ad Large Advisory Committee (ALAC) vertreten sind. Es gibt kein Review Panel für bestehende Direktoren; diese können nur mit einer Dreiviertelmehrheit aller Direktoren abgesetzt werden. Die Interaktion innerhalb des ICANN Boards, mit anderen ICANN Organen sowie mit dem Sekretariat bleibt oft unklar. Die ATRT Empfehlungen sehen Verfahren und Transparenz für Fähigkeiten und Kompetenzen von ICANN Direktoren, eine Verbesserung der Transparenz des Nominating Committee, ein Gehaltsschema für Direktoren sowie eine bessere Interaktion, insbesondere mit dem GAC vor.

Evaluierung: Die ICANN unterliegt einem Review von unabhängigen Experten alle drei Jahre. Der ICANN Board hat sich regelmäßig selbst zu evaluieren. Das ATRT schlägt einen Plan regelmäßiger interner Reviews vor.

Beschwerde- und Prüfungsverfahren: Entscheidungen des ICANN Boards unterliegen einer Überprüfung des Reconsideration Committee sowie einem Independent Review Panel of Board Actions. Beide Aktionen sind für den ICANN Board nicht bindend,

weil dies nach kalifornischem Recht problematisch ist. Es gibt keine „Whistleblower Policy“. Beschwerden können auch beim ICANN Ombudsman vorgebracht werden. Das ATRT schlägt eine Verbesserung der Standards vor.

Der ICANN Board ist derzeit intensiv mit einer Umsetzung dieser Empfehlungen beschäftigt. Das Problem einer fehlenden Partizipation sowie auch der unzureichenden Repräsentation in den jeweiligen Gruppen und Organen der ICANN wird aber damit nicht gelöst. Hier wird genau zu beobachten sein, inwieweit sich die Situation in den nächsten Jahren verbessern wird.

Die ICANN unterliegt dem internationalen Recht und muss daher die internationale „Public Policy“ berücksichtigen. Dem GAC kommt hierbei eine entscheidende Rolle zu, weil den Empfehlungen die größte Vermutung auf Richtigkeit in oft strittigen Fragen zukommen wird. Hier steht die ICANN vor der bisher nur ansatzweise gelösten Aufgabe, sich in das System des internationalen Rechts bestmöglich einzuordnen. Die begonnene Ausarbeitung von Abkommen mit Staaten und Internationalen Organisationen ist ein sinnvoller Weg; müsste aber noch wesentlich intensiviert werden. Die Unterstellung der ICANN unter die Rechtsordnung der USA bzw Kaliforniens ist hierbei ein gewisses Problem.

6. Schlussfolgerungen

Das Multistakeholdermodell kann derzeit als einzig denkbare Form einer weltweiten Governance unter Einbeziehung der Wirtschaft und Zivilgesellschaft angesehen werden. Die ICANN stellt die bisher intensivste Verwirklichung des Modells dar. In den letzten Jahren wurde der Multistakeholderprozess wesentlich verbessert und ein hoher Standard an Accountability erreicht. Es bestehen aber noch viele kleine, aber auch größere Probleme wie die fehlende Auswahl und Rechenschaft des ICANN Boards gegenüber der globalen Internetgemeinschaft oder die unzureichende Einbindung der ICANN in die Staatengemeinschaft und das internationale Recht. Accountability ist ein gewisser, aber niemals voller Ersatz einer demokratischen Legitimierung. Als Zwischenschritt bewährt sich das Modell und bietet den Stakeholdern weitgehende Partizipationsoptionen. Von einer Kolonialregierung kann bei der ICANN daher nicht mehr gesprochen werden, wenn auch die Rolle der USA als Garant des Multistakeholderprozesses noch längere Zeit bestehen bleiben wird. Das Spannungsverhältnis zwischen unilateraler Regulierung durch Supermächte, der Governance der Staatengemeinschaft, der Regulierung der Territorialstaaten, der Partizipation der Stakeholder wie der Wirtschaft und der Zivilgesellschaft kann erst durch ein umfassend akzeptiertes Demokratiemodell auf weltweiter Ebene gelöst werden, was aber derzeit noch lange nicht absehbar ist.

Cyberwar: A Real Threat Justifying Repressive Countermeasures?

Georg Kerschischnig

1. Introduction

Today, information and communication technology (ICT) penetrates all aspects of modern life, not only tremendously facilitating the latter, but also creating manifold vulnerabilities. Hardly a day passes without yet another cyberincident making it into the news. However, unless they are clearly exploiting ICT for profit, the perception of these incidents often remains fuzzy. In some cases, an incident may even amount to a threat to national, regional, or international security. In this regard, recent history shows worrying patterns emerging in cyberspace that merit timely analysis.

The issue drew sudden attention for the first time when cyberattacks paralyzed the ICT infrastructure of the Baltic country of Estonia in 2007. The seriousness of this incident was confirmed by nothing less than the establishment of the NATO *Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, dedicated to tackling future incidents. During the following two years, large scale cyberattacks occurred in Georgia and Kyrgyzstan, in connection with a conventional armed conflict and domestic political tensions, respectively. Other real-world conflicts tend to be mirrored in cyberspace as well, although to a smaller extent. The discovery of large-scale spy networks (e.g. GhostNet, ShadyRAT) shed light on the alarming trend of cyberespionage. Finally, the infiltration of the Iranian nuclear program (StuxNet) demonstrated the vulnerability of critical infrastructure on the one hand, and the apparent will of certain actors to potentially use cyberspace for acts of sabotage on the other hand. Some governments and regional organizations have already realized that the integrity of their information infrastructure might be at stake, and have taken first policy decisions towards its protection. However, from a global point of view, efforts appear so far only in a piecemeal manner, which requires states to take the initiative on their own. Currently, cyberdefense is largely in the hand of the private sector and confined to passive defensive countermeasures. But what if a State finds itself to be the target of such severe cyberattack that the latter prove insufficient? Can it take unilateral repressive countermeasures? How far-reaching can these be, and which limits does public international law impose in this regard? These questions will be addressed in this contribution.

2. The Definitional Framework

2.1. When Do Cyberattacks Become Relevant for Public International Law?

Although cyberspace poses manifold challenges for public international law, this contribution only focuses on the most troublesome manifestations of aggressive behavior in cyberspace, namely those that can represent threats to or breaches of international peace and security. To reach this threshold, a cyberattack has to be of a level and seriousness that makes it comparable to traditional events that fulfill this condition. In this regard, an objective view has to be taken in order to assess cyberattacks, since their subjective side is blurred by the particularities of cyberspace. Nonetheless, circumstantial evidence in large-scale cyberattacks in recent years has been increasingly suggestive of state involvement. Unsurprisingly, accused states have tended to fiercely deny any allegations and trivialize the occurrences. Conversely, states do not necessarily display restraint when boasting about their operational capabilities, and today it can safely be assumed that the major military powers possess cyberwarfare capabilities. On the non-state actor side, no terrorist organization has ever claimed authorship. This is probably due to the fact that no cyberattack so far has had the features of a terrorist attack. Still, little is known about the operational capabilities of known terrorist organizations in this regard, even if they are generally assumed to be marginal.

With the anonymity of cyberspace and the lack of international instruments of cooperation between states, cyberspace investigations are likely to lead nowhere. Nevertheless, unilateral investigations and social network analysis might reveal origin and motivation behind an attack. Examined together with cyberforensic data, national military strategies, and geopolitical events, circumstantial assumptions might still point to a state or certain non-state actor group as perpetrator.¹ The legal analysis, on the other hand, must run along the lines of the relevant legal frameworks. Cyberattacks by these actors therefore conceptually split up into cyberwar (between state actors on both sides) and cyberterrorism (between a state/society on one side and independent non-state actors on the other). In both cases, cyberspace serves as a central instrument and not only as a mere vector.²

2.2. What Are Cyberwar and Cyberterrorism?

In the media, the term cyberwar tends to be massively overused and applied to any intrusion through cyberspace, regardless of target, actor, or scale, while reactions from

1 Cf. Project Grey Goose Phase II Report, The evolving state of cyber warfare, 03-20-2009, 5, <http://tinyurl.com/c93pd8> (all cited web sources are correct as of 26 September 2011).

2 As opposed for instance to the use of cyberspace for terrorist purposes (e.g. internal and external communication, fundraising, information gathering) or instrumental uses of cyberspace in warfare (e.g. psychological operations via email instead of traditional mail, Youtube and Twitter instead of TV and radio) and the physical or electronic destruction or manipulation thereof (e.g. electronic warfare).

key figures range from perceiving cyberwar as a serious threat to dismissing it as a “terrible metaphor”.³ The term has certainly no internationally agreed legal definition and even in eminent literature it is used in different contexts and with different meanings. Cyberwar as employed in this contribution is a geopolitical hostile conflict between states carried out in cyberspace, amounting to more than the infliction of mere hardship on another state or its people.⁴ Included are also such conflicts that involve actions of non-state actors that are attributable to states and of groups that possess state-like features. A state of conflict or crisis is a prerequisite for cyberwar, an armed conflict, however, not necessarily.⁵ Cyberwar can appear stand-alone, or prepare for or come in concert with a conventional attack.⁶

For space constraints, the strategic reasons behind the use of cyberwar⁷ will be as much left aside here as the pertinent military terminology, which subordinates the latter under the much broader concept of information operations⁸ and divides it in offensive, defensive, and intelligence-gathering activities.⁹ Still, the difficulty to draw a clear line between cyberespionage and cyberwar should be briefly mentioned at this point. Depending on the type of attack, and in particular in its preparatory stage, cyberwar tends to build on exploiting actions that would rather hint at cyberespionage (e.g. probing, mapping, creation of backdoors). Offensive and defensive actions (e.g. the disruption, corruption, or destruction of data or flows of information) may only follow at later stages upon activation of the cyberweapon. In the first stage, stealth is often key, given that cyberweapons consist of code that is sensitive to any type of disclosure and susceptible to the swift development of countermeasures.¹⁰ This creates a major headache for those engaged in cyberdefense, confronting them with the question whether a detected exploitation is an instance of cyberespio-

3 See, for example, UN Secretary-General, Pay more attention to cyberwarfare, verification, Secretary-General advises in remarks to Advisory Board on Disarmament Affairs, SG/SM/12108, UN Secretary-General, 02-18-2009, <http://tinyurl.com/452hmab>; Singel Ryan, White House Cyber Czar: ‘There Is No Cyberwar’, in: *Wired.com*, 03-04-2010, <http://tinyurl.com/ycsr9e2>.

4 See generally Greenberg Laurence T./Goodman Seymour E./Soo Hoo Kevin J., *Information Warfare and International Law*, Washington DC (National Defense University Press), 1998, 18, <http://tinyurl.com/67k7vkc>.

5 Cf. Schmitt Michael N., *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, 1999, 7, <http://tinyurl.com/3un9g2k>.

6 See also *ibid.*, 11.

7 These include the low cost and anonymity of cyberweapons, their geographically independent use, their suitability as force multipliers, the possible exploitation of novel vulnerabilities of an enemy’s armed forces (e.g. backdoors due to “chipping” or supply chain disruption) and the susceptibility of an enemy’s critical infrastructure to cyberattacks in a war of attrition.

8 Information operations also include electronic, robotic, and psychological warfare. See also Barkham Jason, *Information Warfare and International Law on the Use of Force*, in: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, 2001, No. 1, 61.

9 See generally Schmitt, *supra* note 6, 7; Ryan Michael E. (ed.), *Information Operations*, Air Force Doctrine Document 2-5, 08-05-1998, <http://tinyurl.com/4yac74y>.

10 Cf. Riley Michael/Vance Ashlee, *Cyber Weapons: The New Arms Race*, in: *Bloomberg Businessweek*, *businessweek.com*, 07-20-2011, <http://tinyurl.com/3ehcpa8>.

nage or rather the first stage of a future cyberattack. Cyberespionage is much more common than cyberwar, being used for corporate, military, and political ends,¹¹ and requires much different responses than cyberwar does (notably, counter-intelligence). Not only states, but also non-state actors might be tempted to engage in violent cyberattacks. If these are taken in order to intimidate or coerce a government or group to comply with a certain objective, we speak of cyberterrorism.¹² However, this ultimate goal faces a factual challenge, since the intentional element is practically void in cyberspace, due to the obscurity surrounding cyberattacks. This either jeopardizes the whole concept of cyberterrorism, or leaves it to be defined by circumstantial evidence and – more importantly – its actual or potential violent effects. While the latter might be objectively measurable, another distinctive element of cyberterrorism is certainly not: cyberfear, the subjective fear of the unknown.¹³ Contributing to this are factors such as the sometimes overestimated power of technology, new and poorly understood interdependencies and vulnerabilities, faceless ethereal perpetrators, and random victimization.¹⁴ This adds just another layer of complexity to the definition of violence in cyberspace.

3. Countermeasures

3.1. Introduction

Countermeasures are remedial actions taken by a state to avert or to respond to an unlawful situation. They can range from retorsions over reprisals to self-defense. A retorsion in international law is an unfriendly – but not illegal – act by a state in response to an unfriendly or unlawful act by another state, while a reprisal is an act that is *per se* illegal under international law but that can be justified as a response to an unlawful act of another state. Self-defense is usually understood as a forcible reaction to an ongoing armed attack, aimed at stopping the latter and subject to a stringent requirement of immediacy. For any countermeasure against cyberattacks, the occurred or imminent damage must be unambiguously linked to the cyberattack, and the attack must be beyond any doubt attributable to the aggressor. One might raise the – perfectly valid – objection that these preconditions are diametrically opposed to the obscurity and anonymity of

11 See also Lewis James A., Cybersecurity and critical infrastructure protection, in: Forest James J. F. (ed.), *Homeland Security: protecting America's targets*, Vol. III: Critical Infrastructure, Westport, CT (Praeger Security International), 2006, 325 et seq.

12 See also Kamal Ahmad, *The Law of Cyber-Space, An Invitation to the Table of Negotiations*, Geneva (United Nations Institute for Training and Research, UNITAR), 2005, 66, <http://tinyurl.com/yavbep2>.

13 See generally Gordon Sarah/Ford Richard, Cyberterrorism?, *Computers & Security*, Vol. 21, 2002, No. 7, 636 et seq.; Thomas Timothy L., Al Qaeda and the Internet: The Danger of "Cyberplanning", in: *Parameters*, Vol. XXXIII, Spring 2003, 115, <http://tinyurl.com/6hsj7ec>.

14 See also Dunn Cavely Myriam, Cyber-Terror – Looming Threat or Phantom Menace? The Framing of the US Cyber-Threat Debate, in: *Journal of Information Technology & Politics*, Vol. 4, 2007, No. 1, 30, <http://tinyurl.com/5vsk2kt>; Weimann Gabriel, *Terror on the Internet, The New Arena, the New Challenges*, Washington DC (United States Institute of Peace Press), 2006, 150.

cyberspace. But such concerns have to be shelved at this point, and the abstract legal analysis can only be done under the assumption that these preconditions are met. In order to identify the legally valid form and scale of countermeasures to a cyberattack, the latter has first to be objectively classified to avoid unnecessary and disproportionate reactions. The legal classification of cyberattacks can stretch from interventions over “mere” use of force to armed attacks, according to their scale and in exceptional cases to their target. While not excluding the possibility that certain actions in cyberspace can have economic effects, their inherent intrusiveness distinguishes cyberattacks from externally driven economic coercion on the one hand and also suggests the encroachment of territorial integrity on the other.¹⁵ Even if a violation of territorial integrity were denied, cyberattacks as use of force – or even as a new form of “cyberforce”¹⁶ – could still be contrary to the purposes of the UN, and therefore a violation of the prohibition of the use of force.

3.2. Cyberattacks as Use of Force

Traditionally, international law only recognizes physical damage or personal injury as use of force. Taking place in an ethereal space, cyberwar lacks the physicality of traditional armed confrontations, both in terms of physical entry of armed forces into foreign territory and physical manifestation of the use of weapons. But as cyberattacks lack these physical characteristics, this “instrumentality” approach would *a priori* deny them quality as armed force.¹⁷ Still, cyberattacks can cause substantial physical damage just as well as they can achieve conventional military objectives while keeping physical damage to a minimum.¹⁸ The instrumentality approach does not take into account that for the classification as weapon, not only the tool itself, but also the intent and the suitability to cause damage and/or injury have to be taken into account.¹⁹ Yet, in practice these conditions are more than unclear in the obscurity of cyberspace, which not only hampers the attribution of cyberattacks to a particular actor, but also the assessment of the actual or potential damage.

Considering the difficulties in evaluating the true potential of cyberattacks, it might seem plausible to conversely classify all cyberattacks as use of force. However, this could be contrary to the exclusion of other uses of coercion from the prohibition of the

15 See also Barkham, *supra* note 9, 84.

16 See generally Benatar Marco, *The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?*, in: *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, 2009, No. 3, 375 et seq.

17 Cf. Hollis Duncan B., *New Tools, New Rules: International Law and Information Operations*, in: *Temple University Legal Studies Research Paper Series*, Vol. 15, 2007, 7, <http://tinyurl.com/6a3g6yt>.

18 Cf. *ibid.*, 3.

19 See also Dittmar Falko, *Angriffe auf Computernetzwerke, Ius ad bellum und ius in bello*, Berlin (Duncker & Humblot), 2005, 90 et seq.

use of force in Art 2 (4) UN Charter.²⁰ Still, being inherently intrusive, cyberattacks can also not be generally classified as forms of coercion that operate externally, such as economic or political aggression. Cyberattacks can affect their targets in a way that neither kinetic force, nor political, nor economic sanctions could.²¹ In fact, their characteristics make a cyberattack resemble more an attack by conventional weapons than a form of economic coercion.²² Cyberattacks are simply too multi-faceted and too unpredictable for a general classification.²³ Hence, if any, a categorization can only run along the lines of their actual or potential effects.

Cyberattacks that are intended to cause direct physical damage and the loss of life would without any doubt fall under the prohibition of the use of force. This “consequentiality approach”²⁴ does not only refer to the prohibition as laid down in the UN Charter, but also to its customary foundation, and its validity as *ius cogens*. Even the traditional interpretation of use of force as armed force does not disqualify cyberattacks. First, kinetic force is not a prerequisite for armed force, direct physical or injurious damage suffices.²⁵ Second, it is irrelevant if an agency is considered a weapon or a form of warfare, since also non-military objects can be employed in a way that unequivocally amounts to a use of force (e.g. civilian plane as projectile as in the 9/11 terrorist attacks).²⁶ Third, a comparison to conventional indirect weapons shows that the indirectness of the effects caused by cyberattacks does not harm a classification as use of force, as long as destructive effects materialize. However, exclusively relying on the consequentiality approach creates a paradox: a small and contained cyberattack that causes direct physical, tangible destruction, but has no grave consequences would constitute a use of force, whereas an attack that results in large-scale financial damage by destroying non-physical, intangible data would not. In this regard, the consequentiality approach excludes the very consequences that make cyberattacks so novel.²⁷ For example, a cyberattack against a single power generator that causes it to overheat and explode would count as a use of force, even if the incident had no severe consequences.

20 Cf. Barkham, *supra* note 9, 84.

21 Cf. Hollis, *supra* note 18, 8; Benatar, *supra* note 17, 391.

22 See also Morth Todd A., *Considering our position: Viewing Information Warfare as a Use of Force Prohibited by Article 2(4) of the U.N. Charter*, in: *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 30, Spring/Summer 1998, No. 2/3, 595 et seq.

23 See also Ziolkowski Katharina, *Computernetzwerkoperationen und die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, Zum „virtuellen Raum des Internet und dem Schutzstandard der vor 30 Jahren in Kraft getretenen Protokolle*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften / Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Vol. 4, 2008, 203.

24 Cf. Hollis, *supra* note 18, 7.

25 Cf. Schmitt, *supra* note 6, 17 et seq; Owens, Owens William A./Dam Kenneth W./Lin Herbert S. (eds.), *Technology, Policy, Law, and Ethics Regarding U.S. Acquisition and Use of Cyberattack Capabilities*, Washington, DC (The National Academies Press), 2009, 254, <http://tinyurl.com/6dadly7>.

26 But see Brownlie Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford (Oxford University Press), 1963, 362.

27 Cf. Hollis, *supra* note 18, 8.

Conversely, a cyberattack against financial transaction systems, targeting intangible software and data, that collapses the economy by hitting one of its cornerstones, would not. This illustrates that maybe the time has come to reflect the technological progress of the past decades and the ensuing dependency on technology experienced by modern societies. In the 21st century, cyberspace has gained sufficient importance that in light of the advent of cyberwar, the case could be made to integrate certain types of intangible damage into the concept of the use of force, if justified by the scale and severity of the damage. The growing frequency of cyberincidents, the shift in national security policies, and the increased attention cyberthreats receive also outside of the cybercrime context support this notion. The continuing lack of debate among the international community on this question cannot be used as a countering argument for this observation. The points outlined above rather show that cyberattacks do not fit into traditional categories, such as armed force or economic coercion. They lie somewhere in between, and as long as there is no legal authority directing otherwise, the issue has to be placed within the traditional prescriptive system.²⁸

4. Self-Defense against Cyberattacks

Art 51 UN Charter allows self-defense only in a very limited manner, and in particular only against an armed attack. Self-defense (i.e. forcible self-defense) against a cyberattack therefore could only be justified if it came in unison with a conventional armed attack, or, when employed as only means, if their effects amounted to an armed attack. The threshold of an armed attack can be defined by its scale, its type, or its target. Also an act of aggression can be indicative of an armed attack, as defined by the *Definition of Aggression* by the UN General Assembly.²⁹

While self-defense could no doubt be exercised against cyberattacks that come in unison with conventional armed force, this is less clear in the case of a stand-alone cyberattack. Under the current use of force paradigm, the latter would have to cause substantive physical damage comparable to traditional armed attacks in order to justify self-defense. Under a revised understanding of the use of force, as stipulated above, also massive intangible damage could invoke self-defense. Without tapping into the controversy of anticipatory self-defense, it must not be forgotten that a cyberattack might be detected at an intrusive stage prior to its operability. Here, it is up to the target state to assess whether an attack is imminent. Whether eventual self-defensive measures are taken justifiably, prematurely, or completely unwarrantedly can only be assessed *a posteriori*. This clearly disadvantages the target state. In theory, also the outlook for third states that might unwittingly become involved in a cyberattack is grim since a state can

28 See also Schmitt, *supra* note 6, 18.

29 GA Res. 3314 (XXIX) of 14 December 1974.

exercise self-defense against any source of an armed attack. In reality, of course, it is highly unlikely that a state would take self-defensive measures against a third state in case of a cyberattack. Still, in particular in the context of a geographically distributed attack (e.g. botnets), the target state might decide to take other countermeasures.

A state could even exercise self-defense against a cyberattack that did not originate from the armed forces of another state. In fact, the difficult attribution and the possible massive non-state actor involvement in cyberattacks make indirect force (i.e. the use of non-state actors by a state for the administration of force against another state) the primary concept of cyberwar. States might task or at least encourage non-state actors to undertake cyberattacks. Outsourcing cyberwar is cost effective, and expertise is concentrated in the private sector. The lynchpin of indirect force, however, is that the state exercises effective control over the non-state actors.³⁰ So far there has been no proof that private cyberwarriors were ever called to aggressive action, and official support to non-state actors seems to develop in a rather low-profile manner, if any. Still, maybe ahead of their time, judges *Schwebel* and *Jennings* warned in dissenting opinions to the *Nicaragua* case of the ICJ that the element of mere support should not be underestimated.³¹

5. Countermeasures against Non-State Actor Cyberattacks

But what about self-defense against cyberattacks by non-state actors that neither enjoy support nor encounter sanctioning by their state of nationality? Without judging whether the scale of the 2007 cyberattacks against Estonia amounted to cyberterrorism, the case at least highlights the problem of so-called “patriotic hackers”, with Russian hackers attacking the ICT infrastructure of Estonia, following a political incident evoking grievances among the Russian minority there. This begs the question if states could have the duty to prevent cyberattacks launched from their territory.³²

Lacking international treaties on cybersecurity and an established “culture of cybersecurity” in current state practice, no direct obligation can currently be found in treaty-based or customary international law. Only a more general obligation might be deducted from the principle of non-intervention or from a wider interpretation of the prohibition of the use of force. Or, it could be residing in an eventual duty of a state to prevent its citizens from infringing upon another state’s rights. For example, a state that resorts to a “live and let live” basis in relation to hackers, could risk being held respon-

30 See generally Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. 2, Part 2, New York etc., 2001, 48.

31 Cf. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 06-27-1986, in: ICJ Reports (1986), 346, para. 171; *ibid.* 544 et seq.

