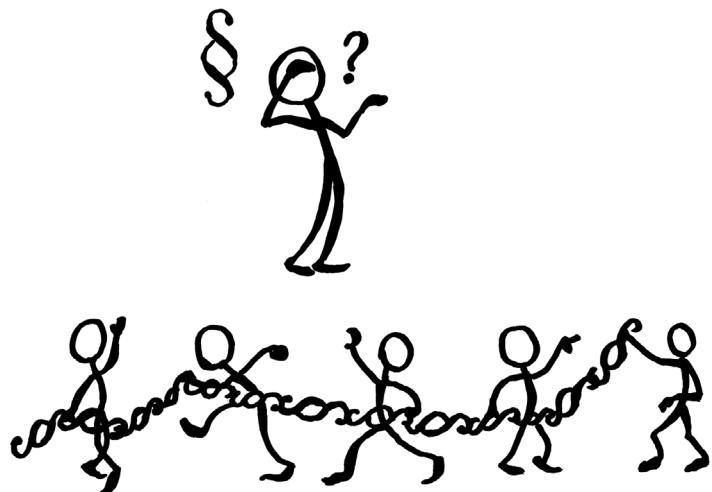


Michael Ganner, Caroline Voithofer (Hg.)

Recht & Solidarität



SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung: Band 9

Series Editors: Heinz Barta, Michael Ganner, Caroline Voithofer

Michael Ganner, Caroline Voithofer (Hg.)

Recht & Solidarität

Michael Ganner
Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung des Amtes der Tiroler Landesregierung (Abteilung Kultur), des Landes Vorarlberg, des Instituts für Zivilrecht der Universität Innsbruck sowie des Vizerektorats für Forschung der Universität Innsbruck gedruckt.



Die Deutsche Bibliothek verzeichnetet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© innsbruck university press, 2018

Universität Innsbruck

1. Auflage

Alle Rechte vorbehalten.

Umschlagbild: © Katharina Seidl

www.uibk.ac.at/iup

ISBN 978-3-903187-16-0

Vorwort

Als Herausgeber_innen der Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung“ freuen wir uns, den nunmehr neunten Band veröffentlichen zu können. Er enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die am 23./24. Juni 2016 in Innsbruck unter dem Thema „Recht & Solidarität“ veranstaltet wurde.

Für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts haben wir wieder *Tanja Ulasik* sowie Frau Dr.ⁱⁿ *Birgit Holzner* und *Carmen Drolshagen* von der *inp* herzlich zu danken. Darüber hinaus weisen wir darauf hin, dass die Beiträge natürlich die Ansichten der Autor_innen wiedergeben.

Innsbruck, April 2018

Michael Ganner & Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck

Inhalt

Abkürzungen	5
Michael Ganner/Caroline Voithofer	
Einleitung	9
Felix Welti	
Solidarität im Recht	15
Eva Nachtschatt/Michael Ganner	
Einbindung der Zivilgesellschaft bei der Implementierung der UN-BRK .	41
Caroline Voithofer/Magdalena Flatscher-Thöni	
Solidaritätsaspekte bei der Drittspende von Keimzellen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung	53
Andreas Oberprantacher	
Deportabilität als Paradigma trans-nationaler Regierung	
Philosophische Notizen zur fragilen Solidarität	85
Andreas Th. Müller	
Solidarität und das Gemeinsame Europäische Asylsystem	105
Thomas Trentinaglia	
Solidarität im Bundesstaat am Beispiel der Flüchtlingskrise	135
Kristin Nemeth	
Solidarität im Ehegatt_innenerbrecht	161

Verena Stühlinger

Solidarität und Ethische Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen ... 177

Katharina Oberbichler

HELP als Solidaritätsbeitrag des Staates zu seinen Bürgern 195

Simon Laimer

Empirisches zur Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen 223

Tagungsprogramm 239**Normen und Stichworte** 242**Autorinnen und Autoren** 248

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
Abl	Amtsblatt	BFA	Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl
Abs	Absatz	BFA-VG	BFA-Verfahrensgesetz
ACDA	Australian Cross-Disability Alliance	BGBI	Bundesgesetzblatt
AcP	Archiv für civilistische Praxis	BGH	Bundesgerichtshof
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGStG	Bundes- Behindertengleichstellungsgesetz
aF	alte Fassung	BIP	Bruttoinlandsprodukt
AG	Arbeitsgruppe	BKA	Bundeskanzleramt
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	Blg	Beilage
al	alius/alia	BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
allg	allgemein	BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
aM	anderer Meinung	BMI	Bundesministerium für Inneres
AMG	Arzneimittelgesetz	BMJ	Bundesministerium für Justiz
AMS	Arbeitsmarktservice	BSG	Bundessozialgericht
Anm	Anmerkung	BSGE	Entscheidungssammlung der BSG Entscheidungen
AöR	Archiv für öffentliches Recht	Bsp	Beispiel
AP Nr	Arbeitspapier Nummer	BSP	Bruttosozialprodukt
APA	Austrian Press Agency	BSPV	Verordnung des Bundeskanzlers
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung		zur Mitwirkung am Betrieb des Bürgerserviceportals
arg	argumentum	bspw	beispielsweise
Art	Artikel	BTHG	Bundesteilhabegesetz
ÄrzteG	Ärztegesetz	BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz	BVerfGE	Entscheidungssammlung der BVerfG Entscheidungen
AsylG	Asylgesetz	BVG	Bundesverfassungsgesetz
AUVB	Allgemeine Bedingungen für die Unfallversicherung	B-VG	Bundesverfassungsgesetz
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen	BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BAG	Bundesarbeitsgericht	bzw	beziehungsweise
Bd	Band	CDA	Children with Disability Australia

CELEX	Communitatis Europeae Lex	etc	et cetera
CH	Schweiz	EuGH	Europäischer Gerichtshof
CRISPR	Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats	EUV	Vertrag über die Europäische Union
D	Deutschland	EvBl	Evidenzblatt
dh	das heißt	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
DDR	Deutsche Demokratische Republik	f	folgende/r/s
ders	derselbe	FABl	Die fremden- und asylrechtlichen Blätter
dh	das heißt	FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Diss	Dissertation	ff	fortfolgende/r/s
DÖV	Die öffentliche Verwaltung	FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
DPO	Disabled People's Organisations	FMedRÄG	Fortpflanzungsmedizinrechtsänderungsgesetz
E	Entscheidung	Fn	Fußnote
EASO	Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen	FPDN	First Peoples Disability Network Australia
ebda	ebenda	FS	Festschrift
EG	Europäische Gemeinschaft	GA	Generalanwalt/-anwältin
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
E-GovG	E-Governmentgesetz	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	GEAS	Gemeinsames Europäisches Asylsystem
EheG	Ehegesetz	GEEVO	Gewebeentnahmeeinrichtungsverordnung
einl	einleitend	gem	gemäß
EK	Ethikkommissionen	GeRS	gemeinsamer europäischer Referenzrahmen für Sprachen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	GFK	Genfer Flüchtlingskommission
endg	endgültig	GG	(Bonner) Grundgesetz
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ER	Ethikräte	GP	Gesetzgebungsperiode
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz	GRC	Grundrechte Charta
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage	GRT	Wording Guide des gemeinsamen Redaktionsteams
ESC	Europäische Sozialcharta	GSG	Gewebesicherheitsgesetz
ESHRE	European Society of Human Reproduction and Embryology	GuGK	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus	GVG-B	Grundversorgungsgesetz Bund
et al	et alia/alius	GVV	Grundversorgungsvereinbarung

GZ	Geschäftszahl	LT	Landtag
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Authority	LVwG	Landesverwaltungsgericht
Hg	Herausgeber/_innen	M	Meinung
hins	hinsichtlich	Mat	Materialien
hL	herrschende Lehre	mE	meiner Einschätzung
hM	herrschende Meinung	ME	Ministerialentwurf
IA	Initiativantrag	MPG	Medizinproduktegesetz
idF	in der Fassung	Mrd	Milliarde
idgF	in der geltenden Fassung	muF	medizinisch unterstützte Fortpflanzung
idR	in der Regel	mwN	mit weiteren Nachweisen
idZh	in diesem Zusammenhang	NATO	North Atlantic Treaty
ifFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht		Organization
insb	insbesondere/s	NEDA	National Ethnic Disability Alliance
iS	im Sinne	nF	neue Fassung
iSd	im Sinne des/der	NGO	Non-Governmental Organization
iSv	im Sinne von	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
IVF	In-Vitro-Fertilisation	No	Number
IVF-Fonds-G	IVF-Fonds-Gesetz	NÖ	Niederösterreich
iVm	in Verbindung mit	NÖN	Niederösterreichische Nachrichten
iZhm	im Zusammenhang mit	Nr	Nummer
JAB	Justizausschussbericht	NR	Nationalrat
JBl	Juristische Blätter	NZ	Notariatszeitung
Jh	Jahrhundert	NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht oder Ähnliches
JZ	Juristenzeitung	oÄ	Österreichischer Behindertenrat
KAG	Krankenanstaltengesetz	ÖAR	Oberster Gerichtshof
KaKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz	OGH	Österreichischer GebärdenSprache
Kap	Kapitel	ÖGS	Österreichischer Juristentag
KBB	Koziol Bydlinski Bollenberger	ÖJT	
KEK	Klinischer Ethikkreis	OLG	Oberlandesgericht
Kfz	Kraftfahrzeug	OÖ	Oberösterreich
KJ	Kritische Justiz	OP	Optional Protocol
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft	Orig	Original
KSchG	Konsumentenschutzgesetz	ProdHG	Produkthaftungsgesetz
L	Lex	PWDA	People with Disability Australia
LGBI	Landesgesetzblatt	RdA	Recht der Arbeit
LSG	Landessozialgericht	RdM	Recht der Medizin
lt	laut	RdW	Recht der Wirtschaft

RGBI	Reichsgesetzblatt	UVS	Unabhängiger
RIS	Rechtsinformationssystem		Verwaltungssenat
RL	Richtlinie	va	vor allem
Rn	Randnummer	VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Rs	Rechtssache	verb	verbindlich/e
Rsp	Rechtsprechung	VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
RTF	Rechtstatsachenforschung	VfGH	Verfassungsgerichtshof
RuP	Recht und Politik	vgl	vergleiche
RV	Regierungsvorlage	VN	Versicherungsnehmer/_in
Rz	Randzahl	VO	Verordnung
s	siehe	VuR	Versicherung und Recht
S	Seite	VVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Sbg	Salzburg	VVO	Verband der Versicherungsun- ternehmen Österreichs
SchlA	Schlussantrag	WGGB	Westgalizisches Gesetzbuch
SDSRV	Schriftenreihe des Deut- schen Sozialrechtsverbands	WWDA	Women With Disabilities
SGB	Sozialgesetzbuch	Z	Ziffer
sog	sogenannt	Zak	Zivilrecht aktuell
SozSi	Soziale Sicherheit	ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
StenProt	Stenographische Protokolle	zB	zum Beispiel
StF	Stammfassung	ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
StGG	Staatsgrundgesetz	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Stmk	Steiermark	ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
stRsp	ständige Rechtsprechung	ZFV	Zeitschrift für Verwaltung
SVA	Sozialversicherungsanstalt	ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
TirKAG	Tiroler	ZGB	Zivilgesetzbuch
	Krankenanstaltengesetz		
TWF	Tiroler Wissenschaftsfonds	Zh	Zusammenhang
ua	unter anderem/und andere	Zhm	Zusammenhang mit
UG	Universitätsgesetz	ZIAS	Zeitschrift für Internationales Arbeits- und Sozialrecht
UK	United Kingdom	ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
UN	United Nations	ZSR	Zeitschrift für Sozialrecht
UN-BRK	UN-Behindertenrechts- konvention	zT	zum Teil
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization	ZustDV	Zustelldiensteverordnung
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees	ZustG	Zustellgesetz
USA	United States of America	ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Ver- sicherungswissenschaft
uU	unter Umständen		

Einleitung

A. Recht & Solidarität

„Recht & Solidarität“ lautete das Motto der achten Tagung „Rechtstatsachenforschung“, die von 23. bis 24. Juni 2016 in Innsbruck stattfand. Mit dieser Themenwahl wollten wir uns den vielfältigen Beziehungen von Recht & Solidarität und der damit angesprochenen Frage nach dem Funktionieren von Gesellschaft trotz oft gegensätzlicher Interessen von Individuum und Kollektiv widmen.

Beim Themenkreis „Recht & Solidarität“ handelt es sich zugleich um einen klassischen sowie um einen zeitlosen und derzeit hochaktuellen Topos. Die Aktualität verdeutlichen vor die Beiträge zu rechtlichen und gesellschaftlichen Herausforderungen mit Migrationsbewegungen in diesem Band von *Andreas Oberprantacher, Thomas Trentinaglia* und *Andreas Th. Müller*. Das Thema bietet aber auch „klassisch“ zahlreiche Möglichkeiten, sich rechtsdogmatisch sowie theoretisch mit den facettenreichen Zusammenhängen zwischen Recht & Solidarität zu beschäftigen. Begriffsgeschichtlich trat „Solidarität“ lt Brockhaus „[...] vor dem 18. Jh nur im juristischen Sinne einer Schuld- oder Verpflichtungsgemeinschaft“¹ auf. Es verwundert daher nicht, dass im Rahmen der Tagung zahlreiche Rechtsbereiche daraufhin untersucht wurden, inwieweit sie – mit welchem Solidaritätsverständnis – vereinbar sind.

B. Die Beiträge des Bandes

Im einleitenden Beitrag „Solidarität im Recht“ liefert *Felix Welti* nicht nur einen Einblick in die Begriffsgeschichte, Begriffsverwendung und Bedeutung von „Solidarität“ in verschiedenen Fachdisziplinen, sondern darüber hinaus auch Einsichten in das komplexe Wechselverhältnis von „Solidarität und Recht“. Er geht dabei auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten von sozialen und rechtlichen Solidaritätsformen ein, wobei er die rechtliche Solidarität primär im Schuldrecht verankert. Berührt ist damit auch die Kernfrage der Rechtssoziologie nach dem Verhältnis von Rechtsnormen und anderen Sozialnormen. Unter Rückgriff auf Durkheim kommt sozialer Solidarität die

¹ Brockhaus Bd XX (1998¹⁹) 371.

Funktion zu, die Gesellschaft zusammenzuhalten. In „modernen Gesellschaften“ geschieht dies nach *Durkheim*² über die soziale Arbeitsteilung.

Welti Beitrag verbleibt jedoch nicht in einem abstrakten Rahmen, sondern er geht auch auf konkrete rechtliche Ausgestaltungen von Solidarität ein. So behandelt er etwa konkrete Fragen rund um soziale Menschenrechte. Weiters geht er Fragen um Solidarität im Unions- und Völkerrecht, dem Arbeits-, Sozial-, Versicherungs-, Familien- und Finanzrecht nach. Er beschäftigt sich dabei jeweils mit dem Adressat_innenkreis von Solidaritätsaspekten und zeigt die Verwobenheiten und Grenzen dieser Rechtsbereiche. Abschließend weist *Welti* auf lohnende Forschungsfragen und -bereiche für die rechtstatsächliche und rechtssoziologische Forschung hin.

Formen gelebter Solidarität schreibt *Welti* das Potential zu, Grenzen – sowohl zwischen Individuen als auch zwischen Staaten und den Wirtschaftssystemen – zu überschreiten. Solidarität könnte dabei als Konzept dafür geeignet sein, Wirtschaftskrisen, Migrationskrisen und Demokratiekrisen entgegenzuwirken. Der Beitrag ist daher hoch aktuell und verdient möglichst weit verbreitet zu werden.

An den einleitenden Beitrag knüpfen *Eva Nachtschatt* und *Michael Ganner* einen Forschungsbericht unter dem Titel „Einbindung der Zivilgesellschaft bei der Implementierung der UN-BRK.“ Es handelt sich dabei um die Präsentation von Ergebnissen eines vom *FWF* geförderten Forschungsprojekts, das sich mit der Partizipation von Menschen mit Behinderungen bei Gesetzgebungsprozessen im Rahmen der Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) beschäftigte.

Als Menschenrechtsdokument soll die UN-BRK Menschen mit Behinderungen ua auch garantieren, dass sie in alle sie betreffenden legalistischen Maßnahmen eingebunden sind (Art 4 Abs 3, Art 33 Abs 3 UN-BRK). Dieser fundamentale Grundsatz der Anerkennung von Gleichheit und Gleichwertigkeit trotz Unterschiedlichkeit stellt einerseits einen Solidaritätsaspekt von Menschen untereinander, unabhängig von ihren körperlichen, geistigen oder sonstigen Eigenschaften – also ob ihres Menschseins –, dar und bildete andererseits den Ausgangspunkt des im Beitrag vorgestellten Forschungsprojekts.

Im Rahmen des Projekts beobachtete das Projekteam (*Michael Ganner, Alexander Lamplmayr* und *Eva Nachtschatt*) in vergleichender Perspektive die Implementierung der Vorgaben der UN-BRK in Österreich, Deutschland, Australien und Neuseeland.

² Vgl etwa *Durkheim* (1992) 109.

Dem konkreten Forschungsbericht *von Nachtschatt/Ganner* folgt ein theoretischer Beitrag von *Caroline Voithofer* und *Magdalena Flatscher-Thöni*, in dem sie sich auf die Suche nach Solidaritätsaspekten, die das österreichische Recht bei der Keimzellspende eröffnet oder verhindert, begeben. Dabei legen sie zunächst das dem Beitrag zugrunde gelegte Verständnis von „Solidarität“ offen und gehen kurz auf die Grundlagen von Keimzellspenden sowie den rechtlichen Rahmen ein. Auf dieser Basis untersuchen sie differenziert nach betroffenen Personengruppen den Rechtsrahmen auf fehlende und mögliche Aspekte von Solidarität. Dabei binden sie internationale empirische Forschungserkenntnisse in ihre Ausführungen mit ein. Im Fazit weisen die beiden auf Potentiale für eine verbesserte Gesetzgebung von rechtstatsächlicher und rechtsvergleichender Forschung für den Themenkreis hin und präsentieren zur österreichischen Rechtslage alternative Keimzellspendemodelle.

Andreas Oberprantacher widmet sich in seinem Beitrag: „Die ent-solidarisierende Rechtslogik der Deportabilität. Philosophische Notizen zur fragilen Solidarität“ dem Phänomen der Deportabilität aus philosophischer Sicht. Er lädt uns mit seinem Beitrag ein, das „gegenwärtige Regime namens Deportabilität“ – das er eingangs skizziert – zu erkunden, „um zumindest in Ansätzen zu begreifen, wie mit *de facto* Staatenlosen momentan umgegangen wird, welche – um jene ominöse Parole zu zitieren, welche zwischen Boulevard und Stammstisch kursiert – als *Illegale* diffamiert werden und prinzipiell als ‚abschiebbar‘ denunziert werden.“

Oberprantacher arbeitet Solidaritätsdefizite auf mehreren Ebenen heraus: Sowohl innerhalb der und zwischen den EU-Mitgliedsstaaten als auch innerhalb der Nationalstaaten, wo nativistische Bewegungen sich aktiv gegen Solidarität mit geflüchteten Personen positionieren würden. Da die Angst vor möglicher Deportation nicht nur die von der Deportation unmittelbar Bedrohten, sondern auch ihr Umfeld betreffe, sei damit zu rechnen, dass das von *Oberprantacher* herausgearbeitete Regime der Deportabilität auch Solidaritätswirkungen in den Gesellschaften zeitigen werde.

An den (rechts)philosophischen Beitrag knüpft *Andreas Th. Müller* mit einer Analyse von Solidaritätsaspekten des „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ an. Ausgehend von der Gründungsidee der EU als „faktische“ Solidarunion spannt er den Bogen zu einer grundlegenden (Solidaritäts)Kritik am Dublin-Regime, wobei er anschaulich auf die Entwicklung der „Krise des Dublin-Systems“, die nicht unwesentlich durch die RSPR des Straßburger und Luxemburger Gerichtshofs verschärft worden sei, eingeht.

Beispielhaft seien hier die von *Müller* anschaulich dargestellten Nachwirkungen der *M.S.S-Entscheidung* genannt: Der Entscheidung folgte die Aussetzung von Überstellungen der Dublin-Staaten nach Griechenland, da eine Verlet-

zung von Art 3 EMRK (Folterverbot/Verbot unmenschlicher und erniedriger Strafe oder Behandlung) als nicht gewährleistet erachtet werden konnte sowie die spätere Klarstellung, dass dies auch mit Art 4 GRC vereinbar sei.

Müller präsentiert in seinem Beitrag „ein durchwachsenes Gesamtbild“, wonach sich auf verschiedenen Ebenen Solidaritätsmechanismen ausmachen ließen. Er unterscheidet stringent zwischen mitgliedstaatlicher und transunionaler Solidarität sowie zwischen jener auf rechtsprechungs- sowie auf gesetzgeberischer Ebene.

Auf dieser theoretischen Basis vergisst er aber nicht die betroffenen Asylwerber_innen und schließt seinen Beitrag mit rechtspolitischen Forderungen an die Union, die sich „an ihrer Ambition messen lassen [müsste], tatsächlich den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns zu stellen und daher glaubwürdige Schritte in Richtung einer wirklichen Solidarität mit Drittstaatsangehörigen iSe transunionalen Solidarität setzen [müsste].“

Auch *Thomas Trentinaglia* beschäftigt sich in seinem Beitrag „Solidarität im Bundesstaat am Beispiel der Flüchtlingskrise“ mit Aspekten von Flucht und Migration. Er rückt Defizite bei der Aufnahme, Versorgung und Unterbringung von Personen auf der Flucht und Asylsuchenden in den Mittelpunkt. Dabei zeigt er anschaulich, dass viele dieser Defizite auf Kompetenz- und Zuständigkeitskonflikte zwischen Bund und Ländern zurückzuführen sind. Der Beitrag verdeutlicht eindringlich die faktischen Unzulänglichkeiten in der Versorgung, Unterbringung und Betreuung von Flüchtlingen und Asylsuchenden in Österreich sowie den Zusammenhang zu nationalen, völker- und unionsrechtlichen Regelungen.

So verteile etwa die Grundversorgungsvereinbarung grundsätzlich die Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern und lege „Kostenhöchstsätze“ für Betreuungsleistungen bundesweit in einheitlicher Höhe fest. Die scheinbar ausgewogenen und solidarisch anmutenden Länderquoten entlarvt *Trentinaglia* als lediglich theoretische Lösung, die keine faktische Lösung von bestehenden Versorgungsgängen biete.

Im Anschluss an die Beiträge zum Flüchtlings- und Migrationsdiskurs beschäftigt sich *Kristin Nemeth* in ihrem Beitrag mit „Solidarität im Ehegatt_innenerbrecht“. Ausgehend von den gesetzlichen Regelungen zum Ehegatt_innenerbrecht geht sie der Frage nach, inwieweit das Ehegatt_innenerbrecht solidarische und unsolidarische Aspekte beinhaltet. Sie unterscheidet dabei Solidarität im Verhältnis der Ehegatt_innen untereinander sowie im gesellschaftlichen Gesamtzusammenhang. Einen zentralen Aspekt bildet die Solidarität innerhalb der Familie.

Schließlich identifiziert sie auf dieser Basis Reformbedarf, so bspw aufgrund des Wertungswiderspruchs, wonach das Ehegatten_innenerbrecht im Laufe der Zeit immer mehr gestärkt, gleichzeitig aber die Auflösbarkeit der Ehe stetig erleichtert worden sei. Ebenso seien die Regelungsbedürfnisse der Bürger_innen stärker zu berücksichtigen, was freilich zunächst die empirische Erhebung voraussetzt. Ihr Beitrag lässt sich als Plädoyer für weitere empirische Beforschung des Erbrechts lesen.

Verena Stühlinger geht in ihrem Beitrag auf „Solidarität und ethische Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen“ ein und präsentiert empirische Forschungsergebnisse zu Entwicklungen in der Ethikberatung an allen österreichischen Krankenanstalten sowie in Alten- und Pflegeheimen. Dabei stellt sie jene Gremien vor, die sich institutionalisiert – zT auch rechtlich geregelt – mit ethischen Fragen beschäftigen.

Sie diskutiert, inwieweit in der Tätigkeit der Gremien eine Solidarisierung mit Entscheidungsträger_innen und anderen Betroffenen gesehen werden kann und versteht die gesetzliche Legitimation von Ethikgremien als Ausfluss solidarischen Verantwortungsbewusstseins sowie als Entscheidungsunterstützung. Fehlende ethische Beratungs- und Entscheidungsgremien oder deren mangelnde interdisziplinäre Zusammensetzung identifiziert sie umgekehrt als Ausdruck fehlender Solidarität.

Katharina Oberbichler stellt im Beitrag „HELP als Solidaritätsbeitrag des Staates zu seinen Bürgern“ die online Serviceplattform HELP vor. Dabei überlegt sie, wie HELP als Ausdruck des Sozial- und Wohlfahrtsstaates auf den Zugang zum Recht für die Bürger_innen Einfluss nimmt. Sie differenziert dabei die Begriffe Sozial- und Wohlfahrtsstaat. Nach *Luhmann* „gehe es im Sozialstaat darum, durch soziale Hilfe oder Sozialarbeit Tendenzen zur sozialen Exklusion abzubauen bzw ihnen vorzubeugen. [...] Der *Wohlfahrtsstaat* hingegen ergreife weiterreichende Maßnahmen zur Steigerung des sozialen, materiellen und kulturellen Wohlergehens seiner Bürger.“ Das Serviceportal lasse sich sowohl als sozialstaatliche als auch als wohlfahrtsstaatliche Maßnahme zur Inklusion interpretieren.

Oberbichler plädiert in ihrem Beitrag dafür, dass die auf HELP zur Verfügung gestellten Inhalte möglichst barrierefrei und auch mehrsprachig zugänglich sind. Sie versteht das Serviceportal als Solidaritätsakt des Staates gegenüber allen in Österreich ansässigen Menschen. Dies gelte auch gegenüber jenen, die sich neu in Österreich aufhalten würden, da ihnen die Möglichkeit geboten werde, sich ohne große Hindernisse mit den in Österreich geltenden Regelungen vertraut zu machen.

Der Band schließt inhaltlich mit dem Beitrag von *Simon Laimer* zu „Empirisch zur Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen“. Der Bereich des Versicherungsrechts stellt einen klassischen Ausdruck von Solidarität dar. Nicht nur in Form des „Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit“, bei dem jedes Mitglied Beiträge in die gemeinsame Kasse leistet und jene Mitglieder, die Schäden erleiden, aus diesem Fonds kompensiert werden.

Laimer präsentiert in seinem Beitrag, nach den allgemeinen Überlegungen zu solidarischen Aspekten des Versicherungswesens, Ergebnisse einer von ihm durchgeführten online-Fragebogenerhebung bei österreichischen Versicherern. Das Ziel der Erhebung sei gewesen, Trends in der Versicherungspraxis über die persönlichen Ansichten von Experten und Defizite bei den Allgemeinen Versicherungsbedingungen auszumachen.

Wie üblich schließen an die Beiträge das abgedruckte Tagungsprogramm ein umfassendes Stichwortverzeichnis sowie die Kontaktdaten der Autor_innen an.

Wir hoffen mit dem vorliegenden Band einen kleinen Beitrag dazu zu leisten, solidarische Aspekte des Rechts als für den juristischen Diskurs spannend und relevant auszuweisen und im Idealfall weitere Forschungsarbeiten zu dem breiten Themenfeld anregen zu können.

Literatur

Brockhaus 1998: Die Enzyklopädie Bd XX (1998¹⁹).

Durkheim 1992: Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (1930, dt 1977, Nachdruck dt 1992).

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner & Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81208 & 0512/507-81213
michael.ganner@uibk.ac.at & caroline.voithofer@uibk.ac.at

Solidarität im Recht

A. Einführung: Was ist Solidarität im Recht?

Der Begriff der Solidarität ist in der deutschen Sprache erst in den letzten 200 Jahren heimisch geworden. Im Wörterbuch der in Kassel beheimateten Brüder *Jacob* und *Wilhelm Grimm* findet sich der Eintrag „solidarisch“ mit der Erklärung: „Ich bin mit ihm solidarisch – was ihn betrifft, geht auch mich an.“¹ Das Wort kam über Frankreich als *solidarité* vom lateinischen „*in solidum*“, „*im Ganzen, vollständig*“. Als Rechtsbegriff bezeichnete die *obligatio in solidum* eine gemeinschaftliche Haftung mehrerer für eine Schuld.²

Aus der Rechtssprache kommend verbreitete sich die Solidarität in die Alltagssprache und in die Soziologie. Solidarität bezeichnete insoweit nicht mehr nur eine gesetzlich für das Verhältnis mehrerer Personen angeordnete oder gemeinsam freiwillig eingegangene rechtliche Verpflichtung, sondern auch Gefühle und Überzeugungen des Füreinander-Einstehens. In Teilen der soziologischen Literatur und in den Überzeugungen mancher Mitmenschen hat sich daraus ein Gegensatz zwischen dem Recht als verbindlicher Ordnung einerseits und Solidarität andererseits entwickelt, welche im Wesentlichen nur auf freiem Entschluss beruhen und nicht erzwungen werden könne.³

Ich werde mich im Folgenden aber an denjenigen soziologischen Autoren und Autorinnen orientieren, die – wie *Emile Durkheim*⁴ – gesellschaftliche Solidarität zwar auch außerhalb rechtlich gebundener Verhältnisse betrachten, sie aber im weiteren Sinne den gesellschaftlichen Normen zuordnen, die als kollektive und individuelle Überzeugungen und Verhaltensweisen moralische, ethische, sittliche oder habituelle Verbindlichkeit erlangen. Solidarität ist also rechtlich verbindliches Füreinander-Einstehen, kann aber auch weitere Formen verbindlich geteilter Verantwortung umfassen. Verbindlichkeit bedeutet nicht Klagbarkeit, aber eine über bloße Solidaritäts-Erklärungen und -Gefühle hinausgehende Steuerung von Verhalten und Verhaltenserwartungen.⁵

„Solidarität im Recht“ bedeutet also jene Teilmenge solidarischen Verhaltens, die rechtlich verbindlich ist. „Solidarität und Recht“ thematisiert auch das

¹ *Grimm* Bd 16 Sp 1451.

² *Supiot* (2015) 167f; *Schlegel* in *SGb* (2008) 565.

³ *ZB Honrich/Koch-Arzberger* (1992).

⁴ *Durkheim* (1992) 111; *Eichenhofer* (2015c) 268f.

⁵ *Ebenso Bieback* in *SGb* (2012) 1, 2; *Ruland* (2002) 3518.

Wechselverhältnis rechtlicher und außerrechtlicher Normen des Einstehens für einander.⁶

B. Solidarität und Recht: Voraussetzungen und Wechselverhältnisse

Rechtlich und außerrechtlich begründete Solidaritäten können sich überschneiden, wie dies etwa im Familien- und Erbrecht typischerweise der Fall ist. Familie, Sippe und Klan waren Solidargemeinschaften, bevor die Menschen Staaten und Rechtsordnungen im heutigen Sinne herausbildeten.⁷ Doch war Solidarität in ihnen immer verbindlich, unsolidarisches Verhalten wurde und wird oft sozial sanktioniert.

Wo rechtliche und soziale Normen in Bewegung sind, sind es auch ihre Grenzen und Wechselverhältnisse. So ist heute nicht mehr selbstverständlich, in welchem Maß Angehörige solidarisch mit pflegebedürftigen Familienmitgliedern sein müssen,⁸ rechtlich und moralisch, und ob und wie Verstöße gegen solche Solidaritätsnormen heute sanktioniert werden, durch Enterbung,⁹ Mithaftung beim Sozialamt¹⁰ oder nur durch Familienstreit.

Bei primär rechtlicher Solidarität vermitteln heute Politik und Gesetzgebung die grundsätzliche Zustimmung. Auf die individuelle Solidaritätsbereitschaft mit konkreten Rentnern, Kranken, Behinderten und Flüchtlingen kommt es bei der Solidarität durch Sozialversicherungsbeiträge und Steuern zunächst nicht an.

Solidarität wurzelt rechtlich im Schuldrecht. Sie hat einen engen Bezug zur Gegenseitigkeit. Rechtsordnungen beruhen auf der Verbindung von Herrschaft und Gegenseitigkeit. Sie erweitern den Kreis sich gegenseitig verpflichteter Personen über Verwandte und Bekannte hinaus. Dadurch stabilisieren sie zugleich Verhaltenserwartungen zwischen Nicht-Verwandten und Unbekannten, ermöglichen zwischen ihnen Ehen und Bindungen, Begegnung, Handel und Wandel.

Soziale Sicherheit vermittelten zuerst die Familie und Ehe, dann die Nahbeziehungen in Gemeinden, beruflichen Zünften und Betrieben. Hier sprach

⁶ Vgl *Denninger* (1998).

⁷ *Wexel* (1985) 189ff.

⁸ Vgl BGH 8.7.2015, XII ZB 56, 14, BGHZ 206, 177; BGH 29.4.2015, XII ZB 236/14, BGHZ 205, 165; BGH 7.7.2004, XII ZR 272/02, FamRZ 2004, 1370; *Ludiga* (2012) 54.

⁹ Vgl § 2333 Abs 1 Nr 3 BGB.

¹⁰ Vgl § 94 SGB XII.

Durkheim von *mechanischer Solidarität* oder Solidarität aus Ähnlichkeiten.¹¹ Durch wachsende Arbeitsteilung stellte sich jenseits der Gemeinschaften immer umfassender eine Gesellschaft her, in der die von *Durkheim* als *organisch* bezeichnete Solidarität, die sich der Arbeitsteilung verdankt,¹² zwischen ihren verschiedenen Gliedern nötig und möglich wurde. Auch diese kann sich als gesellschaftliche Norm herstellen, etwa Klassensolidarität auf der Grundlage einer als gemeinsam empfundenen Interessenlage,¹³ oder als rechtliche Norm, etwa als Sozialversicherung. Beide haben etwas miteinander zu tun, gehen aber nicht ineinander auf. Demokratie kann, wenn sie von entsprechendem Bewusstsein getragen ist, mit dem Wort von *Hauke Brunkhorst*, Solidarität unter Fremden¹⁴ organisieren.

Dabei erscheint es als interessante Dialektik, dass verschiedene Wege zur Organisation von Solidarität durch Rechtsnormen zunächst politische Solidarisierungen gegeneinander voraussetzen, bevor die ordnende und befriedende Wirkung des Rechts eintreten kann. Dies gilt ausgeprägt beim Kollektivvertrag im Arbeitsrecht, der – etwa bei der Lohngruppenbildung, bei der Etablierung Betrieblicher Altersversorgung, bei Unterstützungskassen für Notlagen oder Privilegierungen im Kündigungsschutz¹⁵ – Elemente des Solidarausgleichs innerhalb der Lohnabhängigen beinhaltet. Ohne die stabile Solidarisierung der Beschäftigten und der Arbeitgeber jeweils untereinander ist diese Normsetzung nicht möglich. Löhne würden individuell ausgehandelt und verloren ihre Solidarkomponente.

Ähnlich ist es mit der sozialpolitischen Willensbildung in der durch Parteien präformierten und durch Verbände mitgestalteten Demokratie: Auch sie setzt partikulare politische Solidarisierungen voraus, um umfassendere materielle Solidarität zu erreichen.

Solidarität im Nahbereich, unter Verwandten, Bekannten und Ähnlichen, ist nicht frei von Machtverhältnissen, sie unterliegt zugleich wechselseitiger sozialer Kontrolle. Kleinere Einheiten können große Risiken nicht immer tragen. Zugleich haben die fortschreitende Arbeitsteilung, Mobilität und Flexibilität der Lebensverhältnisse bewirkt, dass Solidarität unter Fremden in größeren Einheiten wie der Sozialversicherung, der Großgemeinde oder dem Land immer mehr Risiken tragen muss. Nach Art einer Rückversicherung vernetzen sich auch diese Solidargemeinschaften durch Finanzausgleiche und Beistands-

¹¹ *Durkheim* (1992) 118.

¹² *Durkheim* (1992) 162.

¹³ *Zoll* (2000) 54.

¹⁴ *Brunkhorst* (1997).

¹⁵ BAG 5.6.2014, 2 AZR 418/13, AP Nr 9 zu § 626 BGB Unkündbarkeit.

pflichten miteinander, die – wie die Europäische Union zeigt – der trans- und internationalen Arbeitsteilung folgend immer stärker auch die über- und zwischenstaatliche Ebene erreichen.

Diese Transformation von Solidarität in neue, größere, heterogenere Einheiten ist ein Faktum, wenn auch ihre soziologische, politikwissenschaftliche und ökonomische Analyse dem Tempo der Entwicklung nicht immer folgen kann. Umstritten und empirisch oft unerforscht sind die Auswirkungen dieses Prozesses. Wie wird die Solidarität der kleineren Ebene in der größeren Ebene aufgehoben? Man kann entweder die Entlastung von Familie, Betrieb oder Gemeinde von schwer wiegenden Risiken sehen, die diesen Gemeinschaften mehr Spielraum zur Inklusion und ihren Individuen mehr Freiraum zur Entfaltung schafft, oder betonen, dass die Ablösung individueller und gemeinschaftlicher Mitverantwortung durch anonyme und entfremdete Institutionen die Ressourcen der Solidarität untergraben könnte.¹⁶

Die ökonomische Theorie diskutiert diese Gefahr unter dem Stichwort des „*moral hazard*“, der mangelnden Sorgfalt gegenüber sich und anderen bei versicherten Risiken.¹⁷ Zugleich kennt sie aber auch die positiven Effekte einer materiellen Sorgenlosigkeit durch solidarische soziale Sicherung, die erst die Übernahme von Risiken ermöglicht, wie sie eine neue Arbeitsstelle, ein neuer Wohnort, eine neue Technologie mit sich bringen kann.¹⁸

Die politische Theorie und Praxis können beobachten, dass Solidarität zum universellen Wert wird – einerseits –, über dessen Preis andererseits auf jeder Ebene der Politik erbittert gestritten wird. Scheint er – wie bei Flucht und Migration – für viele nicht kalkulierbar, wird die Reichweite der Solidarität zurückgenommen, werden kleinere und exklusivere Gemeinschaften favorisiert.

Diese Wechselwirkungen zwischen unterschiedlichen rechtlichen Organisationsformen der Solidarität und dem Bewusstsein in den Gemeinschaften und bei den Individuen können ein relevanter Gegenstand von Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie sein.

¹⁶ Vgl. Zacher (1986); Frankenberg (1997) 206.

¹⁷ Hänlein (2002) 579ff.

¹⁸ Schmid (2011) 59ff.

C. Solidarität und soziale Menschenrechte

Am deutlichsten wird Solidarität in einem übergeordneten Rechtsdokument heute in Bezug genommen als Überschrift von Titel IV der GRC der Europäischen Union. Die Präambel dieses im Status des primären Unionsrechts stehenden Dokuments nennt die Solidarität zusammen mit der Würde des Menschen, der Freiheit und der Gleichheit als unteilbaren und universellen Wert und stellt sie damit erkennbar in die Tradition der Brüderlichkeit. Heute würde man allenfalls Geschwisterlichkeit sagen – rechtlich verweist diese Begrifflichkeit auf familiäre und quasi-familiäre gemeinschaftliche Beistandspflichten. Schon früh waren Adoption, die Organisation in Bruderschaften und brüderlichen Religionen¹⁹ Mittel, diese familiäre verbindliche Solidarität über den Kreis der Blutsverwandten hinaus zu erweitern.

Titel IV der Charta umfasst die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Unterrichtung und auf Anhörung im Betrieb (Art 27) und auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art 28)²⁰, das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art 29), den Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art 30), das Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art 31), das Verbot der Kinderarbeit und den Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art 32), die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben (Art 33), das Recht auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art 34), den Gesundheitsschutz (Art 35), die Daseinsvorsorge (Art 36)²¹, den Umweltschutz (Art 37) und den Verbraucherschutz (Art 38).

Im Lichte kontinentaleuropäischen Sozialstaatsverständnisses ist zunächst bemerkenswert, dass die Rechte der Kinder (Art 24), älterer Menschen (Art 25) und behinderter Menschen (Art 26) va im vorangehenden Titel III, Gleichheit, erscheinen. Sie sind jedoch bei näherem Hinsehen auch Gegenstand der Rechte auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten. Damit wird deutlich, dass die Rechte dieser Personen nicht nur solche auf Solidarität in einer sozialen Bedarfslage, sondern auch und gerade auf Gleichbehandlung in jeder Lebenslage sind – ein Ansatz, den auch die UN-BRK verfolgt. Das Recht zu arbeiten ist in der Charta auch als Freiheitsrecht ausgewiesen (Art 15).

Die GRC weist als Kern der Solidaritäts-Rechte diejenigen aus, die den Arbeitsmarkt sowie die Güter- und Dienstleistungsmärkte im Interesse kollektiver Anliegen regulieren und modifizieren. Sie stellen ein Gegenbild zu rein

¹⁹ Brunkhorst (2002) 40ff.

²⁰ Rebhahn (2005) 649ff.

²¹ Welti (2005) 529ff.

individualisierten Arbeits-, Güter- und Dienstleistungsmärkten auf, in denen kollektive Solidarisierung von Beschäftigten oder Verbrauchern und nicht auf Marktzwecke gerichtete wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Gesundheitsdienste und Wohlfahrtsorganisationen unter dem Verdacht der Marktverzerrung stehen. Damit ist Titel IV erkennbar als Gegengewicht zu den Marktfreiheiten gedacht, deren Dominanz in den Europäischen Verträgen und Rechtsnormen und der Rsp des EuGH so viel Kritik auf sich gezogen hat.²² Erst die so empfundene Dominanz der europäischen Marktfreiheiten macht es notwendig, solidarisches Verhalten auf Märkten und gegenüber Märkten als schutzwürdigen und grundrechtlich garantierten Teil der europäischen Rechtsordnungen zu beschreiben, um so zur Möglichkeit einer europäischen Sozialverfassung²³ zu gelangen.

Die sozialen Menschenrechte, wie sie international vom Sozialpakt und den auf ihn bezogenen besonderen Menschenrechtspakten, von den Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation und von der Europäischen Sozialcharta beschrieben werden, gehen nicht im Begriff der Solidarität auf. Aber Solidarität beschreibt einen Typus von Rechten, bei dem durch die gesetzliche, vertragliche, verbandliche und genossenschaftliche Bildung von Solidargemeinschaften die Realisierung sozialer Menschenrechte ermöglicht und erleichtert wird.

Dass soziale Menschenrechte und Solidarität nicht deckungsgleich sind und auch in Spannung stehen, wird bei der Frage nach dem Adressaten deutlich: Menschenrechte, auch soziale, richten sich zuerst an Staaten. Sie können nicht unmittelbar in Pflichten einzelner Rechtssubjekte übersetzt werden. Das können erst die Staaten, einzeln oder gemeinsam, mit den Mitteln des Rechts.

Nothilfe und Gastrecht sind sehr alte Formen ethischer und rechtlicher Solidaritätspflichten des Individuums gegenüber Fremden, die auf der Erwartung von Gegenseitigkeit gründen. Wer aber weitergehend wie dafür haftet, dass soziale Not beseitigt wird, Arbeit, Bildung und Gesundheit gewährleistet werden, bedarf der expliziten Begründung und Zuordnung von Solidaritätspflichten. Die Spannung zwischen einer ethisch, politisch und rechtlich zwingenden Pflicht zur Nothilfe und weiter gehenden, politisch zu verhandelnden Verantwortlichkeiten²⁴ prägt die Diskussion um die aktuelle Hilfe für Flüchtlinge in und an unseren Grenzen und vor den Toren der Gemeinschaft.²⁵

²² Vgl Eichenhofer (2014); Rödl (2014).

²³ Mückenberger (2014) 369ff.

²⁴ Zu diesen: Marx (2016) 150ff.

²⁵ Volkmann (2016) 180ff; Wallrabenstein (2016b) 407ff.

D. Subjekte und Adressaten von Solidarität im Recht

Solidarität braucht also Subjekte und Adressaten, für die sie verbindlich ist. Diese fallen bei gegenseitiger Solidarität zusammen. Das ist häufig so, aber nicht begriffsnotwendig. Solidarität kann auch ein gemeinsames Beistandsversprechen für Dritte sein, die nicht zur Gegenseitigkeit verpflichtet oder in der Lage sind.

Sozialpolitisch und sozialphilosophisch bedarf es keiner strikten und jederzeitigen Gegenseitigkeit, sondern diese stellt sich in Familien, in Generationskohorten²⁶ oder zwischen Staaten oft erst im Lebenslauf oder im Lauf der Geschichte her. Die stärkere Inanspruchnahme stärkerer Teilnehmer einer Solidargemeinschaft rechtfertigt sich dabei für diese aus dem Nutzen, den sie von Frieden, Vertrauen und Verhaltenssicherheit haben. Für gefühlte oder tatsächliche Defizite im Solidaritätstransfer haben die meisten großen und wirkungsmächtigen Religionen und Weltanschauungen Gründe und Mechanismen entwickelt, kollektiven als individuellen Nutzen zu erleben. Die Antithesen dazu sind in gewisser Weise Liberalismus und Utilitarismus, die auch den individuellen und kollektiven Nutzen unsolidarischen Handelns wertschätzen. Erst in der wechselseitigen Kritik und gleichzeitigen gesellschaftlichen Praxis von solidarisch und individualistisch orientierten Weltanschauungen und Praxen konnten diese ihr jeweiliges Potenzial entfalten und zusammen höchst dynamische und produktive Gesellschaften formieren.

Solidarität setzt starke und produktive Beteiligte an der Solidargemeinschaft voraus, denn sonst fehlt es ihr an aktiven Gliedern und an Haftungsmasse. Und ohne das durch verbindliche Solidarität erzeugte Vertrauen und die gewonnene Handlungssicherheit könnten sich die Beteiligten nicht entfalten. Die Fairness und Akzeptanz von Freiheitsentfaltung wie von solidarischer Einbindung wird durch die Gleichheit der Beteiligten gesichert. Insoweit sichert erst die Verbindung und Balance von Freiheit, Gleichheit und Solidarität eine Gesellschaft, die gleichzeitig fortschrittlich und stabil, dynamisch und integriert sein kann.

1. Völkerrecht und Unionsrecht

„Solidarität ist die Zärtlichkeit der Völker“. Dieser Ché Guevara und Ernesto Cardenal zugeschriebene Satz bezieht sich ersichtlich auf das politische und weltanschauliche Einstehen füreinander. Was aber ist die Solidarität der Sta-

²⁶ Welti (2004) 255ff.

ten?²⁷ Diese stehen sich im Völkerrecht zunächst als autonome Subjekte gegenüber. Stehen sie sich bei, militärisch, humanitär, finanziell, so beruht dies auf freiem Entschluss oder vertraglicher Bindung. Beistandspflichten werden in der Regel als gegenseitig vereinbart.²⁸

Die territoriale Souveränität begrenzt Solidarität mit Fremden, Bürgerinnen und Bürgern anderer Staaten: Auf fremden Territorium darf ein Staat nur für Menschen einstehen, wenn der andere Staat zustimmt. Ob er es auf eigenem Territorium will, wird durch die Souveränität über die eigenen Grenzen bestimmt.

Diese im Völkerrecht wie im Alltagsbewusstsein verankerten Schranken grenzüberschreitender Solidarität sind in Bewegung geraten: Immer häufiger werden humanitäre Gründe als Rechtfertigung militärischer Interventionen herangezogen und finden, jedenfalls gegenüber schwachen Staaten ohne starke Schutzmacht, auch die Zustimmung des UN-Sicherheitsrats. Werden die Menschenrechte – insb auf Grundlage der Genfer Flüchtlingskonvention und des Asylrechts – zur Schranke der Abschiebung von Menschen, die das eigene Territorium erreicht haben, steht auch die Legitimation der Grenzen selbst in Frage, da ansonsten von Stärke, Zufall und der Bereitschaft zum illegalen Grenzübertritt abhängt, wem gegenüber Staaten stärkere Solidarität auf der Grundlage der Menschenrechte schulden.²⁹

Dieses Dilemma erleben wir zurzeit. Und wir leben in einer Zeit, in der eine Hälfte der Bevölkerung Grenzen für legitimationsbedürftig hält und die andere Hälfte ihre Öffnung. Dabei dürfte es jeweils eine Mehrheit dafür geben, dass Staaten bis auf weiteres eine wesentliche Grundeinheit bleiben, innerhalb derer und durch die Solidarität organisiert werden kann und dafür, dass es über die Staaten und ihre Bürgerschaft hinaus reichende Pflichten zur Solidarität zwischen Staaten und für fremde Menschen geben kann. Eine neue, von einem breiteren Konsens getragene Balance zwischen beiden Kreisen zu finden, wird – optimistisch gedacht – eine Hauptaufgabe für einen internationalen Gesellschaftsvertrag des 21. Jahrhunderts sein.

Im 19. und 20. Jh wurden neue nationale Solidargemeinschaften gebildet. Familäre und örtliche Solidaritäten reichten nicht mehr aus, der Fortschritt der Arbeitsteilung und räumliche Mobilität forderten zB die Abkehr vom festen Unterstützungswohnsitz in der Fürsorge³⁰ und die Sozialversicherung, berufliche Mobilität und technischer Wandel begünstigten die Bildung großer Ge-

²⁷ Prenß (1998).

²⁸ ZB in Art 5 NATO-Vertrag.

²⁹ Eichenhofer (2015c) 269f.

³⁰ Sachße/Tennstedt (2001) 205ff.

werkschaften, soziale Mobilität und umfassende Kommunikation machten Sozialpolitik jenseits von Stand und Standort möglich und nötig. Kriege, Katastrophen und Revolutionen beschleunigten den Prozess, wenn sich ihre Folgen nur in großen Dimensionen bewältigen ließen. Ähnliche Gründe gibt es heute dafür, dass Solidaritäten über den nationalen Rahmen hinausgehen müssen.

Aber so wie der Nationalstaat Familien und Gemeinden zwar verändert, aber nicht ersetzt hat, ist auch die internationale Solidarität ein neues Stockwerk. Die Kunst der sozialpolitischen Statik wird sein, dass es die noch recht individuellen Mehrgeschossbauten der Nationen verbindet, ohne ihre Standfestigkeit zu gefährden.

Ein Bsp für den seit 60 Jahren laufenden Versuch, eine solche immer engere Verbindung herzustellen ist die Europäische Union. Diese ist nach der Präambel des EU-Vertrags geschaffen „*in dem Wunsch, die Solidarität zwischen ihren Völkern unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen zu stärken.*“ Nach Art 2 S 1 EUV gehört Solidarität nicht unmittelbar zu den Werten der Union, sondern sie zeichnet nach Art 2 S 2 die Gesellschaft aller Mitgliedstaaten aus. Nach Art 3 fördert die Union die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.

Solidarität ist also auf unterschiedlichen Ebenen Grundlage und Ziel der Union.³¹ Sie ist Grundlage insoweit, als die Solidarität zwischen den Völkern und in ihren Gesellschaften Voraussetzung ihrer Akzeptanz ist. Diese Voraussetzung kann die Union stärken, aber sie kann sie nicht aus eigener Kraft schaffen. Solidarität ist Ziel insoweit, als die Union die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten fördern will.

Dieser textliche Befund wird durch die normative und reale Ausgestaltung der Union gestützt: In der Sozialpolitik hat sich die Europäische Gemeinschaft lange im Wesentlichen darauf beschränkt, bestehende Solidargemeinschaften zu verknüpfen und keine grundlegend neuen Solidaritäten zu schaffen, ist jetzt als Union aber im Übergang zu einer neuen Phase.³²

Das koordinierende europäische Sozialrecht als Funktion des Binnen-Arbeitsmarktes seit 1957 verlangt, dass die je nationalen Solidargemeinschaften, namentlich die Sozialversicherung, inklusiv und anschlussfähig sind für diejenigen, die Wohn- oder Arbeitsort innerhalb der Union wechseln. Es erhöht das Maß der national organisierten Solidarität nur insoweit, als die legale Migration innerhalb der Union kein Ausschlussgrund für den Zugang zu sozi-

³¹ Vgl *Lais* (2007).

³² Vgl *Kingreen* (2014); auch: *Eichenhofer* (2014).

aler Sicherheit sein darf. Wie die soziale Sicherheit und Solidarität in den Mitgliedstaaten organisiert ist, bleibt deren Entscheidung. Dass es die Solidargemeinschaften eines je nationalen Sozialstaats gibt, wird nicht vorgeschrieben, sondern vorausgesetzt.

Einen Schritt weiter geht die Unionsbürgerschaft seit 1993³³. Sie verlangt die Gleichstellung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die sich legal in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, bei denjenigen Rechten, die sich aus dem Bürgerstatus ergeben. Damit werden weitere Sozialleistungen und Solidaritäten erfasst, namentlich diejenigen, die in Fürsorgesystemen weniger gegenseitig und symmetrisch organisiert sind als die meist noch am Erwerbsstatus anknüpfende Sozialversicherung. Insoweit zwingt die Unionsbürgerschaft dazu, die Grenzen der Solidarität im Binnen-Arbeitsmarkt genauer zu bestimmen. Dies betrifft insb die Leistungen bei Arbeitslosigkeit und für Familien. Hier hat der Europäische Gerichtshof zuletzt verdeutlicht, dass die Unionsbürgerschaft keinen schrankenlosen Zugang zu Fürsorgeleistungen bei Arbeitslosigkeit vermittelt, sondern dass die Mitgliedstaaten diesen konditionieren können.³⁴

Wirkt beim Arbeitsmarkt dessen Europäisierung als Treiber eines Solidaritäts-Netzwerks, so wird der Binnenmarkt für Güter, Dienstleistungen und Kapital eher als entsolidarisiert wahrgenommen. Insb in den 1990er Jahren wurden nicht nur nationale Märkte zusammengefügt, sondern die EG wurde politisch in den Dienst einer Ausweitung marktgesteuerter zu Lasten politisch gesteuerter Wirtschaftssektoren gestellt. Die Privatisierung der Daseinsvorsorge, im Europarecht Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse genannt, wurde europarechtlich ermöglicht und gefordert. Dadurch wurden va gemeindliche, genossenschaftliche und verbandliche Formen der nicht-profitorientierten und solidarisch orientierten Wirtschaft gefährdet. Der Schutz der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Anerkennung ihrer Funktion für den sozialen und territorialen Zusammenhalt im Unionsrecht erfolgten erst später.³⁵ Ebenso muss sich die kollektive solidarische Mitbestimmung der Beschäftigten durch Tarifverträge, Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung gegen bestimmte Normen des Binnenmarktrechts behaupten und bedarf zugleich der Europäisierung.³⁶ Dass dies dem EU-Recht nicht fremd ist zeigt, sich darin, dass ein entschei-

³³ Hierzu auch *Eichenhofer* (2014).

³⁴ EuGH 25.2.2016, C-299/14 *Garcia-Nieto* (2016) 1145; EuGH 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic* (2016) 555; EuGH 11.11.2014, C-333/13 *Dano* (2014) 1648; dazu *Farabat* (2016) 45ff; *Wallrabenstein* (2016a) 109ff; *Kingreen* (2015) 1503ff; *Janda* (2015) 16ff.

³⁵ Vgl. *Welti* (2005) 529ff; *Krajewski* (2011); von *Komorowski* (2015) 310ff; *Supiot* (2015) 175ff.

³⁶ Vgl. *Sick* (2013).

dender Anstoß für mehr Unternehmensmitbestimmung Anfang der 1950er Jahre von der neu gegründeten Montan-Union kam.

Für den Binnen-Arbeitsmarkt wird in letzter Zeit über eine Europäische Arbeitslosenversicherung als übergeordnete Solidargemeinschaft diskutiert.³⁷ In ihrer Ausgestaltung würde sie vermutlich eher wie eine Rückversicherung der nationalen Versicherungssysteme wirken. Jedenfalls würde sie aber die Frage aufwerfen, ob ein solches System akzeptiert würde ohne mehr gegenseitige Kontrolle der jeweiligen Arbeitsmarktordnung und ohne mehr individuelle Pflichten, vom europäischen Arbeitsmarkt Gebrauch zu machen. Konkret: Müssten griechische Arbeitslose sich nach Lappland bewerben, damit Finnland einem solidarischen Transfer zustimmt? Und wer müsste dann einen Sprachkurs bezahlen, die griechische, die finnische oder die europäische Kasse?

Die unterschiedlichen wirtschaftlichen, sozialen, politischen, kulturellen und geographischen Verhältnisse der Staaten der Union lassen die Frage offen, wie diese die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten fördern kann. Sieht man Solidarität im Wortsinn als Haftungsgemeinschaft, so ist es genau die Haftungsfrage, die politisch und rechtlich in den letzten Jahren die Regierungen, Parlamente und Verfassungsgerichte der Unionsstaaten bewegt hat. Eine wechselseitige Haftung der Union und der Mitgliedstaaten für ihre öffentlichen Haushalte und damit eine unbeschränkte Solidargemeinschaft wird durch Art 125 AEUV ausgeschlossen. Damit soll der Vertrag ein Regime nur eingeschränkter, punktuell-verkoppelter Solidarität begründen. Fraglich ist, ob das angesichts einer gemeinsamen Währung vieler Mitgliedstaaten, der engen Verknüpfung der Arbeits-, Güter-, Dienstleistungs- und Finanzmärkte und der gemeinsamen Herausforderungen durch Kriege und Flüchtlingsströme dauerhaft tragfähig ist.³⁸

Die Mitgliedstaaten haben durch gesonderte vertragliche Regelungen, namentlich auf der Grundlage von Art 136 Abs 3 AEUV, der Stabilitätsmechanismen für das Euro-Währungsgebiet zulässt, in den letzten Jahren nolens volens va für das Währungs- und das Bankensystem Solidarität praktizieren müssen (ESM-Vertrag). Das deutsche BVerfG hat dies als – noch – mit dem demokratisch begründeten Haushaltsrecht vereinbar angesehen.³⁹ Regierung und Parlament Griechenlands haben die Eingriffe in ihre Haushalts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik als – gerade noch – akzeptabel ansehen müssen. Für Solidarität bei der Aufnahme und Versorgung von Flüchtlingen scheinen die rechtli-

³⁷ Eichenhofer (2015a) 259ff.

³⁸ Rebhahn (2015); Supiot (2015) 179f.

³⁹ BVerfG 18.3.2014, BVerfGE 135, 317.

chen und politischen Ressourcen der Union und ihrer Mitgliedstaaten noch knapper bemessen.

Die Situation ist angespannt: Wer in stürmischer See in einem Boot sitzt, muss solidarisch in die gleiche Richtung rudern – oder irgendwann die Rettungsboote in unterschiedliche Richtungen besteigen. Solidarität beschränkt Autonomie, daran führt kein Weg vorbei. Ob das in einem Mehr-Ebenen-System mit der jeweiligen Vorstellung von Demokratie vereinbar ist, wird entscheidend davon abhängen, welche Vorstellung man vom Volk hat⁴⁰ und davon, ob das Volk diese teilt. Ist es erst die organisierte Solidarität miteinander, die aus einer Bevölkerung ein Volk macht und es ermöglicht, einem Volk beizutreten,⁴¹ dann kann die Demokratie dynamisch der Erweiterung von Solidargemeinschaften folgen.⁴² Setzt man aber die vorgefundenen Staaten und Völker als absolut, ist dieser Weg versperrt oder zumindest eng beschränkt. Dann aber könnte gelten: „*Die einzige Alternative zum kommenden Ende der Demokratie in Europa ist die Europäisierung der Solidarität.*“⁴³

2. Bundesstaat

Im Nationalstaat ist das „ob“ einer Solidarität zwischen mehr oder weniger finanziell, sozial und ökonomisch begünstigten oder entwicklungsbedürftigen Gliedstaaten, Regionen und Gemeinden weniger umstritten als im Staatenbund. Gleichwohl kann die Frage – oft in kulturelles Gewand gekleidet – auch dort sehr grundsätzlich diskutiert werden, wie uns Flandern und Wallonien, Nord- und Südalitalien, Katalonien in Spanien oder Schottland im Vereinigten Königreich zeigen. Ist die Bereitschaft zur bündischen Solidarität da, können auch föderale Staaten mit größeren historischen, sozialen, sprachlichen und topographischen Differenzen große Integrationsleistungen bringen, wie Österreich, die Schweiz und Deutschland je auf ihre Weise zeigen.

Grundlage des Finanzausgleichs im Bundesstaat ist die bündische Haftung füreinander. Daher haben die Ausgleichssysteme zumindest den Anspruch, eine aufgabengerechte Finanzausstattung der verschiedenen staatlichen Ebenen sicherzustellen. Art und Ausmaß der darin enthaltenen Solidarprinzipien differieren jedoch erheblich. So kann das örtliche Steueraufkommen Aus-

⁴⁰ Vgl. dazu die traditionelle Auffassung in BVerfG 31.10.1989, 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BVerfGE 83, 37 (Kommunales Ausländerwahlrecht); kritisch dazu Zuleeg (2000) 419ff; Rittstieg (1994).

⁴¹ Lukes (1998) 389ff.

⁴² Vgl. von Komorowski (2010).

⁴³ Brunkhorst (2012) 414.

gangspunkt sein oder die örtliche Bevölkerungszahl. Soziale und soziodemografische Gesichtspunkte wie die Zahl von Kindern, älteren Menschen, Behinderten und Arbeitslosen, Bevölkerungsdichte, zentrale Aufgaben, topografische und klimatische Gegebenheiten können berücksichtigt werden. Es mögen noch so viele abstrakte Kriterien sein, territoriale Solidarität ist immer konkret, sie entwickelt sich nicht hinter einem „Schleier des Nichtwissens“, wie das deutsche BVerfG in einem rechtsphilosophischen Affekt verlangt hat.⁴⁴

Ebenso stark trägt zur Solidarität im heterogenen Nationalstaat die Sozialversicherung bei, die mittlerweile ihre Risikoausgleichs- und Umverteilungsfunktionen auf die ganze nationale Ebene erstreckt und so insb zwischen Regionen unterschiedlicher Altersstruktur, Morbidität⁴⁵ und Arbeitsmarktlage ausgleicht. Ihr Beitrag zB zur deutschen Einheit ist wohl ebenso groß wie derjenige des Länderfinanzausgleichs.

Schließlich sind die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Universaldienstleistungen typischerweise auf allgemeinen Zugang ausgerichtet. Deutlich wird dies insb bei der Versorgung mit Wasser und Strom, bei der Entsorgung von Abwasser und Abfall, beim Zugang zu Post, Telekom und Internet, bei Nah- und Fernverkehr. All dies in Bergdörfern ebenso wie auf Meeresinseln, in Metropolen und Dörfern zu gleichen Bedingungen bereitzuhalten erfordert eine von individuellen Gegebenheiten und Risiken abstrahierende – und insoweit solidarische – Konzeption und Preisbildung.

3. Kommunale Selbstverwaltung

Die Städte, Gemeinden und Kreise haben viele, auch selbst gewählte, öffentliche und soziale Aufgaben. Als Träger der Armenfürsorge, als Initiator und Garanten der Zünfte und Innungen, später der Ortskrankenkassen sicherten sie früh Solidarität in den Wechselfällen des Lebens. Geteilte Gefahren durch Feuer und Wasser, Baumängel oder Seuchen ließen Gemeinden früh zusammenrücken, um ihnen solidarisch vorzubeugen und ihre Folgen gemeinschaftlich zu versichern. Dienst- und Geldleistungspflichten, Anschluss- und Benutzungzwänge sind Instrumente, die gemeindliche Daseinsvorsorge zu sichern.

Gerade in der Armenfürsorge hat es in den letzten hundertfünfzig Jahren, der Mobilität der Armut und der Armen folgend, eine Tendenz zu größeren Soli-

⁴⁴ BVerfG 11.11.1999, 2 BvF 2/98, BVerfGE 101, 158; kritisch dazu *Bull/Mehde* (2000) 305ff; *Welti/Fakhrshafaei* (2001) 102ff.

⁴⁵ Dazu BVerfG 18.7.2015, 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167.

dargemeinschaften gegeben. Risiken wie Invalidität, Behinderung, Pflegebedürftigkeit und das Arbeitsmarktrisiko von Menschen, die als junge Erwachsene, Zugewanderte oder nach einer Familienphase erstmals oder erneut in den Arbeitsmarkt eintreten, sind häufiger der Sozialversicherung oder staatlichen Systemen zugeordnet worden und werden seltener allein von der gemeindlichen Fürsorge abgedeckt. Jedenfalls die deutsche Pflegeversicherung und das zum größeren Teil bundesfinanzierte System der Grundsicherung für Arbeitsuchende verdanken ihre Entstehung nicht unwesentlich dem Bestreben, die Kommunen zu entlasten. Zuletzt wurde in Deutschland intensiv darüber diskutiert, ob und wie auch die kommunale Verantwortung für die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen durch stärkere Bundesfinanzierung zumindest ergänzt werden könnte.⁴⁶

So hilfreich die Bildung größerer Solidargemeinschaften für alle Beteiligten sein kann, muss doch gefragt werden, ob mit ihnen eine Tendenz zur Entsolidarisierung der kommunalen Entscheidungsebene verbunden ist. Sie könnte auch eine Entpolitisierung der kommunalen Selbstverwaltung und ein schwindendes Bewusstsein für den ZH zwischen örtlichen Lebensverhältnissen und sozialen Risiken bewirken. Haben Gemeinden noch ein Interesse an Barrierefreiheit und inklusiver Stadtplanung,⁴⁷ wenn sie nicht mehr für die Folgen von Behinderung und Pflegebedürftigkeit verantwortlich sind? Interessieren sie sich für Arbeitsplätze auf ihrem Territorium, wenn Arbeitslosigkeit die Sache anderer Solidargemeinschaften ist?

4. Sozialversicherung

Ein großes Bsp rechtlich organisierter Solidarität ist die Sozialversicherung. Aufbauend auf Traditionen gemeinschaftlicher und genossenschaftlicher Solidarität bei Krankheit, Invalidität und Unfall ist sie in den letzten 150 Jahren in vielen Staaten zu einem zentralen System von Risikosolidarität und Umverteilung geworden. Zuerst erfasste sie Teilgruppen der Erwerbstätigen, heute immer häufiger die ganze Bevölkerung oder sehr große Teile davon.

Die Sozialversicherung ist verpflichtende Solidarität. Sie baut auf Pflichtbeiträgen und definierten Leistungen auf. Mit ihr wird die Möglichkeit geschmäleriert, privat autonom Risiken zu versichern oder in Kauf zu nehmen und selbst Solidargemeinschaften zu bilden, die exklusiv Gleichgesinnte oder Gleichgestellte verbinden. Insoweit nimmt die Sozialversicherung Freiheiten und be-

⁴⁶ Vorholz (2016) 307ff.

⁴⁷ Vgl Piischas (2016) 165ff.

darf der Rechtfertigung im Lichte der bürgerlichen Freiheitsrechte.⁴⁸ Zugleich schaffen erst soziale Sicherheit und Umverteilung die Grundlage für die Ausübung von Freiheiten, für freie Berufswahl, die Gründung einer Familie, die demokratische Mitwirkung ohne Existenzangst. Insoweit sichert die Sozialversicherung Freiheiten im Tausch für die Verbindlichkeit dieser Sicherheit. Der Verzicht auf Sozialversicherung wäre im Lichte der sozialen Menschenrechte rechtfertigungsbedürftig und würde die Frage nach funktionalen Äquivalenten auf. Die Stärke ihrer Legitimation ist die Verbindung von Leistungsgerechtigkeit und Bedarfsgerechtigkeit.⁴⁹

Die – wohl vor allem – in Deutschland intensiv in Wissenschaft, Rechtsprechung und Politik geführten Diskussionen über versicherungsfremde Leistungen⁵⁰ bieten interessantes Material für die Diskussion um Möglichkeiten und Schranken der als Sozialversicherung organisierten Solidarität.