32 See generally YBILC *supra* note 31, 39; Gray Christine, *International Law and the Use of Force*, Vol. 3, Oxford (Oxford University Press), 2008., 134 et seq.

sible for their actions. The ICJ affirmed this in two cases,³³ underlining that a state failing to appropriately protect the interests of another state can bear international responsibility for this omission, in particular if the infringements of another state's rights appear in the shape of an armed attack.³⁴

Consequently, if a state is notified that attacks emanate from its territory, it has to take preventive measures. If the source state does not have the means to do so, or if it rejects, and if the cyberattacks amount to an armed attack, the source state is bound to acquiesce self-defensive measures taken by the target state, since there is no right of self-defense against self-defense. There is, however, the quandary of two mutually exclusive imperatives: cyberattacks need swift responses, and the timeframe for self-defense might be very limited, but, on the other hand, the source state must be given notice and appropriate time to react before self-defense can be exercised. Anyway, the possibility of self-defense in such situations could have the positive side-effect of discouraging states from using private actors as proxies. But the danger of this approach of "culpable tolerance"³⁵ is one of false positives: non-state actors could try to provoke self-defense in the hope of instigating a wider conflict or draw attacks on uninvolved parties.³⁶ Self-defense against particularly severe cyberattacks by non-state actors might also be justified with the fight against terrorism. The gradual loss of controversy over the exercise of self-defense against terrorist attacks dates back to the 9/11 attacks.³⁷ Since the international community unequivocally condemns all forms of terrorism, a condemnation of cyberterrorism could be implied.

6. Are the Countermeasures Repressive?

The determination of form and scale of countermeasures against cyberattacks is exacerbated by the diversity of attack patterns and the general lack of experience with cyberattacks. The attacks have to be assessed on a case-by-case basis, dependent on their scale, type of target, and temporal constraints. Since the timing of cyberattacks is measured in milliseconds rather than minutes or hours, countermeasures have to be taken immediately and – if need be – even automatically.³⁸ The haziness of cyberspace is prone to making it immensely difficult for states to find the appropriate level of countermeas-

33 ICJ, *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of 04-09-1949, in: ICJ Reports (1949), 22; ICJ, *Case Concerning United States Staff and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment of 24 May 1980, in: ICJ Reports (1980), 3 et seq.

34 See also Dinstein *Yoram, War, Aggression and Self-Defence*, Vol. 4, Cambridge (Cambridge University Press), 2005, 205 et seq.

35 See also Libicki Martin C., *Cyberdeterrence and Cyberwar*, Santa Monica, CA (RAND Corporation), 2009, 98 et seq., <http://tinyurl.com/yjllbla>.

36 See also Barkham, *supra* note 9, 99.

37 See generally Gray, *supra* note 33, 198 et seq.

38 Cf. Interview with Dr. Mark Maybury, Chief Scientist, US Air Force, in: *Janes's International Defence Review*, Vol. 44, June 2011, 74.

ures, while avoiding both excessive and inadequate measures. This will particularly be the case when a cyberattack falls in a legal grey area where the legality of self-defense is unclear. Without clear legal categorization as armed attack, a state will be bound to always gauge countermeasures in a purely reciprocal way, avoiding more severe effects than the original cyberattack caused. Otherwise, the countermeasures themselves could represent the first instance of an armed attack, entitling the target to exercise self-defense against them and thereby only escalate the crisis.

As for the most appropriate form, countermeasures against stand-alone cyberattacks should clearly be delivered through cyberspace themselves, along the lines of a counter-cyberattack. This would parallel the type of action *Dinstein* calls “on-the-spot reaction”, an immediate answer of a kind similar to the attack that neutralizes the threat without leading to an all-out war.³⁹ Yet, there is no legal basis in the UN Charter for this countermeasure, which is a hybrid between self-defense, law enforcement, retorsion, and reprisal.

But if a state does not have the capabilities for cyberspace countermeasures, or if it lacks proper targets because the aggressor has taken the relevant precautions, it might feel impelled to resort to self-defense in the form of conventional use of force. In terms of necessity this might be justifiable, and self-defense is also not bound to the means employed in the initial attack. Still, shifting from intangible to kinetic force seems contrary to the principle of proportionality. The element of physical destruction imposes a crossroads here. If a cyberattack causes physical destruction, the likewise physical destruction of either the source of the attack or a target comparable to the one that took damage in the cyberattack would be legitimate self-defense, as long as there was no retaliatory element to it, and if self-defense was objectively necessary to stop ongoing attacks or anticipate future attacks.⁴⁰

7. Conclusion

This contribution highlights the legal pitfalls of the traditional use of force paradigm when it comes to cyberattacks. Under the current legal regime that does not recognize intangible damage, any countermeasure to a cyberattack not involving physical destruction can by definition never be self-defense, given that there was no ground for self-defense – namely an armed attack – in the first place. Hence, a countermeasure can only either be a retorsion or, more likely, a reprisal. The latter will particularly be the case when conventional force is used or if the countermeasure causes physical damage. This

39 See generally *Dinstein*, supra note 35, 219 et seq; see also Joyner Christopher C./Lotrionte Catherine, Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework, in: *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, No. 5, 852 et seq.

40 See also *Barkham*, supra note 9, 83.

is somehow unsatisfactory, given that reprisals are *per se* illegal and have to be justified *a posteriori*, whereas self-defense can be taken in good faith based on the perception of a threat at the time of its occurrence.

If, on the other hand, even cyberattacks causing intangible damage are regarded as use of force, a forceful response – be it a cyberspace countermeasure causing physical damage or a countermeasure involving conventional force, the latter can more easily be explained as justified reprisals. If a cyberattack is so massive that it becomes tantamount to an armed attack, it could even invoke the right to forceful self-defense.

Unfortunately, the realities of cyberspace that make attribution exceptionally complex and grant quasi limitless deniability to perpetrators make the whole situation prone to misjudgment and escalation. If it were no longer possible to contain negative effects of cyberattacks by local technical defensive measures, repressive countermeasures might be exercised against whatever source, regardless of its legal identity.⁴¹ This is a strong argument for the international community to come together and debate the issue. That this is timely is demonstrated by the recent StuxNet cyberattack against the Iranian nuclear program. Although it has not been reported how and to what extent StuxNet slowed down the program, it had the capability to spin up centrifuges to a point where physical destruction could have become inevitable. Without speculating about the possible magnitude of the bang or the masterminds behind StuxNet, the situation begs the question of how Iran would have reacted had physical damage and maybe even injury occurred.

In the end, the optimal reaction to cyberattacks is probably less found in repressive countermeasures than in mutual agreements of non-use, self constraint, cooperation, and discouragement of private actors from engaging in cyberattacks.

Mag. Dr. Georg Kerschischnig studied law at the University of Graz and wrote his doctoral thesis on cyberthreats and international law. Currently, he is working as Associate Political Affairs Officer for the United Nations Department of Political Affairs. The views expressed in this publication are solely those of the author and do not necessarily reflect the views of the United Nations or its Subsidiary Bodies; kerschischnig@gmail.com

41 Of course, international humanitarian law sets strict limits in this regard, which is a tremendously complex issue by itself.

Die alten commons als Basis einer neuen Gesellschaft?

Reflexionen zum Konzept des common und commonwealth von Hardt und Negri im Kontext der Internetgemeinschaft

Judith Schacherreiter

1. Begriff und Geschichte des common

In ihrem jüngsten Buch „Commonwealth“¹ mit dem Michael Hardt und Antonio Negri an „Empire“² und „Multitude“³ anknüpfen, beschreiben sie „the common“ als Basis für eine neue soziale und ökonomische Ordnung, einer neuen nichtkapitalistischen Gesellschaft, die sie als Altermodernität⁴ bezeichnen. Der Buchtitel bezieht sich in diesem Kontext auf eine Welt des „common wealth“, das heißt des gemeinsamen Wohlstands, Besitzes und Reichtums.⁵ Und mit „the common“, so Hardt und Negri „we mean, first of all, the common wealth of the material World – the air, the water, the fruits of the soil, and all nature’s bounty – which in classic European political texts is often claimed to be the inheritance of humanity as a whole, to be shared together. We consider the common also and more significantly those results of social production that are necessary for social interaction and further production, such as knowledges, languages, codes, information, affects, and so forth.“⁶ Im Hinblick auf dieses zweite, das produzierte common spielt das Internet eine wichtige Rolle.

Es ist kaum möglich den Begriff „the common“ in die deutsche Sprache zu übersetzen ohne wichtige Bedeutungsdimensionen zu verlieren. So spricht etwa die deutsche Ausgabe des Hardt/Negri-Buches⁷ vom „Gemeinsamen“. Dies ist wohl eine der bestmöglichen Übersetzungen und dennoch verschwindet in ihr der historische Kontext des englischen Begriffs des common. „The commons“ bezog sich nämlich ursprünglich auf gemeinschaftlich genutzte Landflächen im vorkapitalistischen England. Diese wurden im Zuge der so genannten „enclosure movements“ (Bewegungen der Einfriedung, Ein-

1 Michael Hardt/Antonio Negri, *Commonwealth* (2009).

2 Hardt/Negri, *Empire* (2002).

3 Hardt/Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire* (2004).

4 Zum Begriff der Altermodernität gleich unten.

5 Hardt/Negri, *Commonwealth*, xiii.

6 Hardt/Negri, *Commonwealth*, viii.

7 Hardt/Negri, *Common Wealth. Das Ende des Eigentums* (2010).

zäunung) in individuelles Eigentum umgewandelt, wobei dieses in der Folge typischerweise nicht den ursprünglichen Nutzern (commoners) sondern den lords zufiel.⁸ In diesem Kontext würde den englischen commons in der deutschen Sprache der Begriff der Allmende entsprechen, der nämlich ebenso im Rahmen der feudalen Bodenordnung das von den Bauern gemeinschaftlich genutzte Land bezeichnete.⁹ Hardt und Negri beziehen sich in ihrem Buch zwar primär auf immateriale Gemeinschaftsgüter, knüpfen dabei aber an historische und gegenwärtige Formen der gemeinschaftlichen Bodennutzung an und bedienen sich auch anderer Begriffe der englischen Agrargeschichte. So bezeichnen sie etwa aktuelle Privatisierungen von Gemeinschaftsgütern als „enclosure“.¹⁰ Auch in anderen aktuellen Debatten über commons und Gemeinschaftsgüter stellt die gemeinschaftliche Bodennutzung einen wichtigen Bezugspunkt dar.¹¹ Deswegen ist es auch problematisch, wenn durch Übersetzungen diese historische Dimension aus dem Blick gerät. Im Folgenden wird daher der englische Begriff des „common“ bzw der „commons“ beibehalten.

Freilich stellt sich dabei grundsätzlich die Frage, ob Konzepte der feudalen Bodenordnung wirklich als Basis einer neuen Gesellschaft dienen können – und eine solche streben Hardt und Negri ja an. Handelt es sich dabei nicht um einen reaktionären Romantizismus? Nicht unbedingt. Die Idee, in einer neuen nichtkapitalistischen Gesellschaft an diese Konzepte anzuknüpfen ohne in eine vormoderne Gesellschaftsordnung zurückzufallen findet sich etwa auch bei Karl Marx und dem peruanischen Marxisten José Carlos Mariátegui. Auf diese beiden Denker nehmen Hardt und Negri auch explizit Bezug.¹² Wichtige Überlegungen von Marx zum Gemeinschaftsland finden sich etwa im ersten Band des Kapital, wo er unter dem Titel „Die ursprüngliche Akkumulation“ das erwähnte englische enclosure movement beschreibt,¹³ und in seiner Korrespondenz mit der russischen Revolutinärin Vera Sassulitsch,¹⁴ die Marx nach seiner Meinung zur Möglichkeit der Errichtung des Sozialismus in einem präkapitalistischen Land fragte.

8 Vgl etwa *J.M. Neeson*, *Commoners: Common Right, Enclosure and Social Change in England, 1700-1820* (1996); *Karl Polanyi*, *The great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Frankfurt (1978) 60 ff; *Thompson*, *Custom, Law and Common Right*, in *E. P. Thompson* *E. P., Customs in Common* (1991) 97 ff.

9 *Werner Rösener*, *Bauern im Mittelalter*, 4. Auflage (1991) 147, 152; *Karl Siegfried Bader*, *Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf* (1973) 5; *Ursula Flossmann*, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 6. Auflage (2008) 131, Fussnote 1.

10 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, viii f.

11 Vgl etwa *James Boyle*, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, *Law and Contemporary Problems* Vol 66, 2003, 33; *Hannibal Travis*, *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, *Berkely Technology Law Journal* 2000, 777.

12 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 83 f, 87 ff.

13 *Karl Marx*, *Das Kapital* Band I, nach der 4. von Engels durchgesehen und herausgegebenen Auflage, Hamburg 1890, Berlin (1947, 1962) 741 ff.

14 *Karl Marx*, *Brief an V.I. Sassulitsch vom 8. März 1881*, *Karl Marx u. Friedrich Engels – Werke*, Band 19, Karl Dietz Verlag, Berlin (1962) 242 f; *Karl Marx*, *Entwürfe einer Antwort auf den Brief von V.I. Sassulitsch*, Februar-März 1881, ebd 384 ff.

Das englische enclosure movement mündete nach Marx in einer „Expropriation des Landvolks von Grund und Boden“ und war zentrale Voraussetzung für die Entwicklung der kapitalistischen Produktionsweise,¹⁵ weil sie sowohl eine freie Bevölkerung als auch einen freien Boden schuf. Die Bevölkerung wurde doppelt frei, nämlich frei von feudalen Bindungen und frei von Boden und damit auch von Produktionsmitteln. Sie stand daher hinkünftig den Fabriken als Arbeitskraft und den neuen Grundeigentümer_innen und Pächter_innen als Tagelöhner zur Verfügung.¹⁶ Auch der Boden war frei, konnte in einen „reinen Handelsartikel“ bzw in Privateigentum verwandelt und so von landwirtschaftlichen Großbetrieben genutzt werden.¹⁷ Dieselben Lebensmittel und Rohstoffe, die Bauernfamilien früher für den eigenen Verzehr aus ihrem Boden gewinnen konnten, wurden zu Waren. „[D]er Großpächter verkauft sie, in den Manufakturen findet er seinen Markt. Garn, Leinwand, grobe Wollenzeuge, Dinge deren Rohstoffe sich im Bereich jeder Bauernfamilie vorfinden und von ihr zum Selbstgebrauch verspinnen und verwebt wurden – verwandeln sich jetzt in Manufakturartikel, deren Absatzmarkt grade die Landdistrikte bilden.“¹⁸ Mit der neuen Bodenordnung wurden die Voraussetzungen für den Übergang von der feudalen in die kapitalistische Gesellschaft geschaffen.¹⁹ Ausschlaggebend ist nach Marx, dass mit der Expropriation des Landvolks einerseits Land zur Ware wird und andererseits „große Menschenmassen plötzlich und gewaltsam von ihren Subsistenzmitteln losgerissen und als vogelfreie Proletarier auf den Arbeitsmarkt geschleudert werden.“²⁰

Ginge man nun davon aus, dass der Kapitalismus eine notwendige Entwicklungsstufe der Menschheitsgeschichte darstellt, könnte man daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass auch die Zerstörung und Privatisierung von Gemeinschaftsland geschichtlich notwendig sind. So findet sich in der europäischen Philosophie (etwa bei Grotius, Locke, Rousseau und Kant) die Erzählung, dass Land und natürliche Reichtümer zwar von den Menschen ursprünglich gemeinschaftlich („in common“) genutzt wurden, der Übergang zur Zivilisation aber die Beseitigung von Gemeinschaftsbesitz und die Errichtung von Privateigentum erfordere.²¹

Karl Marx, aus dessen Texten ebenfalls eine solche Notwendigkeit des geschichtlichen Prozesses abgeleitet wurde, nimmt dazu explizit in der erwähnten Korrespondenz mit

15 Marx, Das Kapital Band I, 741 ff.

16 Marx, Das Kapital Band I, 752, 774.

17 Marx, Das Kapital Band I, 752.

18 Marx, Das Kapital Band I, 775.

19 Marx, Das Kapital Band I, 742 f.

20 Marx, Das Kapital Band I, 744.

21 Hugo Grotius, De iure belli ac pacis – Vom Recht des Krieges und des Friedens, Band 1, 1625, Ausgabe der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Klassiker des Völkerrechts, Thübingen, 1950, II.II.II.4., II.II.II.5, II.III.IV.1; John Locke, Two Treatises of Government, 1698, mit Kommentaren von Peter Laslett, 19. Auflage, Cambridge, England (2009), §§ 25 f, 27 f, 34; Jean-Jacques Rousseau, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen, 1754, Ausgabe Reclam, Stuttgart (1998) 65, 74, 84, 100; Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Erster Teil in: Die Metaphysik der Sitten (1797/98) §§ 6, 10, 13.

Vera Sassulitsch Stellung. Die russische Revolutionärin fragte ihn im Hinblick auf eine solche Interpretation der marxistischen Theorie, ob er eine sozialistische Revolution in Russland als einem vorkapitalistischen Land für möglich halte. Sein Antwortschreiben,²² das insofern als Bruch mit seinem früheren Denken oder zumindest mit früheren Marx-Interpretationen verstanden werden kann, leitet Marx mit der Bemerkung ein, dass es offenbar notwendig sei, einige „Missverständnisse [s]einer sogenannten Theorie“ aufzuklären. Er hätte zwar die Expropriation der Ackerbauern als eine notwendige Vorstufe zur kapitalistischen Entwicklung analysiert, dies aber mit Beschränkung auf die Geschichte Westeuropas. In Russland müsse keineswegs die Dorfgemeinde beseitigt werden, sie könne vielmehr ein tragender Stützpunkt der „sozialen Wiedergeburt Russlands“ werden. Bei der Vorbereitung dieses Briefes an Vera Sassulitsch fertigte Marx vier Entwürfe an, die in ihrer Gesamtheit einen tiefgründigen verallgemeinernden Abriss der russischen bäuerlichen Dorfgemeinde und der genossenschaftlichen Form der landwirtschaftlichen Produktion geben.²³

Neben Marx erwähnen Hardt und Negri auch José Carlos Mariátegui, der marxistische Theorie für den lateinamerikanischen Kontext aufbereitete. Mariátegui reiste 1920 nach Europa und beschäftigte sich dort mit sozialistischen und kommunistischen Bewegungen und Theorien. Vor diesem Hintergrund analysierte er in der Folge indigene Gemeinden seines Heimatlandes Peru, insb ihre gemeinschaftliche Landnutzung,²⁴ wobei er Parallelen zu den von Marx analysierten russischen Agrargemeinschaften zog.²⁵ Mariátegui kam dabei zu dem Schluss, dass es sich bei den indigenen Gemeinschaften um praktizierten Kommunismus handelt und spricht d bzgl vom „Inka-Kommunismus“.²⁶ Trotz vielfacher liberaler Angriffe vor allem auf das Konzept des Gemeinschaftslandes²⁷ konnten indigene Gemeinden ihre gemeinschaftliche Basis bewahren, so Mariátegui. Bis heute „wurde der Indio zu keinem Individualisten. [...] Im Gegenteil, der Kommunismus ist für den Indio nach wie vor Basis seines Widerstands.“²⁸

Gleichzeitig räumt Mariátegui ein, dass sich die prähispanischen Inkagesellschaften (wie andere Gesellschaften dieser Epoche auch) durch autokratische, theokratische und despotische Momente auszeichnen, die im Lichte der modernen Entwicklung überwunden werden müssen – dies allerdings ohne das Gemeinschaftliche, insb das Gemein-

22 Marx, Brief an V.I. Sassulitsch vom 8. März 1881, MEW Band 19 (1962) 242 f.

23 Marx, Entwürfe einer Antwort auf den Brief von V.I. Sassulitsch, Februar-März 1881, MEW Band 19 (1962) 384 ff.

24 Luis Sicilia, José Carlos Mariátegui. Un Marxismo Indígena, Argentinien (2007); José Carlos Mariátegui, El problema de la tierra, in ders, Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, Verlag era ua, Mexiko ua (2007) 46 ff.

25 Mariátegui, El problema de la tierra 60.

26 Mariátegui, El problema de la tierra 48, 50, 72, 73 f, Fußnote 15, 75.

27 Mariátegui, El problema de la tierra 61 ff; zu Mexiko Schacherreiter, Un mundo donde quepan muchos mundos. A postcolonial legal perspective inspired by the Zapatistas, Global Jurist (2009) Vol 11, Artikel Nr 10, 1; allgemein zu Lateinamerika Eric Hobsbawm, The Age of Capital. 1848-1875, Vintage Books, New York (1996) 189.

28 Mariátegui, El problema de la tierra 75.

schaftsland, aufzugeben. Unter diesen Voraussetzungen könnten die indigenen Gemeinden als aktuelle kommunistische Modelle dienen.²⁹

Diese Überlegung von Mariátegui interessiert auch Hardt und Negri.³⁰ Sich an Konzepten des agrarischen common zu orientieren bedeutet also keineswegs zwangsläufig danach zu streben feudale oder andere prämoderne Gesellschaftsordnungen wiederzuerichten. Gerade die von Mariátegui angesprochenen und bis heute bestehenden indigenen Gemeinden sind dafür ein Beispiel, soweit man sie nicht fälschlicherweise als historisch eingefrorene präkoloniale Organisationsformen betrachtet, sondern als Gesellschaften, die ihrerseits über die Jahrhunderte hinweg eine eigenständige Entwicklung unter Bewahrung der Gemeinschaftlichkeit durchliefen und weiter in Veränderung begriffen sind.

Hardt und Negri selbst unterscheiden in der Folge zwei Bedeutungen des common: Die erste traditionelle Bedeutung bezieht sich auf Land und natürliche Ressourcen.³¹ In seiner zweiten Bedeutung verwenden Hardt und Negri den Begriff des common für „the product of labor and the means of future production“ wie etwa Sprache, Codes, Information, Wissen usw.³² Wissenschaftliche Erkenntnis etwa basiere auf Information, Methoden und Ideen, die ihrerseits auf früheres wissenschaftliches Arbeiten zurückgehen. Deren Ergebnisse müssen (etwa durch Konferenzen, Fachzeitschriften etc) gemeinschaftlich verfügbar und zugänglich sein um der neuen wissenschaftlichen Arbeit zu dienen.³³ Die Umgestaltung der Arbeitsprozesse während der letzten Jahrzehnte führte nach Hardt und Negri dazu, dass heute zunehmend mehr dieses „artificial common“ produziert wird.³⁴

Darüber hinaus beziehen sich Hardt und Negri mit ihrem Konzept des common nicht nur auf eine Besitzform, sondern auch auf gesellschaftliche Produktions- und Lebensweisen, Verwaltungs- und Arbeitsstrukturen.³⁵ In der gegenwärtigen Gesellschaft gelebte Formen des common seien vor allem die Familie, die corporation und die Nation. Allerdings würden diese Formen wegen ihrer hierarchischen Strukturen und ihres Ausschlusses nach außen hin keine freie und gleiche Partizipation erlauben. Es handle sich daher um korrumpierte Formen des common.³⁶

Wichtig ist der ausdrückliche Hinweis von Hardt und Negri darauf, dass es sich beim common nicht um öffentliches Eigentum handelt, auch wenn oftmals angenommen werde, dieses sei die einzige Alternative zum Privateigentum,³⁷ eine Annahme, die typi-

29 *Mariátegui*, *El problema de la tierra* 50, 73 (Fußnote 15).

30 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 89.

31 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 139, 171.

32 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 139, 171.

33 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 145 f.

34 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 139.

35 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 111 f, 117.

36 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 159 ff.

37 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, viii, 280.

scherweise mit der Vorstellung einhergehe, die zentralen politischen Alternativen seien Kapitalismus und Sozialismus.³⁸ Tatsächlich handle es sich aber bei beiden Varianten, Kapitalismus mit Privateigentum und Sozialismus mit öffentlichem (staatlichem) Eigentum um Regime, die das common ausschließen. Das politische Projekt des common breche daher mit beiden Modellen,³⁹ sei aber auch nicht mit der Sozialdemokratie zu verwechseln, die das Privateigentum gerade nicht grundsätzlich in Frage stelle.⁴⁰ Das common ist auch weder Mischung noch Kompromiss zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen. Es handle sich um ein diesen Kategorien gegenüber autonomes politisches Projekt,⁴¹ das Hardt und Negri als „communism“ bezeichnen: „[W]hat the private is to capitalism and what the public is to socialism, the common is to communism.“⁴²

2. Das common im Internet und die zweite enclosure

Das common, so Hardt und Negri, ist um uns herum gegenwärtig, allerdings durch die dominanten Ideologien verdeckt. Neoliberale Politik versuche laufend das common zu privatisieren, und zwar vor allem dadurch, indem sie immaterielle und kulturelle Produkte wie etwa Informationen, Ideen und sogar Tier- und Pflanzenarten in Privateigentum verwandelt. Hardt und Negri sprechen in diesem Kontext von der Fortsetzung eines langen Prozesses der „enclosure“, der beinahe die gesamte Oberfläche der Erde entweder zu Privateigentum oder öffentlichem Eigentum gemacht habe. Gemeinschaftliche Landregimes wie die der amerikanischen indigenen Bevölkerung oder des mittelalterlichen Europa seien dadurch vernichtet worden.⁴³

„Privatisierung“ bedeutet daher bei Hardt und Negri die Enteignung des common.⁴⁴ Auf rechtlicher Ebene werden diese Privatisierungsprozesse aktuell vor allem durch die Ausweitung des geistigen Eigentums vollzogen. So würden etwa durch Patente und Urheberrechte Wissen und Information in Privateigentum verwandelt und damit dem gemeinschaftlichen Zugang und der gemeinschaftlichen Nutzung entzogen werden. Gleichzeitig werde aber im Rechtsdiskurs rund um das geistige Eigentum auch das common sichtbar. Das Internet verstärke diese Tendenzen.⁴⁵ „As Internet and software practitioners and scholars often point out, access to the common in the network environment – common knowledges, common codes, common communications circuits – is essential for creativity and growth. The privatization of knowledge and code through

38 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, ix.

39 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, ix.

40 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 17 f, 19.

41 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 282, 302.

42 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 273.

43 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, viii f.

44 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 137.

45 *Hardt/Negri*, *Commonwealth*, 281 f.

intellectual property rights, they argue, thwarts production and innovation by destroying the freedom of the common.“⁴⁶

Auch allgemein wird im Diskurs über die immateriellen commons hinsichtlich der Ausweitung geistiger Eigentumsrechte von einer „zweiten enclosure“ und einer „enclosure der commons of the mind“ gesprochen um Parallelen zwischen diesem Prozess und der agrargeschichtlichen enclosure aufzuzeigen. Diese Parallelen betreffen etwa den Diskurs, der die Ausweitung geistiger Eigentumsrechte (insb im Kontext des Internet) rechtfertigt. Die angebliche „tragedy of the commons“ sowie utilitaristische Effizienzargumente spielen dabei eine zentrale Rolle.⁴⁷ Was die zweite von der ersten enclosure freilich unterscheidet und gleichzeitig die Widersprüche in der zweiten enclosure verschärft, sind das Internet, das für Produktion und Nutzung der geistigen commons eine umfassende Infrastruktur bereitstellt und die Tatsache, dass sich geistige Güter durch die Nutzung nicht erschöpfen sondern im Regelfall sogar vermehren.

So weisen auch Hardt und Negri darauf hin, dass gegenüber den commons an Land oder natürlichen Ressourcen sich die immateriellen commons dadurch auszeichnen, dass sie nicht dem Gesetz der Knappheit unterliegen. Eine Idee etwa werde nicht verbraucht, konsumiert oder erschöpft. Ebenso wenig bedeute das Teilen einer Idee mit jemandem anderen, dass meine Kapazität diese Idee auszubauen oder weitere Ideen zu entwickeln erschöpft werde. Im Gegenteil. Regelmäßig werde unsere geistige Kapazität durch Austausch von Ideen und Gedanken vergrößert.⁴⁸ Um dies zu ermöglichen sei es erforderlich, Privatisierungsprozessen eine offene Infrastruktur für Information und Kultur entgegen zu setzen.⁴⁹ Eine solche Infrastruktur bietet das Internet, weswegen es von Privatisierungsbefürworter_innen auch als Bedrohung empfunden wird. Sie argumentieren, dass die Kontrollintensität durch geistige Eigentumsrechte umso stärker sein müsse desto geringer die Kopierkosten seien, weil sonst keine Anreize mehr für geistige Produktion bestünden. Dagegen wird ua eingewendet, dass durch diese These verschiedenste gemeinschaftliche Projekte wie etwa die open software widerlegt werde.⁵⁰ Darüber hinaus wird den Verteidiger_innen der Privatisierung immaterieller Güter entgegen gehalten, dass sich die Einschränkung des gemeinschaftlichen Zugangs und Nutzens letztlich produktionshemmend auswirke, weil die Entwicklung geistiger Güter auf gemeinschaftlicher Produktion und gegenseitigem Austausch basiere.⁵¹

46 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 282.

47 Vgl etwa *Boyle*, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Verwendung des Enclosure-Begriffs in Fußnote 12; *Hannibal Travis*, Pirates of the Information Infrastructure.

48 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 283 f.

49 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 308.

50 *Boyle*, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, 41 ff.

51 *Boyle*, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, 44 ff; *Michael Heller/Rebecca Eisenberg*, Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, Science Magazine vom 1. Mai 1998, 698, abrufbar unter <http://www.sciencemag.org/content/280/5364/698.full>.

Auch Hardt und Negri weisen darauf hin, dass die Privatisierung des (artificial) common die Produktion beeinträchtigt, weil es dadurch potentiellen zukünftigen Produktionsprozessen nicht mehr als Basis und Anknüpfungspunkt zur Verfügung stehe.⁵² „The privatization of knowledge and code through intellectual property rights [...] thwarts production and innovation by destroying the freedom of the common.“⁵³ Der hier erwähnten „Freiheit des common“ liegt gegenüber der Perspektive der liberalen Eigentumsfreiheit ein grundlegend anderer Freiheitsbegriff zugrunde, so Hardt und Negri weiter. Die liberale Eigentumsfreiheit bedeutet vor allem Schutz des Eigentums vor öffentlicher Kontrolle und Einschränkung. Die Freiheit des common hingegen bezieht sich auf Möglichkeiten des freien Zugangs, der freien Nutzung, des freien Ausdrucks und der freien Interaktion, die gegen private Kontrolle und private Einschränkungen verteidigt werden. Und private Kontrolle bedeutet in diesem Kontext eine in den rechtlichen und wirtschaftlichen Strukturen des Privateigentums ausgeübte Kontrolle.⁵⁴ Die Freiheit, um die es im Zusammenhang mit dem common geht, ist keine individuelle Freiheit. Sie ist auch nicht kollektivistisch in dem Sinne, dass Individuen in ein homogenes Ganzes gefasst würden. Vielmehr geht es bei der Freiheit des common um eine gemeinschaftliche Freiheit, die auf Interaktion, Kommunikation und Austausch beruht. Aus dieser gemeinschaftlichen Freiheit heraus wird das common produziert. „An individual can never produce the common, no more than an individual can generate a new idea without relying on the foundation of common ideas and intellectual communication with others. Only a multitude can produce the common.“⁵⁵

3. Das common als Basis einer neuen Gesellschaft

Die zentrale Bedeutung des common sehen Hardt und Negri darin, dass es eine Basis zur Verfügung stellt, auf der eine alternative Gesellschaftsordnung gegenüber der kapitalistischen Moderne und der „Republik des Eigentums“ errichtet werden kann. Diese auf dem common basierende Alternative bezeichnen sie als Altermodernität.⁵⁶ Als „Republik des Eigentums“ beschreiben Hardt und Negri den in der geschichtlichen Entwicklung dominant gewordenen Republikanismus, der aus den großen bürgerlichen Revolutionen heraus entstand und auf Eigentum, insb dem Schutz von privaten Eigentumsrechten basiert und die Eigentumslosen ausschließt und unterdrückt.⁵⁷ So mündete etwa die Französische Revolution darin, dass Eigentum als natürliches und heiliges Menschenrecht geschützt wurde, und zwar durch Art 2 und 17 der Allgemeinen Erklä-

⁵² *Hardt/Negri*, Commonwealth, 149.

⁵³ *Hardt/Negri*, Commonwealth, 282.

⁵⁴ *Hardt/Negri*, Commonwealth, 282.

⁵⁵ *Hardt/Negri*, Commonwealth, 303.

⁵⁶ *Hardt/Negri*, Commonwealth, 101 ff, 111, 112 f.

⁵⁷ *Hardt/Negri*, Commonwealth, 9.

rung der Menschenrechte von 1789 und die nachfolgenden französischen Verfassungen. In ähnlicher Weise wurde das Eigentum auch in anderen modernen Verfassungen zu einem tragenden Moment.⁵⁸

Die Konstituierung der Republik des Eigentums ging nach Hardt und Negri mit der Konstituierung der Moderne einher.⁵⁹ „Moderne“ verstehen sie dabei als ein hierarchisches Verhältnis zwischen Europa und seinen Kolonien. Der Kolonialismus bildet danach ein konstitutives Moment der Moderne. Hardt und Negri verweisen in diesem Kontext auf lateinamerikanische Autoren wie etwa Walter Mignolo und Enrique Dussel,⁶⁰ die mehrfach erörtert haben, dass sich das moderne Europa im Moment der Kolonisierung Lateinamerikas konstituierte, und zwar als ein entdeckendes und eroberndes Ego, das sich einer anderen als vormodern und barbarisch verstandenen Welt gegenüberstellt und damit selbst als modernes und zivilisiertes Europa konstituiert. Die Selbstkonstituierung Europas als modernes Europa schließt demnach das kolonisierte (prämoderne) Andere sowie koloniale und rassistische Hierarchien ein.⁶¹

Diesen hierarchischen Strukturen setzen Hardt und Negri das Konzept der auf dem common basierenden „Altermodernität“ entgegen.⁶² Dieses Konzept der Altermodernität speist sich aus drei historischen Quellen: aus dem emanzipatorischen Moment der Moderne selbst, aus den Arbeiter_innenbewegungen soweit diese nicht erneut in hierarchischen Strukturen und Bürokratie erstarren und aus antikolonialen Bewegungen, soweit diese nicht in einen neuerlichen Nationalismus kippen, der seinerseits die hierarchischen Herrschaftsstrukturen der Moderne wiederholt.⁶³

Damit geht die Altermodernität als konstruierendes Alternativprogramm über Antimodernität als Widerstandsprogramm hinaus.⁶⁴ Bspw würde der Kampf für bessere Gehälter der Arbeiter_innen einen antimodernen Kampf, der Kampf für das Verschwinden der Arbeiter_innen als Klasse einen altermodernen Kampf darstellen. Entsprechendes gelte für den Kampf gegen sexistische und rassistische Hierarchien. Letztendlich müsse es darum gehen, die Gender- und Rassen-Identitäten zu überwinden. Diese Überwindung und nicht die Besserstellung von Frauen oder Schwarzen innerhalb bestehender Hierarchien mache Altermodernität aus. An die Stelle der Kategorien „Identität“ und „Eigentum“ der Moderne müssten die Kategorien „Singularität“ und „Common“ treten.⁶⁵

58 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 15.

59 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 71.

60 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 67 ff.

61 Vgl etwa *Enrique Dussel*, 1492 – El encubrimiento del Otro – Hacia el origen del “mito de la Modernidad“, Bolivien (1994); *Walter Mignolo*, Delinking. The rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality, *Cultural Studies* (2007) 449.

62 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 101 ff.

63 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 115 ff.

64 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 101 ff.

65 *Hardt/Negri*, Commonwealth, 325 ff, 344.

Der Übergang von der Antimodernität zur Altermodernität kann damit als Übergang vom Widerstand innerhalb der Moderne zur Entwicklung einer Alternative verstanden werden, die über die Moderne hinausgeht, gleichzeitig aber ihre emanzipatorischen Befreiungskonzepte bewahrt.⁶⁶ Zur Veranschaulichung dieses Übergangs verweisen Hardt und Negri auf Frantz Fanons Beschreibung der Entwicklung des kolonisierten Intellektuellen. Danach übernimmt der Intellektuelle zunächst die Vorstellung, wonach die Kultur des Eroberers die überlegene Kultur sei und wertet die indigene bzw. autochthone Kultur ab. Er versucht deshalb die europäische Kultur zu seiner eigenen zu machen. Diese angepasste Haltung könne in eine widerständige Haltung übergehen, die nach präkolonialen Wurzeln der Kultur sucht und die europäische Kultur ablehnt.⁶⁷ Diese Form des Widerstands betrachten Hardt und Negri als antimodernen Widerstand.⁶⁸ Fanon selbst warnt davor, in Konzepten präkolonialer Identität und Tradition stecken zu bleiben. Das Bestreben danach ein „echter Schwarzer“ zu sein oder „echte nationale Kultur“ zu produzieren würde die von den Kolonialherren zugeschriebene starre Identität wiederholen und in einen nostalgischen Exotismus münden.⁶⁹ Anknüpfend daran betonen Hardt und Negri, dass Identität als etwas Werdendes begriffen werden sollte, die sowohl durch Kolonialismus als auch durch antikoloniale Kämpfe geprägt werde. Auf Basis dieses Verständnisses lasse sich Altermodernität entwickeln.⁷⁰ „[The] notion of social becoming suggests the possibility of moving out of the antimodernity of indigenism in the direction of an indigenous altermodernity.“⁷¹

Als weiteres Beispiel für Altermodernität nennen Hardt und Negri die (neo)zapatistische Bewegung Mexikos.⁷² Diese würde weder die Anerkennung einer prähispanischen Identität fordern noch traditionelle hierarchische Herrschaftsstrukturen indigener Gemeinschaften akzeptieren. Der Politisierungsprozess der Zapatistas und ihre Forderungen nach Autonomie treten vielmehr sowohl mit dem mexikanischen Staat als auch mit traditionellen indigenen Autoritäten in Konflikt. Ihre Forderung richtet sich nicht darauf „sein zu können wer wir sind“ sondern „werden zu können wer wir sein wollen“.⁷³ Auch bei den Zapatistas spielt das *common* eine zentrale Rolle. So bilden Gemeinschaftsland, gemeinschaftliche Arbeitsprozesse und gemeinschaftliches Regieren die Basis für die autonomen zapatistischen Gemeinden. Auch richtet sich die zapatistische Bewegung explizit gegen Privatisierungen, wie sie etwa mit der mexikanischen Agrarreform 1992 einhergingen.

66 Hardt/Negri, *Commonwealth*, 102 f., 114 f.

67 Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth*, Penguin Books, London ua (2001) 177 ff.

68 Hardt/Negri, *Commonwealth*, 103 f.

69 Fanon, *The Wretched of the Earth* 178, 180.

70 Hardt/Negri, *Commonwealth*, 103 f.

71 Hardt/Negri, *Commonwealth*, 105.

72 Aus der deutschsprachigen Literatur zur zapatistischen Bewegung kann insb. *Luz Kerkeling*, ¡La lucha sigue! EZLN – Ursachen und Entwicklung des zapatistischen Aufstands, 2. Auflage (2006) empfohlen werden.

73 Hardt/Negri, *Commonwealth*, 106.

Die Zapatistas formulieren ihre Utopie als eine „Welt, in der viele Welten Platz haben“.⁷⁴ Hardt und Negri suchen eine Welt des „common wealth“, eines gemeinschaftlichen Wohlstands, Besitzes und Reichtums. Die Diskussion über die „commons“ hat sich während der letzten Jahre intensiviert. Auch wenn Richtung, Ziel und Weg teilweise wenig konkret erscheinen, beginnen sich in all diesen Diskursen neue Alternativen herauszubilden, die in Anbetracht der gegenwärtigen Krisen des globalen Kapitalismus und der damit verbundenen humanitären Katastrophen weiter ausformuliert und ausprobiert werden sollten.

Dr.ⁱⁿ Judith Schacherreiter ist Redaktionsmitglied des juridikum, Assistentin an der Universität Wien und arbeitet derzeit in Mexiko an einem durch den Austrian Science Fund (FWF) geförderten Forschungsprojekt (J2932G16) zu Eigentums- und Nutzungsformen an Grund und Boden. Der vorliegende Artikel ist Teil dieses Projekts; judith.schacherreiter@univie.ac.at

74 „Un mundo donde quepan muchos mundos“.

Privatheit im Internet. Eine liberale Analyse

Dorota Mokrosinska

Regierungen machen ausgiebigen Gebrauch von Informations- und Kommunikationstechnologien, um im Internet zugängliche persönliche Daten von Individuen zu überwachen, zu sammeln, zu speichern und zu verarbeiten. Nach Daniel Solove ist das Internet dabei, zu „the government’s greatest information gathering tools“ zu werden.¹ Regierungen durchkämmen das Internet entweder durch direkte Online-Suchen oder durch das Sammeln von Daten Dritter wie Internet Service Providers, Suchmaschinen, web-basierter Dienste (zum Beispiel MSN oder Hotmail), Online-Anbietern wie amazon.com oder Ebay, Kreditkartenanbietern, Videoverleihen, Bibliotheken, etc.² Sie rechtfertigen diese Praktiken durch den Hinweis auf den gesellschaftlichen Nutzen ihrer Fähigkeit, auf Betrug, Drogenhandel, Computerkriminalität, Kinderpornographie sowie, im Zuge des 11. September 2001, auf Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit zu reagieren.³ Wie Helen Nissenbaum feststellt, gilt ein detailliertes Bild individueller Internetaktivitäten – ein Wissen darum, wonach eine Person sucht, welchen Links sie von Suchergebnissen aus folgt, was sie einkauft, liest oder ansieht – als ein wichtiger Indikator, der Behörden dazu in die Lage versetzt, gesellschaftliche Bedrohungen zu identifizieren und zu neutralisieren.⁴

Eine Online-Überwachung individueller Internetaktivität ermöglicht es Regierungen, so Solove, „to assemble a profile of an individual’s finances, health, psychology, beliefs, politics, interests and lifestyle“.⁵ Solove zufolge wächst nicht nur die Menge persönlicher Informationen, die von Regierungen gesammelt werden. Zudem, so seine Behauptung, würden die Dossiers, die Regierungen über einzelne Individuen erstellen, immer leichter öffentlich zugänglich. Beide Entwicklungen geben zu Sorgen über den Schutz der Privatsphäre Anlass: „These two trends together have created a problematic state of affairs – a system where the government extracts personal information from the populace and places it in the public domain“.⁶

1 Solove 2004: 167.

2 Solove 2004: 172-3. Nicht nur Regierungen, sondern auch Unternehmen durchkämmen das Internet nach Daten. Diese Problematik verfolge ich allerdings im Rahmen meiner Fragestellung in diesem Aufsatz nicht weiter.

3 Solove 2004: 5, 171.

4 Nissenbaum 2010: 196.

5 Solove 2004: 5.

6 Solove 2004: 127.

Das Anliegen des Schutzes der Privatsphäre findet in der Politik nicht leicht Gehör. Wenn der Wert der individuellen Privatsphäre mit weitreichenden politischen Interessen – wie den soeben angeführten – in Konflikt gerät, erscheint der Schutz der ersteren leicht als ein Luxus, den sich eine Gesellschaft kaum leisten kann, und zieht häufig den Kürzeren.

Das mangelnde politische Interesse an Belangen der Privatsphäre entspricht dem herrschenden Verständnis von Privatheit in öffentlichen und akademischen Debatten. Dort wird die Ausübung des Rechts auf Privatheit häufig mit einem Rückzug aus dem gesellschaftlichen Leben gleichgesetzt.⁷ Dieser Gedanke ist liberaler Provenienz. Er findet sich etwa in Alan Westins mittlerweile klassischer Definition von Privatheit: „Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society“.⁸ Wenn man diese Aussage zunächst einmal auf die politische Teilmenge gesellschaftlicher Partizipation bezieht, dann impliziert sie, dass die Ausübung des Rechts auf Privatheit einen freiwilligen und zeitweiligen Rückzug vom Politischen bedeutet. Der Gedanke, dass die Ausübung von Privatheit Individuen vom politischen Leben wegrückt, befördert wiederum die Ansicht, Privatheit sei politisch irrelevant. Wenn Privatheit die Individuen nicht in ihrer politischen Existenz anspricht (da es sie vom politischen Leben entfernt), dann scheint ihr Nutzen, welcher auch immer es sein mag, kein politischer zu sein. Angesichts der politischen Irrelevanz von Privatheit stellt sich dann die umfassende Überwachung individueller Internetaktivität durch die Regierung als unproblematisch dar.

In diesem Aufsatz werfe ich einen neuen Blick auf die Rolle, die Privatheit im politischen Leben spielt. Meine Argumentation steht im Kontext des liberalen Modells politischer Verhältnisse, und spezifischer bildet der politische Liberalismus meinen Hauptbezugspunkt. Ich konzentriere mich dabei auf Privatheit hinsichtlich individueller Entscheidungen und Daten. Die Privatheit von Entscheidungen – „dezisionale Privatheit“ – schützt persönliche Einstellungen und Entscheidungen vor äußeren Eingriffen. Datenbezogene oder „informationelle“ Privatheit entzieht persönliche Daten dem Zugriff anderer.⁹ Entgegen der gängigen, bei Westin zu findenden Auffassung von Privatheit versuche ich zu zeigen, dass Privatheit durchaus einen politischen Wert besitzt und dass die Ausübung dezisionaler und datenbezogener Privatheit das politische Miteinander nicht untergräbt, sondern vielmehr befördert. Der Aufbau meiner Argumentation ist wie folgt: Zunächst zeige ich unter Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Analysen, dass dezisionale und informationelle Privatheit für gesellschaftliche Beziehungen konstitutiv ist. Da politische Beziehungen eine Teilmenge gesellschaftlicher Beziehungen bilden, gehört Privatheit zu den konstitutiven Bedingungen politischer Beziehungen. Ich erläu-

7 Raab 2011: 4.

8 Westin 1967: 7.

9 Roessler 2005.

tere diese These näher, indem ich den Begriff der Privatheit mit dem der öffentlichen Rechtfertigung verknüpfe, den zeitgenössische Liberale für ein zentrales Moment legitimer politischer Ordnung halten. Ich ziehe den Schluss, dass der Schutz eines gewissen Bereichs dezisionaler und datenbezogener Privatheit von dem liberalen Modell politischer Beziehungen notwendig impliziert wird. Im Anschluss an diese Argumentation biete ich dann eine Einschätzung der umfangreichen Praktiken der Internetüberwachung und Datensammlung durch Regierungen an.