Der Begriff der versicherungsfremden Leistung ist erklärungsbedürftig. Wie kann man etwas, das durch Gesetz und Satzung als Gegenstand der Versicherung definiert wurde, als versicherungsfremd ansehen? In dieser Diskussion ist der Versuch gemacht worden, ein Wesen der Sozialversicherung zu definieren, jenseits dessen der Gesetzgeber soziale Aufgaben zwar annehmen, nicht jedoch in der Form der Sozialversicherung organisieren und aus Pflichtbeiträgen finanzieren lassen dürfe. Konkret wurde dies zum Argument entweder für eine Steuerfinanzierung eines Teils der Sozialversicherungsleistungen oder für deren Verlagerung in Fürsorge oder Eigenverantwortung. Ersteres wurde eher von gewerkschaftlicher, letzteres eher von liberaler Seite geltend gemacht.

Insb wurde diskutiert, ob es als versicherungsfremd anzusehen sei, auf der Beitrags- oder auf der Leistungsseite die Familie zu berücksichtigen, wie bei der Mitversicherung der Familie in der Krankenversicherung, bei der Anerkennung leistungssteigernder Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung oder bei der Finanzierung von Mutterschaftsleistungen oder Elternkuren in der Krankenversicherung. Für die Rentenversicherung wurde weiterhin diskutiert, wieweit die Aufnahme zugewanderter oder durch Beitritt der DDR hinzugekommener Personen unter Anerkennung bisheriger Beitragszeiten als versicherungsfremd anzusehen sei.⁵¹

⁴⁸ BVerfG 3.4.2001, 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197 (Pflege-Pflichtversicherung); BVerfG, 10.6.2009, 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186 (Basistarif); BSG 11.10.2001, B 12 KR 19/00 R, juris (Rentenversicherung).

⁴⁹ Bieback in SGb 2012, 1, 8.

⁵⁰ Rolf (2000); Hase (2000); Berne (2000); Bieback (2003) 1ff; Bieback (2004); Wallrabenstein (2008).

⁵¹ BSG 29.1.1998, B 12 KR 35/95 R, BSGE 81, 276.

Für den Arbeitsmarkt wurde in Betracht gezogen, inwieweit Leistungen für Personen, die als Jugendliche und junge Erwachsene oder auf Grund von Migration oder Wiedervereinigung⁵² erstmals Zugang zum Arbeitsmarkt suchen, der Arbeitslosenversicherung fremd seien. Leistungen für von Geburt oder Jugend an behinderte Menschen in Werkstätten oder Pflegeheimen wurden ebenfalls als möglicherweise versicherungsfremd genannt.

Von der Frage abgesehen, ob es sich hier um eine Juridifizierung sozialpolitischer Verteilungskonflikte handeln könnte, bietet die Diskussion Gelegenheit, sich des eigenen Verständnisses von Sozialversicherung zu vergewissern. Wichtig ist dabei, wie stark das Verhältnis von Beitrag und Leistung gelockert werden kann und sollte, sodass die Aufnahme in eine Solidargemeinschaft nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Geburt und Zuwandlung möglich ist. Hierfür ist relevant, dass die Sozialversicherung von Anfang an als eine Solidargemeinschaft konzipiert ist, mit der die Familien von Solidarpflichten gegenüber alten, invaliden, kranken und arbeitslosen Angehörigen entlastet werden. Sieht man diese Funktion als versicherungsimmanent statt als versicherungsfremd an, erledigen sich einige Fragen.

Für den Arbeitsmarkt ist zu diskutieren, wieweit die Solidargemeinschaft der am Arbeitsmarkt teilnehmenden Personen schon aus ökonomischen und sozialen Gründen dynamisch vorzustellen ist, sodass ihr nicht fremd wäre, die Inklusion neu hinzukommender Personen als eigenes Anliegen zu verstehen. Dazu kommt, insb für der dauerhaften Unterstützung bedürftige Personen, die Klärung, ob der Arbeitsmarkt primär als Markt mit nachgehender Intervention oder als von vornherein gesellschaftlich und rechtlich konstituierte Institution zu verstehen ist.

Anknüpfend an *Bieback*⁵³ ist festzuhalten: Bedarfsgerechtigkeit ist nicht versicherungsfremd und Leistungsgerechtigkeit ist nicht solidaritätsfremd, erst beides zusammen macht die solidarische Sozialversicherung aus.

5. Arbeitsleben, Unternehmen und Betrieb

Im Arbeits- und Wirtschaftsleben sind solidarische Haftungsformen an vielen Stellen gegenwärtig. Große Risiken, deren Ursachen oft schwer zuzuordnen sind, machen Modifikationen der individuellen Haftung notwendig. Die gesetzliche Unfallversicherung als Solidargemeinschaft entlastet einzelne Unternehmen und Unternehmensangehörige vom Risiko betrieblich verursachter

⁵² BVerfG, Kammerbeschluss 4.11.1994 – 1 BvR 1483/94, juris; BSG 23.6.1994, 12 BK 7/94.

⁵³ *Bieback* in SGb 2012, 1, 8.

Schäden. Auch die verbraucherschützende Produkthaftung regelt die Haftung mehrerer Hersteller als Gesamtschuldner (§ 5 ProdHG).

Unternehmerische Risiken werden in der ökonomischen Theorie hoch geschätzt. In der ökonomischen Praxis werden sie versichert, um sie berechenbar zu machen oder sie werden – vom Recht weniger gern gesehen – durch die Solidarität des Kartells verringert. Auch die vom Recht bereitgestellten Unternehmensformen bauen sich überwiegend um die *obligatio in solidum* herum auf: Gesellschaften sind Haftungsgemeinschaften, die Risiken übernehmen können, die der einzelne Kaufmann scheuen müsste.

Zu diesen Risiken gehört unter anderem, längerfristige Arbeitsverträge einzugehen, aus denen regelmäßige Zahlungspflichten in einer ungewissen Zukunft folgen, möglicherweise als Betriebsrente bis zum Lebensende. Entsprechend verlangt das deutsche Recht, zumindest die letztere Pflicht zu versichern (§§ 7-15 BetrAVG). In gewisser Weise erlegt auch das Insolvenzrecht den Gläubigern Solidarität auf, indem es sie zwingt, ihre unfreiwillig gemeinsame Position geordnet wahrzunehmen und dabei mit einem je gleichen Forderungsausfall für bevorrechtigte Positionen, etwa der Beschäftigten und der Sozialversicherung, einzustehen.

Die Vereinbarung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag beruht auf der Solidarisierung der Beschäftigten und der Arbeitgeber in je rechtlich erlaubten und erwünschten Kartellen.⁵⁴ Indem sie Arbeitsbedingungen einheitlich regeln, ermöglichen sie die Konzentration des Wettbewerbs auf andere Faktoren, namentlich die Technik. So ist die entfesselte Gewerbefreiheit des Kapitalismus erst im Verbund mit der Solidarität der Arbeitenden zu einem System geworden, das nicht Verelendung, sondern Produktivität und Wohlstand hervorgebracht hat. Wenn die internationale Solidarisierung der Arbeitenden nicht mit der Globalisierung der Märkte Schritt hält, droht diese Dialektik allerdings ausgebremst zu werden. Dies ist auch ein zentrales Problem der Europäischen Union: Mit der Süd- und Osterweiterung erscheinen Lohndifferenzen als ein entscheidender Wettbewerbsfaktor zwischen den Unternehmen in den Staaten der Union. Wenn als angemessene Reaktion darauf nicht europaweite, sondern nationale Solidarisierung erscheint, untergräbt die Union ihre eigenen Ziele und ihre eigene Akzeptanz.

Auch innerhalb der Unternehmen und Betriebe gibt es die Polarität zwischen einer je für sich solidarisierten Eigentümer- und Beschäftigtenseite. Diese Spannung kann positiv gewendet werden, wenn sie zum Interessenausgleich und zu wechselseitiger Mitverantwortung in der Mitbestimmung in Unter-

⁵⁴ Pfarr/Kittner (1974) 284ff.

nehmen und Betrieb führt. Doch können neue Unternehmensformen zu Paradoxien der Solidarität führen. Werden etwa die Beschäftigten einer Abteilung gemeinsam in die Haftung für das Erreichen betriebswirtschaftlicher Ziele genommen – etwa durch Prämien oder variable Lohnbestandteile – kann dies zur Entsolidarisierung mit Leistungsschwächeren führen. Auch hier gilt: Solidarität in kleinen Einheiten kann zur Externalisierung von Problemen führen, wenn sie möglich ist.

Dem versuchen Rechtsnormen entgegenzuwirken, die den Betrieb zum Beispiel zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen verpflichten (§ 154 SGB IX) und verlangen, dass entsprechende Rücksichten zu nehmen und Ressourcen aufzuwenden sind. Für die Erfüllung der Beschäftigungspflicht haftet der Arbeitgeber, doch wenn sie tatsächlich zur vielzitierten „bevorzugten Einstellung oder Beförderung bei gleicher Qualifikation“ führt, haften andere Bewerber oder Kollegen solidarisch mit. Ähnliches gilt bei Konflikten über die Verteilung der Arbeitszeit: Werden sie rechtskonform zu Gunsten von Beschäftigten mit Familienpflichten oder gesundheitlichen Einschränkungen gelöst, ist Anspruchsgegner der Arbeitgeber, die Solidargemeinschaft bei der Verteilung knapper begehrter Arbeitszeitlagen sind aber die Betriebsangehörigen.⁵⁵

6. Ehe und Familie

Lange Zeit und auch heute noch in vielen Weltgegenden waren Ehe und Familie vor allem eine ökonomische Solidargemeinschaft, die die Funktionen von Betrieb und Unternehmen, Fürsorge und Sozialversicherung mittragen musste. Doch auch heute in entwickelten Industriegesellschaften sind Ehe und Familie mit ihren gegenseitigen Unterhalts- und Beistandspflichten ein Kern des sozialen Sicherungssystems. Denkt man die Sozialleistungssysteme weg, bleiben sie bestehen und würden aktiviert werden, vielfach auf die Gefahr der emotionalen Entsolidarisierung hin.

Ehen, Partnerschaften, Kleinfamilien als freiwillig begründete Solidargemeinschaften sind auch heute attraktiv, so attraktiv, dass ihre Öffnung für gleichgeschlechtliche Paare zum bitteren politischen und rechtlichen Streitpunkt werden konnte.

Nicht so beliebt wie Hochzeiten in Weiß und die solidarische Urlaubskasse von Doppelverdiener-Paaren sind das Unterstützen von und solidarische Teilen mit Verwandten und Verschwägerten, die man sich nicht ausgesucht hat,

⁵⁵ Kocher et al (2013) 305ff.

bei Erbfällen oder bei Bedürftigkeit pflegebedürftiger Eltern und Kinder oder auch missratener Kinder im Langzeitstudium. Und nicht erst in neuester Zeit sind die Stammbäume oft aus krummem Holz geschnitten: Wann sind Unterhalt und Beistand geboten für ehemalige Partner, für Stiefkinder, für die neue Frau des Großvaters?⁵⁶

Wieweit Ehe- und andere Partner und Familienangehörige füreinander einstehen müssen, ist in hohem Maße von rechtlichen Wertungen abhängig, die je nach Kontext unterschiedlich ausfallen können. Besonders deutlich wird das im Kontext des Sozialrechts. Die Grundsicherung für Arbeitssuchende und die Grundsicherung bei dauerhafter Erwerbsminderung und im Alter in Deutschland sind nachrangig gegenüber den familiären Pflichten. Normen darüber, welchen Beistand die Familie schuldet, ergeben sich aber oft erst aus dem Sozialrecht. So legt § 22 Abs 5 SGB II praktisch fest, dass Familien bis zum 25. Lebensjahr ihre arbeitslosen Kinder, angemessenen Wohnraum vorausgesetzt, bei sich behalten sollen, denn erst ab diesem Zeitpunkt sind Kosten einer eigenen Unterkunft angemessen. Der Rückgriff auf Kinder, deren Eltern Grundsicherung im Alter beziehen, ist erst ab einem Jahreseinkommen der Kinder von € 100.000 vorgesehen (§ 43 Abs 5 S 1 SGB XII), sodass die Beistandspflicht für den Unterhalt der Eltern – nicht aber für die Pflege – noch über die Rentenversicherung hinaus gelockert ist.

Verlangt das Sozialrecht von den Familien der Mittelschicht in Deutschland also nicht alles, was nach familienrechtlicher Solidarität geschuldet sein könnte, verlangt es andererseits von Familien, die in der Grundsicherung für Arbeitssuchende sind, mehr Solidarität, als nach dem Bürgerlichen Recht geschuldet wäre. So wird auch bei Geschwistern, die zusammenleben, vermutet, dass sie füreinander einstehen (§ 9 Abs 5 SGB II), ebenso von Erwachsenen, bei denen eine Einstandsgemeinschaft vermutet wird. Ob zwei Personen füreinander einstehen wollen, obwohl sie es sich rechtlich nicht schulden, ist nicht immer leicht zu beurteilen. Die Rsp behilft sich hier mit Indizien, oft geschlechtlicher Art, um die Wohn- von der zumindest zeitweisen Lebensgemeinschaft zu unterscheiden.⁵⁷ Aus dieser kann sich dann eine der am meisten umstrittenen Fragen des Grundsicherungsrechts ergeben: die sozialrechtliche Haftung für Stiefkinder, für die keine Unterhaltspflicht besteht (§ 9 Abs 2 S 2 SGB II).⁵⁸

⁵⁶ Schuler-Harms (2015).

⁵⁷ ZB LSG Berlin-Brandenburg 11.4.2006, L 10 B 2/06 AS ER.

⁵⁸ BSG 13.1.2008, B 14 AS 2/08 R, BSGE 102, 76; BSG 23.5.2013, B 4 AS 67/11 R; kritisch: Wersig (2012) 39ff.

Probleme bereitet das Verhältnis von sozialrechtlicher und familienrechtlicher Solidarität in Deutschland auch bei der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen und bei der Hilfe zur Pflege.⁵⁹ Diese Leistungen sind dem Grunde nach vom Einsatz von Einkommen und Vermögen sowie Unterhaltsansprüchen abhängig. Die Heranziehung der Unterhaltspflichtigen ist für die Eltern behinderter Kinder bereits eingeschränkt worden (§ 92 Abs 2 SGB XII). Sie besteht noch fort für die Ehegatten und Partner erwachsener behinderter Menschen, auch bei erheblichem Assistenzbedarf. Aus Sicht der Betroffenen kommt dies einem Heiratsverbot nahe – oder einem Verbot der Erwerbstätigkeit für den Partner, jedenfalls ist es ein starker Anreiz, nicht zu heiraten oder die Erwerbstätigkeit einzuschränken. Das Bundesteilhabegesetz wird nun diese Mithaftung ab 2020 beenden.

Das Verhältnis einer Sozialversicherung zur familiären Solidarität ist anders als das eines Fürsorgesystems. Die deutsche Pflegeversicherung deckt zwar die Kosten häuslicher und stationärer Pflege nicht voll, hat aber den erklärten Anspruch, die Pflege in Familie und Nachbarschaft zu unterstützen (§ 8 Abs 2 SGB XI). Sie stellt Sach- und Dienstleistungen, alternativ mit dem Pflegegeld (§ 37 SGB XI) eine anrechnungsfreie Geldleistung für pflegende Haushalte zur Verfügung und finanziert Beratung (§§ 7, 7a SGB XI) und Pflegekurse (§ 45 SGB XI) und gibt Zuschüsse für den häuslichen Umbau (§ 40 Abs 4 SGB XI). Reichen die Leistungen der Pflegeversicherung nicht aus, muss aber die nach anderer Logik geregelte Hilfe zur Pflege (§ 61 SGB XII) in Anspruch genommen werden, bei der Angehörige herangezogen werden. Bei der Pflegeversicherung zahlen Kinderlose einen höheren Beitrag (§ 55 Abs 3 S 1 SGB XI), um einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass sie selbst die familiäre Solidarität im Generationenvertrag nicht reproduzieren.⁶⁰ Diese Logik ist bislang nicht auf die Renten- und Krankenversicherung übertragen worden.⁶¹

Insgesamt sind die Auffassungen zur Bewertung der gesellschaftlichen Folgen des Zusammenspiels von sozialrechtlicher und familiärer Solidarität geteilt. Die einen sehen auch in der umlagefinanzierten Renten- und Pflegeversicherung eine Schwächung der familiären Solidarität, weil sie auch Kinderlosen zu Gute kommt und „vollständige“ Familien Beiträge für Leistungen zahlen, die sie – und nur sie – auch selbst erbringen könnten.⁶²

Man kann eine Schwächung der Solidarität in Familien und Partnerschaften aber auch durch die Einkommens- und Vermögensanrechnung in der Grund-

⁵⁹ Nebe (2012).

⁶⁰ So gefordert vom BVerfG 3.4.2001, 1 BvR 1629/94, BVerfGE 103, 242.

⁶¹ BSG 3.09.2015, B 12 KR 15/12 R, BSGE 120, 23; dazu Ruland (2016) 316.

⁶² Vgl Kingreen (2007).

sicherung und Sozialhilfe begründet sehen. Sie kann Menschen davor abschrecken, in Partnerschaft und Mitverantwortung für Arbeitslose, Alleinerziehende und behinderte Menschen zu leben, weil jede festere Lebensgemeinschaft gleich zu Anspruchsverlusten und der Einbeziehung in ein sozialbehördliches Kontrollregime führt.

E. Der Beitrag der Rechtstatsachenforschung zur Erkenntnis über Solidarität und Recht

Was können nun die Rechtstatsachenforschung und die Rechtssoziologie zur Erkenntnis über Solidarität im Recht beitragen?

Erforscht werden können die Wirkungen, die rechtlich angeordnete Solidarität hat. Wenn mehrere solidarisch haften, kann erforscht werden, wer gibt und wer nimmt, in der Europäischen Union, in der Sozialversicherung, in der Familie. Hier trifft sich die Rechtswissenschaft mit der Finanzwissenschaft und der Ökonomie. Rechnungen dieser Art sind möglich und sinnvoll. Sie laufen allerdings Gefahr, Gründe und Nutzen der Solidarität zu erkennen, wenn sie methodisch zu eng angelegt sind. Als Momentaufnahmen aktueller Transferströme laufen sie Gefahr, historische und biographische Dimensionen zu verkennen. Insofern ist der maßgebliche Beobachtungszeitraum für Einsatz und Nutzen von Menschen aus Familie oder Sozialversicherung oft die Lebensspanne.⁶³ Die lebenslauforientierte Sozialpolitik- und Sozialrechtsforschung⁶⁴ kann mit großem Aufwand zB aus Rentenversicherungsdaten quantifizierbare Erkenntnisse ziehen.⁶⁵ Man könnte zB zeigen, wie weit der größere Solidarbeitrag von Besserverdienern zur Rentenversicherung kompensiert wird, weil diese im Durchschnitt länger leben. Der kürzer lebende Geringverdiener ist dann trotz niedrigerer Beiträge Nettozahler.

Methodisch ist es schwierig, eine seriöse Nutzenbilanz über die langfristige Wirkung von Solidargemeinschaften zu erstellen. Wir leben in einer dynamischen Zeit, in der die Gesetze, ihre ökonomischen und sozialmoralischen Rahmenbedingungen sich in der Lebensspanne von Menschen beständig verändern. Wie sie sich in der Zukunft verändern werden, können wir oft nicht sagen. Ob die heute junge Generation wirklich Verlierer des Generationenvertrags ist, wie manche behaupten, ist abhängig von demografischen, ökonomischen, politischen und rechtlichen Variablen, die nicht exakt vorhersagbar sind.

⁶³ Für die „archaische Solidarität“: Zacher (1984) 37, 44.

⁶⁴ Kocher et al (2013) 43ff.

⁶⁵ Scherger (2015).

Zudem ist es problematisch, sich auf die quantifizierbaren Wirkungen von Solidarität zu beschränken. Allein die Existenz von Solidargemeinschaften kann auf allen Ebenen dazu beitragen, dass Menschen handlungssicherer und risikofreudiger werden. Exakt vergleichbare Kontrollgruppen mit unterschiedlichen Levels von Solidarität gibt es kaum, je größer die Gruppe, desto weniger. Schaut man alleine auf die unterschiedlichen Sparquoten von europäischen Staaten mit vergleichbarem sozialem Sicherungssystem, so wird deutlich, dass es hier keine einfachen Korrelationen gibt.

Um zumindest näher an Erklärungen zu kommen, ist es daher sinnvoll, auch die Einstellungen der Menschen in ihren unterschiedlichen nationalen, regionalen, sozialen und kulturellen Milieus zu verschiedenen Formen der Solidarität zu erforschen und in Beziehung zu den rechtlichen Regelungen zu setzen. Dabei werden quantitative Befragungen zur Solidaritätsbereitschaft⁶⁶ nicht den Kern aller Probleme treffen. Umfragen zeigen eine hohe Zustimmung zu Risikosolidarität und sozialer Solidarität in der Sozialversicherung. Diese Zustimmung setzt sich aber nicht immer in Zufriedenheit und Zuversicht um, wenn den Institutionen oder der Zukunft nicht vertraut wird. Wenn Solidargemeinschaften bei vielen mit der Wahrnehmung verknüpft sind, man selbst sei immer auf der benachteiligten Seite, ist das auch dann ein Problem, wenn es objektiv quantifizierbar widerlegt werden kann. Das gilt für Staaten, Sozialversicherung und Familien gleichermaßen. Sind sich Europäer und Flüchtlinge, Europäer untereinander, Metropolen und Provinz wirklich zu fremd, um Solidarität miteinander zu üben und zu wollen?

Konkret zu erforschen ist auch das angesprochene Wechselsehrtalis der sozialstaatlichen und der familiären und gemeinschaftlichen Solidarität.⁶⁷ Das Pflege- und Behindertenrecht und die Sicherung der Alleinerziehenden bieten sich hier möglicherweise besonders als Forschungsfeld an. Hier liegt auf der Hand, dass in vielen Konstellationen nur sozialstaatliche und gemeinschaftliche Solidarität zusammen gesellschaftliche Inklusion koproduzieren können. Dabei geht es um Familien und Partnerschaften, aber auch um Selbsthilfe, Wohngemeinschaften oder genossenschaftliche Modelle, um Pflege, Assistenz oder Kinderbetreuung zu organisieren. Einzelne empirische Forschungen, etwa von *Klie* und *Blinkert*,⁶⁸ haben aufgezeigt, wie unterschiedlich die Angebote der deutschen Pflegeversicherung in verschiedenen sozialen Milieus angenommen werden und wirken. Sie betonen daher die Notwendigkeit variabler Arrangements und der kommunalen Ebene, um zwischen nationalstaatlicher und gemeinschaftlicher Solidarität zu vermitteln.

⁶⁶ *Christoph/Ullrich* (2006) 75ff.

⁶⁷ *Supiot* (2015) 180.

⁶⁸ *Blinkert/Klie* (2004).

Viel zu wenig Forschung gibt es noch zu den Effekten des Fürsorgerechts auf behinderte Menschen und auf Alleinerziehende:⁶⁹ Zerstört die Logik des Fürsorgerechts die Bereitschaft, für andere dauerhaft einzustehen? Ist der Ein-Erwachsenen-Haushalt die beste Lebensform, um sozialrechtliche Ansprüche zu sichern? Man muss über diese Fragen nicht zum Grundeinkommen für alle gelangen, das die Anonymisierung von Solidarität auf die Spitze trieb. Aber es braucht mehr Forschung darüber, wann individuelle Bedürftigkeitsprüfungen die Bedürftigkeit zementieren, indem sie gemeinschaftliche Solidarität erschweren.

F. Schluss

Wer Solidarität im Recht erforscht, verändert seinen Forschungsgegenstand, indem Ausmaß und Schranken der gemeinschaftlichen Verantwortung und Haftung bestimmt werden. Normative Wissenschaften können insofern nicht frei von Wertungen sein.

Wer über den Zh von Solidarität und Recht forscht und dabei Voraussetzungen und Wirkungen der rechtlichen Ordnung gemeinschaftlicher Verantwortung und Haftung zu finden sucht, wird sich bemühen, messbare,zählbare und verstehbare Resultate zu finden. Auch dieses Forschen ist aber nur scheinbar wertfrei. Denn die Erkenntnis über Solidarität und die zur Erkenntnis notwendige Reflexion verändern ihren Gegenstand. Insoweit gilt es die zur Forschung notwendige Offenheit der Ergebnisse mit der Erkenntnis zu verbinden, dass unsere Fragen an Solidarität und Recht nicht außerhalb einer Welt und von Gesellschaften entstehen, die gerade dabei sind, sich ihrer Fundamente im Konflikt zu vergewissern.

Literatur

- Bayertz* 1998: Solidarität: Begriff und Problem (1998).
- Betzelt/Rust/El/Hüter/Schlotte/Schwarzkopf* 2010: Individualisierung von Leistungen des SGB II – Unter Berücksichtigung der familialen Unterhaltsverpflichtungen (2010).
- Bieback* 2012: Solidarität und Sozialversicherung in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 2012, 1-8.
- Bieback* 2004: Sozialversicherung und versicherungsfremde Leistungen in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in: Wulffen/Krasney (Hg) Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (2004) 117-137.

⁶⁹ *Betzelt/Rust/El-Ghazzi/Hüter/Schlotte/Schwarzkopf* (2010).

- Bieback* 2003: Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von „Sozialversicherung“, VSSR 2003, 1-44.
- Blinkert/Klie* 2004: Solidarität in Gefahr – Pflegebereitschaft und Pflegebedarfsentwicklung im demografischen und sozialen Wandel – Die „Kasseler Studie“ (2004).
- Brunkhorst* 2012: Solidarität in der Krise: ist Europa am Ende? in: ders, Legitimationskrisen – Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft (2012) 387-415.
- Brunkhorst* 2002: Solidarität – Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft (2002).
- Brunkhorst* 1997: Solidarität unter Fremden (1997).
- Bull/Mehde* 2000: Der rationale Finanzausgleich – ein Gesetzgebungsauftrag ohnegleichen, DÖV 2000, 305-314.
- Christoph/Ullrich* 2006: Die GKV in den Augen der Bürger – Wahrnehmung des Lastenausgleichs und Bewertungen von Reformoptionen, Sozialer Fortschritt 2006, 75-83.
- Denninger* 1998: Verfassungsrecht und Solidarität in: Bayertz (1998) 319-343.
- Durkheim* 1992: Über soziale Arbeitsteilung – Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (1992).
- Eichenhofer* 2015a: Grundfragen des Sozialrechts – Grundfragen des Sozialen! SDSRV 2015, 153-170.
- Eichenhofer* 2015b: Europäische Arbeitslosenversicherung, ZESAR 2015, 259-264.
- Eichenhofer* 2015c: Der Sozialstaat der Arbeitsgesellschaft in: Kothe/Absenger (Hg) Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs – Festschrift für Armin Höland, 261-279.
- Eichenhofer* 2014: Sozialrechtliche Perspektiven europäischer Integration angesichts der Globalisierung in Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hg) Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht (2014) 517-538.
- Farabat* 2016: Solidarität und Inklusion – Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, Die Öffentliche Verwaltung 2016, 45-55.
- Frankenberg* 1997: Die Verfassung der Republik – Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft (1997).
- Grimm/Grimm*: Deutsches Wörterbuch, woerterbuchnetz.de/DWB.
- Hänlein* 2002: Moral Hazard und Sozialversicherung – Versichertenverhalten und Versicherungsfall im Sozialversicherungsrecht, ZVersWiss 2002, 579-606.
- Hase* 2000: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (2000).
- Hondrich/Koch-Arzbäger* 1992: Solidarität in der modernen Gesellschaft (1992).
- Kingreen* 2015: In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, 1503-1506.
- Kingreen* 2014: Epochen der Europäisierung des Sozialrechts in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hg) Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht (2014) 313-332.
- Kingreen* 2007: Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 2007, 71-104.

- Kocher/ Graskreutz/ Nassibi/ Paschke/ Schulz/ Welti/ Wenckebach/ Zimmer* 2013: Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie (2013).
- Komorowski* 2015: Der allgemeine Daseinsvorsorgevorbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV, EuR 2015, 310-329.
- Komorowski* 2010: Demokratieprinzip und Europäische Union (2010).
- Krajewski* 2011: Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen (2011).
- Lais* 2007: Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund (2007).
- Ludyga* 2012: Pflicht zur Pflege, Familie – Partnerschaft – Recht, FÜR 2012, 54-58.
- Lukes* 1998: Solidarität und Bürgerrecht in: Bayertz (1998) 389-397.
- Mückenberger* 2014: Eine europäische Sozialverfassung? EuR 2014, 369-399.
- Nebe* 2012: Unterhaltsverbände im Familien- und Sozialrecht in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbands 2012, 29-58.
- Pfarr/ Kittner* 1974: Solidarität im Arbeitsrecht, RdA 1974, 284-295.
- Pitschus* 2016: Die UN-Behindertenrechtskonvention als normative Gestaltungsdirektive kommunaler Daseinsvorsorge, ZIAS 2016, 165-174.
- Preuß* 1998: Nationale, supranationale und internationale Solidarität in: Bayertz (1998) 399-410.
- Marx* 2016: Europäische Integration durch Solidarität beim Flüchtlingsschutz, KJ 2016, 150-166.
- Rebbahn* 2015: Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion (2015).
- Rebbahn* 2005: Überlegungen zur Bedeutung der Charta der Grundrechte der EU für den Streik und für die Kollektive Rechtsgestaltung in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/ Ricken (Hg) Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze (2005) 649-660.
- Rittstieg* 1994: Ausländerwahlrecht – eine Nachlese, in: Vom Ausländer zum Bürger: Problemazteken im Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht – Festschrift für Fritz Franz und Gert Müller (1994) 365-371.
- Rödl* 2014: Die dialektische Entwicklung des Sozialen im Prozess der europäischen Integration. Die Dimension der kollektiven Arbeitsbeziehungen, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hg) Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht (2014) 539-558.
- Rolf* 2000: Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht (2000).
- Ruland* 2016: Rentenversicherung und Familienlastenausgleich, NZS 2016, 361-366.
- Ruland* 2002: Solidarität, NJW 2002, 3518-3519.
- Sachße/ Tennstedt* 2001: Sozialpolitik vor dem Sozialstaat – Freizügigkeit und Armenwesen in der Gründungsphase des Deutschen Reiches, Zeitschrift für Sozialreform 2001, 205-222.
- Scherger* 2015: Die Institutionalisierung der Lebensphase Alter – Geschichte, Wandel und Neuverhandlung aus soziologischer Perspektive in: Igl/Welti/Eßer (Hg) Alter und Beschäftigungen (2015) 137-148.
- Schlegel* 2008: Solidarität – ein Rechtsbegriff? SGb 2008, 565-569.
- Schmid* 2011: Übergänge am Arbeitsmarkt – Arbeit, nicht nur Arbeitslosigkeit versichern (2011).

- Schuler-Harms* 2015: Unterhaltsverband aus rechtswissenschaftlicher Sicht – Zur Kombination von Sozialpolitikforschung und rechtsnormativer Reflexion in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hg) *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats* – Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung (2015) 519-548.
- Sick* 2013: Unternehmensmitbestimmung in Europa – Schutz erworbene Rechte im Wettbewerb der Rechtsordnungen in: Schubert (Hg) *Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht*, Festschrift für Otto Ernst Kempen (2013) 361-383.
- Supiot* 2015: Der Rechtsgrundsatz der Solidarität in: Kothe/Absenger (Hg) *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs* – Festschrift für Armin Höland (2015), 167-182.
- Volkmann* 2016: Der Flüchtling vor den Toren der Gemeinschaft, KJ 2016, 180-193.
- Vorholz* 2016: Das Bundesteilhabegesetz – maßgebliche Inhalte und Kritikpunkte, Zeitschrift für Gesetzgebung 2016, 307-324.
- Wallrabenstein* 2016a: Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109-120.
- Wallrabenstein* 2016b: „Ich sehe was, was Du nicht siehst“ – Wahrnehmungsunterschiede in der Flüchtlingsdebatte, KJ 2016, 407-416.
- Wallrabenstein* 2009: Versicherung im Sozialstaat (2009).
- Welti* 2005: Die kommunale Daseinsvorsorge und der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Archiv für öffentliches Recht 2005, 429-569.
- Welti* 2004: Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit, KJ 2004, 255-277.
- Welti/Fakhreshafaei* 2001: Finanzausgleich im demokratischen und sozialen Bundesstaat, RuP 2001, 102-108.
- Wersig* 2012: Freiwillige Leistungen Dritter – Warum eine Bedarfsgemeinschaft keine Familie ist, KJ 2012, 329-338.
- Wesel* 1985: Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften (1985).
- Zacher* 1986: Traditionelle Solidarität und moderne soziale Sicherheit – ein sozialpolitisches Dilemma der Entwicklungsländer in: *Landwirtschaftliche Sozialversicherung und Internationale Beziehungen*: Festschrift für Kurt Noell (1986) 37-55 .
- Zoll* 2000: Was ist Solidarität heute? (2000).
- Zuleeg* 2000: Ausländer in Deutschland (BVerfGE 83, 37ff), KritV 2000, 419-428.

Prof. Dr. Felix Welti
FB Humanwissenschaften
Universität Kassel
Arnold-Bode-Straße 10
D-34109 Kassel
Telefon: 0049 (0)561 80 42 970
welti@uni-kassel.de

Eva Nachtschatt/Michael Ganner

Einbindung der Zivilgesellschaft bei der Implementierung der UN-BRK¹

A. Allgemeine Einführung

Dieser Beitrag fasst die Ergebnisse des Forschungsprojekts „Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD“ zusammen.² Das Projekt wurde an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck unter der Leitung von Michael Ganner von Mai 2014 bis Juni 2016 durchgeführt und vom FWF – Der Wissenschaftsfonds unter P 26710-G16 gefördert.

Art 4 Abs 3 und Art 33 Abs 3 der Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) enthalten die zentralen Verpflichtungen zur Einbindung von Menschen mit Behinderungen sowie der Zivilgesellschaft im Allgemeinen im Rahmen der Umsetzung der UN-BRK im nationalen Recht. Sie wurden daher als Ausgangspunkte für die Untersuchungen herangezogen.

Art 4 UN-BRK trägt in der Konvention die Überschrift „*Allgemeine Verpflichtungen*“. Die Bestimmung enthält für den innerstaatlichen Umsetzungsprozess konkrete Anforderungen hinsichtlich der Einbeziehung der Zivilgesellschaft bei der Ausarbeitung und Umsetzung von Rechtsvorschriften und politischen Konzepten. Menschen mit Behinderungen, insb auch Kinder mit Behinderungen, müssen demnach bei der Umsetzung und Durchführung der Konvention sowie bei anderen Entscheidungsprozessen, die sie betreffen, konsultiert und aktiv einbezogen werden. Als „*allgemeine Verpflichtung*“ muss Art 4 Abs 3 bei der Umsetzung *aller* Konventionsvorgaben beachtet werden.

Art 33 UN-BRK steht unter der Überschrift „*Nationale Implementierung und Monitoring*“ und fordert die Vertragsstaaten auf, auf nationaler Ebene drei verschiedene innerstaatliche Stellen einzurichten. Das sind: eine *Staatliche Anlaufstelle (focal point)*, eine *Unabhängige Stelle (Monitoring-Stelle)* und eine *Staatliche Koordinierungsstelle*.

Diese Bestimmungen sprechen in der authentischen englischen Fassung des Konventionstextes in Art 4 Abs 3 UN-BRK von *closely consult with and actively involve* und Art 33 Abs 3 UN-BRK von *shall be involved and participate fully*.

¹ Dieser Beitrag knüpft an Lamplmayr/Nachtschatt (2016a) Lamplmayr/Nachtschatt (2016b) an.

² Der gesamte Forschungsbericht ist unter <https://www.uibk.ac.at/rtf/> abrufbar.

Auf der Ebene der UN-Menschenrechtsverträge ist diese völkerrechtliche *Verpflichtung* zur Einbeziehung der Zivilgesellschaft, bei der es sich nicht etwa um eine unverbindliche Zielvorgabe handelt, ein Novum.

B. Empirischer Teil

1. Partizipation

Die Formulierungen der herangezogenen Bestimmungen führten zu der Frage, was Partizipation/Beteiligung/Teilhabe im Detail bedeutet. Eine Auslegungshilfe in Form eines „General Comments“ steht bis dato seitens des Komitees über die Rechte von Menschen mit Behinderungen noch nicht zur Verfügung. Den Vertragsstaaten wird keine Hilfestellung hinsichtlich der Umsetzung gegeben. Was sie darunter zu verstehen haben bzw wie sie diese Handlungsaufforderung in die Praxis umsetzen sollen, bleibt daher ihnen überlassen. Aus diesem Grund haben wir uns verschiedene Modelle von Partizipation angesehen. Viele stammen aus dem Bereich der Sozialen Arbeit.

Dem Projekt wurde als Basis das Stufenmodell der Partizipation „*A Ladder of Citizen Participation*“ von *Sherry R. Arnstein* aus dem Jahr 1969 zu Grunde gelegt.³ Dieses beschreibt und gliedert die Beteiligung von Bürgern in Entscheidungsprozessen nach Art und Einflussnahme. Das Stufenmodell verfügt über 3 Unterkategorien und insgesamt über 8 unterschiedliche Sprossen, wobei die Übergänge fließend sein können.

1. *Non-Participation* (Nichtteilnahme)
 - *Manipulation* (Manipulation/Bearbeitung)
 - *Therapy* (Therapie)
2. *Tokenism* (Alibifunktion)
 - *Informing* (*Informieren*)
 - *Consultation* (*Beratung/Konsultation*)
 - *Placation* (*Beschwichtigung*)
3. *Citizen Power* (Macht der Bürger)
 - *Partnership* (*Partnerschaft, Kooperation*)

³ *Arnstein* (1969) 216.

- *Delegated Power (übertragene Befugnisse, Ermächtigung)*
- *Citizen Control (Beteiligung/Kontrolle der Bürger).*

Nachfolgende Modelle bauten darauf auf und entwickelten den Grundgedanken fort. Darauf aufbauend entwickelte Teodor Mladenov (2009) ein vierstufiges Modell der Partizipation.⁴ Die vier Stufen lauten wie folgt:

- (1) Partizipation ist das *Entgegennehmen und Unterstützen von vorbestimmten Entscheidungen* – einseitige Legitimation.
- (2) Partizipation ist lediglich das *Auswählen* zwischen im *Vorbinein festgelegten Alternativen*, die trotz einer Wahlmöglichkeit zur einseitigen Legitimation einer bereits getroffenen Entscheidung führt.
- (3) Partizipation ist die *Entwicklung von Alternativen* im Rahmen eines vorher *festgelegten Beziehungssystems* – hier beginnt der Status quo sich zu verändern.
- (4) Partizipation bewirkt *Veränderung im Beziehungssystem* und verändert die Muster der Machtverteilung – auf dieser Ebene scheint der Status quo erfolgreich geändert werden zu können.

Im Zuge der Projekterhebungen wurden die Interviewpartner gefragt, „Was ist für Sie Partizipation/Teilhabe/Beteiligung?“ Ein Vertreter einer Vereinigung von Menschen mit Behinderungen erklärte:

„Teilhabe ist das Recht behinderter Menschen, an allen gesellschaftlichen Prozessen teilzuhaben und in die Prozesse einzbezogen zu werden. Das ist dann die rechtliche Seite, wenn man so will.

Beteiligung ist auf der faktischen Seite, dass man verschiedene gesellschaftliche Prozesse so gestaltet, dass behinderte Menschen sich eben auch beteiligen können. Welcher Art die Beteiligung ist, ist damit noch nicht gesagt und auch die Intensität der Beteiligung nicht.

Partizipation sehe ich als umfassenden Prozess, bereits bei der Formulierung der Problemlage einbezogen und dann in dem gesamten Prozess auch beteiligt zu werden und Ideen in den Prozess miteinfließen zu lassen. Partizipation ist der Überbegriff und hat für mich auch stärkere Qualität als Beteiligung.

Bsp: Die Beteiligung in einem Gesetzverdungsprozess ist durch Anhörungsverfahren schon gegeben, aber Partizipation setzt voraus, dass man schon bei der Frage, was geregelt werden soll und wie das Ganze geregelt werden soll, einbezogen wird.“

⁴ Mladenov (2009) 33.

In der UN-BRK sind zwei Arten von Partizipation stark vertreten: Die *soziale* (Teilhabe an gemeinschaftlichen und/oder gesellschaftlichen Lebensbereichen) und die *politische* (politische, aktive/passive Einflussnahme) Partizipation. Diese Begriffe sind eng miteinander verbunden.

In den Konventionsbestimmungen enthalten mehrere Bestimmungen einen partizipativen Ansatz, so müssen unsere Ausgangsbestimmungen in Verbindung mit Art 29 UN-BRK (aktive und passive Wahlrecht), *Art 34 Abs 3 UNB-BRK* und *Art 35 Abs 4 UN-BRK* gelesen werden.

Wie die Inklusion ist die Partizipation als *umfassendes Konzept* zu verstehen. Sie wird auch in den lit e und o der Präambel genannt. Die „volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbeziehung in die Gesellschaft“ findet sich auch in Art 3 lit c UN-BRK.

2. Beteiligungsprozesse in Österreich und Deutschland

a) Überblick

Die Vorverfahren zur Reform des Sachwalterrechts in Österreich und den Entstehungsprozess des Bundesteilhabegesetzes (BTHG) in Deutschland können als *Beispiele für die Beteiligung von Menschen mit Behinderungen an Gesetzgebungsprozessen* genannt werden. Diese beiden Verfahren wurden im Rahmen des Projektes wissenschaftlich begleitet.

	Reform Sachwalterrecht	Bundesteilhabegesetz (BTHG)
Zeitraum	November 2013 – Juli 2016	Juli 2014 - April 2015
Sitzungen (Anzahl)	20	9
Teilnehmer	ca 60-70 (schwankend)	40 (+ Ersatzmitglieder, andere Beteiligte)
„Einladungen“	Österreichischen Dachorganisationen der Behindertenverbände ÖAR, Bundesmonitoringausschuss und Eigeninitiative der Verbände	Vorschläge des Deutschen Behindertenrates
Menschen mit Behinderung (Beteiligung)	ca 5-10 „große AG“ „kleine AG“ nur für Selbstverteilter + Begleitperson	10 Sitze für Verbände (selbst auch betroffen)
Ablauf der Sitzungen	vorgegebene (flexible) Struktur, Entwicklung im Prozess	vorgegebene (starre) Struktur
Transparenz	mehr Kommunikation nach außen (auch an Teilnehmer)	Homepage www.gemeinsam-einfach-machen.de

Tabelle 1: Übersicht – Beteiligungsprozesse bei der Reform des Sachwalterrechts und des BTHG

b) Österreich

Der Gesetzgebungsprozess zur Reform des *Sachwalterrechts* (welches in Zukunft Erwachsenenschutzgesetz heißen soll) erstreckte sich von *November 2013 bis Frühjahr 2016*. Der Reformprozess wurde in Form *interdisziplinärer Arbeitsgruppen* durchgeführt. Die Arbeitsgruppen (AG) waren unterschiedlich ausgestaltet. Die Verantwortlichen im Bundesministerium für Justiz (BMJ) gliederten den vorbereitenden „Produktionsprozess“ des neuen Gesetzes in zwei Stufen. Die erste Stufe diente dazu, Ideen und Konzepte in einem *kleinen Kreis (kleine AG)* zu erarbeiten, zu sammeln und strukturieren sowie idF zu besprechen. Die erarbeiteten Konzepte wurden in einem zweiten Schritt (Stufe 2) den Teilnehmern einer großen AG präsentiert und diskutiert.

Die kleine AG bestand aus ca 20 Personen. Darunter fanden sich Richter, Anwälte, Notare, Vertreter von Behindertenorganisationen und der Volksanwaltschaft sowie Vertreter der Wissenschaft. Die große AG umfasste ca 60-70 Personen. Dazu zählten – bei den Juristen – Vertreter der Justiz (Richter, Rechtspfleger), anderer juristischer Berufe (Anwälte, Notare) sowie der Wissenschaft. Den Großteil stellten aber Repräsentanten von Heimträgern, Sachwaltervereinen, Krankenanstalten und der Ärzteschaft sowie von Dienstleistungserbringern öffentlicher und privater Einrichtungen auf Bundes- und Landesebene. Last but not least waren auch Organisationen aus dem Behindertenbereich und Selbstvertreter, also Menschen mit Behinderungen als Experten in eigener Sache, in die Erarbeitung des neuen Gesetzes eingebunden. Die Anzahl sowie Zusammensetzung der Sitzungsteilnehmer variierte je nach diskutierter Thematik der jeweiligen AG. Hatte eine Sitzung zB die medizinische Heilbehandlung zum Inhalt oder etwa Verfahrensrechte, so war das Interesse groß. Manche Themen haben – oft wohl wegen ihrer praktischen Bedeutung für einzelne Personengruppen – größeres Interesse geweckt als andere.

Im österreichischen Beteiligungsprozess der Sachwalterrechtsreform waren von den ca 60-70 Teilnehmer_innen im Durchschnitt 10 % Selbstvertreter. Von den insgesamt 20 AG-Sitzungen fanden 16 in Wien, davon 4 als „große AG“ und 3 als „kleine AG“ speziell für Selbstvertreter und deren Begleitpersonen und 9 als „kleine AG“ für ausgewählte Experten statt. Ein interdisziplinärer Workshop wurde 2013 in Salzburg und je einer in den drei OLG-Sprengeln Graz, Linz und Innsbruck im Sommer und Herbst 2015 abgehalten.

Die Kontaktaufnahme („Einladungspolitik“) erfolgte über die Österreichische Dachorganisation der Behindertenverbände (ÖAR) und den Bundesmonitoringausschuss. Einige Verbände nahmen von sich aus Kontakt auf, zB die Le-

benhilfe trat von sich aus auf die Organisatoren zu. Die Organisatoren (BMJ) waren stets um eine breite Beteiligung bemüht.

Gestaltung und Abläufe der Sitzungen wurden ebenfalls evaluiert. Hier flossen unterschiedliche Faktoren wie die Bemühungen der Organisatoren (Verwendung der leichten Sprache), der Einsatz einer Moderatorin und Zeichnerin (Zeichenprogramm) sowie die Barrierefreiheit insgesamt (Induktionsschleife für gehörlose Menschen) ein.

c) Deutschland

In Deutschland fand ein ähnlicher Beteiligungsprozess statt. Dieser hatte die Erarbeitung des *Bundesteilhabegesetzes* zum Inhalt. Zu diesem Zweck wurde vom deutschen Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine *interdisziplinäre Arbeitsgruppe* eingerichtet.

Die AG traf zwischen *Juli 2014 und April 2015* insgesamt *neunmal* in Berlin zusammen. An jeder Sitzung nahmen *vierzig* Personen teil. Von den vierzig Sitzungen waren zehn für Repräsentanten beeinträchtigter Menschen vorgesehen.

- Zu den Einladungen: (Auszug aus einem Interview)

„Die verantwortlichen Organisatoren haben dem Deutschen Behindertenrat, in dem alle Organisationen zusammengefasst sind, schriftlich mitgeteilt, dass ein Beteiligungsverfahren stattfinden soll und dass zehn Sitzungen (von 40) für die Organisationen aus dem Behindertenrat vorgesehen waren. Wie der Rat diese zehn Sitzungen besetzen wollte, war seine Entscheidung. Der D. Behindertenrat hat dann auch zehn Verbände vorgeschlagen. Einige der Vertreter von Verbänden waren Menschen mit Behinderungen.“

Ein Organisator der interdisziplinären AG sagte,

„und es waren nicht nur die Verbände. Es haben die Leute am Tisch gesessen, die vom Teilhaberecht betroffen sind. Das sind natürlich die Betroffenen und auch die Leistungserbringer, diejenigen, die die Einrichtungen betreiben. Die Leistungsträger, also die Kommunen und Länder und die anderen Ressorts hier auf Bundesebene. Es waren die Gewerkschaften, es waren die Arbeitgeber mit dabei. Im Grunde ein Querschnitt der politischen Struktur hat sich in dieser Arbeitsgruppe abgebildet.“

- Zum Ablauf:

Die Organisatoren schlugen in der ersten *konstituierenden Sitzung* im *Juli 2014* eine Themenplanung vor, die von den Anwesenden *diskutiert* und über die im Anschluss *abgestimmt* wurde. Von dieser Planung wurde, unseres Wissens, ein

bis zwei Mal abgewichen. So waren die Themen und die Termine starr vorgegeben und vorstrukturiert und jeder Termin war bestimmten Fragen und Problemen gewidmet. Seitens der Verantwortlichen wurde vor den Sitzungen umfangreiches Informationsmaterial ausgesandt. In den Sitzungen wurden dann die Vorschläge der Teilnehmer_innen zu den einzelnen Themen gehört. Am 26. April 2016 wurde ein Referentenentwurf zum Bundes-Teilhabegesetz (BTHG) veröffentlicht.⁵

Anlässlich des Reformprozesses wurde eine *barrierefreie* und *laufend aktualisierte Webseite* eingerichtet, auf der alle zentralen Dokumente (etwa Sitzungsprotokolle, Arbeitsunterlagen und Teilnehmerlisten) abrufbar waren. Der Verlauf des Prozesses wurde nachvollziehbar dargestellt, was beim Reformvorhaben in Österreich unterblieben ist. Auf der Webseite ist auch der ausführliche Endbericht der AG abrufbar.⁶

d) Fazit

Die Erhebungen brachten im Wesentlichen folgende Kritikpunkte hervor:

Im Rahmen des österreichischen Beteiligungsverfahrens wurde ua Folgendes bemängelt: fehlende Transparenz, unzureichende Zusammenfassungen/Informationen nach den Sitzungen, keine klare Struktur, fehlende finanzielle Unterstützung, schwer verständliche Sprache in den Sitzungen und unzureichende Repräsentation von bestimmten Personengruppen (zB von älteren Menschen und Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen).

Am deutschen Beteiligungsverfahren wurde ua Folgendes bemängelt: schwer verständliches Informationsmaterial und kurze Vorbereitungszeit auf die Sitzungen. Die fehlende finanzielle Unterstützung und der Mangel an adäquater Repräsentation wurden von allen Vertreterorganisationen thematisiert. Positiv hervorgehoben wurde, dass im gesamten Prozess für die Vertreterorganisationen die Möglichkeit bestand, ihre Ideen und Vorschläge einzubringen. Das Gesetz wäre daher inhaltlich nicht in der jetzigen Form zustande gekommen, wenn die Beteiligung nicht stattgefunden hätte. Die Frage nach realistischen Erwartungen wurde in diesem Zusammenhang oft gestellt.

Die Beschränkung der Teilnehmerzahl, wie sie im deutschen Beteiligungsprozess bestand, erscheint sinnvoll. Beobachtungen im österreichischen Beteili-

⁵ <http://www.gemeinsam-einfach-machen.de> (2.3.2018).

⁶ http://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Bundesteilhabegesetz/Abschlussbericht/Abschlussbericht_node.html (29.3.2018).

gungsprozess zeigten, dass immer wieder Verzögerungen durch Wiederholungen und Erklärungen des Entwicklungsstandes für neu hinzugekommene Teilnehmer_innen, die in den vorigen Sitzungen nicht anwesend waren, ein Fortkommen behinderten.

Die Einbindung *aller Betroffenen (inklusiver Ansatz)* in den Gesetzgebungsprozess ist nicht zuletzt im Lichte von Art 4 Abs 3 UN-BRK geboten. Daher ist das Vorgehen des öBMJ im Rahmen der Novellierung des Sachwalterrechts sehr zu begrüßen. Gleiches gilt für die AG zum BTHG in Deutschland. Unsere Erhebungen während und nach den legislativen Prozessen zeigen eindeutig, dass der interdisziplinäre Zugang das Verständnis für die Probleme anderer Interessen- und Berufsgruppen fördert, wenn auch beide Verfahren Verbesserungsbedarf aufweisen. Wie erwähnt wurde im April 2016 der Referentenentwurf zum Bundesteilhabegesetz veröffentlicht. Dieser stieß allerdings bei den Verbänden auf große Gegenwehr.

3. Entwicklungen in Neuseeland und Australien

Bereits bei den langjährigen Verhandlungen über die UN-BRK bei den Vereinten Nationen spielten (Nichtregierungs-)Organisationen von Menschen mit Behinderungen (Vertreterorganisationen) insgesamt eine erhebliche Rolle. Jene aus Neuseeland und Australien, also die *Disabled People's Organisations* (DPOs), stachen dabei besonders hervor. Und zwar einerseits wegen ihrer besonders aktiven und führenden Rolle und andererseits weil sie Systeme entwickelt haben, welche der Repräsentationsproblematik entgegenwirken sollen. Die Problematik besteht regelmäßig darin, dass die Repräsentanten der Organisationen von und für Menschen mit Behinderungen oft keine Selbstvertreter sind, dass also die Menschen mit Behinderungen nicht von ihresgleichen repräsentiert werden. In Neuseeland und Australien wird auf die Selbstvertretung von Menschen mit Behinderungen im Besonderen geachtet.

a) Neuseeland

In Neuseeland wird sehr genau zwischen *DPO* und *anderen Organisationen* unterschieden. Die anderen sind überwiegend *service provider*. Der wesentliche Unterschied zwischen DPO und anderen Organisationen im Behindertensektor ist, dass die letzteren überwiegend Dienstleistungen anbieten und nicht notwendigerweise von Menschen mit Beeinträchtigungen verwaltet oder geführt werden.

Um die Bezeichnung *DPO* tragen zu dürfen, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Wer die Kriterien erfüllt, hat die Möglichkeit als *representative organization* mit der Regierung iSd in Art 4 Abs 3 UN-BRK und Art 33 Abs 3 UN-BRK zusammenzuarbeiten.

Kriterien einer DPO nach der Convention Coalition (diese besteht aus sechs DPOs):

- Eine Organisation muss eine *nationale Struktur* und einen *nationalen Schwerpunkt* aufweisen.
- Die *Konvention* muss sich in den *Zielsetzungen* und *Werten* der Organisation widerspiegeln.
- Die Mehrheit der *Führungsmitglieder* sind Menschen mit Behinderungen.
- Die Mehrheit der *Mitglieder* sind Menschen mit Behinderungen.
- Die Organisation hat den *Auftrag* und die *Berechtigung* im Namen ihrer Mitglieder zu sprechen.
- Die Organisation *setzt* sich für ihre Mitglieder *ein* und steht im Informationsaustausch mit diesen.

Neben der *Human Rights Commission* und dem *Office of the Ombudsman* ist die *Convention Coalition* Teil des *Independent Monitoring Mechanism* (IMM) iSd Art 33 UN-BRK.

Das *Office of Disability Issues* (ODI), angesiedelt beim *Ministry of Social Development* (MSD) beschreibt die Eigenschaften der *representative organization* etwas anders:

- Die Organisationen werden demnach von Menschen mit Behinderungen verwaltet und geführt.
- Der Schwerpunkt liegt in der Repräsentation in Hinblick auf gelebte Erfahrungen mit einer oder mehreren Beeinträchtigungen.
- Die Mitglieder der Organisation sind Menschen mit Behinderungen.

b) Australien

In Australien kam es im Dezember 2014 zu einem sog „*funding cut*“, im Zuge einer *funding reform*. Vor dieser *funding reform* wurden 13 *national peak disability organizations* vom *Australian Government* finanziell unterstützt. Die meisten die-

ser Organisationen basierten auf einem *diagnostic based* Model, wobei nach der Art der Beeinträchtigung unterschieden wird. Manche Einrichtungen orientierten sich nach einer bestimmten Personengruppe wie Kinder, Frauen, Aboriginal People etc. Sie waren demnach *population based*.

Das neue *Finanzierungsmodell* sollte *human rights and cross-disability based* ausgerichtet sein. Dies würde der Repräsentationsproblematik, also der Vertretung vom Menschen mit Behinderungen durch Menschen ohne Behinderungen entgegenwirken.

Aus diesem Grund wurde ein öffentliches Ausschreibungsverfahren, beginnend mit *Juli 2013*, eröffnet. Alle Organisationen waren aufgerufen, sich um diese öffentliche Finanzierung zu bewerben.

Um in den Genuss der Finanzierung zu kommen, mussten von den Organisationen konkrete Voraussetzungen erfüllt werden. Im Vorfeld wurden diese Kriterien gemeinsam mit den *Australian Disabled Person's Organisations (DPOs)* erarbeitet. Ende 2014 ging die *Australian Cross-Disability Alliance (ACDA)* als erfolgreicher Bewerber aus dem Prozess hervor.

Die ACDA ist ein Zusammenschluss mehrerer Organisationen und besteht aus ursprünglich fünf *DPOs*.

- First Peoples Disability Network Australia (FPDN)
- National Ethnic Disability Alliance (NEDA)
- People with Disability Australia (PWDA)
- Women With Disabilities Australia (WWDA)
- Children with Disability Australia (CDA).

Letztere entpuppte sich als Organisation, die überwiegend von Familienmitgliedern und Unterstützern geführt wurde und nicht, wie angedacht, von Menschen mit Behinderungen. Sie musste daher aus der Alliance ausscheiden, wurde aber gesondert von der öffentlichen Hand weiterfinanziert.

Das neue System bringt eine völlig neue Struktur, indem die öffentliche Finanzierung auf die genannte Alliance beschränkt wird. Für alle nunmehr *defunded organizations* sind die Auswirkungen enorm, weil sie auf eine vollständige private Finanzierung (*private funding*) umsteigen mussten.

c) Fazit

Die Pflicht der nationalen Gesetzgeber, die Menschen mit Behinderungen in die Umsetzung der UN-BRK intensiv einzubinden, hat in den untersuchten Ländern Österreich, Deutschland, Neuseeland und Australien zu interessanten, aber auch durchaus unterschiedlichen Entwicklungen geführt.

Einerseits haben die Länder die UN-BRK schon inhaltlich in unterschiedlicher Weise umgesetzt: Österreich hat das Sachwalterrecht reformiert und damit das Erwachsenenschutzrecht geschaffen, Deutschland hat das Bundes-Teilhabegesetz geschaffen, Neuseeland hat hauptsächlich die Beteiligung von Behindertenorganisationen (DPOs) ausgebaut und Australien hat das Finanzierungssystem für Behindertenorganisationen und für Menschen mit Behinderungen (National Disability Insurance Scheme) komplett umgestellt.

In diese legislativen Entwicklungen waren Menschen mit Behinderungen, meist durch Behindertenorganisationen, oft auch als Selbstvertreter, gut eingebunden. Die Ergebnisse waren jedoch nicht immer gleich zufriedenstellend. Während in Österreich scheinbar alle mit dem Erwachsenenschutzrecht zufrieden sind, hat es in Deutschland nach Beschluss des Bundes-Teilhabegesetzes dagegen beträchtlichen Widerstand vonseiten der Behindertenorganisationen gegeben. In Neuseeland und Australien ist natürlich die Zufriedenheit bei den nun besser finanzierten und stärker eingebundenen Organisationen höher als bei jenen, die von der Partizipation und Finanzierung durch die Umstellungen völlig ausgeschlossen wurden.

Die verschiedenen Partizipationsformen haben gezeigt, dass bei Erfüllung gewisser Kriterien (Transparenz, ausreichende Finanzierung, klare Strukturen sowie der Einsatz verschiedener Kommunikationsformen wie „leichte Sprache“ oder Bildsprache etc) bessere und nachhaltigere Ergebnisse erzielt werden können, als wenn nur Experten (Juristen) zum Einsatz kommen. Die intensive thematische Auseinandersetzung mit betroffenen Personen, die sehr eindringlich ihre Bedürfnisse, Wünsche und Ängste zum Ausdruck bringen, können nämlich die eigenen (juristischen) Ansichten verändern und damit neue Lösungen ermöglichen.⁷

⁷ Ein ausführlicher Projektbericht wurde unter *Lamplmayr/Nachtschatt* (2016b) sowie open acces unter www.uibk.ac.at/rtf publiziert.

Danksagung

Das im Rahmen dieser Publikation erwähnte Forschungsprojekt wurde als vom *FWF – Der Wissenschaftsfonds* gefördertes Forschungsprojekt „Observing legislative processes: Implementation of the CRPD“ (Austrian Science Fund (FWF): P 26710-G16) durchgeführt.

Literatur

Arnstein 1969: A Ladder of Citizen Participation, AIP 1969, 216.

Das Bundesteilhabegesetz: https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung_BTHG/Bundesteilhabegesetz_node.html.

Das Bundesteilhabegesetz-Der Abschlussbericht: http://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Bundesteilhabegesetz/Abschlussbericht/Abschlussbericht_node.html.

Lamplmayr/Nachtschatt 2016a: Gesetzgebungsprozesse beobachten: Implementierung der UNCPRD in: Ganner/Voithofer/Dahlvik/Fritzsche/Fuchs/Mayrhofer/Pohn-Weidinger (Hg) Rechtstatsachenforschung – Heute Tagungsband 2016, Recht & Gesellschaft: Forschungsstand, Perspektiven, Zukunft (2016) 71-88.

Lamplmayr/Nachtschatt 2016b: Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD (2016).

Mladenov 2009: Institutional woes of participation: Bulgarian disabled people's organisations and policy-making, *Disability & Society* 2009, 33.

Mag.^a Eva Nachtschatt
Max Planck Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik
Amalienstrasse 33
D-80799 München
Telefon: 0049 (0)89 38602-504
nachtschatt@mpisoc.mpg.de

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81208
michael.ganner@uibk.ac.at

Caroline Voithofer/Magdalena Flatscher-Thöni

Solidaritätsaspekte bei der Drittspende von Keimzellen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung

A. Einleitung

Auch wenn Selbstverantwortung in der Gesundheitsversorgung aktuell stark in den Vordergrund der gesundheits- und rechtspolitischen Debatten gespielt und damit einmal mehr das aus Eigeninteresse motivierte individuelle Verhalten als Lösungsansatz propagiert wird,¹ verstellt diese Perspektive den Blick auf das im Gesundheitsbereich mindestens seit der Einführung von Sozialversicherungssystemen bekannte regulatorische Prinzip der Solidarität.² Denn in vielen Bereichen menschlichen Zusammenlebens iS menschlicher Beziehungen und menschlicher Interaktionen erscheint kollektive Verantwortung die wohl einzig ernstzunehmende Lösungsalternative darzustellen, um Probleme auf gesamtgesellschaftlicher Ebene nachhaltig zu bewältigen.

Blickt man bspw auf die für die moderne Fortpflanzungsmedizin relevanten Ressourcen der Ei- und Samenzellen, so wird schnell deutlich, dass Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch in gewissen Fallkonstellationen auf Keimzellen (= Gameten) von Dritten angewiesen sind, um sich fortpflanzen zu können.

Ähnlich den menschlichen Organen können Gameten ua durch Spende der Gemeinschaft, also durch Mitglieder der Gesellschaft, zur Verfügung gestellt werden, sodass jene Mitglieder, die für die eigene Fortpflanzung auf Gameten von Dritten angewiesen sind, auf diese zurückgreifen können. Dieses menschliche Verhalten als „Spende“ zu bezeichnen, also als freiwillige Leistung, die ohne direkte Gegenleistung erfolgt, weist bereits darauf hin, dass kollektive Verantwortung übernommen wird und damit der Solidaritätsbegriff iZhm sozialem Verhalten und menschlicher Interaktion berührt ist.

Auch wenn der Vergleich mit der Spende von Organen in vielen Aspekten akzeptabel erscheint, so ist es wichtig, auf die ethisch kritischen Momente einer Verwendung von genetisch „fremdem“ Material für die „eigene“ Fortpflanzung hinzuweisen. Trotz eines sich verändernden Familienbegriffs, der

¹ Zur Kritik daran s etwa *Villa* (2013) 57-74.

² Ausführlich zu dieser Debatte *ter Meulen* (2017); *Prainsack/Buyx* (2016).

neben genetischer Abstammung auch soziale Dimensionen berücksichtigt,³ wird dem genetischen Link zwischen Eltern und Kindern immer noch ein hoher Stellenwert zugeschrieben.⁴ Dieser genetische Link besteht bei der Verwendung von Gametenspenden zwischen Spender_innen und den mittels medizinischer unterstützter Fortpflanzung (muF) gezeugten Kindern und macht damit die Spende von Ei- und Samenzellen besonders, da nicht nur neues Leben daraus entsteht, sondern auch ein genetisches Verwandtschaftsverhältnis zum Spender/zur Spenderin und nicht (nur) zu den rechtlichen Eltern besteht.⁵

Bei menschlichen Gameten handelt es sich – erneut vergleichbar mit menschlichen Organen – um eine knappe Ressource,⁶ sodass es lohnend erscheint, die bestehenden Systeme, die eine Verwendung, Verteilung und damit auch Zuteilung dieser knappen Ressource beinhalten, kritisch zu beleuchten.

Der vorliegende Beitrag nähert sich dem sozialen Phänomen der Gameten-spende aus rechtlicher Sicht und zielt darauf ab, zu analysieren, inwieweit das in der österreichischen Rechtsordnung definierte Spendedesystem solidarische Aspekte berücksichtigt und ob hier Solidarität als regulatorisches Prinzip eingesetzt wird. Die Analyse (Kap. C.) basiert auf dem österreichischen Spendedesystem für Gameten, das 2015 umfassend novelliert wurde, blickt im Ausblick (Kap. D.) aber auch über dessen Grenzen und stellt die Frage nach alternativen Systemen.

Die grundlegende Frage, inwieweit sich der demokratische Gesetzgeber diesem aus individueller Perspektive höchst privaten Bereich regulierend annehmen oder inwieweit insb der Zugang zu Keimzellen und zu muF der privatautonomen Gestaltung der Bürger_innen überlassen sollen, bleibt deswegen in diesem Beitrag ausgespart, weil der österreichische Gesetzgeber sich mit dem FMedG 1992 für die Regulierung entschieden hat. Weiters ist aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive die Fortpflanzung als Reproduktion der Gesellschaft nicht nur reine Privatsache und sind mit der Inanspruchnahme von muF und Keimzellspenden divergierende Interessen und weltanschaulich geprägte Wertehaltungen betroffen, deren Ausgleich über demokratisch gewonnene Regelungen am besten möglich erscheint.⁷

³ Vgl etwa Voithofer (2016) 422-435.

⁴ Vgl Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist (2003a) 1107, 1110; Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist (2003b) 2209; Van den Akker (2006) 91-101.

⁵ Hierzu ausführlich ESHRE Task Force on Ethics and Law (2002) 1407-1408.

⁶ Vgl Blyth/Firth (2008) 74-95.

⁷ Vgl auch Flatscher-Thöni/Voithofer (2015) 63f; Pennings (2009) 15-18; Pennings (2004) 2689-2694.

Den Ausgangspunkt für die in diesem Beitrag vorzunehmenden Analysen impliziter und expliziter Solidaritätsaspekte iZhm der Gametenspende (Kap C.) bilden der in Kap B. 3. kurz vorgestellte Regelungsrahmen (FMedG, Gewebesicherheitsrecht und IVF-Fonds-G) sowie die im Spendensystem involvierten Personengruppen. Wir beschränken uns dabei auf die Personen mit (unerfülltem) Kinderwunsch, Fortpflanzungsmediziner_innen, Keimzellenspender_innen und die mittels gespendeten Keimzellen gezeugten Kinder (vgl. Abbildung 1).



Abbildung 1: Ausgewählte Personengruppen des österreichischen Keimzellenspenderegimes und Solidaritätsaspekte

B. Keimzellspende und Solidarität

Bevor die Analyse von Solidaritätsaspekten bei der Keimzellspende durchgeführt wird, scheint es uns notwendig, zunächst den von uns zugrunde gelegten Solidaritätsbegriff (1.), grundsätzliche Informationen über Keimzellspenden (2.) sowie den rechtlichen Rahmen der Keimzellspende (3.) darzulegen.