1. Privatheit und soziale Beziehungen

Privatheit, sei sie dezisional oder datenbezogen, lässt sich auf zwei verschiedene Weisen realisieren: erstens durch das Verbergen der eigenen Handlungen, Einstellungen und persönlichen Daten vor anderen; zweitens dadurch, dass man andere davon abhält, diesen Handlungen, Einstellungen und Daten Aufmerksamkeit zu schenken, selbst wenn sie allgemein zugänglich sind. Sowohl das Verbergen als auch die Nichtbeachtung von Daten, Einstellungen und Handlungen erzeugt Distanz zwischen Individuen. Diese Distanz ist dann besonders augenfällig, wenn das Recht auf Privatheit auf die denkbar umfassendste Weise ausgeübt wird, wenn also entweder alle Aspekte des Lebens einer Person – einschließlich aller ihrer persönlichen Informationen, Einstellungen und Handlungen – vor anderen verborgen werden oder, sofern sie zugänglich sind, von anderen nicht beachtet oder zur Kenntnis genommen werden und die Person „in Ruhe gelassen wird“. ¹⁰ Die solchermaßen erzeugte Distanz zwischen Individuen setzt Interaktionen aus. Daraus wiederum ist nach dem klassischen Modell von Westin zu schließen, dass die Ausübung des Rechts auf Privatheit Individuen aus ihren sozialen Bezügen herauslöst.

Diese Schlussfolgerung bedarf aber verschiedener Einschränkungen, wenn man die bestehende Forschung hinsichtlich der Rolle von Privatheit in sozialen Beziehungen in Betracht zieht. Sozialwissenschaftler gestehen zu, dass in Fällen, in denen die durch Privatheit erzeugte Distanz vollständiger und dauerhafter Natur ist, soziale Beziehungen tatsächlich suspendiert werden: „A viable society [...] cannot exist if many members are totally and permanently out of contact with others.“ ¹¹ Sie bestreiten aber, dass eine bloß partielle und vorübergehende Distanz solche Folgen zeitigt. Im Gegenteil sei die periodische Vermeidung von Beobachtung und Interaktion eine Voraussetzung für das Unterhalten sozialer Beziehungen. Keine soziale Ordnung könnte eine vollständige gegenseitige Offenheit zwischen interagierenden Individuen verkraften: „Full visibility of conduct [...] would convert society into a jungle“; „society could not perdure if people knew too much of one another“; „few societies exist where people have no barriers

¹⁰ Warren/Brandeis 1890.

¹¹ Altman 1975: 17.

against others.“¹² Kurz gesagt ist ein gewisses Maß an dezisionaler und informationeller Distanz zwischen interagierenden Personen eine Funktionsbedingung sozialer Beziehungen. Als distanzsetzender Mechanismus ist Privatheit ein wesentliches Element jeder sozialen Beziehung. Entgegen der klassischen, an Westin anschließenden Auffassung bedeutet die Wahrnehmung des Rechts auf Privatheit nicht die Suspension sozialer Beziehungen oder den Rückzug aus ihnen, sondern konstituiert und reguliert sie vielmehr.¹³

2. Über Westin hinaus

Der Gedanke, dass die Ausübung eines Rechts auf Privatheit der Aufrechterhaltung vielmehr als dem Unterlaufen sozialer Beziehungen dient, hat durch die Arbeiten von Charles Fried und James Rachels in die liberale Reflexion auf Privatheit Eingang gefunden. Fried und Rachels wiesen darauf hin, dass der gegenseitige Bekanntheitsgrad zwischen interagierenden Individuen der spezifischen Art von Beziehung entspricht, die diese Individuen miteinander pflegen. So verbergen oder enthüllen Individuen zum Beispiel persönliche Informationen in unterschiedlichem Maße, je nachdem, ob sie in ihrer Eigenschaft als Freunde, Forscher, Nachbarn oder Geschäftsleute agieren.¹⁴ In Verbindung mit der Auffassung, dass Privatheit ein Mechanismus zur Regulierung informationeller Distanz zwischen interagierenden Individuen ist, führte diese Beobachtung zu dem Schluss, dass Privatheit eine konstitutive Rolle in der Entwicklung sozialer Beziehungen zukommt.

Die These, dass Privatheit der Regelung sozialer Beziehungen dient, machen sich eine Reihe neuerer Arbeiten ausdrücklich zu Eigen.¹⁵ Die jüngste und ausführlichste Würdigung findet sich bei Helen Nissenbaum. Nissenbaum beschreibt die konstitutive Rolle von Privatheit für Beziehungen innerhalb der Familie, am Markt und zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie in der Erziehung, im religiösen Leben, im Gesundheitssystem und im Hinblick auf demokratische Wahlen. Dabei bestimmt sie soziale Beziehungen unter Rekurs auf deren jeweils unterschiedliche Zwecke und argumentiert für die These, dass Privatheit „die Integrität sozialer Beziehungen bewahre“, indem sie die Verwirklichung dieser Zwecke ermögliche.¹⁶ Ihre Argumentation beruht auf der Annahme, dass die durch Privatheit geschaffene informationelle und dezisionale Distanz zwischen interagierenden Personen den Zwecken der zwischen ihnen bestehenden Beziehungen dient. Normen informationeller Privatheit dienen insofern den Zwecken sozialer Beziehungen, als das Ausmaß an Informationen, deren Zugänglichkeit diese Normen vorsehen, dem zweckmäßigen Funktionieren der Beziehungen zuträglich ist.

12 Merton 1964: 345; Murphy 1964: 1257; Altman 1975: 17.

13 Merton 1964: 344. Siehe Schwartz 1968; Altman 1975; Parker 1986: 235.

14 Fried 1968: 490.

15 Roessler 2005.

16 Nissenbaum 2010: 186.

Umgekehrt sind diejenigen Informationen, die gemäß diesen Normen zurückgehalten werden dürfen, solche, die das Funktionieren der Beziehung beeinträchtigen würden. Zum Beispiel sehen die Normen der Privatheit vor, dass Psychotherapeuten ihre Patienten über deren emotionalen Zustand befragen können. Die entsprechenden Auskünfte sind für das zweckmäßige Funktionieren therapeutischer Beziehungen von wesentlicher Bedeutung: Nur indem ein Patient Informationen über seinen emotionalen Zustand an den Therapeuten preisgibt, lassen sich die Ziele einer Therapie verwirklichen. Umgekehrt sehen die Normen der Privatheit nicht vor, dass Patienten auf dieselbe Weise ihre Therapeuten befragen. Die entsprechenden Informationen würden das Funktionieren der Beziehung beeinträchtigen, wenn etwa das Wissen um den emotionalen Zustand der Therapeutin Zweifel an ihrer Befähigung zur Therapie wachrufen würde.¹⁷

Die Rolle dezisionaler Privatheit wird bei Nissenbaum besonders am Thema demokratischen Wählens deutlich. Privatheit ist in Gestalt geheimer Stimmzettel ein integraler Bestandteil des Wahlvorgangs. Das Geheimhalten individueller Wahlentscheidungen schafft zwischen den Individuen eine Distanz, die dem Zweck demokratischer Wahlen dienlich ist. Wahlen sind eine institutionelle Vorrichtung, die dafür sorgen soll, dass eine Regierung die Präferenzen der Regierten berücksichtigt. Deren Präferenzen sollen diese Rolle aber nur dann spielen, wenn sie selbst nicht als Ergebnis von Zwang oder Manipulation seitens der Regierung oder anderer gesellschaftlicher Gruppen zustande gekommen sind. Die Distanz, die durch die Gewährleistung von Privatheit in den Stimmprozess eingeführt wird, beugt solchen Versuchen der Wahlbeeinflussung vor. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die abgegebenen Stimmen tatsächlich die eigenen Präferenzen der Wähler abbilden, da andernfalls Wahlen ihren Zweck verfehlen würden.

Nissenbaum hebt hervor, dass im Informationszeitalter neue Arten sozialer Interaktion entstanden sind. So erleichtert und erweitert etwa das Internet bestehende Beziehungsformen, von Freundschaften über berufliche und Marktbeziehungen bis hin zu religiöser und politischer Mitgliedschaft, indem es neuartige Zugangsmöglichkeiten zu Personen und Gemeinschaften schafft.¹⁸ Online-Beziehungen unterliegen, nicht anders als ihre Offline-Entsprechungen, Normen der Privatheit. Allerdings sind durch das Internet vermittelte Beziehungen anfälliger gegenüber Verletzungen von Privatheitsnormen. So schreibt Paul Schwartz: "Information technology in cyberspace affects privacy in ways that are dramatically different from anything previously possible. By generating comprehensive records of online behavior, information technology can broadcast an individual's secrets in ways that she can neither anticipate nor control. Once linked to the Internet, the computer on our desk becomes a potential recorder and betrayer of our confidences".¹⁹

17 Derlega/Chaikin 1977: 108.

18 Nissenbaum 2010: 197, 228. Ähnlich bei Bortree 2005; Tufekci 2008; Goldie 2006: 164–166.

19 Schwartz 1999: 1610–1611, cf. Solove 2004: 167–8.

Das erhöhte Risiko der Verletzung von Privatheit führt zu einer besonderen Fragilität von Beziehungen im Internet. Die umfangreichen Datenspuren, die Individuen im Cyberspace hinterlassen, bieten ein willkommenes Ziel für Zugangsversuche seitens Dritter. Solche Daten können ohne jedes Wissen und ohne die Zustimmung der betroffenen Individuen gesammelt, verarbeitet, preisgegeben oder gehandelt werden. Wie Nissenbaum erklärt, können solche Eingriffe das Funktionieren sozialer Beziehungen beeinträchtigen: „The practice of harvesting information [...] by third-party aggregators as well as by social networking site operators, job recruiters, and employers is morally troubling because it threatens to disrupt the delicate web of relationships that constitute the context of social life, injecting into workplace and business contexts information of the wrong type”.²⁰

Die Auffassung, dass Privatheit für soziale Beziehungen konstitutiv ist, stellt einen bedeutenden Fortschritt gegenüber dem klassischen liberalen Bild von Privatheit dar. Privatheit gewinnt im Lichte dieser Auffassung evidente Bedeutung für politische Beziehungen. Da diese eine Teilmenge gesellschaftlicher Beziehungen überhaupt sind, gehört Privatheit als ein strukturelles Moment zu ihnen, insofern sie ein strukturelles Moment aller sozialen Beziehungen ist. Aber auf welche Weise genau sind die Existenz und der spezifische Zweck und Charakter politischer Beziehungen von der dezisionalen und informationellen Distanz zwischen Individuen abhängig? In welcher Hinsicht stören Verletzungen von Privatheit, zum Beispiel Internetüberwachung durch die Regierung, das Funktionieren politischer Beziehungen?

Eine mögliche Herangehensweise an diese Frage besteht darin, zu zeigen (wie Nissenbaum es am Thema Wahlen vorführt), dass Vorkehrungen zum Schutz der Privatsphäre einen integralen Bestandteil der diversen Einrichtungen bilden, mittels derer politische Beziehungen unterhalten werden. Auf diese Weise haben manche dafür argumentiert, dass der Schutz der Privatsphäre bestimmte Arten politischer Partizipation ermöglicht. So betont zum Beispiel Ferdinand Schoeman die Rolle der Privatheit für die Aufrechterhaltung politischer Vereinigungen.²¹ Annabelle Lever weist darauf hin, dass die Möglichkeit, sich im Schutze des Privaten mit anderen zusammenzutun, von besonderer Bedeutung für missachtete gesellschaftliche Gruppen ist oder auch für solche, die etwa aufgrund ihrer historisch oder ökonomisch benachteiligten Position Schwierigkeiten mit bestehenden Formen politischer Willensbekundung haben.²² Einige andere Autoren argumentieren, die Ausübung eines Rechts auf Privatheit trage zur Ausbildung politischer Präferenzen und eines vernünftigen politischen Diskurses bei, da es die Voraussetzungen für kritisches Denken und selbstbestimmtes Urteilen schaffe.²³ Aus dem Blick-

20 Nissenbaum 2010: 228.

21 Schoeman 1992.

22 Lever 2005: 15.

23 Gavison 1980; Cohen 2000: 1426–27; Simitis 1987: 734; Raab 2011:12; Regan 1995: 225.

winkel solcher Argumentationen erscheinen Verletzungen von Privatheit deshalb als problematisch, weil sie wichtige Formen politischer Partizipation unmöglich machen. Insofern politische Teilnahme und politische Organisation nicht nur auf dem Wege hergebrachter Kommunikationsmedien, sondern auch über das Internet stattfinden²⁴, lassen sich diese Überlegungen auf den Fall internetvermittelter Kommunikation übertragen: Internetrecherchen von Seiten der Regierungen gefährden die betreffenden Formen politischer Partizipation.

So wichtig diese Argumente auch sind, denke ich dennoch, dass sich eine grundlegendere Verbindung zwischen Privatheit und politischen Beziehungen identifizieren lässt. Dementsprechend gibt es einen noch grundlegenden Einwand gegen umfassende Internetüberwachung durch die Regierung, ebenso wie gegen deren Offline-Äquivalente. Wahlen, politische Vereinigungen und die Teilnahme an politischen Debatten sind allesamt *Mittel* des Vollzugs politischer Beziehungen. Meines Erachtens ist Privatheit aber nicht nur für die Mittel politischer Beziehungen von Bedeutung, sondern ist vielmehr Bestandteil des eigentlichen Zwecks politischen Miteinanders. Um das zu zeigen, bedarf es einiger kurzer Überlegungen zum liberalen Verständnis des Wesens politischer Beziehungen.

3. Politische Beziehungen

In der politischen Soziologie wird der Bereich des Politischen größtenteils als ein Bereich von Machtbeziehungen gesehen.²⁵ Diese Auffassung ist zwar in deskriptiver Hinsicht nicht falsch, sie ist jedoch unvollständig. Insofern politische Beziehungen Machtbeziehungen sind, wird die betreffende Macht im Namen eines Kollektivs ausgeübt. Das bedeutet, dass die Ausübung dieser Macht aus der Sicht der Subjekte durch bestimmte Gründe gerechtfertigt ist. Diese Gründe bei der Erklärung politischer Beziehungen zu berücksichtigen, heißt, politische Beziehungen nicht *bloß* als Machtbeziehungen zu verstehen, sondern als Beziehungen, in denen die Ausübung von Macht eine öffentliche Rechtfertigung erfährt.

Öffentliche Rechtfertigung ist ein zentrales Element der liberalen Konzeption politischer Beziehungen. Der Gedanke, dass „die gesellschaftliche Ordnung sich gegenüber denen, die in ihr leben, rechtfertigen lassen muss“, gehört zu den theoretischen Grundlagen liberalen politischen Denkens.²⁶ Das Fehlen öffentlicher Rechtfertigung kommt einem Verlust von Legitimität gleich. Es beraubt einen politischen Zusammenschluss sogar seines spezifisch politischen Wesens, insofern aus liberaler Sicht das Fehlen öffentlicher Rechtfertigung den Naturzustand und damit die Abwesenheit von Politik kenn-

24 Schwartz 1999: 1614, 1646–1658.

25 Cf. Lukes 1978.

26 Waldron, 1993: 57-8, Rawls 1996: 137.

zeichnet: „The moral flaw of the state of nature [...] is that we act without [public] justification”.²⁷

Öffentliche Rechtfertigung ist aus Sicht des Liberalismus nicht schon dann gegeben, wenn die Handlungen einer Regierung in einem bestimmten historischen Zeitraum durch weitverbreitete Überzeugungen gestützt werden. Öffentliche Rechtfertigung ist vielmehr eine Antwort auf das Verschwinden solcher weithin geteilten Überzeugungen. Sie ermöglicht es, tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten zu überbrücken. Nach Charles Larmores Bestimmung stützt sich öffentliche Rechtfertigung auf „principles of association which individuals have reason to affirm together despite deep substantial disagreements setting them apart”.²⁸

Es gibt eine Reihe von konkurrierenden Konzeptionen öffentlicher Rechtfertigung im liberalen Denken.²⁹ Ihnen allen gemeinsam ist die spezifische Motivation dafür, sich um das Auffinden einer öffentlichen Rechtfertigung zu bemühen. Weshalb sollte Dissens umgangen werden? Aus liberaler Sicht geht es darum, zwei Gefahren zu bannen. Erstens – dies ist ein hobbesianischer Gedanke – gefährdet die Vielfalt gegenläufiger privater Urteile die Stabilität der Kooperation zwischen Individuen. Zweitens – dies ist ein kantianisches Thema – stellen Meinungsverschiedenheiten ein moralisches Problem dar, insofern sie die Gleichheit der Individuen in Bezug auf moralischen Status und moralische Souveränität unterlaufen. Wo es mehrere konkurrierende Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit gibt, dort kommt es unweigerlich zu der unilateralen Durchsetzung dessen, was der einen oder anderen Person gut und richtig erscheint. Eine solche einseitige Durchsetzung verletzt aber die gleiche Freiheit derer, die abweichende Auffassungen vertreten.³⁰

Ich habe die Idee der öffentlichen Rechtfertigung als einen Schlüsselbegriff des liberalen Modells politischen Zusammenlebens herausgestellt. Was folgt daraus für das Verständnis von Ziel und Zweck politischen Zusammenlebens aus liberaler Sicht? Indem Liberale den Bereich des Politischen unter Rekurs auf öffentliche Rechtfertigung bestimmen, sehen sie Politik als „das letzte Mittel derer, die sich nicht einig werden können“. ³¹ Die Forderung nach einer öffentlichen Rechtfertigung der Prinzipien politischen Zusammenlebens hat sowohl praktische als auch moralische Aspekte. Zum einen schafft öffentliche Rechtfertigung die Bedingungen der Möglichkeit friedlicher Koexistenz und stabiler Kooperation zwischen Individuen, die sich grundlegend uneinig sind. Zum anderen ermöglicht sie freie und gleiche, moralisch symmetrische und von gegenseitigem Respekt geprägte Beziehungen zwischen Individuen.

27 Gaus 1996: 182.

28 Larmore 2003: 380.

29 Vgl. Gaus 2003; D'Agostino 1995.

30 Gaus 1996: 182–184.

31 Macedo 1991: 53.

Vor dem Hintergrund dieser Konzeption politischer Beziehungen möchte ich mich nun wieder dem Hauptanliegen dieses Aufsatzes zuwenden, also der Bedeutung von Privatheit für politische Beziehungen. Ich habe oben bereits erwähnt, dass alle sozialen Beziehungen eine gewisse dezisionale und informationelle Distanz zwischen interagierenden Individuen erfordern. Privatheit dient dem Funktionieren sozialer Beziehungen, indem sie Distanz erzeugt. Das Ausmaß an dezisionaler und informationeller Distanz zwischen Individuen, das unter dem Gesichtspunkt der Privatheit angemessen ist, entspricht dem Zweck ihrer jeweiligen Beziehung zueinander. Die Frage, die mich im Folgenden beschäftigt, ist: Welches Ausmaß an dezisionaler und informationeller Distanz sehen die Normen der Privatheit für Individuen vor, die in politischen Beziehungen zueinander stehen – letztere wiederum verstanden unter Rekurs auf das Ideal öffentlicher Rechtfertigung?

4. Privatheit und politische Beziehungen

Nach liberaler Auffassung ist die politische Sphäre eine gemeinsame Basis, auf der sich Individuen treffen und auf der trotz allem, das sie voneinander trennt, stabile Kooperation und gleiche Freiheit möglich ist. Allerdings bietet die politische Sphäre als eine solche gemeinsame Basis nicht für jedes persönliche Anliegen, jede individuelle Handlung oder jeden persönlichen Umstand Raum. Manche Anliegen und Handlungen betreffen Fragen, hinsichtlich derer unauflösliche Uneinigkeit besteht. Diese Fragen in die Öffentlichkeit zu tragen, würde zu erhöhtem Dissens führen und eine gemeinsame Basis eher erodieren als herstellen. Eine Suche nach Daten, die darauf zielt, solche persönlichen Anliegen an die Öffentlichkeit zu bringen, hätte eine vergleichbare Wirkung. Im Interesse einer gemeinsamen politischen Basis sollten die Informationen, die der kollektiven Aufmerksamkeit preisgegeben werden, nur solche sein, die den betroffenen Personen das Auffinden gemeinsamer Prinzipien und das Umgehen von Meinungsverschiedenheiten ermöglicht. Aus dem liberalen Ideal öffentlicher Rechtfertigung in der Politik ergibt sich eine Einschränkung der Themen, die von Individuen und Gruppen der Aufmerksamkeit anderer ausgesetzt werden. Erstens folgt aus diesem Ideal eine Einschränkung der Erwägungen oder Argumente, auf die Individuen sich in Angelegenheiten allgemeinen Interesses beziehen, auf solche, die andere vernünftigerweise nachvollziehen können. Zweitens erfordert das Ideal, dass Individuen davon absehen, Ansprüche an andere auf Gründe zu stützen, die diese nicht vernünftigerweise akzeptieren können. Um nicht die Möglichkeit von Politik selbst zu gefährden – als einer gemeinsamen Basis von Menschen, zwischen denen gewisse grundlegende Meinungsverschiedenheiten bestehen – sollten solche Anliegen und die entsprechenden Informationen nicht mitgeteilt werden oder aber, falls sie bekannt sind, nicht thematisiert werden.

Die liberale Verpflichtung auf öffentliche Rechtfertigung nimmt also bestimmte persönliche Anliegen und Handlungen vor gegenseitigen Eingriffen politisch handelnder Indi-

viduen in Schutz. Zudem schließt sie bestimmte persönliche Informationen von dem Zugriff gegenseitiger Überprüfung aus. Wenn Personen für Anliegen oder Handlungen zur Verantwortung gezogen werden, die Gegenstand unüberbrückbarer Meinungsverschiedenheiten sind, gefährdet das die Aussichten auf die Schaffung einer gemeinsamen Basis. Dasselbe gilt, wenn Ansprüche auf die Herausgabe der entsprechenden Informationen geltend gemacht werden. Meine These ist, dass öffentliche Rechtfertigung Regeln der Geheimhaltung und Offenlegung zwischen politisch interagierenden Individuen festlegt, indem sie Themen als entweder geeignet oder ungeeignet für die politische Arena einordnet. Insofern politische Beziehungen wesentlich auf Regeln der Geheimhaltung und Offenlegung persönlicher Informationen beruhen, beinhalten sie bestimmte Regelungen von Privatheit. Nennen wir diese Regelungen *liberale Privatheit*. Insofern es dabei um Normen der Geheimhaltung oder Offenlegung persönlicher Anliegen und Handlungen geht, handelt es sich um Regelungen dezisionaler Privatheit. Insofern es um Normen der Geheimhaltung oder Offenlegung persönlicher Informationen geht, handelt es sich um Regelungen informationeller Privatheit. Wo politische Interaktionen sowohl durch traditionelle Kommunikationsmedien als auch durch das Internet vermittelt sind, gelten solche Regelungen sowohl „offline“ als auch „online“.

5. Liberale Privatheit und „Gag Rules“

Es lohnt sich, die Konzeption von Privatheit, die ich dem liberalen politischen Denken zugeschrieben habe, mit einem Gedankengang Thomas Nagels zu vergleichen. Nagel argumentiert, der politische Wert der Privatheit besteht darin, dass diese strittige Themen aus dem politischen Diskurs entfernt und auf solche Weise den friedlichen Vollzug politischer Entscheidungsprozesse gewährleistet: „The public-private boundary keeps the public domain free of disruptive material”.³² Verletzungen von Privatheit führen störende Gegenstände in den politischen Bereich ein und belasten ihn mit unauflösliehen Konflikten. Damit lenken sie die Aufmerksamkeit von denjenigen Problemen ab, die eigentlich Gegenstände politischer Regelung sein sollten, und erschweren den politischen Entscheidungsprozess auf unnötige Weise.

Die Funktion, die Nagel der Privatheit zuspricht, ähnelt derjenigen, die nach Stephen Holmes von „gag rules“ erfüllt wird. *Gag rules* sind Normen des *Unterlassens* und damit Normen des Zurückhaltens oder der Nicht-Thematisierung gesellschaftlich polarisierender Themen. Durch die Entfernung solcher Themen von der politischen Tagesordnung wird der öffentliche Diskurs geschützt und verbessert. So nehmen zum Beispiel *gag rules* hinsichtlich religiöser Fragen diese von der legislativen Tagesordnung.

Die Privatisierung der Religion erleichtert Kompromisse bezüglich anderer Fragen: „Religious disputes [...] cannot be solved politically, or even rationally. On this premi-

³² Nagel 1998: 20.

se, many communities have decided to draw a line between the public and the private – to consign religious attachments to the non-political sphere, beyond the jurisdiction of majorities and officials. Paradoxically, such compartmentalization is thought to reinforce social cohesion. Other controversies will be easier to resolve if religious schism do not crystallise into political factions”.³³

Worin unterscheidet sich meine Argumentation von derjenigen, die sich bei Nagel und Holmes findet? Meine These ist, dass Regeln der Privatheit bestimmte Themen nicht einfach deshalb aus dem politischen Bereich ausschließen, weil sie zu polarisierend sind, sondern deshalb, weil sie dem Kriterium öffentlicher Rechtfertigung nicht genügen. Worum es beim Schutz der Privatsphäre von Individuen und Gruppen geht, ist dementsprechend meines Erachtens nicht einfach gesellschaftlicher Zusammenhalt oder die Effektivität von Entscheidungsprozessen, sondern vielmehr politische Legitimität selbst.

6. Was ist in der liberalen Politik privat?

Bestimmte Handlungsfelder werden traditionell als privat eingestuft, etwa die Sphäre häuslichen Lebens. Der Bereich von Privatheit, den ich im liberalen politischen Leben ausgemacht habe, ist nicht durch irgendwelche substantiellen Belange definiert. Vielmehr wird die Grenze zwischen dem Politischen und dem Privaten unter Rekurs auf die Gründe konstruiert, die Personen vernünftigerweise als Grundlagen für die Regelung ihrer gemeinsamen Existenz akzeptieren können oder nicht – die Gründe also, die den Test öffentlicher Rechtfertigung bestehen oder nicht.

Das Prinzip der öffentlichen Rechtfertigung trennt zwischen Gegenständen, die in den Bereich des Politischen fallen, und solchen, die nicht zu diesem Bereich gehören. Die Gegenstände, die unter der Perspektive des Zwecks liberaler Politik als privat zu gelten haben, werden dadurch identifiziert, dass im Hinblick auf sie keine Gründe angegeben werden können, die andere vernünftigerweise akzeptieren müssten.

Was Personen vernünftigerweise akzeptieren müssen und was nicht, ist unter Liberalen bekanntlich umstritten. Alle sind sich aber einig, dass der Forderung öffentlicher Rechtfertigung nicht Genüge getan wird, wenn eine Person es ablehnt, ihre Ansprüche anderen gegenüber auf Gründe zu stützen, die diese einsehen können. Ansprüche, die auf diese Weise das Kriterium öffentlicher Rechtfertigung verletzen, gelten dem Liberalismus als unvernünftig [unreasonable].³⁴ Mit dem „Unvernünftigen“ ist der Bereich dessen umrissen, was von Individuen zurückgehalten oder nicht thematisiert werden sollte, um nicht die Integrität liberaler Politik zu gefährden. Allgemein fallen in diesen Bereich alle Positionen, die einigen (oder einigen Klassen von) Individuen den gleichen Status oder das Recht auf Selbstbestimmung aberkennen. Ihre Preisgabe des Ideals reziproker

³³ Holmes 1988: 22.

³⁴ Rawls 1996: 49; D’Agostino 1996: 25–26; Cohen 1998: 187.

Rechtfertigung impliziert, dass Individuen dazu gezwungen werden dürfen, Zwecke zu erfüllen, die sie nicht zu den ihren machen können. Neonazistisches Denken oder auch Diskriminierung aufgrund von Rasse oder Geschlecht sind Beispiele entsprechender Einstellungen und Handlungsweisen. Aber abgesehen von der direkten Verweigerung gleicher Freiheit ist das Prinzip öffentlicher Rechtfertigung auch dann verletzt, wenn die notwendigen gesellschaftlichen Voraussetzungen gleicher Freiheit nicht geschaffen werden. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn bestimmten (Klassen von) Individuen grundlegende bürgerliche Freiheiten verweigert werden, wenn Frauen das Wahlrecht vorenthalten wird, wenn das Wahlrecht an Eigentumsvoraussetzungen gebunden wird oder wenn gesellschaftliche Herrschaftsmuster aufrechterhalten werden, die einige Personen anderen subordinieren (dazu gehören etwa geschlechtsspezifische soziale Hierarchien).³⁵ Um die Integrität liberaler politischer Beziehungen zu gewährleisten, müssen entsprechende Einstellungen Privatsache von Individuen bleiben oder, falls sie bekannt sind, übergangen werden. Das gilt auch für internetbasierte Interaktionen. Das Unvernünftige, ob online oder offline, ist ein Gegenstand liberaler Privatheit. Internetrecherchen, die den Zweck verfolgen, unvernünftige Überzeugungen und Einstellungen aufzudecken und an die Öffentlichkeit zu bringen, tragen nicht weniger als ihre Offline-Äquivalente Informationen in die Sphäre des Politischen, die deren Funktionieren beeinträchtigen. Nicht nur geben sie zu gesellschaftlichem Unfrieden und Misstrauen Anlass³⁶, sondern sie untergraben überhaupt die Integrität der liberalen politischen Sphäre als einer gesellschaftlich geteilten Basis.

An dieser Stelle muss allerdings auf eine Einschränkung hingewiesen werden. Meine Behauptung war, dass die Integrität liberaler Politik die Existenz einer Privatsphäre voraussetzt, die bestimmte Gegenstände – solche, die mit dem Prinzip gleicher Freiheit unvereinbar sind, wie etwa neonazistische Sympathien, Rassismus oder Sexismus – aus der Öffentlichkeit zurückhält. Devisionale Privatheit dient der Aufrechterhaltung liberaler Politik als einer gemeinsamen Basis, indem sie solche Einstellungen dem kollektiven Blick entzieht. Informationelle Privatheit leistet dasselbe, indem sie entsprechende Informationen, die für das Funktionieren des öffentlichen Diskurses (ob online oder offline) schädlich wären, diesem Diskurs entzieht. Beläuft sich nun diese Argumentation nicht auf ein Plädoyer für den Schutz zum Beispiel von Sexisten oder Neonazis, denen es demnach frei stünde, Frauen zu diskriminieren oder Gewalt gegen Juden auszuüben?³⁷ Verpflichtet sie uns nicht darauf, unter Berufung auf Privatheit Internetforen zu schützen, in denen Sexisten oder Neonazis ungehindert Hass verbreiten können? In Reaktion auf solche Einwände ist daran zu erinnern, dass Liberale die Priorität politischer Rechte

35 Rawls 1997: 771; Hartley/Watson 2010: 7.

36 Vgl Solove 2004: 184 über die FBI-Enthüllungen in den 1950ern.

37 Vgl Lever 2005, 2006

und Pflichten gegenüber anderen gesellschaftlichen Werten behaupten.³⁸ Daher ist die Verletzung *politischer* Rechte durch private Einstellungen niemals bloß privat. Liberalen bleibt es deshalb unbenommen, Eingriffe zu befürworten, wenn solche Einstellungen online oder offline zu politisch relevanter Diskriminierung führen.³⁹

Ich habe argumentiert, dass Privatheit, insofern sie dem Begriff der öffentlichen Rechtfertigung eingeschrieben ist, einen wesentlichen Bestandteil liberaler Politik bildet. Gegenstand liberaler Privatheit ist all das, was keiner öffentlichen Rechtfertigung fähig ist. Ich habe einen bestimmten Gegenstandsbereich hervorgehoben, der dem Prinzip öffentlicher Rechtfertigung nicht genügt und daher um der Integrität liberaler Politik willen privat bleiben sollte. Aber der Bereich des öffentlich nicht zu Rechtfertigenden, und damit auch der Bereich liberaler Privatheit, ist weiter, als es meine bisherige Skizze erscheinen lässt.

7. Jenseits des Kerngehalts liberaler Privatheit

Öffentliche Rechtfertigung fehlt nicht nur dann, wenn sie ausdrücklich abgelehnt wird. Es kommt auch vor, dass Personen zwar versuchen, ihre Ansprüche gegenüber anderen zu rechtfertigen, dass ihnen das aber nicht gelingt. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Gründe, die gegenüber den anderen als Rechtfertigung vorgebracht werden, solche sind, die die anderen nicht vernünftigerweise akzeptieren können. Welchen Arten von Gründen die Kraft zur Rechtfertigung auf diese Weise fehlt, ist umstritten. Daher bleibt auch die genaue Reichweite liberaler Privatheit umstritten. Der Streit um ihre Reichweite hat Auswirkungen auf die Bewertung dieser oder jener bestimmten Recherchepraktiken seitens einer Regierung. Das lässt sich an der liberalen Debatte über den Status religiöser Gründe veranschaulichen, bei der Robert Audi und Cristina Lafont entgegengesetzte Positionen vertreten.

Nach Audis Auffassung bedeutet öffentliche Rechtfertigung eine bestimmte Anforderung an den Gehalt von Gründen. Gründe, die von Individuen, die ihre Meinungsverschiedenheiten überbrücken möchten, gegenseitig akzeptiert werden können, entsprechen denjenigen Einstellungen, die diese Individuen miteinander teilen; Gründe, die sie nicht gegenseitig akzeptieren können, sind die, über die sie sich uneinig sind. Weil religiöse Gründe Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten sind, werden sie aus der politischen Sphäre herausgefiltert (es sei denn, sie werden durch zusätzliche, allgemein akzeptable Gründe gestützt, die Audi mit säkularen Gründen gleichsetzt).⁴⁰ Wenn nun Gegenstand von Privatheit all das ist, was sich nicht öffentlich rechtfertigen lässt, dann folgt aus Audis Modell öffentlicher Rechtfertigung, dass religiöse Überzeugungen zu-

38 Rawls 1996: 30–31; Larmore 1990: 349–251; Hartley/Watson 2010: 20.

39 Hartley/Watson 2010: 20.

40 Audi lässt Ausnahmen zu: Audi 2000: 75–78.

rückgehalten oder nicht zur Kenntnis genommen werden sollten. Audis Version des liberalen Legitimitätsprinzips würde demnach ein Argument gegen staatliche Internetrecherchen darstellen, die auf die religiösen Überzeugungen von Personen zielen.

Während Audi das Akzeptanzkriterium als eine Anforderung an den Gehalt von Gründen versteht, sieht Lafont darin eine Anforderung an den Prozess vernünftigen Überlegens, mittels dessen die Bürger zu substantiellen Entscheidungen gelangen. Sie argumentiert, dass sich Bürger im Kontext des allgemeinen politischen Diskurses zur Rechtfertigung der von ihnen bevorzugten Politik durchaus auf alle die Gründe berufen können, die ihnen als gute Gründe erscheinen – solange sie auf Einwände hin darzulegen bereit sind, wie die von ihnen bevorzugte Politik mit der Behandlung aller Bürger als freie und gleiche Personen vereinbar ist, weshalb sie also von jedermann vernünftigerweise akzeptiert werden kann.⁴¹ Diesem Modell öffentlicher Rechtfertigung zufolge ist der Bereich dessen, was keiner öffentlichen Rechtfertigung fähig ist, nicht im Voraus festgelegt. Die Regeln liberaler Privatheit erfordern lediglich, dass religiöse Überzeugungen dann zurückgehalten oder nicht beachtet werden, wenn sich auf Einwände hin nicht überzeugend darstellen lässt, inwiefern die Politik, zu deren Verteidigung sie ins Feld geführt werden, mit der gleichen Freiheit aller vereinbar ist. Wo keine solchen Einwände erhoben oder die erhobenen Einwände überzeugend beantwortet werden, bedeuten religiöse Gründe keine Beeinträchtigung politischer Beziehungen, und dementsprechend schließen die Prinzipien liberaler Privatheit nicht die öffentliche Kenntnisnahme solcher Gründe aus.⁴² Aus Lafonts Modell des liberalen Prinzips politischer Legitimität folgt daher anders als aus Audis Modell keine notwendige Einschränkung staatlicher Internetrecherchen bezüglich der religiösen Überzeugungen von Individuen.

Ich sagte weiter oben, dass das liberale Modell politischer Beziehungen auf einer Abgrenzung zwischen dem Privaten und dem Politischen beruht. Insofern im Informationszeitalter politische Beziehungen sowohl online als auch offline stattfinden, gilt diese Abgrenzung sowohl für politische Interaktion auf dem Wege traditioneller Kommunikationsmedien als auch für deren Vollzug über das Internet. Die Abgrenzung folgt der Unterscheidung zwischen Gründen, die von Personen, die einander gegenüber ihre Herrschaftsansprüche rechtfertigen wollen, akzeptiert und solchen, die von ihnen nicht akzeptiert werden können. In dem diesem vorangehenden Abschnitt ging es mir darum, einen festen Kernbereich des Privaten auszumachen, auf den das liberale Modell politischer Beziehungen als solches festgelegt ist. In diesem Abschnitt habe ich dagegen die umstritteneren Randbereiche erkundet.

41 Anders als Audi bestreitet Lafont, dass Bürger, die am allgemeinen politischen Diskurs teilnehmen, immer bestimmte substantielle Einstellungen miteinander teilen, auf die sie sich für ihre politischen Vorschläge berufen können. Lafont 2009: 133.

42 Lafont 2009: 132.

8. Der politische Wert der Privatheit

Abschließend möchte ich erstens auf die Implikationen meiner Argumentation für das im öffentlichen Diskurs vorherrschende Verständnis von Privatheit hinweisen und zweitens einige Schlüsse hinsichtlich der Zukunft von Privatheit im Informationszeitalter ziehen, insbesondere im Hinblick auf den Gebrauch, den Regierungen bei ihren Internetrecherchen von Informations- und Kommunikationstechnologien machen.

Nach dem klassischen Modell, das sich bei Westin findet, bewirkt Privatheit eine Abspaltung der Individuen vom politischen Leben. Die Konzeption von Privatheit, die ich im zeitgenössischen liberalen Denken identifiziert habe, läuft diesem Modell entgegen. Weit davon entfernt, politisches Miteinander zu verhindern, erleichtert Privatheit es vielmehr. Diese Sichtweise leugnet nicht, dass die Privatheit von Individuen und Gruppen mit anderen Interessen in Konflikt geraten kann, aber sie betont, dass der Schutz des Privaten nicht notwendig auf Kosten des politischen Miteinanders geht, sondern letzterem zuträglich sein kann. Insbesondere habe ich argumentiert, dass Privatheit ein integrales Moment des Begriffs öffentlicher Rechtfertigung ist. Als eine Bedingung öffentlicher Rechtfertigung dient der Schutz der Privatsphäre dem moralischen Ziel des Politischen, nämlich der gleichen Freiheit der Individuen.

Insofern sie dem Ziel öffentlicher Rechtfertigung dient, ist Privatheit eine Bedingung politischer Legitimität. Privatheit erfüllt nach diesem Verständnis eine politische Funktion. Was folgt daraus hinsichtlich ihres normativen Status? Der politische Liberalismus knüpft das Prinzip der Legitimität an eine bestimmte Verpflichtung seitens der einzelnen Mitglieder einer politisch organisierten Gesellschaft. Rawls spricht von einer „duty of civility“: einer moralischen (nicht rechtlichen) Verpflichtung, den anderen zu erklären, inwiefern die Prinzipien und die Art von Politik, für die man selbst eintritt, durch Gründe gestützt wird, die jedermann vernünftigerweise akzeptieren kann.⁴³ Sowohl Lafont als auch Audi sprechen von einer Verpflichtung, für zwangsbewehrte politische Regelungen Gründe vorzubringen, die jedermann akzeptieren kann.⁴⁴ Wenn, wie ich in diesem Aufsatz behauptet habe, Privatheit ein wesentliches Moment öffentlicher Rechtfertigung ist, dann ist der Schutz von Privatheit ein Aspekt dieser Verpflichtung.

Welche Implikationen hat meine Argumentation mit Bezug auf Internetrecherchen und Datensammlung seitens einer Regierung? Ich habe argumentiert, dass die Integrität liberaler Politik erfordert, dass zwischen offline wie auch online miteinander verkehrenden Personen bestimmte Themen im Privaten verbleiben. Dabei handelt es sich um jene Themen, die keiner öffentlichen Rechtfertigung fähig sind. Sie an das Licht der Öffentlichkeit zu bringen, würde die Legitimität der politischen Ordnung bedrohen. Insofern Regierungen Daten solcher Themen zum Gegenstand von Suchen machen, gefährden

43 Rawls 1996: 217.

44 Lafont 2009: 141–144; Audi 2000: 86, 92, 96.

sie das zweckmäßige Funktionieren der politischen Sphäre. Die Lehre, die Liberale aus dieser Argumentation ziehen können, ist damit die folgende: Insofern Internetrecherchen seitens einer Regierung denjenigen Anspruch auf Privatheit verletzen, der der liberalen politischen Sphäre als solcher eingeschrieben ist, bedeuten sie eine grundlegende Gefährdung liberaler Legitimität.⁴⁵

Dorota Mokrosinska ist Post-Doc Research Fellow für Philosophie an der Universität Amsterdam;
D.M.Mokrosinska@uva.nl

Bibliographie

- Audi, R. 2000 *Religious Commitment and Secular Reason*. Cambridge: Cambridge University Press
- Altman, I. 1975 *Environment and Social Behavior: Personal Space, Privacy, Crowding and Territory*. New York: Wadsworth Publishing
- Bortree, D.S. 2005 *Presentation of Self on the Web: an ethnographic study of teenage girls' weblogs*, *Education, Communication & Information* 5: 25–39
- Brandeis, L. D. & Warren, S. D. 1890 *The Right to Privacy in F. Schoeman* 1984. *Philosophical Dimension of Privacy: An Anthology*. Cambridge: Cambridge University Press
- Cohen, J. 1998 *Democracy and Liberty in Elster J. Deliberative Democracy* Cambridge: Cambridge University Press
- Cohen, J.E. 2000: *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, *Stanford Law Review* 52, 1373–1438
- D'Agostino, F. 1996 *Free Public Reason. Making It Up As We Go*. New York: Oxford University Press
- Derlega V.J.& Chaikin A.L. 1977 *Privacy and Self-Disclosure in Social Relationships*, *Journal of Social Issues* 33: 102–115
- Fried, Ch. 1968 *Privacy. A Moral Analysis*, *Yale Law Journal* 77, 475–493
- Gaus, G. 1996 *Justificatory Liberalism: an essay on epistemology and political theory*. New York: Oxford University Press
- Gaus, G. 2003 *Contemporary Theories of Liberalism: Public Reason as a Post-enlightment Project* London: Sage
- Gavison, R. 1980 *Privacy and the Limits of Law*, *Yale Law Journal* 89, 421–71
- Goldie, J.L. 2006 *Virtual Communities and the Social Dimension of Privacy*, *University of Ottawa Law and Technology Journal* 3: 133–167
- Hartley Ch. & Watson L. 2010 *Is Feminist Political Liberalism Possible?* *Journal of Ethics & Social Philosophy* 5: 121
- Holmes, S. 1988 *Gag rules or the politics of omission in Elster J & Slagstad R. Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press
- Lever, A. 2006 *Privacy Rights and Democracy: A Contradiction in Terms?* *Contemporary Political Theory* 5, 142–162
- Lever, A. 2005 *Feminism, Democracy and the Right to Privacy*, *Minerva: An Internet Journal of Philosophy* 9: 1–31
- Lafont, C. 2009 *Religion and the Public Sphere*, *Philosophy and Social Criticism* 35: 127–150
- Larmore, Ch. 1990 *Political Liberalism* *Political Theory* 18: 339–360
- Larmore, Ch. 2003 *Public Reason in Freeman, S. The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press
- Lukes, S. 1978 *Power and Authority in T.B. Bottomore & R. Nisbet A History of Sociological Analysis*, London: Basic Books
- Macedo, S. 1991 *Liberal Virtues: citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism* Oxford: Clarendon Press
- Merton, R. 1957 *Social Theory and Social Structure*. London: Free Press of Glencoe
- Murphy, R.F. 1964 *Social Distance and the Veil* *American Anthropologist* 66: 1257–1274
- Nagel, T. 1998 *Concealment and Exposure*. *Philosophy & Public Affairs* 27, 3–30
- Nissenbaum, H. 2010 *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press

45 Auf anderem Wege gelangt Schwartz zu einem ähnlichen Ergebnis und argumentiert dafür, dass Privatheit als ein konstitutives Element von Demokratie und Zivilgesellschaft verstanden werden sollte. Schwartz 1999: 1613.

- Parker J.H. 1986 The Social Functions of Secrecy *International Journal of Contemporary Sociology* 23: 229–236
- Raab, Ch. Privacy, Social Value and the Public Interest, *Politische Vierteljahresschrift* 3 2011 (im Erscheinen)
- Rachels, J. 1975: Why Privacy is Important, *Philosophy and Public Affairs* 4, 323–333
- Rawls, J. 1996 *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press
- Rawls, J. 1997 The Idea of Public Reason Revisited, *The University of Chicago Law Review* 64: 765–807
- Roessler, B. 2005: *The Value of Privacy*, Cambridge: Polity Press
- Schoeman, F. 1992 *Privacy and Social Freedom*. Cambridge: Cambridge University Press
- Schwartz, B. 1968: The Social Psychology of Privacy, *American Journal of Sociology* 73: 741–752
- Schwartz, P.M. 1999 Privacy and Democracy in Cyberspace, *Vanderbilt Law Review* 52: 1609–1701
- Simitis, S. 1987: Reviewing Privacy in an Information Society, *University of Pennsylvania Law Review* 135: 707–746
- Solove, D. 2008 *Understanding Privacy*. Cambridge, Harvard University Press
- Solove, D. 2004 *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York: New York University Press
- Tufekci, Z. 2008 Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites, *Bulletin of Science, Technology & Society* 28: 20–36
- Waldron J. 1993 *Theoretical Foundations of Liberalism in Collected Papers 1981–1991* Cambridge: Cambridge University Press
- Westin, A. F. 1967 *Privacy and Freedom*. London: The Bodley Head.

Die Macht der Algorithmen

Der Verlust der Öffentlichkeit durch Personalisierung im Netz

Iris Eisenberger¹

1. Einleitung

Suchmaschinen personalisieren² in jüngster Zeit zunehmend ihre Inhalte. Immer effizienter und zielgenauer werden wir mit Informationen und Angeboten zu unseren vermeintlichen Präferenzen beliefert: Amazons Bücherauslage entspricht unseren Interessen; iTunes-Genius „steuert“, welche Musik, Filme oder Fernsehsendungen wir gerne hören bzw sehen; Facebook „spart“ uns Zeit, indem es uns vorzugsweise Nachrichten von politisch Gleichgesinnten anbietet;³ Google News Feed übermittelt die Neuigkeiten, die uns interessieren könnten und die wir in der gebotenen Kürze noch verarbeiten können;⁴ diverse Suchmaschinen optimieren laufend unsere Suchergebnisse, indem sie diese an Suchverlauf und Standort anpassen.⁵

Diese Art der Personalisierung nimmt uns die Bürde der Informationsflut: nutzerInnen-, aber auch konsumentInnenfreundlich werden wir vorrangig mit jener Information versorgt, bei der „Andere“ davon ausgehen, dass sie für uns relevant ist. Im Internetzeitalter übernehmen diese Selektionsfunktion Datenzentren und deren Algorithmen. Zu Recht nehmen wir diese Reduktion von Komplexität als unverzichtbare Hilfestellung und Entlastung wahr.⁶ Im Verborgenen bleiben allerdings jene Informationen,⁷ die uns

1 Für wertvolle Hinweise danke ich *Angelika Adensamer, Carina Heißenberger* und *Klaus Poier*.

2 Allgemein zur Personalisierung im Web siehe etwa *Feuz/Fuller/Stalder*, Personal Web searching in the age of semantic capitalism: Diagnosing the mechanism of personalisation, *First Monday* 2011; siehe auch die Beispiele bei *Kühling/Gauß*, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, *Multimedia und Recht* 2007, 751, 752.