1. Solidarität

Der Begriff „Solidarität“ berührt mit der Frage nach dem Verhältnis von den Einzelnen zu einander die Kernfrage der Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie. Beide Disziplinen wollen ua – aus ihren jeweiligen Perspektiven und

mit ihren jeweiligen Methoden⁸ – erklären, wie ein Zusammenleben von Menschen in Gemeinschaften möglich ist und welche zentrale Funktionen Normen dabei zukommt.⁹ *Durkheim* schreibt dabei in seinem Klassiker „Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften“ der sozialen Arbeitsteilung die Aufgabe zu, „[...] zwischen zwei oder mehreren Personen ein Gefühl der Solidarität herzustellen.“¹⁰ „Individuen sind untereinander verbunden, die sonst unabhängig wären. Statt sich getrennt zu entwickeln, vereinigen sie ihre Anstrengungen. Sie sind solidarisch, und diese Solidarität wirkt sich nicht nur in den kurzen Augenblicken aus, in denen sie Gefälligkeiten tauschen, sondern weit darüber hinaus.“¹¹

Dabei symbolisieren bestimmte Rechtsformen für *Durkheim* bestimmte Formen von sozialer Solidarität, sodass es für ihn die Analyse von Rechtsformen ermöglicht, Aussagen über Intensität und Form sozialer Solidarität in den untersuchten Gesellschaften zu treffen.¹² An diesem Ansatz lassen sich ua¹³ die theoretischen Grundannahmen, die Unschärfe der Abgrenzungen zwischen den von *Durkheim* eingeführten Solidaritäts- und auch den von ihm unterschiedenen Rechtsformen kritisieren. Dennoch sind folgende Überlegungen aus seiner klassischen Schrift hilfreich, um „Solidarität“ etwas besser zu fassen:

1. Je stärker Solidarität ausgeprägt ist, desto mehr und dauerhaftere soziale Beziehungen unterhalten die Gesellschaftsmitglieder miteinander.¹⁴

In Bezug auf die Analyse des rechtlichen Rahmens der Keimzellspende kann daher gefragt werden: Lässt der rechtliche Regelungsrahmen neue soziale Beziehungen entstehen? Fördert er bestehende soziale Beziehungen oder hemmt der rechtliche Rahmen neue soziale Beziehungen?

2. „Damit sich die Menschen gegenseitig Rechte anerkennen und garantieren, müssen sie sich zuerst lieben und aus irgendeinem Grund aneinander und an ein [sic] und derselben Gesellschaft hängen, an der sie teilhaben.“¹⁵ Breiter gefasst, lässt sich formulieren: Wenn Menschen anderen Menschen etwas

⁸ S ausführlich dazu etwa *Link* (2016) 37-49.

⁹ S etwa *Kelsen* (1929) 4ff.

¹⁰ *Durkheim* (1992) 102.

¹¹ Ebda 108.

¹² Vgl etwa ebda 111f, 114ff, 180, 184, 200ff.

¹³ Anmerken wollen wir auch, dass eine Kritik aus postkolonialen Perspektiven an *Durkheims* Konzept und den Beispielen iZhm fortgeschrittenen und weniger fortgeschrittenen Gesellschaften bei einer stärkeren Rezeption seines Textes jedenfalls unverzichtbar scheint. Dies würde in diesem Beitrag jedoch zu weit führen.

¹⁴ Ebda 111f.

¹⁵ Ebda 173.

überlassen, ohne dabei primär auf den daraus erzielten Eigennutzen abzustellen, besteht zwischen diesen Menschen eine emotionale und solidarische Verbindung.

Damit rücken iZhm der Keimzellspende die Motivationen für die Spende in den Vordergrund. Warum überlassen Menschen ihre eigenen Keimzellen anderen für muF?

Es erscheint sinnvoll, *Durkheims* allgemeine Überlegungen zu Solidarität im Kontext der Gametenspende um Solidaritätsaspekte aus der biomedizinischen Ethik zu ergänzen.¹⁶ *Prainsack* und *Buyx* arbeiten mit einem Solidaritätsbegriff, der auf einer Manifestation der Bereitschaft, Kosten zu tragen um anderen zu helfen, mit denen wir Ähnlichkeit in relevanter Hinsicht (an)erkennen, beruht.¹⁷ Dieses Konzept basiert damit auf einer Praxis menschlichen Verhaltens, mehr als nur auf einem inneren Gefühl oder einem Wert und zielt somit auf zielgerichtetes menschliches Agieren ab. Auch soll der Kostenbegriff nicht zu einer Einschränkung auf eine finanzielle Ebene verleiten, geht es doch darum, sämtliche mögliche Zuwendungen (zB Zeit, Verzicht auf Alternativen, Gesundheitsbeeinträchtigungen etc) zu fassen, die gegeben und erbracht werden, um anderen Menschen zu helfen.

Dem vorliegenden Beitrag legen wir daher vor dem skizzierten Hintergrund folgendes Verständnis von „Solidarität“ zugrunde:

Solidarität ist iZhm sozialem Verhalten und menschlicher Interaktion relevant. Solidarisch sind Verhaltensweisen, bei denen ein Individuum Kosten oder Mühen für eine andere Person übernimmt oder auf sich nimmt, damit eine andere Person besser gestellt wird. Solidarischem Handeln liegt dabei zumeist ein „Nahegefühl“ gegenüber der besser gestellten Person oder der Gesamtgesellschaft zugrunde, das sich in weiterer Folge auch in einer konkreten Praxis menschlichen Verhaltens zeigt. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass solidarisches Handeln, das Nahegefühl zu anderen verstärkt und weitere solidarische Handlungen nach sich zieht. So ergab etwa eine empirische Untersuchung, dass Personen, deren Embryos mittels gespendeten Gameten gezeugt wurden, 10 Mal häufiger dazu bereit sind, die gezeugten Embryonen anderen Personen, die ihren Kinderwunsch mittels muF erfüllen wollen, zu spenden als Personen, die ohne Keimzellspende muF in Anspruch nahmen.¹⁸

¹⁶ Für eine ausführliche Zusammenführung und Diskussion von Solidarität und biomedizinischer Ethik in der aktuellen Literatur s *Prainsack/Buyx* (2016) 35ff.

¹⁷ *Prainsack/Buyx* (2012) 574-596.

¹⁸ *Bruno/Dudkiewicz/Sibony/Berthaut/Weil/Brunet/Fortier/Pfeffer/Ravel/Fauque/Mathieu/Antoine/Kotti/Mandelbaum* (2016) 1510.

Weiters verstehen wir im Anschluss an *Durkheim* unter solidaritätsfördernden rechtlichen Regelungen solche, die neue soziale Beziehungen schaffen und unter solidaritätshemmenden umgekehrt jene, die das Entstehen neuer sozialer Beziehungen hemmen.

2. Keimzellspende

Dieser Beitrag beschäftigt sich ausschließlich mit der Spende von menschlichen Keimzellen/Gameten – also Samen- und Eizellen –, die von lebenden Spender_innen zur Verfügung gestellt werden.

Bei der *Eizellenspende* unterzieht sich die Frau (die Eizellenspenderin) einer ovariellen Stimulationsbehandlung und transvaginaler Follikelpunktion, um die so erhaltenen Eizellen an andere Frauen (die Empfängerinnen) abzugeben. Für die Spenderin gibt es keinen unmittelbaren gesundheitlichen Gewinn. Vielmehr können durch den invasiven Charakter des Eingriffs durchaus operative Risiken sowie Behandlungsrisiken verwirklicht werden. So wurden bspw in der Studie von *Maxwell et al* (2008) in 886 Zyklen sechs (0,7 %) schwerwiegende Komplikationen beobachtet, namentlich ovarielles Überstimulationssyndrom (OHSS), Stieldrehung des stimulierten Ovars, Ruptur von Ovarialzysten und Infektionen.¹⁹

Die *Samenspende* erfolgt idR durch Ejakulation und ist daher körperlich weit weniger invasiv als die Eizellenspende. In Ausnahmefällen, wenn im Ejakulat nicht ausreichend befruchtungsfähige Spermien enthalten sind, wird im Rahmen der Spende eine Hodenpunktion durchgeführt.²⁰ Diese Ausnahmefälle sind für den vorliegenden Beitrag wenig relevant, da es sich dabei zumeist um eine „Eigenspende“ (s dazu sogleich) des Mannes, der mittels dieser Spende, Vater werden will, handeln wird.

Es ist also grundsätzlich auch zwischen einer „Dritt-“ und einer „Eigenspende“ zu unterscheiden.

Bei der *Drittspende* überlässt eine Person ihre Keimzellen einer anderen Person/einem anderen Paar mit Kinderwunsch zur potentiellen Erfüllung dieses Kinderwunsches. Der/die Spender_in will mit den gespendeten Keimzellen nicht selbst eine Elternrolle begründen.

¹⁹ *Maxwell/Cholst/Rosenmaekers* (2008) 2165-2171; *Nüssli/Sartorius/Bienz/Moffat/De Geyter* (2014) 264.

²⁰ Im Jahr 2016 wurden 10.097 IVF-Versuche vom IVF-Fonds gefördert und 267 Hodenpunktionen in diesem Zusammenhang durchgeführt. S *Gesundheit Österreich GmbH* (2017a) 9.

Bei der *Eigenspende* spendet die Person ihre Keimzellen, damit diese für die Erfüllung des eigenen Kinderwunsches (zukünftig) verwendet werden (können). Die Eigenspende von Eizellen kann bspw bei Eileiterverklebungen oder die Eigenspende von Samenzellen etwa bei einer HIV-Infektion des Partners sinnvoll sein. Die Eigenspende von Keimzellen für eine spätere Durchführung einer muF mit diesen Keimzellen ist nur unter den Voraussetzungen des § 2b FMedG möglich (s dazu näher unter C. 1. d) und C. 3. d)).

3. Regelungsrahmen für Keimzellspenden im österreichischen Recht²¹

Den Regelungsrahmen für Keimzellspenden bilden im österreichischen Recht das Fortpflanzungsmedizingesetz,²² das Gewebesicherheitsrecht²³ und das IVF-Fonds-G.²⁴ Während das FMedG im Wesentlichen die Zulässigkeitsvoraussetzungen, Durchführung und Dokumentation von muF und Präimplantationsdiagnostik regelt, betrifft das GSG grundsätzlich „die Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen.“²⁵ MuF-Maßnahmen iSd FMedG setzen zumeist eine Entnahme von menschlichen Keimzellen iSd GSG voraus. Das Verhältnis der Normen zueinander ist daher jeweils bezogen auf den konkreten Anwendungsfall im Einzelnen zu prüfen. Generell wird iZhm muF von einer kumulativen Anwendbarkeit auszugehen sein, wobei der potentiell unterschiedliche Normadressat_innenkreis ebenso wie die unterschiedliche Bedeutung des Begriffs „Spende“ zu beachten sind.²⁶

Das IVF-Fonds-G regelt die Voraussetzungen der anteiligen Kostentragung von IVF-Behandlungen durch den Bund. Die Zulässigkeit von IVF-Behandlungen ist nach dem FMedG zu beurteilen.

²¹ S für eine ausführliche Besprechung des rechtlichen Rahmens bei den jeweiligen §§ in *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018) (im Erscheinen).

²² BGBl 275/1992 idF BGBl I 35/2015.

²³ Primär maßgeblich sind idZh das Bundesgesetz über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen (Gewebesicherheitsgesetz-GSG) infolge: GSG BGBl I 49/2008 idF BGBl I 105/2016 sowie die GEEVO BGBl II 191/2008 idF BGBl II 24/2016.

²⁴ BGBl I 180/1999 idF BGBl I 35/2015.

²⁵ § 1 Abs 1 GSG idF BGBl I 105/2016.

²⁶ S dazu ausführlich *Voithofer* (2018a) mwN.

a) FMedG

Im FMedG wird der Begriff der „Spende“ nicht legal definiert und lediglich in § 21 Abs 2 Z 1 FMedG ausdrücklich iZhm den von den Krankenanstalten zu erhebenden Daten als Samenspende erwähnt. Darüber hinaus wird der Begriff „Spende“ im FMedG nicht verwendet, vielmehr wird vom „[...] zur Verfügung stellen“ (§ 14 Abs 1 FMedG) bzw in einer passiven Formulierung von der „Zellentnahme“ (§ 2b FMedG) und „Verwendung von entnommenen Zellen“ (§ 3 FMedG) gesprochen. Das ändert jedoch nichts an der Gebräuchlichkeit des Spendebegriffs im Kontext des Fortpflanzungsmedizinrechts.

„Spende“ wird im FMedG-Kontext immer dann verwendet, wenn eine dritte Person ihre Keimzellen zur Verfügung stellt, damit diese für fortlaufungsmedizinische Maßnahmen bei einem Paar iSv § 2 Abs 1 FMedG verwendet werden können. In der Terminologie des Fortpflanzungsmedizinrechts werden Methoden, die gespendete Keimzellen verwenden, als „heterologe Methoden“ bezeichnet. Als zulässige heterologe muF-Methoden kommen in Österreich derzeit die heterologe Insemination sowie die In-Vitro-Fertilisation (IVF) mit gespendeten Samen- und/oder Eizellen infrage. Die Samenspende für heterologe Insemination war bereits seit dem Inkrafttreten des FMedG im Jahr 1992 zulässig. Die IVF mit gespendeten Samen- und/oder Eizellen wurde hingegen erst im Rahmen des FMedRÄG 2015 – nach einer Verurteilung Österreichs durch den EGMR²⁷ – zugelassen.

	Samenspende	Eizellspende
Spender_in	ab 18. LJ	ab 18.-30. LJ
Partner	einsichts- und urteilsfähig, fortlaufungsunfähig	einsichts- und urteilsfähig
Partnerin	einsichts- und urteilsfähig	einsichts- und urteilsfähig, fortlaufungsunfähig(²⁸)

Tabelle 2: Überblick über die Rechtslage zur Keimzellenspende in Österreich

²⁷ EGMR (GK) 3.11.2011, 57813/00, *S.H. and Others vs Austria*.

²⁸ Bei Frauenpaaren kann auch der Fall auftreten, dass jene Frau, die das Kind austragen möchte über keine fortlaufungsfähigen Eizellen verfügt, sodass auf dritte Zellen zurückgegriffen werden muss. Daraus ergibt sich dann die Frage, ob diese Eizellen von der Partnerin stammen müssen oder ob auch Eizellen von dritten beziehungsfernen Frauen verwendet werden können. Mit anderen Worten, muss die Partnerin auch fortlaufungsunfähig sein, dass auf beziehungsforeign Eizellenmaterial zurückgegriffen werden kann, oder liegt diese Wahlmöglichkeit grundsätzlich beim Frauenpaar selbst? Erlebach löst diese Sonderkonstellation dahingehend auf, dass die Verwendung von Eizellen einer dritten Person nur dann zulässig ist, wenn weder die Eizelle der einen Partnerin noch jene der anderen fortlaufungsfähig ist (Erlebach (2015) 220ff). Die formale Zustimmung der Partnerin muss entsprechend die Kriterien des § 8 FMedG in weiterer Folge erfüllen.

Tabelle 2 verdeutlicht zusammenfassend das FMedG Spenderegime für Ei- und Samenzellen und fokussiert sich dabei sowohl auf die spendenden Personen, die Empfängerinnen, aber auch die jeweiligen Partner_innen. Die letztgenannte Personengruppe kann Grund für die Verwendung einer Gameten- spende sein, muss aber jedenfalls der Spende zustimmen. Ist der/die Partner_in nicht fortpflanzungsfähig bzw handelt es sich um ein Frauenpaar so kann „[...] ausnahmsweise [...]“ eine Gameten- spende iSd § 3 Abs 2 und Abs 3 FMedG für die Fortpflanzung verwendet werden.

Zusätzlich muss der/die Partner_in der Verwendung einer Gameten- spende für die „eigene“ Fortpflanzung zustimmen (s dazu § 8 FMedG),²⁹ da die Verwendung im Rahmen des FMedG familienrechtliche Konsequenzen zur Folge hat, die den/die jeweilige Partner_in ex lege zu einem Elternteil werden lassen (s insb §§ 144ff ABGB).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass iSd FMedG der Begriff der „Spende“ dann verwendet wird, wenn mindestens die Keimzellen einer dritten Person involviert sind.

b) Gewebesicherheitsrecht

§ 2 Z 4 GSG definiert die Spende legal als „die Abgabe von zur Verwendung beim Menschen bestimmten menschlichen Zellen oder Geweben.“³⁰ Zentral im gewebesicherheitsrechtlichen Zh³¹ ist dabei die Unterscheidung zwischen der „allogenen“ und der „autogenen“ Verwendung von Spenden sowie zwischen der Direktverwendung und einer Verwendung nach erfolgter Lagerung der gespendeten Keimzellen in einer Gewebebank.

Eine *allogene Verwendung* liegt gemäß § 2 Z 16 GSG dann vor, wenn die Zellen von einer Person gewonnen und auf eine andere Person übertragen werden. Als allogene Verwendungen kommen iZhm Keimzellspenden weitere Unterformen – nämlich die sog „*Partnerspenden*“ oder Spenden von Nicht- Partner_innen infrage. Die Partnerspende wird im GSG in § 15a Abs 3 Z 1 erwähnt und in § 1 Abs 3 Z 4 GEEVO legal definiert als „die Spende von Keimzellen von Personen verschiedenen Geschlechts, die in einer Ehe oder

²⁹ Steininger spricht in diesem Zh von „statuslegitimierender Zustimmung“ Steininger (2014) 75, 231ff.

³⁰ GSG BGBl I 49/2008 idF BGBl I 105/2016.

³¹ S ausführlich zum Begriff „Spender“ im GSG etwa Leischner (2009) 177; Polster (2011) 102f; Zeinbofer (2009) 141.

Lebensgemeinschaft leben.“³² Darunter werden nunmehr analog auch Eizellspenden innerhalb eines in Lebensgemeinschaft oder eingetragener Partnerinnenschaft lebenden Frauenpaars zu verstehen sein.³³ Nicht-Partnerspenden werden iZhm dem FMedG als „Drittspenden“ bezeichnet.

Bei der *autogenen Verwendung* werden hingegen gem Z 17 leg cit die gespendeten Zellen auf den/die Spender_in selbst rückübertragen. Die „autogene“ Verwendung betrifft iZhm muF die Entnahme von Eizellen der muF in Anspruch nehmenden Frau mit anschließender Verwendung für muF-Maßnahmen dieser Frau unabhängig davon, ob die Eizellen im Rahmen einer heterologen oder homologen IVF oder für eine sofortige oder spätere (iSv § 2b FMedG) muF verwendet werden sollen. Bei der „autogenen“ Verwendung handelt es sich also um eine „Eigenspende“.

Umgekehrt formuliert, bedingen heterologe muF-Methoden immer mindestens eine „allogene“ Verwendung von gespendeten Keimzellen. Homologe muF-Methoden werden mit einer Partner_innenspende iSd Gewebebesicherungsrechts durchgeführt.

c) IVF-Fonds-G

Der IVF-Fonds übernimmt gem § 2 Abs 2 IVF-Fonds-G 70 % der Kosten der IVF-Behandlung für Paare, die in einer auf Dauer angelegten Beziehung (Ehe, eingetragene Partnerschaft, Lebensgemeinschaft) miteinander leben (§ 1a Abs 1 IVF-Fonds-G) und diese IVF-Behandlung bei einer Vertragskrankenanstalt iSd § 5 IVF-Fonds-G durchführen. Die finanzielle Unterstützung der Paare ist jedoch auf maximal vier Versuche iSd IVF-Fonds-G (§ 4 Abs 2 iVm § 1a Abs 3 u 4) beschränkt. Zudem darf die Empfängerin der entwicklungsfähigen Zellen³⁴ zu Behandlungsbeginn iSd des IVF-Fonds-G (§ 1a Abs 3) das 40. Lebensjahr noch nicht überschritten haben. Wenn die Voraussetzungen für die Förderung durch den Fonds nicht vorliegen, bleibt dem Paar mit unerfülltem Kinderwunsch der Zugang zur IVF unter den übrigen Zulassungsvoraussetzungen des FMedG zwar offen, jedoch haben sie in diesem Fall die Kosten für die IVF-Behandlung selbst zu tragen.

Laut dem letzten IVF-Fonds-Jahresbericht wurden im Jahr 2016 10.097 IVF-Versuche von 6.633 Paaren mit durchschnittlich 1,5 Behandlungszyklen pro

³² Ebda.

³³ S zur Begründung der Analogie ausführlich: *Voithofer* (2018a).

³⁴ Als entwicklungsfähige Zellen definiert § 1 Abs 3 FMedG befruchtete Eizelle und daraus entwikelte Zellen, hierzu ausführlich *Barth* (2015) 7ff.

Frau durch den Fonds gefördert.³⁵ Im Vergleich zum Jahr 2015 ist damit eine Steigerung um 10,9 % an geförderten IVF-Versuchen einhergegangen. 5 % der behandelten Frauen waren unter 26, 23 % zwischen 26 und 30, 39 % der behandelten Frauen waren zwischen 31 und 35 und 33 % zwischen 36 und 40 Jahre alt. 39 IVF-Versuche, die im Jahr 2016 vom Fonds gefördert wurden, erfolgten mit gespendeten Eizellen dritter Personen und 245 IVF-Versuche, die vom Fonds 2016 gefördert wurden, erfolgten mit von Dritten gespendetem Sperma.³⁶ Diese Zahlen sind iZh damit zu lesen, dass bei 54,5 % der geförderten IVF-Versuche die fondstaugliche Indikation ausschließlich beim männlichen Partner und bei 31,1 % beiden Partner_innen vorlag.

C. Solidarität als regulatorisches Prinzip in der Gametenspende

In diesem Kapitel gehen wir auf ausgewählte implizite und explizite Solidaritätsaspekte des österreichischen rechtlichen Regelungsrahmens (s dazu B. 3.) in Bezug auf die in Abbildung 1 dargestellten Personengruppen – Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch (1.), Fortpflanzungsmediziner_innen (2.), Keimzellspender_innen (3.) und die mittels Keimzellspenden gezeugten Kinder (4.) – ein.

Die Regulierung von Keimzellspenden mittels Recht, zielt darauf ab, den betroffenen – zT auch divergierenden Interessen – ausgleichend gerecht zu werden. Ein betroffenes öffentliches Interesse ist dabei, den Zugang zu knappen Ressourcen – darunter auch Keimzellen – im Gesundheitssystem zu regulieren.³⁷ Weitere Interessen, die der Gesetzgeber des FMedG 1992 im Gesetz berücksichtigen wollte, sind das Kindeswohl, die Menschenwürde und das Recht auf Fortpflanzung (zentral in Art 8 EMRK verankert).³⁸

In diesem Kapitel gehen wir darauf ein, welche solidarischen Aspekte der rechtliche Rahmen der Keimzellspende in Österreich beinhaltet. Dass Solidarität mit Keimzellspenden in Verbindung steht, legen va Aussagen in empirische Untersuchungen zur Motivation von Eizellspenderinnen und Samen-spenderinnen nahe. Obwohl „Solidarität“ in den untersuchten Arbeiten nicht definiert wird, kommt es oftmals als Stichwort in Zusammenhängen mit Formulierungen wie etwa dem Wunsch die Empfänger_innen „glücklich machen zu wollen“,³⁹ „bei der Erfüllung des Kinderwunsches helfen zu wollen“,⁴⁰

³⁵ Gesundheit Österreich GmbH (2017a) 2.

³⁶ Gesundheit Österreich GmbH (2017a) 10.

³⁷ ESHRE Task Force on Ethics and Law (2002) 1407.

³⁸ RV 216 BlgNR 18. GP 10f.

³⁹ Vgl etwa Gürtin/Abjua/Golombok (2012) 1692, 1697.

„aus Nächstenliebe“⁴¹ oder zu hoffen, dass die muF-Behandlung der Empfänger_innen erfolgreich ist.⁴²

Weiters lassen empirische Untersuchungen darauf schließen, dass für die Spender_innen im Zeitpunkt der Spende emotionale Überlegungen eine Rolle spielen, und dass emotionale Nähe zwischen Spender_innen und Empfänger_innen und zT auch zwischen den Spender_innen und den gezeugten Kindern, sowie zwischen den Empfänger_innen und den Kindern der Spender_innen nach erfolgter Spende bestehen bleibt. Dies zeigt sich etwa daran, dass Spender_innen und Empfänger_innen während und nach der muF an einander denken.⁴³ Empfänger_innen sind den Spender_innen auch beim Sharing-Modell dankbar und wünschen auch der Spender_in eine erfolgreiche Familiengründung.⁴⁴

1. Personen mit unerfülltem Kinderwunsch

a) Solidaritätsaspekte beim Zugang zu muF

Im Jahr 2016 wurden an 10.559 Frauen muF-Maßnahmen durchgeführt und mittels muF 5.343 Schwangerschaften erzielt.⁴⁵ Diese 10.559 Frauen stehen repräsentativ für all jene Paare, die für die Erfüllung ihres unerfüllten Kinderwunsches, auf die Inanspruchnahme von muF angewiesen sind und denen der Zugang dazu durch das FMedG gewährt wird. Diesen Zugang erhalten gem § 2 Abs 1 FMedG Paare, die in einer auf Dauer angelegten Beziehung (Ehe, Lebensgemeinschaft, eingetragener Partnerschaft) leben und eine medizinische Indikation die Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne muF unwahrscheinlich oder unzumutbar (Abs 2 Z 1 u Z 2 leg cit) macht bzw es sich um

⁴⁰ Vgl. etwa *Baetens/Devroey/Camus/Steirteghem/Ponjaert-Kristoffersen* (2000) 478; *Gürtin/Ahija/Golombok* (2012) 1694; *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b) 2210; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2043.

⁴¹ Vgl. etwa *Nüssli/Sartorius/Bienz/Moffat/De Geyter* (2014) 266; *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b) 2211; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2043.

⁴² Vgl. etwa *Baetens/Devroey/Camus/Steirteghem/Ponjaert-Kristoffersen* (2000) 478; *Thorn/Katzorke/Daniels* (2008) 2417; *Van den Akker* (2006) 92, 94; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2043.

⁴³ Vgl. etwa *Gürtin/Ahija/Golombok* (2012) 1692. In Bezug auf innerfamiliäre bzw Spende unter Freund_innen: *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2045.

⁴⁴ *Gürtin/Ahija/Golombok* (2012) 1692, 1696f. S zu Sharing-Modellen in Kap D.

⁴⁵ *Gesundheit Österreich GmbH* (2017b) 3.

eine Frauenpaar handelt (Abs 2 Z 3 leg cit) oder eine zulässige Präimplantationsdiagnostik durchgeführt werden soll (Abs 2 Z 4 leg cit).⁴⁶

Eine rechtlich zulässige muF-Behandlung ermöglicht einem solchen Paar mit unerfülltem Kinderwunsch, uU⁴⁷ die Erfüllung dieses Wunsches und damit auch neue familiäre Beziehungen zu begründen. Diese Möglichkeit ist ein Ausdruck expliziter Solidarität mit diesem Paar, der auch die Inanspruchnahme der Infrastruktur des Gesundheitswesens mit der Einhaltung der Sicherheits- und Hygienebestimmungen (wesentlich darunter: GSG, Behandlungsvertrag, GuGK, ÄrzteG) sowie bei Erfüllung der Voraussetzungen des IVF-Fonds-G die finanzielle Unterstützung durch den IVF-Fonds umfasst.

So wurden im Jahr 2016 vom IVF-Fonds € 17.134.393 an Kosten getragen.⁴⁸ Das entspricht durchschnittlich einer Unterstützung von ca € 2.600 pro Paar, wobei ein IVF-Versuch konkret mit € 1.697 vom Fonds unterstützt wurde. Diese finanzielle Solidarität stellt dabei lediglich auf die medizinischen und personalen Eigenschaften der Personen mit Kinderwunsch ab und ist unabhängig von deren ökonomischer Situation.

Umgekehrt ist das muF-Regelungssystem implizit unsolidarisch mit den von der muF sowie von der finanziellen Förderung durch den IVF-Fonds Ausgeschlossenen. Das betrifft in Bezug auf die Inanspruchnahme von muF allgemein alle Personen mit Kinderwunsch, die nicht in einer auf Dauer angelegten Paarbeziehung (Ehe, Lebensgemeinschaft, eingetragener Partnerschaft) leben oder die nicht die medizinischen Indikationen erfüllen (§ 2 FMedG) sowie aufgrund des Verbots der Leihmutterschaft auch Männerpaare.

In Bezug auf die Förderung durch den IVF-Fonds gilt zusätzlich zu erwähnen, dass die Förderung – wie oben ausgeführt – idR auf 4 Versuche beschränkt ist und dass zusätzlich die Altersgrenzen gemäß § 4 Abs 4 Z 1 IVF-Fonds-G zu berücksichtigen sind. Demnach muss der Behandlungsbeginn bei der Frau, die das Kind gebären will, vor dem vollendeten 40. Lebensjahr und bei ihrem Partner/ihrer Partnerin vor dem vollendeten 50. Lebensjahr liegen. Älteren Personen mit Kinderwunsch ist die finanzielle Förderung durch den Fonds verwehrt. Vor dem Hintergrund sinkender baby-take-home-Raten mit

⁴⁶ S ausführlich zu den weiteren Zugangsvoraussetzungen bei den jeweiligen §§ in *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018) (im Erscheinen) jeweils mwN.

⁴⁷ Im Jahr 2016 wurden 3.440 Lebendgeburten erfasst, bei denen bekannt war, dass muF bei der Zeugung in Anspruch genommen wurde (*Gesundheit Österreich GmbH* (2017b) 4). Eine baby-take-home-Rate ist für alle muF-Behandlungen in Österreich leider nicht verfügbar. Sie betrug im Jahr 2015 27,1 % für jene muF-Maßnahmen, die durch den IVF-Fonds mitfinanziert wurden (*Gesundheit Österreich GmbH* (2017a) 21).

⁴⁸ *Gesundheit Österreich GmbH* (2017a) 26.

steigendem Alter der Empfängerin⁴⁹ kann diese Beschränkung jedoch auch so gelesen werden, dass das Paar mit Kinderwunsch vor aussichtslosen muF-Behandlungen und der damit verbundenen Hoffnung auf eigene Kinder verschont wird. Der privatautonomen Entscheidung, trotz geringer Erfolgswahrscheinlichkeiten muF in Anspruch zu nehmen, wird insofern Rechnung getragen, als dies in den Grenzen des FMedG auch möglich bleibt.

b) Solidaritätsaspekte beim Zugang zu Keimzellspenden für muF

Auch die Möglichkeit für die eigene Fortpflanzung auf Keimzellspenden zurückgreifen zu können, ist Ausdruck expliziter Solidarität mit dem Paar mit Kinderwunsch, das sich durch die Inanspruchnahme der Keimzellspende ihren eigenen Kinderwunsch potentiell erfüllen kann. Wie unter Kap B. 3. a) bereits erwähnt, ist die Inanspruchnahme einer Keimzellspende im österreichischen muF-System als Ausnahme konzipiert und sind homologe muF-Methoden vorrangig anzuwenden (s § 3 FMedG). All jenen gegenüber, die keine Keimzellspende in Anspruch nehmen können, verhält sich das österreichische Regelungsregime – wie unter a) ausgeführt – unsolidarisch.

Die Inanspruchnahme einer Samenspende setzt voraus, dass der Samen des Partners nicht fortpflanzungsfähig bzw bei einem Frauenpaar kein eigener Samen vorhanden ist (Abs 2 leg cit). Bestimmte Altersgrenzen sind hier – neben der allgemeinen Einsichts- und Urteilsfähigkeit – vom Gesetz nicht gefordert.

Für die Inanspruchnahme einer Eizellspende tritt neben das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit der eigenen Eizellen zusätzlich ein Alterskriterium bei der Empfängerin der Eizellen hinzu: Gem Abs 3 leg cit darf sie zu Behandlungsbeginn das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Diese Alterseinschränkung stellt eine implizite Solidaritätseinschränkung dar, da diese Altersgrenze – im Unterschied zur Altersgrenze im IVF-Fonds-G – dazu führt, dass eine IVF mit gespendeten Eizellen nicht durchgeführt werden darf. Vor dem Hintergrund sinkender baby-take-home-Raten mit steigendem Alter der Empfängerin⁵⁰ kann diese Beschränkung jedoch auch wieder so gelesen werden, dass dem Paar mit Kinderwunsch eine höchstwahrscheinlich aussichtslose muF-Behandlung und die damit verbundene Hoffnung auf eigene Kinder erspart bleiben.

⁴⁹ Ausführlich und kritisch hierzu *Kummer* (2017).

⁵⁰ S etwa *Kummer* (2015).

Die faktische Inanspruchnahme von Keimzellspenden setzt zudem auch das Vorhandensein von Keimzellspenden voraus. Vor diesem Hintergrund erscheinen die in § 16 Abs 2 FMedG und § 3 Abs 9 GSG statuierten Werbe- und Vermittlungsverbote als implizit unsolidarisch mit dem Paar mit Kinderwunsch, da spendenbereite Personen uU gar nicht vom Spendebedarf erfahren und schwerer erreichbar sind.⁵¹ Speziell vor dem Hintergrund der Knappheit von gespendeten Keimzellen und mit Ergebnissen empirischer Erhebungen zur Bereitschaft zur Keimzellspende,⁵² ließe sich auch die Kommerzialisierungsverbote in § 16 Abs 1 FMedG und § 4 Abs 6 GSG als implizit unsolidarisch – da das Angebot an Keimzellspenden reduzierend – mit dem Paar mit Kinderwunsch interpretieren. All diese Verbote wirken auch hemmend für das Entstehen von neuen – auch rechtlich geregelten – Beziehungen (s dazu unter e).

c) Solidaritätsaspekt „Gesundheit“

Mit der Gesundheit der Empfängerin der gespendeten Keimzellen explizit solidarisch ist die Anordnung in den §§ 11, 12 FMedG, wonach nur solche gespendeten Keimzellen verwendet werden dürfen, die zuvor daraufhin untersucht (s dazu auch § 4 Abs 2 GSG, §§ 11 Abs 10; 3 Abs 2, 4; 4 GEEVO)⁵³ wurden, ob sie fortpflanzungsfähig sind und „durch deren Verwendung keine gesundheitlichen Gefahren [...] entstehen können.“⁵⁴

Ebenso wird die Gesundheit der Empfängerin in § 2 Abs 3 FMedG berücksichtigt, wonach der am wenigsten invasiven muF-Methode der Vorzug vor anderen zu geben ist.⁵⁵

Implizit wird die Gesundheit der Empfängerin zudem pauschal über die gesetzesicherheitsrechtlichen Vorschriften und die Vorschrift, wonach muF nur von Fachärzt_innen und iZhm Keimzellspenden nur in einer dafür zugelassenen Krankenanstalt durchgeführt werden dürfen (§§ 4, 5 FMedG), berücksichtigt.

⁵¹ Vgl etwa die empirischen Ergebnisse zum Thema, woher Spender_innen vom Spendebedarf erfahren haben: *Ferraretti/Pennings/Gianaroli/Magli* (2006) 2482-2485; *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b) 2213; *Thorn/Katzorke/Daniels* (2008) 2417.

⁵² Vgl etwa *Thorn/Katzorke/Daniels* (2008) 2418f; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2041.

⁵³ Zu den Untersuchungsinhalten s ausführlich *Voithofer* (2018b).

⁵⁴ § 12 FMedG. S zu den Grenzen dieser Untersuchungen: *Voithofer* (2018b) mwN.

⁵⁵ S dazu ausführlich: *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018) § 2 FMedG mwN.

d) Solidaritätsaspekte bei der vorsorglichen Eigenspende von Keimzellen

Das Anlegen einer eigenen Keimzellreserve für die spätere Verwendung („autogene Verwendung“ iSd Gewebesicherheitsrechts) ist nur unter der Voraussetzung des § 2b Abs 1 FMedG zulässig. Vorausgesetzt wird dafür, dass ein „körperliches Leiden oder dessen nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung entsprechende Behandlung eine ernste Gefahr bewirkt, dass eine Schwangerschaft nicht mehr durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt werden kann.“⁵⁶ Zulässig ist daher in Österreich nur das medizinisch indizierte vorsorgliche Einfrieren von eigenen Keimzellen (= „*medical freezing*“). Mit Personen, die diese Voraussetzung erfüllen, verhält sich das FMedG explizit solidarisch. Mit Personen, die nicht aus medizinischen, sondern aus sozialen Gründen – etwa der schlechten Vereinbarkeit von Karriere und Familiengründung Anfang 30 – vorsorglich ihre Keimzellen kryokonservieren wollen (= „*social freezing*“), verhält sich das FMedG implizit unsolidarisch.

e) Solidaritätsaspekt beziehungsfördernd/-hemmend

Eine erfolgreiche muF schafft neue (familienrechtliche) Beziehungen zwischen dem Paar mit Kinderwunsch und dem/den geborenen Kind_ern (vgl. etwa §§ 144ff ABGB). Darüber hinaus ist der Zugang zur muF (mit Keimzellspende) geradezu ein idealtypisches Beispiel für weitere – rechtliche regulierte Beziehungen –, die in unserer arbeitsteiligen Gesellschaft bestehen. Darunter fallen auch die neuen Beziehungen, die zwischen dem Paar mit Kinderwunsch und den involvierten Mediziner_innen und den weiteren in den Krankenanstalten/Praxen tätigen Personen, uU auch zwischen Psycholog_innen, Psychotherapeutinnen (vgl. § 7 Abs 2 FMedG) sowie uU auch zwischen einem Notar/einer Notarin (vgl. § 7 Abs 4 FMedG) entstehen.

Der österreichische Regelungsrahmen fördert jedoch nicht das Entstehen von Beziehungen zwischen dem Paar mit Kinderwunsch und den Keimzellspender_innen. Lediglich in „medizinisch begründeten Ausnahmefällen“ kann der/die gesetzliche Vertreter_in des mittels muF-gezeugten Kindes Einsicht in und Auskunft über die Daten des Spenders/der Spenderin erlangen (s. § 20 FMedG).

⁵⁶ Ebda. S dazu ausführlich: *Flatscher-Thöni* (2018) mwN.

2. Fortpflanzungsmediziner_innen

Bei der Gruppe der Mediziner_innen fokussieren wir uns für die Analyse auf jene, die die muF-Behandlung des Paares mit Kinderwunsch durchführen.

a) Solidaritätsaspekt Mediziner_innen als Gate-Keeper_innen

Mediziner_innen, im engeren Sinne den Fachärzt_innen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe, kommt im Rahmen des österreichischen Gamtetenspendesystems eine zentrale Rolle zu. Durch die muF-Behandlung sollen sie dem Paar mit Kinderwunsch helfen, diesen Wunsch zu realisieren. Ihre berufliche Rolle ist damit explizit solidarisch konzipiert.⁵⁷

Im Zhd muF werden jedoch den involvierten Medizinier_innen über die allgemeine Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag hinaus, *lege artis* zu behandeln, mehrere Entscheidungen überantwortet. Denn das FMedG regelt grundsätzlich all jene Behandlungsmaßnahmen der muF, die eine „[...] Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“ (§ 1 Abs 1 FMedG) darstellen. Wobei die Inanspruchnahme von muF nur subsidiär zur natürlichen Fortpflanzung möglich sein soll. Dieses „Subsidiaritätsprinzip“ ist zentral in § 2 Abs 1 Z 1 FMedG verankert. Demnach müssen „alle anderen möglichen und [...] zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos [...] oder aussichtslos“ gewesen sein. Die Formulierung in § 2 Abs 1 Z 1 FMedG „alle anderen Behandlungen“ verweist darauf, dass es auch medizinische Behandlungen gibt, die eine Schwangerschaft bewirken können, die aber nicht als muF gelten.

Ausschlaggebend für die Beurteilung, welche Behandlung bei einem konkreten Paar mit Kinderwunsch geboten ist und damit zugleich für den Zugang zu muF-Maßnahmen, ist die fachliche Beurteilung der behandelnden Mediziner_in, der/die gemäß § 4 Abs 1 FMedG zur selbständigen Berufsausübung berechtigte Fachärzt_innen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe sein muss.

Mit anderen Worten fungieren die entsprechenden Mediziner_innen als Gatekeeper_innen für Menschen bzw Paare mit unerfülltem Kinderwunsch, da es aufgrund ihrer Expertise zu einer Einschätzung der relevanten medizinischen Sachverhalte hinsichtlich des Zugangs zur muF kommt. Es entscheiden also die Fachärzt_innen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe darüber, ob

⁵⁷ Für eine Liste der für muF mit Keimzellspende zugelassenen Krankenanstalten gem § 5 Abs 2 FMedG s etwa den Anhang von *Gesundheit Österreich GmbH* (2017b).

iSd § 1 Abs 2 Z 1 FMedG alle anderen und möglichen Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos und aussichtlos (gewesen) sind und welche Methoden der muF aus § 1 Abs 2 FMedG zur Anwendung kommen.

Ihnen kommt auch die Beurteilung zu, ob die medizinischen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Samen- und/oder Eizellspende beim Paar mit Kinderwunsch gem § 3 FMedG vorliegen. Besonders das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit der eigenen Keimzellen fordert dabei die fachliche Expertise der Mediziner_innen.

Eine analoge Gatekeeper_innen-Rolle kommt den behandelnden Mediziner_in auch bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen des IVF-Fonds-G zu. Sie helfen jenen Paaren durch die Ausübung ihrer Expertise, den gesetzlich ermöglichten Anspruch auf Kostentragung durch den IVF-Fonds zu realisieren.

Die Fachärzt_innen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe können sich also immer nur dann solidarisch mit der Gruppe der Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch verhalten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Sie können sich explizit solidarisch verhalten, wenn sie die Behandlung und damit verbunden die Verantwortung für Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch übernehmen. An Paaren/Personen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen, können sie keine muF-Behandlung in Österreich durchführen, ihnen gegenüber wird ein unsolidarisches Verhalten von den Mediziner_innen durch das Recht auferlegt. Freilich lässt sich dieses Argument wieder dadurch ab schwächen, dass diesen Paaren uU erfolglose muF-Behandlungen erspart bleiben.

b) Solidaritätsaspekt Gewissensfreiheit und Benachteiligungsverbot

Diese gesetzlich mögliche Solidarität der Mediziner_innen gegenüber dem Paar mit Kinderwunsch wird allerdings zugunsten der Mediziner_innen durch § 6 FMedG eingegrenzt. Diese Einschränkung stellt eine explizite Solidarität mit den Mediziner_innen ihrerseits dar. § 6 FMedG statuiert in Abs 1, dass weder Ärzt_innen noch „Angehörige der weiteren gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe“ zur Durchführung von muF verpflichtet werden können. In Abs 2 legt es zudem vorgesehen, dass wegen der Weigerung an einer muF mitzuwirken oder wegen der Mitwirkung keine Benachteiligung erfolgen darf. Dadurch zeigt sich der Gesetzgeber per se mit den Berufsgruppen explizit solidarisch und anerkennt die Gewissens- und Entscheidungsfreiheit dieser Personen.

c) Solidaritätsaspekt beziehungsfördernd/-hemmend

Wie bereits unter 1. e) erwähnt, entstehen zwischen den Mediziner_innen und dem Paar mit Kinderwunsch neue – auch rechtlich geregelte – Beziehungen. Darüber hinaus entstehen durch die Möglichkeit der Keimzellspende auch neue Beziehungen zwischen den behandelnden Mediziner_innen und den Keimzellspender_innen (die gem §§ 11, 12 FMedG zu untersuchen, gem § 7 FMedG zu beraten sind und die gem §§ 13f FMedG zustimmen müssen) sowie mit den Personen in den Entnahmeein- und Aufbewahrungseinrichtungen. Auch hier wirkt der unter 1. b) bereits erwähnte einschränkende Aspekt der Kommerzialisierungs-/Werbe- und Vermittlungsverbote im FMedG und GSG.

Durch die zahlreichen Aufzeichnungs- und Berichtspflichten stehen die Mediziner_innen ebenso in rechtlich geregelten Beziehungen zu Behörden (s. etwa § 15 FMedG, § 18 FMedG, § 21 FMedG).

3. Keimzellspender_innen

Bei der Gruppe der Spender_innen fokussieren wir uns auf „Drittspender_innen“ und damit auf heterologe muF-Methoden. Eigenspenden – also die autologe Verwendung iSd GSG – und homologe muF-Methoden werden nur kurz iZhm „social freezing“ unter e) erwähnt.

a) Solidaritätsaspekt Spende

Der/die Spender_in stellt seine/ihre Keimzellen dem Paar mit Kinderwunsch zur Verfügung, damit dieses damit uU den eigenen Kinderwunsch realisieren kann (s. dazu bereits unter Kap. B. 2.). Der/die Spender_in verhält sich damit explizit solidarisch mit dem Paar mit Kinderwunsch.

Mit 31.12.2016 wurden 3.152 Samenspenden und 68 Eizellspenden von Dritten sowie 30.238 entwicklungsfähige Zellen in Österreich aufbewahrt.⁵⁸ Welcher Anteil an entwicklungsfähigen Zellen mit gespendeten Keimzellen gezeugt wurde, geht aus dem Bericht nach § 21 FMedG nicht hervor. Bekannt ist jedoch, dass im Jahr 2016 174 Kinder lebend geboren wurden, die mit gespendeten Keimzellen gezeugt wurden⁵⁹ und 597 Frauen eine Drittspende, 137 Frauen eine Dritteizellspende und 2 Frauen sowohl eine Drittspende,

⁵⁸ Gesundheit Österreich GmbH (2017b) 9.

⁵⁹ Gesundheit Österreich GmbH (2017b) 8.

men- als auch eine Dritteizellspende für ihre muF erhielten.⁶⁰ Von wie vielen Spender_innen mit welcher Herkunft die verwendeten Keimzellen stammten, geht weder aus dem Bericht nach § 21 FMedG noch aus dem IVF-Register Jahresbericht hervor. Die Spender_innendaten sind jedoch in den Krankenanstalten sowie in den Entnahmeeinrichtungen dokumentiert (vgl etwa §§ 15, 18 FMedG, §§ 5, 10, 16 GSG).

Eizellen dürfen gemäß § 2b Abs 2 FMedG nur von Spenderinnen entnommen werden, die das 18. Lebensjahr vollendet aber das 30. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Diese Altersbeschränkungen verunmöglichen Eizellspenden und damit solidarisches Verhalten von spendenwilligen Frauen außerhalb dieser Altersgruppe. Zusätzlich wird dadurch die Anzahl an gespendeten Eizellen negativ beeinflusst, sodass diese Regelung auch gegenüber den auf Eizellspenden angewiesenen Paaren mit Kinderwunsch unsolidarisch ist. Eine vergleichbare Alterseinschränkung für Samenspender gibt es hingegen nicht, sodass Männern vom Recht altersunabhängig solidarisches Handeln ermöglicht wird.

In § 14 Abs 2 FMedG wird statuiert, dass Keimzellen eines Spenders/einer Spenderin nur für die muF von maximal drei Paaren mit Kinderwunsch verwendet werden dürfen. Damit kann ein_e Spender_in maximal drei Paaren gegenüber solidarisch handeln. Weitere allgemeine Einschränkungen der Spender_innenkreise gibt es nicht. Damit ist etwa auch eine innerfamiliäre Spende⁶¹ – bspw der Schwester oder des Bruders – ebenso möglich wie die Spende einer fremden Person.

b) Solidarität und das altruistische Spendemodell

Das österreichische Recht geht vom altruistischen Spendemodell aus, da es anordnet, dass die Spende von Keimzellen unentgeltlich zu erfolgen hat (§ 16 FMedG, § 4 Abs 6, 7 GSG). Das altruistische Modell wird auch von der ESHRE-Task Force empfohlen, da „[t]he intrinsic value of a gift, a way of showing solidarity, is higher than the positive utilitarian consequences of paying and obtaining more material.“⁶²

⁶⁰ *Gesundheit Österreich GmbH* (2017b) 6f.

⁶¹ Die innerfamiliäre Spende scheint im altruistischen Spendensystem in Bezug auf Eizellen die häufigste Form zu sein. Vgl. etwa Baetens/Devroye/Camus/Steirteghem/Ponjaert-Kristoffersen (2000) 478; Yee/Hitkari/Greenblatt (2007) 2041f. Für Österreich müsste eine empirische Erhebung diesbezüglich erst durchgeführt werden.

⁶² ESHRE Task Force on Ethics and Law (2002) 1408.

Nur konkret mit der Spende in Zh stehende Barauslagen dürfen ersetzt werden.⁶³ Die Spender_innen handeln durch das unentgeltliche Zurverfügungstellen ihrer Keimzellen explizit solidarisch gegenüber den Empfänger_innen der Keimzellen. Mit den Spender_innen verhält sich der Regelungsrahmen jedoch implizit unsolidarisch. Sie dürfen keine Form der Gegenleistung für ihre Spende erhalten und tragen im Fall der Eizellspende oder der Spende mittels Hodenpunktion zusätzlich zu den Zeitkosten auch Gesundheitskosten. Als potentiell weitere Kosten nehmen die Spender_innen zudem in Kauf, dass sie Wissen über ihre eigene (In)Fertilität und ihren eigenen Gesundheitszustand⁶⁴ – bei Präimplantationsdiagnostik sogar über genetische Erkrankungen – erfahren und auf dieses Wissen nur bedingt verzichten können.⁶⁵

Das altruistische Spendenmodell bewirkt zusätzlich, dass Keimzellspender_innen, die über ökonomische oder andere Anreize (s etwa zum egg sharing Modell unter Kap D.) spendebereit wären,⁶⁶ nicht spenden. Damit wird der Pool an Keimzellen für das Paar mit Kinderwunsch reduziert, worin ein implizit unsolidarischer Aspekt des altruistischen Spendemodells gesehen werden kann. Auch die Werbe- und Vermittlungsverbote (s dazu bereits unter 1. b)) der § 16 Abs 2 FMedG, § 3 Abs 9 GSG verringern den potentiellen Pool an Keimzellspenden, sodass auch sie wiederum als solidaritätshemmend genannt werden können.

c) Solidaritätsaspekt „Gesundheit“

Als spezielle Einschränkung des Spender_innenkreises kommen die Bestimmungen infrage, die aus expliziter Solidarität mit den Spender_innen auf ihre Gesundheit abstellen. Der Gesundheit der Spender_innen wird in den Aufklärungs- (s zentral dazu: § 7 FMedG, § 4 Abs 3 GSG, § 5 Abs 2 GEEVO) und Einwilligungsvoraussetzungen (s zentral dazu: §§ 13f FMedG, § 4 Abs 3 GSG) Rechnung getragen.

Explizit auf die Gesundheit der Spender_innen nehmen die Bestimmungen des Gewebesicherheitsrechts Bezug.⁶⁷ Da der Entnahmevergäng va bei der Eizellspende mit erheblichen gesundheitlichen Risiken verbunden ist (s dazu bereits Kap B. 2.), sind insb die Anordnungen von § 4 Abs 2, 3 GSG zu be-

⁶³ S dazu ausführlich *Faber* (2018) mwN.

⁶⁴ Vgl dazu etwa *Marina/Expósito/Marina/Nadal/Masramón/Vergés* (1999) 2770-2776.

⁶⁵ S dazu ausführlich *Voithofér* (2018b) mwN.

⁶⁶ Vgl etwa *Thorn/Katzorke/Daniels* (2008) 2418f; *Van den Akker* (2006) 98; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2041.

⁶⁷ Zu den Untersuchungsinhalten der Spender_innen und der Keimzellen s ausführlich *Voithofér* (2018b) mwN.

achten. Abs 2 leg cit lautet: „Vor der Entnahme von Zellen oder Geweben ist der Lebendspender den erforderlichen Untersuchungen zu unterziehen, um die physischen und psychischen Risiken für seine Gesundheit zu beurteilen. Eine Entnahme darf nicht durchgeführt werden, wenn dadurch ein ernstes Risiko für das Leben oder die Gesundheit des Spenders besteht. Sofern dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechend der Art der Spende zum Schutz der Spender angezeigt ist, sind diese nach der Spende regelmäßigen medizinischen Kontrollen zu unterziehen.“⁶⁸

Die strikte Wortlautinterpretation von Abs 2 leg cit würde dazu führen, dass die Eizellspende faktisch nicht möglich wäre. Da aber mit Zulassung der Eizellspende im Rahmen des FMedRÄG 2015 keine Änderungen im Gewebesicherheitsrecht vom Gesetzgeber vorgenommen wurden, werden die gewebesicherheitsrechtlichen Bestimmungen teleologisch dahingehend korrigierend auszulegen sein, dass der Eizellspende ein Anwendungsbereich verbleibt.⁶⁹

Die Solidarität mit der Gesundheit der Spender_innen wird für diesen Fall zugunsten der Solidarität mit der Eizellempfängerin/dem Paar mit Kinderwunsch reduziert. Freilich wird der Solidarität mit der Gesundheit des Spenders/der Spenderin aber auch über die weiteren Qualitäts- und Sicherheitsbestimmungen (lege artis Behandlung) im Gewebesicherheitsrecht sowie im FMedG implizit Rechnung getragen (vgl dazu unter 1. c)).

d) Solidaritätsaspekte bei der vorsorglichen Eigenspende von Keimzellen

Wie unter 1. d) bereits erwähnt, ist das Anlegen einer eigenen Keimzellreserve für die spätere Verwendung nur unter der Voraussetzung des § 2b Abs 1 FMedG iSd „medical freezings“ zulässig. Auch das Anlegen einer eigenen Keimzellreserve im Zuge der Drittspende kommt damit grundsätzlich nicht infrage. Den Spender_innen wird damit solidarisches Handeln gegenüber Personen mit Kinderwunsch überantwortet, die altruistische Forderung an sie geht aber ihnen gegenüber implizit unsolidarisch so weit, dass sie auch nicht später auf die eigene Keimzellspende zurückgreifen können.

⁶⁸ Ebda.

⁶⁹ S dazu ausführlich *Voithofer* (2018b) mwN.

e) Solidaritätsaspekt beziehungsfördernd/-hemmend

Der/die Spender_in tritt in neue rechtlich regulierte Beziehungen mit den Mediziner_innen und dem Personal in der Entnahmeeinrichtung (s dazu bereits unter 2. c)) sowie potentiell mit Psycholog_innen, Psychotherapeut_innen (vgl. § 7 Abs 2 FMedG) ein. Va die psychologische Nachbetreuung wurde iZhm der altruistischen Spende empirisch als den Spender_innen besonders wichtig identifiziert.⁷⁰

Beziehungen mit dem Paar mit Kinderwunsch oder dem/den potentiellen Kind_ern werden vom Gesetz nicht gefördert. Die familienrechtlichen Beziehungen bestehen ausschließlich zwischen dem Paar mit Kinderwunsch und den gezeugten Kindern. Der/die Spender_in ist davon explizit (§ 148 Abs 4 ABGB sowie § 144 Abs 3 iVm § 148 Abs 4 ABGB) ausgeschlossen. Eine Kontaktaufnahme mit dem Kind ist im FMedG für den/die Spender_in nicht vorgesehen. Umgekehrt stehen aber den gesetzlichen Vertreter_innen (s dazu 1. e)) sowie dem Kind unter den Voraussetzungen des § 20 FMedG⁷¹ das Recht auf Einsicht und Auskunft in die Aufzeichnungen über die Spender_innen zu (s dazu 4. d)). Empirische Studien weisen jedoch darauf hin, dass ein Großteil der Spender_innen von Keimzellen für eine Kontaktmöglichkeit durchaus offen wären.⁷²

4. Mittels Keimzellspenden gezeugte Kinder

Kinder sind das explizit gewünschte Ergebnis der muF und Ergebnis eines medizinischen Prozesses, der auf dem Einsatz von fremden Keimzellen iS einer Keimzellspende beruhen kann, aber auf jeden Fall auf Methoden der muF iSd § 1 Abs 2 FMedG basiert.

a) Solidaritätsaspekt Zeugung mittels heterologer muF-Methoden

Wie bereits unter 1. ausgeführt, zeigt sich der Gesetzgeber solidarisch mit Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch, indem er grundsätzlich die muF regelt und den Zugang zu diesem Medizinbereich reglementiert. In weiterer Folge lässt sich argumentieren, dass sich der Gesetzgeber auch mit den daraus

⁷⁰ S Yee/Hitkari/Greenblatt (2007) 2044.

⁷¹ S dazu ausführlich Maier (2014) 52-55.

⁷² Vgl. für eine ausführliche Zusammenfassung zu diesem Themenfeld: Van den Akker (2006) 95f; sowie die Literaturhinweise in Fn 89.

entstehenden Kindern solidarisch zeigt, da diese ansonsten gar nicht geboren worden wären.

Im Jahr 2016 wurden in Österreich 174 Kinder lebend geboren, von denen bekannt ist, dass sie mit gespendeten Keimzellen gezeugt wurden.⁷³ Davon waren 147 Einzelgeburten, 12 Zwillingssgeburten und 1 Drillingsgeburt.⁷⁴

b) Solidaritätsaspekt „Kindeswohl“

Grundsätzlich sind diese Kinder, die durch muF entstanden sind, nur selten explizite Normadressat_innen des FMedG und zumeist sind sie nur mittelbar vom rechtlichen Rahmen der muF miterfasst.⁷⁵

Bereits in den Materialien zum FMedG 1992 wurde aber das Kindeswohl als ein Wert benannt, der iZhm der gesetzlichen Ausgestaltung der muF besonders zu berücksichtigen sei. Im Unterschied zur natürlichen Fortpflanzung sei diese Berücksichtigung geboten, weil es bei der muF möglich sei, „Rahmenbedingungen zu schaffen, die die gedeihliche Entwicklung des Kindes gewährleisten.“⁷⁶ Damit zeigte sich der Gesetzgeber in dieser als Absichtserklärung zu verstehenden Erläuterung mit den aus muF entstandenen Kindern bereits 1992 solidarisch.

Trotz dieser Verortung des Kindeswohls als maßgeblichen Wert, im Sinne einer Solidaritätsbekundung, der bei der Gestaltung des Regelungsregimes zur muF zu berücksichtigen ist, findet das Kind bzw das Kindeswohl nur in wenigen §§ des FMedG explizite Erwähnung.

Seit dem FMedRÄG 2015 wird in § 2 Abs 3 letzter Satz FMedG⁷⁷ angeordnet, das Kindeswohl bei der Auswahl der zur Verfügung stehenden muF-Methoden zu berücksichtigen.⁷⁸ Durch die Integration dieser wertausfüllungsbedürftigen Generalklausel „Kindeswohl“ kommt es zu einer tatsächlichen und expliziten Beachtung der potentiellen Kinder, indem ihre Interessen hier iSd physischen und psychischen Gesundheit (s dazu soglich unter c)) zu schützen sind. Durch diese ausdrückliche Erwähnung wird ebenso dem

⁷³ *Gesundheit Österreich GmbH* (2017b) 8.

⁷⁴ *Gesundheit Österreich GmbH* (2017b) 8.

⁷⁵ Die Kinder selbst sind bisher selten empirisch befragt worden. S dazu etwa *Van den Akker* (2006) 93.

⁷⁶ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 11.

⁷⁷ S dazu ausführlich in *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018) § 2 FMedG mwN.

⁷⁸ Hierzu auch *ESHRE Task Force on Ethics and Law* (2007) 2585-2588.

Grundsatz der UN-Kinderrechtskonvention, die (rechtlich) eigenständigen Interessen von Kindern zu berücksichtigen, Rechnung getragen.

c) Solidaritätsaspekt „Gesundheit“

Ebenso wie die Gesundheit der Empfängerin (s dazu 1. c)) ist die Gesundheit des potentiellen Kindes durch zahlreiche Normen des Regelungsrahmens geschützt. Einen solchen Moment expliziter Solidarität in Bezug auf den Gesundheitsschutz der potentiellen Kinder enthält die Untersuchung von gespendeten Keimzellen, wie sie in §§ 11f FMedG angeordnet ist. So statuieren bereits die Mat explizit folgenden Zweck in Bezug auf Spendersamen: „[...] überdies soll darauf geachtet werden, daß durch die Verwendung des Samens weder einer Frau noch einem Kind gesundheitliche Nachteile entstehen.“⁷⁹ Damit wird die Verantwortung für die Qualität der verwendeten Drittspenden den beteiligten Mediziner_innen übertragen, sodass entstehende Kinder vor potentiellen Gesundheitsrisiken geschützt werden, noch bevor sie tatsächlich *in vitro* entstehen.

Sollte im Rahmen der Untersuchungen der Spender_innen (§§ 11f FMedG, § 4 Abs 2 GSG, §§ 11 Abs 10; 3 Abs 2, 4; 4 GEEVO)⁸⁰ oder der gespendeten Keimzellen eine Gesundheitsgefahr für das potentielle Kind detektiert werden, ist diese Spende gem § 12 FMedG aus expliziter Solidarität mit der Gesundheit des potentiellen Kindes nicht zu verwenden.⁸¹

Hinzu kommt, dass der/die durchführende Mediziner_in „[...] darauf zu achten [hat...], daß das gewünschte Kind nicht durch eine zu enge verwandtschaftliche Beziehung des Samenspenders zur Frau in seiner Gesundheit gefährdet wird. [...] Dabei wird ausreichen, wenn die Namen der Eltern des Samenspenders erfragt und aufgezeichnet werden [...].“⁸²

Implizit wird die Gesundheit des potentiellen Kindes zudem auch pauschal über die gewebesicherheitsrechtlichen Vorschriften und die Vorschrift, wonach muF nur von Fachärzt_innen und iZhm Keimzellspenden nur in einer dafür zugelassenen Krankenanstalt durchgeführt werden dürfen (§§ 4, 5 FMedG), berücksichtigt (vgl auch unter 1. c)).

⁷⁹ 216 BlgNR 18. GP § 12 FMedG 21.

⁸⁰ Zu den Untersuchungsinhalten s ausführlich *Voithofer* (2018b) mwN.

⁸¹ S dazu ausführlich auch zur Ausnahme von diesem Grundsatz auf Basis einer begründeten Risikobewertung nach § 3 Abs 2 1. Satz GEEVO iVm § 9 GSG: *Voithofer* (2018b) mwN.

⁸² JAB 490 BlgNR 18. GP Zu §§ 12 und 15 FMedG 4.

d) Solidaritätsaspekt beziehungsfördernd/-hemmend

Die rechtliche Elternschaft ist – wie unter 1. e) und 3. e) bereits ausgeführt – auf das Paar mit Kinderwunsch beschränkt. Durch die Zeugung mittels Keimzellspende erfahren die familienrechtlichen Beziehungen in Österreich keine Erweiterung. Das Kind ist – wenn lebend geboren – in keine weitergehenden Beziehungen als ein Kind, das ohne muF und/oder Keimzellspende gezeugt wurde, eingebunden.

§ 20 Abs 2 FMedG zeigt sich aber explizit solidarisch mit den aus muF entstandenen Kindern, indem dem „[...] mit dem Samen oder den Eizellen einer dritten Person gezeugte[] Kind auf dessen Verlangen nach Vollendung des 14. Lebensjahres Einsicht in die Aufzeichnungen nach § 15 Abs. 1 [FMedG] zu gewähren und daraus Auskunft zu erteilen [ist].“⁸³ Damit garantiert der Gesetzgeber den Kindern, die aus einer Gametenspende entstanden sind, rechtlich die Identität des/der Spender_in und damit die genetische Herkunft erfahren zu können.⁸⁴

Dieser Solidaritätsaspekt wird lediglich hinsichtlich der faktischen Kenntnismöglichkeiten über die eigenen Zeugungsumstände durchbrochen. Die rechtlichen und sozialen Eltern haben nämlich keine rechtliche Verpflichtung, das Kind über die Verwendung von gespendeten Ei- und/oder Samenzellen im Rahmen seiner Zeugung aufzuklären. § 7 Abs 3 FMedG weist lediglich auf diese Herausforderungen für Eltern und Kind bei der Verwendung von gespendeten Gameten hin, behandelt dabei aber grundsätzlich das Thema Beratung des Paars sowie der Spender_innen vor der tatsächlichen Durchführung der muF-Behandlung, sodass hier lediglich der Versuch gemacht wird, die zukünftigen Eltern zu sensibilisieren, nicht aber eine gesetzliche Aufklärungspflicht zu verankern.

Empirische Studien weisen darauf hin, dass es dem Kindeswohl nicht abträglich ist, über die eigenen Zeugungsumstände von den Eltern aufgeklärt zu werden. Lediglich das durch das Kind entdeckte Belügen scheint negative Wirkungen zu zeitigen.⁸⁵

D. Ausblick

Der vorliegende Beitrag näherte sich dem sozialen Phänomen der Gametenspende aus rechtlicher Sicht und analysierte, inwieweit das in der österreichi-

⁸³ Ebda.

⁸⁴ S dazu ausführlich Maier (2014) 52-55.

⁸⁵ S dazu etwa Golombok/MacCallum/Goodman/Rutter (2002) 952-968.

schen Rechtsordnung definierte Spendedesystem solidarische Aspekte berücksichtigt und ob hier Solidarität implizit oder explizit als regulatorisches Prinzip eingesetzt wird.

Solidarität wurde im Rahmen dieser Analyse als Verhaltensweise definiert, bei der ein Individuum Kosten oder Mühen für eine andere Person übernimmt oder auf sich nimmt, damit eine andere Person besser gestellt wird.

Die (rechts-)tatsächliche Lebenswirklichkeit, dh die Funktionalität des österreichischen Spenderegimes, wird sich erst über die kommenden Jahre hinweg zeigen und kann anhand des § 21 FMedG Berichts, der für das Jahr 2016 zum ersten Mal erstellt wurde, iVm dem IVF-Register Jahresbericht auch empirisch verfolgt werden. Ausschnittsweise wurden die relevanten Fallzahlen in den vorliegenden Beitrag eingebunden. Eine rechtstatsächliche Evaluierung der Keimzellspende in Österreich ist allerdings auf eine mittel- bzw langfristige Beobachtung dieser quantitativen Erhebungen, sowie darüber hinaus gehende Begleitforschung angewiesen.

Der österreichische Gesetzgeber sollte in dieser Phase der Implementierung des Spenderegimes für menschliche Gameten auch andere, durchaus auf Solidarität beruhende Systeme mitbedenken, um mögliche Optimierungsaspekte der Evaluierungsergebnisse zu erkennen. Das österreichische Spenderegime wäre auf empirischer Basis dahin gehend zu bewerten, ob es entsprechend der Nachfrage nach Gameten genügend (inländisches) Angebot produziert. Ist dies nicht der Fall, so müsste der Gesetzgeber darauf reagieren und das Regelungsregime anpassen iS einer Optimierung.

In der Analyse haben wir einige unsolidarische Aspekte der geltenden Regelung heraus gearbeitet, deren Veränderung vom Gesetzgeber berücksichtigt werden könnte. So könnte etwa bei Knappheit des Pools an gespendeten Keimzellen überlegt werden, die angebotshemmenden Aspekte zu relativieren. Darunter fallen bspw die Alterseinschränkung der Eizellspenderin oder die Beschränkung auf die Verwendung der Spende in maximal 3 Beziehungen (s dazu Kap C. 3. a)) oder die Werbe- und Vermittlungsverbote (s dazu Kap C. 1. b), Kap C. 3. c)). Eizellspenderinnen könnte auch ein Erfahrungsaustausch mit früheren Spenderinnen ermöglicht werden.⁸⁶ Aber auch der vollkommen auf Altruismus der Spender_innen abzielende österreichische Regelungsrahmen könnte, reflektiert werden. Damit würde eine erhöhte Soli-

⁸⁶ Dies nannten mögliche Spenderinnen etwa in *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b) 2213.

darität mit den Spender_innen einhergehen. Folgende alternative Spendemodelle⁸⁷ wären dafür etwa bereits international etabliert:

- Das Anlegen einer eigenen Fertilitätsreserve:
Der/die Spender_in könnte die Spende nützen, um eine eigene Fertilitätsreserve anzulegen oder um die Qualität und Befruchtungsfähigkeit der eigenen Ei- bzw Samenzellen zu überprüfen. Dies scheint va bei der medizinisch invasiven Eizellenspende angebracht, um das Gesundheitsrisiko, das die Spenderin in Kauf nimmt, ausgleichend zu berücksichtigen.
- Das Teilen von Gametenspenden:⁸⁸
Bei diesem Modell durchläuft der/die Spenderin selbst eine muF- Behandlung. Durch Spende eines Teils der eigenen Keimzellen, würde ihm/ihr ein Teil der Kosten der eigenen Behandlung reduziert werden. Bei derartigen Sharing-Modellen erhalten die Spender_innen der Keimzellen keine direkte entgeltliche Gegenleistung, sehr wohl aber eine entgeltwerte Gegenleistung.

Darüber hinaus ließe sich andenken, einen Mechanismus bereitzustellen, der es auch den Spender_innen (oder deren rechtlichen Kindern) ermöglicht, mit dem Paar mit Kinderwunsch und/oder den mit ihren Keimzellen gezeugten Kindern, Kontakt aufzunehmen. Empirische Studien haben gezeigt, dass sowohl Spender_innen als auch Empfänger_innen ein Interesse daran hätten.⁸⁹

Zusammenfassend bleibt aus rechtstatsächlicher Sicht festzustellen, dass die gesetzlich (neu) geschaffenen Formen der Gametenspende in Österreich einer nachhaltigen empirischen Begleitforschung bedürfen, um relevante Erkenntnisse hinsichtlich der Funktionalität des Spenderegimes gewinnen zu können. Es kann daher in diesem Kontext von einem noch offenen, interessanten und

⁸⁷ Für eine empirische Überprüfung s. Nüssli/Sartorius/Bienz/Moffat/De Geyter (2014) 263-267. S auch Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer (2015) 31f; Vgl auch das „mirror system“: Ferraretti/Pennings/Gianaroli/Magli (2006) 2482-2485.

⁸⁸ S etwa „Egg sharing refers to the scheme whereby an IVF patient gives a portion of her eggs to an anonymously matched recipient in exchange for subsidized or free fertility treatment.“ Gürtin/Abjuha/Golombok (2012) 1690.

⁸⁹ Vgl Gürtin/Abjuha/Golombok (2012) 1693f, 1699; Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist (2003b) 2209ff mwN; Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist (2003a) 1107, 1111; Thorn/Katzorke/Daniels (2008) 2418; Yee/Hitkari/Greenblatt (2007) 2046. S ambivalent: etwa Baelens/Devroey/Camus/Steirteghem/Ponjaert-Kristoffersen (2000) 476-484.

gleichzeitig lohnenden Bestätigungsfeld für die Rechtstatsachenforschung gesprochen werden.

Literatur

- Baetens/Devroey/Camus/Steirteghem/Ponjaert-Kristoffersen* 2000: Counselling couples and donors of oocyte donation: the decision to use either known or anonymous oocytes, *Human Reproduction* 2000, 476-484.
- Barth* 2015: Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht in: *Barth/Erlebach* (2015) 3-13.
- Barth/Erlebach* 2015: Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015).
- Blyth/Frith* 2008: The UK's gamete donor 'crisis' - a critical analysis, *Critical Social Policy* 2008, 74-95.
- Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* 2008: Umwege zum eigenen Kind (2008).
- Bruno/Dudkiewicz-Sibony/Berthaut/Weil/Brunet/Fortier/Pfeffer/Ravel/Fauque/Mathieu/Antoine/Kotti/Mandelbaum* 2016: Survey of 243 ART patients having made a final disposition decision about their surplus cryopreserved embryos: the crucial role of symbolic embryo representation, *Human Reproduction* 2016, 1508-1514.
- Durkheim* 1992: Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (1930, dt 1977, Nachdruck dt 1992).
- ESHRE Task Force on Ethics and Law* 2007: The welfare of the child in medically assisted reproduction, *Human Reproduction* 2007, 2585-2588.
- ESHRE Task Force on Ethics and Law* 2002: Gamete and embryo donation, *Human Reproduction* 2002, 1407-1408.
- Faber* 2018: § 16 FMedG in: *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018).
- Ferraretti/Pennings/Gianaroli/Magli* 2006: Semen donor recruitment in an oocyte donation programme, *Human Reproduction* 2006, 2482-2485.
- Flatscher-Thöni* 2018: § 2b FMedG in: *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018).
- Flatscher-Thöni/Voithofer* 2018: FMedG-Kommentar (2018) – im Erscheinen.
- Flatscher-Thöni/Voithofer* 2015: Should Reproductive Medicine be Harmonized within Europe? *European Journal of Health Law* 2015, 61-74.
- Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer* 2015: Fortpflanzungsmedizingesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen? *juridikum* 2015, 26-34.
- Gesundheit Österreich GmbH* 2017a: IVF- Register Jahresbericht 2016 (2017).
- Gesundheit Österreich GmbH* 2017b: Statistik gemäß § 21 FMedG. Jahresbericht 2016 (2017).
- Golombok/MacCallum/Goodman/Rutter* 2002: Families with Children Conceived by Donor Insemination: A Follow-Up at Age Twelve, *Child Development* 2002, 952-968.
- Gürtin/Abjua/Golombok* 2012: Emotional and relational aspects of egg-sharing: egg-share donors' and recipients' feelings about each other, each others' treatment outcome and any resulting children, *Human Reproduction* 2012, 1690-1701.
- Kopetzki* 2009: Gewebesicherheitsrecht (2009).

- Leischner* 2009: Gewinnung vom lebenden Spender in: Kopetzki, Gewebesicherheitsrecht (2009) 176-217.
- Link* 2016: Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie – Konkurrenten oder wissenschaftliche Freunde? in: Ganner/Voithofer/Dahlvik/Fritzsche/Fuchs/Mayrhofer/Pohn- Weidinger (Hg) Rechtstatsachenforschung – Heute Tagungsband 2016. Recht & Gesellschaft: Forschungsstand, Perspektiven, Zukunft (2016) 37-49.
- Maier* 2014: Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, EF-Z 2014, 52-55.
- Marina/Expósito/Marina/Nadal/Masramón/Vergés* 1999: Oocyte donor selection from 554 candidates, Human Reproduction 1999, 2770-2776.
- Maxwell/Cholst/Rosenwaks* 2008: The incidence of both serious and minor complications in young women undergoing oocyte donation, Fertil Steril 2008, 2165-2171.
- Nüssli/Sartorius/Bienz/Moffat/De Geyter* 2014: Rahmenbedingungen für die Bereitschaft junger Schweizer Frauen zur Spende von Eizellen, Schweizerische Ärztezeitung 2014, 263-267.
- Pennings* 2009: International evolution of legislation and guidelines in medically assisted reproduction, Reproductive BioMedicine Online 2009, 15-18.
- Pennings* 2004: Legal harmonization and reproductive tourism in Europe, Human Reproduction 2004, 2689-2694.
- Polster* 2011: Gewebesicherheitsrecht (2011).
- Prainsack/Buix* 2016: Das Solidaritätsprinzip: Ein Plädoyer für eine Renaissance in Medizin und Bioethik (2016).
- Prainsack/Buix* 2012: Solidarität – Der Versuch einer neuen Definition (Solidarity – Attempting at a new definition) in: Weiss/Greif (Hg) Ethics, Society, Politics. Proceedings of the 35th International Wittgenstein Symposium, Kirchberg am Wechsel (2012) 574-596.
- Steiniger* 2014: Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht. Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft? (2014).
- Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* 2003a: Public opinion regarding oocyte donation in Sweden, Human Reproduction 2003, 1107-1114.
- Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* 2003b: Characterization of potential oocyte donors in Sweden, Human Reproduction 2003, 2205-2215.
- ter Meulen* 2017: Solidarity and Justice in Health and Social Care (2017).
- Thorn/Katzorke/Daniels* 2008: Semen Donors in Germany: A study exploring motivations and attitudes, Human Reproduction 2008, 2415-2420.
- Van den Akker* 2006: A review of family donor constructs: Current research and future directions, Human Reproduction 2006, 91-101.
- Villa* 2013: Prekäre Körper in prekären Zeiten - Ambivalenzen gegenwärtiger somatischer Technologien des Selbst in: Mayer/Thompson/Wimmer (Hg) Inszenierungen und Optimierungen des Selbst (2013) 57-74.
- Voithofer* 2018a: § 9 FMedG in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2018).
- Voithofer* 2018b: § 12 FMedG in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2018).

- Voithofer* 2016: Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetischer und sozialer Beziehungen: Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, Fampra.ch: die Praxis des Familienrechts 2016, 422-435.
- Yee/Hitkari/Greenblatt* 2007: A follow-up study of women who donated oocytes to known recipient couples for altruistic reason, Human Reproduction 2007, 2040-2050.
- Zeinhofer* 2009: Der Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes in Kopetzki (2009) 98-140.

Univ.-Ass.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81213
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Magdalena Flatscher-Thöni
Institut für Public Health, Medical Decision Making & HTA
Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik
und Technik, UMIT
Eduard-Wallnöfer-Zentrum 1, A-6060 Hall in Tirol
Telefon: 050/8648-3896
magdalena.flatscher-thoeni@umit.at

Andreas Oberprantacher

Deportabilität als Paradigma trans-nationaler Regierung

Philosophische Notizen zur fragilen Solidarität

Wer wie ich das Wort *Fremdenzimmer* als eines der ersten langen Worte der deutschen Sprache lesen gelernt hat, dem wird vielleicht auffallen, daß an das Wort *Fremde* ohne weiteres andere Wörter angefügt werden können, hinzugefügt werden können, zugefügt werden können. Im Deutschen kann man dem Wort *Fremder* etwas zufügen. Es ist auch möglich, Menschen etwas zuzufügen.

Peter Waterhouse, Fügungen. Versuch über Flucht und Recht und Sprache

A. De facto ist quasi de jure

An einer markanten Stelle gegen Ende des zweiten Buches ihrer Studie *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (1951/1955) kommt *Hannah Arendt* im Kontext ihrer Differenzierung zwischen *de jure* und *de facto* Staatenlosen¹ darauf zu sprechen, dass Situationen der Klandestinität, ja der Illegalität, in welche Menschen geraten, die nicht (mehr) als legitime staatsbürgerliche Subjekte gezählt und aus dem Bereich der Öffentlichkeit gedrängt werden, rechtlich infektiös seien. Situationen grassierender Staatenlosigkeit, die sich besonders in der Zwischenkriegszeit häuften² und von der modernen Vision einer bürgerlichen Gesellschaft dramatisch abwichen, sind laut *Arendt* insofern ansteckend, als sie sich, um es pointiert zu formulieren, *viral* im Corpus namens Rechtsstaat vermehren, indem sie sukzessive eine Serie von staatlichen Institutionen kontaminieren. In Erinnerung an jene rechtlich desaströse Pandemie, die vor etwa hundert Jahren europäische Gebiete sowie andere Teile des Globus befallen hatte, kommt *Arendt* zum provokanten Schluss, dass Regierungen im Umgang mit *de facto* Staatenlosen selbst zu illegalem Verhalten tendieren:

„In dem Maße, wie der Staatenlose selbst außerhalb des Gesetzes steht, zwingt er auch jede Regierung, die es mit ihm zu tun bekommt, die Sphäre des Gesetzes zu verlassen. Dies wird besonders deutlich, sobald es sich darum handelt, den Staatenlosen auszuweisen. Nun scheint es zwar selbstverständ-

¹ S *Arendt* (2010) 579. Ähnlich argumentiert auch *Paul Weis*, wenn er in seinem Beitrag „The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness, 1961“ (1962) betont, dass Art 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte eine Verkündigung „of a promissory and rather platonic nature“, *Weis* (1962) 1075, sei.

² S dazu ua die detaillierte völkerrechtshistorische Recherche von *Stiller* (2011) 58-79.

lich, daß man Staatenlose wegen ihrer Undeportierbarkeit in ein Heimatland nicht ausweisen kann; der Nationalstaat aber kann auf das Recht der Ausweisung schon darum nicht verzichten, weil er im Prinzip überhaupt nur aufgrund dieses Rechts Fremde auf sein Territorium läßt. Da kein Land den ausgewiesenen Staatenlosen aufnehmen will, und zwar schon deshalb nicht, weil es ja seinerseits dann den Staatenlosen nirgendwohin ausweisen kann, muß die Polizei, welche die Befehle auf Ausweisung vollstrecken soll, sich illegaler Mitteln bedienen. Bei Nacht also schmuggelt die Polizei des einen Staates den Staatenlosen auf das Territorium des Nachbarstaates und verstößt somit gegen dessen Gesetze; mit dem Erfolg, daß der Nachbarstaat sich der unbehaglichen Last in der nächsten nebligen Nacht seinerseits unter Verstoß gegen die Gesetze seines Nachbarn entledigt.“³

Arendt zufolge stellte sich in der Zwischenkriegszeit also immer wieder folgende Frage angesichts unzähliger Menschen, die mit dem „Standort in der Welt“⁴ zugleich den Verlust ihrer staatsbürgerlichen Rechte riskierten, zumal sie von keinem Staat als rechtlich ebenbürtige Subjekte anerkannt oder aufgenommen wurden: „Wie kann man den Staatenlosen wieder deportationsfähig machen?“⁵ Beantwortet wurde diese Frage mit der Institution von *Internierungslagern*, argumentiert *Arendt* und notiert ferner, ohne ihre an Sarkasmus grenzende Kritik zu verschweigen, dass diese Lageranstalten „[d]er einzige praktische Ersatz für das ihm mangelnde nationale Territorium [...] gewesen [sind]; sie sind die einzige *patria*, die die Welt dem Apatriden anzubieten hat.“⁶ Mit paradoxen Passagen wie diesen hat *Arendt* schon früh – so früh wie *Anna Seghers* mit ihrem Anti-Roman *Transit* aus dem Jahre 1944⁷ – darauf aufmerksam gemacht, dass die Deportation⁸ ein komplexes Verfahren ist, welches offiziell

³ *Arendt* (2010) 592f.

⁴ *Arendt* (2010) 613.

⁵ *Arendt* (2010) 594.

⁶ *Arendt* (2010) 594.

⁷ Bezeichnend ist etwa die Stelle gleich zu Beginn des zweiten Kapitels, als *Seghers* – vermittels einer namenlos bleibenden, *de facto* staatenlosen Person – schreibt, dass „diese alten, schönen [französischen] Städte [...] von verwilderten Menschen [wimmelten]. Doch es war eine andere Art von Verwilderung, als ich geträumt hatte. Eine Art Stadtbaum beherrschte diese Städte, eine Art mittelalterliches Stadtrecht, jede ein anderes. Eine unermüdliche Schar von Beamten war Tag und Nacht unterwegs wie Hundefänger, um verdächtige Menschen aus den durchziehenden Haufen herauszufangen, sie in Stadtgefängnisse einzusperren, woraus sie dann in ein Lager verschleppt wurden, sofern das Lösegeld nicht zur Stelle war oder ein fuchsschlauer Rechtsgelehrter, der bisweilen seinen unmäßigen Lohn für die Befreiung mit dem Hundefänger selbst teilte. Daher gebärdeten sich die Menschen, zumal die ausländischen, um ihre Pässe und Papiere wie um ihr Seelenheil.“ *Seghers* (1991) 37.

⁸ Der Begriff *Deportation* ist ein an sprachlichen Varianten und rechtlichen Facetten reicher: Er umfasst miteinander verwandte Terminologien wie „Ausweisung“, „Abschiebung“ oder „Auschaffung“ und reicht von forciertter „Außerlandesbringung“ über „Rückschiebung“ bis zur (an-

den legalen Zugang zu einem staatlichen Territorium regelt⁹ und inoffiziell immer wieder mit „illegalen Mitteln“ administriert wird, sprich: den Rand des staatsbürgerlichen Rechts markiert.

B. Das Regime namens Deportabilität im Fokus

In Erinnerung an diesen historischen Wink von *Arendt*, der ferner zu verstehen gibt, dass die Problematik der Deportation im Prinzip um jene der „Deportationsfähigkeit“, dh der *Deportabilität* – als Inbegriff der Bedingung der Möglichkeit, „Fremde“ (mehr oder weniger mit Gewalt) zu deportieren, die nicht unbedingt verwirklicht werden muss – kreist, nimmt sich mein rechtsphilosophisch akzentuierter Beitrag vor, ein paar programmatische Gedanken zu entfalten und Argumente zu entwickeln, die sich mit dem gegenwärtigen Regime namens Deportabilität befassen, und zwar im Spannungsfeld von Prozeduren der Solidarisierung und der Entsolidarisierung. Dabei kommt es meines Erachtens darauf an, das Regime namens Deportabilität, welches die Widersprüchlichkeit des Bemühens kondensiert, angesichts einer sich ungleich globalisierenden Welt Instanzen der souveränen Entscheidungsgewalt theatraлиз zur Schau zu stellen,¹⁰ als Paradigma trans-nationaler Regierung zu problematisieren. Wie sich nämlich im Fall des Verfahrens der Deportation zeigt, handelt es sich dabei um ein ebenso lokales wie globales *Regime*,¹¹ das sich

geblich) freiwilligen „Rückkehr“. Im Folgenden werde ich argumentieren, dass diese Varianten und Facetten un trennbar zusammenhängen und idS eben einen verwickelten *Knoten* bilden.

⁹ Eine geradezu klassische Formulierung, an die vermutlich auch *Arendt* gedacht haben wird, als sie schrieb, dass Fremde infolge des „Rechts der Ausweisung“ Zugang zu nationalstaatlich verfassten Territorien erhalten, ist jene von *Immanuel Kant*, welcher am Anfang des „Dritten Definitivartikels“ seines Traktats *Zum ewigen Frieden* (1795/1796) schreibt, dass es im Prinzip genauso rechents ist, einen Fremdling willkommen zu heißen, wie ihn „ab[zu]weisen, wenn es ohne seinen Untergang geschehen kann“, *Kant* (1992) 69.

¹⁰ *Wendy Brown* argumentiert mit ihrer Schrift *Walled States, Waning Sovereignty* (2010) ebenfalls, dass Grenzanlagen, so wie sie momentan diskutiert und – in selteneren Fällen – gebaut werden, das Phantasma einer staatlichen Souveränität beschwören, welche im Verschwinden begriffen ist und sich paradox manifestiert: „Seen from a slightly different angle, as responses to contested and eroding state sovereignty, the new walls project an image of sovereign jurisdictional power and an aura of the bounded and secure nation that are at the same time undercut by their existence and also by their functional inefficacy. Notwithstanding their strikingly physicalist and obdurate dimensions, the new walls often function theatrically, projecting power and efficaciousness that they do not and cannot actually exercise and that they also performatively contradict.“ *Brown* (2010) 25.

¹¹ Wenn im Folgenden vom *Regime* der Deportabilität die Rede sein wird, so folgt diese Diktion ua den Argumenten von *Giuseppe Sciotino*, der in einem viel beachteten Beitrag dafür plädierte, im Kontext all der Elemente, die den Status von Fremden definieren und tangieren, einen *plastischen* Begriff zu verwenden, welcher den Ambivalenzen und Inkonsistenzen der Verhältnisse eher entspricht als die (funktionalistischen und legalistischen) Theoreme der Sozial- und Rechtswissen-

nicht reduktiv begreifen lässt, indem man sich einseitig auf den Bereich der Jurisprudenz, auf einen einzelnen Nationalstaat oder auf eine erfolgte Deportation beschränkt. Es handelt sich stattdessen um ein variables Regierungs-instrument, das eine Menge von (teils konvergierenden, teils divergierenden) politischen und wirtschaftlichen Interessen subsumiert, zumal ja auch eine Vielzahl von Staaten, NGOs, Unternehmen und internationalen Agenturen in Theorie und Praxis daran beteiligt sind, sodass insgesamt eine diffuse Stimmung der Angst entsteht, welche zahllosen Menschen signalisiert, dass ihr rechtlicher Status so oder anders prekär ist und dass sie eventuell abgeschoben werden könnten.

Wenn ich zuvor vom *gegenwärtigen* Regime namens Deportabilität gesprochen habe, so möchte ich bewusst betonen, dass es keinen, jedenfalls keinen simplen gemeinsamen Nenner zwischen jenen vergangenen Situationen der Staatenlosigkeit gibt, mit denen sich Arendt gegen Ende der 1940er und zu Beginn der 1950er Jahre befasst hat, und denen, die ich diskutieren werde. Mir ist also nicht an der Wiederholung von *Giorgio Agambens* These gelegen, wonach es, wie er in seiner Schrift *Homo sacer* suggeriert, so etwas wie eine „innerste Solidarität zwischen Demokratie und Totalitarismus“¹² gibt, als ob wir uns nach wie vor auf einer historischen Linie mit totalitären Systemen der Deportation befinden würden. Was es vielleicht gibt, sind, wenn schon, um ein Wort aus *Walter Benjamins* Passagen-Schrift zu gebrauchen, „synchronistische“¹³ Relativen zwischen damaligen und heutigen Situationen, wie mit Menschen verfahren wird, denen das Bleiberecht abgesprochen oder entzogen wird – Rela-

schaften: „To conceptualise a migration regime has many advantages. First, it brings to attention the effects of norms in contexts, rather than operating a simple review of juridical rules. The notion of a ‘migration regime’, moreover, pays its due to the historical character of such regulation: a country’s migration regime is usually not the outcome of consistent planning. It is rather a mix of implicit conceptual frames, generations of turf wars among bureaucracies and waves after waves of ‘quick fix’ to emergencies, triggered by changing political constellations of actors. The notion of a migration regime allows room for gaps, ambiguities and outright strains: the life of a regime is the result of continuous repair work through practices. Finally, the idea of a ‘migration regime’ helps to stress the interdependence of observation and action.“ *Sciortino* (2004) 32f; s auch *Transit Migration Forschungsgruppe* (2007) 13f.

¹² Obwohl *Agamben* daran gelegen ist, diese These „mit aller Vorsicht“ (*Agamben* (2002) 20), wie er selbst schreibt, zu diskutieren, neigt er im Verlauf seiner weiteren Argumentation doch zu einigen problematischen Simplifizierungen, gerade was seine Einschätzung des Lagers „als biopolitisches Paradigma der Moderne“ (*Agamben* (2002) 127-189) betrifft. Problematisch ist an *Agambens* Einschätzung des (spät)modernen Lager-Archipels, dass er dieses primär unter dem Vorzeichen von Auschwitz als Inbegriff eines *fatalen Lagers* denkt. Was folglich marginalisiert wird, ist eine ganze Reihe von Lageranstalten, die staatsbürgerliche Rechte suspendieren oder nivellieren, indem sie vorgeben, Menschen vor lebensbedrohlichen Gefahren zu schützen: *rituale* (aber nicht minder problematische) Lager in der Tradition von Flüchtlingslagern.

¹³ *Benjamin* (1991) 578 [N 3, 1].

tionen, welche insgesamt eine differenziertere Lektüre der Geschichte variierender Logiken der Deportabilität erfordern würde, als sie mit diesem Beitrag geleistet werden kann.

Folgende Intervention ist also dem konzisen Versuch gewidmet, anhand von drei kurzen, um nicht zu sagen: sprunghaften argumentativen Schritten das gegenwärtige Regime namens Deportabilität von verschiedenen Seiten zu erkunden, um zumindest in Ansätzen zu begreifen, wie mit *de facto* Staatenlosen momentan umgegangen wird, welche – um jene ominöse Parole zu zitieren, welche zwischen Boulevard und Stammtisch kursiert – als *Illegale* diffamiert werden und prinzipiell als „abschiebbar“ denunziert werden. In einem ersten Schritt (C.) möchte ich mich zunächst einmal distanzieren, und zwar von jenen diskursiven Gemeinplätzen, welche die Diskussion der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit von Deportationen einseitig dominieren, indem sie zugleich erkennen, wie vielseitig die Interessen sein können, welche mitbestimmen, wie mit Deportationen theoretisch wie praktisch umgegangen wird. Anders gesagt, ich beginne mit einem Schritt zurück, um im Kontext einer elementaren Kritik, die vom Begriff der „Regierung“ von Michel Foucault inspiriert ist, ein paar normative Vorurteile anzusprechen, die nicht selten un hinterfragt bei der Beurteilung des Regimes namens Deportabilität zur Anwendung kommen. In einem zweiten Schritt (D.) werde ich im Gegenzug ausgewählte Thesen präsentieren, die dazu beitragen sollen, erkenntlich zu machen, dass die Genese von deportablen *Anderen*, dh von Menschen, welche die Grenzen des staatsbürglerlichen Rechts geradezu „verkörpern“, indem sie diese Grenzen als omnipräsente Angst erleben, gewaltsam entfernt werden zu können, auch ein ziemlich rentables Geschäft ist, von dem verschiedene Verbände und Organisationen profitieren. In diesem Sinne werde ich auch zu argumentieren versuchen, dass es zwischen der Geschichte der Abschiebung und der Geschichte der Kündigung einige erstaunliche Parallelen, wenn nicht sogar Kreuzungen gibt. Mit einem dritten Schritt (E.) möchte ich schließlich summarisch skizzieren, wie sich das Regime namens Deportabilität zu Prozeduren der Solidarisierung und der Entsolidarisierung verhält. Tatsächlich spricht einiges dafür, dass es mittlerweile eine ganze Menge nativistischer Ideologien gibt, welche – so wie im Fall der *Identitären Bewegung* – wiederholte Male Kampagnen für eine selektive Solidarität organisieren, wenn sie etwa im Namen der (ungewissen) Identität Europas verlangen, man solle vermehrt Menschen von sich weisen, die als *Fremde* stilisiert werden. Es handelt sich um nationalistische Solidarisierungskampagnen, die implizit oder explizit fordern, dass den Bemühungen um Solidarität Grenzen gesetzt werden sollen, ja müssen und dass Deportationen das geeignete Mittel der Wahl dafür sind.

C. Diskursive Gemeinplätze zum Verfahren der Deportation

Während sich das monumentale Projekt des 45. Präsidenten der Vereinigten Staaten, *Donald J. Trump*, eine massive Grenzanlage errichten zu wollen, welche sich kontinuierlich von Kalifornien bis nach Texas erstreckt, um illegale Querungen von Mittel- und Südamerika nach Nordamerika (und retour) zu verhindern, zusehends als Fata Morgana erweist, finden *forcierte* Deportationen¹⁴ nach Lateinamerika schon seit etwas mehr als zwei Jahrzehnten massenhaft statt. Seit *Bill Clintons State of the Union Address* am 24. Januar 1995, jenem Tag, als er versprach, die Grenzen der Vereinigten Staaten vor *illegal aliens* zu schützen, indem er sie vermehrt deportieren ließ,¹⁵ ist erkennbar, dass Deportationen ein integrales Verfahren zur Statuierung von Grenzen sind, deren Relevanz durch Prozesse der Globalisierung verunsichert wird. Tatsächlich hat es bereits im Verlauf von *Clintons Präsidentschaft* (1993-2001) einen rapiiden Anstieg von Deportationen als Instrument zur Regierung von Menschen gegeben, die sich schon seit geraumer Zeit (teils) undokumentiert in den Vereinigten Staaten befanden und einen signifikanten, aber kaum anerkannten (politischen, wirtschaftlichen, kulturellen etc) Beitrag zum allgemeinen „Brutosozialprodukt“ leisteten. Dieser Trend, Deportationen von Menschen, die als *Illegalen* deklassiert werden, instrumentell zu verwenden, um das Phantasma einer staatlichen Souveränität zu beschwören, ist spätestens seit *9/11* zu einem geradezu „normalen“ Bestandteil der Regierungen der Vereinigten Staaten geworden, wenn etwa bedacht wird, dass sowohl die Administration von *George W. Bush* (2001-2009) als auch jene von *Barack Obama* (2009-2017) an die 2 bzw 3 Millionen Menschen gewaltsam deportieren haben lassen und dass *Trump* in den ersten Monaten seit Amtsantritt weit mehr Menschen inhaftieren ließ,¹⁶ um sie so deportabler zu machen, als *Obama* im selben Zeitraum ein Jahr zuvor. Zudem lassen eine Menge von relativ rezenten Bundesgesetzen (zB *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act*, 1996), Regierungsdekreten (*Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*, 2017) und Programmen (zB *Secure Communities*, 2008; 2011; 2017) erkennen, dass es nach wie vor umfangreiche Regierungsmanöver gibt, um Deportationen – in Namen der *nationalen Sicherheit* – zu legitimieren.

¹⁴ Was denn als „Deportation“ bezeichnet werden kann, ist auch im Fall der Vereinigten Staaten eine (strittige) Frage der Definition. Generell wird zwischen so genannten *returns* und so genannten *removals* differenziert. Während *returns* ohne direkte Gewalt, dh angeblich freiwillig erfolgen, finden *removals* erzwungenermaßen im Rahmen von *removal proceedings* statt. Zwar ist die Anzahl der erfolgten *returns* seit ihrem „Spitzenwert“ im Jahr 2000 ziemlich gesunken, doch zugleich hat sich die Anzahl der *removals* erhöht und auf einem relativ hohen Wert von ca 240.000-410.000/Jahr eingependelt, <https://www.ice.gov/removal-statistics/2016> (19.8.2017).

¹⁵ S <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=51634> (19.8.2017).

¹⁶ Mit dem Verhältnis von *detention* und *deportation* im Sinne einer „Theory of Migrant Detainability“ hat sich *Nicholas de Genova* befasst. S. *de Genova* (2016).

Neben den Vereinigten Staaten, die sich schon seit ihren legendären Anfängen (als selbst-ernannter Staat des Asyls) im Grunde als *Deportation Nation* profilierten, wie *Daniel Kanstroom* mit seiner gleichnamigen Recherche von (fast) vergessenen Geschichten von Deportierten zu verstehen gibt,¹⁷ kann auch im Fall der Europäischen Union, Australiens, Israels, Südafrikas oder der Golf Staaten argumentiert werden, dass (angedrohte und durchgeführte) Deportationen seit dem Zerfall der Sowjetunion das probate Mittel sind, um Menschen zu diskriminieren, die wie *de facto* Staatenlose gemanagt werden. Gera-dezu zynische Forderungen und Versuche, in *failed states* wie Libyen oder auf extrem peripheren Inseln wie Nauru *Transitzentren* zu errichten, wohin Menschen jahrelang verbannt werden sollen, denen kaum Chancen zugestanden werden, Asyl zu erhalten, sind bloß die jüngsten Beispiele dafür, was für rechtlich bizarre Blüten das Regime namens Deportabilität zu treiben vermag. Im Folgenden können weder die historischen noch die konzeptuellen Zusammenhänge dieser miteinander verflochtenen Entwicklungsfäden diskutiert werden, sondern, wie bereits antizipiert, bestenfalls die signifikantesten Aspekte jener diskursiven Gemeinplätze, welche zur Folge haben, dass tendenziell ein relativ einseitiges Bild von Deportationen vorherrscht.

(a) Es handelt sich bereits um einen diskursiven Gemeinplatz zu glauben, dass die Deportation so etwas wie der Inbegriff souveräner Verfügungsgewalt ist oder, anders formuliert, dass sich im Verfahren der Deportation das vielzitierte Gewaltmonopol des Rechtsstaates regelrecht konzentriert. Wenngleich offenkundig einiges dafür spricht, dass staatliche Organe das Recht vertreten, „Fremde“, wie es etwa im österreichischen *Fremdenpolizeigesetz* lautet, „im Auftrag des Bundesamtes zur Ausreise zu verhalten“ (§ 46 Abs 1 leg cit), so wäre es in der Tat verkürzt, die Geschichte der Deportation primär unter dem Vorzeichen einer *souveränen Macht* zu lesen, welche auf Grundlage des staatsbürgerlichen Gesetzes entscheidet, wem gewisse Rechte zustehen und wem nicht, wer sich zurecht in einem Staatsgebiet aufhält und wer nicht, wer bleiben darf und wer abgeschoben werden muss. ISv *Foucaults Plädoyer*, dass sich im Zuge der „„biologische[n] Modernitätsschwelle“¹⁸ eine Macht zu formieren beginnt, die er zwischendurch als *Bio-Macht* bezeichnet und letzten Endes als Modalität

¹⁷ Entgegen der idealistischen Einstellung von *Thomas Paine* und *Thomas Jefferson*, die sich dafür aussprachen, die Vereinigten Staaten als Staat des Asyls zu ersinnen, vertritt *Kanstroom* die Auffassung, dass das Verfahren der Deportation in seinen Grundzügen zum Selbstverständnis dieses Staatenbundes gehört: „Doctrinally grounded in nineteenth-century conceptions of sovereignty, contemporary deportation is a living legacy of historical episodes marked by ideas about race, imperialism, and government power that we have largely rejected in other realms. Implicating much more than border control, deportation is also a fulcrum on which majoritarian power is brought to bear against a discrete, marginalized segment of our society.“ *Kanstroom* (2007) x.

¹⁸ *Foucault* (1983) 138.

eines Regierens begreift, der zufolge das (biologische) Leben insgesamt als Ressource zu werten ist, die sich selektiv kapitalisieren lässt,¹⁹ kann auch im Fall der Deportation argumentiert werden, dass es neben den staatlichen eine Vielzahl anderer Interessen gibt, die so oder anders mitbestimmen, ob, wer und wie deportiert wird. Ein keinesfalls seltenes Bsp, wie sich Kulturen des Managens mit Kulturen des Deportierens momentan vermischen, ist etwa der Auftrag des deutschen *Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge* (BAMF) an die Unternehmensberatung *McKinsey & Company*, ein Strategiepapier zu erarbeiten, wie sich noch mehr (freiwillige und unfreiwillige) Deportationen konsequent und effizient zugleich durchführen ließen.²⁰

(b) Ein weiterer diskursiver Gemeinplatz, der die Debatten um Deportationen maßgeblich dominiert und ähnlich problematisch ist, hat mit dem, sagen wir: legalistischen Verständnis von fremdenpolizeilichen Bestimmungen zu tun, als ob die Frage der Durchführung der Deportation vorrangig eine Frage der Interpretation und Exekution von Gesetzestexten sei. Auch in diesem Fall haben wir es mit einer gewissen rechtsphilosophischen Myopie zu tun, zumal dieser legalistischen Präferenz zufolge unbeachtet bleibt, dass noch ganz andere „Kräfte“ am Verfahren beteiligt sind. Wenn berücksichtigt wird, dass es eine ganze Reihe von Begleitumständen und -organisationen gibt, welche zum Verfahren der Deportation gehören, angefangen von Sachverständigen, die (dubiose) Gutachten zur Sicherheit von Ländern wie Afghanistan erstellen,²¹ oder Dolmetschbüros, die im Rahmen von Beschwerdeverfahren gegen negative Asylbescheide (tendenziös) übersetzen,²² oder Vereinen – wie der für seine regierungsnahe Einstellung berühmt-berüchtigte *Verein Menschenrechte Österreich* –

¹⁹ Foucault argumentiert in diesem Kontext, dass die „biologische Modernitätsschwelle“ insofern einen Umbruch der Machtverhältnisse markiert, als nun – im Unterschied zur souveränen Macht – nicht mehr der Tod, sondern das Leben die Insignie von Macht ist: „Die Tatsache des Lebens ist nicht mehr der unzugängliche Unterbau, der nur von Zeit zu Zeit, im Zufall und in der Schicksalhaftigkeit des Todes ans Licht kommt. Sie wird zum Teil von der Kontrolle des Wissens und vom Eingriff der Macht erfasst. Die hat es nun nicht mehr mit Rechtssubjekten zu tun, die im äußeren Fall durch den Tod unterworfen werden, sondern mit Lebewesen, deren Erfassung sich auf dem Niveau des Lebens halten muß. Anstelle der Drohung mit dem Mord ist es nun die Verantwortung für das Leben, die der Macht Zugang zum Körper verschafft.“ Foucault (1983) 138. Vgl dazu insb die Vorlesung vom 17. Januar 1979 zur *Geschichte der Gouvernementalität II*, Foucault (2006) 49-80.

²⁰ <http://www.zeit.de/2017/14/bamf-unternehmensberater-geschwindigkeiten-folgen-fluechtlinge> (19.8.2017).

²¹ Ein Gerichtssachverständiger, der mitverantwortlich dafür ist, dass die Lage in Afghanistan von österreichischen Gerichten zumindest partiell als akzeptabel eingeschätzt wird, um Abschiebungen durchführen zu können, ist Karl Mahringer: <http://www.karlmahringer.com/gerichtssachverstaedtiger/> (19.8.2017). S etwa BVwG 27.6.2017, W134 2139589-1/12E.

²² S die Studie „I don't understand your English, Miss“, Pöllabauer (2005).

reich²³ –, die sog Rückkehrberatungen anbieten, bis zu multinationalen Unternehmen, die am Vollzug von Deportationen partizipieren,²⁴ dann zeigt sich, dass Gesetzestexte keinesfalls den gesamten oder primären Kontext für das Regime namens Deportabilität bilden.

(c) Als diskursiver Gemeinplatz kann auch die Auffassung bezeichnet werden, dass das Regime namens Deportabilität letzten Endes darin besteht, Deportationen, wie vom staatlich verfassten Gesetz vorgesehen und verlangt, durchzuführen. So wie bereits von *Arendt* – in historisch früheren Zusammenhängen – betont wurde, dass Deportationen häufig undurchführbar seien, kommt es auch im Fall gegenwärtiger Situationen darauf an zu bedenken, dass das Verfahren der Deportation nicht unbedingt mit den erfolgten „Außenlandserbringungen“ koinzidiert oder darin kulminiert. Die Undurchführbarkeit von Deportationen hat allerdings nur bedingt damit zu tun, dass in einer Vielzahl von Fällen die dafür benötigten Heimreisezertifikate „Mangelware“ sind oder dass gegen bevorstehende Deportationen individuell oder kollektiv (mit wechselndem Erfolg) protestiert wird,²⁵ sodass effektiv von einem *deportation gap*²⁶ gesprochen werden kann, indem sich ua Menschen befinden, deren Aufenthalt – infolge momentan nicht durchführbarer Deportationen – temporär *geduldet*²⁷ wird. Sie hat auch damit zu tun, dass das Interesse, Menschen zu deportieren, deren Arbeitskraft infolge ihrer prekären Rechtslage recht *billig* sein kann, so widersprüchlich ist, dass es Bereichen des (dunkelgrau schattierten) Arbeitsmarktes durchaus gelegen kommt, wenn die Mehrzahl der *Illegalen* deportabel gemacht werden, ohne sie gleich zu deportieren.

(d) Es ist ferner ein diskursiver Gemeinplatz zu glauben, dass Deportationen, wenn sie denn stattfinden, substantiell rechtskonform durchgeführt werden,

²³ <http://www.verein-menschenrechte.at/rueck.html> (19.8.2017).

²⁴ <http://www.g4s.co.at/de-AT/Media-Centre/News/2017/01/16/Anhaltezentrum-Vordernberg-ist-Musterinstitution> (19.8.2017).

²⁵ Vgl dazu etwa die vielfältigen Protestbewegungen gegen Deportationen in Österreich, Rosenberger/Winkler (2014).

²⁶ Dieser *deportation gap* wird von *Matthew J. Gibney* im Fall von liberalen Rechtsstaaten als „huge gap“ bezeichnet „between the number of foreigners eligible to be deported from Western states and the number actually deported in any given year“ *Gibney* (2008) 147. Laut *Gibney* hat diese Abweichung ebenfalls damit zu tun, dass es prinzipiell um Deportabilität und nicht um Deportation geht: „Deportation has in recent years seemed more like a symbolic than a practical power for liberal states; a power that – while nominally at their disposal – is tightly constrained in its exercise by practical difficulties and liberal norms.“ *Gibney* (2008) 147f. S dazu auch Rosenberger/Küffner (2016).

²⁷ Zum dubiosen Rechtsinstitut der *Duldung*, welches in Deutschland (ebenso wie in vielen anderen Staaten) mittlerweile so etwas wie einen prekären Aufenthaltsstatus konstituiert, hat Philipp-Asmus Riecken eine Studie mit dem Titel *Die Duldung als Verfassungsproblem* (Riecken (2006)) veröffentlicht.

während die Verletzung rechtlicher Standards, wie etwa der menschenrechtlichen, eher akzidentellen Umständen geschuldet sei. Entgegen einer solch wohlwollenden Würdigung des Verfahrens der Deportation wäre zunächst einmal daran zu erinnern, dass auch von gegenwärtigen Regierungen eine ganze Palette von rechtlich dubiosen Strategien ersonnen werden, um so oder anders zu garantieren, dass sich das Regime namens Deportabilität verändernden Bedingungen anzupassen vermag, sprich: dass es in Summe operabel bleibt. Zu diesen Strategien gehören bilaterale Abkommen mit dysfunktionalen Staaten wie Libyen oder Afghanistan,²⁸ um das Problem der Heimreisezertifikate zum umgehen, das Outsourcing von sensiblen rechtlichen Kompetenzen an transnationale Unternehmen oder internationale Agenturen mit einer zweifelhaften menschenrechtlichen Bilanz wie *Frontex*²⁹ oder die mitunter brutale physische Gewalt beim Vollzug von Deportationen.³⁰ Auch idS markiert das Regime namens Deportabilität, wie bereits erwähnt, den Rand des staatsbürgerlichen Rechts.

(e) Und schließlich ist es auch noch ein diskursiver Gemeinplatz, wenn in – wohlwollender – kritischer Absicht die Position vertreten wird, dass sich das Regime namens Deportabilität keinesfalls mit einer fürsorglichen humanitären Grundhaltung vereinbaren lässt bzw dass Deportationen absolut inhuman sind. Auch in diesem Fall würde ich einwenden, dass sich die Administration der Deportabilität mittlerweile als so extrem flexibel erwiesen hat, dass sie effektiv gewissen Prinzipien des *humanitären Apparats*³¹ entsprechen kann. Anders gesagt, das Regime namens Deportabilität kann „hart“ und „weich“ zugleich sein.³² Ein besonders eklatantes Bsp dafür, wie sich Deportationen humanitär durchführen lassen, ist das *Anhaltezentrum* (aka Schubhaftzentrum) *Vordernberg*, welches von der *österreichischen Bundesimmobiliengesellschaft (BIG)* als „europäisches Vorzeigeprojekt“ definiert wurde.³³ Der Jargon, der vom Wie-

²⁸ S zur jüngeren Geschichte des italienischen „Engagements“ in Libyen, *Andrijasevic* (2010).

²⁹ S dazu *Lemberg-Pedersen* (2013).

³⁰ Der für den österreichischen Kontext historisch wohl bekannteste, aber keineswegs einzige Fall einer gewaltsamen Abschiebung mit tödlichen Folgen ist der von *Marcus Omofuma* im Jahr 1999. S <http://no-racism.net/rubrik/97/> (19.8.2017).

³¹ Dieser humanitäre Apparat wird ua von *Michel Agier* in seiner Studie *Managing the Desirables* (2008) im Detail charakterisiert und problematisiert. S *Agier* (2011) 199-210. Es gibt *Agier* zufolge so etwas wie eine „functional solidarity [...] between the humanitarian world (the hand that cares) and the police and military ordering (the hand that strikes) on the part of the world as a whole.“ *Agier* (2011) 5.

³² Diese Ambivalenzen sind lt *Sandro Mezzadra* und *Brett Neilson* geradezu typisch für gegenwärtige Versuche, Grenzen zu regieren. S *Mezzadra/Neilson* (2013) 175-183.

³³ Der Text zur Auslobung dieses architektonischen Projekts wurde mittlerweile gelöscht. In Auszügen kann er in diesem Interview mit dem Architekten *Michael Anhammer* nachgelesen werden: https://www.franzundsue.at/fileadmin/DOCS/Projekte/000_VOR_Schubhaftzentrum_Vorderberg/Publikationen/vordernberg_gespraech_fabian_faltin_sue.pdf (19.8.2017).

ner Büro SUE *Architekten* feierlich verwendet wurde, um das architektonische Projekt eines Schubhaftzentrums zu preisen und sozusagen von der Dunkelheit ans Licht zu holen, ist dabei charakteristisch für einen Regierungsstil, der sich im Namen humanitärer Grundwerte um eine andere Ästhetik der Deportation bemüht:³⁴ Das visionäre Schubhaftzentrum sollte familienfreundlich sein, sprachliche Diversität erlauben, Platz für Kultur bieten und die freie Religionsausübung ermöglichen. Mit anderen Worten, es sollte eine möglichst sozial erscheinende Lageranstalt sein, die mit der Umgebung harmonisiert und insgesamt einen einladenden Eindruck vermittelt. So wurde ua darauf verzichtet, die verschiedenen Glasflächen zu vergittern, um das Gebäude visuell aus der Kette der bisherigen Haftanstalten zu befreien. Und zugleich wurde mit relativ unscheinbaren Elementen – zB mit Lüftungsflügeln – dafür Sorge getragen, dass es ja kein „unkontrolliertes Aussteigen aus den Zimmern“ geben wird, wie vom *Bundesministerium für Inneres (BMI)* explizit gefordert wurde. Diese Ästhetik des Lichten und Leichten, ja der Transparenz dominiert auch im Inneren des Schubhaftzentrums, wo laut Projektbeschreibung mit verschiedenen Materialien die Idee einer „hochwertigen Herberge“ realisiert und den „angehaltenen Menschen“ zumindest ein „temporäres Zuhause“ geboten wird. Wenn das *Schubhaftzentrum Vordernberg* überhaupt etwas von dem hält, was in Prospekten und Interviews zum Projekt mit malerischen Worten versprochen wird, dann am ehesten, dass sich das Verfahren der Deportation und eine humanitäre Grundhaltung keineswegs widersprechen müssen. Sie vertragen sich in dem Maße, wie es mittlerweile vertretbar geworden ist, die Schubhaft als eine Anstalt zu konzipieren und zu vermarkten, in der ein „würdiges individuelles Lebens während der Anhaltung“ eingeräumt und menschliches Leben in seiner beliebigen Singularität zugleich als ungemein regierbar begriffen wird.

Diese fünf diskursiven Gemeinplätze, welche ich prägnant und exemplarisch zu skizzieren versucht habe, könnten um weitere ergänzt werden, sodass ich an dieser Stelle gar nicht behaupten möchte, dass es sich um alle relevanten handelt. Es handelt sich um einige ausgewählte, aber signifikante Gemeinplätze, die insgesamt zur Folge haben, dass tendenziell ein einseitig verzerrtes Verständnis vom Regime namens Deportabilität vorherrscht, ein Verständnis, das im Prinzip normative Vorurteile reflektiert, der Vielschichtigkeit der Verhältnisse jedoch kaum gerecht wird.

³⁴ S die Projektbeschreibung <https://www.franzundsue.at/projekte/schubhaftzentrum-vordernberg-steiermark/> (19.8.2017).

D. Deportabilität anders denken lernen

Wie lassen sich also, im Bewusstsein der bisher thematisierten Komplexität, Widersprüchlichkeit und Variabilität, gegenwärtige Situationen der Deportabilität begreifen, ohne sie gleich zu simplifizieren und – zwischen den Zeilen – das Narrativ des territorial organisierten Rechtsstaates unkritisch zu privilegieren? *Shabram Khosravis* auto-ethnographische Studie von Grenzen mit dem Buchtitel „Illegal“ Traveller (2010) bietet sich insofern an, die Diskussion nochmals von vorne zu beginnen und das Verfahren der Deportation anders denken zu lernen, als er mehrfach auf einen Aspekt der *de facto* Staatenlosigkeit zu sprechen kommt, der mit dem momentanen Risiko, eventuell deportiert zu werden, eng verknüpft ist: die *Angst*. Von seiner eigenen Angst berichtet *Khosravi*, der schon seit Jahren am Institut für Sozialanthropologie der Universität Stockholm tätig ist, Folgendes:

„I, who had crossed so many borders and lived in dangerous places, shared rooms with prostitutes and a cell with a murderer and drug smugglers, had become afraid to take the bus to the city centre, in one of the safest countries in the world. This deeply embodied fear stayed with me for a long time. Even today, though to a much lesser extent, I suffer from agoraphobia – a fear of being among others, of being seen. In that period of my life, I wrote a couple of amateurish short stories, which I never submitted for publication. One was about a young black man who always wore dark sunglasses, day and night, indoors and outdoors. He was protecting himself from the collective judgmental gaze. He could see without being seen. The other was about a young man who realized that he simply did not exist for others, when one day in the subway he talked to people and no one heard him and one woman simply walked right through him to get on the train.“³⁵

Khosravis paradoxes Geständnis ist bezeichnend, da er – ähnlich wie *Hamif Skif* mit seiner Erzählung *Geographie der Angst* (2006)³⁶ – zu verstehen gibt, dass das Regime namens Deportabilität trotz aller repressiven Maßnahmen auch furchtbar produktiv ist: Es produziert Unmengen von Menschen, die quasi

³⁵ *Khosravi* (2010) 71.

³⁶ *Skif* (2007). Der namenlose „Protagonist“ von *Skif* an *Anne Franks* Tagebuch erinnernde Erzählung berichtet etwa, dass *Illegalen* vermeiden müssen, „sich wegen einer Lappalie schnappen zu lassen. Eine unbezahlte Fahrkarte, und es kommt unweigerlich zur Überprüfung der Papiere. Ich bin diesen Anfängerfallen ausgewichen und habe sogar darauf geachtet, mich in der Metro oder im Bus nicht neben einen Ausgewanderten zu setzen. Einer ist viel. Zwei sind zu viel.“ *Skif* (2007) 14f.

permanent und ubiquitär mit der Angst leben müssen, deportiert werden zu können.³⁷

Während in der modernen „Disziplinargesellschaft“³⁸, dh in der „panoptischen Gesellschaft, deren allgegenwärtige Strategie die Einkerkerung ist“, wie *Foucault* am Ende von *Überwachen und Strafen* (1975) schreibt, „der Delinquent kein ‚Gesetzloser‘ [ist]“, da er ja „mitten in den Mechanismen [steckt], die unmerklich zwischen Zucht und Gesetz, zwischen Abweichung und Rechtsbruch vermitteln“³⁹, und „das Kerkersystem [...] das große Fundament der Normalisierungsmacht [war]“⁴⁰, begeistert sich die aktuelle *Kontrollgesellschaft* weit weniger für Regierungstechniken der Normalisierung oder für die institutionell fixierte Bestrafung von Delinquenz.⁴¹ Sie interessiert sich laut *Michael Hardt* und *Antonio Negri* va für eine modulierende Kontrolle, „die Bewusstsein und Körper der Bevölkerung und zur gleichen Zeit die Gesamtheit sozialer Beziehungen durchdringt.“⁴² Anders als beim „Kerker-Archipel“⁴³ der modernen Disziplinargesellschaft, mit dem sich *Foucault* gerade zu Beginn seiner Macht-Analytik befasst hat, spricht mittlerweile einiges dafür, dass das La-

³⁷ Wie *Khosravi* in Anlehnung an die Argumente von *Nathalie Peutz* und *Nicholas De Genova* sowie in Erinnerung an die zahlreichen Gespräche, welche er an verschiedenen Orten mit *Illegalen* geführt hat, schreibt, ist die wohl wichtigste Konsequenz des Verfahrens der Deportation die Produktion von deportablen *Anderen*, die in ihrer alltäglichen Angst tendenziell immobilisiert und infolgedessen regierbarer werden: „Constant risk of deportation – not the act of deportation itself – imposed a forced immobility on them. Fear is embedded in the condition of deportability.“ *Khosravi* (2010) 90f; s auch *Peutz/De Genova* (2010) 14.

³⁸ *Foucault* (1994) 249.

³⁹ *Foucault* (1994) 388f.

⁴⁰ *Foucault* (1994) 392.

⁴¹ Wie *Gilles Deleuze* bereits Anfang der 1990er Jahre in seinem viel zitierten *Postskriptum über die Kontrollgesellschaften* betont hat, befindet sich das „ideale Projekt der Einschließungsmilieus“ (*Deleuze* (1993) 254) schon seit geraumer Zeit in einer Krise. In einer Gesellschaft, die sich vornehmlich als unternehmerisch tätige verstehen möchte und für umfassende Kontrollen bzw für das sorgfältige Abwägen und Managen von Risiken ausspricht, geht es nicht länger darum, (delinquente) Körper an gewissen Orten in Verwahrung zu nehmen und unter Beobachtung zu stellen. Es geht vielmehr darum, zwischenmenschliches Verhalten im Geiste unternehmerischer Risikobereitschaft wiederholt so zu motivieren, dass es sich möglichst von selbst auf changierende Erfordernisse einstellt und proaktiv agiert. Mit dieser Transformation gesellschaftlicher Verhältnisse hängt laut *Deleuze* auch „eine tiefgreifende Mutation des Kapitalismus“ (*Deleuze* (1993) 259) zusammen, die unter anderem zur Folge hat, dass „die Fabrik [...] dem Unternehmen Platz gemacht [hat]“ (*Deleuze* (1993) 260) und mittlerweile ein anderer Mensch benötigt wird: „Der Mensch [der Kontrollgesellschaft] ist nicht mehr der eingeschlossene, sondern der verschuldete Mensch. Allerdings hat der Kapitalismus als Konstante beibehalten, daß drei Viertel der Menschheit in äußerstem Elend leben: zu arm zur Verschuldung und zu zahlreich zur Einsperrung. Die Kontrolle wird also nicht nur mit der Auflösung der Grenzen konfrontiert sein, sondern auch mit dem Explodieren von Slums und Ghettos.“ *Deleuze* (1993) 260.

⁴² *Hardt/Negri* (2002) 39.

⁴³ *Foucault* (1994) 383.

ger-Archipel der post-modernen Kontrollgesellschaft kein Einschließungsmilieu (im engen Sinne) konstituiert. Das gegenwärtige Verfahren der Deportation scheint in dem Maße zu einer technisch avancierten Kontrollgesellschaft und ihrem variablen Regierungsprogramm zu gehören, wie es ein transnationales Netz von Relaisstationen bildet, das viele Regionen mit ihren jeweiligen Gegebenheiten miteinander logistisch verbindet, um eine Kontrolle von Passagen bemüht ist und mit diversen Rhythmen den biopolitischen Transfer von Populationen, die prinzipiell als mobil erachtet werden, koordiniert. In diesem Sinne argumentiert *de Genova*: „deportability perfectly and precisely marks the zone of indistinction between a condition that is (virtually) stateless and one that is positively saturated with the state.“⁴⁴ Anders gesagt, das Regime namens Deportation vollzieht weit mehr die administrative Möglichkeit einer Deportation als ihre gesetzliche Notwendigkeit. Dementsprechend manifestieren sich lokale Schubhaftzentren wie das bereits genannte *Anhaltezentrum Vordernberg* auch nicht als geschlossene staatliche Haftanstalten, sondern als mehr oder weniger beklemmende globale Durchgangsräume, wo Menschen temporär angehalten werden und darauf warten (und erwarten) müssen, gewaltsam anderswohin verschoben zu werden.⁴⁵

Was mit dem Regime namens Deportabilität reguliert wird, ist demzufolge nicht mehr und nicht weniger als die Bedingung der Möglichkeit von gesellschaftlicher Teilhabe, die relative Permeabilität sozialer Zugehörigkeit. Dabei ist es keinesfalls so, dass vom Verfahren der Deportation in Summe erwartet wird, dass alle Menschen, die sich angeblich zu Unrecht hier befinden, in Schubhaft genommen und früher oder später auch tatsächlich deportiert werden. Das Regime namens Deportabilität versteht sich primär auf die Androhung einer Deportation und nicht zwingend auf ihre Durchführung. Wenngleich die Anzahl der Deportationen in der EU oder in den USA sowie in vielen anderen Ländern jährlich zig-tausende Menschen betrifft und bereits einige historische Konjunkturen erlebt hat,⁴⁶ bestimmt das Risiko einer drohenden Deportation auch das Leben unzähliger anderer, die noch nicht in

⁴⁴ *De Genova* (2010) 46.

⁴⁵ Sie dazu im Detail *Oulios* (2013) 261-276; s auch *Mezzadra/Neilson* (2003).

⁴⁶ In der Geschichte moderner Staatlichkeit hat es wiederholte Konjunkturen der Abschiebung gegeben, etwa Mitte der 1950er Jahre, als infolge der *Operation Wetback* über eine Million von *illegal aliens* von den Vereinigten Staaten nach Mexiko deportiert worden sind (s. *Akers Chaon/Davis* (2006) 194). Auch in der jüngeren Vergangenheit hat es wiederholte Male Massendeportationen gegeben, obwohl sie eigentlich gegen wichtige Prinzipien des Internationalen Rechts verstößen, so zB in Italien, wo zwischen Oktober 2004 und März 2005 mehr als 1.500 Menschen von Lampedusa nach Libyen deportiert wurden (s. *Andrijasic* (2010) 150). Einen Überblick über die historisch verdunkelte Geschichte der forcierten Ausweisungen bieten *Miltiadis Oulios* mit dem Buch zur Ausstellung *Blackbox Abschiebung* (*Oulios* (2013) 150-170) sowie *William Walters* mit seinem Aufsatz „Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens“ (*Walters* (2010)).

Schubhaft genommen worden sind, jedoch damit rechnen müssen, dass dies eventuell einmal der Fall sein könnte – und sie bestimmt auch das Leben ihrer Angehörigen, die sich ebenfalls mit solchen Angstzuständen arrangieren müssen. IdS lässt sich das Regime namens Deportabilität durchaus als Verknotung mehrerer miteinander verwandter Regierungsinstrumente begreifen, denn es kontrolliert – teils mit, teils ohne humanitärer Fürsorge – die Komposition des gesellschaftlichen Körpers und seiner Interessen, indem es sich auf das Registrieren und Sortieren von rechtlich verunsicherten Menschen spezialisiert.⁴⁷

Die bittere Ironie der gegenwärtigen Produktion von deportablen *Anderen* durch repressive Maßnahmen besteht laut *Khosravi* letzten Endes darin, dass Menschen, die verdächtigt werden können, *illegal* da zu sein, sich gesellschaftlich ziemlich angepasst verhalten, ohne zugleich auf die Gewährung bürgerlicher Rechte vertrauen zu dürfen.⁴⁸ So wie die (*de facto*) rechtlose Situation von *Illegalen* mit einem angepassten gesellschaftlichen Verhalten korrespondiert, so vertragen sich Situationen der Deportabilität allerdings auch mit einer relativ disponiblen Arbeitseinstellung,⁴⁹ ohne dass in dem einen wie in dem anderen Fall Rechte verliehen oder soziale Versicherungen garantiert würden. Wie *de Genova* schreibt, ist es idS auch kein Zufall, dass die als deportabel traktierten *Illegalen* zumeist in ihren alltäglichen Arbeitskleidern festgenommen werden.⁵⁰ Abgesehen davon, dass es ein erkennbares gesellschaftliches Interesse gibt, die Servilität von Arbeitskräften dramatisch zu erhöhen, indem sie rechtlich verunsichert werden, ist es auch häufig der Fall, dass mit der Deportation als Zwangsmaßnahme Lohnforderungen verhindert und lästige Konkurrenz eliminiert werden können.⁵¹ Um es ein wenig provokativ zu formulieren: Mit der amtlichen Geschichte der Deportation werden bewusst unzählige Geschich-

⁴⁷ Mit der changierenden Pluralität des Regimes namens Deportabilität hat sich *Welz* (2017) befasst.

⁴⁸ „The condition of ‘illegality’“ bzw der Deportabilität resultiert laut *Khosravi* tendenziell „in such docility that, in the words of a young undocumented Bangladeshi man in Stockholm, one ‘does not even dare to jaywalk’. Ironically, the undocumented migrant exemplifies the impeccable citizen.“ *Khosravi* (2010) 91.

⁴⁹ So argumentiert *de Genova*, dass: „It is deportability, and not deportation per se, that has historically rendered undocumented migrant labor a distinctly disposable commodity. [...] Thus, the legal production of ‘Illegality’ as a distinctly spatialized and typically racialized social condition for undocumented migrants provides an apparatus for sustaining their vulnerability and tractability as workers.“ *De Genova* (2002) 439; vgl dazu auch *de Genova* (2017).

⁵⁰ *De Genova* (2010) 48.

⁵¹ IdS macht auch *Justin Akers Chacón* darauf aufmerksam, dass in den Vereinigten Staaten mit massenhaften Deportationen zumeist dann gedroht wurde, wenn man Streiks von lateinamerikanischen Arbeitskräften verhindern oder brechen wollte: „Deportation was used to break strikes and deflect periodic capitalist crisis away from the system and toward particular ethnic groups.“ *Akers Chacón / Davis* (2006) 134. S dazu auch *Gardner* (2010); *Willen* (2010).

ten gewaltssamer Entlassungen und somit der Auf-Kündigung von Ansprüchen verdunkelt.⁵²

E. Fragile Solidarität

Das Regime namens Deportation ist für eine rechtsphilosophische Diskussion von Prozeduren der Solidarisierung und der Entsolidarisierung insofern bedeutsam, als es die Perplexitäten einer sich ungleich globalisierenden Welt quasi als „Miniatür“ exemplifiziert und dabei illustriert, wie strittig und fraglich der Appell zu Solidarität gegenwärtig ist. Es ist nämlich eine bezeichnende Charakteristik nativistischer Ideologien, dass sie im Namen der Solidarität verlangen, man soll sich allein mit (ethnisch) „verwandten“ Gruppen solidarisieren, indem man zugleich befremdliche *Andere* systematisch diskriminiert, disqualifiziert, ja deportiert. Im Sinne dieser nativistischen Präferenz, welche vielleicht selbst so etwas wie eine symptomatische Transformation der Ideologie des (mehrheitlich) verstaatlichten Nationalismus reflektiert, zumal das Prinzip der Geburt nun mit einem populistischen Ansatz verkoppelt wird, ohne dass es noch, ideologisch gesprochen, einer nennenswerten Vermittlung durch staatliche Instanzen bedürfte, ist jedenfalls auffällig, dass wiederholte Male von einer selektiven Solidarität die Rede ist, welche diametral gegen die Ansprüche anderer Menschen gerichtet ist, denen das Recht generell abgesprochen wird, wie ein ebenbürtiges Subjekt behandelt zu werden. Diese Haltung wird bspw erkennbar, wenn im Fall der Vereinigten Staaten an das so

⁵² Wie Rhacel Salazar Parreñas schon in ihrer ersten, ethnographisch informierten Studie *Servants of Globalization* betont, wo sie sich vor allem mit der Situation von *domestic workers* von den Philippinen und der globalen Reproduktion von Hausarbeiten befasst, gibt es seit einiger Zeit eine gewaltige Nachfrage an weiblichen Arbeitskräften, die genötigt werden, sich praktisch rechtslos in Haushalten anderer Leute zu verausgaben, indem sie deportabel gemacht werden. Neben jenen Zahlen, die in den offiziellen Statistiken sichtbar werden und einen ungefähren Anhaltspunkt bieten, wie viele Hausangestellte von den Philippinen in anderen Ländern beschäftigt werden, gibt es laut Salazar Parreñas' Studie eine kaum bezifferbare Anzahl von Bediensteten, die zumeist mit einem Tourismus-Visum Staatsgrenzen passieren und dann in den verschiedensten Schattenökonomen zu miserablen Bedingungen arbeiten. So kann etwa vermutet werden, wie Salazar Parreñas schreibt, dass die Mehrzahl der im Ausland arbeitenden Frauen von den Philippinen über keine arbeitsrechtlich relevante Dokumentation verfügt, was zur Folge hat, dass ihre Arbeitssituation im Allgemeinen extrem prekär ist und sie in den offiziellen Statistiken so gut wie unsichtbar bleiben: „Migrant Filipina domestic workers do indeed share the experience of partial citizenship. In various destinations of the diaspora, they are not protected by labor laws and as such are vulnerable to the exploitation of employers, including sexual harassment and abuse, excessive work hours with no overtime pay, and substandard living conditions. [...] In Hong Kong, for instance, domestic workers who flee abusive employers automatically face deportation proceedings due to the stringent legislation imposed against foreign domestic workers in 1987.“ Salazar Parreñas (2001) 49.

genannte *Minuteman Project*⁵³ gedacht wird, dessen Mitglieder das Verfahren der Deportation als Mittel der Wahl befürworten, um massenhaft Menschen zu verunsichern, die seit Jahrzehnten in Nordamerika leben und eine Vielzahl von Arbeiten und Diensten ohne Sozialversicherung, unter dem gesetzlich festgelegten Mindestlohn und nicht selten in gesundheitsschädlichen Umgebungen verrichten.⁵⁴ Sie wird aber auch erkennbar, wenn die Stunts der *Identitären Bewegung* bedacht werden, welche zuletzt die bizarre Mission *Defend Europe*⁵⁵ startete und ebenfalls von sich reden macht, indem ihre nationalen Sektionen für vermehrte Deportationen von *Illegalen* protestieren. Während in einem pro-europäischen Sinne die mangelnde Solidarität der EU-Mitgliedsstaaten beklagt werden könnte, welche die Dysfunktionalität des Dublin-Systems zu ihren eigenen nationalistischen Gunsten nützen und das Recht auf Asyl restriktiv behandeln,⁵⁶ formieren sich also auch nativistische Bewegungen, die aggressiv gegen die Solidarität mit Geflüchteten, Vertriebenen und Deplazierten hetzen und das Phantasma einer (vergangenen) verwandtschaftlichen Vergemeinschaftung beschwören.

Im Bewusstsein dieser naiv nativistischen Bewegungen – als Sinnbild einer regressiven Avantgarde – genügt es vermutlich nicht, progressiv für eine andere, sagen wir: für eine grenzenlose Solidarität mit Menschen, die momentan wie *de facto* Staatenlose traktiert werden, zu plädieren. Wenn es sich nämlich so

⁵³ Laut *Armando Navarro* entstand das *Minuteman Project* (<http://minutemanproject.com/>) um 2005 im Süden der Vereinigten Staaten, und zwar in einem extrem xenophoben Klima, für das va bewaffnete Milizen und populistische Medien verantwortlich waren. Es war schließlich ein Communiqué von *James Gilchrist*, einem Vietnam-Veteranen und Buchhalter, der sich auf die Minutemen zu Zeiten des Unabhängigkeitskrieges, aber auch auf den militanten Freiheitskämpfer *Paul Revere* sowie auf *George Putnam*, *Chris Smcox*, *Tom Tancredo* und *Barbara Coe* berief, das Gleichgesinnte dazu aufforderte, sich am (bewaffneten) Kampf gegen *Illegalen* zu beteiligen. Zwar gelang es dem *Minuteman Project* unter der Leitung von *Gilchrist* für einige Zeit, eine Menge von *nativists* um sich zu versammeln, aber schon nach wenigen Jahren haben sich eine Vielzahl alternativer und konkurrierender Cliquen etabliert, sodass mittlerweile eine Plethora von militanten, nativistisch agierenden *vigilantes* im Süden der Vereinigten Staaten interessiert sind, das Gesetz sozusagen „in die eigene Hand“ zu nehmen; s. *Navarro* (2009) 177-230.

⁵⁴ Wie *Akers Chacón* argumentiert, haben nativistische Bewegungen wie das *Minuteman Project* nachhaltig dazu beigetragen, dass es in den sog. Südstaaten der Vereinigten Staaten kaum eine gewerkschaftliche Organisation gibt, welche die Interessen der (in- und ausländischen) Arbeitskräfte vertreten würde: „Migrant workers' struggles for better wages and conditions are often followed by the rise of violent and racist nativist movements. Nativist movements (today characterized by groups like the Minuteman) are often drawn from the downwardly mobile middle-class and white-collar workers, but find boosters among the representatives of the elite. Their aim is to discipline 'unruly workers' and restore power and confidence in the dominant capitalist class.“ *Akers Chacón/Davis* (2006) 249.