3 Siehe dazu etwa *Pariser*, The filter bubble (2011) 37 ff.

4 Zur Personalisierung von Such- und Informationsergebnissen bei Google siehe <http://www.google.com/support/accounts/bin/answer.py?answer=54048> (18.10.2011).

5 Vgl. *Google*, Details zur Anpassung von Suchergebnissen. <http://www.google.com/support/websearch/bin/answer.py?hl=de&answer=93704> (14.11.2011). Für diese und andere Beispiele siehe die Arbeiten von *Miriam Meckel*, www.miriammeckel.de (12.12.2011), im Zusammenhang mit Algorithmen (vgl. FN 45); *Jüngling*, Die unheimliche Macht der Algorithmen, *Welt Online* v 16.10.2011. Differenzierend *Ziegler*, Die Macht der Algorithmen. Mathematik im Alltag, *MDMV* 18/2010, 100. Zu den Gefahren, aber auch dem Nutzen der damit im Zusammenhang stehenden Datensammlungen siehe nur *Maurer et al*, Report on dangers and opportunities posed by large search engines, particularly Google (2007), insb 75 ff mwN und weiterführender Diskussion.

6 Siehe idZ *Ott*, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, *Multimedia und Recht* 2006, 195 sowie *Krenn*, *Werbung und Internet* (2009) insb 29 f mwN.

7 *Danckert/Mayer*, Die vorherrschende Meinungsmacht von Google – Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten, *Multimedia und Recht* 2010, 219 sprechen in diesem Zusammenhang von „einer geheimen Filterformel“.

die DienstanbieterIn gewissermaßen vorenthält, sowie die Kriterien dafür, nach denen uns das Web die eine Information liefert, eine andere wiederum nicht. Schließlich werden jene Algorithmen, die uns profilgenau beliefern, nicht offengelegt.⁸

Wenig Beachtung findet auch ein weiterer Nebeneffekt: Personalisierung zu Ende gedacht, hieße, dass uns entweder nicht mehr alle Informationen zur Verfügung stehen, oder selbst wenn sie – wie etwa bei Google – theoretisch noch zur Verfügung stünden, praktisch aber nicht mehr genutzt werden.⁹ Personalisierung könnte letztlich dazu führen, dass wir unser konkretes Informationsspektrum mit keiner einzigen anderen InternetnutzerIn mehr teilen.

Dieser Text geht von der These aus, dass Algorithmen die Informations-Gatekeeper¹⁰ des 21. Jahrhunderts sind, und die zunehmende Personalisierung im Netz zu einem Verlust von Öffentlichkeit¹¹ führt. Mit der Öffentlichkeit verschwindet aber auch ein konstitutives Element jeder Demokratie:¹² objektive, sachkundige und für alle Menschen in gleicher Weise offenstehende Information sowie der tatsächliche Austausch dieser. Der Beitrag wirft die Frage auf, welche Regelungsmechanismen zur Verfügung stünden, um auch im zunehmend personalisierten Internet diskursive Öffentlichkeit zu erhalten.

2. Algorithmen: die Informations-Gatekeeper des 21. Jahrhunderts

In der analogen Informationswelt¹³ wählen HerausgeberInnen und Redaktionen die Informationen für uns aus. Da uns diese Persönlichkeiten idR bekannt sind, assoziieren wir mit traditionellen Medien bestimmte Ausrichtungen und Qualitätsstandards: so bewerten wir eine Zeitung, eine Zeitschrift oder einen Fernsehsender als seriös oder eben gerade nicht.¹⁴ In der virtuellen Informationswelt sieht vieles anders aus: Hier filtert ein Programmcode das im Netz vorhandene Angebot und strukturiert und reiht es für uns. Die Auswahl der Informationen erfolgt dabei über festgelegte Parameter, etwa Alter der Domain, Ladezeit, Aktualität oder Schlüsselwörter. Mit dieser unentbehrlich geworde-

Schulz, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre? Überlegungen zur Entwicklung der Gewährleistungsgehalte von Art. 5 Abs. 1 GG am Beispiel von Suchmaschinen, CR 2008, 470, 474 spricht im Zusammenhang mit der Suche im Web 2.0 von einer „Blackbox“.

8 Vgl dazu etwa *Kühling/Gauß*, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt? Zeitschrift für Urheber- und Markenrecht 2007, 881, 887. Siehe idZ auch *Maurer et al* (FN 5) insb 74.

9 Siehe dazu die Ausführungen unter Pkt 3.

10 „Gatekeeper“ sind in den Publikations- und Kommunikationswissenschaften dafür verantwortlich, welchen Inhalt wir als Informationskonsumenten zu Gesicht bekommen. Vgl dazu *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch (1990) RZ 9 mV auf *Ott* sowie *Kühling/Gauß* (FN 8) insb 882 f; *Kühling/Gauß* (FN 2) 751.

11 Zur Bedeutung der Öffentlichkeit und zum drohenden Verlust dieser siehe schon *Darnstädt*, Demokratie und Heuhaufen: Google bedroht nicht die Privatsphäre, sondern die Idee einer freiheitlichen Gesellschaft, die von einem öffentlichen und angstfreien Austausch der Bürger lebt, Spiegel 146 v 23.8.2010.

12 Allgemein zur Rolle der Öffentlichkeit in der Demokratie siehe *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) insb 95 ff mwN.

13 *Berka*, Zur Integrität von Informationen im Web, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Medien im Web (2009) 69, 80 spricht in diesem Zusammenhang von der „alten Informationswelt“.

14 In diesem Sinne auch *Berka* (FN 13) 80.

nen Selektionsleistung¹⁵ wird den Algorithmen eine gesellschaftliche Verantwortung¹⁶ übertragen.

HerausgeberInnen und Redaktionen traditioneller Medien haben einen festen Platz in der Mediendemokratie.¹⁷ Sie sind sich ihrer demokratiepolitischen Verantwortung mehr oder weniger bewusst, und eine Reihe medienrechtlicher Bestimmungen versucht, diese Funktion abzusichern. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang die Verpflichtung nach dem Mediengesetz, Beteiligungen der Medienunternehmen sowie die Blattlinie jährlich zu veröffentlichen.¹⁸ Der InformationskonsumentIn soll es dadurch ermöglicht werden, das jeweilige Medium politisch und ideologisch besser einzuordnen.

Wenn jedoch im Ergebnis ein geheimer Programmcode entscheidet, welche Informationen wir zu sehen bekommen, stellen sich ua folgende Probleme: Erstens kennen wir die Kriterien der Selektion nicht¹⁹ und damit auch nicht die Wertentscheidungen, die das Unternehmen und seine ProgrammiererInnen bei der Auswahl der Parameter und deren Reihung getroffen haben. Versuche, beispielsweise Google rechtlich zu zwingen, ihre Suchalgorithmen offenzulegen, scheiterten bislang allesamt.²⁰ Zweitens sind sich (junge) Internetunternehmen und deren ProgrammiererInnen ihrer mediendemokratischen Verantwortung zumeist weit weniger bewusst, als dies HerausgeberInnen und Redaktionen analoger Medien sind, ihre Sozialisation ist die der Programmierer- und Computertfachwelt.²¹ Die Regelungsmechanismen des Mediengesetzes haben im Bereich des Internets nur eingeschränkten Nutzen. Drittens nimmt die Gesellschaft Technologien und insbesondere Maschinen als weitgehend wertneutral wahr und Algorithmen, die Informationen selektieren, als objektiv²². Die Parameter, aber auch deren Auswahl und Gewichtung beruhen jedoch stets auf Wertentscheidungen.

Welche Macht den Parametern eines Algorithmus in der Informationsrepräsentation zukommt, zeigt der Fall China. Ursprünglich unterwarf sich Google den Zensurwünschen der chinesischen Regierung vollständig. Erst nach einem Hackerangriff änderte Google seine Strategie und leitete diejenigen, die Google China besuchten, automatisch auf Google Hongkong weiter. So war den UserInnen ein uneingeschränkter Zugang ins Netz möglich. Wegen des drohenden Lizenzverlustes beendete Google die automatische

15 Vgl dazu *Ott* (FN 5) 195.

16 Ebenda.

17 Allgemein zur Bedeutung der Medien in einer demokratischen Gesellschaft siehe *Holoubek/Damjanovic/Ribarov*, Recht der Massenmedien, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd 1² (2007) 1187.

18 Siehe dazu nur § 25 Mediengesetz, BGBl 1981/314 idgF.

19 Siehe in diesem Zusammenhang beispielsweise *Kühling/Gauß* (FN 8) 887.

20 Siehe idZ beispielsweise *Pasquale*, Internet Governance: Restoring Transparency to Automated Authority, *Journal on Telecommunication & High Technology Law* 2011, 235 insb 244 ff; siehe aber auch *Europäische Kommission*, SEC(2011)690 RN 255 mV auf das eingeleitete Antitrust-Verfahren gegen Google.

21 Vgl dazu *Schulz/Held/Laudien*, Search Engines as Gatekeepers of Public Communication: Analysis of the German framework applicable to internet search engines including media law and anti trust law, *German Law Journal* 2005, 1419, 1430f.

22 Zum blinden Vertrauen der Nutzer in Suchergebnisse siehe *Kulathuramaiyer/Maurer*, Appendix 3 zu *Maurer et al* (FN 5) 153 mwN.

Umleitung jedoch, und seither müssen UserInnen die Homepage in Hongkong selbst anklicken.²³

3. Personalisierung im Netz: ein Problem der Demokratie?

Für die zielgerichtete Informationsausgabe, aber auch für eine personalisierte Pre-Selektion werden unterschiedliche Informationen herangezogen: etwa die Nutzerinteressen, die Netzwerke, in denen sich die NutzerIn bewegt, oder der Ort, an dem sich die Suchende befindet.²⁴ Die Ergebnisse werden damit immer individueller. *Eli Pariser* spricht iZm seinem Buch „The Filter Bubble“²⁵ von einem „Web of One“. Was wäre, wenn wir uns künftig wirklich in einer auf unsere Vorlieben zugeschnittenen Öffentlichkeit befänden und die Informationen, die wir tatsächlich nutzen, mit keiner einzigen anderen InternetnutzerIn mehr teilen?

Die Frage ist keine rein rhetorische. Die Informationen im Internet mögen zwar theoretisch in ihrer Gesamtheit verfügbar sein, in der Praxis sind sie dies jedoch für einen Großteil der InternetnutzerInnen nicht. Statistisch gesehen klicken die meisten NutzerInnen nicht mehr Links oder Nachrichten an, als sie auf der ersten Seite des Suchergebnisses vorfinden.²⁶ Auch das verdeutlicht die demokratiepolitische Bedeutung der Algorithmen und deren Parameter.²⁷ Faktisch leben wir also heute schon in einer stark fragmentierten Öffentlichkeit.²⁸ Eine rechtsstaatliche Demokratie setzt jedenfalls Öffentlichkeit voraus, ohne sie ist Demokratie nicht möglich.²⁹

Öffentlichkeit muss allerdings vernetzt sein, dh die vorhandenen Informationen müssen ausgetauscht werden können, nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch.³⁰ Geschieht das nicht, kann der Einzelne seine Meinungen nicht mehr frei und öffentlich bilden.³¹ Für freie Meinungsbildung ist es auch notwendig, dass man selbst bestimmen kann, welche Informationen man auswählt. In einer Gesellschaft, in der sich das Informationsangebot zu einem großen Teil ins Internet verlagert hat,³² ist Öffentlichkeit an sich

23 Siehe idZ *Berka* (FN 13) 81 sowie *Wirtschaftsblatt*, Google darf in China weiter arbeiten, *WirtschaftsWoche* v 7.9.2011.

24 Vgl dazu *Feuz/Fuller/Stalder* (FN 2) 3 f.

25 Siehe *Pariser* (FN 3).

26 Siehe in diesem Zusammenhang etwa *Kühling/Gauß* (FN 8) 885, *Ott* (FN 6) 195 und *Schulz/Dreyer/Hagemeier*, *Machtverschiebung in der öffentlichen Kommunikation* (2011) 49.

27 Siehe dazu *Schulz/Dreyer/Hagemeier* (FN 26) 49.

28 Siehe idZ beispielsweise *Mantl*, *Öffentlichkeitspflicht im demokratischen Verfassungsstaat*, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Recht und Öffentlichkeit* (2004) 35, 49, der von einer Segmentierung spricht.

29 Vgl dazu beispielsweise nur *Jestaedt*, *Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit*, AÖR 2001, 204, 215 sowie *Grabenwarter*, *Verfassung und Informationsgesellschaft*, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Grundrechte in der Informationsgesellschaft* (2001) 48, 52.

30 Siehe idZ *Jestaedt* (FN 29) 216 ff insb 218.

31 Ebenda.

32 Siehe dazu etwa *Berka*, *Medienrecht und Freiheit der Meinungsäußerung*, in *Österreichischer Juristenverband* (Hrsg), *Medienrecht und Freiheit der Meinungsäußerung* (2010) 12, 15.

schon stark fragmentiert;³³ wird dieses Informationsangebot zusätzlich personalisiert, geht irgendwann die Öffentlichkeit gänzlich verloren. Soll Demokratie auch weiterhin funktionieren, brauchen wir eine Öffentlichkeit, die wir miteinander teilen: denn nur wer informiert ist, kann auch mitwirken.³⁴

4. Zurück zur Öffentlichkeit: eine Illusion?

Glaukt man der zuvor aufgestellten These, dass Personalisierung zum Verlust von Öffentlichkeit führt, sollte man darüber nachdenken, ob es Regelungsmechanismen gibt, um diese wieder herstellen zu können.

Klassische Regulierungsmechanismen funktionieren in diesem Zusammenhang nicht. Die Selbstregulierung durch den Markt³⁵ mag vielleicht auf Märkten funktionieren, auf denen alternative Anbieter vorhanden sind; auf Märkten, in denen bestimmten Unternehmen quasi Monopolstellung³⁶ zukommt, kann der Markt a priori kein angemessenes Regulierungsinstrument sein³⁷. Im Bereich der Personalisierung scheinen unterschiedliche Transparenzpflichten³⁸ oder Inhaltskontrollen zielführender zu sein: die Bandbreite der Möglichkeiten reicht dabei von der Offenlegung der Algorithmen, über Deklarationsverpflichtungen hin zu inhaltlichen Parametervorgaben sowie Opt-out- oder Opt-in-Möglichkeiten.

Die Offenlegung des Algorithmus mag zwar für Laien nicht besonders hilfreich sein, ermöglicht es aber außenstehenden SpezialistInnen, den Algorithmus und dessen Parameter zu überprüfen. So wäre es möglich, bestehende Tendenzen oder Wertungen zu erkennen und dieses Wissen der Allgemeinheit zugänglich zu machen.

Offenlegung bleibt jedoch mit Sicherheit Illusion, sind die Algorithmen doch meist millionenschwere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse³⁹. Ein transparenter Algorithmus hätte darüber hinaus auch den Nachteil, dass er für verschiedenste Manipulationen von außen leichter anfällig wäre.⁴⁰

Aus dem Blickwinkel der Transparenz wären Deklarationsverpflichtungen nicht nur möglich, sondern auch sinnvoll. Ähnlich wie bei Werbelinks⁴¹ könnte man im Internet

33 Siehe *Mantl* (FN 26) 49. *Hanschmann*, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“ (2008) 223, spricht beim Bild einer einheitlichen Öffentlichkeit von einer Fiktion und von einem „komplexen, vielfältigen, und segmentierten Geflecht von Teilöffentlichkeiten“.

34 Siehe dazu *Feik* (FN 12) 96 mwN.

35 Für Beispiele der Regulierungsfähigkeit des Marktes im Bereich von Suchmaschinen siehe *Kühling/Gauß* (FN 8) 885. Zu unterschiedlichen kartellrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten siehe ausführlich *Kühling/Gauß* (FN 2).

36 Zur Frage des Marktanteils großer Suchmaschinen siehe beispielsweise *Krenn* (FN 6) 30 mwN. In diesem Zusammenhang siehe auch *Maurer et al* (FN 5) insb 9 ff.

37 Vgl dazu *Schulz/Dreyer/Hagemeyer* (FN 26) 49.

38 Zur Forderungen von Transparenzverpflichtungen siehe schon *Kühling/Gauß* (FN 8) 887 und 889 und auch *Schulz* (FN 7) 476.

39 Siehe idZ *Kühling/Gauß* (FN 8) 887.

40 Ebenda.

41 Ebenda insb 884 f und 880.

personalisierte Informationen speziell kennzeichnen und dadurch zumindest das Bewusstsein der InternetnutzerInnen stärken. Inhaltliche Parameterangaben ohne Offenlegung der Algorithmen sind keiner Kontrolle zugänglich und somit nicht zweckmäßig. Zielführend sind hingegen Opt-out-, jedoch insbesondere Opt-in-Möglichkeiten. Bei einer Opt-out-Möglichkeit könnte die NutzerIn die standardisierte Personalisierung der Informationen ablehnen. Nutzerfreundlicher wäre hingegen eine Opt-in-Version, in der InternetnutzerInnen aktiv werden müssen, um die Personalisierung von Informationen zuzulassen. Vermutlich wird man mit all diesen Optionen die Öffentlichkeit nicht wieder herstellen können, die Opt-in-Variante ermöglicht es der NutzerIn aber zumindest, sich frei zu entscheiden.

5. Schlussbemerkungen

Die Macht- und Herrschaftsstrukturen am Informationsmarkt haben sich durch das Internet wesentlich verändert⁴² und die Informations-Gatekeeper sind andere als noch vor 10 Jahren. Heute sind es ComputerspezialistInnen und MathematikerInnen global agierender Unternehmen, die im virtuellen Raum bestimmen, welche Informationen uns tatsächlich zugänglich sind. Sie entwickeln jene Algorithmen, die unsere Informationswelt personalisieren, ordnen und strukturieren, und durch diese Komplexitätsreduktion wirken sie auch demokratiefördernd⁴³. Im Vordergrund stehen jedoch eher konsumenten- und nutzerInnenfreundliche Produkte und nicht die „demokratiepolitische, aufklärerische Funktion“⁴⁴ traditioneller Medien. Auch die Öffentlichkeit ist heute eine andere: in vielen Bereichen wirkt das Internet demokratiefördernd und bestimmte Themen und Meinungen konnten und können überhaupt erst durch das Internet in die Öffentlichkeit getragen werden. Durch die zunehmende Personalisierung im Netz geht aber auch ein Teil der Öffentlichkeit verloren. Das alleine wäre schon Grund genug zu handeln und den betroffenen Unternehmen Transparenzpflichten oder Inhaltskontrollen aufzuerlegen. In die Öffentlichkeit des 20. Jahrhunderts führt kein Weg zurück. Transparenzpflichten würden aber zumindest die zunehmende Macht der Algorithmen⁴⁵ in das Blickfeld der Aufmerksamkeit rücken und ihren ProgrammiererInnen deren demokratiepolitische Bedeutung deutlicher machen.

Dr.ⁱⁿ Iris Eisenberger, M.Sc. (LSE) lehrt an der Universität Wien; iris.eisenberger@univie.ac.at

42 Siehe dazu *Schulz/Dreyer/Hagemeyer* (FN 26).

43 In diesem Sinne auch *Kübling/Gauß* (FN 8) 889, für die Suchmaschinen die Informationsfreiheit verstärken und nicht etwa einschränken.

44 Vgl *Berka* (FN 32) 17 f.

45 Siehe in diesem Zusammenhang auch *Meckel*, SOS – Save Our Serendipity <http://www.miriammeckel.de/2011/10/11/sos-save-our-serendipity/> (18.10.2011) sowie ihren Roman NEXT (2011). Siehe auch FN 5 sowie *Eisenberger/Gruber*, Wenn „Maschinen“ Politik machen (in Druck).

Facebook: Überwachung auf „freiwilliger“ Basis?

Max Schrems

1. Rechtssubjekt „Facebook“

Hinter der Plattform facebook.com versteckt sich ein umfangreiches Geflecht an Unternehmen. Für die Zwecke dieses Beitrags sind jedoch nur die operativen Unternehmen „Facebook Inc.“ mit Sitz in Kalifornien, USA (im Weiteren Facebook USA) und „Facebook Ireland Ltd“ mit Sitz in Dublin, Irland (im Weiteren Facebook oder Facebook Irland) relevant. Laut Punkt 18.1. der AGB ist Facebook Ireland Vertragspartner für alle privaten und kommerziellen Nutzer_innen außerhalb der USA und Kanada. Letzteres betrifft ungefähr 70 % der Nutzer_innen von Facebook weltweit.¹ Diese Konstruktion (genannt „Double Irish“) beinhaltet einen Umweg über die Cayman Islands und wurde nach Medienberichten hauptsächlich aus Steuergründen gewählt.² Dabei wird die Körperschaftssteuer von 35 % (USA) auf ungefähr 2–3 % gedrückt.

Aus Sicht europäischer Rechtsanwender_innen ist diese Konstruktion natürlich überaus begrüßenswert, da so irisches (und damit europäisches) Vertrags-, Konsumenten- und Datenschutzrecht anwendbar wird und ein europäischer Gerichtsstand geschaffen wird.

2. Geschäftskonzept von Facebook

Die meisten klassischen, gewinnbringenden Webseiten bieten Inhalte („Content“) im Tausch gegen Werbung. Dies gilt zum Beispiel für diverse Webseiten von Zeitungen, Rundfunkanstalten oder Online-Ratgebern. Dabei wird zunehmend individualisierte Werbung verwendet, welche durch verschiedene Techniken an den Inhalt der Seite oder an Benutzerprofile der Nutzer_innen angepasst werden. Dieses „klassische“ Konzept lässt sich mit der Formel „Du bekommst Inhalte gegen Werbung“ zusammenfassen und ist zB auch aus dem Privatfernsehen bekannt.

Von diesem klassischen Konzept zu unterscheiden ist das sogenannte „Web 2.0“ (teilweise auch „Mitmach-Web“ genannt). Hier wird der Inhalt nicht mehr von Webseitenanbieter_innen produziert und bereitgestellt, sondern die User_innen selbst produzieren die Inhalte. Wie banal diese Inhalte sein mögen ist meist irrelevant. Die Betrei-

1 Facebook, Statistiken, <http://www.facebook.com/press/info.php?statistics> (1.9.2011).

2 ORF.at, Geld sparen mit dem „Double Irish“, <http://news.orf.at/stories/2021483/2021479> (1.9.2011).

ber_innen beschränken sich auf die Zurverfügungstellung von Darstellungssystemen und Speicherplatz. Die Formel lautet nun verkürzt „Du bekommst Speicherplatz gegen Inhalte und Werbung“.