⁵⁵ http://www.huffingtonpost.de/2017/08/07/defend-europe-identitaere-mittelmeer-c-star_n_17691832.html (19.8.2017).

⁵⁶ S dazu *Oberprantacher/Müller* (2017).

verhält, wie ich mit diesem Beitrag zu suggerieren versucht habe, und zwar, dass das Regime namens Deportation als Paradigma trans-nationaler Regierung begriffen werden kann, dann kommt es zunächst einmal darauf an zu verstehen, wie sich eine Vielzahl von Grenzen bereits verschoben hat, dass Grenzen mittlerweile anders gezogen und verhandelt werden. IdS habe ich auch argumentiert, dass das Verfahren der Deportation ein geradezu idealtypisches regulatives Regierungsinstrument ist, um die Komposition des gesellschaftlichen Körpers kontrolliert zu verwalten, und zwar so, dass diverse und nicht selten widersprüchliche lokale und globale Interessen aufeinander abgestimmt und untereinander angepasst werden: etwa das Interesse, den Transfer von Waren, Finanzen und Dienstleistungen zu liberalisieren, und das Interesse, die Mobilität von mehr oder weniger prekarisierten Menschen illiberal zu regieren. Anders gesagt, das Regime namens Deportabilität dient einer ungleichmäßigen Allokation von Rechten in einer Welt, die sich tendenziell als post-kolonial *und* als post-national definieren lässt. In dieser zum Zerreißen gespannten Welt gibt es keine Solidarität, in deren Namen man sich unstrittig miteinander identifizieren könnte. Es ist vielmehr so, dass im Namen der Solidarität der Streit selbst erkennbar wird, der im Moment dafür sorgt, dass Rechte dermaßen ungerecht verteilt sind.

Literatur

- Andrijasevic* 2010: From Exception to Excess: Detention and Deportations Across the Mediterranean Space in: de Genova/Peutz (Hg) *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement* (2010) 147-165.
- Agamben* 2002: *Homo sacer*. Die souveräne Macht und das nackte Leben (2002).
- Agier* 2011: Managing the Undesirables: Refugee Camps and Humanitarian Government (2011).
- Akers Chacón/Davis* 2006: No One is Illegal: Fighting Violence and State Repression on the U.S.-Mexico Border (2002).
- Arendt* 2010: Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2010).
- Benjamin* 1991: Gesammelte Schriften, Bd V.1: Das Passagen-Werk (1991).
- Brown* 2010: Walled States, Waning Sovereignty (2010).
- De Genova* 2017: The Autonomy of Deportation, *Lo Squaderno: Deportations, Bans, and Explosions* 44 2017, <http://www.losquaderno.professionaldreamers.net/wp-content/uploads/2017/05/losquaderno44.pdf>.
- De Genova* 2016: Detention, Deportation, and Waiting: Toward a Theory of Migrant Detainability, *Global Detention Project Working Papers* 38 2016, <https://www.globaldetentionproject.org/wp-content/uploads/2016/12/De-Genova-GDP-Paper-2016.pdf>.

- De Genova* 2010: The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement in: de Genova/Peutz (Hg) *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement* (2010) 33-68.
- De Genova* 2002: Migrant „Illegality“ and Deportability in Everyday Life, *Annual Review of Anthropology* 31 2002, 419ff.
- Delenze* 1993: Postskriptum über die Kontrollgesellschaften in: *Unterhandlungen* 1972-1990 (1993) 10-17.
- Foucault* 2006: Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II. Vorlesung am Collège de France 1978-1979 (2006).
- Foucault* 1994: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1994).
- Foucault* 1983: Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I (1983).
- Gardner* 2010: Engulfed: Indian Guest Workers, Bahraini Citizens, and the Structural Violence of the *Kefala* System in: de Genova/Peutz (Hg) *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement* (2010) 196-223.
- Gibney* 2008: Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom, Government and Opposition: *An International Journal of Comparative Politics* 2008, 146ff.
- Hardt/Negri* 2002: Empire. *Die neue Weltordnung* (2002).
- Kanstroomb* 2007: Deportation Nation: *Outsiders in American History* (2007).
- Kant* 1992: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis / Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf (1992).
- Karakayali/Tsianos* 2007: Movements that matter. Eine Einleitung in: *Transit Migration* Forschungsgruppe (Hg) *Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas* (2007) 7-22.
- Khosravi* 2010: „Illegal“ Traveller: An Auto-Ethnography of Borders (2010).
- Mezzadra/Neilson* 2013: Border as Method, or, The Multiplication of Labor (2013).
- Mezzadra/Neilson* 2003: Né qui, né altrove – Migration, Detention, Desertion: A Dialogue, *Borderlands* 2/1 2003, http://www.borderlands.net.au/vol2no1_2003/mezzadra_neilson.html.
- Navarro* 2009: The Immigration Crisis: Nativism, Armed Vigilantism, and the Rise of a Countervailing Movement (2009).
- Oberprantacher/Müller* 2017: A Question of Solidarity: Re-Defining Europe Through The Rights of „Others“? *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* 2017, 266-289.
- Oulios* 2013: Blackbox Abschiebung. Geschichten und Bilder von Leuten, die gerne geblieben wären (2013).
- Pedersen-Lemberg* 2013: Private Security Companies and the European Borderscapes in: Gammeltoft-Hansen/Nyberg Sørensen (Hg) *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration* (2013) 152-172.
- Pöllabauer* 2005: „I don't understand your English, Miss.“ Dolmetschen bei Asylanhörungen (2005).
- Riecken* 2006: Die Duldung als Verfassungsproblem. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland (2006).

- Rosenberger/Küffner* 2016: After the Deportation Gap: Non-Removed Persons and their Pathways to Social Rights in: Hsu/Reinprecht (Hg) Migration and Integration: New Models for Mobility and Coexistence (2016) 137-152.
- Rosenberger/Winkler* 2014: Com/passionate Protestes: Fighting the Deportation of Asylum Seekers, Mobilization: An International Quarterly 2014, 489ff.
- Salazar Parreñas* 2001: Servants of Globalization: Women, Migration, and Domestic Work (2001).
- Sciortino* 2004: Between Phantoms and Necessary Evils. Some Critical Points in the Study of Irregular Migrations to Western Europe in: Böcker/de Hart/Michalowski (Hg) IMIS-Beiträge 24: Migration and the Regulation of Social Integration (2004) 17-44.
- Seghers* 1991: Transit (1991).
- Skif* 2007: Geografie der Angst (2007).
- Stiller* 2011: Eine Völkerrechtsgeschichte der Staatenlosigkeit. Dargestellt anhand ausgewählter Beispiele aus Europa, Russland und den USA (2011).
- Walters* 2010: Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens in: de Genova/Peutz (Hg) The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement (2010) 69-100.
- Weis* 1962: The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness, 1961, International & Comparative Law Quarterly 1962, 1078 ff.
- Willen* 2010: Citizens, „Real“ Others, and „Other“ Others: The Biopolitics of Otherness and the Deportation of Unauthorized Migrant Workers from Tel Aviv, Israel in: de Genova/Peutz (Hg) The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement (2010) 262-294.
- Welz* 2017: Deportabilities: An Essay on the Complexity of a Social Condition, Lo Squaderno: Deportations, Bans, and Expulsions 44 2017, <http://www.losquaderno.professionaldreamers.net/wp-content/uploads/2017/05/losquaderno44.pdf>.

Assoz.-Prof. Dr. Andreas Oberprantacher
Institut für Philosophie
Universität Innsbruck
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507-40209
andreas.oberprantacher@uibk.ac.at

Solidarität und das Gemeinsame Europäische Asylsystem

A. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS)

Art 67 Abs 2 AEUV zufolge gibt es eine gemeinsame Asylpolitik der Union.¹ Sie bildet, wie in den einschlägigen Sekundärrechtsakten gesagt wird, einen „wesentlichen Bestandteil“² des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der wiederum nach Art 3 Abs 2 EUV eines der Kernprojekte der Union darstellt.³ Im Schoße der gemeinsamen Asylpolitik soll, so schon der Europäische Rat von Tampere im Jahr 1999, nach und nach ein „Gemeinsames Europäisches Asylsystem“ (GEAS) verwirklicht werden.⁴ Teilweise ist noch blumiger von der „Schaffung eines Europas des Asyls“⁵ die Rede.

So deutlich sich die normative Basis des GEAS im Primärrecht manifestiert, so sehr ist dieses Projekt gegenwärtig einem „Stresstest“ unterworfen – mit ungewissem Ausgang. Dabei röhrt die Beanspruchung auf der einen Seite von außerhalb der Union her: Wie das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) in seinem letzten – wie immer am 20.6., dem Weltflüchtlingstag – veröffentlichten Weltflüchtlingsbericht⁶ dokumentiert, sind gegenwärtig ca 65 Millionen Menschen auf der Flucht. Davon sind 40 Millionen Binnenvertriebene. Von den restlichen 25 Millionen strömen 86 % in Länder mit niedrigem bis mittlerem Einkommen (bis Ende 2015 flohen 2,5 Millionen Menschen in die Türkei, über 1 Million in den Libanon und über 600.000

¹ Die Bestimmung spricht wörtlich von einer „gemeinsamen Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen“ (vgl ganz ähnlich auch die Überschrift vor Art 77 AEUV). Der erste Bereich wird in Art 78 AEUV unter der Bezeichnung „gemeinsame Politik im Bereich Asyl, subsidiärer Schutz und vorübergehender Schutz“ aufgegriffen und entwickelt.

² 2. Erwägungsgrund VO (EU) 604/2013, ABI 2013 L 180/31 („Dublin-III-VO“).

³ Neben der Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung (Art 77-80 AEUV) gehören dazu auch die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art 81 AEUV), die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art 82-86 AEUV) sowie die Polizeiliche Zusammenarbeit (Art 87-89 AEUV).

⁴ Vgl bereits Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Tampere, 15./16.10.1999 Rn 13; vgl auch Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutze der Bürger, ABI 2010 C 115/1, Nr 6.2; vgl nunmehr ausdrücklich in Art 78 Abs 2 AEUV.

⁵ Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl, 24.9.2008, Ratsdokument 13440/08, 4.

⁶ <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html> (20.1.2017).

nach Jordanien).⁷ In die EU kommen im Vergleich dazu wenige Flüchtlinge, aber die absoluten Zahlen sind mit über 1,2 Millionen gestellten Asylanträgen im Jahr 2015 noch immer beachtlich.⁸

Obwohl es sich dabei nach wie vor um einen verhältnismäßig kleinen Anteil an der Gesamtbevölkerung der Union handelt, hat die „Flüchtlingskrise“ der letzten Jahre zu einer der schwersten Belastungsproben in der Geschichte der EU geführt. Manche würden sogar von einer Zerreißprobe sprechen. Vor diesem Hintergrund haben wir es auch mit einem Stresstest von innen zu tun. Schon seit geraumer Zeit gibt es engagierte, ja heftige Diskussionen um die eklatant ungleichmäßige Aufteilung von Asylwerberinnen und -werbern innerhalb der Union. Dabei ist der Diskurs, in dem diese Auseinandersetzung geführt wird, sehr stark einer über die (Grenzen der) *Solidarität* geworden, die die Unionsmitglieder einander diesbezüglich schulden.

B. Solidarität als Rechtsgrundsatz im GEAS

Von der gemeinsamen Asylpolitik heißt es sowohl in Art 67 Abs 2 als auch in Art 80 AEUV, sie „[gründe] sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten“ und für sie gelte „der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten.“ Daraus ergibt sich bereits ein bemerkenswerter Befund: In der unmittelbaren *sedes materiae* der gemeinsamen Asylpolitik wird die Solidarität als unionsrechtliches Konzept⁹ ausdrücklich angesprochen, und zwar als „Grundsatz“ („principle“, „principe“)¹⁰, auf den sich die gemeinsame europäische Asylpolitik, so wird immerhin gesagt, „gründet“ („based“, „fondée“). Dabei geht es in beiden zitierten Bestimmungen um die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.

Eben dieser letztere Aspekt hat den Solidaritätsdiskurs im europäischen Asylrecht bislang geprägt, ja teilweise monopolisiert.¹¹ Von daher ist kritisch anzu-

⁷ Ibid 15.

⁸ Ibid 35.

⁹ Vgl zur Solidarität im Unionsrecht allgemein *Calliess* (2002); *Gussone* (2006); *Lais* (2007); *Hilpold* (2007) 195; *Ross/Borgmann-Prebil* (2010); *Müller* (2010) 77; *Boutayeb* (2011); *Sangiovanni* (2013) 213; *Kadelbach* (2014) 9.

¹⁰ So etwa die Mitteilung der Kommission über verstärkte EU-interne Solidarität im Asylbereich. Eine EU-Agenda für weitergehende Teilung der Verantwortung und mehr gegenseitiges Vertrauen, KOM(2011) 835 endg, 2: „Solidarität ist einer der Grundwerte der Europäischen Union und eines der Grundprinzipien der gemeinsamen europäischen Asylpolitik [...].“

¹¹ Vgl aus der überbordenden Literatur etwa *Fröhlich* (2011) 262ff, 317ff; *Bieber/Maiani* (2012) 311ff; *McDonough/Tsourdi* (2012) 67ff; *Marx* (2012b) 409ff; *Goldner Lang* (2013) 1ff; *Groenendijk* (2013) 41; *Hilpold* (2016) 389ff.

fragen, ob im europäischen Asylrecht nicht auch ein alternatives bzw komplementäres Solidaritätsverständnis verankert ist. Schon lange besteht die Kritik, dass die europäische Asylpolitik (jetzt nicht *legaliter*, sondern *politice* verstanden) die Schutzsuchenden als Hauptbetroffene aus dem Blick verloren habe. Sie würden va als von den Mitgliedstaaten zu verkraftende Belastungen und damit zuallererst als Problem dargestellt; nicht umsonst ist ständig von „Lastenteilung“ oder „burden sharing“ die Rede.¹² Viel weniger wird dagegen untersucht, ob sich für diese Kritik spezifisch europarechtliche Argumente ins Treffen führen lassen. In der Literatur gibt es dafür durchaus Ansätze,¹³ die aber einerseits noch zu wenig Beachtung gefunden haben, andererseits noch weiterer Präzisierung und Schärfung bedürfen. Bei genauerer Betrachtung finden sich im Primärrecht neben der ausdrücklichen Nennung in Art 67 und 80 AEUV noch weitere für die europäische Asylpolitik relevante Verankerungen des Solidaritätsgedankens, also „Solidaritätsressourcen“.

1. Ausdrückliche Bezugnahme auf Solidarität in den Verträgen

a) Mitgliedstaatliche Solidarität

Besonders prominent verwendet wird der Solidaritätsbegriff in den Verträgen iZhm der europäischen Asylpolitik und bezieht sich dabei, wie erwähnt, zuallererst auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten (Art 67 Abs 2, Art 80 AEUV). Dabei ist bemerkenswert, dass Art 80 AEUV ausdrücklich von einer gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten, „einschließlich in finanzieller Hinsicht“ spricht, womit die finanzielle Solidarität vom Primärrecht selbst als eine (wenn auch nicht die einzige) Dimension mitgliedstaatlicher Solidarität identifiziert wird.¹⁴

Der Sache nach erfolgt eine Verankerung mitgliedstaatlicher Solidarität in Asylsachen auch durch Art 78 Abs 3 AEUV. Dieser ermächtigt im Falle eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen, der einen oder mehrere Mitgliedstaaten in eine Notlage bringt, den Rat, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten zu erlassen. Wird in dieser Gesetzgebungsermächtigung der

¹² Zum problematischen Charakter der Terminologie vgl *Mitsilegas* (2014) 186, 190, 198; *Bast* (2014) 27.

¹³ So *Tohidipur* (2012) 164, 179; *Mitsilegas* (2014) 186f; *Marx* (2012a) 189; *Bast* (2014) 21; vgl auch ansatzweise Kommission (Fn 10) 12: „[...] da die Union nicht nur ihren Mitgliedstaaten gegenüber verpflichtet ist, sondern auch den Asylbewerbern“. Vgl zu alledem auch *Müller* (2015) 465ff.

¹⁴ Vgl dazu noch Fn 116.

Begriff Solidarität auch nicht explizit verwendet, manifestiert sich der Solidaritätsgedanke doch deutlich darin. Der starke Solidaritätsbezug zeigt sich darüber hinaus klar in der auf Grundlage einer Vorgängerbestimmung erlassenen *Mass-influx*-Richtlinie¹⁵, die mehrfach ausdrücklich auf den Solidaritätsbegriff rekurriert,¹⁶ sowie im ausdrücklich auf Art 78 Abs 3 AEUV gestützten Beschluss über vorläufige Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland.¹⁷

Des weiteren ist mitgliedstaatliche Solidarität – freilich ohne unmittelbaren Bezug zum hier gegenständlichen GEAS – an mehreren anderen Stellen in den Verträgen *expressis verbis* vertreten, allen voran in der Solidaritätsklausel des Art 222 AEUV,¹⁸ aber auch in Art 122 AEUV (Wirtschaftspolitik) und Art 194 AEUV (Energiepolitik). Auch in der Kohäsionspolitik (Art 174f AEUV) geht es um Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, obgleich hier an Stelle dessen vom „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“¹⁹ die Rede ist. Darüber hinaus wird Solidarität mehrfach in der Gemeinsamen Europäischen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) angesprochen, namentlich in Gestalt der „gegenseitigen politischen Solidarität der Mitgliedstaaten.“²⁰ Auch die Präambel des EUV frönt ganz allgemein „dem Wunsch, die Solidarität zwischen [den] Völkern [der Union]“ zu stärken. Die zahlreichen Nennungen weisen klar in eine Richtung: Solidarität in den Verträgen ist zuallererst eine Angelegenheit zwischen den Mitgliedstaaten, ist mitgliedstaatliche Solidarität.²¹

¹⁵ RL 2001/55/EG, ABl 2001 L 212/12. Die Richtlinie stützte sich insb auf Art 63 Nr 2 lit a und b EGV idF des Vertrags von Amsterdam; vgl nunmehr Art 78 Abs 2 lit c AEUV.

¹⁶ Vgl ibid Präambularsätze 7, 9 und 20, va aber das mit „Solidarität“ überschriebene Kapitel VI der RL (Art 24-26). Dort ist von der Schaffung eines „Solidaritätsmechanismus“ die Rede sowie von einer Aufnahme von Personen durch die Mitgliedstaaten „im Sinne der Gemeinschaftssolidarität“. Vgl in dieser Richtung bereits Europäischer Rat von Tampere (Fn 4) Rn 16 („auf der Grundlage der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“).

¹⁷ Beschluss 1601/2015/EU vom 22.9.2015, ABl 2015 L 248/80; s dazu noch Text bei Fn 130.

¹⁸ S dazu auch Erklärung Nr 37 zu Art 222 AEUV, ABl 2012 C 326/351. Vgl weiterführend *Martino* (2014); vgl insb zu Krieg und humanitären Krisen als „vom Menschen verursachte Katastrophe“ iSD Vorschrift ibid 69f.

¹⁹ Zur diesbezüglichen Verwendung des Solidaritätsbegriffs in früheren Vertragsfassungen vgl Müller (2010) 91f.

²⁰ Vgl Art 24 Abs 2 und 3 sowie Art 31 und 32 EUV, wo zumeist von der „politischen Solidarität“ der Mitgliedstaaten oder ihrem Handeln „im Geiste gegenseitiger Solidarität“ die Rede ist.

²¹ Vgl *Bieber/Maiani* (2012) 297; *Bast* (2014) 20; *Groenendijk* (2013) 41ff.

b) Transnationale Solidarität

Bei genauerem Beschen zeigt sich jedoch, dass Solidarität im Primärrecht beileibe kein eindimensionaler Begriff ist. Die Werteklausel des Art 2 EUV legt fest, dass die Werte, auf die sich die Union gründet, allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam sind, die sich ua durch Solidarität auszeichnet. Hier wird bereits greifbar, dass es in Abhebung von den obigen Beispielen nicht so sehr um zwischenmitgliedstaatliche, sondern um die Unionssolidarität in Bezug auf und gegenüber Individuen geht.

Diese transnationale²² Dimension der Solidarität wird durch einen Blick in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) noch verstärkt. De- ren Präambel legt fest, dass die Union sich auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und eben der Solidarität gründet. Darüber hinaus enthält sie einen eigenen, mit „Solidarität“ überschriebenen Titel IV (Art 27-38 GRC). Ohne hier auf die darin garantier- ten (va sozialen) Rechte²³ näher eingehen zu können, ist es der GRC dabei hauptsächlich um Solidarität in Bezug auf Unionsbürger(innen) oder Dritt- staatsangehörige, die schon Aufenthaltstitel in der EU haben und idS zur Union „gehören“²⁴, zu tun.

c) Transunionale Solidarität

Am wenigsten deutlich manifestiert sich im Primärrecht das, was man transunionale Solidarität nennen kann, dh die Solidarität gegenüber Menschen jenseits der Unionsgrenzen, namentlich Menschen auf der Flucht und Hilfesuchende aus Drittstaaten. Dementsprechend wird ihr in der Literatur auch am wenigsten Aufmerksamkeit gewidmet.²⁵ Sie ist nichtsdestotrotz bereits im Wortlaut der Verträge gegenwärtig.

Diesbezüglich lohnt der nochmalige Blick in die Präambel der GRC. Immerhin ist dort vom „unteilbaren und universellen Wert [...] der Solidarität“ die Rede. Ist er, wie behauptet, wirklich universell, wäre es seltsam, wenn er an den Grenzen der Union hältmachte. Der an die Wiener Menschenrechtserklä-

²² Zum Begriff vgl etwa *Sangiovanni* (2013) 217, 211 („principles governing our relations qua European citizens and residents“).

²³ S in diesem Zusammenhang auch die Querschnittsklausel des Art 9 AEUV.

²⁴ Kritisch zum diesbezüglich „ausschließenden“ Charakter des Solidaritätskonzepts *Mitsilegas* (2014) 187.

²⁵ Bemerkenswert ist idZh, dass *Mitsilegas* (2014) 187 im Blick auf die im Übrigen umfassenden Solidaritätsanalyse von *Sangiovanni* (2013) just das Fehlen der (hilfsbedürftigen) Drittstaatsangehö- rigen kritisiert.

rung von 1993 angelehnte Wortlaut²⁶ gibt dem Ganzen vielmehr eine globale Dimension. Und die Präambel fährt sogleich mit dem vielbeschworenen Satz fort, wonach die Union „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns [stellt], indem sie [...] einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.“ Wenn wir die Europäische Union bei der pathetischen, ja hochtrabenden Rede von „dem Menschen“ ernst nehmen können, dürfen davon nicht nur „europäische Menschen“ erfasst sein, sondern auch Asylsuchende von außerhalb des Kontinents. Dazu kommt, dass die Anthropozentrikklause selbst die Verbindung zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts herstellt, der seinerseits die unmittelbare Heimat der gemeinsamen europäischen Asylpolitik darstellt.²⁷

Darüber hinaus bekennt die Union in Art 21 Abs 1 EUV, sie lasse sich bei ihrem Handeln auf internationaler Ebene von den Grundsätzen leiten, die für ihre eigene Entstehung, Entwicklung und Erweiterung maßgeblich waren und denen sie auch weltweit zu stärkerer Geltung verhelfen will, und nennt dies bezüglich ua den Grundsatz der Solidarität. Damit wird das Solidaritätskonzept ausdrücklich in einen die Unionsgrenzen überschreitenden und idS transunionalen Kontext gestellt.²⁸ Wegen der verhältnismäßig schwachen Absicherung im Wortlaut der Verträge ist die transunionale Dimension der Solidarität freilich bislang unterbelichtet geblieben. Eine genauere Untersuchung des Primärrechts fördert jedoch weitere transunionale Solidaritätsressourcen zu Tage.

2. Weitere transunionale Solidaritätsressourcen

a) Genfer Flüchtlingskonvention als Maßstab der europäischen Asylpolitik

Art 78 Abs 1 AEUV normiert, dass die gemeinsame Asylpolitik „im Einklang“ mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von 1951 und dem New Yorker Protokoll von 1967²⁹ stehen müsse.³⁰ Ganz ähnlich garantiert Art 18

²⁶ Vgl Vienna Declaration and Programme of Action, as adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna, 25.6.1993, Nr 5: „All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.“

²⁷ Vgl Fn 3.

²⁸ Vgl in diesem Zusammenhang Art 3 EUV, der freilich verschiedene Solidaritätsdimensionen kombiniert, indem er in Abs 3 von der Solidarität zwischen den Generationen und jener zwischen den Mitgliedstaaten und in Abs 5 von Solidarität auf internationaler Ebene spricht.

²⁹ Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, BGBl 55/1955; Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, BGBl 78/1974. Vgl auch Europäischer Rat von Tampere (Fn 4) Rn 13, wo von einem GEAS die Rede ist, „das sich auf die uneinge-

GRC das Recht auf Asyl „nach Maßgabe“ dieser völkerrechtlichen Vorschriften.³¹ Die Bezugnahme wird im einschlägigen Sekundärrecht rituell wiederholt.³² Auch die stRsp unterstreicht, dass sich das GEAS „auf die uneingeschränkte und umfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention [stützt].“³³

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass Art 78 Abs 1 AEUV keine Bindung der Union an die GFK und das New Yorker Protokoll iSd Art 216 Abs 2 AEUV herbeiführt. Die Union ist diesen völkerrechtlichen Verträgen nie beigetreten.³⁴ Auch sind die Voraussetzungen für eine Funktionsnachfolge,³⁵ wie sie etwa für das GATT 1947 angenommen wird, nicht gegeben. Zwar sind alle EU-Mitgliedstaaten Parteien der GFK,³⁶ aber es wurde nie zum Ausdruck gebracht, dass die Union in diesem Bereich an die Stelle der Mitgliedstaaten treten solle, und solches wurde auch von den anderen Vertragsparteien der GFK nicht anerkannt. Vielmehr treten iZhm der GFK die EU-Mitgliedstaaten nach wie vor selbst als Vertragsparteien auf.³⁷ Daraus folgt indes nicht, dass die Bezugnahmen in Art 78 Abs 1 AEUV und Art 18 GRC ein bloßes politisches Bekenntnis und rechtlich unbeachtlich wären. Vielmehr wird hier primärrechtlich angeordnet, dass der Unionsgesetzgeber bei der Ausgestaltung des Sekundärrechts auf Buchstaben und Geist der GFK Rücksicht nehmen muss.

schränkte und allumfassende Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention stützt“; vgl des weiteren Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl (Fn 5) 3: „Der Europäische Rat [...] bekräftigt feierlich, dass die Migrations- und Asylpolitik mit den Normen des Völkerrechts, insb mit jenen, die die Menschenrechte, die Würde des Menschen und die Flüchtlinge betreffen, im Einklang stehen muss.“ Vgl auch Stockholmer Programm (Fn 4) Nr 6.2.1.

³⁰ Art 78 AEUV nennt auch „andere einschlägige Verträge“, worunter nach hM va das aus Art 2 und 3 EMRK abgeleitete Refoulement-Verbot zu verstehen ist; vgl Weiß (2012) Art 78 AEUV Rn 6. Zu denken ist wohl auch etwa an die UN-Kinderrechtskonvention, BGBI 7/1993. Streitig ist dagegen mangels Ratifizierung durch alle EU-Mitgliedstaaten die Einbeziehung des Europäischen Übereinkommens über die Abschaffung der Visumspflicht für Flüchtlinge vom 16.10.1980 (dafür *Graßhof* (2012b) Art 78 AEUV Rn 13; dagegen *Thym* (2015) Art 78 AEUV Rn 19 mwN).

³¹ Die Erläut zu Art 18 GRC, ABI 2007 C 303/24 verweisen auf Art 78 AEUV und Art 63 EGV als dessen Vorgängerbestimmung.

³² Vgl etwa 3. und 4. Erwägungsgrund sowie Art 20 Abs 1 RL 2011/95/EU, ABI 2011 L 337/9; 3. Erwägungsgrund RL 2013/32/EU, ABI 2013 L 180/60; 3. Erwägungsgrund RL 2013/33/EU, ABI 2013 L 180/96; 3. Erwägungsgrund VO (EU) 604/2013, ABI 2013 L 180/31.

³³ EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10, N.S. und M.E., EU:C:2011:865 Rn 75 mit Verweis auf die Vorjudikatur.

³⁴ Im Stockholmer Programm (Fn 4) Nr 6.2.1 wird ein Beitritt der Union zur GFK und zum New Yorker Protokoll in Aussicht genommen, vorbehaltlich eines Berichts der Kommission über die rechtlichen und praktischen Folgen eines derartigen Beitritts.

³⁵ Vgl zur Funktionsnachfolge und ihren Voraussetzungen etwa *Schroeder* (2017) § 21 Rn 20.

³⁶ Vgl EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10, N.S. und M.E., EU:C:2011:865 Rn 4.

³⁷ Vgl *Kortländer* (2013) 241, 260ff, insb 269; *Thym* (2015) Art 78 AEUV Rn 6 Anm 6.

Ihr kommt insoweit Maßstabsfunktion für die europäische Asylpolitik zu.³⁸ Eine Folge davon ist das Gebot der völkerrechtsfreundlichen oder -konformen Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts.³⁹

Vor diesem Hintergrund ist bedeutsam, dass die GFK Ausdruck solidarischen Verhaltens mit Menschen in aller Welt ist, die auf der Flucht sind. Dabei handelt es sich nicht nur um eine *façon de parler*. Ein klassischer Aufsatz des deutschen Völkerrechtlers *Otto Kimminich*, selbst Sudetenvertriebener, trägt den Titel: „Die Genfer Flüchtlingskonvention als Ausdruck globaler Solidarität“.⁴⁰ IdS wird auch argumentiert, die rechtlich verbürgte Bereitschaft eines Gemeinwesens, einem Flüchtling Asyl zu gewähren, lasse sich als Akt transnationaler (und in unserem Zusammenhang eben: transunionaler) Solidarität unter Weltbürgern rekonstruieren.⁴¹ Dieser Gedanke kommt auch in der Verbürgung des Art 14 Abs 1 AEMR zum Tragen: „Jeder Mensch hat das Recht, in anderen Ländern vor Verfolgung Asyl zu suchen und zu genießen.“⁴²

Nun ist hinlänglich bekannt, dass die AEMR als Resolution der Generalversammlung nicht rechtlich verbindlich ist und in diesem Aspekt auch nicht (jedenfalls nicht gesichertes) Völker gewohnheitsrecht darstellt.⁴³ Die GFK selbst verbürgt kein Asylrecht, sondern normiert lediglich eine verbindliche Definition des Flüchtlingsbegriffs (Art 1 GFK) sowie ein Refoulement-Verbot (Art 33 GFK). Ein dezidiertes subjektives Recht auf Asyl, wie es etwa in Art 16a Abs 1 GG oder im portugiesischen und französischen Recht verankert ist,⁴⁴ fand weder in den UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte noch in die EMRK Eingang. Wir müssen hier nicht die Streitfrage entscheiden, ob Art 18 GRC und/oder/iVm Art 78 AEUV einen subjektiven unions-

³⁸ Vgl *Thym* (2015) Art 78 AEUV Rn 16; *Weiß* (2012) Art 78 AEUV Rn 5.

³⁹ Vgl *Weiß* (2012) Art 78 AEUV Rn 5.

⁴⁰ *Kimminich* (1991) 261. Freilich überwiegt hier noch der Gedanke der Solidarität als „tatkräftiges Zusammenarbeiten der souveränen Staaten, um große Flüchtlingsströme aufzunehmen und zu versorgen“; vgl *ibid* 263. S dazu auch *Peters* (2014) 400, die die Entwicklung von einem anfänglich auf die Kanalisierung von Migrationsbewegungen fokussierten hin zu einem zunehmend menschenrechtlich geprägten Flüchtlingsrecht anspricht; vgl *idZh* auch *Hathaway* (2005) 4 („refugees are entitled to claim the benefit of a deliberate and coherent system of rights. It will be clear from this formulation that the Refugee Convention and its Protocol are conceived here not as accords about immigration, or even migration, but as part and parcel of international human rights law.“)

⁴¹ Vgl *Bast* (2014) 19 mit Verweis auf *Keil* (2009) 47ff.

⁴² Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Generalversammlungsresolution 217 A(III), 10.12.1948.

⁴³ Vgl *Fassbender* (2009) 117.

⁴⁴ Vgl *Steinz* (2012a) Art 18 GRC Rn 2.

rechtlichen Anspruch auf Asyl schaffen.⁴⁵ Zahlreiche Stimmen finden sich für eine Lesart von Art 18 GRC, die ihm einen eigenständigen Norminhalt zugeschreibt, wenn nicht iS eines regelrechten Rechts *auf Asyl*, doch zumindest iS eines Rechts auf Rechte *im Asyl*.⁴⁶ Angesichts der jedenfalls sekundärrechtlichen Gewährleistung eines subjektiven Rechts auf Durchführung eines Asylverfahrens⁴⁷ besteht kein Zweifel, dass die Mitgliedstaaten zur Prüfung von Asylanträgen und bei Vorliegen der Voraussetzungen zu deren positiver Entscheidung verpflichtet sind.⁴⁸ Hierher gehört auch die Festlegung im Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl von 2008, wo der Europäische Rat „feierlich daran [erinnert], dass jeder verfolgte Ausländer das Recht hat, in Anwendung [der GFK in der durch das New Yorker Protokoll geänderten Fassung] und anderer relevanter Verträge im Gebiet der Europäischen Union Hilfe und Schutz zu erhalten.“⁴⁹

Im Lichte all dessen ist die – im Primärrecht, im Sekundärrecht und in der Judikatur vielfach bekräftigte – Grundoption, das GEAS auf den Boden der GFK zu stellen, alles andere als trivial: Es geht dabei nicht bloß um ein Solidaritätsproblem zwischen den EU-Mitgliedstaaten, sondern vermöge des Bekennnisses zur GFK ebenso um die Verpflichtung der Union selbst ebenso wie ihrer Mitgliedstaaten auf ein Handeln im Geiste der Solidarität mit Menschen auf der Flucht, im Geiste globaler Solidarität.

b) „Angemessenheit“ der europäischen Asylpolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen

Darüber hinaus gibt es ein noch stärkeres Argument für die Verankerung der transunionalen Solidarität in den Verträgen. Im bereits zitierten Art 67 Abs 2 AEUV heißt es, dass sich die gemeinsame Asylpolitik „auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten gründet und gegenüber Drittstaatsangehörigen angemessen ist.“⁵⁰ Obschon in der Literatur bislang weitgehend unbeachtet,⁵¹

⁴⁵ Zum Meinungsstand vgl *Jochum* (2016) Art 18 Rn 5f; *Thym* (2015) Art 78 AEUV Rn 12; *Grafshof* (2012b) Art 78 AEUV Rn 4, Art 18 GRC Rn 2; *Streinz* (2012a) Art 18 GRC Rn 6; *Rossi* (2016) Art 18 GRC Rn 3 mwN.

⁴⁶ Vgl *Weiß* (2012) Art 78 AEUV Rn 4. Für ein subjektives Recht auf Ausgestaltung des Sekundärrechts entsprechend den in Art 78 AEUV angeführten völkerrechtlichen Vorgaben, v.a der GFK *Rossi* (2016) Art 18 GRC Rn 2; *Grafshof* (2012a) Art 18 GRC Rn 3 mwN.

⁴⁷ S insb Art 31 der „Asylverfahrens-Richtlinie“ RL 2013/32/EU, ABl 2013 L 180/60.

⁴⁸ Vgl *Thym* (2015) Art 78 AEUV Rn 12. Vgl aber noch Fn 139 zu Art 72 AEUV.

⁴⁹ Europäischer Pakt zu Einwanderung und Asyl (Fn 5) 11.

⁵⁰ Ganz ähnlich ist in Art 79 Abs 1 AEUV in Bezug auf die gemeinsame Einwanderungspolitik von einer „angemessenen Behandlung von Drittstaatsangehörigen“ die Rede.

drängt sich die Frage auf, was unter diesem „angemessen“ näherin zu verstehen ist.

Der Begriff scheint uns in Art 78 Abs 1 AEUV wieder zu begegnen, wonach die Union den Schutzbedürftigen aus Drittstaaten einen „angemessenen Status“ anbieten will. Allerdings weist der Vergleich mit anderen authentischen Vertragsfassungen in eine andere Richtung. Denn wo im Deutschen in Art 67 Abs 2 AEUV „angemessen“ steht, heißt es – in bemerkenswertem Gegensatz zu Art 78 Abs 1 AEUV⁵² – im Englischen „fair“, im Französischen „équitable“ und im Spanischen und Italienischen „equitativo“ bzw „equo“.⁵³ In den verschiedenen Sprachfassungen (indes bezeichnenderweise nicht in der deutschen) findet sich exakt die in Art 67 Abs 2 EUV verwendete Terminologie auch in Art 80 AEUV: im Englischen „fair“, im Französischen „équitable“, im Spanischen „equitativo“ und im Italienischen „equo“.⁵⁴ Hier ist nun aber von der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten iSe „gerechten Verteilung der Verantwortlichkeiten“ unter ihnen die Rede. In der deutschen Vertragsfassung steht mithin in Bezug auf die mitgliedstaatliche Solidarität „gerecht“ – und so müsste es bei richtiger Übersetzung auch in Art 67 AEUV heißen.⁵⁵ Insofern verlangt diese Vorschrift des Primärrechts, dass „grundlegende Anforderungen von Gerechtigkeit“⁵⁶ gegenüber Drittstaatsangehörigen eingehalten werden, was mit dem Wort „angemessen“ nur unvollkommen ausgedrückt wird. Und da in Art 80 AEUV die „gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten“ geradezu als Synonym für die mitgliedstaatliche Solidarität auftritt, spricht nichts dagegen, die von Art 67 AEUV geforderte „gerechte“ Asylpolitik Schutzsuchenden gegenüber als

⁵¹ Lediglich den Begriff wiederholend *Weiß/Satzger* (2012) Art 67 AEUV Rn 32; etwas näher *Weiß* (2012) Art 78 AEUV Rn 8; *Bast* (2014) 21 deutet Angemessenheit immerhin iSd eines fairen Umgangs mit Drittstaatsangehörigen im Namen grundlegender Anforderungen von Gerechtigkeit (vgl Fn 56), freilich ohne den – entscheidenden – Konnex zu Art 80 AEUV herzustellen.

⁵² Vgl den Wortlaut der Bestimmung: „angemessener Status“; „appropriate status“; „un statut approprié“; „un estatuto apropiado“, „uno status appropriato“.

⁵³ „Common policy on asylum [...] based on solidarity between Member States, which is fair towards third-country nationals“; „politique commune en matière d’asile [...] qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l’égard des ressortissants des pays tiers“; „una política común de asilo [...] que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países“; „una politica comune in materia di asilo [...] fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi“. S ganz analog die Sprachfassungen zu Art 79 Abs 1 AEUV („fair treatment“; „un traitement équitable“; „un trato equitativo“; „l’equo trattamento“).

⁵⁴ „Fair sharing of responsibility between Member States“; „partage équitable de responsabilités entre les États membres“; „reparto equitativo de la responsabilidad“; „equa ripartizione della responsabilità“.

⁵⁵ Vgl idZh auch das die Auffassung stärkende Argument aus der Dublin-III-VO Fn 60.

⁵⁶ *Bast* (2014) 21.

Ausdruck transunionaler Solidarität zu werten, wiewohl der Begriff nicht ausdrücklich verwendet wird.

Natürlich kann man das Fairness- oder Gerechtigkeitserfordernis des Art 67 AEUV auch ausschließlich im Sinne der Grundrechtsbindung der europäischen Asylpolitik lesen. Dadurch würde aber der *effet utile* der ausdrücklichen Nennung des Fairness- bzw Gerechtigkeitserfordernisses gegenüber Drittstaatsangehörigen in einem Atemzug mit dem Solidaritätsgebot an die Mitgliedstaaten in Art 67 AEUV geschmälert, denn die Grundrechtsbindung ergibt sich bereits aus Art 6 EUV und der GRC.

3. Zwischenergebnis

Im Primärrecht im Allgemeinen und im GEAS im Besonderen ist von Solidarität mehrfach die Rede. Wenn diesbezüglich auch die mitgliedstaatliche Solidarität dominiert, ergeben sich zugleich bemerkenswerte Hinweise für die primärrechtliche Verankerung einer Solidarität im transunionalen Sinne. Derartige Solidaritätsressourcen sind uns an verschiedener Stelle begegnet: Die Präambel der GRC normiert Solidarität als universellen Wert und stellt „den Menschen“ in den Mittelpunkt des Handelns der Union. Überdies soll die europäische Asylpolitik auf der GFK basieren, die Ausdruck einer globalen Solidarität gegenüber Schutzsuchenden ist. Das stärkste Argument für die Verankerung transunionaler Solidarität im Primärrecht ist jedoch, dass Art 67 AEUV eine gemeinsame Asylpolitik verlangt, die den Drittstaatsangehörigen gegenüber „gerecht“ ist, wie Art 80 AEUV eine „gerechte“ Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten fordert. Insofern der Vertrag das im letzteren Fall als solidarisches Verhalten bezeichnet, scheint der Begriff auch im ersten nicht fehl am Platz. Die transunionale Dimension der Solidarität tritt mithin neben die mitgliedstaatliche Dimension.

C. Das Dublin-System ist kein Solidaritätsmechanismus und dysfunktional

Ungeachtet der identifizierten Solidaritätsressourcen ist das GEAS alles andere als solidarisch strukturiert. Dabei ist die zweifellos wichtigste Solidaritätsbaustelle das sog „Dublin-System“. Es entwickelte sich aus einem völkerrechtlichen Vertrag, dem Dublin-Übereinkommen von 1990,⁵⁷ das in der Folge auf

⁵⁷ Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990, ABI 1997 C 254/1.

Grundlage des Amsterdamer Vertrags in eine Verordnung – die Dublin-II-Verordnung⁵⁸ – umgegossen wurde. 2013 wurde sie in Gestalt der Dublin-III-Verordnung neu gefasst.⁵⁹

Ausweislich ihrer Erwägungsgründe trachtet die Verordnung danach, aufgrund von „objektiven und für die Mitgliedstaaten und die Betroffenen gerechten Kriterien“⁶⁰ einen einzigen Mitgliedstaat zu bestimmen, der für die Prüfung eines innerhalb des Dublin-Raums gestellten Antrags auf internationalen Schutz⁶¹ zuständig ist. Dem Dublin-System liegt mithin das Konzept eines einheitlichen Asylraums zugrunde, in dem eine lückenlose Asylzuständigkeitsordnung existiert.⁶² Dadurch sollen sowohl das Phänomen der „refugees in orbit“ als auch jenes des „asylum shopping“ hintangehalten werden.⁶³ Dies erfolgt durch die Normierung einer „klaren und praktikablen Formel“⁶⁴ in Gestalt einer Hierarchie von Anknüpfungskriterien für die Begründung der Prüfzuständigkeit, von denen zwar nicht das erste, aber in der Praxis wichtigste dasjenige ist, welches die Prüfverantwortung jenem Staat zuschreibt, in den der Asylwerber zuerst eingereist ist.⁶⁵ Nach gewissen Anlaufschwierigkeiten gewährleistete die sog Eurodac-Verordnung⁶⁶ die Identifizierbarkeit des Erst-einreisestaats und damit die Effektivität des Dublin-Regimes. Daraus resultiert das wohlvertraute Problem der überproportionalen Belastung der Staaten an der südlichen und östlichen Peripherie der Union, va Griechenlands, Italiens und Maltas.⁶⁷

Die Dublin-VO stellt selbst einen Bezug zur Solidarität her, wenn sie sich der Verankerung „ausgewogener, im Geiste der Solidarität anzuwendender Zuständigkeitskriterien“⁶⁸ verschreibt. Allerdings herrscht in der Beurteilung des

⁵⁸ VO (EG) 343/2003, ABl 2003 L 50/1.

⁵⁹ VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31. Zu den damit herbeigeführten Änderungen vgl allgemein *Bast* (2014) 5.

⁶⁰ Wo im Englischen „fair“ und im Französischen „équitable“ steht, heißt es hier im Deutschen ganz iSd oben Gesagten (vgl Fn 53) „gerecht“.

⁶¹ Seit der Novellierung erfasst das Dublin-System nicht nur Asylanträge ieS (dh Anträge auf Zu-erkennung der Flüchtlingseigenschaft iSd GFK), sondern auch Anträge auf die Gewährung von subsidiärem Schutz, mithin alle Anträge auf „internationalen Schutz“; vgl Erwägungsgrund 10 und Art 1 iVm Art 2 lit b VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31, die auf Art 1 iVm Art 2 lit h RL 2011/95/EU, ABl 2011 L 337/9 verweisen.

⁶² Vgl *Bast* (2014) 24.

⁶³ Vgl dazu etwa *Mitsilegas* (2014) 185; *Bieber/Maiani* (2012) 313; EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10, N.S. und M.E., EU:C:2011:865 Rn 79.

⁶⁴ Erwägungsgrund 4 VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31.

⁶⁵ Vgl *Bast* (2014) 25; *Bieber/Maiani* (2012) 315f; *Marx* (2012b) 410; *idem*, (2012) 189.

⁶⁶ S nunmehr VO (EU) 603/2013, ABl 2013 L 180/1.

⁶⁷ Vgl *Bast* (2014) 25; *Mitsilegas* (2014) 186; *Goldner Lang* (2013) 6;

⁶⁸ Erwägungsgrund 25 der Dublin-III-VO, VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31. Erwägungsgrund 8 der Dublin-II-VO, VO (EG) 343/2003, ABl 2003 L 50/1 sprach noch vom Erfordernis

Dublin-Systems weitgehende Einmütigkeit, dass es sich dabei gerade nicht um ein solidarisches Verteilungssystem handelt.⁶⁹ Vielmehr sei es eine „Zuständigkeitsabgrenzung ohne zwischenstaatliche Lastenteilung.“⁷⁰ Dies hat auch die Kommission schon lange erkannt.⁷¹ In der Tat kompensieren die Zuständigkeitsallokationsregeln der Dublin-VO die ungleichen Belastungen, die aus der geographischen Lage und etablierten Wanderungsrouten resultieren, wenn überhaupt, nur minimal. Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, dass (legale) Weiterwanderungen erschwert, ja weitgehend verunmöglicht werden, da der zur Asylprüfung einmal zuständige Staat grundsätzlich weiter zuständig bleibt.⁷²

Während der Beitrag des Dublin-Systems zur Solidarität stets zweifelhaft war, kam in den letzten Jahren auch seine Funktionalität zunehmend unter Druck.⁷³ Viele sprechen mittlerweile sogar von seinem Scheitern. Richtig ist jedenfalls, dass das Dublin-Regime der gebetsmühlenartigen Berufung auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, auf dem der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Allgemeinen und die Dublin-Verordnung im Besonderen beruhen,⁷⁴ zum Trotz starke Anreize setzt, die Regeln des Systems offen oder verdeckt zu unterlaufen. Von daher ist die „Griechenland-Krise des Dublin-Systems [...] nicht (oder jedenfalls nicht allein) das Resultat eines Massenzustroms von Flüchtlingen, die die Kapazitäten eines notorisch schwachen Verwaltungsapparats überfordert hätten, sondern sie ist die Folge des Boykotts eines Systems, von dem die Akteure vor Ort nicht einzusehen vermochten, wie ihre Interessen in ihm angemessen berücksichtigt sind.“⁷⁵

der „Erreichung eines Gleichgewichts der Zuständigkeitskriterien im Geiste der Solidarität“. In der englischen Fassung heißt es an dieser Stelle beides Mal „necessary to strike a balance between responsibility criteria in a spirit of solidarity“.

⁶⁹ Vgl. Marx (2012b) 410; *idem* (2012) 189; Bast (2014) 25f; *Tohidipur* (2012) 175; *Goldner Lang* (2013) 13; *Fröhlich* (2011) 211, 262; aM lediglich *Schmidt* (2013) 133: „Das Dublin-System ist grundsätzlich Ausdruck der Solidarität gegenüber Flüchtlingen und anderen Mitgliedstaaten.“ Hier ist mithin sowohl die mitgliedstaatliche als auch die transunionale Solidarität angesprochen. In der Folge wird diese Aussage aber relativiert und auf ein Verständnis mitgliedstaatlicher Solidarität iSd Loyalitätsgrundsatzes verengt: „Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Dublinmechanismus ausdrücklich kein Instrument zur gerechten Lastenverteilung ist. Er beruht auf dem Prinzip der Verantwortung: Der für den Aufenthalt eines Asylbewerbers im Dublingebiet verantwortliche Mitgliedstaat [...] ist grundsätzlich verantwortlich für die Durchführung des Asylverfahrens. Auch dies ist Ausfluss der gegenseitigen Solidarität der Mitgliedstaaten untereinander.“; *ibid* 61.

⁷⁰ *Thym* (2010) 365.

⁷¹ Vgl KOM(2008) 360 endg, Nr 5.1.2: „Das Dublin-System [...] war nicht als Instrument zur gleichmäßigen Lastenverteilung konzipiert.“

⁷² Vgl EGMR (GK) 21.1.2011, 30696/09 (M.S.S./BE und GR) Rn 223; Bast (2014) 25.

⁷³ Vgl etwa Marx (2012b) 409f.

⁷⁴ Vgl EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10, N.S. und M.E., EU:C:2011:865 Rn 79.

⁷⁵ Bast (2014) 26.

Die judiziellen Überstellungsverbote nach Griechenland und in letzter Zeit auch nach Italien,⁷⁶ aber auch die politischen Entwicklungen in Ungarn und den anderen Visegrád-Staaten stellen die Funktionsfähigkeit des Dublin-Regimes doch markant in Frage.

An der Unsolidarität und Dysfunktionalität des Dublin-Systems hat auch die Reform von 2013 nichts Wesentliches geändert. Zwar wurde in Art 33 ein „Mechanismus zur Frühwarnung, Vorsorge und Krisenbewältigung“ eingeführt. Stellt die Kommission fest, dass die Anwendung der Dublin-III-VO „infolge der konkreten Gefahr der Ausübung besonderen Drucks auf das Asylsystem eines Mitgliedstaats und/oder von Problemen beim Funktionieren des Asylsystems eines Mitgliedstaats beeinträchtigt sein könnte“, soll der betroffene Mitgliedstaat einen sog. „präventiven Aktionsplan“ oder bei Verschärfung der Situation einen „Krisenbewältigungsaktionplan“ vorlegen, dessen Umsetzung die Kommission überwacht.⁷⁷ Bei diesem Mechanismus handelt es sich freilich nicht um eine Verbesserung der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten,⁷⁸ sondern eher um den Versuch, das Dublin-System im „Griechenland-Szenario“ am Leben und Laufen zu erhalten und insoweit zumindest seine Funktionalität abzusichern.⁷⁹ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag, der im Rahmen eines „Notfallmechanismus“ die Möglichkeit einer zeitweiligen Suspendierung des Dublin-Regimes gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat vorgesehen hatte und insoweit die unsolidarischen Wirkungen des Dublin-Systems zumindest abgefedert hätte, konnte im Rat keine Mehrheit finden.⁸⁰

Damit befindet sich das Dublin-System ungeachtet seiner erfolgten Bekräftigung in Gestalt der Dublin-III-VO in einer doppelten Krise. Insofern es sich als an sich unsolidarisches System erweist, ist es auf Kompensation durch So-

⁷⁶ Zu den Fällen *M.S.S.*, *N.S.* und *M.E.* sowie *Tarakhel* siehe Kap D.

⁷⁷ *Mertel* (2014) 8 weist darauf hin, dass das Verfahren letztlich unverbindlich ist und dass sich die in seinem Rahmen gesetzten Solidaritätsmaßnahmen auf finanzielle und personelle Unterstützungsleistungen beschränken dürften.

⁷⁸ So auch *Bast* (2014) 29; aM freilich *Mitsilegas* (2014) 197 („A substantive innovation introduced by Dublin III involves the translation of a version of the principle of solidarity into legal terms“); vgl in diesem letzteren Sinne auch Erwägungsgrund 22 VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31.

⁷⁹ Damit wurde die EuGH-Rsp im *N.S.* und *M.E.*-Urteil kodifiziert; vgl Text bei Fn 92.

⁸⁰ Vgl in diese Richtung zunächst KOM(2008) 820 endg, 9 sowie Art 31, dann aber KOM(2011) 835 endg, 13 mit der alternativen Idee eines „Evaluierungs- und Frühwarnmechanismus“; vgl Protokoll der 3111. Ratstagung Justiz und Inneres, 22./23.9.2011, Ratsdokument 14464/11, 8 mit der Absage an den „Notfallmechanismus“ und Sympathie für einen „Frühwarn- und Vorsorgeprozess in Form eines Asylbewertungsverfahrens“, vgl *Bieber/Maiani* (2012) 323f.

lidaritätsmechanismen angewiesen⁸¹, wenn es nicht in Widerspruch zur insoweit klaren Vorgabe in Art 80 AEUV geraten will, dass die im Rahmen der europäischen Asylpolitik erlassenen Rechtsakte „immer wenn dies erforderlich ist, entsprechende Maßnahmen für die Anwendung [des Solidaritätsgrundsatzes enthalten]“.⁸²

D. Einfluss der Rechtsprechung von EGMR und EuGH auf die „Solidaritätsperformance“ des GEAS

Die angesprochene Krise des Dublin-Systems hat sich insb durch die Rsp des Straßburger und Luxemburger Gerichtshofs verschärft oder wurde durch sie zumindest ans Tageslicht gefördert. Dabei spielten Solidaritätsüberlegungen (im Sinne mitgliedstaatlicher oder auch transunionaler Solidarität) eine bloß untergeordnete Rolle. In den nachstehend diskutierten Fällen basierte die *ratio decidendi* vielmehr auf menschen- bzw grundrechtlichen Erwägungen.

1. Das *M.S.S./Belgien und Griechenland-Urteil* des EGMR

Im Januar 2011 entschied die Große Kammer in *M.S.S./Belgien und Griechenland* mit überwältigender Mehrheit bzw überhaupt einstimmig, dass Griechenland aufgrund der Haft- und Lebensbedingungen, denen der asylbegehrende Beschwerdeführer dort ausgesetzt war, Art 3 EMRK verletzt habe. Belgien wiederum habe gegen Art 3 EMRK verstößen, da es den Beschwerdeführer durch die Rücküberstellung nach Griechenland im Rahmen des Dublin-Systems Lebens- und Haftbedingungen ausgesetzt habe, die mit dieser Konventionsgarantie unvereinbar sind.⁸³ Zwar hatte der EGMR im Vorfeld anerkannt, dass im Rahmen des europäischen Asylsystems eine Vermutung dafür stritt, dass Überstellungsstaaten die Erfordernisse von Art 3 EMRK erfüllten.⁸⁴ Eben diese Vermutung stand im *M.S.S.-Fall* in Frage und war, wie die Große Kammer feststellte, *in casu* auch widerlegt.⁸⁵

⁸¹ Vgl KOM(2008) 360 endg, Nr 5.1.2: „Einrichtung verschiedener Mechanismen, die den Mitgliedstaaten dabei helfen, die vielfältigen Probleme zu meistern, mit denen sie konfrontiert sind“. Vgl dazu noch Kap E.

⁸² Zur Justizierbarkeit des Art 80 AEUV vgl Müller (2015) 486f.

⁸³ EGMR (GK) 21.1.2011, 30696/09 (*M.S.S./BE und GR*) Rn 424; vgl dazu generell Müller (2011) 206ff.

⁸⁴ Vgl EGMR 2.12.2008, 32733/08 (*K.R.S./UK*) The Law, B; vgl auch bereits EGMR 7.3.2000, 43844/98 (*T.I./UK*).

⁸⁵ EGMR (GK) 21.1.2011, 30696/09 (*M.S.S./BE und GR*) Rn 345, 360.

2. Das *N.S. und M.E.-Urteil* des EuGH

Im Gefolge des *M.S.S.*-Urteils setzten die Dublin-Staaten aufgrund ihrer Verpflichtungen aus der EMRK die Überstellungen nach Griechenland aus.⁸⁶ Offen blieb aber die Bewertung aus unionsrechtlicher Sicht. Diese lieferte ein knappes Jahr später der Luxemburger Gerichtshof: Die Große Kammer hielt ausdrücklich fest, dass das Unionsrecht einer unwiderlegbaren Vermutung entgegenstünde, dass jeder Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte beachtet. Dementsprechend sei Art 4 GRC so auszulegen, dass ein Asylwerber nicht an den an sich zuständigen Dublin-Staat überstellt werden dürfe, wenn dem überstellenden Mitgliedstaat nicht unbekannt sein kann, dass systemische Mängel in Bezug auf das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen in einem anderen Mitgliedstaat existieren und der Betroffene demzufolge Gefahr läuft, einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung iSd Art 4 GRC ausgesetzt zu werden.⁸⁷

Diese Urteilspassage wurde nicht selten so verstanden, als würde dadurch das dem Überstellungswilligen Mitgliedstaat im Rahmen des Selbsteintrittsrechts (oder Souveränitätsklausel) des Art 3 Abs 2 Dublin-II-VO (jetzt Art 17 Abs 1 Dublin-III-VO) zustehende Ermessen in grundrechtskonformer Interpretation auf Null reduziert, sodass er selbst Dublin-zuständiger Staat werden müsse.⁸⁸ Dabei handelt es sich um eine Engführung der Begründung des Gerichtshofes, die durch die – diesbezüglich von der Richterbank aber nicht aufgegriffenen – Schlussanträge von GA *Trstenjak* induziert ist.⁸⁹ Die Große Kammer sprach aber schon in *N.S. und M.E.* eindeutig aus, dass das aus Art 4 GRC von Primärrechts wegen erwachsende Überstellungsverbot grundsätzlich lediglich dazu führt, dass die Prüfung dahingehend fortgesetzt wird, ob anhand eines der weiteren Kriterien der Dublin-VO ein anderer Mitgliedstaat als für die Prüfung des Asylantrags zuständig bestimmt werden kann. Lediglich wenn wegen dieser Weiterprüfung eine Situation, in der die Grundrechte des Asylwerbers verletzt werden, durch ein unangemessen langes Verfahren

⁸⁶ Vgl dazu bemerkenswerterweise auch die in das Dublin-System eingebundene Schweiz: Am 16.11.2011 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass in Bezug auf Griechenland die Vermutung, jeder Dublin-Staat komme den einschlägigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nach, nicht mehr gelte; eine Überstellung im Einzelfall könnte aber zulässig sein; vgl BVGE 2011/35, E. 4.11; vgl *Oesch* (2014) 185.

⁸⁷ Vgl EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10 *N.S. und M.E.*, EU:C:2011:865 Rn 105f; bestätigt in EuGH, Rs C-4/11 *Puid*, EU:C:2013:740 Rn 30, 36; Rs C-394/12 *Abdullahi*, EU:C:2013:814 Rn 60.

⁸⁸ Vgl etwa *Marx* (2012b) 410, 412; *Hailbronner/Thym* (2012) 407; *Pötzl* (2012) 11; vgl dagegen insb *Bank/Hruschka* (2012) 186f.

⁸⁹ EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10 *N.S. und M.E.*, SchlA GA *Trstenjak*, EU:C:2011:611 Rn 127.

verschlimmert wird, verwandelt sich das obengenannte Selbsteintrittsrecht in eine Selbsteintrittspflicht.⁹⁰ Der in der Literatur desungeachtet eingetretenen Verwirrung trat der Gerichtshof in der Rs *Puid* unmissverständlich entgegen.⁹¹ Diese Rsp wurde in Art 3 Abs 2 UAbs 2 und 3 Dublin-III-VO kodifiziert.⁹²

Als reales Exemplum für die angesprochenen systemischen Mängel betreffend Asylverfahren und Aufnahmebedingungen stand im Gefolge des *M.S.*-Urteils des EGMR allen Beteiligten die Situation in Griechenland vor Augen. Insofern das Luxemburger *N.S. und M.E.*-Urteil in der unmittelbaren Suspendierung der Dublin-Überstellungen nach Griechenland mit Wirkung für alle EU-Mitgliedstaaten resultierte, wurde judiziell herbeigeführt, was damals politisch nicht verwirklicht werden konnte. Wie bereits erwähnt, war die Schaffung eines Suspendierungsmechanismus im Rahmen der Dublin-III-VO nicht mehrheitsfähig.⁹³ Ungeachtet der schwerwiegenden und anhaltenden EU-Rechtsverletzungen durch Griechenland wurde die Einleitung des Verfahrens des Art 7 EUV, wie es scheint, zu keinem Zeitpunkt auch nur ernsthaft erwogen.⁹⁴ Vor diesem Hintergrund nahm der Gerichtshof das Heft des Handelns in die Hand: Das *N.S. und M.E.*-Urteil bewirkt eine Umverteilung der Asylprüfzuständigkeit von Griechenland zu den an sich überstellungswilligen Mitgliedstaaten und hebelt damit die übliche Funktionsweise des Dublinregimes aus.

Damit befördert das Urteil mittels einer vorrangig grundrechtlichen Argumentation⁹⁵ zugleich die Solidarität⁹⁶ im europäischen Asylrecht, und zwar in einem doppelten Sinne: Einerseits wird Griechenland durch die Suspendierung

⁹⁰ Vgl EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10, *N.S. und M.E.*, EU:C:2011:865 Rn 107f; zum letzten Aspekt vgl insb *Bank/Hrschuka* (2012) 187.

⁹¹ EuGH, Rs C-4/11 *Puid*, EU:C:2013:740 Rn 29 sowie 32-35; vgl ibid Rn 37: „Hingegen hat in einer solchen Situation die Unmöglichkeit der Überstellung [...] als solche nicht zur Folge, dass der den zuständigen Mitgliedstaat bestimmende Mitgliedstaat verpflichtet ist, den Asylantrag auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 2 [Dublin-II-VO] selbst zu prüfen.“

⁹² Vgl dazu *Mitsilegas* (2014) 195f.

⁹³ Vgl bei Fn 80. Infolge des *N.S. und M.E.*-Urteils wurde aber zumindest eine Kodifizierung der diesbezüglichen Judikatur in Art 3 Abs 2 UAbs 2 und 3 Dublin-III-VO möglich.

⁹⁴ Vgl *Bieber/Maiani* (2012) 320. Zwar hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren iSd Art 258 AEUV zumindest in Gang gesetzt, doch gab es bis zum *N.S.*-Urteil des EGMR keine Aktivitäten seitens der Kommission, die Überstellung von Asylwerbern nach Griechenland im Rahmen des Dublinsystems zu beenden; vgl ibid 321 sowie Mitteilung (Fn 10) 12.

⁹⁵ Vgl auch *Fröhlich* (2011) 327 zur „menschenrechtlichen Begründung des unionalen Asylrechts“.

⁹⁶ Das Urteil nimmt – freilich eher als *obiter dictum* – auf Art 80 AEUV und die RL 2001/55/EG als Solidaritätsressourcen Bezug; EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10 *N.S. und M.E.*, EU:C:2011:865 Rn 93. Vgl hiezu auch *Fröhlich* (2011) 328, wonach die menschenrechtliche Begründung des unionalen Asylrechts, namentlich im Lichte von Art 2 EUV, „[a]ls gemeinschaftsbildender Wert [...] das nationale Solidarprinzip [programmiert]“; vgl zu einem ähnlichen Gedanken auch Fn 113.

der Überstellungen von der Aufnahme zahlreicher Asylwerber entlastet, die es im Rahmen des Dublin-Mechanismus sonst übernehmen müsste. Es handelt sich hierbei um einen (freilich unfreiwilligen) Akt der *mitgliedstaatlichen* Solidarität. Auf der anderen Seite dürfte für die betroffenen Asylwerber dergestalt in aller Regel eine bessere Qualität der Verfahrens- und Aufnahmeverbedingungen gewährleistet sein. Die temporäre Suspendierung trägt insofern zu einer „gerechten“ („fairen“) Behandlung der Asylwerber bei und erweist sich in diesem Sinne auch als ein Akt *transunionaler* Solidarität. Dabei geht es nämlich nicht nur um einen verbesserten Grundrechtsschutz im Sinne besserer Unterbringungs- oder auch Haftbedingungen, sondern es wird auch wahrscheinlicher, dass die Anträge auf Asyl und subsidiären Schutz in weniger in Anspruch genommenen Staaten genauer geprüft werden, wodurch die Chancen auf eine positive Erledigung steigen.⁹⁷

Diese beiden Dimensionen der Solidarität stehen durchaus nicht im Widerspruch zueinander, sondern sind konvergent. Die doppelte Förderung des Solidaritätsanliegens geht allerdings auf Kosten des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten.⁹⁸ Der Gerichtshof ist sich dessen bewusst und will die Suspendierung daher auf den Ausnahme- und Extremfall der „systemischen Mängel“ beschränken, womit tendenziell eine höhere Schwelle⁹⁹ eingezogen wird als die vom EGMR im M.S.S.-Fall anvisierte.¹⁰⁰ Denn auf dem Spiel steht, wie der EuGH selbst nicht ohne Pathos sagt, nichts weniger als der „Daseinsgrund“, die *raison d'être* der Union und die Verwirklichung des Raums

⁹⁷ Im 4. Quartal 2013 gab es in Griechenland bei erstinstanzlichen Entscheidungen eine Ablehnungsquote von 90 % (dh weder Gewährung des Asylstatus noch subsidiären Schutzes noch eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen). Dagegen lag die Ablehnungsquote im selben Zeitraum in Schweden bei 39 %, in den Niederlanden bei 34 %, bei einer durchschnittlichen Ablehnungsquote von 65 % für die Gesamt-EU; vgl *Eurostat* (2014) 20f. Für das 4. Quartal 2014 ergaben sich folgende Ablehnungsquoten: für Griechenland 62 %, für Schweden 25 %, für die Niederlande 25 % und für die EU insgesamt 54 %; vgl *Eurostat* (2015) 20f; Im selben Quartal 2015 ergaben sich folgende Ablehnungsquoten: für Griechenland 72 %, für Schweden 36 %, für die Niederlande 13 % und für die EU insgesamt 41 %; vgl *Eurostat* (2016a) lagen die Ablehnungsquoten für Griechenland bei 82 %, für Schweden bei 27 %, für die Niederlande bei 37 % und für die EU insgesamt bei 37 %; vgl *Eurostat* (2016b).

⁹⁸ Vgl EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10 N.S. und M.E., EU:C:2011:865 Rn 78f und 83 (wo vom GEAS die Rede ist, „das auf gegenseitigem Vertrauen und einer Vermutung der Beachtung des Unionsrechts, genauer der Grundrechte, durch die anderen Mitgliedstaaten gründet“) sowie *Mitsilegas* (2014) 190ff; *Hailbronner/Thym* (2012) 408. Vgl dazu auch jüngst EuGH, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454 Rn 168, 191.

⁹⁹ *Mitsilegas* (2014) 192 spricht von „a high threshold“.

¹⁰⁰ Aus dem reichen Schrifttum und Meinungsspektrum vgl etwa *Hailbronner/Thym* (2012) 407f; *Bank/Hruschka* (2012) 185f; *Marx* (2012b) 411; *Lübbe* (2014) 105.

der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.¹⁰¹ Der Luxemburger Gerichtshof signalisiert also eine gewisse Zurückhaltung, gleichzeitig aber auch, dass er sich im gegebenen Fall des Eingriffes in den unionalen Vertrauensgrundsatz und damit in die grundsätzliche Vermutung der allseitigen Achtung der Grundrechte nicht entziehen konnte, handelt es sich bei Art 4 GRC (und Art 19 Abs 2 GRC und Art 3 EMRK im Hintergrund) doch um eine Fundamentalgarantie mit besonderen rechtlichen Eigenschaften.¹⁰² Dementsprechend darf man das *N.S. und M.E.-Urteil* auch nicht überbewerten.¹⁰³ Der EuGH hat zwar im Ernstfall, aber letztlich nur in relativ bescheidenem Umfang die beschriebene Doppelsolidarität eingefordert und insoweit das Dublin-System neutralisiert.

3. Das *Tarakhel*-Urteil des EGMR

Das Urteil im Fall *Tarakhel/Schweiz*¹⁰⁴ darf man durchaus als Straßburger Replik auf das *N.S. und M.E.-Urteil* aus Luxemburg sehen. Während der EGMR im Gefolge dieses Urteils in Bezug auf Überstellungen nach Italien trotz gewisser Bedenken letztlich keine Verletzung von Art 3 EMRK gesehen hatte,¹⁰⁵ gehen vom *Tarakhel*-Urteil andere Signale aus. Hatten zuvor Kammer des EGMR entschieden, liegt nunmehr ein Urteil der Großen Kammer vor, das bei der drohenden Überstellung einer achtköpfigen afghanischen-pakistanischen Familie von der Schweiz nach Italien insb für die sechs minderjährigen Kinder die ernsthafte Gefahr einer menschenunwürdigen und erniedrigenden Behandlung verwirklicht sah.¹⁰⁶

Zwar ist dem EGMR erkennbar daran gelegen, den Unterschied der Situation in Italien von der im *M.S.S.-Urteil* in Bezug auf Griechenland festgestellten und kritisierten Lage herauszustreichen.¹⁰⁷ Zugleich betont er aber: „While the structure and overall situation of the reception arrangements in Italy cannot

¹⁰¹ EuGH, verb Rs C-411/10 und C-493/10 *N.S. und M.E.*, EU:C:2011:865 Rn 83; sowohl die französische als auch die englische Sprachfassung sprechen von „raison d'être“; vgl auch EuGH, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454 Rn 172.

¹⁰² Vgl stRsp seit EGMR (Plenum) 7.7.1989, 14038/88 (*Soering/UK*) Rn 88 („Article 3 enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe“); zum „Triple A-Status“ des Folterverbots vgl Müller (2012) 477ff mwN.

¹⁰³ Vgl aber Mitsilegas (2014) 189 („paradigm change“) sowie 193: „*N.S.* constitutes a significant constitutional moment in European Union law and introduces a fundamental change in the development of inter-state cooperation in European asylum law.“

¹⁰⁴ EGMR (GK) 4.11.2014, 29217/12, *Tarakhel/CH*; vgl dazu insb Kühler (2015).

¹⁰⁵ Vgl die in Thym (2013) 332ff diskutierten Fälle.

¹⁰⁶ Vgl EGMR (GK) 4.11.2014, 29217/12, *Tarakhel/CH* Rn 120, 122.

¹⁰⁷ Vgl ibid Rn 114.

therefore in themselves act as a bar to all removals of asylum seekers to that country [sc das ‚Griechenland-Szenario‘ nach den *M.S.S.-* und *N.S. und M.E.-* Fällen], the data and information set out above nevertheless raise serious doubts as to the current capacities of the system. Accordingly, in the Court’s view, the possibility that a significant number of asylum seekers may be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, cannot be dismissed as unfounded.“¹⁰⁸

Va für die minderjährigen Kinder als einer extrem vulnerablen Personengruppe¹⁰⁹ drohe im Lichte dessen eine Verletzung ihrer Konventionsrechte, es sei denn, die Schweizer Regierung verfüge über spezielle Zusicherungen von italienischer Seite, dass die Familie nach ihrer Überstellung in Einrichtungen und Bedingungen untergebracht werde, die dem Alter der Kinder adäquat sind und die Familieneinheit gewährleisten.¹¹⁰ Im *M.S.S.-*Fall hatte der EGMR derartige Zusicherungen in Bezug auf die Situation in Griechenland als unzureichend abgelehnt.¹¹¹ Je mehr man aber zu Zwecken der Aufrechterhaltung des Dublin-Mechanismus Italien angesichts der (noch) weniger gravierenden Situation auf derartige Zusicherungen bezüglich besonders vulnerabler Personengruppen zurückgreifen lässt, desto wahrscheinlicher wird es, dass andere Personengruppen ihrerseits Opfer von Versorgungsengpässen werden. Wird die Praxis der Einholung von individuellen Betreuungszusagen institutionalisiert, droht die Gefahr der Sekundär- oder Reflexvulnerabilisierung.¹¹²

4. Zwischenergebnis

Die Rsp der letzten Jahre, va das *N.S. und M.E.-*Urteil des EuGH, kann durchaus als Beitrag zur Verstärkung des Solidaritätselements im GEAS gesehen werden, und zwar sowohl der mitgliedstaatlichen als auch der transunionalen Solidarität.¹¹³ Freilich erfolgt die Beförderung der Solidarität hier in Gestalt einer Teilsuspendierung des Dublin-Mechanismus. Allerdings ist dies nicht unproblematisch, und zwar nicht nur, weil die Hauptmotivation (und auch Hauptverantwortung) der entscheidenden Gerichte in der Wahrung der

¹⁰⁸ Ibid Rn 115.

¹⁰⁹ Vgl ibid Rn 99, 119.

¹¹⁰ Vgl ibid Rn 120ff.

¹¹¹ Vgl EGMR (GK) 21.1.2011, 30696/09, *M.S.S./BE und GR* Rn 354.

¹¹² Vgl dazu Müller (2011) 212.

¹¹³ So wohl auch *Mitsilegas* (2014) 189f, der die (zumindest ansatzweise) Vermählung des Solidaritätsgedankens mit jenem des Grundrechtsschutzes im besagten Urteil betont: „in this manner, the principle of solidarity will be removed from its current exclusive focus on the state (and interstate solidarity) and will also focus on solidarity towards the affected individuals.“

Grundrechte liegt und die Beförderung der mitgliedstaatlichen und transnationalen Solidarität diesbezüglich bloß sekundär ist. Wie stets, wenn die Handlungsdynamik vom Gesetzgeber zu den Gerichten wandert, zeigen sich zwei systematische Probleme: Einmal sind Gerichtsurteile nur punktuell und können trotz (Quasi-)Präzedenzwirkung gerade in Sachen Rechtssicherheit eine konsistente, allgemein anwendbare Regelung durch die Legislative nicht ersetzen. Des weiteren röhrt sich bei der Intervention von Gerichten anstelle des Gesetzgebers immer auch die Kritik an deren schwächerer demokratischer Legitimation.¹¹⁴

E. Stärkung der Solidarität im GEAS durch den Unionsgesetzgeber

Außer Frage steht jedenfalls, dass Art 80 AEUV den Unionsgesetzgeber ausdrücklich dahingehend in die Pflicht nimmt, den Solidaritätsgedanken im GEAS zu verwirklichen.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wo legislative Möglichkeiten zur Aktivierung von Solidaritätspotenzialen iZhm dem Dublin-System bestehen bzw. bereits genutzt werden.

Hierher gehören zunächst die in Art 80 AEUV ausdrücklich angesprochenen Maßnahmen *finanzeller* Solidarität. Bereits 2000 wurde erstmals ein Europäischer Flüchtlingsfonds eingerichtet.¹¹⁶ 2014 wurde er in vierter Generation durch den Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds (AMIF) ersetzt.¹¹⁷ Dieser ist für den Zeitraum 2014-2020 eingerichtet und sieht verschiedene Förderinstrumente vor. Er ist mit insgesamt € 3,1 Milliarden dotiert, was nach wie vor verhältnismäßig wenig ist, um genuine Ausgleichsmaßnahmen für überproportional belastete Mitgliedstaaten zu setzen.¹¹⁸

Hinsichtlich der Verbesserung der praktischen Solidarität durch *technische* Zusammenarbeit ist va das 2010 geschaffene Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) in La Valletta hervorzuheben.¹¹⁹ Das Büro soll insb

¹¹⁴ Vgl zu dieser „counter-majoritarian difficulty“ grundlegend *Bickel* (1986).

¹¹⁵ Art 80 S 2 AEUV: „Die aufgrund dieses Kapitels erlassenen Rechtsakte der Union enthalten, immer wenn dies erforderlich ist, entsprechende Maßnahmen für die Anwendung [des Solidaritätsgrundsatzes].“ Zur Justizierbarkeit der Bestimmung vgl *Müller* (2015) 486f.

¹¹⁶ Entscheidung 2000/596/EG, ABI 2000 L 252/12; vgl Erwägungsgründe 2 und 21, wo der Bezug zur „Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ hergestellt wird.

¹¹⁷ VO (EU) 516/2014, ABI 2014 L 150/168; zur Bezugnahme auf die Solidarität idZh vgl Erwägungsgründe 1, 2, 7, 44, 46, 53 sowie Art 3 Abs 2 lit d und Art 18; vgl dazu auch Mitteilung (Fn 10) 6.

¹¹⁸ Vgl Mitteilung (Fn 10) 3f; *Bast* (2014) 28; *Goldner Lang* (2013) 11; *Fröblich* (2011) 263ff.

¹¹⁹ VO (EU) 439/2010, ABI 2010 L 132/11.

„die Entwicklung der Solidarität innerhalb der Union“ in Bezug auf Mitgliedstaaten unterstützen, „deren Asyl- und Aufnahmesysteme vor allem aufgrund ihrer geografischen oder demografischen Lage einem besonderen oder unverhältnismäßigen Druck ausgesetzt sind“.¹²⁰ Es soll sowohl Notfallhilfe¹²¹ (namentlich durch sog. „Asyl-Unterstützungsteams“) als auch langfristige Unterstützung etwa in Gestalt der Bereitstellung von zuverlässigen Herkunftsstaateninformationen oder durch Fortbildungs- oder Koordinationsleistungen zur Verfügung stellen. iZhm EASO könnten auch Schritte in Richtung einer gemeinsamen Bearbeitung (*joint processing*) von Anträgen auf internationalen Schutz gesetzt werden,¹²² das EASO selbst besitzt freilich keine eigenen Entscheidungsbefugnisse.¹²³

Weitergehende Maßnahmen betreffen die sog. *relocation* („Umsiedlung“) als EU-interne Umverteilung von Drittstaatsangehörigen, zumeist bereits anerkannter Flüchtlinge, in Abhebung vom sog. *resettlement* („Neuansiedlung“) Verfolgter, die sich außerhalb der Union befinden.¹²⁴ Eine Umsiedlungsaktion fand bereits einmal statt, und zwar im Falle von Malta im Rahmen von EUREMA, dem *European Relocation Malta*-Programm für 227 anerkannte Flüchtlinge und damit eher in symbolischem Umfang.¹²⁵ Die drastische Verschärfung der Flüchtlingssituation im Mittelmeer, aber auch die zunehmend drückende Lage in Syrien und im Irak haben die Notwendigkeit – aber auch die Grenzen – solidarischen Handelns im Asylbereich massiv ins politische Bewusstsein rücken lassen.¹²⁶

2015 nahm die Kommission eine (unverbindliche) Empfehlung zur Neuansiedlung von 20.000 Vertriebenen an, die unzweifelhaft internationalen Schutz benötigen.¹²⁷ Darüber hinaus fasste der Rat – und zwar erstmals unter aus-

¹²⁰ Vgl. *ibid* Erwägungsgrund 7.

¹²¹ Vgl. diesbezüglich auch die Rolle, die dem EASO in Art 33 Dublin-III-VO, VO (EU) 604/2013, ABl 2013 L 180/31 zugedacht wird.

¹²² Das Stockholmer Programm (Fn 4) Nr 6.2.1 *in fine* beauftragt die Kommission mit einer Studie über die Durchführbarkeit und die rechtlichen und praktischen Folgen der Einführung einer gemeinsamen Bearbeitung von Asylanträgen; vgl. auch Mitteilung (Fn 10) 10.

¹²³ Art 2 Abs 6 VO (EU) 439/2010, ABl 2010 L 132/11.

¹²⁴ Zur Terminologie vgl. insb. die Begriffsbestimmungen im Anhang zur Europäischen Migrationsagenda, KOM(2015) 240 endg., 13.5.2015, 23f; vgl. des weiteren Schmidt (2013) 134; Goldner Lang (2013) 12; Fröhlich (2011) 322ff.

¹²⁵ Vgl. Mitteilung (Fn 10) 9; Goldner Lang (2013) 11f; Bieber/Maiani (2012) 318; Bast (2014) 28; Marx (2012a) 191.

¹²⁶ Vgl. insb. die Erklärung der Außerordentlichen Tagung des Europäischen Rates vom 23.4.2015, Nr 2, wonach der Europäische Rat „die interne Solidarität und Verantwortung [...] stärken“ will, unter anderem durch eine „Notfall-Umverteilung auf freiwilliger Basis“ (*ibid* lit o) sowie „ein erstes freiwilliges Pilotprojekt für Neuansiedlung in der gesamten EU“ (*ibid* lit q).

¹²⁷ Empfehlung der Kommission C(2015) 3560 endg., 8.6.2015, ABl 2015 L 148/32.

drücklicher Heranziehung von Art 78 Abs 3 AEUV¹²⁸ als Rechtsgrundlage und nicht einstimmig, sondern mit qualifizierter Mehrheit – den (verbindlichen) Beschluss, in den folgenden zwei Jahren „vorübergehend und ausnahmsweise“¹²⁹ 120.000 Asylwerber(innen) aus Griechenland und Italien in die anderen EU-Mitgliedstaaten umzusiedeln.¹³⁰ Va die sog Visegrád-Staaten (Tschechien, Slowakei, Ungarn, aber keine Gegenstimme seitens Polen) und Rumänien opponierten im Rat gegen diesen Umsiedlungsbeschluss.¹³¹ Die Slowakei und Ungarn erhoben dagegen beim EuGH erfolglos Nichtigkeitsklage.¹³² Die praktische Umsetzung stockt,¹³³ sodass der Beschluss eines wenn auch zeitlich und zahlenmäßig begrenzten, aber dennoch verbindlichen Umsiedlungsmechanismus als weitgehend gescheitert betrachtet werden muss.

Demgegenüber propagieren vor allem die Visegrád-Staaten den neuen Slogan von der sog „flexiblen Solidarität“, die die EU-Mitgliedstaaten je nach Erfahrung, sozialer Struktur und ökonomischem Potenzial in verschiedenen Verantwortungen sieht und es der freiwilligen Entscheidung jedes Mitgliedstaates überlassen will, wie er zur Lösung der Herausforderungen beitragen will.¹³⁴ Damit kontrastiert der Vorschlag der Kommission für eine reformierte *Dublin-IV*-Verordnung.¹³⁵ Dieser enthält einen sog „Korrekturmechanismus für die Zuweisung“,¹³⁶ der die eklatante Unausgewogenheit zwischen den Staaten bezüglich der in den Mitgliedstaaten gestellten Asylanträge ausgleichen und zu einer gerechten Aufteilung der Verantwortung führen soll. Dabei erfasst ein automatisiertes System laufend die in der Union gestellten Anträge und errechnet unter Berücksichtigung der jeweiligen Bevölkerungsgröße und des

¹²⁸ Art 78 Abs 3 AEUV: „Befinden sich ein oder mehrere Mitgliedstaaten aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in einer Notlage, so kann der Rat auf Vorschlag der Kommission vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten erlassen. Er beschließt nach Anhörung des Europäischen Parlaments.“

¹²⁹ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates, 25./26.6.2015, EUCO 22/15, 2.

¹³⁰ Vgl Beschluss 1601/2015/EU, 22.9.2015, ABl 2015 L 248/80.

¹³¹ <http://www.zeit.de/politik/ausland/2015-09/fluechtlingskrise-fluechtinge-europa-minister-brussel> (20.1.2017); <http://derstandard.at/2000022636122/Gruenes-Licht-fuer-EU-weite-Aufteilung-von-Fluechtlingen> (20.1.2017).

¹³² EuGH, verb Rs C-643/15 und C-647/15 *Slowakei/Rat* und *Ungarn/Rat*, EU: C: 2017: 631.

¹³³ So wurden bis Jänner 2017 7.448 (von 63.302) Umsiedlungen aus Griechenland und 2.735 (von 34.953) Umsiedlungen aus Italien vorgenommen (Stand 12.1.2017); vgl European Commission, Migration and Home Affairs, State of Play Relocation, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_relocation_en.pdf (20.1.2016).

¹³⁴ Vgl Joint Statement of the Heads of Governments of the V4 Countries, <http://www.visegradv4group.eu/calendar/2016/joint-statement-of-the-160919> (20.1.2017); *Kotzur* (2016); *Arditius* (2016); *Végh* (2016).

¹³⁵ Vorschlag der Kommission KOM(2016) 270 endg, 4.5.2016 („Dublin-IV-VO“).

¹³⁶ Vgl ibid Kapitel VII „Korrekturmechanismus für die Zuweisung“, Artikel 34-43.

BIP den prozentualen Anteil an der Gesamtzahl der Asylanträge, für den ein Mitgliedstaat zuständig ist. Wird eine mitgliedstaatliche Zuständigkeit um das Eineinhalbache überschritten, tritt der Korrekturmechanismus in Kraft, und die überschüssigen Anträge werden proportional zwischen den anderen Mitgliedstaaten aufgeteilt. Staaten können sich vorübergehend gegen eine Teilnahme am System entscheiden und stattdessen einen Solidarbeitrag von € 250.000 pro Antragsteller an die für zuständig bestimmten Mitgliedstaaten entrichten.¹³⁷

Freilich sind die Aussichten des Vorschlags auf Verwirklichung aus gegenwärtiger Perspektive äußerst gering. Neben Griechenland, Italien und Malta treten mittlerweile zwar auch die durch die Dysfunktionalität des Dublinregimes hauptbetroffenen Mitgliedstaaten Österreich, Deutschland und Schweden (sowie auch die Schweiz)¹³⁸ für einen verbindlichen solidarischen Aufteilungsmechanismus ein, doch ist damit noch keine Mehrheit für eine grundlegende Reform des Dublinregimes gesichert. Dazu kommt ein Glaubwürdigkeitsproblem der letztgenannten Staaten in Bezug auf die Reform des europäischen Asylwerberallokationsmechanismus, haben sie doch jahrelang das Dublinregime gegenüber Veränderungen verteidigt und erst vor kurzem argumentativ „die Seiten gewechselt“. Hinsichtlich des großen Wurfs in puncto Etablierung eines echten und umfassenden Solidaritätsmechanismus in der

¹³⁷ Vgl. *ibid* Erläut II.

¹³⁸ Im Jahr 2014 entfielen von den ca. 626.000 Asylwerbbern unionsweit 202.650 auf Deutschland (32 %), 81.180 auf Schweden (13 %), 64.625 auf Italien (10 %), 62.735 auf Frankreich (10 %), 42.775 auf Ungarn (7 %), 31.745 auf das Vereinigte Königreich (5 %) sowie 28.035 auf Österreich (5 %). Relativ zur Bevölkerung ergibt sich damit für 2014 eine Asylwerberzahl pro eine Million Einwohner von 8.415 für Schweden, 4.330 für Ungarn, 3.295 für Österreich, 3.180 für Malta, 2.895 für die Schweiz und 2.510 für Deutschland, im Vergleich zu 955 in Frankreich und 495 im Vereinigten Königreich sowie 40 in Portugal, 60 in der Slowakei, 75 in Rumänien, 110 in der Tschechischen Republik und 120 in Spanien, bei einer EU-Durchschnittszahl von 1.235 Asylwerbbern pro Million Einwohner; vgl. *Eurostat* (2015) 4. Im Jahr 2015 wurde eine Rekordzahl von ca. 1.255.600 Asylwerbbern unionsweit erreicht, wovon 441.800 auf Deutschland (35 %), 174.400 auf Ungarn (14 %), 156.100 auf Schweden (12 %), 85.500 auf Österreich (7 %), 83.200 auf Italien (7 %) und 70.600 auf Frankreich (6 %) entfielen. Relativ zur Bevölkerung ergibt sich damit eine für 2015 eine Asylwerberzahl pro Million Einwohner von 17.699 für Ungarn, 16.016 für Schweden, 9.970 für Österreich, 5.876 für Finnland, 5.441 für Deutschland, im Vergleich zu 34 in Kroatien, 50 in der Slowakei, 62 in Rumänien, 80 in Portugal, sowie 93 in Litauen, bei einer EU-Durchschnittszahl von 2.470 Asylwerbbern pro Million Einwohner; vgl. *Eurostat* (2016c). Im 3. Quartal 2016 entfielen von ca. 358.300 Asylwerbbern unionsweit ca. 237.400 auf Deutschland (66 %), 34.600 auf Italien (10 %), 20.000 auf Frankreich (6 %), 12.400 auf Griechenland (3 %), 9.200 auf das Vereinigte Königreich (3 %). In diesen fünf Mitgliedstaaten wurden 2016 fast 90 % der Erstanträge gestellt. Die höchste Zahl an Asylanträgen relativ zur Bevölkerung wurde mit 2.890 Anträgen pro Million Einwohner in Deutschland erzielt, gefolgt von 1.152 in Griechenland, 1.091 in Malta, bei 7 in Slowenien, 19 in Portugal und 22 in Rumänien und einem EU-Durchschnitt von 702 Asylwerbbern pro Million Einwohner; vgl. *Eurostat* (2016b).

europäischen Asylpolitik muss man also trotz des massiven Drucks auf die Aufnahmesysteme vieler Mitgliedstaaten mehr als skeptisch sein.

Vielmehr florieren unilaterale Ansätze. Diese zeigen sich etwa in der vermehrten Berufung auf die bisher nie aktivierte Schutzklausel des Art 72 AEUV, derzufolge das gemeinsame europäische Asylsystem „nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit [berührt]“, sodass im Falle einer entsprechenden Notstandssituation eine primärrechtlich autorisierte Ausnahme von der Pflicht zur Befolgung des einschlägigen Sekundärrechts bestehen soll.¹³⁹ Hierher gehören aber auch Maßnahmen zur Absenkung des Zugangs zum Asyl (zB in Form des „Asyl auf Zeit“) und des Schutzniveaus im Asyl oder subsidiären Schutz, etwa durch Erschwerung der Familienzusammenführung oder Beschränkung der Mindestsicherung („Asyldumping“).¹⁴⁰

Insgesamt präsentiert sich sohin ein durchwachsenes Gesamtbild. Auf verschiedenen Ebenen lassen sich – wenn auch weitgehend noch recht zaghafte – Solidaritätsmechanismen ausmachen. Dabei geht es jedoch fast stets, zumindest aber vorrangig um mitgliedstaatliche Solidarität. Am stärksten greifbar wird die transunionale Solidarität noch in der EuGH-Judikatur, die allerdings ihrerseits in allererster Linie auf grundrechtlichen Erwägungen fußt. Was den Unionsgesetzgeber anlangt, der durch Art 80 AEUV vorrangig angesprochen ist, manifestiert sich, wenn überhaupt, die Perspektive mitgliedstaatlicher Solidarität.¹⁴¹ Die Befindlichkeit, ja existentielle Not der betroffenen Asylwerber wird dabei, wie zu Recht kritisiert wird,¹⁴² vielfach ausgelendet.

¹³⁹ Vgl etwa *Funk/Obwexer* (2016) 15ff, 41ff.

¹⁴⁰ Vgl in Bezug auf die in Österreich gesetzten Maßnahmen etwa *Müller* (2018).

¹⁴¹ Vgl Stockholmer Programm (Fn 4) Nr 6.2.2: „Die wirksame Solidarität mit den Mitgliedstaaten, die einem besonderem [sic] Zuwanderungsdruck ausgesetzt sind, sollte gefördert werden.“; Schlussfolgerungen des Rates über einen gemeinsamen Rahmen für echte und praktische Solidarität gegenüber Mitgliedstaaten, deren Asylsysteme besonderem Druck, einschließlich durch gemischte Migrationsströme, ausgesetzt sind, Ratsdokument 7485/12, 9.3.2012, *passim*.

¹⁴² Vgl *Mitsilegas* (2014) 186f kritisiert das zugrundeliegenden Solidaritätskonzept als „state-centered, securitised and exclusionary. Solidarity is state-centered in that it places emphasis on the interests of the state and not on the position of the asylum seeker. [...] Solidarity is also securitised: as with other areas of European Union law, solidarity in European asylum law reflects a crisis mentality and has led to the concept being used with the aim of alleviating perceived urgent pressures on Member States. [...] solidarity is also exclusionary. The way in which the concept of solidarity has been theorised in EU law leaves little, if any space for the application of the principle of solidarity beyond EU citizens or those „within“ the EU and its extension to third-country nationals or those on the outside.“ Vgl mit ähnlicher Stoßrichtung auch *Tohidipur* (2012) 179f, wonach die europäische Asylpolitik zu einer „Migrationsvermeidungspolitik“ wird: „Die Konse-

F. Fazit

Solidarität ist ein vielstrapazierter Begriff, politisch ebenso wie akademisch. Wie sich zeigt, hat er auch einen festen Platz im Unionsrecht, nachgerade im europäischen Asylrecht. Unionsrechtlich verankert ist dabei nicht nur die mitgliedstaatliche, sondern auch die transunionale Solidarität. Letztere gehört, so wurde argumentiert, nicht bloß ins unionsrechtliche Wunschkonzert, sondern ist primärrechtlich ausreichend klar verankert, um von der Europarechtswissenschaft bemerkt und eingefordert zu werden.

Diese Solidaritätsdimension ist indes bislang weitgehend unterbelichtet geblieben. Das *N.S. und M.E.*-Urteil hat mit seiner Betonung der Grundrechte von Asylwerbern im Dublin-System einen wichtigen Beitrag zur Sensibilisierung geleistet. Gleichzeitig wurde dadurch deutlich, dass das GEAS in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung in Bezug auf seine „Solidaritäts-Performance“ schwer defizitär ist.

Dieser Befund *de lege lata* schmälert indes keineswegs die sich im gegebenen Zusammenhang aufdrängenden rechtspolitischen Forderungen. Wenn auch gerne das Bonmot „Wer Solidarität sagt, will etwas haben“¹⁴³ zitiert wird, trifft dies den Nerv der Unionssolidarität nur unzureichend. In Art 2 EUV und der Präambel der GRC werden nicht zufällig Idee und Anspruch einer „Solidarunion“ artikuliert. Sie ist seit den Anfängen der europäischen Integration präsent. Nur zu gerne wird vergessen, dass bereits die Schuman-Erklärung von 1950 eine *solidarité de fait*, eine wirkliche, effektive Solidarität einforderte.¹⁴⁴ Bleibt diese ein bloßes Lippenbekenntnis in europäischen Sonntagsreden und *policy*-Dokumenten, wird das Projekt der europäischen Integration langfristig Schaden nehmen. Die zentrifugalen Tendenzen angesichts des beharrlichen Verweigerns echter Solidarlösungen und der Beförderung von verwässerten Konzepten wie der „flexiblen Solidarität“ sind unübersehbar. Dazu kommt, dass die Solidaritätsfrage nicht alleine eine Frage eines Lasten- und Finanzausgleichs zwischen den Mitgliedstaaten darstellt. Vielmehr muss sich die Union an ihrer Ambition messen lassen, tatsächlich den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handels zu stellen und daher glaubwürdige Schritte in Richtung einer wirklichen Solidarität mit Drittstaatsangehörigen iSe transunionalen Solidarität setzen.

quenz ist eine innergemeinschaftliche, solidarische Einigkeit darüber, dass das Gebiet der EU nach Außen abgeschottet wird, wodurch die Solidarität mit dem Flüchtling suspendiert wird.“

¹⁴³ Stolleis (2004) 49.

¹⁴⁴ Schuman-Erklärung vom 9.5.1950, https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_de (20.1.2017).

Literatur

- Ardittis* 2016: Flexible solidarity: Rethinking the EU's refugee relocation system after Bratislava, <http://blogs.lse.ac.uk/europblog/2016/09/21/rethinking-refugee-system-after-bratislava/> (20.1.2017).
- Bank/Hruschka* 2012: Die EuGH-Entscheidung zu Überstellungen nach Griechenland und ihre Folgen für Dublin-Verfahren (nicht nur) in Deutschland, *ZAR* 2012, 182.
- Bast* 2014: Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Kadelbach (Hg) Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip? (2014) 19.
- Bickel* 1986: The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics (1986).
- Bieber/Maiami* 2012: Ohne Solidarität keine Europäische Union. Über Krisenerscheinungen in der Wirtschafts- und Währungsunion und im Europäischen Asylsystem, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2011/2012 (2012) 297.
- Boutayeb* 2011: La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels (2011).
- Calliess* 1999: Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union² (1999).
- Eurostat* 2014: Population and social conditions, Data in Focus 3/2014.
- Eurostat* 2015: Population and social conditions, Data in Focus 3/2015.
- Eurostat* 2016a: Population and social conditions, Asylum quarterly report, March 2016.
- Eurostat* 2016b: Population and social conditions, Asylum quarterly report, December 2016, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:First_instance_decisions_by_outcome_and_recognition_rates,_3rd_quarter_2016.png (20.1.2017).
- Eurostat* 2016c: Population and social conditions, Pressemitteilung 44/2016.
- Fassbender* 2009: Menschenrechteerklärung – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Neuübersetzung, Synopse, Erläuterung, Materialien (2009).
- Fröhlich* 2011: Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts. Entstehung eines föderalen Asylregimes in der Europäischen Union (2011).
- Funk/Obwexer* 2016: Gutachten. Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge (2016), <https://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=62571>.
- Goldner Lang* 2013: Is there Solidarity on Asylum and Migration in the EU?, 9 Croatian Yearbook of European Law and Policy 2013, 1.
- Groenendijk* 2013: Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht in: Barwig et al (Hg) Solidarität. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012 (2013).
- Graßhof* 2012a: Art 18 GRC in: Schwarze (Hg) EU-Kommentar³ (2012).
- Graßhof* 2012b: Art 78 AEUV in: Schwarze (Hg) EU-Kommentar³ (2012).
- Gusone* 2006: Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen (2006).
- Hailbronner/Thym* 2012: Vertrauen im europäischen Asylsystem, *NVwZ* 2012, 406.
- Hathaway* 2005: The Rights of Refugees under International Law (2005).
- Hieronymi* 2002: Solidarität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union (2002).

- Hilpold* 2016: Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, EuR 2016, 373.
- Hilpold* 2007: Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen, 55 JöR nF 2007, 195.
- Jochum* 2016: Art 18 in: Stern/Sachs (Hg) Europäische Grundrechte-Charta (2016).
- Kadelbach* 2014: Solidarität als europäisches Rechtsprinzip? in: *Kadelbach* (Hg) Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip? (2014) 9.
- Keil* 2009: Freizügigkeit, Gerechtigkeit, demokratische Autonomie (2009).
- Kimminich* 1991: Die Genfer Flüchtlingskonvention als Ausdruck globaler Solidarität, 29 AVR 1991, 261.
- Korländer* 2013: Die Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Altverträge der Mitgliedstaaten für die EU: eine Untersuchung am Beispiel der Asylpolitik (2013) 241.
- Kotzur* 2016: Flexible Solidarity – Effective Solidarity? <<https://voelkerrechtsblog.org/flexible-solidarity-effective-solidarity/>> (20.1.2017).
- Kühler* 2015: Neuere Entwicklungen in der Praxis des EGMR zur Zulässigkeit von Überstellungen im Dublin-Verfahren in: Breitenmoser/Gless/Lagodny (Hg) Schengen und Dublin in der Praxis (2015) 247.
- Lais* 2007: Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund (2007).
- Lübbe* 2014: „Systematische Mängel“ in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 105.
- Martino* 2014: The Mutual Assistance and Solidarity Clauses. Legal and Political Challenges of an Integrated EU Security System (2014).
- Marx* 2014: Änderungen im Dublin-Verfahren nach der Dublin III-Verordnung, ZAR 2014, 5.
- Marx* 2012a: Ist die Verordnung (EG) Nr 343/2003 (Dublin-II-VO) noch reformfähig? ZAR 2012, 188.
- Marx* 2012b: Solidarität im grundrechtskonformen europäischen Asylrechtssystem, NVwZ 2012, 409.
- McDonough/Tsourdi* 2012: The „Other“ Greek Crisis. Asylum and EU Solidarity, 31 Refugee Survey Quarterly 2012, 67.
- Mertel* 2014: Die Zuständigkeitskriterien für Schutzsuchende nach der neuen Dublin III-Verordnung, FABL 2014, 5.
- Mitsilegas* 2014: Solidarity and Trust in the Common European Asylum System, 2 Comparative Migration Studies 2014, 181.
- Müller* 2018: Die Flüchtlingskrise 2015/2016: Eine rechtliche Chronik aus österreichischer Perspektive in: Roman Lehner/Friederike Wapler (Hg) Die herausgeforderte Rechtsordnung. Aktuelle Probleme der Flüchtlingspolitik (2018) 77ff.
- Müller* 2015: Solidarität in der gemeinsamen europäischen Asylpolitik, ZÖR 2015, 463.
- Müller* 2012: Der Grundrechtseingriff und Art 3 EMRK. Von den Grenzen der Harmonisierung der Grundrechtsdogmatik, ZÖR 2012, 475.

- Müller* 2011: Pas de deux der Gerichte: VfGH und EGMR zur Zulässigkeit der Überstellung von Asylwerbbern nach Griechenland im Dublin-Verfahren in: Lienbacher/Wielinger (Hg) *Öffentliches Recht. Jahrbuch* 2011 (2011) 199.
- Müller* 2010: Solidarität als Rechtsbegriff im Europarecht in: Sedmak (Hg) *Solidarität. Vom Wert der Gemeinschaft* (2010) 77.
- Oesch* 2014: Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU. Zur Auslegung der bilateralen Verträge, 115 *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2014, 171.
- Peters* 2014: Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (2014).
- Pöhlz* 2012: Die nicht unwiderlegbare Vermutung der Beachtung der Grundrechte von Asylwerbbern durch die Mitgliedstaaten, *FABL* 2012, 11.
- Ross/Borgmann-Prebil* 2010: Promoting Solidarity in the European Union (2010).
- Rossi* 2016: Art 18 GRC in: Calliess/Ruffert (Hg) *EUV/AEUV*⁵ (2016).
- Sangiovanni* 2013: Solidarity in the European Union, 33 *Oxford Journal of Legal Studies* 2013, 213.
- Schmidt* 2013: Solidarität – Ein wichtiges Kriterium in den Aufgabenstellungen des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, in: Barwig et al (Hg) *Solidarität. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht* 2012 (2013) 53 = *ZAR* 2012, 129.
- Schroeder* 2017: Grundkurs Europarecht⁴ (2017).
- Stolleis* 2004: Wer Solidarität sagt, will etwas haben, *Rg* 05 2004, 49.
- Streinz* 2012a: Art 18 GRC in: *Streinz* (Hg) *EUV/AEUV*² (2012).
- Streinz* 2012b: Art 78 AEUV in: *Streinz* (Hg) *EUV/AEUV*² (2012).
- Thym* 2010: *Migrationsverwaltungsrecht* (2010).
- Thym* 2013: Zulässigkeit von Dublin-Überstellungen nach Italien, *ZAR* 2013, 331.
- Thym* 2015: Art 78 AEUV in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hg) *Das Recht der Europäischen Union* (2016).
- Tohidipur* 2012: Solidarität in der europäischen Asyl- und Flüchtlingspolitik in: *Seul/Davulis* (Hg) *La solidarité dans l'Union européenne/Solidarität in der Europäischen Union* (2012) 163.
- Végb* 2016: “Flexible solidarity”. Intergovernmentalism or differentiated integration: the way out of the current impasse <<http://visegradinsight.eu/flexible-solidarity/>> (20.1.2017).
- Weiß* 2012: Art 78 AEUV in: *Streinz* (Hg) *EUV/AEUV*² (2012).
- Weiß/Satzger* 2012: Art 67 AEUV in: *Streinz* (Hg) *EUV/AEUV*² (2012).
- DerStandard* 23.9.2015: Grünes Licht für EU-weite Aufteilung von Flüchtlingen <<http://derstandard.at/2000022636122/Gruenes-Licht-fuer-EU-weite-Aufteilung-von-Fluechtlingen>> (20.1.2017).
- Zeit ONLINE* 22.9.2015: EU-Staaten beschließen Verteilung von 120.000 Flüchtlingen <<http://www.zeit.de/politik/ausland/2015-09/fluechtlingskrise-fluechtlinge-europa-minister-bruessel>> (20.1.2017).

Assoz.-Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale)
Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81409
andreas.mueller@uibk.ac.at

Thomas Trentinaglia

Solidarität im Bundesstaat am Beispiel der Flüchtlingskrise¹

A. Einleitung

Die Republik Österreich ist völkerrechtlich und unionsrechtlich verpflichtet, Flüchtlinge im eigenen Staatsgebiet würdig zu behandeln und mit dem Notwendigsten zu versorgen. Die Flüchtlingsbetreuung ist daher eine staatliche Aufgabe.

Als im Herbst 2015 syrische und afghanische Flüchtlinge in großer Zahl nach Österreich kamen, zeigte und lebte die Bevölkerung große Solidarität: Freiwillig und unentgeltlich stellten viele Menschen den Flüchtlingen Verpflegung, Unterkünfte, Gebrauchsgüter, soziale Betreuung und ihre eigene (Arbeits-) Kraft zur Verfügung. Die Menschen, die freiwillig geholfen haben, nahmen eine Verantwortung wahr, die eigentlich der Staat als Organisation hätte wahrnehmen müssen. Leider konnte der Staat seiner Verantwortung im Herbst 2015 nicht vollständig nachkommen.

Unsere bundesstaatliche Verfassung verteilt die Zuständigkeiten in Gesetzgebung und Vollziehung auf den Bund und die Länder. Selbst einheitliche Regelungsbereiche werden oftmals zerrissen und kompliziert zwischen Bund und Ländern aufgeteilt, was zu Koordinationsproblemen und Reibungsverlusten führt. Die Unterbringung von Asylwerber_innen ist hierfür ein gutes Beispiel. Der Mangel an Quartieren während der Flüchtlingskrise im Jahr 2015 war zumindest teilweise auf eine unklare Kompetenzverteilung und nicht eindeutig definierte Verantwortungsbereiche zurückzuführen.

Dieser Beitrag soll aufzeigen, dass die Gebietskörperschaften die Aufgabe der Flüchtlingsbetreuung gerade im Falle eines unerwartet hohen Zuzugs von Flüchtlingen aus strukturellen und politischen Gründen sowie falscher ökonomischer Anreize nicht hinreichend wahrnehmen (können).

¹ Das Manuskript dieses Beitrags wurde im Dezember 2016 fertiggestellt.

B. Die Republik Österreich – ein solidarischer Bundesstaat?

1. Das Verhältnis zwischen Bund und Ländern nach B-VG

Bund und Länder sind jeweils selbstständig, erlassen eigene Gesetze, beschäftigen eigene Verwaltungsorgane und unterhalten jeweils eine eigene Gerichtsbarkeit. Die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen von Bund und Ländern sind streng voneinander getrennt. Überlappende Zuständigkeiten versucht das B-VG weitgehend zu vermeiden. Der Bund ist nicht befugt, Gesetzgebungskompetenzen der Länder an sich zu ziehen, wenn er andere politische Ansichten hat. Dasselbe gilt *vice versa*. Nur dann, wenn ein Land seiner Verpflichtung zur Umsetzung des Unionsrechts (zB einer Richtlinie) nicht nachkommt und Österreich deshalb vom EuGH verurteilt wird, kann der Bund das Gesetz anstelle des Landes selbst erlassen.²

Charakteristisch am Föderalismus österreichischer Prägung ist ferner die weitgehende Gleichwertigkeit von Bund und Ländern,³ die ua darin zum Ausdruck kommt, dass der Grundsatz *Bundesrecht bricht Landesrecht* gerade nicht gilt. Im Bereich der Gesetzgebung kann man daher kaum von einer Solidarität zwischen Bund und Ländern sprechen.

Zur strikten *Kompetenztrennung* und *Gleichberechtigung* gesellen sich die *Unabhängigkeit* und die *Eigenverantwortlichkeit* von Bund und Ländern. Wechselseitige Aufsichts- und Weisungsrechte bestehen nicht.⁴ Im Jahr 2009 wurde das Einspruchsrecht des Bundes gegen Landesgesetze abgeschafft und damit die Eigenverantwortlichkeit der Länder noch verstärkt.⁵

Aus der Eigenverantwortlichkeit der Länder und des Bundes folgt das Fehlen jeder Verpflichtung, rechtswidriges oder unzweckmäßiges Handeln in der Gesetzgebung, Vollziehung oder Gerichtsbarkeit der anderen Gebietskörperschaft aufzugreifen und diese Aufgabe selbst wahrzunehmen. Sollte sich der Bund oder ein Land – aus welchen Gründen immer – dazu entschließen, bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge (zB Mindestsicherung) in seinem Kompetenzbereich nicht mehr zu gewähren, kann die andere Gebietskörperschaft sich zwar aus eigenem entschließen, im Rahmen der sog. Privatwirtschaftsverwaltung die dadurch entstehenden Härten für die Betroffenen abzu-

² Art 23d Abs 5 B-VG.

³ Öhlinger (2014) Rz 218; Rebhahn (2013) 592.

⁴ Ein rechtlich verfestigter Einfluss besteht nur dort, wo der Bund zur Erfüllung eigener Aufgaben Landesorgane in Anspruch nimmt (zB in der mittelbaren Bundesverwaltung, Art 102 Abs 1, Art 103 Abs 1 B-VG) oder das Land auf Bundesorgane zurückgreift (zB bei der Mitwirkung von Bundesorganen bei der Vollziehung, Art 97 Abs 2 B-VG). Ansonsten sind Bund und Länder für ihr Handeln nur dem jeweiligen Parlament und indirekt dem Volk verantwortlich.

⁵ Kritisch dazu Rebhahn (2013) 594 Fn 39.

federn. Rechtlich verpflichtet ist sie dazu aber nicht! Ihr wäre es gar nicht möglich, diese Aufgabe an sich zu ziehen und mit hoheitlichen Befugnissen zu regeln, weil sie nicht über die entsprechende Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz nach dem B-VG verfügt. Auch in der Vollziehung ist somit nicht von einem *Solidaritätsverhältnis* zwischen Bund und Ländern auszugehen.

Auch im Bereich der Finanzverfassung bzw Schuldengebarung zeigt sich die Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit von Bund und Ländern. Nach herrschender Auffassung lässt sich nämlich aus keiner Bestimmung des österreichischen Verfassungsrechts eine Haftung des Bundes für Schulden von Ländern und Gemeinden bzw *vice versa* ableiten.⁶

2. Die Verantwortungsgemeinschaft der Gebietskörperschaften nach Unions- und Völkerrecht

Die verfassungsgesetzlich vorgegebene Eigenverantwortlichkeit von Bund und Ländern wird durch das Unions- und Völkerrecht in ein anderes Licht gerückt. Eine aus internationalem oder supranationalem Recht entspringende Verpflichtung muss die Republik Österreich als Gesamtheit erfüllen. Welches staatliche Organ bzw welche Teilorganisation *tatsächlich* innerstaatlich für die Erfüllung sorgt, ist dem Unions- und Völkerrecht gleichgültig. Würde etwa das für die Vollziehung des *Armenwesens*⁷ zuständige Land einer Person in existenzbedrohender Lage keine Hilfe gewähren und damit gegen Art 2 EMRK (Recht auf Leben) oder das Verbot erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK) verstoßen⁸, dann würde der EGMR die Republik Österreich verurteilen.⁹ Da die Republik Österreich nicht mit dem Bund gleichzusetzen ist, sondern aus dem Bund, allen Ländern und Gemeinden gemeinsam gebildet wird,¹⁰ be-

⁶ T. Trentinaglia (2016) 253 mwN.

⁷ Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG (Grundsatzgesetzgebung Bund, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Land).

⁸ Vgl EGMR 18.6.2009, 45603/05, *Budina gegen Russland*: „The Court cannot exclude that State responsibility could arise for “treatment” where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity [...]“; bzgl AsylwerberInnen vgl EGMR 21.1.2011, 30696/09, *M.S. gegen Belgien und Griechenland* Rz 250f; dazu Graschedl (2015) 71f mwN; Frahm (2013) 467f.

⁹ Die Verurteilung kann ua darin bestehen, dass die – nach nationalem Recht nicht vermögensfähige – „Republik Österreich“ zur Zahlung von materiellem und immateriellem Schadenersatz verpflichtet wird (Art 41 EMRK).

¹⁰ Vgl Art 7 Abs 1 letzter Satz B-VG: „*Die Republik (Bund, Länder, Gemeinden) [...]“ sowie Art 8 Abs 2 B-VG und § 1 BVG über den umfassenden Umweltschutz: „*Die Republik Österreich (Bund, Länder und Gemeinden) [...]“; dazu ausführlich T. Trentinaglia (2016) 258f.**

gründet das Unions- und Völkerrecht – in Abkehr vom Verständnis des B-VG – eine *Verantwortungsgemeinschaft* der Gebietskörperschaft.

In der Öffentlichkeit wird diese Verantwortungsgemeinschaft kaum wahrgenommen. Vielmehr meint man landläufig, die Verantwortlichkeit nach außen, gegenüber internationalen Organen und Gerichten, treffe den Bund. Das ist insofern verständlich, als der Bund die Republik Österreich nach außen vertritt¹¹ und Fehler der Länder am internationalen Parkett ausbaden muss. Rechtlich hingegen sitzen Bund, Länder, und Gemeinden in einem Boot mit dem Namen „Republik Österreich“.

C. Die Verpflichtungen Österreichs aus der Genfer Flüchtlingskonvention

Österreich ratifizierte die Genfer Flüchtlingskonvention am 26.8.1954. Gemäß Art 23 GFK¹² sollen die vertragschließenden Staaten „*den Flüchtlingen, die sich erlaubterweise auf ihrem Gebiete aufhalten, die gleiche Behandlung in der öffentlichen Unterstützung und Hilfeleistung gewähren, wie sie ihren eigenen Staatsbürgern zuteil wird.*“ Zu dieser Bestimmung erklärte Österreich den Vorbehalt, unter den dort genannten „*Öffentlichen Unterstützungen und Hilfeleistungen*“ nur Zuwendungen aus der Öffentlichen Fürsorge (Armenversorgung) zu verstehen.¹³

Die Öffentliche Fürsorge, im B-VG als *Armenwesen* bezeichnet, war damals wie heute eine Materie des Art 12 B-VG (Grundsatzgesetzgebung Bund, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Länder). Der Nationalrat, der diesen Vorbehalt erklärte, verwies damit wohl implizit auf die Zuständigkeit der Länder zur Leistung der Sozial- bzw Notstandshilfe an Flüchtlinge.¹⁴

D. Die Unterbringung von Flüchtlingen in Österreich von 1955 bis 2004

1. Die Zeit vor 1990

Bis zum Jahr 1990 war die Betreuung von hilfsbedürftigen Flüchtlingen gesetzlich nicht (speziell) geregelt. Der Bund leistete die Betreuung in Bundes-

¹¹ Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG.

¹² Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 55/1955 idF des 78. Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 78/1974.

¹³ BGBl 55/1955.

¹⁴ Vgl die Erläut zum BBEtrG 1991, ErläutRV 158 BlgNR 28. GP 5.

einrichtungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, ohne den Asylwerber_innen einen (hoheitlichen) Rechtsanspruch auf Betreuungsleistungen einzuräumen. Tschechische Flüchtlinge, die nach dem Prager Frühling 1968 in großer Zahl nach Österreich flüchteten, betreute der Bund in Zusammenarbeit mit dem Flüchtlingsfonds der Vereinten Nationen.¹⁵ Karitative Organisationen wie die Caritas und die Volkshilfe beteiligten sich ebenfalls an der Versorgung und errichteten teilweise eigene Unterkünfte. Ähnlich wie heute wurden Asylwerber_innen zunächst in der Erstaufnahmestelle Traiskirchen und anschließend in Einrichtungen von karitativen Organisationen oder in Gasthöfen in ganz Österreich, vorwiegend in strukturschwachen Regionen, untergebracht. Die Gastwirte wurden mit einem bestimmten Tagsatz pro Flüchtlings entlohnt, in den Wintermonaten wurde zusätzlich ein Heizkostenzuschuss ausbezahlt.¹⁶ Die Kosten hierfür trug, anders als heute, zur Gänze der Bund. Die Kosten beliefen sich Ende der 1980er Jahre auf etwa 1 Mrd Schilling pro Jahr.¹⁷

Der Bund fühlte sich jedoch nie uneingeschränkt für die Betreuung von Asylwerber_innen zuständig. Ein Rechtsgutachten des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes vertrat die Auffassung, die Betreuung von Asylwerber_innen sei eine Angelegenheit der Sozialhilfe (Kompetenztatbestand *Armenwesen*¹⁸) und falle in die Zuständigkeit der Länder.¹⁹ Der Nationalrat teilte diese Einschätzung.²⁰ Die Länder waren anderer Meinung, sie sahen die Verantwortung alleine beim Bund.²¹

¹⁵ Der Fonds wurde vom UN-Flüchtlingshochkommissariat UNHCR und vom Bundesministerium für Inneres im Jahr 1960 gegründet und trägt heute die Bezeichnung „Österreichischer Integrationsfonds“, <http://www.integrationsfonds.at/der-oeif/ueber-den-oeif/> (21.6.2016); König/Rosenberger (2010) 20.

¹⁶ König/Rosenberger (2010) 21.

¹⁷ 1458 Blg StenProt NR 27. GP 1.

¹⁸ Das *Armenwesen* (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG) ist zwar in Grundsatzgesetzgebung Bundessache. Erlässt der Bund aber, wie etwa im Bereich der Sozialhilfe/Mindestsicherung, kein Grundsatzgesetz, können die Landesgesetzgeber die Angelegenheit frei regeln (Art 15 Abs 6 B-VG).

¹⁹ König/Rosenberger (2010) 22.

²⁰ 1458 Blg StenProt NR 27. GP 1; ähnlich auch die Erläut zum BBetrG 1991, 158 Blg 28. GP 5; vgl auch die Wortmeldung vom damaligen Innenminister Dr. Ernst Strasser, StenProt zur 55. Sitzung des NR, 27. GP, 24.3.2004, 120.

²¹ König/Rosenberger (2010) 22.

2. Das Bundesgesetz vom 5. Juli 1990 über die Bundesbetreuung für Asylwerber (BBetrG 1990)

Als im Jahr 1990 die Grundversorgung von Asylwerber_innen erstmalig gesetzlich geregelt wurde,²² löste der Verfassungsgesetzgeber gleichzeitig den schwelenden Kompetenzkonflikt, indem er eine Verfassungsbestimmung (eine sog. *Kompetenzdeckungsklausel*) in das Gesetz einfügte, welche sämtliche Angelegenheiten des Gesetzes ungeachtet der Kompetenzverteilung des B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung zur Bundessache erklärte.²³

Wie schon bisher gewährte der Bund die Grundversorgung im Rahmen der sog. Privatwirtschaftsverwaltung. Das Gesetz räumte den Asylwerber_innen keinen Rechtsanspruch ein.²⁴

Politisch umstritten war vor allem die vom BMI betriebene und im BBetrG 1990 erstmals gesetzlich verankerte gleichmäßige Aufteilung der Flüchtlinge auf die Länder. Befürworter einer gleichmäßigeren Verteilung waren Wien, Niederösterreich, Oberösterreich und das Burgenland. Diese Bundesländer beherbergten bis dahin die meisten Flüchtlinge.²⁵ Die übrigen, bis dahin verhältnismäßig gering belasteten Bundesländer, allen voran Kärnten,²⁶ wehrten sich recht vehement gegen die Aufteilungspläne. Von einer Solidarität der Länder mit dem Bund war wenig zu spüren. Der erzielte Kompromiss, der in den Verfassungsrang gehoben wurde, sah vor, dass der BMI auf Vorschlag der Länder *Länderquoten* festlegte, und zwar auf Basis der Bevölkerungszahlen, vermindert um die Zahl der Gastarbeiter_innen und deren Angehörige.²⁷ Der BMI war ermächtigt, „*Asylwerber nach diesen Quoten zur Unterbringung in den Ländern zuzuweisen.*“²⁸

Die Länder waren in den Vollzug insoweit eingebunden, als das BBetrG 1990 die Länder verpflichtete, im Rahmen ihrer Privatwirtschaftsverwaltung für die Bereitstellung der Quartiere bis zur Höhe ihrer Quote zu sorgen, sofern im betreffenden Bundesland der Bund nicht selbst über ausreichende Betreu-

²² Bundesgesetz vom 5. Juli 1990 über die Bundesbetreuung für Asylwerber, BGBl 452/1990.

²³ Art 1 des Bundesgesetzes vom 5. Juli 1990 über die Bundesbetreuung für Asylwerber, BGBl 452/1990.

²⁴ § 1 Abs 3 BBetrG 1990; *D. Trentinaglia* (2009) 26.

²⁵ *König/Rosenberger* (2010) 22.

²⁶ Näheres dazu bei *König/Rosenberger* (2010) 23.

²⁷ § 2 Abs 1 und 3 BBetrG 1990. Schlugen mindestens sieben Länder, die mindestens $\frac{3}{4}$ der Bevölkerungszahl Österreichs repräsentierten, dem BMI einvernehmlich eine Quotenregelung vor (diese musste sich nicht zwingend an der Bevölkerungszahl orientieren), dann war dieser Vorschlag für den BMI verbindlich.

²⁸ § 2 Abs 4 BBetrG 1990.

ungsplätze verfügte.²⁹ Sanktionen für die Nichterfüllung dieser Pflicht sah das Gesetz damals (wie auch heute) keine vor. Diese sanktionslosen Pflichten im Bundesstaatsverhältnis sind, wie wir heute wissen, ein großer Schwachpunkt der Grundversorgungsgesetzgebung insgesamt. Bemerkenswert ist, dass sich der Bund im BBetrG 1990 bereit erklärte, weiterhin sämtliche Kosten für die Unterbringung mehr oder weniger freiwillig zu übernehmen.³⁰

3. Das Bundesbetreuungsgesetz 1991

Bereits ein Jahr später, im Jahr 1991, wurde ein neues Bundesbetreuungsgesetz³¹ erlassen. Wenig zuvor hatte der Rechnungshof zwar noch katastrophale Zustände in der Bundesbetreuung festgestellt und vorgeschlagen, die Unterbringung aus fürsorgerechtlichen Überlegungen in die Zuständigkeit der Länder zu übertragen.³² Dieser Empfehlung folgte der Bundesgesetzgeber nicht, inhaltlich änderte sich nämlich wenig. Diesmal wurde das Gesetz jedoch ohne Kompetenzdeckungsklausel beschlossen, was die ungelöste Kompetenzfrage wieder aufleben ließ. Zu einer Kompetenzdebatte kam es trotzdem nicht, weil der Bund die Leistungen weiterhin – kompetenzkonform – im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erbrachte, ohne den Asylwerber_innen einen Rechtsanspruch einzuräumen.³³

Die Einbindung der Länder war in anderer Form als noch im BBetrG 1990 geregelt. Der BMI konnte den Ländern die Betreuung von Asylwerber_innen entsprechend ihrer (unverändert berechneten) Länderquote im Rahmen der *Auftragsverwaltung* (Art 104 Abs 2 B-VG) übertragen und damit zur Pflicht machen.³⁴ Von dieser Möglichkeit machte der BMI in den Ländern Kärnten, Tirol, Vorarlberg³⁵, Burgenland³⁶ und Wien³⁷ Gebrauch und verpflichtete die

²⁹ § 2 Abs 5 BBetrG 1990.

³⁰ § 2 Abs 5 aE BBetrG 1990.

³¹ Bundesgesetz, mit dem die Bundesbetreuung von Asylwerbern geregelt wird, BBetrG 1991, BGBl 405/1991.

³² König/Rosenberger (2010) 23 f.

³³ § 1 Abs 3 BBetrG 1991.

³⁴ § 10 BBetrG 1991. Der Landeshauptmann war verpflichtet, im Namen des Bundes rechtzeitig Maßnahmen (Schaffung von Unterbringungen nach Möglichkeit unter Heranziehung privater, humanitärer und kirchlicher Einrichtungen) zu treffen, um die Betreuung der seinem Land zugewiesenen Asylwerber_innen sicherzustellen (§ 10 Z 2 BBetrG).

³⁵ Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der in den Ländern Kärnten, Tirol und Vorarlberg Aufgaben der Bundesbetreuung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl 71/1993.

³⁶ Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der im Land Burgenland Aufgaben der Bundesbetreuung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl 411/1992.

Landeshauptmänner durch Verordnung, im Namen und auf Rechnung des Bundes Verträge über die Unterbringung von Flüchtlingen abzuschließen,³⁸ Versorgungsleistungen zu gewähren und Kontrollen durchzuführen. Für diese Länder änderte sich somit im Vergleich zum BBetrG 1990 nur der Umstand, dass sie die Verträge nicht mehr im eigenen Namen abschlossen.

Anders als noch im BBetrG 1990 wurden die Länder allerdings nicht pauschal verpflichtet, Quartiere bereitzustellen, wenn dem Bund im betreffenden Land nicht genügend Quartiere zur Verfügung standen, um die Länderquote zu erfüllen. Die Bundesländer Salzburg, Oberösterreich, Steiermark und Niederösterreich, die der Bund nicht im Rahmen der Auftragsverwaltung mit der Quartiersuche beauftragte, waren daher insofern von dieser „Last“ befreit.

4. Die Vollzugspraxis zwischen 1990 und 2003

Zwischen 1990 und 2000 wurden bei weitem nicht alle, sondern nur etwa ein Drittel der Asylwerber_innen in die Grundversorgung aufgenommen.³⁹ Mit fragwürdigen Erlässen wurden ganze Gruppen von Asylwerber_innen aus bestimmten Herkunftsländern (zB Rumänien, Bulgarien) von der Bundesbetreuung ausgeschlossen.⁴⁰ Mangels Rechtsanspruch war das System anfällig für willkürliches Handeln.⁴¹ Hintergrund mag gewesen sein, dass sich der Bund nicht zur Hilfeleistung verpflichtet fühlte; er leistete vielmehr freiwillig Hilfe und sei bloß „ein Glied der Kette“ neben den Ländern und NGOs.⁴² Von den Asylwerber_innen, die nicht vom Bund betreut wurden, empfingen etwa die Hälfte von den Ländern Sozialhilfe auf Grundlage der länderspezifischen Sozialhilfegesetze⁴³ oder wurden von NGOs betreut.⁴⁴ Oberösterreich bspw schloss Asylwerber_innen nicht aus dem Anwendungsbereich des Sozialhilfe-

³⁷ Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der im Land Wien Aufgaben der Bundesbetreuung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl 412/1992.

³⁸ Gemäß § 4 der Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der in den Ländern Kärnten, Tirol und Vorarlberg Aufgaben der Bundesbetreuung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl 71/1993, waren die Verträge auf der Grundlage von Musterverträgen, die vom BMI gemeinsam mit dem BMF erstellt wurden, abzuschließen.

³⁹ König/Rosenberger (2010) 24.

⁴⁰ König/Rosenberger (2010) 24.

⁴¹ Kritisch zum Ausschluss des Rechtsanspruches D. Trentinaglia (2009) 26f.

⁴² AB 253 BlgNR 22. GP 4ff.

⁴³ Art 6 Abs 3 OÖ Sozialhilfegesetz, LGBl 82/1998, lautete: „Ist die hilfebedürftige Person AsylwerberIn, kann soziale Hilfe nur auf der Grundlage des Privatrechtes und nur so weit geleistet werden, als eine vergleichbare Leistung nicht auf Grund einer anderen gesetzlichen Grundlage geltend gemacht werden kann.“ Die Materialien (Blg 3/1997 OÖ LT, 25. GP) stellen klar, dass es unerheblich ist, ob auf die „vergleichbare Leistung“ ein Rechtsanspruch besteht oder nicht.

⁴⁴ König/Rosenberger (2010) 24.

gesetzes aus, brachte in den Gesetzesmaterialien aber dennoch zum Ausdruck, dass eine „*vorrangige Verantwortung des Bundes*“ für Asylwerber_innen bestehe.⁴⁵ Oberösterreich gab aus dem Titel der Sozialhilfe etwa ca € 3 Mio für die Beherbergung von Flüchtlingen pro Jahr aus.⁴⁶ Auch Asylberechtigte und illegal in Österreich aufhältige Personen wurden von den Ländern unterstützt.

Aufgrund höherer Asylantragszahlen spitzte sich zwischen 2001 und 2003 die Versorgungssituation zu.⁴⁷ Der Bund nahm bei weitem nicht alle Asylwerber_innen in die Bundesbetreuung auf. Das BMI rechtfertigte sein restriktives Vorgehen mit dem auch heute immer wieder verwendeten Argument, nicht alle Flüchtlinge wären hilfsbedürftig.⁴⁸ Die Unterstützung durch die Länder war nicht ausreichend. Die NGOs waren an ihrer Belastungsgrenze angelangt.⁴⁹

Im Oktober 2002 entließ das Innenministerium hunderte Asylwerber_innen aus der Bundesbetreuung, viele wurden obdachlos. NGOs errichteten Notunterkünfte. Die Situation entspannte sich im Jahr 2003 kaum, es kam erneut zu Entlassungen aus der Grundversorgung. Erst für Jänner 2003 sicherte das Innenministerium zu, den Winter über Entlassungen aus der Bundesbetreuung zu stoppen.⁵⁰

Der politische Umgang mit Flüchtlingen war damals noch rauer als heute, der Bund fühlte sich weder rechtlich noch humanitär für die Versorgung der Asylwerber_innen verantwortlich; die Länder traditionell ohnehin nicht. Die Aufnahmerichtlinie der EU, die im März 2004 beschlossen wurde und grundlegende Änderungen im österreichischen Grundversorgungssystem zur Folge haben sollte, war rückblickend ein Segen für die Situation von Flüchtlingen in Österreich.

⁴⁵ Beilage 3/1997 OÖ LT, 25. GP.

⁴⁶ Abg. *Ackerl* (SPÖ), Wortmeldung, OÖ Landtag, 26. GP, 7. Sitzung, 1.4.2004, 64.

⁴⁷ In den Jahren 1999 und 2000 wurden pro Jahr etwa 20.000 Asylanträge gestellt. Im Jahr 2001 stieg die Anzahl der Anträge auf 30.127 und im Jahr 2002 auf 39.354. Die höchste Antragszahl in einem Monat wurde im Oktober 2002 mit 5.252 Asylanträgen registriert. Zum Vergleich wurden alleine im Oktober 2015 12.288 Asylanträge gestellt, im Jahr 2015 insgesamt 88.912 (Asylstatistiken des BMI, http://www.bmi.gv.at/cms/bmi_asylwesen/statistik/start.aspx). Die Betreuungsplätze in den Bundeseinrichtungen stiegen überproportional von 2.300 im Februar 2000 auf 10.300 im März 2004 (StenProt zur 55. Sitzung des NR, 27. GP, 24.3.2004, 105).

⁴⁸ König/Rosenberger (2010) 28; vgl auch Pöschl (2015) 130f, wonach die Verantwortung für Asylsuchende auf Akzeptanzprobleme stößt, weil bekanntlich nicht jeder, der um Schutz vor Verfolgung ansucht, dieses Schutzes auch bedarf (Stichwort: „Wirtschaftsflüchtlinge“).

⁴⁹ König/Rosenberger (2010) 27f.

⁵⁰ König/Rosenberger (2010) 28; vgl auch die StenProt zur 55. Sitzung des NR, 27. GP, 24.3.2004, 101.

E. Die Grundversorgungsvereinbarung 2004

Nach langwierigen Verhandlungen schlossen der Bund und alle Länder im Jahr 2004 einen Gliedstaatsvertrag (Art 15a-Vereinbarung) „über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbefürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Personen) in Österreich“ (die sog. Grundversorgungsvereinbarung, idF GVV⁵¹) ab. Diese Vereinbarung verteilt die Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern und legt „Kostenhöchstsätze“ für Betreuungsleistungen bundesweit in einheitlicher Höhe fest. Sie bildet bis heute das Fundament der Grundversorgung in Österreich.

1. Hintergründe

Die am 27.1.2003 vom Rat der Europäischen Union verabschiedete Aufnahme-Richtlinie⁵² regelte erstmalig umfassend die Rechte von Asylwerber_innen und verpflichtete die Mitgliedstaaten, Asylwerber_innen einen Rechtsanspruch auf Grundversorgung einzuräumen.⁵³ Die Versorgung von Asylwerber_innen durfte nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht mehr wie bisher in der Form der Privatwirtschaftsverwaltung ohne Rechtsanspruch besorgt werden. Stattdessen musste der Staat den Asylwerber_innen bei Verweigerung der Grundversorgung einen effektiven Rechtsschutz zur Verfügung stellen.⁵⁴ Die Republik Österreich (als EU-Mitgliedstaat) war daher unionsrechtlich verpflichtet, eine behördliche Zuständigkeit und ein bescheidmäßig zu erledigendes Verfahren vorzusehen.

⁵¹ BGBl I 80/2004.

⁵² Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten (sog Aufnahme-RL). Die Richtlinie war bis zum 6.2.2005 umzusetzen (Art 26).

⁵³ Art 21 Abs 1 der Aufnahme-RL lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass gegen abschlägige Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gewährung von Zuwendungen gemäß dieser Richtlinie oder gegen Entscheidungen gemäß Artikel 7, die Asylbewerber individuell betreffen, Rechtsmittel nach den in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Verfahren eingelegt werden können. Zumindest in der letzten Instanz ist die Möglichkeit einer Berufung oder einer Revision vor einem Gericht zu gewähren.“

⁵⁴ Vgl VfGH 15.10.2016, E 560/2016 zum Wiener Grundversorgungsgesetz. Bei Gewährung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ist zwar eine Berufung auf die Fiskalgeltung der Grundrechte denkbar (vgl OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k), aber die Durchsetzung am Zivilrechtsweg ist mit höherer Rechtsunsicherheit, höheren Kosten und einem größeren Bedarf an Rechtsberatung verbunden.

Ob der Bund oder die Länder in Gesetzgebung und Vollziehung für diese Materie zuständig sind, war aber – damals wie heute – völlig unklar.⁵⁵ Die Meinungen reichen von einer gänzlichen Zuordnung zum Kompetenztatbestand *Asyl*⁵⁶ über eine Zuordnung zum Kompetenztatbestand *Fremdenpolizei* sowie anderen in Art 10 Abs 1 Z 3 genannten Tatbeständen,⁵⁷ ferner über eine bloß teilweise Zuständigkeit des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung,⁵⁸ und über eine sich überlappende Zuständigkeit von Bund und Ländern⁵⁹ bis hin zu einer gänzlichen Zuordnung zum *Armenwesen*,⁶⁰ was die Zuständigkeit der Länder zur Folge hätte.

Ohne die Kompetenzfrage vom VfGH klären zu lassen, einigten sich die politischen Spitzen von Bund und Ländern auf den Abschluss der GVV, der die Vertragspartner ein von allen Seiten akzeptiertes Kompetenzverständnis über die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern zugrunde legten.⁶¹ Diesem Verständnis zufolge ist der Bund in Gesetzgebung und Vollziehung für Asylwerber_innen zuständig, die sich im Asyl-Zulassungsverfahren⁶² befinden, während nach der Zulassung des Verfahrens⁶³ die Länder aufgrund des Kompetenztatbestands *Armenwesen* zuständig sind.⁶⁴

⁵⁵ Pöschl (2015) 131.

⁵⁶ Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG; Oswald (2009) 53ff; aM Tessar (2011) 39.

⁵⁷ VfGH 3.10.2006, G 33/06 ua (jedenfalls, was das Zulassungsverfahren betrifft); Wessely (2007) 19, jedoch mit begründeten Zweifeln in Fn 12.

⁵⁸ So die Auffassung des Bundes und der Länder in der GVV (dazu sogleich); ebenso D. Trentinaglia (2010) 19f.

⁵⁹ Tessar (2011) 34ff mit ausführlicher Begründung.