Facebook verbindet nun viele dieser typischen Web 2.0-Angebote wie zB das Speichern von Videos, Bildern, Kommentaren, Blog-Beiträgen und Nachrichtensystemen. Durch die Verbindung von diesen verschiedenen Funktionen entsteht eine besonders große Datenmenge, die nun zentral bei einem Anbieter hinterlegt wird. Durch die Verbindung von vielen einzelnen Services auf einer Plattform ergibt sich ein besonders großer und leicht zu verknüpfender Datenbestand. Gegenüber anderen Web 2.0-Anbieter_innen geht Facebook jedoch noch einen entscheidenden Schritt weiter. Facebook fungiert nicht nur als klassischer „Host“ (reine Speicherung und Zurverfügungstellung der Daten), sondern verwendet die hinterlegten Daten auch zu eigenen Zwecken weiter. Facebook nimmt damit eine Doppelstellung als „Verwahrer“ und „Verwender“ der Daten ein. Diese Datenverwendung umfasst oft auch Daten, die nicht nur die Nutzer_innen selbst betreffen, sondern auch Daten von Dritten. So verfügt Facebook auch über Namen, Bilddaten, E-Mail-Adressen, Telefonnummern, Adressen und Arbeitgeber_inneninformationen von Nicht-Nutzer_innen. Diese Daten werden meist von unwissenden Nutzer_innen auf Facebook hochgeladen, wenn diese zB spezielle Funktionen zum „Freunde finden“ auf Facebook verwenden.

3. Monopolbildung

„Social Networks“ wie facebook.com sind geschlossene Kommunikationssysteme. Das bedeutet, dass nur Nutzer_innen gleicher Anbieter_innen miteinander kommunizieren können. Damit ergibt sich eine andere Marktdynamik als bei offenen Systemen (zB Internet, E-Mails oder Telefon). Offene Systeme führen zu einer direkten Konkurrenz verschiedener Anbieter_innen, unabhängig von deren Marktgröße.

Da soziale Netzwerke nur dann funktionieren, wenn möglichst alle realen Freund_innen auch auf einem Dienst angemeldet sind, kommt es relativ schnell zu Monopolbildungen, da ein Netzwerk mit vielen Nutzer_innen automatisch immer mehr neue Nutzer_innen anzieht („Schwarzes Loch“-Effekt).

Genau diese Entwicklung hat der Markt für „soziale Netzwerke“ durchgemacht. Von vielen Anbieter_innen ist, abgesehen von einigen regionalen Anbieter_innen, derzeit nur facebook.com übergeblieben.³ Diese Monopolbildung macht ein freies Spiel des Marktes unmöglich, die Nutzer_innen sind einem de-facto-Monopol ausgesetzt. Eine Verbesserung von Datenschutzstandards und Konsumentenschutz ist nur noch durch staatlichen Eingriff zu gewährleisten. Nutzer_innen welchen die Methoden von facebook.com nicht zusagen, haben nur die Alternative, dieses neue Medium überhaupt

3 Belastbare Statistiken zu Marktanteilen sind nicht auffindbar.

nicht zu nutzen oder einem unbedeuteten sozialen Netzwerk beizutreten, was aber ihre Kommunikationsmöglichkeiten stark einschränken würde.

4. Vertragsrecht

Die Nutzungsbedingungen und Geschäftskultur von Facebook scheinen stark US-amerikanisch geprägt. So finden sich an allen relevanten Stellen Verweise auf die Rechtslage in Kalifornien oder den USA, nicht jedoch auf das Recht des Sitzlandes von Facebook Irland.

Durch die Anmeldung auf facebook.com gehen Nutzer_innen einen Vertrag mit Facebook Irland ein. Obwohl die Nutzer_innen keine Gebühren für die Nutzung entrichten müssen, können sie trotzdem einen entgeltlichen Vertrag annehmen. Facebook Irland erhält von den Nutzer_innen Inhalte, Daten und Werbeimpressionen. Während Letzteres vermutlich keine geldwerte Leistung darstellt, kann man bei der Zurverfügungstellung von Inhalten sehr wohl von einer geldwerten Leistung sprechen. Ohne die Inhalte der User_innen wäre facebook.com „leer“ und das Geschäftskonzept würde nicht funktionieren. Entsprechend räumt sich Facebook Irland auch eine übertragbare, unterlizenzierbare und weltweite Lizenz an allen „IP-Inhalten“ ein. Das betrifft zB alle Fotos, Texte und Videos, die Nutzer_innen auf facebook.com hochladen. Diese Lizenz soll laut Nutzungsbedingungen auch nach der Löschung des Profils weiter Gültigkeit haben. Auch wenn diese umfangreiche Lizenz nicht im vollen Umfang durchsetzbar scheint, ist mE ein entgeltlicher Tauschvertrag (Inhalte, Daten gegen Nutzung der Seite) anzunehmen. Übliche Privatnutzer_innen werden zudem auch als Konsument_innen iSd § 1 KSchG einzuordnen sein.

4.1. Zuständige Gerichte

Facebook Ireland Ltd richtet seine Geschäftstätigkeiten auch auf den österreichischen Markt aus. Dies ergibt sich ua durch die Sprachwahl, die Verwendung von „facebook.at“ oder einer Kooperation mit einem heimischen Mobilfunkanbieter. Damit ist Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO erfüllt, Konsument_innen können daher nur an ihrem Wohnsitz geklagt werden. Konsument_innen haben die Wahl Facebook Ireland Ltd entweder an ihrem Wohnsitz, oder am Sitz der Gesellschaft zu klagen. Die Gerichtsstandsklausel in Facebook Irlands AGB, welche als Gerichtsstand Santa Clara, Kalifornien, USA angibt, ist daher jedenfalls ungültig.

4.2. Anzuwendendes Recht

Für Unternehmer_innen ist Art 3 Rom I-VO maßgeblich, wonach die Rechtswahl allgemein zulässig ist. Facebook Irland wählt in Punkt 15.1 seiner AGB das Recht des

US-Bundesstaates Kalifornien als anzuwendendes Recht. Jedoch stellt sich hier die Frage, ob nicht Art 3 Abs 3 oder Abs 4 Rom I-VO zur Anwendung kommt, da ein Recht eines Drittstaates ohne direkten Bezug gewählt wurde. Dabei könnte Facebook Irland einwenden, dass die Datenverarbeitung durch Facebook USA vorgenommen wird und daher ein Anknüpfungspunkt vorhanden wäre. Die Anknüpfung an den Sitzstaat eines Dienstleister_innen bzw der Muttergesellschaft des Vertragspartner_innen scheint jedoch sehr schwach.

Mit der Ausrichtung auf den österreichischen Markt (siehe oben) ist für Konsument_innen generell Art 6 Abs 1 lit b Rom-I VO erfüllt und damit das Recht des Sitzstaates des/der Konsumenten/in anwendbar. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips in Art 6 Abs 2 Rom I VO ist die von Facebook Irland getroffene Rechtswahl (jedenfalls gegenüber zwingendem österreichisches Recht) ungültig.

4.3. Gültigkeit der AGB

Die AGB von Facebook Irland sind stark vom US-amerikanischen Rechtsverständnis geprägt und gleichlautend mit den von Facebook USA verwendeten Bestimmungen. Dies bringt naturgemäß Probleme in Bezug auf die Gültigkeit im europäischen Rechtskreis. Die Zustimmung zu den AGB wird durch den Klick auf einen „Registrieren“-Knopf auf einer „Sicherheitscheck“-Seite im Rahmen des Anmeldeprozesses gegeben. Der Hinweis hierzu ist in kleinster, grauer Schrift unter dem Knopf zu finden. Das Setzen eines Hakens, der die Zustimmung bestätigt, oder ähnliches ist nicht notwendig. Trotzdem wird man wohl davon ausgehen müssen, dass durchschnittliche Konsument_innen bei einem Unternehmen wie Facebook davon ausgehen müssen, dass diese nur zu bestimmten AGB kontrahieren.

Fraglicher scheint die Gültigkeit des konkreten Inhalts der AGB, wie man an folgenden Beispielen erkennen kann: Die umfangreiche Limitierung des Schadenersatzes in Punkt 15.3 der AGB widerspricht klar § 6 Abs 1 Z9 KSchG. Die Einräumung von weltweiten, übertragbaren, unterlizenzierbaren und unentgeltlichen Lizenzen an allen Inhalten, welche Nutzer_innen auf facebook.com hochladen, ist sicherlich ein ungültiger „überraschender Inhalt“ iSd § 864a ABGB. Die Verpflichtung auf facebook.com keine „böartigen Handlungen“ durchzuführen scheitert mE bereits am allgemeinen Bestimmtheitsgebot. Auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG werden wohl viele weitere Regelungen der AGB zum Opfer fallen. Generell kann daher gesagt werden, dass der Inhalt der AGB von Facebook nicht den europäischen Standards entspricht.

4.4. Klage aus dem Vertrag?

Die Nutzung von facebook.com ist mit vielen Problemen und Unzulänglichkeiten behaftet. Allein die in vielen Punkten unzulässigen AGB könnten Nutzer_innen zu entspre-

chenden Klagen bewegen. Interessant wäre auch eine Klage betreffend die möglicherweise fehlende Gesetzeskonformität des Dienstes in Österreich (siehe unten Punkt 6.3.). Da Nutzer_innen einen entgeltlichen Vertrag geschlossen haben, wäre eine Klage auf Bereitstellung eines gesetzeskonformen Dienstes anzudenken.

5. Datenschutz

Ähnlich der unterschiedlichen Ansätze im Bereich des Vertragsrechts, ist bei Facebook auch ein sehr US-amerikanischer Ansatz im Bereich des Datenschutzes erkennbar. Während in der europäischen Rechtsentwicklung personenbezogene Daten weitgehend dem freien Verkehr entzogen wurden und durch die Datenschutzgesetzgebung nur bedingt verwendet werden dürfen, gibt es in den USA generell wenige Beschränkungen. Vereinfacht gesagt sind personenbezogene Daten im amerikanischen Rechtskreis ein Handelsgut, welches den Betroffenen entzogen ist. Im europäischen Rechtskreis sind jene Daten jedoch hauptsächlich der Person zugeordnet und dem freien Markt weitgehend entzogen. In den USA hat sich dementsprechend eine umfangreiche „Data Mining“-Industrie entwickelt. Personenbezogene Daten werden als wertvoller Rohstoff angesehen. Bekanntlich hat Facebook ein besonders großes und gut strukturiertes Repertoire dieses Rohstoffes angesammelt. So können sich die Datensätze zu nur einer Person bei durchschnittlicher Nutzung auf über 1.000 A4-Seiten belaufen.

Praktisch alle Informationen, die auf facebook.com verarbeitet werden, sind „personenbezogene Daten“ iSd Art 2 lit a DS-RL (im weiteren „Daten“), womit generell die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG, im Weiteren DS-RL) anwendbar ist.

Die europäische Datenschutzgesetzgebung geht davon aus, dass jede Datenverwendung von einem/r (oder mehreren) Verantwortlichen (iSd Art 2 lit d DS-RL) vorgenommen wird. Das Gesetz zielt auf die faktische Kontrolle über die Datenanwendung ab, vereinfacht wurde dies bisweilen mit der Frage „Wer ist Herr der Daten?“ umschrieben. Der/die Verantwortliche unterliegt der DS-RL, während Personen, über welche Daten verarbeitet werden („betroffene Person“ iSd Art 2 lit a DS-RL), durch die DS-RL geschützt werden sollen.

Diese bipolare Ordnung ist auf den ersten Blick mit dem „Mitmachweb“ schwer vereinbar. So können die Nutzer_innen Inhalte veröffentlichen und Plattformbetreiber_innen diese Veröffentlichungen praktisch nicht steuern, sondern maximal später entfernen. Gleichzeitig können die Nutzer_innen die Verarbeitung durch Plattformbetreiber_innen nicht steuern. Gewisse Weiterverarbeitungen sind jedoch absehbar oder bekannt. Auch ist zu unterscheiden, ob Nutzer_innen personenbezogene Daten, die andere Personen betreffen, oder eigene Daten verarbeiten. Im Fall der Verarbeitung von eigenen Daten ist die DS-RL nicht anwendbar, gleiches gilt auch bei veröffentlichten Daten nach dem österr Datenschutzgesetz (siehe § 1 Abs 1 DSG).

Bei genauerer Analyse lassen sich Plattformen wie zB facebook.com in einzelne Funktionen teilen. So sind viele Funktionen von Nutzer_innen nicht beeinflussbar, wie zB diverse Analysesysteme oder Werbesysteme, die von Plattformbetreiber_innen kontrolliert werden und meist auch ausschließlich in deren Interesse personenbezogene Daten verarbeiten. Plattformbetreiber_innen verarbeiten jedenfalls immer Daten von anderen Personen und unterliegen der DS-RL bei jenem Verarbeitungsschritt, der ihnen alleine zuzurechnen ist.

Andererseits sind zB die Seiten der einzelnen Nutzer_innen („Pinnwand“) von diesen Nutzer_innen bestimmt. Sie alleine können festlegen, welche Inhalte sie veröffentlichen, welchen Personen sie diese zugänglich machen und ob andere Nutzer_innen ebenfalls auf diesen Seiten Daten veröffentlichen können. Es kann daher festgestellt werden, dass die Nutzer_innen hier Verantwortliche iSd Art 2 lit d DS-RL sind.⁴

Da Facebook Irland auch jene Teile des Systems bereitstellt, die von Nutzer_innen verwaltet werden, ist Facebook Irland hier auch als Auftragsverarbeiter iSd Art 2 lit e DS-RL anzusehen. Damit ergibt sich eine Doppelstellung von Facebook Irland als Host (Auftragsverarbeiter iSd DS-RL) und als selbstständiger Weiterverarbeiter (Verantwortlicher iSd DS-RL) der gleichen Daten.⁵

Bemerkenswert ist, dass Facebook in keiner Weise die Zuständigkeiten für gewisse Verarbeitungsschritte klar an die Nutzer_innen oder an sich selbst delegiert. Bei einer Plattform wie facebook.com wäre eine solche Klarstellung von Kompetenzen wohl eine der wichtigsten Grundlagen, welche in AGB geklärt werden sollten. Es scheint wahrscheinlich, dass Facebook an einer genauen Klärung der Zuständigkeiten kein Interesse hat. Während in älteren Abhandlungen zu Recht davon ausgegangen wurde, dass Facebook seinen Sitz in den USA hat, ist seit der Neustrukturierung von Facebook nur noch Facebook Irland Vertragspartner der Nutzer_innen außerhalb der USA und Kanadas und damit zuständig für die Datenverarbeitung. Bei Gesellschaften mit Sitz innerhalb von EU/EWR gilt Art 4 Abs 1 lit a DS-RL, womit auf Facebook Irland jedenfalls der irische Data Protection Act (DPA) anzuwenden ist.

Auf die Nutzer_innen ist das jeweils nationale Recht des/der Verantwortlichen anzuwenden, solange diese/r seinen/ihren Sitz innerhalb von EU/EWR hat. Für österreichische Verantwortliche gilt somit das österreichische Datenschutzgesetz (DSG).

5.1. Facebook

Eine vollständige Abhandlung der Datennutzung durch Facebook sprengt den Rahmen dieses Beitrags bei weitem. Jedoch können einige interessante oder grundsätzliche Fragen herausgegriffen werden:

⁴ Hier eher zurückhaltend bzw aA: Working Paper 163, Artikel-29-Datenschutzgruppe, 2009, 6.

⁵ Ähnlich: *Leissler*, Social Networks – Datenschutz in der vernetzten Welt, *ecolx* 2010, 834.

5.1.1. Zustimmung zur Datenschutzrichtlinie

Facebooks Datenschutzkonzept beruht grundsätzlich nur auf der Zustimmung aller Nutzer_innen zur Verwendung der Daten (Section 2A(1)a DPA). Hierbei gibt es ein erstes, grundsätzliches Problem: Facebook verarbeitet auch Daten von Dritten, also Personen, welche nie auf facebook.com registriert waren. Eine Zustimmung ist unmöglich, weswegen Facebook teilweise den Nutzer_innen, welche diese Daten von Dritten importieren, eine Pflicht zur Einholung einer Zustimmung auferlegt. Dies erfolgt relativ kryptisch und versteckt in den AGB und der Datenschutzrichtlinie und hat keine praktische Relevanz. Daher ist eine solche vertragliche Absicherung als uneffektiv anzusehen und daher mE nicht ausreichend, um die Daten von Drittpersonen zu verarbeiten.

Bei Nutzer_innen ist die Einholung einer Zustimmung generell möglich, jedoch stellen sich hier auf facebook.com zwei Probleme: Die Datenschutzrichtlinie selbst entspricht in vielen Teilen nicht den Anforderungen der Gesetze und der Zustimmungsakt zu diesen Regelungen entspricht ebenfalls nicht den banalsten Anforderungen des DPA.

So lautet beispielsweise der einzige Satz der 12-seitigen Datenschutzrichtlinie, welcher die Datenverarbeitung durch Facebook allumfassend beschreibt: „Wir verwenden die von uns erfassten Daten, um dir ein sicheres, effizientes und individuelles Nutzungserlebnis zu bieten.“ Dieser Klausel folgen nur einige (ähnlich vage) Beispiele, wie diese Datennutzung erfolgen kann. Es ist nur schwer vorstellbar, eine unbestimmtere Formulierung zu erdenken, als die obig zitierte. Welches Unternehmen will kein „sicheres, effizientes und individuelles Nutzungserlebnis“ bieten? Diese Klausel könnte von einem Gastronomiebetrieb, einem Mobilfunkunternehmen, einem Kaufhaus oder einem Erlebnispark wohl ebenso verwendet werden und ist ein Paradebeispiel für Unbestimmtheit. Hinzu kommt, dass die Zustimmung zu dieser Datenschutzrichtlinie durch das Klicken eines Knopfes im Rahmen einer „Sicherheitskontrolle“ erfolgen soll. Der einzige Hinweis darauf ist in kleinster, grauer Schrift am Ende der Seite und erst unterhalb des Knopfes zu sehen. Nach allen Grundsätzen, welche sich im irischen Recht zu einer gültigen Zustimmung entwickelt haben, ist diese Form der Zustimmung daher wohl als ungültig anzusehen.⁶

5.1.2. Löschen von Daten

Eine weitere Problematik ergibt sich daraus, dass Facebook zwar diverse Optionen anbietet, Daten zu „entfernen“ oder zu „löschen“, diese Daten aber de facto nur für die User_innen unsichtbar gemacht werden.⁷ Da nach irischem Recht eine „Rücknahme“ der Zustimmung zur Datenverarbeitung nicht explizit möglich ist,⁸ stellt sich die Frage,

6 Siehe genauer: Kelleher, Privacy and Data Protection Law in Ireland (2006), Rz 11.05 ff.

7 Siehe Datensätze unter http://www.europe-v-facebook.org/removed_content.pdf (1.9.2011).

8 Kelleher, Privacy and Data Protection Law in Ireland, Rz 11.26.

ob Facebook überhaupt eine Pflicht zur Löschung dieser Daten trifft. Diese Pflicht ist mE primär von zwei Prinzipien ableitbar: Die Zustimmung ist nur mit dem Wissen der Löschbarkeit gegeben worden (bedingte Zustimmung) und das irische Recht sieht vor, dass Daten nur „fair“ verwendet werden dürfen (siehe Section 2(1)a DPA). Dieser Pflicht zur fairen Nutzung ist wohl nicht mehr entsprochen, wenn den Nutzer_innen vermittelt wird, die Daten seien gelöscht worden, diese aber in Wirklichkeit nur vor den Nutzer_innen versteckt werden.

5.1.3. Exzessive Datennutzung

Nach entsprechenden Auskunftersuchen hat Facebook Nutzer_innen eine Kopie der Datensätze, die Facebook speichert, übermittelt.⁹ Obwohl diese Datensätze nicht alle personenbezogenen Daten beinhalten, hatten die Datensätze beträchtliche Ausmaße von bis zu 1.220 Seiten. In diesen Daten waren auch sensible Daten der Nutzer_innen und von Dritten auffindbar.

Das irische Recht sieht vor, dass Auftraggeber_innen keine „exzessive“ Datennutzung vornehmen dürfen (Section 2(1)c(iii) DPA), eine Regelung welche dem österr Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht. Somit stellt sich die Frage, ob die Verarbeitung dieser gesamten gehosteten Datenmengen für Facebooks eigene Zwecke nicht unverhältnismäßig ist. Nimmt man die offensichtlichen Zwecke von Facebooks Nutzung der Daten, so ist dies mE nach klar, denn Facebook verwendet diese Daten derzeit hauptsächlich zur Ausrichtung der Werbung für Drittfirmen und zur Bewerbung der eigenen Plattform. Diese eher banalen Zwecke scheinen unverhältnismäßig zum Datenbestand, welcher hierfür verwendet wird. Um keine exzessive Datennutzung zu betreiben wäre es nötig, dass Facebook seine Datennutzung für diese Zwecke einschränkt. Dies könnte zur Limitierung der Datenkategorien und/oder zur Einschränkung auf aktuelle Daten führen. Letzteres könnte dem Konzept des „digitalen Vergessens“ nahe kommen.

5.2. Unternehmen, geschäftliche Nutzer_innen

Innerhalb der letzten Jahre hat vor allem die wirtschaftliche Nutzung von facebook.com rasant zugenommen. Nahezu jedes Unternehmen und praktisch alle öffentlichen Figuren sind auf facebook.com vertreten. Dabei ist generell von einer Datenanwendung wie jeder anderen auszugehen. Profile für eine wirtschaftliche Nutzung werden auf facebook.com „Seiten“ genannt. Es liegt mE eine geringfügige Abwandlung einer üblichen Webseite mit allen daran geknüpften rechtlichen Pflichten (siehe zB MedienG, E-CommerceG) vor. Die Nutzung durch User_innen ist mE unproblematisch, da die

⁹ Siehe Europe versus Facebook, Facebooks Datenbestand, <http://www.europe-v-facebook.org/DE/Datenbestand/datenbestand.html> (1.9.2011).

Nutzer_innen (wie auf einer normalen Webseite) davon ausgehen müssen, dass alle hinterlassenen Informationen öffentlich zugänglich sind. So lang für die Nutzer_innen klar erkennbar ist, dass die aufgerufene Seite durch Facebook bereitgestellt wird, ist auch davon auszugehen, dass ihnen bewusst ist, dass Facebook entsprechende Analyse-systeme betreibt.¹⁰

Problematisch scheint der Import und Export von Daten zu facebook.com durch das Unternehmen selbst. Facebook wird dabei zum Dienstleister iSd § 4 Z5 DSGVO, gibt jedoch gerade keine notwendige Gewähr für die rechtmäßige Datennutzung (siehe § 10 DSGVO).

Facebook bietet für Unternehmensseiten beispielsweise eine Funktion zum Import der Kund_innenkartei an, um diese Kund_innen auf die Seite des Unternehmens „einzuladen“. Natürlich kann Facebook diese Kund_innendaten dann zu anderen Zwecken weiterverwenden. Eine Weitergabe an einen solchen Dienst wäre freilich meist nicht von den Zustimmungen der Kund_innen umfasst und kann sich auch auf keinen anderen Grund zur zulässigen Datenverarbeitung (§ 8 DSGVO) stützen.

Aber auch die „Social Plug-Ins“ von Facebook, die im Internet sehr weit verbreitet sind, sind rechtlich bedenklich. Dabei handelt es sich um kleine Scripts, welche auf Seiten von Unternehmen eingebracht werden und gewisse Facebook-Funktionen (zB einen „Gefällt Mir“-Knopf) auf der Seite hinzufügen. Kürzlich hat das unabhängige Datenschutzzentrum für Schleswig-Holstein Unternehmen in Schleswig-Holstein abgemahnt und aufgefordert, diese Funktionen zu entfernen, da diese Facebook erlauben Nutzer_innendaten unabhängig von der Verwendung dieser Plug-Ins zu sammeln.¹¹ Verkürzt gesagt registriert Facebook jede/n Nutzer_in, welche/r die Webseite mit diesen Plug-Ins lädt, und kann so tiefgehende Persönlichkeitsprofile aller Internetnutzer_innen anlegen. Die Nutzer_innen können vor dem Laden der Webseite nicht darüber informiert werden und folglich auch nicht konkret zustimmen. Die deutsche Rechtslage ist mE in diesem Punkt mit der österreichischen vergleichbar.