⁶⁰ Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG; Sieberer (2005) 5; OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k.

⁶¹ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass eine Art 15a-Vereinbarung die bundesstaatliche Kompetenzordnung nicht abändern kann. Dafür bedürfte es eines Verfassungsgesetzes.

⁶² Im Zulassungsverfahren, das mit der Einbringung des Asylantrags beginnt (§ 17 Abs 4 AsylG 2005), wird geprüft, ob Österreich für die inhaltliche Behandlung des Asylantrags nach der Dublin-III-Verordnung⁶⁵ (VO 604/2013) international zuständig ist.

⁶³ Das Asylverfahren wird durch die Ausfolgung der Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 Abs 1 AsylG 2005 („weiße Karte“) zugelassen (§ 28 Abs 1 AsylG 2005).

⁶⁴ Wiederin (2011) Rz 11 begründet diese Auffassung damit, dass im Zulassungsverfahren der/die Asylwerber_in für die Behörde greifbar sein soll (vgl auch die Ausführungen in VfGH 3.10.2006, G 33/06, wonach das Zulassungsverfahren Asylwerber_innen „für den Großteil ihrer Zeit durch Verfahrenshandlungen oder durch die Vorbereitung intensiv persönlich in Anspruch nimmt und von entscheidender Bedeutung für den weiteren Verlauf des Asylverfahrens ist“), während im zugelassenen Verfahren die soziale Hilfsbedürftigkeit im Vordergrund steht.

2. Der Inhalt der Grundversorgungsvereinbarung

Bis heute regelt die GVV ua die Verteilung der Aufgaben und Kosten bei der Betreuung von Asylwerber_innen und anderen „Fremden“⁶⁵ zwischen Bund und Ländern.⁶⁶ Im Einzelnen bestimmt die GVV Folgendes:

- Der Bund ist für die „*Erstaufnahme*“ der Asylwerber_in in Betreuungseinrichtungen des Bundes (Betreuungsstellen, Erstaufnahmestellen) zuständig.
- Der Bund richtet eine *Koordinationsstelle* ein, welche die Asylwerber_innen nach der Erstaufnahme durch den Bund auf die Länder „*unter Bedachtnahme*“ auf die *Länderquoten* verteilen soll. Der im Volksmund *Länderquote* genannte Aufteilungsschlüssel legt fest, dass Asylwerber_innen im (prozentualen) Verhältnis der Wohnbevölkerung in den Bundesländern betreut werden sollen.⁶⁷ Die Länder sind verpflichtet, der Koordinationsstelle über ein Informationsverbundsystem die aktuellen Daten über die Auslastung der Kapazitäten bekanntzugeben.
- Der Bund sorgt für die Transporte der Asylwerber_innen zu den Erstaufnahmestellen und von den Erstaufnahmestellen in die Länder.
- Die Länder versorgen die von der Koordinationsstelle zugewiesenen Asylwerber_innen.

Da die GVV als Art 15a-Vereinbarung Rechtsunterworfenen kein subjektives Recht einräumen kann,⁶⁸ musste sie durch Bundes- und Landesgesetze umgesetzt werden.

Im Grundversorgungsgesetz Bund 2005 (idF GVG-B 2005),⁶⁹ der Nachfolge-Regelung zum BBetrG 1991, konkretisiert der Bund, dass er unter *Erstaufnahme* ausschließlich die Versorgung von Asylwerber_innen im sog. *Zulassungsverfahren*

⁶⁵ Art 2 Abs 1 Z 1 bis 6 GVV (zB Fremde ohne Aufenthaltsrecht, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind, Z 4).

⁶⁶ In den meisten EU-Mitgliedstaaten existieren ähnliche Mechanismen, die die Zuordnung von Asylwerber_innen auf die einzelnen Regionen des Staates vorsehen, s EMN (2014) 8ff.

⁶⁷ Art 1 Abs 4 GVV lautet: „Die durch diese Vereinbarung begünstigten Fremden werden im Sinne einer jährlichen Gesamtbetrachtung unter Bedachtnahme auf das Verhältnis der Wohnbevölkerung in den Bundesländern betreut. Wohnbevölkerung im Sinne dieser Vereinbarung ist die für den jeweiligen Finanzausgleich ermittelte Gesamtbevölkerung Österreichs und die Bevölkerungszahl des jeweiligen Bundeslandes (zuletzt: Volkszählung 2001).“

⁶⁸ Art 1 Abs 5 GVV; Oswald (2009) 57.

⁶⁹ Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird, BGBl 405/1991 idF BGBl I 100/2005.

ren, dem ersten Abschnitt des Asylverfahrens, versteht. Nur Asylwerber_innen, die sich in diesem Verfahrensabschnitt befinden, räumt das GVG-B 2005 einen Rechtsanspruch auf Grundversorgung ein.⁷⁰ Nach erfolgter Zulassung „kann“ der Bund bis zur Herstellung des Einvernehmens mit dem Bundesland „im unbedingt erforderlichen Ausmaß“ die Person weiter versorgen, jedoch maximal für weitere 14 Tage.⁷¹ Für Asylwerber_innen, deren Asylverfahren zugelassen wurde, die sich also im inhaltlichen Asylverfahren befinden, hält sich der Bund aus kompetenzrechtlicher Sicht für nicht zuständig und überlässt diese Materie den Ländern. Die Länder ihrerseits räumen in ihren Landes-Grundversorgungsgesetzen, verallgemeinernd ausgedrückt,⁷² allen „zugelassenen“ Asylwerber_innen einen Rechtsanspruch ein, der am Verwaltungsweg durchsetzbar ist.⁷³

3. Die Länderquote – gelebte Solidarität

Ohne einen institutionalisierten Mechanismus zur Aufteilung der zunächst vom Bund betreuten Asylwerber_innen wäre eine Betreuung durch die Länder nicht möglich bzw würden die Länder jedenfalls ungleich belastet. Asylwerber_innen haben zum Zeitpunkt der Zulassung des Asylverfahrens idR noch keinen festen Lebensmittelpunkt und keine sozialen Beziehungen zu einem bestimmten Ort. Sie sind daher idR anders als etwa Bezieher_innen von Mindestsicherung. Besonders mobil. Ballungszentren, allen voran Wien, üben eine hohe Anziehungskraft auf Asylwerber_innen aus.⁷⁴ Vor allem Wien wäre ohne einen Mechanismus zur Aufteilung der Asylwerber_innen auf die Länder mit mehr Asylwerber_innen konfrontiert als ländliche oder abgelegene Gebiete. Nicht auszuschließen ist ferner, dass zugelassene Asylwerber_innen vorzugsweise in dem Bundesland bleiben würden, in dem sie zunächst vorläufig, etwa in Erstaufnahmezentren, untergebracht waren.

⁷⁰ § 6 Abs 2 GVG-B 2005. Der VfGH (3.10.2006, G 33/06 ua) bestätigte die Zuordnung der Betreuung der Asylwerber_innen während des Zulassungsverfahrens zu den Kompetenztatbeständen des Art 10 Abs 1 Z 3 und 7 B-VG „aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den Versorgungsleistungen und dem Fremdenrecht.“ Offen ließ der VfGH, ob die Landes-Grundversorgungsgesetze verfassungswidrig sind.

⁷¹ § 6 Abs 2 GVG-B 2005.

⁷² Wenn manche Länder den Rechtsanspruch davon abhängig machen, dass die AsylwerberInnen vom Bund dem Land zugeteilt werden (so etwa § 3 Abs 2 Z 3 des steiermärkischen Grundversorgungsgesetzes, LGBI 111/2016), führt dies zu einem unionsrechtswidrigen Zustand, weil die AsylwerberInnen im Fall der Überschreitung der 14-Tages-Frist für die Herstellung des Einvernehmens (§ 6 Abs 2 GVG-B) weder gegen den Bund noch gegen das Land Grundversorgungsansprüche haben.

⁷³ VfGH 15.10.2016, A 15/2015.

⁷⁴ Koppenberg (2014) 40.

Die Länder, die bei freier Wahl des Aufenthaltsortes durch Asylwerber_innen mit einer geringeren Zahl zu rechnen gehabt hätten, erklärten sich im Geiste der Solidarität wie bereits im BBetrG 1990 bereit, einen der Wohnbevölkerung entsprechenden Teil der Asylwerber_in in ihrem Bundesland unterzubringen, ohne dass die Länder dazu (verfassungs-)rechtlich verpflichtet gewesen wären. Die Bereitschaft verdient Anerkennung. Eine ähnliche Vereinbarung wäre auch auf europäischer Ebene wünschenswert.

4. Die falschen Anreize der Grundversorgungsvereinbarung

So ausgewogen und solidarisch die Vereinbarung der Länderquoten auch scheint – der Teufel steckt im Detail. Die Länder sind nämlich rechtlich nicht verpflichtet, Flüchtlinge im Ausmaß ihrer Quote aufzunehmen und zu betreuen. Tatsächlich erfüllen in der Praxis die meisten Länder ihre Quote regelmäßig nicht.⁷⁵ Dieser Umstand hat folgenden rechtsdogmatischen Hintergrund:

Erstens erfolgte die Zuteilung auf die Länder bloß „*unter Bedachtnahme*“ auf die Länderquoten, was ein erstes Einfallstor für eine mögliche Argumentation der Länder bietet, die Länderquote sei nicht zwingend zu erfüllen.⁷⁶

Zweitens sieht die GVV keine Sanktionen oder sonstigen Rechtsfolgen für die Nichterfüllung der Länderquoten vor.⁷⁷

Drittens weist der Bund durch seine Koordinierungsstelle die Asylwerber_innen nicht einseitig und rechtlich verbindlich den Ländern zu, sondern geht immer im Einvernehmen mit den Ländern vor. Eine Zustimmung der Länder zur Zuteilung schreibt die GVV zwar nicht vor, der Bund hat sich jedoch in § 6 Abs 1 GVG-B 2005 selbst verpflichtet, Asylwerber_innen nur „im Einvernehmen“ mit den Ländern an diese zu übermitteln.⁷⁸ Die Länder können die Übernahme der Asylwerber_innen damit ohne Angabe von Gründen verweigern, indem sie mit der Koordinierungsstelle des Bundes kein Einvernehmen herstellen.

⁷⁵ Vgl die Statistik bei *Koppenberg* (2014) 39 (Untersuchungszeitraum 2008 bis 2012).

⁷⁶ Art 1 Abs 4 GVV.

⁷⁷ Eine in der GVV vereinbarte Sanktion könnte im Fall des Vollzugs derselben dazu führen, dass die Vertragsparteien die Auflösung der GVV anstreben; vgl zu den rechtlichen Möglichkeiten der Aufkündigung der GVV *D. Trentinaglia* (2010) 44f.

⁷⁸ § 6 Abs 1 Satz 1 GVG-B 2005 lautet: „Über erstmalige Unterbringung in einer Betreuungsstelle eines Bundeslandes entscheidet der Bundesminister für Inneres im Einvernehmen mit der zuständigen Stelle des betroffenen Bundeslandes.“ Vgl zum technischen Ablauf in der Praxis *Koppenberg* (2014) 41f; vgl auch *Pöschl* (2015) 132.

Dieser Umstand relativiert viertens die Verantwortung der Länder besonders stark, liegt die Letztverantwortung für die Unterbringung gemäß der GVV doch wieder beim Bund. Gemäß Art 3 Abs 4 GVV zählt zu den Aufgaben des Bundes auch die „*Schaffung von Vorsorgekapazitäten für die Bewältigung von Unterbringungsgässen in den Ländern.*“⁷⁹ Die Materialien führen dazu aus, dass dies va dann der Fall sein wird, wenn Österreich Ziel einer Massenfluchtbewegung wird.⁸⁰ Den Ländern wird damit jede Eigenverantwortung genommen. Ein Unterbringungsgpass kann nämlich auch dann vorliegen, wenn sich das Land nicht hinreichend um Unterkünfte bemüht – auf ein Verschulden des Landes kommt es nicht an. Unter Verweis auf Art 3 Abs 4 GVV fällt es den Ländern daher leicht, den „schwarzen Peter“ dem Bund zuzuschieben. Wer glaubte, dass der immer wieder betonte *partnerschaftliche Charakter* der GVV dafür ausreichen würde, die Länder freiwillig zur Erfüllung ihrer Quote zu bewegen, wurde in der Vergangenheit eines Besseren belehrt. Die Ausgestaltung der GVV öffnet Tür und Tor für ein Abstreiten der rechtlichen und politischen Verantwortung, und zwar auf beiden Seiten.⁸¹

5. Die Verantwortung für die Schaffung von Vorsorgekapazitäten

Als eines der wesentlichen Probleme des derzeitigen Systems erweist sich, dass die GVV für die Länder weder finanzielle noch rechtliche oder sonstige Anreize setzt, Vorsorgekapazitäten aufzubauen. Im Gegenteil: Sobald die Anzahl an Asylwerber_innen sinkt, werden Kapazitäten wieder abgebaut.⁸² Freilich benötigt der Kapazitätsabbau aufgrund längerfristiger Verträge mit den Unterkunftgebern eine gewisse Zeit, was auch zu Überkapazitäten führen kann. Im Herbst 2016 standen daher aufgrund rückgängiger Antragszahlen in ganz Österreich zahlreiche Unterkünfte leer.⁸³

Die Zurückhaltung, Vorsorgekapazitäten aufzubauen bzw. bestehen zu lassen, hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen ist – wie erwähnt – gemäß

⁷⁹ Vgl auch § 11 Abs 1 GVG-B 2005: „Der Bundesminister für Inneres schafft Vorsorgekapazitäten für die Bewältigung von unvorhersehbaren und unabwendbaren Unterbringungsgässen in den Ländern.“

⁸⁰ 412 Blg StenProt NR 22. GP 10.

⁸¹ Das Ziel der GVV, „*Klarheit und Rechtsicherheit*“ zu schaffen (412 Blg StenProt NR 22. GP 8), konnte nicht erreicht werden.

⁸² Koppenberg (2015) 61f, der aber auch darauf hinweist, dass einige Länder, zB Kärnten, fehlenden Anreizen zum Trotz, Kapazitäten freihalten.

⁸³ Vgl etwa kurier.at, Mehr Plätze als Flüchtlinge: Leere Quartiere kommen teuer, 15.9.2016, <https://kurier.at/chronik/oesterreich/mehr-plaetze-als-fluechtlings-leere-quartiere-kommen-teuer/221.368.251> (4.12.2016).

Art 3 Abs 4 GVV der Bund dafür zuständig, Vorsorgekapazitäten zu schaffen. *E contrario* sind die Länder dafür nicht zuständig.

Zum anderen müssen die Länder Vorsorgekapazitäten zur Gänze selbst finanzieren. Vorausgeschickt werden muss, dass gemäß Art 9 GVV die Kosten für die Unterbringung der Asylwerber_innen im inhaltlichen Asylverfahren (nach Zulassung) zwischen Bund und Ländern im Verhältnis 60:40 geteilt werden.⁸⁴ Dauert das Asylverfahren länger als ein Jahr, übernimmt der Bund die Kosten zu 100 %.⁸⁵ Ein Kostenersatzanspruch eines Landes gegen den Bund besteht nur für tatsächlich untergebrachte Asylwerber_innen, und zwar auf der Grundlage eines Tagsatzes von max € 21 pro Tag für Unterkunft und Verpflegung. Für Betriebs- und Erhaltungskosten leerstehender Gebäude erhalten die Länder keinen Kostenersatz.⁸⁶ *Pöschl* kritisiert zutreffend, dass selbst normale Schwankungen, die in der Natur des Asylrechts liegen, vom System nicht aufgefangen werden können. Sobald die Anzahl an unterzubringenden Asylwerber_innen zurückgeht und Unterkünfte frei werden, entstehen für die Länder ökonomische Anreize, Mietverträge rasch zu kündigen, um die Fixkosten, die vom Bund nicht ersetzt werden, zu reduzieren. Steigt die Zahl der Asylwerber_innen wieder, stehen die gekündigten Unterkünfte oft nicht mehr zur Verfügung. Dieses negative Anreizsystem führt insgesamt zu einer geringen Flexibilität und einer Ausrichtung der Unterbringungskapazitäten auf den Tiefststand der Asylanträge als Normalzustand.⁸⁷

F. Die Flüchtlingskrise des Jahres 2015

Aus den Krisenherden im Mittleren Osten kommen seit Ende 2014 immer mehr Menschen nach Österreich, um hier um Asyl anzusuchen. Im April 2015 stellten 4.038 Personen, im Mai 2015 6.405 Personen einen Asylantrag, was eine Steigerung von 86,38 % bzw 159,63 % gegenüber den Vergleichszeiträumen des Vorjahres bedeutete.⁸⁸ Die hohe Anzahl an Flüchtlingen kam für viele, auch für Experten, überraschend.

⁸⁴ Art 10 Abs 1 GVV.

⁸⁵ Art 11 Abs 4 GVV; *Sieberer* (2005) 10, vertritt die Meinung, dass die in der GVV vereinbarte Kostenteilung einer gesetzlichen Transformation bedürfte. Eine solche wurde nicht vorgenommen. Bis zur Transformation hätten Bund und Länder den Aufwand (zur Gänze) selbst zu tragen, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben nach der GVV ergibt.

⁸⁶ Das ergibt sich aus Art 10 Abs 1 GVV; vgl auch *Koppenberg* (2015) 65.

⁸⁷ *Pöschl* (2015) 133.

⁸⁸ BMI, Vorläufige Asylstatistik, Dezember 2015, http://www.bmi.gv.at/cms/bmi_asylwesen/statistik/start.aspx.

Im Mai 2015 war der Bund mit der Situation konfrontiert, dass die Länder nicht genügend Unterkünfte zur Erfüllung ihrer steigenden Aufnahmeverpflichtung (bei steigenden Antragszahlen und prozentual gleichbleibender Länderquote) auftreiben konnten. Infolgedessen kam es in den Quartieren des Bundes zu einer dramatischen Überbelegung.⁸⁹ Die Zustände erforderten teilweise ein bau- bzw feuerpolizeiliches Einschreiten durch die zuständigen Behörden. Nach einem Brand in der Erstaufnahmestelle Traiskirchen ordnete der Bürgermeister von Traiskirchen, *Andreas Babler*, am 30.5.2015 an, dass sich binnen 96 Stunden nicht mehr als 1.400 Menschen auf dem Areal aufhalten dürfen.⁹⁰

Um die große Zahl an Flüchtlingen unterzubringen, errichtete der Bund im Mai/Juni 2015 Zelte auf Liegenschaften des Bundes und stellte – oft gegen den Widerstand der Länder – Wohncontainer in Kasernen auf, freilich nicht ohne auf die Versäumnisse der Länder hinzuweisen.⁹¹ Das BMI konnte die sonst drohende Obdachlosigkeit damit zumindest teilweise verhindern. Dennoch kam es wegen massiver Mängel bei der Unterbringung zu evidenten Menschenrechtsverletzungen.⁹²

Im Juli und August 2015 entspannte sich die Situation trotz weiter steigender Antragszahlen vorübergehend, ua weil viele Asylwerber_innen in leerstehen-

⁸⁹ Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass nach der Zulassung des Verfahrens Asylwerber_innen lediglich 14 Tage vom Bund weiter betreut werden dürfen (§ 6 Abs 2 GVG-B 2005). Im Sommer 2015 wurde, wie bereits in früheren Jahren [Koppenberg (2015) 43], diese Frist vielfach zugunsten der Asylwerber_innen nicht eingehalten. Insofern zeigte der Bund Solidarität mit den Flüchtlingen. Der Ausschluss des Rechtsanspruches in § 6 Abs 2 GVG-B 2005 („kann“) ist unionsrechtlich bedenklich, weil dadurch in Zusammenschau mit den GVG der Länder Lücken in der Grundversorgung entstehen können.

⁹⁰ Dossier, "Gefahr im Verzug", 11.6.2015, <http://www.dossier.at/dossiers/asyl/in-traiskirchen-zeigt-sich-wie-mit-asyl-politik-gemacht-wird-nutzenloser-sind-die-fpoe-und-ein-spoe-buergermeister/>; s auch NÖN, Nach Brand: Babler will Belagzahl senken, 31.5.2015, <http://www.noen.at/baden/erstaufnahmezentrum-traiskirchen-nach-brand-babler-will-belagzahl-senken/4.124.170> (29.6.2016).

⁹¹ *kurier.at*, Zeltstädte werden bezogen: "Welcome to Austria", 16.5.2015, <http://kurier.at/chronik/oesterreich/asyl-linz-thalham-salzburg-fluechtlings-beziehen-zeltstaedte-welcome-to-austria/130.797.900>. Gegenüber der APA äußerte sich die damalige Bundesministerin Mikl-Leitner mit folgenden Worten: „*Aufgrund einiger befreundlicher Aussagen einzelner Entscheidungsträger will ich dabei aber schon klarstellen: Wir erledigen hier die vertraglich festgeschriebenen Aufgaben der Bundesländer. Wir helfen den Bundesländern aus.*“ Vgl auch derstandard.at, Disput um die Verantwortung für Flüchtlinge, 20.5.2015, <http://derstandard.at/2000016136547/Disput-um-die-Verantwortung-fuer-Fluechtlinge>.

⁹² S dazu etwa Graschedl (2015) 66; Amnesty International, Bericht vom 14.8.2015 über die Zustände im Flüchtlingslager Traiskirchen, <https://www.amnesty.at/de/traiskirchen-bericht/> (27.6.2016).

den Schulen bzw Turnshallen oder in anderen Notunterkünften untergebracht werden konnten. Die Zelte konnten Großteils wieder abgebaut werden.

Ab Mitte August 2015 spitzte sich die Situation neuerlich zu. Über die Balkanroute kamen tausende Flüchtlinge zunächst nach Ungarn, wo sie vorläufig in Budapest strandeten, am Bahnhof *Keleti* ausharrten und hofften, nach Deutschland weiterreisen zu können. Als sich die Situation in Ungarn zuspitzte, weil sich die ungarische Regierung nicht um eine menschenrechtlich akzeptable Versorgung der Flüchtlinge kümmerte, öffneten Deutschland und Österreich am 31.8.2015 die Grenzen und ließen die Flüchtlinge ohne bürokratische Hürden nach Österreich und von dort weiter nach Deutschland reisen.⁹³ In Österreich pausierten die *Transitflüchtlinge* genannten Personen oft für eine oder mehrere Nächte, meist in provisorischen Quartieren, in der Nähe von Bahnhöfen. Sie wurden von Privatpersonen und NGOs betreut.

Als Deutschland Mitte September 2015 angesichts des ungebrochenen Zulaufer Grenzkontrollen einführte und die Flüchtlinge fortan nicht mehr ungehindert nach Deutschland weiterreisen konnten, nahm die Anzahl derjenigen Flüchtlinge, die in Österreich Asyl beantragten, weiter zu und erreichte im Oktober den (vorläufigen) historischen Höchststand von 12.288 Antragstellungen.⁹⁴

Im November 2015 kam es leider auch zu Situationen, in denen die Flüchtlinge weder vom Bund noch von den Ländern betreut werden konnten. Asylwerber_innen wurden nach ihrer Asylantragstellung nicht in ein Bundesquartier weiterverwiesen, sondern ihnen wurde lediglich eine Verfahrensbestätigung über ihre Asylantragstellung ausgestellt.⁹⁵ NGOs und Privatpersonen stellten abermals Verpflegung und Unterkunft zur Verfügung, sodass Obdachlosigkeit Großteils abgewendet werden konnte.

⁹³ Dieser Grenzöffnung lag eine Einigung der Regierungen Deutschlands, Österreichs und Ungarns zugrunde. Für die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme *Szymanski* (2015) 84.

⁹⁴ Nach Staatsangehörigkeit waren im Gesamtjahr 2015 die stärkste Gruppe afghanische Staatsbürger mit 25.475 Anträgen, knapp gefolgt von syrischen Antragstellern (24.538 Anträge). An dritter Stelle lagen irakische Staatsangehörige mit 13.602 Anträgen. Antragsteller aus diesen drei Ländern machten ca. 72 % aller Asylanträge aus. Asylstatistik des BMI, http://www.bmi.gv.at/cms/bmi_asylwesen/statistik/start.aspx.

⁹⁵ Es handelte sich um eine Bestätigung über Asylantragstellung gemäß § 42 Abs 1 BFA-VG. Normalerweise hat das Bundesamt unverzüglich anzuordnen, dass der Antragsteller sich binnen vierzehn Tagen in einer Erstaufnahmestelle oder Regionaldirektion einzufinden hat (§ 43 Abs 1 Z 1 BFA-VG). Von einer solchen Anordnung kann das BFA aber absehen, wenn „auf Grund besonderer, nicht vorhersehbarer Umstände die Versorgung des Asylwerbers in einer Betreuungseinrichtung des Bundes nicht möglich ist.“ (§ 43 Abs 2 Z 2 BFA-VG).

G. Ungenützte Möglichkeiten zur effektiven und raschen Wohnraumbeschaffung

Gerade im Herbst 2015 war – neuerlich – das Argument zu hören, die *Länderquote* könne bei einem raschen Anstieg der Asylwerber_innenzahlen trotz größter Anstrengungen nicht erfüllt werden. Diese Aussage ist aus mehreren Gründen falsch.

Zum einen könnten die Länder schneller Unterkünfte bereitstellen, wenn sie *am freien Markt* Wohnungen zu höheren Preisen anmieten. Die Länder sind allerdings nicht bereit, für die Unterbringung und Verpflegung mehr Geld aufzuwenden als die Kostenhöchstsätze in der GVV (€ 21/Tag/Flüchtling), nicht zuletzt deshalb, weil maximal dieser Betrag in die Berechnung des Kostenersatzes durch den Bund (idR 60 %) einfließt und das Land die zusätzlichen Kosten zur Gänze selbst tragen müsste. Zu bedenken ist allerdings, dass entgegen landläufiger Meinung die in der GVV definierten Kostenhöchstsätze keine absolute Kostenobergrenze für die Bereitstellung von Unterkunft und Verpflegung sind, sondern nur die Verrechnung dieser Kosten im Rahmen des Mechanismus der GVV begrenzen.

Zum anderen könnten die Länder hoheitliche Maßnahmen ergreifen. Verfassungsrechtlich wohl zulässig wäre ein Landesgesetz, das die vorübergehende Inanspruchnahme von leerstehenden Wohnungen oder unbebauten Liegenschaften im Privateigentum gegen Entschädigung zur Unterbringung von Asylwerber_innen ermöglicht. In Deutschland haben zwei Bundesländer entsprechende Gesetze beschlossen.⁹⁶ Es ist bezeichnend, dass derartige Maßnahmen in Österreich, trotz historischer Vorbilder,⁹⁷ bis dahin nicht einmal angedacht wurden.

Durchringen konnten sich die meisten Länder zumindest zu einer befristeten *Locke* *rz* *w Aussetzung bau- und raumordnungsrechtlicher Vorschriften* und zu einer *Verfahrensbeschleunigung* für die Errichtung bzw Adaptierung von Gebäuden zur Unterbringung von Flüchtlingen.⁹⁸ Durch die Gesetzesnovellen sollte zudem

⁹⁶ ZB in Hamburg: Gesetz zur Flüchtlingsunterbringung in Einrichtungen vom 2.10.2015 (HmbGVBl 2015, 245); Bremen: Gesetz zur vorübergehenden Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden v. 20.10.2015 (BremGBI 2015, 464). Ähnliche Pläne gab es in Berlin und Brandenburg.

⁹⁷ Das Wohnungsanforderungsgesetz [BGBl 182/1953 (WV)] räumte bestimmten Gemeinden das Recht ein, zur Befriedigung des Wohnbedarfs Wohnungen und andere Räume vom Eigentümer anzufordern.

⁹⁸ Vlbg LGBl 37/2015 (Gesetz über eine Änderung des Baugesetzes); Tiroler LGBl 103/2005 (Änderung der Tiroler Bauordnung 2011); Kärntner LGBl 19/2015 (Änderung der Kärntner Bauordnung); NÖ LGBl 89/2015 (Änderung der NÖ Bauordnung); Stmk LGBl 75/2015 (Änderung des stmk Baugesetzes); OÖ LGBl 88/2015 (OÖ Unterbringungs-Sicherstellungsgesetz); Sbg

den Gemeinden die Möglichkeit genommen werden, unter Berufung auf die Flächenwidmung und baurechtliche Vorschriften die Errichtung von Gebäuden zur Flüchtlingsunterbringung bzw die Nutzungsänderung zu verhindern oder maßgeblich zu verzögern.⁹⁹

H. Das Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden

Parallel und in etwa zeitgleich zu den Novellen der Bau- und Raumordnungsgesetze durch die Länder sah sich auch der Nationalrat am Höhepunkt der Flüchtlingskrise im Herbst 2015 genötigt, durch ein eigens geschaffenes Bundesverfassungsgesetz¹⁰⁰ (idF: BVG Unterbringung) für die rasche Bereitstellung von Unterkünften zu sorgen. Das Gesetz enthält im Wesentlichen zwei Neuerungen:

1. Die Pflicht der Gemeinden, im Rahmen ihrer Privatwirtschaftsverwaltung selbst Unterkünfte bereitzuhalten;
2. Das sog „Durchgriffsrecht“, welches dem Bund ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Unterkünfte ungeachtet entgegenstehender bau- und raumordnungsrechtlicher Bestimmungen für die Unterbringung von Asylwerber_innen zu nützen.

Das BVG Unterbringung greift in das Bau- und Raumordnungsrecht der Länder ein und durchbricht damit punktuell die bundesstaatliche Kompetenzverteilung.¹⁰¹

1. Die Pflicht der Gemeinden zur Bereithaltung von Unterkünften

Anders als die Novellen in den Ländern, die bloß baurechtliche Erleichterungen vorsehen, verpflichtet das BVG Unterbringung erstmals die Gemeinden im Rahmen ihrer Privatwirtschaftsverwaltung und damit im eigenen Wirkungsbereich,¹⁰² selbst Flüchtlingsquartiere im Bedarfsfall¹⁰³ bereitzustellen.

⁹⁹ LGBI 58/2015 (Flüchtlingsunterkünftegesetz); Wiener LGBI 21/2016 (Änderung der Bauordnung für Wien).

¹⁰⁰ Vgl *Lehofer/Fucik* (2015) 817; *Stolzlechner/Stoll* (2016) 77.

¹⁰¹ Bundesverfassungsgesetz über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, BGBI 120/2015 (idF BVG Unterbringung). Das Gesetz wurde am 23.9.2015 im Nationalrat beschlossen; es ist befristet und tritt mit 31.12.2018 außer Kraft (Art 6).

¹⁰² *Vogl* (2016) 5; IA 1295/A 25. GP 3.

¹⁰³ *Stolzlechner/Stoll* (2016) 80.

Das Gesetz legt einen *Gemeinderichtwert* von 1,5 % der Wohnbevölkerung fest, der durch eine VO des BMI abhängig vom Bedarf herab- oder hinaufgesetzt werden kann.¹⁰⁴ Wie konkret die Gemeinde die „*Bereithaltung*“ von Wohnraum bewerkstelltigt, ob sie selbst Wohnungen errichtet, Grundstücke erwirbt und Unterkünfte darauf errichtet, humanitäre bzw kirchliche Einrichtungen¹⁰⁵ oder private Liegenschaftseigentümer überzeugt, Wohnraum selbst dem Land oder dem Bund für die Flüchtlingsunterbringung anzubieten, ist der Gemeinde selbst überlassen. Die den Gemeinden dadurch entstehenden Kosten werden ihnen bis zur Höhe der Kostenhöchstsätze der GVV vom Bund oder dem Land ersetzt.¹⁰⁶ Sollte der Kostenersatz nicht kostendeckend sein, bleiben die Gemeinden auf den Mehrkosten sitzen.¹⁰⁷

2. Das Durchgriffsrecht des Bundes

Der wesentliche Unterschied zur Verpflichtung der Länder nach der GVV liegt darin, dass eine Gemeinde (anders als die Länder) bei Nichterfüllung des Gemeinderichtwerts sanktioniert werden kann. Zwar sieht das BVG Unterbringung keine unmittelbare Sanktion vor. Der Bund kann aber, unter Außerachtlassung bau- und raumordnungsrechtlicher Bestimmungen, nach der Durchführung eines vereinfachten (zweistufigen) Verfahrens, in dem weder Nachbarn noch die Gemeinde eine Parteistellung haben,¹⁰⁸ im Gemeindegebiet die Nutzung und den Umbau von bestehenden Bauwerken oder die Aufstellung beweglicher Wohneinheiten (Container) anordnen (= *Durchgriffsrecht*), wenn

- dem Bund selbst Bauwerke oder Liegenschaften in der Gemeinde *zur Verfügung stehen* (Eigentum, Miete, Bitleihe etc),¹⁰⁹ wobei das

¹⁰³ Der Bedarf wurde durch eine gemäß Art 2 Abs 2 BVG Unterbringung erlassene Verordnung der Bundesregierung (BGBl II 290/2015) festgestellt.

¹⁰⁴ § 2 Abs 2 BVG Unterbringung.

¹⁰⁵ Gem Art 1 Abs 2 BVG Unterbringung sollen sich Bund, Länder und Gemeinden nach Möglichkeit gemeinnütziger humanitärer oder kirchlicher Einrichtungen oder Institutionen der freien Wohlfahrtspflege bedienen.

¹⁰⁶ Art 4 BVG Unterbringung; *Stolzlechner/Stoll* (2016) 80; *Hauer* (2015) 14 geht hingegen von einer Kostentragungspflicht der Gemeinden aus und verweist auf die Regressmöglichkeiten gemäß Art 5 des Konsultationsmechanismus (Vereinbarung nach Art 15a B-VG, BGBl I 35/1999).

¹⁰⁷ Vgl *Kosak*, Warum das Durchgriffsrecht ein Pfusch ist, <https://www.kommunalnet.at/news/einzelansicht/warum-das-durchgriffsrecht-ein-pfusch-ist/news/detail.html> (21.6.2016).

¹⁰⁸ Ausführlich zum Verfahren *Winkler* (2016) 96f. Ob allenfalls aus Art 3 Abs 6 letzter Satz BVG Unterbringung ein Beschwerderecht der Nachbarn abgeleitet werden könnte [vgl *Winkler* (2016) 99] ist unklar.

¹⁰⁹ Art 3 Abs 1 BVG Unterbringung; dazu *Vogl* (2016) 5 Fn 21; *Winkler* (2016) 95 wirft die Frage auf, ob sich die Nutzungsanordnung auf Bauwerke beziehen kann, die zwar im Eigentum des

BVG Unterbringung dem Bund keine Hoheitsrechte zur Inanspruchnahme von Grundstücken zur Verfügung stellt;¹¹⁰

- der Nutzung des (bestehenden oder zu errichtenden) Bauwerks als Unterkunft nicht überwiegende Interessen der Sicherheit, der Gesundheit und des Umweltschutzes entgegenstehen;¹¹¹
- das betroffene *Land* im Vormonat die *Länderquote* gemäß GVV nicht erfüllte;¹¹²
- im betroffenen *Bezirk* der *Bezirksrichtwert*, der dem Gemeinderichtwert entspricht (derzeit 1,5 %) nicht erfüllt wird;¹¹³ und
- die betroffene *Gemeinde* den *Gemeinderichtwert* (derzeit 1,5 %) nicht erfüllt.¹¹⁴

Die Sanktion besteht (gerade für kleinere Gemeinden) konkret darin, dass der Bund auch über den Gemeinderichtwert hinaus Unterkünfte für bis zu 450 Flüchtlinge pro Grundstück errichten kann, ohne dass eine Begrenzung in Relation zur Einwohnerzahl bestünde.¹¹⁵ Pro Gemeinde ist die Zahl der Unterkünfte – unabhängig von der Bevölkerungszahl der Gemeinde – nicht begrenzt. Stehen dem Bund x Grundstücke in der Gemeinde zur Verfügung, kann er auch x mal 450 Flüchtlinge in der Gemeinde unterbringen.¹¹⁶

Die Bereithalteverpflichtung der Gemeinden iVm dem Durchgriffsrecht des Bundes ist prinzipiell ein gelungenes Beispiel, wie eine höhere Verwaltungsebene durch eine *Delegation* der Zuständigkeit und Verantwortung auf die Gemeinde iVm einer Sanktionsandrohung die Entscheidungsfindung über die konkrete Quartierauswahl näher an die Bürger_innen heranführen kann und gleichzeitig einen Anreiz für jede Gemeinde im Bundesgebiet setzt, eigene Möglichkeiten für die Zurverfügungstellung von Wohnraum auszuloten. Die drohende Sanktion, die Errichtung großer Flüchtlingsunterkünfte in der Gemeinde wiegt wohl schwer genug, um Blockadehaltungen in der Gemeinde

Bundes stehen, aber zB mit Mietrechten dritter belastet sind. Rechtsgeschäfte über die Zurverfügungstellung von Grundstücken und Bauwerken bedürfen keiner Bewilligung bzw Anzeige nach bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften (Art 3 Abs 9 B-VG Unterbringung).

¹¹⁰ So auch die Mat, die davon ausgehen, dass der Bund mit dem Grundstückseigentümer zuvor eine Nutzungsvereinbarung getroffen hat, IA 1295/A BlgNR 25. GP 4.

¹¹¹ Art 3 Abs 1 BVG Unterbringung.

¹¹² Art 3 Abs 2 Z 1 BVG Unterbringung.

¹¹³ Art 3 Abs 2 Z 2 BVG Unterbringung.

¹¹⁴ Art 3 Abs 4 Satz 1 BVG Unterbringung. Allerdings kann der Bund trotz Erfüllung des Gemeinderichtwerts vom Durchgriffsrecht Gebrauch machen (s unten Punkt H.3.).

¹¹⁵ Art 3 Abs 3 BVG Unterbringung; vgl Stolzlechner/Stoll (2016) 85.

¹¹⁶ Winkler (2016) 96.

hintanzuhalten. Allerdings: So sehr die drohende Sanktion als Anreiz funktionieren mag, so sehr ist natürlich die Errichtung von Massenunterkünften in kleinen Gemeinden für alle Beteiligten fatal.

3. Die Konstruktionsfehler des BVG Unterbringung

Das BVG Unterbringung wurde aus der Not geboren, als die Flüchtlingszahlen ein entschlossenes Handeln der Politik erforderlich machten. Die legistische Qualität des Gesetzes ist mangelhaft.¹¹⁷ Ein Begutachtungsverfahren wurde nicht durchgeführt. Selbst der aus bundesstaatlicher Sicht notwendige und begrüßenswerte Anreizmechanismus wird durch unglückliche Legistik teilweise abgeschwächt:

1. Der Bund kann gemäß Art 3 Abs 4 Satz 3 BVG Unterbringung auch in einer Gemeinde, die den Gemeinderichtwert erfüllt, das Durchgriffsrecht nutzen, wenn sich in einer solchen Gemeinde ein Grundstück befindet, das sich besser für die Unterbringung eignet als ein gleichwertiges Grundstück in einer Gemeinde, die den Gemeinderichtwert nicht erfüllt.¹¹⁸ Damit können konkrete und erfolgreiche Bemühungen einzelner Gemeinden zur Erfüllung ihres Richtwerts unterlaufen werden.

2. Das BVG Unterbringung räume den Gemeinden keine Vorbereitungszeit ein, um den Gemeinderichtwert zu erfüllen. Tatsächlich wendete der Bund bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes das Durchgriffsrecht in mehreren Gemeinden an,¹¹⁹ denen damit jede Möglichkeit genommen wurde, selbst für die Bereitstellung an Unterbringungsplätzen zu sorgen. Freilich war dies dem akuten Bedarf geschuldet.

3. Den Gemeinden steht kein Rechtsweg gegen die Inanspruchnahme des Durchgriffsrechts zur Verfügung.¹²⁰ Dies gilt jedenfalls für den ersten Bescheid des BMI, den sog „vorläufigen Nutzungsbescheid“¹²¹ der nach nicht unge-

¹¹⁷ Äußerst kritisch *Winkler* (2016) 104.

¹¹⁸ *Stolzlechner/Stoll* (2016) 85; *Knasmüller/Diem* (2015) 141; vgl. ferner *Kosak*, Warum das Durchgriffsrecht ein Pfusch ist, <https://www.kommunalnet.at/news/einzelansicht/warum-das-durchgriffsrecht-ein-pfusch-ist/news/detail.html>; *Huber*, Durchgriffsrecht und Bereithaltungspflicht, <https://www.kommunalnet.at/news/einzelansicht/durchgriffsrecht-und-bereithaltungs-pflicht/news/detail.html> (27.6.2016).

¹¹⁹ *Huber*, Durchgriffsrecht und Bereithaltungspflicht, <https://www.kommunalnet.at/news/einzelansicht/durchgriffsrecht-und-bereithaltungspflicht/news/detail.html> (27.6.2016).

¹²⁰ *Winkler* (2016) 94, kritisiert, dass das BVG Unterbringung unter massivem Zeitdruck erlassen wurde und gegenbeteiligte Interessen der Länder und Gemeinden „völlig und damit überschießend aus dem Weg geräumt“ wurden.

¹²¹ VfGH 8.3.2016, E 2310/2015.

teilter Meinung bereits unmittelbare Grundlage für Umbaumaßnahmen und die Unterbringung von Asylwerber_innen sein kann.¹²² Ob die Gemeinde gegen den „*endgültigen Nutzungsbescheid*“ ein Rechtsmittel erheben kann, ist unklar.¹²³

Dass ein Beschwerdeverfahren zur Wahrung der Gemeindeinteressen notwendig wäre, zeigt der Fall der Gemeinde Ossiach in Kärnten, die unmittelbar vom Durchgriffsrecht betroffen war. Bereits am 1.10.2015, am Tag des Inkrafttretens des BVG, erließ das BMI einen vorläufigen Bescheid über die Inanspruchnahme eines Gebäudes zum Zwecke der Errichtung einer Betreuungsstelle. Die Gemeinde, die sich (aussichtslos) direkt an den VfGH gewendet hatte, brachte in ihrer Beschwerde ua vor, dass sie bereits im August 2015 dem Land Kärnten ein Angebot über die Bereitstellung von sechs Wohnungen für die Flüchtlingsunterbringung unterbreitet hätte, jedoch seitens des Landes keine weiteren Schritte unternommen wurden.¹²⁴ Würde diese Behauptung zutreffen, hätte die Gemeinde Unterkünfte wohl „bereitgehalten“¹²⁵, und der Bund hätte tatsächlich rechtswidrig vom Durchgriffsrecht Gebrauch gemacht. Der VfGH, der die Beschwerde zurückwies, ging auf dieses Argument der Gemeinde Ossiach freilich nicht ein. Fraglich könnte allenfalls sein, ob ein nicht mit Rechtsmitteln bekämpfbarer, rechtswidriger Bescheid des BMI mangels eines Fehlerkalküls *absolut nichtig* ist.¹²⁶ In diesem Fall könnte die Gemeinde mit den Mitteln des (regulären) Baurechts auf die Einhaltung der bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmungen drängen und dabei inzident die Rechtmäßigkeit des Bescheides des BMI prüfen.

Das Durchgriffsrecht kann nur dann seine Anreizwirkung entfalten, wenn es tatsächlich vollzogen wird. Bis zum 7.1.2016 wurde vom Durchgriffsrecht zehn Mal Gebrauch gemacht und damit 2.750 Unterbringungsplätze geschaf-

¹²² Winkler (2016) 97; aM Stolzlechner/Stoll (2016) 84, die die Meinung vertreten, dass es einer endgültigen Anordnung (Art 3 Abs 6 BVG Unterbringung) bedarf, damit Umbaumaßnahmen ergriffen und Asylwerber_innen in einem Bauwerk untergebracht werden können.

¹²³ Winkler (2016) 100, vertritt die Auffassung, die Gemeinde kann gegen den „*endgültigen Nutzungsbescheid*“ beim BVwG Beschwerde erheben, woraufhin das BVwG eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen müsste; aM Vogl (2016) 6; Stolzlechner/Stoll (2016) 89. Unklar ist allerdings ferner, ob es überhaupt in allen Fällen ein endgültiger Bescheid erlassen wird.

¹²⁴ VfGH 8.3.2016, E 2310/2015 (Gemeinde Ossiach, geplante Errichtung einer Betreuungsstelle durch den Bund).

¹²⁵ Stolzlechner/Stoll (2016) 79f verstehen darunter die dauerhafte und jederzeitige Zurverfügungstellung von tatsächlich beziehbaren Unterkunftsplätzen, die den Mindeststandards des BVG Unterbringung entsprechen.

¹²⁶ Winkler (2016) 100.

fen.¹²⁷ Zuletzt wurde allerdings beklagt, dass vom Durchgriffsrecht, etwa in Tirol, zu wenig Gebrauch gemacht wurde.¹²⁸

I. Fazit

In der Flüchtlingskrise des Jahres 2015 offenbarte sich die Problematik des österreichischen Föderalismus. Unklare Verantwortlichkeiten und Schnittstellenprobleme führten zu untragbaren Versorgungslücken. Dazu kommt, dass sich aus einer menschenwürdigen Unterbringung kein politisches Kapital schlagen lässt – ganz im Gegenteil. Insofern ist es verständlich, wenn Bund und Länder sich gegenseitig die Schuld für auftretende Vollzugsprobleme in die Schuhe schieben. Von Solidarität im Sinne eines Bewusstseins für eine gemeinsame Verantwortung konnte bei Bund und Ländern nicht die Rede sein. Leidtragende des negativen Kompetenzkonflikts sind die Asylwerber_innen, die aus den unterschiedlichsten Gründen nicht die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche tatsächlich durchzusetzen.

Literatur

- European Migration Network* 2014: The Organisation of Reception Facilities for Asylum Seekers in different Member States (2014).
- Frahm* 2013: Zugang zu adäquater Grundversorgung für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, juridikum 2013, 464.
- Groschedl* 2015: Menschenwürdige Aufnahmeverbedingungen als grundrechtliches Gebot im Asylverfahren, migraLex 2015, 66.
- Hauer* 2015: Gesetz lässt jede Menge Fragen offen, Kommunal 2015, 13.
- Knasmüller/Diem* 2015: Flüchtlinge und Integration, RFG 2015, 140.
- König/Rosenberger* 2010: Unterbringung regieren: Institutionalisierung eines föderalen Konfliktes in: Rosenberger (Hg) Asylpolitik in Österreich (2010).
- Koppenberg* 2014: Die Gestaltung der Grundversorgung in Österreich (2014).
- Lebofer/Fucik* 2015: BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, ÖJZ 2015, 817.
- Öhlinger* 2014: Verfassungsrecht¹⁰ (2014).
- Oswald* 2009: Aktuelle Fragen zur Grundversorgung von AsylwerberInn, migraLex 2009, 51.

¹²⁷ *Vogl* (2016) 7.

¹²⁸ Tiroler Tageszeitung, 1000 Asylplätze fehlen in Tirol, Häupl für Durchgriffsrecht, 9.6.2016, <http://www.tt.com/politik/11603918-91/1000-asypl%C3%A4tze-fehlen-in-tirol-h%C3%A4upl-%C3%BCCr-durchgriffsrecht.csp> (28.6.2016).

- Pöschl* 2015: Migration und Mobilität, Gutachten zu den Verhandlungen des 19. ÖJT 2015, Bd I/1 (2015).
- Rebbahn* 2013: Zur finanziellen Krise eines Bundeslandes – eine Skizze in: Giese ua (Hg) Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat, Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) 585.
- Sieberer* 2005: Verfassungsfragen zum neuen Bundesbetreuungsgesetz und zur Grundversorgungsvereinbarung, ZfV 2005, 2.
- Stolzlechner/Stoll* 2016: Zur ersatzweisen Unterbringung und Aufteilung hilfs- und schutzbedürftiger Fremder durch den Bund, bbl 2016, 77.
- Szymanski* 2015: Europa im Sommer 2015 – Aktuelles zur Flüchtlingskrise, migraLex 2015, 84.
- Tessar* 2011: Die kompetenzrechtliche Verankerung der Grundversorgungsgesetze und die Relevanz der "De-facto-Bundesbedarfsgesetzgebungskompetenz" in Angelegenheiten des "Armenwesens", migraLex 2011, 34.
- D. *Trentinaglia* 2010: Zivilrechtliche Aspekte der Flüchtlingsbetreuung, Diss Uni Innsbruck (2010, unveröffentlicht).
- T. *Trentinaglia* 2016: Gebietskörperschaften im Haftungsverbund im Lichte der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2016, 253.
- Vogl* 2016: Das BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, RFG 2016, 4.
- Wesely* 2007: Zum Grundversorgungsgesetz-Bund (GVG-B) – Anmerkungen zum Erkenntnis des VfGH vom 3. Oktober 2006, G 33/06 ua, UVS aktuell 2007, 16.
- Wiederin* Art 10 Abs 1 Z 3 5. TB, in: Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht.
- Winkler* 2016: Die Nutzungsbescheide der BMI nach dem "Durchgriffsrecht" gemäß dem BVG über die Unterbringung und Aufteilung von hilfs- und schutzbedürftigen Fremden, bbl 2016, 94.

Mag. Dr. Thomas Trentinaglia
Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht
Johannes-Kepler-Universität Linz
Taubenmarkt 1, A-4020 Linz
Telefon: 0732/2468-7303
thomas.trentinaglia@jku.at

Kristin Nemeth

Solidarität im Ehegatt_innenerbrecht*

A. Einleitung

Jens Beckert, beginnt die soweit ersichtlich einzige deutschsprachige Monographie über das Erbrecht aus Sicht eines Soziologen¹ mit einem Zitat des deutschen Rechtsphilosophen *Heinrich Abrens*, der das Erbrecht im Jahr 1871 folgendermaßen beschreibt: „Die Regelung des Erbrechts nach den wesentlichen persönlichen oder gesellschaftlichen Verhältnissen erscheint stets als eine Widerspiegelung der verschiedenen durch den Volkscharakter, die Culturstufe und wirtschaftliche Rücksichten bestimmten Ansichten einer Zeit.“²

Der folgende Beitrag will die Geltung dieser These am Bsp des gesetzlichen Ehegatt_innenerbrechts überprüfen. Dieses soll im Folgenden dargestellt werden und zwar stets unter dem Aspekt, ob und inwieweit den österreichischen Regelungen sowohl im Verhältnis der Ehegatt_innen untereinander als auch im gesellschaftlichen Gesamtzusammenhang Elemente von Solidarität innewohnen. Desgleichen soll überprüft werden, ob und wie das österreichische Ehegatt_innenerbrecht in die westliche Vorstellung einer leistungsorientierten Gesellschaft passt und schließlich, ob Reformbedarf besteht.

B. Solidarität – ein Element des österreichischen Erbrechts?

Will man die Gesamtheit des österreichischen Erbrechts, das im ABGB die §§ 531-824 einnimmt, auf den vorhandenen solidarischen Gehalt hin prüfen, fallen zunächst die folgenden Regelungsbereiche ins Auge:

* Der sprachlichen Einfachheit halber und im Hinblick auf die durch Verfassungsurteil anstehende Gesetzesänderung (BGBl I 2017/161: Aufhebung der Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“ in § 44 ABGB und der Wortfolgen „gleichgeschlechtlicher Paare“ in § 1 EPG, „gleichen Geschlechts“ in § 2 EPG sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs 1 EPG; aufgehoben mit 31.12.2018) erlaubt sich der folgende Beitrag – außer wenn gesetzliche Regeln zitiert werden – nur von dem/der Ehegatt_in zu sprechen. Selbstverständlich sind dabei stets auch die eingetragenen Partner_innen gemeint, die erbrechtlich durch das EPG (BGBl I 2009/135) gleichgestellt wurden (s. § 537a ABGB aF) und auf den seit Inkrafttreten des ErbRÄG (BGBl I 2015/87) in den erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB stets neben dem Ehegatt_innen ausdrücklich Bezug genommen wurde.

¹ Beckert (2004).

² Abrens (1870-71) 249.

Die *gesetzliche Erbfolge*, die mangels Vorliegens eines Erbvertrags oder Testaments eintritt,³ ist vorwiegend *Familienerbfolge* und baut auf der Nahebeziehung der Familienmitglieder untereinander auf. Im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge der Verwandten (vgl §§ 731-743 ABGB) geht das Gesetz davon aus, dass zu näheren Verwandten eine engere Bindung besteht als zu weiter entfernten; nähere Verwandte also die entfernteren Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen.⁴ Auch dem Ehegatten/der Ehegattin, dessen/deren Stellung in der weiteren Folge der Schwerpunkt des Beitrags gewidmet sein wird, kommt ein gesetzliches Erbrecht zu (sogleich unter Kap C.). Die Erbrechtsreform 2015 hat sogar noch einen weiteren Schritt getan und sieht seit dem 1.1.2017 ein gesetzliches Erbrecht der Lebensgefährt_in/des Lebensgefährten vor, wenngleich im allerletzten Rang in Abwesenheit sonstiger, auch noch so entfernt verwandter gesetzlicher Erb_innen.⁵ Die Berücksichtigung der Lebensgefährt_innen im österreichischen gesetzlichen Erbrecht ist somit denkbar schwach; trotzdem ist sie rechtsvergleichend einzigartig: So kennen etwa die Nachbarrechtsordnungen Deutschland, Italien und die Schweiz keine vergleichbare Norm.⁶ Bereits an dieser Stelle wird somit deutlich, dass sich anhand der Entwicklung des gesetzlichen Erbrechts (für das Ehegatt_innenerbrecht näher s Kap C. 2.) die Veränderungen von Solidaritätsansprüchen innerhalb des Familiensystems gut beobachten lassen.⁷

Dass der/die Erblasser_in⁸ die vom Gesetzgeber als Normalfall angesehene *Solidarität* innerhalb der Familie zumindest bis zu einem gewissen Grad zu tolerieren hat, zeigt sich durch das zwingende *Pflichtteilsrecht* (§§ 756ff ABGB). Dieses stellt sicher, dass bestimmten Familienmitgliedern jedenfalls ein Anteil am Wert der Verlassenschaft zukommen muss. Der Pflichtteil kann den Berechtigten nur bei Vorliegen eines „Enterbungsgrundes“ (vgl §§ 769ff ABGB) entzogen werden. Zurzeit sind die Nachkommen und der/die Ehegatt_in pflichtteilsberechtigt; diese haben einen Geldanspruch in Höhe des halben

³ Vgl hierzu §§ 727, 728 ABGB: Zur gesetzlichen Erfolge kommt es auch dann, wenn die berufenen Erb_innen nicht erben können oder wollen oder wenn testamentarisch oder mittels Erbvertrag nur über einen Teil der Verlassenschaft verfügt wurde.

⁴ Zum sog Parentelensystem vgl statt vieler *Scheuba* in Erbrecht und Vermögensnachfolge § 5 Rz 14-29 (102 ff).

⁵ Vgl hierzu *Christandl* (2016) 21.

⁶ Vgl auch <https://www.theguardian.com/money/2014/sep/20/wills-inheritance-changes-intestacy-rules> (25.2.2018); in Schottland hat der Lebensgefährte/die Lebensgefährtin einen auf richterlichem Ermessen beruhenden Anspruch (*Reid* (2015) 396; fortschrittlichere Regeln existieren in Norwegen und Schweden; vgl *Reid/de Waal/Zimmermann* (2015) 505).

⁷ *Beckert* (2004) 23, 30ff.

⁸ Der Begriff des Erblassers wurde durch das ErbRÄG 2015 (BGBI I 2015/87; in Kraft grundsätzlich seit 1.1.2017; vgl § 1503 Abs 7 Z 1 ABGB) aus dem Gesetzesstext gestrichen und durch den Begriff des „Verstorbenen“. Wo freilich von einem aktiven Tun des Verstorbenen die Rede wäre, belässt es der folgende Beitrag bei der Verwendung der alten Terminologie.

gesetzlichen Erbteils gegen die Verlassenschaft und nach Einantwortung gegen die Erb_innen. Das Pflichtteilsrecht der Eltern ist mit dem ErbRÄG 2015 entfallen (§ 757 ABGB).

Abgesehen davon – und mit generellem Vorrang vor dem gesetzlichen Erbrecht (vgl § 727 ABGB) – sichert das österreichische Erbrecht die *Individualität des Erblassers/ der Erblasserin*, indem es diesem/dieser in den eben beschriebenen Grenzen die Möglichkeit einräumt, über sein/ihr Vermögen nach dem Tod nach seinem/ihrem Willen frei zu verfügen (§§ 552ff ABGB). Die Auslegung letztwilliger Verfügungen hat möglichst so zu erfolgen, dass diesem letzten Willen Genüge getan wird (§ 553 S 2 und S 3 ABGB). Auf diese Weise kann der/die Erblasser_in bestimmte Familienmitglieder natürlich auch besser stellen, als es vom Gesetz her der Fall wäre. Dies setzt natürlich den Willen dazu sowie auch eine bestimmte Kenntnis der gesetzlichen Situation voraus, damit der/die Verfügende auch den Handlungsbedarf erkennt.

Als weitere Beispiele für den Ausdruck von Solidarität im österreichischen Erbrecht kann die Regelung bei *irrtümlicher Übergehung* von Kindern genannt werden: Gem § 775 Abs 2 ABGB wird vermutet, dass der/die Erblasser_in Kindern und deren Nachkommen, von deren Geburt er/sie bei Errichtung seiner/ihrer letztwilligen Verfügung noch nichts wusste, etwas zukommen lassen wollte. War dieses Kind das einzige, dann gilt die letztwillige Verfügung sogar als widerrufen, wenn nicht bewiesen werden kann, dass der/die Erblasser_in auch bei Kenntnis vom wahren Sachverhalt so verfügt hätte.

Ebenso finden sich im österreichischen Erbrecht Beispiele von Solidarität mit der *Allgemeinheit*: Der Bund hat das Recht, sich die Verlassenschaft anzueignen, wenn keine Erb_innen vorhanden sind (§ 750 ABGB); ebenso werden Schenkungen unter Lebenden, die der/die Erblasser_in zu gemeinnützigen Zwecken gemacht hat, bei Berechnung der Pflichtteile nicht berücksichtigt und der Verlassenschaft nicht hinzugerechnet (§ 784 ABGB).

Insgesamt illustrieren das Erbrecht und seine historische Entwicklung somit lebhaft das Zusammenspiel von Individualität und sozialer Solidarität in der grundsätzlichen Verfügungs freiheit des Erblassers/der Erblasserin einerseits und deren sozialer Einbettung durch die Begrenzungen dieser Freiheit andererseits.⁹

All dies steht freilich in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Interessen der Gesellschaft am Vermögensübergang; einer Gesellschaft, in der sozia-

⁹ Beckert (2004) 13 basierend auf Durkheims Analyse von Recht als Aspekt makrosozialer Gesellschafts evolution etwa in Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung (1992) Übersetzung des Werkes *De la division du travail social: Étude sur l'organisation des sociétés supérieures* (1893).

le Ungleichheit mit der unterschiedlichen Leistungserbringung ihrer Mitglieder gerechtfertigt wird.¹⁰ Denn bei einem beträchtlichen Teil des in der Bevölkerung vorhandenen Vermögens handelt es sich um ererbtes, somit nicht um verdientes Vermögen, das einem kraft Geburt oder Testament und nicht aufgrund einer erbrachten Leistung zusteht.¹¹

C. Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten/der Ehegattin

1. Status Quo nach dem ErbRÄG 2015

§ 730 ABGB als die Grundnorm des gesetzlichen Erbrechts zählt die möglichen gesetzlichen Erb_innen ganz allgemein auf: „Gesetzliche Erben sind die in nächster Linie mit dem Verstorbenen Verwandten und sein Ehegatte oder eingetragener Partner.“ Wie groß der Anteil des Ehegatten/der Ehegattin an der Verlassenschaft ist, hängt davon ab, mit wem er/sie konkurriert. Seit dem 1.1.2017 beträgt der Erbteil des Ehegatten/der Ehegattin neben Kindern des/der Verstorbenen und dessen/deren Nachkommen ein Drittel und neben den Eltern des/der Verstorbenen zwei Drittel der Verlassenschaft (§ 744 ABGB). Hinterlässt der/die Verstorbene nur einen Elternteil, wächst der frei werdende Anteil des anderen Elternteils ebenso dem Ehegatten/der Ehegattin an, und zwar unabhängig davon, ob noch Geschwister vorhanden sind.¹² Neben Geschwistern und/oder Großeltern des/der Verstorbenen wird der Ehegatte/die Ehegattin alleiniger Erbe/alleinige Erbin nach dem Gesetz.

Der Erbteil des Ehegatten/der Ehegattin ist im Gegensatz zu den anderen Verwandten, die nach Stämmen erben (vgl etwa §§ 732, 733), fix zugewiesen. Sobald der/die Verstorbene somit mehr als zwei Kinder hinterlässt, ist deren Erbteil kleiner als der des Ehegatten/der Ehegattin.

Neben seinem/ihrem gesetzlichen Erbteil kommt dem/der überlebenden Ehegatten/Ehegattin noch das *gesetzliche Vorausvermächtnis* (§ 745 Abs 1 ABGB) zu, das ihm/ihr seine/ihre gewohnte Lebensweise auch nach Auflösung der

¹⁰ Beckert (2004) 26.

¹¹ Vermögen, das sich auf recht wenige Vertreter_innen der Bevölkerung verteilt, s für Deutschland <http://www.zeit.de/wirtschaft/2011-06/erbschaft-studie> (25.2.2018), wobei die Tendenz zu erben laut dieser Studie in Zukunft abnehmen wird, was insb an den im Alter höher werdenden Aufwendungen im Alter liegt; vgl auch die bei Beckert (2004) 26ff die zitierten französischen und amerikanischen Studien.

¹² Was im Ergebnis zu einer Besserstellung des Ehegatten/der Ehegattin neben den Eltern und nicht nur – wie in den ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21 angeführt – neben Geschwistern und Großeltern führte; vgl hierzu Fischer-Czermak (2015) 29.

Ehe durch Tod ermöglichen soll.¹³ Es umfasst das Recht, in der Ehewohnung weiter zu wohnen sowie die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind.

2. Historische Entwicklung des Ehegatt_innenerbrechts

Die eben erläuterte gesetzliche Situation ist das Ergebnis einer *sukzessiven Beserstellung* der erbrechtlichen Position des Ehegatten/der Ehegattin. Tatsächlich gehören die Bestimmungen zum Ehegatt_innenerbrecht zu den wohl am meisten geänderten erbrechtlichen Bestimmungen überhaupt.¹⁴ Zur Zeit des Inkrafttretens des ABGB 1812 stand dem Ehegatten/der Ehegattin neben Kindern und anderen Verwandten lediglich ein *Fruchtgenusrecht* an einem bestimmten (von der Zahl der Kinder abhängigen) Teil der Verlassenschaft zu.¹⁵ Wenn sonst kein_e gesetzlicher Erbe/Erbin vorhanden war, kam dem Ehegatten/der Ehegattin – ähnlich der Rechtsposition des Lebensgefährten heute – ein gesetzliches Erbrecht im letzten Rang (vor dem Heimfallsrecht des Staates) zu.¹⁶

Mit der ersten Teilnovelle zum ABGB 1914¹⁷ erlangte der Ehegatte/die Ehegattin ein echtes eigenes Erbrecht neben den Parentelen, dessen Größe davon abhing, mit welchen Verwandten er/sie konkurrierte. Ebenso wurde 1914 ein erstes *gesetzliches Vorausvermächtnis* eingeführt, das zum Erbteil hinzutrat und dem Ehegatten/der Ehegattin den beweglichen Hausrat zuwies. Neben den Kindern des Erblassers/der Erblasserin war dieses Vorausvermächtnis allerdings auf das für den Bedarf Nötige beschränkt.

Betrug der Erbteil des Ehegatten/der Ehegattin 1914 noch ein Viertel neben Kindern und die Hälfte neben Eltern und deren Nachkommen und Großeltern, wurde dieser Erbteil durch die Novelle 1978¹⁸ auf ein Drittel neben Kin-

¹³ Vgl etwa 6 Ob 184/99y = SZ 72/174.

¹⁴ Vgl hierzu die Aufarbeitung der geschichtlichen Entwicklung bei *Berek* (2017).

¹⁵ Dies nach der überwM, obwohl der Wortlaut der Bestimmungen (damals §§ 759, 758 ABGB) neben anderen Verwandten auch die Ableitung auf Anspruch eines Erbteiles gedeckt hätte; vgl *Berek* (2017) 106ff mwV.

¹⁶ § 759 ABGB idF 1811; ganz ähnlich waren bereits die Bestimmungen des Ehegatt_innenerbrechts im Josephinischen Erbfolgepatent von 1780 (§§ 23, 24 JosEfP) sowie im Westgalizischen Gesetzbuch von 1797 (§§ 556, 557 WGGB).

¹⁷ RGBl 1914/276.

¹⁸ BGBl 1978/280; auch durch die Novelle 1970 (BGBl 1970/342) kam es zu Änderungen der Bestimmungen des Ehegattenerbrechts durch die Verbesserung der Rechtsstellung unehelicher Kinder; diese sind jedoch für die hier vorliegende Problematik nicht unmittelbar relevant; vgl hierzu näher *Berek* (2017) 129ff.

dern und zwei Dritteln neben Eltern und Großeltern angehoben.¹⁹ Die wesentliche Neuerung der Novelle 1978 war freilich die Einführung eines *Pflichtteilsrechts* des Ehegatten/der Ehegattin: Der Erblasser/die Erblasserin konnte dem Ehegatten/der Ehegattin seither nur mehr die Hälfte des vorgesehenen gesetzlichen Erbrechts entziehen; das Vorausvermächtnis musste dem Ehegatten/der Ehegattin in jedem Fall verbleiben.

Letzteres wurde im Rahmen des ErbRÄG 1989²⁰ nochmals beträchtlich zugunsten des Ehegatten/der Ehegattin ausgebaut, indem es bedarfssunabhängig ausgestattet und mit Geltung zum 1.1.1990 um das lebenslange *Wohnrecht* erweitert wurde.

2004 wurde der gesetzliche Erbteil des Ehegatten/der Ehegattin schließlich noch einmal zulasten der Nichten und Neffen des Erblassers/der Erblasserin aufgewertet.²¹

3. Bewertung der erbrechtlichen Behandlung des Ehegatten/der Ehegattin, rechtsvergleichende Einbettung und Kritik

Die Stärkung des Ehegatt_innenerbrechts wurde in Österreich – so wie ganz generell, wie ein Rechtsvergleich beweist – durchwegs positiv aufgenommen. Die Frage des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten/der Ehegattin ist, da er sich außerhalb des Parentelsystems als fixer Erbteil gestaltet (s Kap C. 1.), natürlich gerade im Verhältnis zu den Nachkommen des/der Verstorbenen „rechtspolitisch sensibel“.²² Es wurde bereits erläutert, dass der Ehegatte/die Ehegattin bereits bei Vorhandensein von mehr als zwei Kindern mehr erhält als die einzelnen Kinder. Im Zusammenspiel mit dem Wohnrecht, erscheint die Position des Ehegatten/der Ehegattin uU sogar wie die eines „Alleinerben“/einer „Alleinerbin“, nämlich dann, wenn die Wohnung einen Großteil des Vermögens ausmacht, was in sog „Mittelstandskreisen“ durchaus die realistische Vermögenssituation darstellt.

Unter Bemühung der eingangs gebrauchten Terminologie hat hier somit ein vom Gesetz abgebildeter Wandel der *Familiensolidarität* stattgefunden, indem die wachsende Solidarität zum Ehegatten/zur Ehegattin den anderen Ver-

¹⁹ Sowohl in der Fassung 1914, also auch in der Fassung 1978 kam ein durch Vorversterben o.Ä. frei gewordener Erbteil eines Großelternteils nicht den Onkeln oder Tanten des Erblassers sondern auch dem Ehegatten zu.

²⁰ BGBl 1989/656.