Für Webseitenbetreiber_innen besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit, das von Facebook nicht mehr beworbene „Sharer“-System zu verwenden, da hier eine Datenübertragung nur nach dem Klick auf einen „Gefällt Mir“-Knopf erfolgt. Dabei ist eine eindeutige Zustimmung des Nutzer_innen anzunehmen, außerdem wird dem Gebot der Datenminimierung entsprochen. Eine Information könnte in der Datenschutzrichtlinie der Webseite erfolgen.

5.3. Privatnutzer_innen

Generell sind Privatnutzer_innen von der DS-RL vollkommen ausgenommen (siehe Art 3 Abs 2 DS-RL). Private Nutzer_innen von elektronischen Adressbüchern, Kor-

10 aA ULD Schleswig-Holstein, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20110819-facebook.htm>.

11 <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/facebook-ap-20110819.pdf> (1.9.2011).

respondenzen, Fotos oder anderen Daten sollen nicht mit den umständlichen Datenschutzgesetzen konfrontiert werden, daher wurde die Nutzung zu rein „familiärerem und privaten Zwecken“ von der DS-RL ausgenommen. Da diese Begriffe nicht weiter definiert wurden, stellt sich die Frage, wann eine Datenverarbeitung diesen Rahmen verlässt. Dazu hat der EuGH in der E „*Lindqvist*“¹² ausgesprochen, dass eine Veröffentlichung von Daten Dritter auf einer (privaten) Webseite diesen Rahmen jedenfalls verlässt. Verwendet ein/e Nutzer/in also facebook.com mit den Standardeinstellungen, in welchen alle Daten öffentlich zugänglich sind, so fällt eine Verarbeitung von Daten, die Dritte betreffen, jedenfalls unter die DS-RL. Denn eine Seite auf facebook.com ist in keiner Weise weniger öffentlich als jede andere Webseite.¹³

Fraglich scheint die Einordnung der Nutzung von Daten, welche lediglich mit einem begrenzten Personenkreis geteilt werden (zB „Freunde von Freunden“ oder nur „Freunde“). Dabei ist immer zu bedenken, dass diese Einstellungen nur den Kreis der potentiell Zugriffsberechtigten eingrenzen. Es ist durchaus vorstellbar, dass Daten, welche nur „Freunden“ zur Verfügung stehen, von mehr Personen angesehen werden, als die Informationen auf der Webseite im Fall *Lindqvist*.

Der radikalste Ansatz wäre jede Nutzung der Daten, welche die eigene Sphäre verlässt, unter den Anwendungsbereich der DS-RL zu subsumieren. Dieser Ansatz könnte unterstützt werden durch andere Zahlen, bei welchen von einer qualifizierten Öffentlichkeit auszugehen ist.¹⁴ Damit wäre auch das Teilen von personenbezogenen Daten Dritter mit Freund_innen von der DS-RL erfasst.

Geht man davon aus, dass das Teilen von personenbezogenen Daten mit Freund_innen noch unter den Bereich der privaten Nutzung fällt, so ist mE spätestens beim Teilen mit „Freunden von Freunden“ der Schlussstrich zu ziehen. Bei durchschnittlich 130 „Freunden“ wäre die Anzahl von „Freunden von Freunden“ bei bis zu 16.900 anzusetzen und damit wohl weit jenseits von allem, was man als „privat“ oder „familiär“ einordnen könnte. Ähnlich werden wohl auch Nutzer_innen mit tausenden „Freunden“ nicht mehr wirklich im Bereiche der „privaten“ oder gar „familiären“ Datennutzung anzusiedeln sein, wobei diese Nutzer_innen ihre Profile meist ohnehin kommerziell nutzen (zB Politiker, Prominente).

Neben diesen europarechtlichen Vorgaben ergibt sich in Österreich durch § 45 DSGVO eine noch weiter begrenzte Ausnahme für Privatanwender_innen. Österreich hat private Nutzung nicht generell vom Anwendungsbereich des DSGVO ausgenommen, sondern lediglich Erleichterungen vorgesehen.

So dürfen nach österreichischem Recht ua die für persönliche Zwecke verarbeiteten Daten nicht an andere Auftraggeber_innen ohne die Zustimmung der Betroffenen wei-

12 EuGH 6.11.2003, C-101/01.

13 Hier eher zurückhaltend bzw aA: Working Paper 163, Artikel-29-Datenschutzgruppe, 2009, 6.

14 Siehe zB § 115 StGB – Beleidigung ab drei Zuhörern.

tergeleitet werden (§ 45 Abs 2 DSGVO). Sieht man sich jedoch die Funktionsweise von facebook.com genauer an, ist klar, dass alle Daten, welche Nutzer_innen dort eingeben, automatisch auch von Facebook übernommen und zu anderen Zwecken weiterverarbeitet würden. Die Folge wäre, dass jede/r Privatnutzer/in vor einer Eingabe von Daten Dritter auf facebook.com jedenfalls die betroffene Person um Zustimmung bitten müsste. Natürlich ist das eine absurde Vorstellung und in der Praxis nicht anzutreffen. Dies hinderte Facebook jedoch nicht daran, eine entsprechende Bestimmung in Bezug auf E-Mail-Einladungen und Markierungen im Punkt 5.9 der AGB vorzusehen.

6. Conclusio

Die Plattform facebook.com entspricht in vielen Bereichen nicht europäischen und nationalen Gesetzen. Auch die Nutzer_innen der Plattform befinden sich regelmäßig im rechtlichen Graubereich. Eine gesetzeskonforme Nutzung ist nur durch umfangreiche Veränderung von Standardeinstellungen möglich. Es ist auffällig, in welchem Maß das von Facebook angebotene Produkt nicht mit den banalsten europäischen Regelungen vereinbar ist und in welchem großen Maß die Nutzer_innen davon in Unkenntnis sind. Erschreckend dabei ist, dass alle Daten in den USA gespeichert werden, wobei zu bemerken ist, dass nach dem 11. September 2001 hier ein besonders einfacher Zugriff auf Datenbestände durch Behörden ermöglicht wurde.

In Facebooks Grundsätzen ist festgehalten, dass das Unternehmen vom Konzept ausgeht, dass der gesamte Globus „eine Welt“ ist. Fraglich erscheint, ob sich diese Welt fast ausschließlich nach den Gesetzen und Wertvorstellungen eines Unternehmens richten wird und richten sollte.

Max Schrems studiert Rechtswissenschaften in Wien, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei ao. Univ.-Prof. Mag. DDr. Erich Schweighofer, Autor des Buches „Private Videoüberwachung“ (2011) und Betreiber der Website www.europe-v-facebook.org; m.schrems@aon.at

Who may I dance with at the revolution?

Männer als Feministen

Marion Guerrero

Nina Eckstein hat vor kurzem in dieser Zeitschrift die Frage gestellt, ob der Feminismus auch Männer ansprechen soll.¹ Ich möchte an diese Thematik anknüpfen und die Frage ein wenig umdrehen: Kann ein Mann genauso Feminist sein wie eine Frau?

Feminismus kann viele Bedeutungen haben. Auf der einen Seite ist Feminismus ein politisches Unterfangen, eine Ideologie – Feminismus kann aber auch als identitätsstiftendes und selbstbewusstseinspendendes Moment empfunden werden.

Pragmatisch gesehen macht es wenig Sinn, Männer von einem politischen Feminismus auszuschließen; 50 % der Gesellschaft von der Transformation derselben fern zu halten scheint wenig zielführend. Wenn Feminismus eine Gleichstellung von Mann und Frau anstrebt, heißt das nicht nur, dass Frauen in traditionell männliche (Macht)sphären eindringen müssen; Männer müssen auch bereit sein, Aufgaben zu übernehmen, die bisher als typisch weiblich konnotiert waren. Ein Beispiel dafür ist die Elternkarenz: Erst, wenn auch Väter sich beteiligen – und aktiv angesprochen und einbezogen werden – kann das zu einer Entlastung der Mütter und somit zu einer gerechten Aufteilung der Kindererziehungszeiten führen.

Ein wenig komplexer wird die Problematik, wenn Feminismus als Teil einer (weiblichen) Identität begriffen wird; etwa, indem er Frauen ein neues Selbstverständnis zur Hinterfragung und Brechung traditioneller Strukturen vermittelt. Diese Sicht ist eng verknüpft mit der Annahme, dass viele Frauen ähnliche Erfahrungen teilen oder zumindest potentiell vergleichbaren (Diskriminierungs)situationen ausgesetzt sind. Männer – als automatisch nicht Betroffene oder sogar als Teil des Problems – stehen hier *per definitionem* auf der anderen Seite.

Prima facie klingt das alles ja recht einleuchtend: Patriarchale Sozialisierung hat eben einen Einfluss auf unsere Persönlichkeit und unsere Handlungsweisen; die Begünstigten des Systems – sprich: die Männer – können oft individuell auch gar nichts dafür. Dennoch können sie die gesellschaftlichen Strukturen nicht eigenmächtig transzendieren, ob sie wollen oder nicht.

Proponent_innen eines postmodernen Feminismus würden eventuell erwidern, dass sich in diesem Konzept ein gewisser Essentialismus verstecke. Im Endeffekt werde hier ja

1 *Eckstein*, Mit oder ohne Männer – eine anhaltende Kontroverse, *juridikum* 2011, 270.

eine authentische weibliche Erfahrung suggeriert, die ein Mann nicht teilen könne – egal, ob das jetzt auf die Biologie oder auf die Sozialisierung geschoben werde. Und in einer Zeit, in der Gender-Stereotype systematisch aufgebrochen werden und ein „authentisches Frausein“ genauso hinterfragt gehört wie ein „authentisches Mannsein“, habe so eine Ansicht keinen Platz mehr.

Dagegen könnte vorgebracht werden, dass es ja nicht darum ginge, dass sich Frauen aufgrund eines metaphysischen „Frauseins“ zusammenrotten sollten; dennoch gäbe es etwas, das die Gruppe der Frauen von der der Männer unterscheidet: und zwar das Risiko, aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden. Dabei gehe es womöglich gar nicht so sehr um die Empfindung der Diskriminierten, als vielmehr um die Motivation der Diskriminierenden. Frauen bilden also eine Art Schicksalsgemeinschaft, in der die einzelnen Mitglieder vor allem dadurch verbunden sind, dass sie ähnlichen Gefahren ausgesetzt sind.

Aber selbst dieses Konzept ist nicht gar so einleuchtend, wie es auf den ersten Blick scheint. Was ist denn als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verstehen? Und sind tatsächlich nur Frauen die Leidtragenden?

Zunächst wird hier das Risiko der Diskriminierung mit dem Frausein verbunden – und zwar nicht mit „weiblichen Verhaltensweisen“ (gender), sondern tatsächlich mit dem biologischen Geschlecht (sex).² Denn selbst wenn ein (sagen wir, heterosexueller) Mann behaupten würde, er fühle sich persönlich von sexistischen Ansichten betroffen,³ würde ihm mit Verweis auf sein Geschlecht die potentielle Möglichkeit, ein Diskriminierungsopfer zu sein – und damit oft auch die Fähigkeit zur Betroffenheit – abgesprochen. Denn wie soll ein Mann verstehen, wie es sich etwa für eine Frau anfühlt, in der U-Bahn belästigt zu werden?

Ohne einen solchen Übergriff verharmlosen zu wollen, sollten wir vorschnelle exklusive Kategorien mit Skepsis betrachten, denn a) nicht jede Frau wird im Laufe ihres Leben in der U-Bahn belästigt; b) unterschiedliche Frauen verarbeiten diese Erfahrung auf sehr verschiedene Weise – während es für einige eine traumatische Verletzung ihrer Würde bedeutet, ist es für andere vielleicht lediglich eine lästige Störung – und c), auch Männer werden manchmal in der U-Bahn belästigt; und auch da empfinden das manche eventuell als nicht so tragisch, während andere sich tiefgreifend verletzt fühlen. Mit wem hat also eine Frau, die einer sexuellen Belästigung ausgesetzt war, mehr gemeinsam – mit einer anderen Frau, der nichts Vergleichbares passiert ist – oder mit einem Mann, der ebenfalls eine derartige Erfahrung machen musste? Auch wenn ohne Zweifel Frauen wesentlich öfter derartigen Übergriffen ausgesetzt sind als Männer – ist das Grund genug, um jeden Mann *per se*, nur aufgrund seines Geschlechts, als nicht-betroffen zu definieren?

Katherine Franke etwa weist darauf hin, dass das Unrecht einer Diskriminierung nicht nur am (biologischen) Geschlecht anknüpfen dürfe. Vielmehr handle es sich auch dann

2 Zu den diesbezüglichen Gefahren vgl etwa *Franke*, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender*, 144 U. Pa. L. Rev. (1995), 1.

3 Ich möchte hier nicht weiter auf die sexuelle Orientierung und die damit verbundenen Sexismen eingehen.

um eine Diskriminierung, wenn jemand aufgrund seiner *Verhaltensweisen* unfair behandelt würde.⁴ Ein Beispiel dafür wäre etwa ein Mann, der von seinen Arbeitskollegen gemobbt wird, weil er sich „weibisch“ verhält.⁵

Außerdem hat die Ungleichbehandlung der Geschlechter Auswirkungen weit über konkrete Diskriminierungssituationen hinaus. Dominanzfeminismus-Ikone *Katherine MacKinnon* hat argumentiert, dass Situationen, die wir als „neutral“ empfinden, oft stark geprägt sind von unsichtbaren männlichen Dominanzstrukturen.⁶ Im Kampf gegen diese Strukturen scheinen die Seiten klar verteilt – die Unterdrückten (ergo die Frauen) gegen die Machterhalter (ergo die Männer). Aber fühlen sich tatsächlich alle Männer von diesen unsichtbaren Prämissen *ermächtigt*? Genau wie Frauen sind auch Männer im Netz patriarchaler Erwartungen gefangen.⁷ Dass dadurch auch die persönliche Entfaltung eines Mannes beschränkt werden kann, zeigt der Fall von Jenna Lyons, Creative Director der US-Kaufhauskette J. Crew, die in einer Annonce bei einem entspannenden Nachmittag mit ihrem jungen Sohn abgelichtet wurde.⁸ Die Annonce zog einen Mediensturm der Entrüstung nach sich: der Bub hatte pink lackierte Zehennägel. Darf ein Junge denn das?

Jedes Bild von Weiblichkeit, das eine Frau als sozial kompetent aber wenig durchsetzungsfähig zeichnet, wird durch ein Bild komplementiert, das einen Mann als ehrgeizig aber wenig einfühlsam karikiert. Insofern hat MacKinnon wohl recht, wenn sie die Gesellschaft von patriarchalen Mustern durchzogen sieht; aber daraus folgt nicht notwendigerweise eine Formulierung des Geschlechterkampfes als „Frauen gegen Männer“. Denn wenn wir das Geschlecht einer Person mit ihren vermeintlichen Absichten oder einer automatischen Parteilagerung für die eine oder andere Seite verknüpfen, tapfen wir schon wieder in die Essentialismus-Falle.

Wenn Feminismus als Hinterfragung von herrschenden Gender-Strukturen definiert wird – dann steht Feminismus als Identität jeder und jedem zu, die oder der das Bedürfnis hat, zur Aufbrechung simplifizierter Narrative beizutragen. Auch Männer haben allen Grund, sich betroffen zu fühlen. *Whoever wants to dance at the revolution – welcome!*

Mag.^a Marion Guerrero, LL.M. (Columbia) ist Juristin und derzeit Doktorandin am Europäischen Hochschulinstitut (EHI) in Florenz, Italien; marion.guerrero@eui.eu

4 *Franke*, The Central Mistake of Sex Discrimination Law, 4.

5 Siehe zB einen Fall vor dem U.S. Supreme Court, bei dem ein Mann wegen sexueller Belästigung durch andere Männer klagte (*Onacle v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998)). Vgl zu den Implikationen dieses Falls für feministische Theorie *Halley*, Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism (2006) 290. Die Behandlung von Transgender-Personen in feministischen Kontexten ist ebenfalls ein heiß-umstrittenes Thema, auf das ich hier aus Platzgründen nicht weiter eingehen kann.

6 *MacKinnon*, Difference and Dominance: On Sex Discrimination, in: *Fullinwider/Mills* (Hg.), *The Moral Foundation of Civil Rights* (1986) 34.

7 Die Arbeiten von Männerforscher_innen wie Raewyn Connell oder Michael Kimmel setzen sich kritisch mit diesem Phänomen auseinander.

8 Siehe zB http://www.huffingtonpost.com/2011/04/12/fox-news-jcrew-jenna-lyons-_n_848152.html (16.11.2011).

Krim J

Kriminologisches Journal



Herausgeber:

Wissenschaftlicher Beirat im Namen des Arbeitskreises Junger KriminologInnen

Kriminologisches Journal stellt abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle in den Blickpunkt der Sozialwissenschaften.

Kriminologisches Journal setzt sich kritisch mit Strukturen und Maßnahmen sozialer Kontrollinstanzen auseinander.

Kriminologisches Journal veröffentlicht ausschließlich Originalbeiträge, die von mindestens zwei qualifizierten Peer-Reviewern zur Annahme oder Annahme nach Überarbeitung empfohlen wurden.

Kriminologisches Journal erscheint vierteljährlich. Jahresabonnement € 58,00, für Studierende (bei Vorlage der Studienbescheinigung) € 46,00, Einzelheft € 15,50, jeweils zzgl. Versandkosten. Das Kennenlernabonnement (2 Hefte) kostet € 14,00 frei Haus. Das Kennenlernabonnement geht automatisch in ein reguläres Abonnement über, wenn nicht nach Erhalt des 2. Heftes ausdrücklich beim Verlag gekündigt wird. Der Gesamtbezugspreis (Abonnementpreis zzgl. Versandkosten, Inland € 4,50) ist preisgebunden.

Bitte richten Sie Ihre Bestellung an:

Juventa Verlag, Werderstr. 10, D-69469 Weinheim, Tel-Nr. 06201/6007-330,
Fax: 06201/6007-331, E-Mail: dienservice@beltz.de, Internet Homepage: <http://www.juventa.de>



Bestellcoupon



Ich möchte das **Kriminologische Journal** kennenlernen.
Ich bestelle ein Kennenlernabo, 2 Hefte für € 14,00 frei Haus
(Das Kennenlernabo geht automatisch in ein reguläres Abo über, wenn es nicht nach Erhalt des 2. Heftes ausdrücklich gekündigt wird.)

Meine Anschrift:

.....
.....



Datum/Unterschrift

Ich kann diese Bestellung innerhalb von 14 Tagen beim Juventa Verlag, Werderstr.10, D-69469 Weinheim widerrufen. Rechtzeitige Absendung genügt zur Fristwahrung. Ich bestätige dies mit meiner 2. Unterschrift. Ich bin gleichfalls damit einverstanden, dass meine Adresse bei Umzug von der Post an den Verlag weitergeleitet wird.



Datum/Unterschrift

JUVENTA

Die juristische Fachzeitschrift, die nicht dem Mainstream folgt!



Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vier-
teljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 55,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdienler € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl,
Joachim Stern

Internet

www.juridikum.at

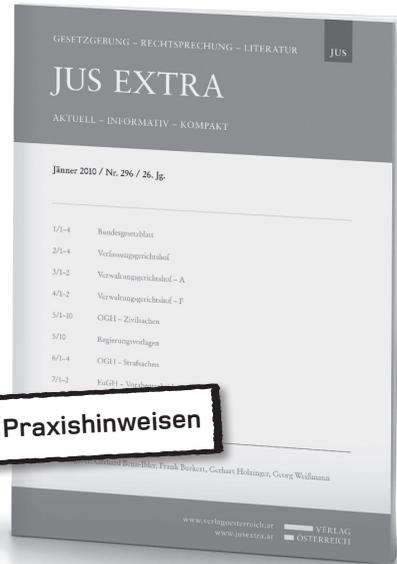
Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl USt, zzgl Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Monat für Monat alles auf einen Blick!



Inhalt

Die Zeitschrift „JUS Extra“ bietet in Form einer Loseblattausgabe monatliche Information über die aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Führende Experten garantieren die fachkundige Aufbereitung der neuen Bundesgesetzblätter, der aktuellen Erkenntnisse des OGH (Zivil- und Strafsachen), des VfGH und des VwGH (Finanz- und Administrativrecht) in Leitsatzform, der EuGH-Vorabentscheidungsverfahren sowie der Neuerscheinungen im Buch- und Zeitschriftenbereich. Die Ablage erfolgt nach Teilgebieten in Ringbuchordnern.

Herausgeber

- Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident des Rechtsanwaltskammertages
- Dkfm. Dr. Franz Burkert
Präsident der Kammer der Wirtschaftstrehänder i.R.
- SC Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger
Präsident des Verfassungsgerichtshofes
- Dr. Georg Weißmann
Präsident der Notariatskammer i.R.

Internet

www.jusextra.at

Jahresabo JUS Extra
(11 Hefte) € 118,-

Jahresabo JUS Extra
für Studierende
(11 Hefte) € 79,-

Probeabo JUS Extra
(3 Hefte) € 13,-

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl USt, zzgl Versandkosten (Österreich: Probeabo € 4,90, Jahresabo/Studentenabo € 15,-; Ausland: Probeabo € 13,90, Jahresabo/Studentenabo € 25,-)

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

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Krim J

Kriminologisches Journal



Herausgeber:

Wissenschaftlicher Beirat im Namen des Arbeitskreises Junger KriminologInnen

Kriminologisches Journal stellt abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle in den Blickpunkt der Sozialwissenschaften.

Kriminologisches Journal setzt sich kritisch mit Strukturen und Maßnahmen sozialer Kontrollinstanzen auseinander.

Kriminologisches Journal veröffentlicht ausschließlich Originalbeiträge, die von mindestens zwei qualifizierten Peer-Reviewern zur Annahme oder Annahme nach Überarbeitung empfohlen wurden.

Kriminologisches Journal erscheint vierteljährlich. Jahresabonnement € 58,00, für Studierende (bei Vorlage der Studienbescheinigung) € 46,00, Einzelheft € 15,50, jeweils zzgl. Versandkosten. Das Kennenlernabonnement (2 Hefte) kostet € 14,00 frei Haus. Das Kennenlernabonnement geht automatisch in ein reguläres Abonnement über, wenn nicht nach Erhalt des 2. Heftes ausdrücklich beim Verlag gekündigt wird. Der Gesamtbezugspreis (Abonnementpreis zzgl. Versandkosten, Inland € 4,50) ist preisgebunden.

Bitte richten Sie Ihre Bestellung an:

Juventa Verlag, Werderstr. 10, D-69469 Weinheim, Tel-Nr. 06201/6007-330,
Fax: 06201/6007-331, E-Mail: dienservice@beltz.de, Internet Homepage: <http://www.juventa.de>



Bestellcoupon



Ich möchte das **Kriminologische Journal** kennenlernen.
Ich bestelle ein Kennenlernabo, 2 Hefte für € 14,00 frei Haus
(Das Kennenlernabo geht automatisch in ein reguläres Abo über, wenn es nicht nach Erhalt des 2. Heftes ausdrücklich gekündigt wird.)

Meine Anschrift:

.....
.....



Datum/Unterschrift

Ich kann diese Bestellung innerhalb von 14 Tagen beim Juventa Verlag, Werderstr.10, D-69469 Weinheim widerrufen. Rechtzeitige Absendung genügt zur Fristwahrung. Ich bestätige dies mit meiner 2. Unterschrift. Ich bin gleichfalls damit einverstanden, dass meine Adresse bei Umzug von der Post an den Verlag weitergeleitet wird.



Datum/Unterschrift

JUVENTA