²¹ BGBl I 2004/58: Auch ein durch Vorversterben der Geschwister freiwerdender Teil floss nicht den anderen Geschwistern sondern dem Ehegatten zu.

²² S. *Apathy/Musger* in KBB⁵ § 744 ABGB Rz 1.

wandten gegenüber in den Vordergrund gerückt wurde. Diese Tendenz *von der vertikalen zur horizontalen Erbfolge*, also der Stärkung des Ehegatten/der Ehegattin zugunsten von weiter entfernten Verwandten ist auch unter dem Schlagwort *from the logic of the blood to the logic of affection* bekannt und in vielen modernen Rechtsordnungen zu beobachten.²³ Im Zuge der sozio-demographischen Veränderungen der Gesellschaft ist dieser Wandel auch nachvollziehbar. Durch die steigende Lebenserwartung sind es zunehmend nicht die Nachkommen oder andere Verwandte der Seitenlinie, die auf einen erbrechtlichen Erwerb angewiesen sind, um ihren Lebensstandard beizubehalten, sondern eher der überlebende Ehegatte/die Ehegattin. Nachkommen sind zum Todeszeitpunkt im Regelfall bereits selbst im typischen Haupterwerbsalter und haben zu ihrer Ausstattung und/oder während ihrer Ausbildung meist schon Leistungen vom nunmehrigen Erblasser/von der nunmehrigen Erblasserin erhalten.²⁴

So beträgt in Deutschland die Quote des Ehegatten/der Ehegattin ein Viertel neben Nachkommen und die Hälfte neben Eltern und Großeltern (§ 1931 Abs 1 BGB²⁵), in Italien ein Drittel neben Kindern und zwei Drittel neben „ascendenti“ (Art 582 CC) und in der Schweiz die Hälfte der Verlassenschaft neben Kindern und drei Viertel neben Eltern (§ 462 ZGB).

Diese Regelungen sind *mit der österreichischen Bestimmung durchaus vergleichbar*, wobei die *letzte Stärkung* des Ehegatten/der Ehegattin auch gegenüber den Geschwistern so weit ersichtlich nur in Österreich stattgefunden hat.²⁶ Diese wurde auch nicht kritiklos hingenommen; gerade in Fällen, in denen das vererbte Vermögen von den Eltern des Erblassers/der Erblasserin stammte, wurde die Regelung in Frage gestellt.²⁷

Darüber hinaus sahen manche einen *Wertungswiderspruch* darin, dass das Ehegatt_innenerbrecht im Laufe der Zeit immer mehr gestärkt, gleichzeitig aber die Auflösbarkeit der Ehe stetig erleichtert wurde, und verliehen ihrem

²³ Vgl. Wendeborn (2009) 29f; auch Röthel (2010) 50ff; für die Entwicklungen in Frankreich und den USA s. Beckert (2004) 113-121; die Law Commission of England and Wales schlug 1995 sogar das alleinige Erbrecht des/der überlebenden Ehegatten/Ehegattin in jedem Fall, also auch neben Kindern vor; http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc331_intestacy_report.pdf (25.2.2018); sa Reid/de Waal/Zimmermann (2015) 512.

²⁴ Vgl. hierzu nur Röthel (2010) A 51.

²⁵ Im Fall der Gütertrennung besteht eine andere Verteilung: Der/die Ehegatte/Ehegattin erhält neben ein oder zwei Kindern ein Viertel; sind mehr als zwei Kinder vorhanden, erben alle den gleichen Anteil (§ 1931 Abs 4 ABGB).

²⁶ Alle genannten Rechtsordnungen haben auch dem österreichischen gesetzlichen Voraus vergleichbare Vorschriften. Vgl. etwa in Deutschland §§ 1932, 1969 BGB.

²⁷ Fischer-Czermak (2015) 30; Deixler-Hübner (2015) 30.

Wunsch nach einer Gesamtdiskussion von Ehrech und Erbrecht Ausdruck.²⁸

Nur in Erinnerung gerufen werden soll an dieser Stelle, dass das Erbrecht des Ehegatten/der Ehegattin natürlich das Bestehen der Ehe (arg § 746 Abs 1 ABGB) voraussetzt. Es besteht dann aber unabhängig von der Dauer derselben und setzt somit sofort ein, auch wenn der Ehegatte/die Ehegattin an dem der Eheschließung folgenden Tag verstirbt. Der *Wertungswiderspruch* zum Erbrecht eines/einer langjährigen nichtehelichen Lebenspartners/Lebenspartnerin (s Kap B.) ist evident.

Ein Punkt, obgleich bereits zur Zeit der Novelle 1978 Thema,²⁹ blieb auch vom ErbRÄG 2015 (zumindest großteils)³⁰ unberücksichtigt: Dieses betrifft die *Diskrepanz zwischen den vermögensrechtlichen Folgen, je nachdem ob eine Ehe durch Scheidung oder durch Tod aufgelöst wird*. Diese werden in der Folge in einem eigenen Punkt beleuchtet.

D. Erbrecht versus Ehegüterrecht

1. Rechtslage

Das geltende österreichische Recht sieht in vermögensrechtlicher Hinsicht völlig verschiedene Rechtsfolgen vor, je nachdem ob eine Ehe durch Tod oder durch Scheidung aufgelöst wird. Im Todesfall richtet sich die vermögensrechtliche Lage des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin rein nach den erbrechtlichen Vorschriften. Im Gegensatz zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse werden somit Beiträge, die der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin im Rahmen der Erwirtschaftung des Ehevermögens erbracht hat, nicht miteinbezogen. Solche Beiträge, die auch in der Leistung von Unterhalt, der Mitwirkung im Erwerb, der Haushaltsführung und der Kindererziehung bestehen können,

²⁸ Vgl. Scheuba in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1,03} § 744 ABGB Rz 4.

²⁹ ErläutRV zur RV 136 BlgNR 14. GP 13, wo man sich bewusst gegen einen allfälligen güterrechtlichen Ausgleich entschied, um komplizierte Erbverfahren zu vermeiden; vgl. zur Thematik auch Holzner (1998).

³⁰ Zur Beachtlichkeit einer allfälligen güterrechtlichen Vereinbarung im Falle des Todes eines/einer Ehegatten/Ehegattin während des laufenden Scheidungsverfahrens vgl. § 746 Abs 2 ABGB.

sind bei der Aufteilung des Vermögens nach der Scheidung (§§ 81ff EheG) hingegen zu berücksichtigen (vgl § 83 EheG).³¹

Der gesetzliche Anspruch des Ehegatten/der Ehegattin wurde bereits unter Kap C. 1. ausführlich dargestellt. Dieser muss aber nicht in jedem Erbfall ausgeschöpft werden. Es wurde ebenso bereits erwähnt, dass der Erblasser/die Erblasserin den gesetzlichen Anspruch im Rahmen seiner/ihrer Testierfreiheit verringern kann. Wird der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin testamentarisch nicht bedacht, ist er/sie somit auf seinen/ihren Pflichtteilsanspruch verwiesen, der einen Geldanspruch in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils darstellt (§§ 757, 759, 761 ABGB). Das Vorausvermächtnis (siehe C.1.) ist in den Pflichtteil mit einzurechnen (§ 780 ABGB). Wird der Ehegatte/die Ehegattin bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes (§§ 769ff ABGB) nicht bedacht, oder erweist er/sie sich als erbunwürdig (§§ 539ff ABGB), erbt er/sie nichts.

Diese Wertung mag zwar innerhalb der erbrechtlichen Ordnung überzeugen, jedoch stellt sich die Frage, ob es in der Gesamtschau richtig ist, dass die sonstigen von Ehegatt_innen während aufrecht erbrachter Ehe erbrachten „Beiträge“, die sich sachenrechtlich nicht unbedingt in Vermögen der Leistenden niederschlagen, gänzlich unberücksichtigt bleiben.

Die Aufteilung des ehelichen Vermögens nach der Scheidung basiert auf Bilanzierungsüberlegungen. Im Ergebnis liegt hier trotz des in Österreich herrschenden Prinzips der Gütertrennung eine sogenannte Zugewinngemeinschaft auf den Todesfall vor. Die Auseinandersetzung aus Anlass der Scheidung führt regelmäßig zu einer Ermessensteilung im Ausmaß von 50 % (vgl § 83 EheG).³²

Bemerkenswert ist, dass dieser Aufteilungsanspruch grundsätzlich verschuldenunabhängig gebührt, während das erbrechtliche Ergebnis von einem allfälligen „Fehlverhalten“ des überlebenden Ehegatten/der überlebende Ehegattin beeinflusst wird (und zwar selbst dann, wenn das Verhalten des Ehegatten/der Ehegattin keinen Enterbungs- oder Erbunwürdigkeitsgrund darstellt, sondern den Erblasser/die Erblasserin „nur“ zu einer von der gesetzlichen Regelung abweichenden letztwilligen Verfügung veranlasst).

³¹ Die Ehewohnung erfährt darüber hinaus ein eigenes Schicksal, das hier aber nicht eigens behandelt werden soll; vgl § 82 Abs 2 EheG.

³² Im Allgemeinen geht die Rechtsprechung von einer Gleichwertigkeit der Erwerbstätigkeit auf der einen und der Haushaltsführung und Kindererziehung auf der anderen Seite aus; vgl etwa *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 83 EheG Rz 8; *Koch* in KBB⁵ § 83 EheG Rz 2 unter Hinweis auf OGH 1 Ob 158/08d iFamZ 2009, 107 (*Deixder-Hübner*); *Gitschthaler* in Schwimann ABGB I⁴ § 83 EheG Rz 14.

2. Beispiel

Die eben erläuternden Unterschiede sollen anhand eines Beispiels nachgezeichnet werden:³³

Manfred und Franziska führen eine Ehe, aus der sowohl gemeinsame als auch nicht gemeinsame Kinder stammen. Beide haben ein Vermögen von je 300 in die Ehe eingebracht, das auch im Scheidungsfall nicht der Aufteilung unterliegen würde (vgl § 82 EheG). Während der Ehe gelingt es ihnen, gemeinsam ein Haus zu bauen, das 900 wert ist. Sachenrechtlich steht das Haus im Alleineigentum von M; F gelingt es während aufrechter Ehe nicht, aus Eigenem weiteres Vermögen zu schaffen, da sie sich dem gemeinsamen Haushalt und der Kindererziehung widmet und ihre Einkünfte aus Teilzeit für laufende Ausgaben und die Rückzahlung eines gemeinsamen Kredits verwendet. Angenommen wird, dass neben dem Haus noch weiteres in ein eheliches Aufteilungsverfahren einzubeziehendes Vermögen von 300 geschaffen wurde, das sachenrechtlich dem M zugeordnet ist.

Im Falle der Scheidung würden ausgehend davon, dass der Richter – wie im Regelfall üblich – eine Hälfteteilung vornehmen würde, die eingebrachten 300 jeweils bei den Geschiedenen bleiben und das Ehevermögen von 1200 durch zwei geteilt werden. Im Endeffekt würde jeder Ehegatte also 900 erhalten.

Für den Fall, dass M verstirbt, würde er ein Vermögen von 1500 hinterlassen (300 + 1200), von dem im Falle der gesetzlichen Erbfolge gem § 744 ABGB F ein Drittel, also 500 erhalten würde. Zusammen mit ihrem bereits in die Ehe eingebrachten Vermögen von 300 hätte sie somit insgesamt 800, also um 100 weniger als im Fall der Scheidung. Darüber hinaus stünden F aber auch ihre Rechte nach § 745 Abs 1 ABGB zu.

Hätte M testamentarisch verfügt und F auf ihren Pflichtteil gesetzt, würde sie aus dem Nachlass nur 250 erhalten, was ein Ergebnis von 550 und somit um 350 weniger als im Scheidungsfall ausmachen würde. Das gesetzliche Vorausvermächtnis müsste sich F darüber hinaus auch noch auf ihren Pflichtteil anrechnen lassen.

Im krassesten vorstellbaren Fall wäre F erbunwürdig und würde aus dem Nachlass nichts erhalten, was ihr lediglich ihr eigenes Vermögen von 300 belässt und somit ganze 600 weniger als im Scheidungsfall ergibt. Dieser letzte Härtefall ist nicht ganz undenkbar, wenn man sich vor Augen führt, dass der Güterrechtliche Aufteilungsanspruch grundsätzlich nicht voraussetzt, dass die

³³ Angelehnt an Ferrari (2009) 74ff; Eccher (2011) 354.

Ehe schuldlos geschieden ist, weil der Gesetzgeber den Aufteilungsanspruch gerade nicht vom Wohlverhalten in der Ehe abhängig machen wollte.³⁴

Zu bedenken ist darüber hinaus noch der umgekehrte Fall, dass die sachenrechtlich schlechter gestellte F verstirbt. In ihrem Nachlass würden sich lediglich „ihre“ 300 befinden, von denen M im Fall der gesetzlichen Erbfolge 100 und im Fall, dass er auf den Pflichtteil gesetzt ist, 50 erhalten würde. Dies würde ihm im Endeffekt ein Vermögen von 1600 bzw 1550 bescheren und verdeutlicht, dass der sachenrechtlich ohnehin besser gestellte Ehegatten bei der jetzigen erbrechtlichen Lösung noch profitieren würde, indem er die F beerbt.

3. Kritik

Den Befürwortern des geltenden Systems³⁵ stehen die Kritiker zahlenmäßig überlegen gegenüber. Letztere bringen mE die besseren Argumente vor.³⁶ Als besonders schlagkräftig sei hier das Argument *Ferraris* angeführt, die es nicht für sachgerecht ansieht, dass den Beiträgen eines Ehegatten/einer Ehegattin, die sich sachenrechtlich nicht niederschlagen, materiell nach dem Tod des/der anderen Ehegatten/Ehegattin nichts übrig bleibe.³⁷ Dies stellt sich als noch drastischer dar, wenn man sich vor Augen hält, dass dieser Ehegatte/diese Ehegattin womöglich bereits Kinder aus einer anderen Beziehung hatte oder später noch Kinder bekommt, an die er/sie dann nichts weitergeben kann.

Wie bereits erwähnt (Kap C. 3. aE) dachte der Gesetzgeber anlässlich der Novelle 1978 darüber nach, einen güterrechtlichen Ausgleich im Erbverfahren nach und entschied sich bewusst gegen einen solchen.³⁸ Erklärt wurde dies vor allem mit verfahrenstechnischen Argumenten: Nach dem Tode könne nämlich nur mehr sehr schwer erhoben werden, welche Beiträge geleistet wurden und wie diese zu bewerten seien. Außerdem seien die beiden Verfah-

³⁴ Vgl *Gitschthaler* in Schwimann ABGB I⁴ § 83 ABGB Rz 7.

³⁵ Vgl nur *Welser* (2009) 37f; sowie in der Diskussion *Höpf* und *Umlauf* (2010) 93; vgl auch *Rebbahn* (1992) 153f.

³⁶ Vgl *F. Bydlinski* (1962) 120ff; *F. Bydlinski* (1978) 53ff; *Steininger* (1979, 466f) spricht sich dafür aus, gerade in einer gut funktionierenden Ehe bis zum Tod dem Überlebenden mehr zustehen sollte; vgl auch *Steininger* (1985) 27; *Gitschthaler* in Schwimann ABGB⁴ § 81 EheG Rz 23, der für ein Wahlrecht des/der überlebenden Ehegatten/Ehegattin zwischen einer Aufteilung und der erbrechtlichen Folgen plädiert; *Apathy* in KBB³ § 757 ABGB Rz 1; *Schauer* (2001) 79; *Ferrari* (1999) 191ff, sowie *Ferrari* (2009) 72ff; *Ojner* (2011) 513.

³⁷ *Ferrari* (2009) 76.

³⁸ Vgl die ErläutRV zur RV 136 BlgNR 14. GP 13.

ren miteinander nicht vereinbar.³⁹ Darüber hinaus wurde das – freilich fragwürdige, weil die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigende Argument – vorgebracht, dass man bei Eheauflösung durch Tod davon ausgehen könne, dass das Verhältnis zwischen den Ehegatten ein „unbelastetes“ gewesen sei und es somit gar keinen Anlass für eine komplizierte güterrechtliche Auseinandersetzung gebe.⁴⁰

Bereits *Holzner* hat vorgebracht, dass das Argument eines komplexen Verfahrens nicht geeignet sei, eine inhaltlich falsche rechtliche Regelung zu rechtfertigen.⁴¹ Dem ist zuzustimmen. Gerade anlässlich des ErbRÄG 2015 hat der Gesetzgeber durch die Einführung des Pflegevermächtnisses (§ 677 ABGB) die verfahrenstechnische Hürde nicht gescheut, denn auch dieses wird in der Praxis der Verlassenschaftsverfahren einen Mehraufwand bedeuten. Schließlich wird auch hier ein „verlassenschaftsfremder“ Anspruch im Verfahren zur Erlangung des Erbrechts verfolgt (vgl § 174a AußStrG) und auch hier geht es um die Beurteilung von Vorgängen zu Lebzeiten, zu denen der Verstorbene nicht mehr befragt werden kann.⁴²

Natürlich kann den Kritikern der bestehenden Lösung auch entgegengesetzt werden, dass es den Ehegatt_innen unbelassen bleibt, eine testamentarische Regelung zu errichten, die einen Ausgleich schaffen könnte. Dem sei aber entgegengesetzt, dass die *Testierquote* in Österreich – wie übrigens in ganz Europa⁴³ – mit 24 % sehr gering ist. ME ist somit das Augenmerk jedenfalls auf die Aufgabe des Gesetzgebers zu legen, hier für einen ausgewogenen Interessenausgleich zu sorgen. Er könnte sich bei einer der erbrechtlichen Auseinandersetzung vorgelagerten güterrechtlichen Aufteilung an dem im EheG vorhandenen Regelungsbestand orientieren,⁴⁴ wobei die Regeln gerade im

³⁹ *Welser* (2009) 59; dagegen mit (auch) rechtsvergleichenden Argumenten *Ferrari* (2009) 77.

⁴⁰ Dagegen *Ferrari* (2009) 76; ebenso schon *F. Bydlinski* (1978) 53ff.

⁴¹ *Holzner* (1998) 153ff; in diesem Sinn mwV auch *Ferrari* (1999) 190ff; *Egger* (2011) 361 kommt aufgrund einer privaten Studie zu dem Ergebnis, dass sich der Mehraufwand für Gerichte und Notariate, in deren Händen die Durchführung des österreichischen Verlassenschaftsverfahrens zum Großteil liegt, in Grenzen hält. Er belegt dies mit einer Berechnung aus den vorliegenden Zahlen der durchgeführten Verfahren einerseits und der Todesfälle, in denen Ehegatt_innen hinterlassen werden.

⁴² Vgl hierzu nur *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 677 ABGB insb Rz 5.

⁴³ Vgl jüngst das Commission Staff working document Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance Impact Assessment, SEC(2009) 410 final (nicht in deutscher Sprache verfügbar), die die Testierquoten in allen EU-Mitgliedsstaaten erhöben hat.

⁴⁴ Vgl etwa *Egger* (1998) 361.

Hinblick auf das Vorausvermächtnis in Einklang zu bringen wären.⁴⁵ Durch einen güterrechtlichen Ausgleich würde darüber hinaus auch der Aspekt der Dauer der Ehe (vgl. oben Kap. C. 3. aE) miteinbezogen.

4. Rechtsvergleich

In rechtsvergleichender Hinsicht zeigt sich, dass neben der österreichischen rein erbrechtlichen Regelung hauptsächlich zwei Wege eingeschlagen werden: der der pauschalen Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin oder der der Durchführung einer der erbrechtlichen Auseinandersetzung vorgelagerten Aufteilung. Exemplarisch seien hier die Lösungen in Deutschland, dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz skizziert:

Eine viel kritisierte Regelung stellt die deutsche Lösung dar:⁴⁶ § 1371 BGB sieht für den Erbfall einen pauschalierenden Zugewinn für den überlebenden Ehegatten/die überlebende Ehegattin vor, der zT zweckgebunden zu verwenden ist (vgl. § 1371 Abs 4 BGB). Eine konkrete Berechnung kann der Ehegatte/die Ehegattin nur fordern, wenn er/sie die Erbschaft ausschlägt. In dem Fall bleibt ihm/ihr dazu nur noch der von der nicht erhöhten Verlassenschaft berechnete Pflichtteil.⁴⁷

Der Liechtensteinische Gesetzgeber nannte die Einführung eines Aufteilungsanspruchs vor dem Erbgang „systemfremd“ und entschied sich ebenso für eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten/der Ehegattin. Mit der Bestimmung des §§ 765 Abs 2ff ABGB verließ Liechtenstein aber dennoch die österreichische Linie mit Erlass der sog. Missbrauchsregel. Der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin hat hiernach das Recht, den doppelten Pflichtteil zu fordern, wenn er maßgeblich zur Vermögensvermehrung des Erblassers/der Erblasserin beigetragen hat und dieses Vermögen den Hauptteil der Verlassenschaft darstellt. Es ist selbsterklärend, dass diese Bestimmung nicht einfach zu handhaben sein wird. Außerdem verlangt sie vom Überlebenden die Ausschlagung der Erbschaft und verweist ihn auf den streitigen Rechtsweg.⁴⁸

Die Schweizer Regelung, die nunmehr seit rund dreißig Jahren gilt, legt fest, dass bei Auflösung einer Ehe (egal aus welchem Grund) stets das sog. Eigen-

⁴⁵ Hierzu schon Holzner (1998) 188 ff; Eccher (2011) 363.

⁴⁶ Kritisch zu dieser Lösung äußerte sich bereits F. Bydlinski (1962) 120ff; F. Bydlinski (1978) 53ff; vgl. auch Röthel (2010) A 52ff.

⁴⁷ Vgl. Zimmermann (2015) 211ff, insb. 213.

⁴⁸ Eccher (2013) 157.

gut (in die Ehe Eingebrachtes, Geschenktes, Schadenersatzforderungen) dem jeweiligen Ehegatten zurückgegeben und die gegenseitigen Schulden geregelt werden. Die Errungenschaft wird konkret berechnet und steht jedem Ehegatten zur Hälfte zu. Der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin erhält die Hälfte der Errungenschaft ins Eigentum; die dem Verstorbenen zustehende Hälfte des Ausgleichsvermögens fällt in den Nachlass und wird – in der entsprechenden Quote auch an den überlebenden Ehegatten/die überlebende Ehegattin – vererbt (vgl. Art 204, 210, 215 ZGB). Eine solche Ausgleichslösung findet sich auch in anderen Rechtsordnungen und zwar unabhängig vom Güterstand während aufrechter Ehe.⁴⁹

E. Schlussbemerkung

Ein Beitrag dieser Länge muss naturgemäß in einigen Punkten an der Oberfläche bleiben. Trotzdem ist es hoffentlich gelungen, mehr Klarheit hinsichtlich der eingangs aufgeworfenen Problembereiche zu bringen. Das österreichische Ehegatt_innenrecht spiegelt ganz allgemein die *Tendenz zur vertikalen Erbfolge* und somit ein Gesellschaftsphänomen wider, indem es den Ehegatten/die Ehegattin im Sinne einer *sich wandelnden Familiensolidarität* gegenüber den Verwandten besser stellt als in der Vergangenheit.

Andererseits hat der Beitrag auch aufgezeigt, dass *andere Regelungsbedürfnisse* wie etwa der Ausgleich von in der Ehe geleisteten Beiträgen durch die rein erbrechtliche Lösung *nicht abgedeckt* werden. Somit bleibt während der Ehe *Geleistetes* bei Auflösung der Ehe durch Tod unberücksichtigt. Im Rahmen erbrechtlicher Reformen wurde stets vorgebracht, dass die Regeln der gesetzlichen Erbfolge den Willen eines typischen Erblassers widerspiegeln sollen.

Fraglich ist, ob die bestehende Regelung die Wahrnehmung und Wünsche der Bevölkerung abbildet. Bei einer weitergehenden Auseinandersetzung mit der Thematik wird es somit hilfreich, wenn nicht unerlässlich sein, auch empirische Studien durchzuführen, um eine allfällige Reform der Bestimmungen zu argumentieren und zu begleiten.

⁴⁹ Für Italien: *Cubeddu Wiedemann/Wiedemann* (2015) 719 Rz 84; für: Griechenland *Stamatiades/Tsantinis* (2015) 563 Rz 30; für: Belgien *Hustedt/Schür* (2015) 237 Rz 42.

Literatur

- Apathy/Musger* 2017: § 744 ABGB in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2017) ABGB Kurzkommentar⁵ (2017).
- Apathy/Neumayr* 2017: § 677 ABGB in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2017) ABGB Kurzkommentar⁵ (2017).
- Ahrens* 1870-11: Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustand dieser Wissenschaft in Deutschland⁶ (1870-71).
- Beckert* 2004: Unverdientes Vermögen. Die Soziologie des Erbrechts (2004).
- Berek* 2017: Ehegattenerbrecht. Entstehung und Entwicklung in Österreich (2017).
- Cubeddu Wiedemann/Wiedemann* 2015: Italien in: Süß/Ring (Hg) Erbrecht in Europa³ (2015) 695- 768.
- F. Bydlinski* 1978: Zur Neuordnung des Ehegüterrechts in: Strasser/Schwimann/Hoyer (Hg) Rechtsgeschichte - Rechtsvergleichung – Rechtspolitik. FS Schwind zum 65. Geburtstag (1978) 27-62.
- F. Bydlinski* 1962: Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Gutachten für den 1. ÖJT 1961 (1962) Bd II/1, 5-163.
- Christandl* 2016: Die Lebensgemeinschaft im gesetzlichen Erbrecht – zur Überwindung der reinen Statusorientierung im Intestaterbrecht, JBl 2016, 21-27.
- Deixler-Hübner* 2015: Familienrechtliche Aspekte des Erbrechts in: Deixler-Hübner/Schauer (Hg), Erbrecht NEU (2015) 29-45.
- Eccher* 2013: Das neue liechtensteinische Ehegattenerbrecht in: Schumacher/Zimmermann (Hg) 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof. Festschrift für Gert Delle Karth (2013) 155-168.
- Eacher* 2011: Ehegattenerbrecht und Güterausgleich, NZ 2011, 354-363.
- Ferrari* 2009: Die Reform des österreichischen Erbrechts in: Österreichischer Juristentag (Hg) Verhandlungen des 17. ÖJT 2009 Band II/2 (2009) 70-91.
- Ferrari* 1999: Die vermögensrechtliche Situation von Ehegatten und Lebensgefährten in Österreich in: Henrich/Schwab (Hg) Eheliche Gemeinschaft und Vermögen im europäischen Vergleich (1999) 179-199.
- Fischer-Czermak* 2015: Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen in: Rabl/Zöchling-Jud (Hg) Das neue Erbrecht (2015) 27-42.
- Gitschthaler* 2012: § 81 und § 83 in: Schwimann/Kodek (Hg) ABGB Praxiskommentar I⁴ (2012).
- Holzner* 1998: Ehevermögen bei Scheidung und Tod. Unvereinbarkeit zweier Auseinandersetzungsmödelle (1998).
- Hopf/Kathrein* 2010: Verhandlungen des 17. ÖJT 2009 II/2 Zivilrecht. Die Reform des österreichischen Erbrechts. Referate und Diskussionsbeiträge (2010).
- Hopf/Kathrein* 2014: Eherecht mit wichtigen Nebengesetzen. Kurzkommentar³ (2014).
- Hustedt/Schüür* 2015: Belgien in: Süß/Ring, Erbrecht in Europa³ (2015) 223-284.
- Koch* 2017: § 83 EheG in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (2017) ABGB Kurzkommentar⁵ (2017).

- Ofner* 2011: Eheguterrechtlicher Ausgleich bei Tod eines Ehegatten in: Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hg) *Festschrift 200 Jahre ABGB* (2011) 513-528.
- Rebbahn* 1992: Familie und Gleichheitssatz in: Harrer/Zitta (Hg) *Familie und Recht* (1992) 145-210.
- Reid* 2015: Intestate Succession in Scotland in: Reid/De Waal/Zimmermann (Hg) *Comparative Succession Law II. Intestate Succession* (2015) 370-400.
- Reid/De Waal/Zimmermann* 2015: Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective in: Reid/De Waal/Zimmermann (Hg) *Comparative Succession Law II. Intestate Succession* (2015) 442-512.
- Röthel* 2010: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hg) *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages* (2010) A 1-112.
- Scheuba* 2018: Gesetzliche Erbfolge in: Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hg) *Erbrecht und Vermögensnachfolge²* (2018) § 5.
- Stamatiaades/Tsantinis* 2015: Griechenland in: Süß/Ring (Hg) *Erbrecht in Europa³* (2015) 553-583.
- Steininger* 1979: Verfassungswidrigkeiten im Bereich der Familienreform in: *Reformen des Rechts. FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz* (1979) 457-469.
- Steininger* 1985: Österreichs Familienrechtsreform unter besonderer Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Konsequenzen in: Ruppe (Hg) *Handbuch der Familienverträge: zivilrechtliche, steuerrechtliche und sozialrechtliche Folgen von Vereinbarungen zwischen Angehörigen²* (1985) 1-34.
- Welser* 2009: Die Reform des Österreichischen Erbrechts. Gutachten in: *Verhandlungen des 17. ÖJT 2009 II/1 Zivilrecht* (2009).
- Wendehorst* 2009: Die Reform des österreichischen Erbrechts im Lichte internationaler Entwicklungsrichtlinien in: *Österreichischer Juristentag* (Hg) *Verhandlungen des 17. ÖJT 2009 II/2* (2009) 20-56.
- Zimmermann* 2015: Intestate Succession in Germany in: Reid/De Waal/Zimmermann (Hg) *Comparative Succession Law II. Intestate Succession* (2015) 181-223.

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Kristin Nemeth, LL.M.
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507 8106
kristin.nemeth@uibk.ac.at

Verena Stühlinger

Solidarität und Ethische Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen

Der gegenständliche Beitrag setzt den Begriff der Solidarität in den Kontext der ethischen Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen. Der Begriff der „ethischen Entscheidungsfindung“ ist in den letzten Jahren sehr modern geworden und findet vielfältige Verwendung. Eine entsprechende Suchanfrage auf Google zeigt aktuell ca 668.000 Treffer an. Im Folgenden bezieht sich dieser Begriff auf das Gesundheitswesen und hier auf einen interdisziplinären, institutionalisierten Reflexionsprozess, der einer Entscheidungsfindung vorangeht bzw diese unterstützen soll. Innerhalb der letzten Jahrzehnte kann in Bezug auf das Gesundheitswesen eine zunehmende Institutionalisierung dieses Reflexionsprozesses beobachtet werden.¹ In einzelnen Bereichen wurde diese Entwicklung bereits vom Gesetzgeber aufgegriffen und rechtlich – zumindest – legitimiert. In anderen Bereichen institutionalisieren sich Gremien, ohne dass diese rechtlich geregelt sind. Inwiefern dieses Phänomen als Solidarisierung mit Entscheidungsträger_innen einerseits aber auch mit Betroffenen andererseits gedeutet werden kann, soll im Folgenden erörtert werden. Darüber hinaus soll herausgearbeitet werden, inwieweit sich dadurch Widersprüche zwischen Individuum und Kollektiv ergeben, in welcher Art und Weise sich de lege lata Formen der Solidarität zeigen bzw de lege ferenda zeigen sollten und ob Recht Widersprüche zwischen Kollektiv und Individuum auflösen kann.

¹ Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass – neben den im Rahmen dieser Publikation thematisierten Gremien – im Gesundheitswesen weitere Formen der Institutionalisierung von Entscheidungsprozessen zu beobachten sind – man denke etwa an sog. „Tumorboards“ zur Behandlungsplanung bei bösartigen Erkrankungen. Auf diese Formen der Institutionalisierung treffen die hier im Weiteren angesprochenen Kriterien wie Interdisziplinarität und Unabhängigkeit aber nur begrenzt zu. In der internationalen sowie nationalen Literatur sind mit Formen der institutionalisierten ethischen Entscheidungsfindung (sog. „Bioethics Committees“) idR die hier noch näher zu beschreibenden Gremien gemeint – vgl dazu UNESCO (2005a) und UNESCO (2005b) sowie Wallner (2007) 137-158. Die Autorin selbst ist seit 2011 Mitglied und seit 2015 Vorsitzende eines institutionellen Gremiums im Bereich der Forschung (RCSEQ – vgl Fn 53). Seit 2017 ist die Autorin auch Mitglied des Klinischen Ethikkreises (KEK), dem Ethikkomitee der Universitäts- und Landesklinik Innsbruck – vgl dazu auch Schwamberger (2012) 60 und Tschugg (2009).

A. Solidarität im Kontext

Solidarität soll im Folgenden als Form der Verbundenheit iSe wechselseitigen Unterstützung und einem Eintreten für einander verstanden werden.² Bezogen auf das Gesundheitswesen bedeutet Solidarität die Ermöglichung eines gleichen Zugangs zu einer umfassenden Gesundheitsversorgung und zwar unabhängig von der Höhe des individuellen Beitrags. Dies vor dem Hintergrund knapper Ressourcen, sodass stets eine Abwägung im Hinblick auf den Umfang der durch das öffentliche System zu leistenden Versorgung stattzufinden hat. Das Solidaritätsprinzip bildet damit ein wesentliches Merkmal der Sozialversicherung sowie der sozialen Krankenversicherung. Rechtlich abgesichert findet sich das Solidaritätsprinzip in diesem Kontext sowohl auf *verfassungsrechtlicher Ebene* in Form eines Bekenntnisses zur Solidarität und zu sozialen Grundrechten in Art 35 der Präambel zum Vertrag von Lissabon („Reformvertrag“)³, auf *einfachgesetzlicher Ebene* in § 133 ASVG⁴ oder im Prinzip der Solidarhaftung etwa in Form einer Absicherung von geschädigten Patient_innen.

Wesentliche Entwicklungen der letzten Jahrzehnte haben dazu geführt, dass die Gewährleistung eines gleichen Zugangs zu umfassender Gesundheitsversorgung bzw. *Entscheidungen* im Gesundheitswesen an sich *zusehends komplexer* werden. Zu diesen Entwicklungen werden allgemein

- der rasante (*bio-)*medizinische Fortschritt vor dem Hintergrund knapper Ressourcen und einem „Leistungsproblem“, das vielfach von Leistungserbringern getragen werden muss,⁵
- die wachsende Bedeutung des *Selbstbestimmungsrechts* sowie
- ein zunehmender *Pluralismus an Wertvorstellungen* gezählt.

² Mit Solidarität ist damit in den Ausführungen nicht der bloße Zusammenhalt einer Gruppe bzw. der Gesellschaft im soziologischen Sinne gemeint. Für eine übersichtliche Zusammenfassung zur Vielfältigkeit des Begriffes der „Solidarität“ bzw. zur fehlenden Einheitlichkeit des Gebrauchs vgl. Bayertz/Boshammer (2017).

³ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft samt Protokollen, Anhang und Schlussakte der Regierungskonferenz einschließlich der dieser beigefügten Erklärungen („Reformvertrag“), BGBl III 132/2009.

⁴ Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) BGBl 189/1955.

⁵ Vgl. dazu Wallner (2007) 308: „Zwei-Klassen-Medizin“, „Rationierung“ und Leistungskürzungen sind Reizworte, die in der gesellschaftlichen und politischen Diskussion vielfach ideologisch gebraucht oder aber überhaupt tabuisiert werden [...]. Eine derartige Strategie läuft jedoch Gefahr, ein schon bestehendes Problem zu negieren und damit vernünftige Leistungsstrategien zu blockieren. [...]. Bislang drücken sich alle davor, was zur Folge hat, dass sie auf den Leistungserbringern vor Ort liegen bleibt. Diese werden dazu gezwungen, am Krankenbett Entscheidungen im Einzelfall zu treffen, welche sie in der Regel in ethische Dilemmatasitionen stürzen.“

Dadurch ergeben sich komplexe Entscheidungssituationen, die noch vor einigen Jahren undenkbar gewesen wären und für die mitunter Fachwissen aus unterschiedlichen Disziplinen – wie es im Rahmen interdisziplinärer, institutionalisierter ethischer Entscheidungsfindung zur Anwendung kommt – von Vorteil sein kann. Zu verorten sind Institutionalisierungsentwicklungen auf Grund komplexer Fragestellungen im Gesundheitswesen im Wesentlichen in folgenden drei Bereichen:

- *Gesundheitspolitik bzw. gesetzgebung*: bei komplexen Fragestellungen denke man hier bspw an die gesetzliche Regelung der „*Präimplantationsdiagnostik*“.⁶ (Ab wie vielen Fehl- oder Totgeburten soll eine Präimplantationsdiagnostik im Rahmen einer künstlichen Befruchtung für zulässig erklärt werden?, etc.), den Umgang mit neuen Technologien wie der „*CRISPR/Cas-Methode*“⁷ in der Anwendung am Menschen (Soll der Eingriff in das menschliche Erbgut in Zusammenhang mit künstlichen Befruchtungen für zulässig erklärt werden?, etc.) oder an die Schaffung von Rahmenbedingungen für die gesundheitsbezogene Forschung mit „*Big Data*“: (Unter welchen Rahmenbedingungen soll die Zusammenführung umfassender Gesundheitsdatenbanken, durch welche uU die Herstellung eines Personenbezugs möglich wird, zulässig sein?, etc.);
- *Forschung am Menschen oder Humanforschung* – etwa im Rahmen der ethischen Beurteilung „*Placebo-kontrollierter Doppelblind-Studien*“⁸ zum Nachweis der Wirksamkeit eines neuen Arzneimittels. (Wie sind schwer kranke Menschen, welche an einer Arzneimittelstudie teilnehmen, darüber aufzuklären, dass ihnen möglicherweise keine – oder nur eine experimentelle – Therapie zukommt?, etc.) oder auch

⁶ § 2a FMedG idF BGBl I 35/2015.

⁷ Wikipedia: „Die CRISPR/Cas-Methode (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats) ist eine biochemische Methode, um DNA gezielt zu schneiden und zu verändern (Genome Editing). Gene können mit dem CRISPR/Cas-System eingefügt, entfernt oder ausgeschaltet werden, auch Nukleotide in einem Gen können geändert werden.“, de.wikipedia.org/wiki/CRISPR/Cas-Methode (31.5.2017) mit Verweis auf Jinek/Chylinski/Fonfara/Hauer/Doudna/Charpentier, A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity, Science Bd 337/6096, 17.8.2012 sowie auf H. Ochiai, Single-Base Pair Genome Editing in Human Cells by Using Site-Specific Endonucleases, International journal of molecular sciences Bd 16, 2015/9, 21128-21137.

⁸ Placebo-kontrollierte Doppelblind-Studien gelten als der „*Gold-Standard*“ zum Nachweis der Wirksamkeit eines Arzneimittels. Dabei werden die Forschungsteilnehmer_innen in zwei Gruppen geteilt. Eine Gruppe erhält eine bereits etablierte Therapie oder – bei fehlender bestehender Therapie – ein Placebo-Präparat. Die andere Gruppe erhält den neuen Wirkstoff. „*Doppelblind*“ bedeutet, dass weder die Teilnehmer_innen selbst noch die Forschenden wissen, wer welcher Gruppe zugeordnet ist.

iZhm *Forschung unter Einbezug von Kindern* kann Fachwissen aus unterschiedlichen Disziplinen gefragt sein. (Wie ist mit einem klar geäußerten Widerspruch eines rechtlich nicht einwilligungsfähigen, vierjährigen Kindes umzugehen?, etc.);

- im Rahmen von *Behandlungsverhältnissen* – zB wenn es um die Frage der *Weiterbehandlung (künstliche Beatmung/ künstliche Ernährung)* von *Frühgeborenen mit infauster oder unsicherer Prognose* geht. (Welche Risiken sind die Eltern bereit einzugehen bzw ab welchem Zeitpunkt ist das Kindeswohl gefährdet?, etc) oder auch iZhm der Durchführung von *komplexen Eingriffen und Behandlungen von an Demenz erkrankten Personen*, wenn diese in der Nachsorge zB eine hohe Compliance erfordern. (Soll der möglicherweise lebensverlängernde, aber risikoreiche Eingriff überhaupt durchgeführt werden?, etc).

In den erwähnten Bereichen zeigt sich, dass hier in Entscheidungssituationen Unterstützung zum Teil von den handelnden Personen selbst gefordert bzw initiiert wird (*bottom-up*) oder auch gesetzlich bzw institutionsintern angestoßen wird (*top-down*). Es sei an dieser Stelle allerdings betont, dass eine Institutionalisierung stets nur im Zusammenspiel der Basis mit der normativen Ebene erfolgreich sein kann: ein Gremium, das bspw lediglich von einer Geschäftsführung angeordnet wird, ohne von den im Unternehmen tätigen Mitarbeiter_innen mitgetragen zu werden, wird ebenso wenig effizient arbeiten wie ein von der Basis gefordertes Gremium zur Politikberatung, das von den zuständigen Entscheidungsträger_innen nicht mitgetragen wird.

Hervorgehoben sei auch, dass die Entscheidungsverantwortung selbst stets bei den handelnden Personen/Entscheidungsträger_innen verbleibt und diese lediglich im Entscheidungsfindungsprozess unterstützt werden sollen. Die Bezeichnung „*Entscheidungsunterstützung*“ erscheint daher – entgegen dem weit aus üblicheren Gebrauch des Wortes „*Entscheidungsfindung*“ – für die folgenden Erläuterungen adäquater. Diese Unterstützung erfolgt idR im Rahmen von interdisziplinär zusammengesetzten Gremien, die vermehrt auch Laienvertreter_innen einbeziehen. Sie kann als Ausfluss einer Verbundenheit mit Entscheidungsträger_innen und Betroffenen im Gesundheitswesen bzw als „*Signal für solidarisches Verantwortungsbewusstsein angesichts der medizinischen und biotechnologischen Möglichkeiten*“⁹ gedeutet werden.

Für die Qualität der Unterstützung spielt die *Unabhängigkeit* derartiger Gremien eine entscheidende Rolle. Gremien zur Entscheidungsunterstützung können am ehesten unabhängig agieren, wenn diese auf Basis einer gesetzlichen

⁹ Wallner (2007) 156.

Grundlage, einer gesetzlichen Legitimation, tätig werden.¹⁰ Ebenso als Ausfluss solidarischen Verantwortungsbewusstseins kann daher die gesetzliche Legitimierung derartiger Formen der Entscheidungsunterstützung angesehen werden. Solidarität idZh bedeutet letztendlich, sich mit Personen oder Gemeinschaften in schwierigen Lebenslagen oder Entscheidungssituationen verbunden zu erklären, entsprechende Unterstützung anzubieten und das Agieren rechtlich abzusichern.

Spannungsverhältnisse zwischen Individuum und Kollektiv ergeben sich im Kontext va durch die Begrenztheit der dem Kollektiv hierfür zur Verfügung stehenden Ressourcen. Sowohl Individuum als auch Kollektiv sind an einem bestmöglichen Fundament für komplexe Entscheidungen interessiert. Das Kollektiv kann diese Unterstützung aber stets nur vor dem Hintergrund einer gerechten Verteilung knapper Ressourcen vornehmen.

In welchen Bereichen der ethischen Entscheidungsunterstützung im Gesundheitswesen diese Solidarisierung mit Entscheidungsträger_innen bzw Betroffenen gesetzlich abgesichert erfolgt und welche Bereiche vom Kollektiv derzeit noch wenig wahrgenommen werden, soll in den folgenden Kapiteln näher dargestellt und erläutert werden.

B. Ethische Entscheidungsunterstützung im Gesundheitswesen

Vorab sei nochmals betont, dass Gremien zur Entscheidungsunterstützung *keine Entscheidungen vorweg nehmen* sollen, sondern vielmehr das Ergebnis eines Reflexionsprozesses unterschiedlicher Disziplinen und Sichtweisen darlegen sollen, um Entscheidungen auf ein besseres Fundament zu stellen. Ethische Entscheidungsunterstützung soll folglich verschiedene Sichtweisen, Probleme und Lösungsvorschläge ausarbeiten sowie diskutieren, diese offenlegen, um nachvollziehbare und transparente Entscheidungen zu ermöglichen.

Dies soll einerseits *formell* abgesichert werden, indem die Zusammensetzung derartiger Gremien stets eine interdisziplinäre ist; oftmals auch unter Einbezug von Betroffenen/Laien. Andererseits soll eine *unmittelbare inhaltliche Auseinandersetzung* im Rahmen von Sitzungen dazu beitragen. Dabei sollen relevante Fragestellungen aufgezeigt bzw diskutiert werden und die handelnden Personen in die Lage versetzt werden, relevante Punkte zu reflektieren und transparent zu handeln. Ziel der Bestrebungen soll sein, eine analytische und sachlich fundierte, transparente Entscheidungsgrundlage zu schaffen und letztendlich eine „*erhöhte Rationalität*“ von Entscheidungen¹¹ zu erzeugen. Dies soll eben nicht durch Reflexion einzelner Personen, sondern durch gemeinschaftliche

¹⁰ UNESCO (2005b).

¹¹ Kopetzki (1995) zitiert von Wallner (2007) 148.

Reflexion aus unterschiedlichen Perspektiven und Sichtweisen erfolgen. Es handelt sich dabei idR auch um Fragestellungen, für die es gilt einem größeren Personenkreis Informationen zukommen zu lassen und Wissen zu vermitteln. *Wissensvermittlung* spielt folglich eine ebenso zentrale Rolle.

Als „*Signal für solidarisches Verantwortungsbewusstsein*“¹² kann diese Institutionalisierung von Entscheidungsprozessen auf den geschilderten Ebenen im Gesundheitswesen beobachtet werden: auf gesundheitspolitischer Ebene, im Bereich der Forschung am Menschen sowie auf Ebene des Behandlungsvertrages. Die Unterscheidung in diese drei Bereiche wird sowohl im deutschsprachigen Raum als auch im internationalen Kontext getroffen. Vorweg sei allerdings noch festgehalten, dass sich im deutschsprachigen Raum im allgemeinen Gebrauch *keine einheitliche Bezeichnung der Gremien* durchgesetzt hat. Unabhängig davon haben sich aber in der Literatur Bezeichnungen etabliert, die in weiterer Folge einheitlich Verwendung finden sollen: politikberatende Gremien werden als „*Ethikräte*“ (ER)¹³ bezeichnet, Gremien, die Forschungsvorhaben am Menschen reflektieren als „*Ethikkommissionen*“ (EK) und Gremien im medizinischen Behandlungskontext als „*Ethikkomitees*“ (KEK).¹⁴ Eine umfassende Abhandlung zu jedem dieser Gremien würde den Rahmen der gegenständlichen Publikation sprengen. Die folgenden Kapitel können daher lediglich einen Überblick über Ziele, Ausrichtung und Zusammensetzung der jeweiligen Gremien, bezogen auf die Ausgestaltung in Österreich geben.

1. Gesundheitspolitische Ebene – „*Ethikräte*“

a) Ziele und Ausrichtung

Ethikberatung auf Ebene der Gesundheitspolitik hat das Ziel, wesentliche Felder der (Bio-)Medizin und Ethik interdisziplinär zu reflektieren und damit eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen sowie zu informieren. Zu beobachten ist die Einrichtung derartiger Gremien sowohl auf *staatlicher Ebene* (Regierung, Parlament, Interessensvertretungen) als auch auf Ebene wichtiger *internationaler Organisationen* (zB: „*European Group on Ethics in Science and New Technologies*“ der Europäischen Kommission¹⁵, das „*Committee on Bioethics* (DH-

¹² Wallner (2007) 156.

¹³ Es sei darauf hingewiesen, dass unabhängig davon die Bezeichnung des entsprechenden Gremiums politikberatenden Gremiums in Österreich „*Bioethikkommission*“ lautet.

¹⁴ Ob die beiden letztgenannten Bezeichnungen in dieser Form tatsächlich wünschenswert sind, sei dahingestellt. Sowohl das Wort „*Kommission*“ als auch das Wort „*Komitee*“ gehen mitunter aus verwaltungsrechtlichen bzw politisch-historischen Gründen mit nicht wünschenswerten Deutungsvarianten einher.

¹⁵ ec.europa.eu/research/ege/index.cfm (29.5.2017).

BIO)“ des Europarates¹⁶ oder das „*International Bioethics Committee (IBC)*“ der UNESCO¹⁷.

Auf allen Ebenen soll basierend auf einem interdisziplinären Reflexionsprozess nicht nur das politisch/administrative System beraten, sondern auch die Öffentlichkeit über wesentliche Entwicklungen informiert und gebildet werden. Dies soll einerseits durch – auf beratende Sitzungen folgende – verschriftliche Stellungnahmen und Empfehlungen zu relevanten Fragestellungen erfolgen. Gleichzeitig soll die Öffentlichkeit über allgemein zugängliche Veranstaltungen und Vorträge über wesentliche Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen informiert bzw. über offene Diskussionen auch in den Reflexionsprozess einbezogen werden. So hält etwa die österreichische Bioethikkommission¹⁸ öffentliche Sitzungen ab.¹⁹ Auch der deutsche Ethikrat hält sog Jahrestagungen ab, zu denen die Öffentlichkeit geladen ist.²⁰

b) Zusammensetzung und Ausgestaltung in Österreich

Die österreichische Bioethikkommission wurde mittels Verordnung des Bundeskanzlers am 29. Juni 2001 eingesetzt.²¹ Der Kommission gehören derzeit 25, vom Bundeskanzler ernannte Mitglieder an, wobei laut Verordnung jedenfalls Fachleute aus sieben Gebieten²² zu ernennen sind. Zumindest einmal vierteljährlich tritt die Bioethikkommission auf Einladung des Bundeskanzlers oder der/des Vorsitzenden zusammen. Zu den letzten veröffentlichten Stellungnahmen zählen Themenbereiche wie „*Partizipative Medizin und Internet*“, „*Ethische Aspekte des Impfens*“ oder „*Sterben in Würde*“.²³

¹⁶ Mit 1.1.2012 hat das „*Committee on Bioethics (DH-BIO)*“ die Agenden des „*Steering Committees on Bioethics (CDBI)*“ übernommen und wurde enger an das „*Steering Committee on Human Rights (CDDH)*“ gebunden: www.coe.int/en/web/bioethics/dh-bio (29.5.2017).

¹⁷ www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/international-bioethics-committee/ (29.5.2017).

¹⁸ In Österreich berät die „*Bioethikkommission*“ den Bundeskanzler in relevanten gesellschaftlichen, naturwissenschaftlichen oder rechtlichen Fragen, die sich in der Humanmedizin und -biologie ergeben. Dementsprechend ist diese dem Bundeskanzleramt zugeordnet – vgl www.bka.gv.at/bioethikkommission (29.5.2017).

¹⁹ Vgl etwa www.bka.gv.at/-/von-mensch-und-maschine-roboter-in-der-pflege (29.5.2017).

²⁰ www.ethikrat.org/veranstaltungen/jahrestagungen (29.5.2017).

²¹ Verordnung des Bundeskanzlers über die Einsetzung einer Bioethikkommission, BGBl II 226/2001 idF BGBl II 335/2012.

²² § 2 Abs 2 der Verordnung (BGBl II 226/2001 idF) zählt folgende Fachgebiete auf: Medizin, Molekularbiologie und Genetik, Rechtswissenschaften, Sozialwissenschaften, Philosophie, Theologie, Psychologie. Die aktuelle Zusammensetzung der Bioethikkommission ist über www.bka.gv.at/mitglieder-bioethik abrufbar (29.5.2017).

²³ Vgl www.bka.gv.at/publikationen-bioethik (29.5.2017).

Die Bioethikkommission ist gesetzlich legitimiert und agiert unabhängig. Dennoch stellt sich die Frage, wie relevant Empfehlungen und Stellungnahmen für die Öffentlichkeit bzw politisch/administrative Entscheidungsträger_innen tatsächlich sind. Wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage des tatsächlichen Einflusses der Bioethikkommission auf politisch/administrative Entscheidungsträger_innen fehlen in Österreich weitgehend. Es lässt sich allerdings feststellen, dass behandelte Themen nur sehr selten eine breitere öffentliche Aufmerksamkeit finden. Zu begrüßen sind idZh jedenfalls Bestrebungen, mittels allgemein zugänglicher Tagungen den Diskurs mit der Öffentlichkeit aufzunehmen und eine gesellschaftliche Debatte anzuregen. Nur so kann letztendlich öffentliches Bewusstsein geschaffen, Druck in wichtigen Belangen erhöht und Einfluss verstärkt werden. Bis dato erscheint es, dass geschaffene Entscheidungsgrundlagen aus Stellungnahmen oder Empfehlungen der Bioethikkommission eher wenig Wirkung zeigen. Sieht man sich bspw den Bereich der Forschung am Menschen an, muss man feststellen, dass weder die Stellungnahme zur Kodifikation des Forschungsrechts aus dem Jahr 2011²⁴ noch der Beschluss der Bioethikkommission zur Empfehlung eines Beitritts Österreichs zur Biomedizinkonvention 2002²⁵ zu einem breiteren öffentlichen Diskurs oder gar zu Handlungen durch Entscheidungsträger_innen geführt hat. Für die umfassende Reform der Regelungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes im Jahr 2015 waren – trotz mehrfach geäußerter Bedenken der Bioethikkommission – letztendlich Urteile des EGMR²⁶ bzw ein Erkenntnis des VfGH²⁷ ausschlaggebend. Allerdings fanden die Stellungnahmen und Empfehlungen der Bioethikkommission, ua zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts,²⁸ durchaus umfassender Eingang in die Abwägungen im Rahmen der Regierungsvorlage.²⁹

2. Begutachtung von Forschungsvorhaben am Menschen – „Ethikkommissionen“

a) Ziele und Ausrichtung

Als Auswirkung maßgeblicher Forschungskandale haben sich sowohl in den USA als auch in Europa seit den 1970er Jahren sog. Forschungs-

²⁴ Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2011).

²⁵ Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2002).

²⁶ EGMR 1.4.2010, 57813/2000, *S.H. and Others vs Austria*, RdM 2010, 85ff; EGMR (GK) 3.11.2011, 57813/2000, *S.H. and Others vs Austria* sowie EGMR 28.8.2012, 54270/10, *Costa und Pavan vs Italien*.

²⁷ VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013.

²⁸ Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2012a); Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2012b); Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2014a).

²⁹ RV 445 BlgNR 25. GP.

ethikkommissionen etabliert, um vorab Forschungsvorhaben systematisch zu prüfen.³⁰ Die Freiheit der Wissenschaft ist eine verfassungsrechtlich abgesicherte Freiheit,³¹ die dadurch nicht beschränkt werden soll. Vielmehr soll ein System eingeführt werden, nach dem Forscher_innen insb die Ziele ihres Vorhabens in Relation zu möglichen Risiken und Belastungen für Teilnehmer_innen setzen bzw der wissenschaftliche und gesellschaftliche Wert einer Studie interdisziplinär und unabhängig reflektiert werden soll. Wie zahlreiche Experimente bestätigt haben, ist das Vertrauen der Bevölkerung in Forschende groß und ist die Forschung auf die Mitwirkung Freiwilliger angewiesen.³² Um an etablierten Institutionen dieses Vertrauen nicht zu gefährden muss Forschung am Menschen transparent und vertrauenswürdig durchgeführt und sichergestellt werden, dass die Rechte der Teilnehmer_innen gewahrt werden. Wie Holger Baumgartner zutreffend zusammenfasst, können Ethikkommissionen „[a]n der Schnittstelle von Forschungs- Einzel- und Allgemeininteresse [...] zum Gelingen dieses heiklen Balanceaktes beitragen und damit den Patienten schützen, die Qualität in der Forschung gewährleisten, sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in die medizinische Forschung stärken.“³³

b) Zusammensetzung und Ausgestaltung in Österreich

Nachdem es in Österreich – anders als bspw in der Schweiz – kein Humanforschungsgesetz gibt, ist die Forschung am Menschen nur in Teilbereichen gesetzlich geregelt.³⁴ Regelungen zur Vorlage von Forschungsvorhaben an Ethikkommissionen befinden sich in unterschiedlichen Gesetzen. Auf Basis europarechtlicher Vorgaben sind die Bereiche der Arzneimittel- und Medizinprodukteforschung (sog „*klinische Prüfung von Arzneimitteln bzw Medizinprodukten*“) umfassend geregelt. Andere Bereiche sind im KaKuG³⁵/den Landes-Krankenanstalten-Gesetzen bzw im UG³⁶ nur punktuell geregelt. Gemäß

³⁰ Zur Entwicklungsgeschichte von Forschungs-Ethikkommissionen s Baumgartner (1999) 3-10.

³¹ Art 17 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG), RGBI 142/1867.

³² European Commission (2014)

³³ Baumgartner (1999) 3; das Arzneimittelgesetz (AMG, BGBl 185/1983) definiert Ethikkommissionen in § 2a Abs 6 wie folgt: „Ethikkommission“ ist ein unabhängiges Gremium, das sich aus Angehörigen von Gesundheitsberufen und in nichtmedizinischen Bereichen tätigen Personen zusammensetzt und dessen Aufgabe es ist, den Schutz der Rechte, die Sicherheit und das Wohlergehen der Prüfungsteilnehmer zu sichern und diesbezüglich Vertrauen der Öffentlichkeit zu schaffen.“

³⁴ Für eine umfassende Abhandlung zur lückenhaften Regelung in Österreich s Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2011) 8-14; Druml (2010) 136-151; Kopetzki (2010) 56-89; Stühlinger/Schwamberger (2013) sowie Stühlinger/Hackl (2014) 387-400.

³⁵ Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KaKuG), BGBl 1/1957.

³⁶ Universitätsgesetz 2002 (UG), BGBl I 120/2002.

AMG³⁷ bzw MPG³⁸ sind – neben weiteren behördlichen Melde- bzw Genehmigungspflichten – Arzneimittel- bzw Medizinprodukte-Studien (sog „Klinische Studien“) vorab von einer Ethikkommission zu prüfen³⁹.

Ebenso sind

- die Erforschung neuer medizinischer Methoden bzw können
- nicht-interventionelle Studien,
- angewandte medizinische Forschung,
- Pflegeforschungsprojekte (experimentelle- oder Pflegeinterventions-Studien),
- die Anwendung neuer Pflege- und Behandlungskonzepte und
- neuer Pflege- und Behandlungsmethoden

an Krankenanstalten gemäß KaKuG⁴⁰/Landes-KAGs bzw an medizinischen Universitäten und Fakultäten UG⁴¹ vorab einer Ethikkommission vorgelegt werden.

Das Krankenanstaltenwesen ist in Österreich in Grundsatzgesetzgebung Bundeskompetenz und in Ausführungsgesetzgebung sowie Verwaltung in der Kompetenz der Länder.⁴² Es obliegt folglich diesen, entsprechende Ethikkommissionen einzurichten. Das KaKuG gibt bzgl Zusammensetzung von Ethikkommissionen einen gewissen Rahmen vor. So haben sowohl Fach- als auch Laienvertreter_innen⁴³ mitzuwirken. Die jeweiligen Landes-KAG können sodann weitere Mitglieder vorsehen. So sieht etwa das Tiroler KAG⁴⁴ vor, dass der Ethikkommission auch ein „*Vertreter der organisierten chronisch Kranken*“

³⁷ Arzneimittelgesetz (AMG), BGBl 185/1983.

³⁸ Medizinproduktegesetz (MPG), BGBl 657/1996.

³⁹ § 32 Abs 1 Z 5 AMG bzw § 40 Abs 2 MPG.

⁴⁰ § 8c KaKuG.

⁴¹ § 30 UG.

⁴² Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG, BGBl 1/1930 (WV) idF BGBl I 194/1999 (DFB).

⁴³ Das KaKuG gibt in § 12 a Abs 7 Z 1-9 vor, dass die Ethikkommission folgende Mitglieder aufzuweisen hat: einen Arzt, einen Facharzt, einen Vertreter der Gesundheits- und Krankenpflege, ein Jurist, einen Pharmazeut, einen Patientenvertreter, eine Person mit biometrischer Expertise, einen Vertreter einer repräsentativen Behindertenorganisation, einen Vertreter der Senioren sowie einer Person, die mit der Wahrnehmung seelsorgerischer Angelegenheiten in der Krankenanstalt betraut ist. Bei der Beurteilung von bestimmten Forschungsprojekten sind erforderlichweise weitere Experten hinzuzuziehen. So hat der Ethikkommission etwa bei der Beurteilung von einer Person mit Expertise im Bereich der qualitativen Forschung anzugehören.

⁴⁴ Tiroler Krankenanstaltengesetz (Tiroler KAG), LGBl 5/1958.

anzugehören hat.⁴⁵ Bei der Zusammensetzung ist auf ein ausgewogenes Verhältnis von Frauen und Männern zu achten.⁴⁶

In manchen Bundesländern wurde eine einzige Ethikkommission eingerichtet, in anderen mehrere.⁴⁷ Sieben der eingerichteten Ethikkommissionen sind sog. „Leit-Ethikkommissionen“ nach AMG. Diesen können multizentrische Arzneimittelstudien einmalig vorgelegt werden, ohne dass zusätzlich die Ethikkommission jedes weiteren mitwirkenden Zentrums befasst werden muss.⁴⁸ Laut MPG kann hierfür eine Ethikkommission, die keine Leit-Ethikkommission sein muss, ausgewählt werden.⁴⁹

Stellungnahmen von Ethikkommissionen können mitunter weitreichende Folgen haben. So kann etwa die Untersagung der klinischen Prüfung eines Arzneimittels durch eine Ethikkommission einen gravierenden Eingriff in das Recht auf freie Erwerbsausübung eines Unternehmens darstellen. Um hier eine Prüfmöglichkeit von Stellungnahmen österreichischer Ethikkommissionen zu schaffen, wurde vorgesehen, dass das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen den Ethikkommissionsantrag dem Arzneimittelbeirat vorlegen kann. Sofern dieser die klinische Prüfung befürwortet, kann von einer Untersagung der Durchführung Abstand genommen werden.⁵⁰ Ob damit der Gewährleistung elementarer, grundrechtlicher Verfahrensgarantien genüge getan ist, sei hier infrage gestellt. Geht man wie manche Autor_innen davon aus, dass das Handeln von Ethikkommissionen voraussichtlich als hoheitliches Handeln zu werten ist,⁵¹ wohl kaum. Andere Autoren ordnen Entscheidungen von Ethikkommissionen allerdings weder als „*unverbindliche Empfehlungen noch [als] schlichtes Verwaltungshandeln [ein], sondern [als] integralen Bestandteil eines umfassenden Schutzsystems*“⁵² ein. Im Forschungskontext ist jedenfalls lediglich mit Vorbehalt von „Entscheidungsunterstützung“ zu sprechen.

⁴⁵ § 12a Abs 7 lit j) Tir KAG.

⁴⁶ § 8c Abs 4 KaKuG.

⁴⁷ Eine Liste mit allen Ethikkommissionen in Österreich kann über das Forum Österreichischer Ethikkommissionen abgerufen werden: www.ethikkommissionen.at/ (31.5.2017).

⁴⁸ § 41b AMG.

⁴⁹ § 57 Abs 2 MPG.

⁵⁰ § 40 Abs 5 AMG: „Das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen kann, sofern es Bedenken gegen das ordnungsgemäße Zustandekommen der Stellungnahme der Ethikkommission oder deren Richtigkeit hat, den Arzneimittelbeirat mit der Prüfung des Genehmigungsantrags beauftragen. Sofern dieser die Durchführung der klinischen Prüfung befürwortet, kann von einer Untersagung Abstand genommen werden.“

⁵¹ Barta/Kalchschmid (1998) 365; dies entspräche auch der Einordnung des Handelns von Ethikkommissionen in Deutschland.

⁵² Wallner (2007) 149 mit Verweis auf Wölk (2002) sowie Baumgartner (2001).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in Österreich zwar gewisse Teilbereiche der Forschung am Menschen geregelt und von einer Vorlagepflicht an eine Ethikkommission umfasst sind. Viele Bereiche wie bspw die Erforschung neuer medizinischer Methoden oder Pflegeforschungsprojekte in Alten- und Pflegeheimen genauso wie die Forschung mit Schulkindern sind davon aber auf Grund des sachlichen Geltungsbereichs der gesetzlichen Regelungen nicht mitumfasst. Dieser Umstand ist sachlich kaum zu rechtfertigen und geht auch nicht mit internationalen Standards einher.⁵³ Sowohl Fördergeber als auch Zeitschriften, die sich an diesen Standards orientieren, setzen wesentlich weitreichendere Ethikkommissionszuständigkeiten voraus. Einzelne Hochschulen sind daher bereits dazu übergegangen, eigene Gremien für Humanforschungsprojekte an ihren Einrichtungen einzurichten.⁵⁴ Auch ist der Autorin bekannt, dass andere Bundesländer nun dazu übergehen, unter Federführung bestehender Ethikkommissionen weitere Gremien einzurichten. Gesetzlich legitimierte Ethikkommissionen haben zwar mitunter einen sog. „erweiterten Tätigkeitsbereich“. Es zeigt sich aber, dass diese mit den derzeit gesetzlich übertragenen Zuständigkeiten völlig ausgelastet sind, weshalb (vor-erst) rein institutionell – nicht gesetzlich – legitimierte Lösungen die Folge sind. Zusammenfassend kann daher lediglich in einzelnen Teillbereichen der Humanforschung eine Solidarisierung mit Entscheidungsträger_innen und Betroffenen festgestellt werden – einerseits in Form von gesetzlichen Regelungen; andererseits auf institutioneller Ebene. In weiten Bereichen kann allerdings eher von fehlendem solidarischem Verantwortungsbewusstsein – zumindest auf staatlich-kollektiver Ebene – gesprochen werden.

3. Entscheidungsunterstützung im Rahmen des medizinischen Behandlungsvertrages – „Ethikkomitees“ / klinische Ethikberatung

a) Ziele und Ausrichtung

Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts vor dem Hintergrund einer zusehends multikulturellen Gesellschaft sowie neue medizin-technische Möglichkeiten führen auch im Rahmen des Behandlungsverhältnisses zu komplexen Fragen und Entscheidungssituationen.⁵⁵ So können heutzutage etwa frühgeborene Babys mit schweren Grunderkrankungen mittels intensivmedizinischer Hilfe am Leben gehalten werden. Ist eine Besserung des Zustandes

⁵³ Vgl dazu auch Stühlinger/Schwamberger (2013).

⁵⁴ Vgl etwa das *Research Committee for Scientific and Ethical Questions* der UMIT und ifhg (RCSEQ - www.umit.at/page.cfm?vpath=universitaet/die-universitaet/organisation/rcseq); zum Modell der Universität Wien vgl Stühlinger/Schwamberger (2013), zum Modell der Universität Graz vgl www.uni-graz.at/de/forschen/organisation/ethikkommission/.

⁵⁵ Dörries/Neitzke/Simon/Vollmann (2010); Dörries/Simon/Marckmann (2015) 249-253.

fraglich oder unwahrscheinlich, muss mitunter über eine Beendigung der Behandlung und eine Einleitung palliativer Maßnahmen entschieden werden. So ging etwa der Fall des schwerkranken Babys mit Namen *Charlie* durch alle Medien: Charlie kam in Großbritannien mit einem schweren Gendefekt im August 2016 zur Welt. Nur 15 weitere Kinder leiden weltweit an diesem Defekt, sterben aber meist nach einigen Monaten. Charlie wurde künstlich beatmet und ernährt. Obwohl Ärzte in Großbritannien keine Aussicht auf eine Besserung seines Zustands sahen, wollten die Eltern ihr Baby in die USA bringen und dort weiterbehandeln lassen. Letztendlich entschied ein Gericht, dass eine Weiterbehandlung gegen das Kindeswohl wäre und palliative Maßnahmen einzuleiten sind.⁵⁶ Indikation und Patientenwille bilden die Grundlage einer (medizinischen) Behandlung. Mitunter kann aber die Frage, ob eine bestimmte Behandlung überhaupt noch indiziert ist, schwer zu beantworten sein. Die Grenzen zwischen Wohltun/beginnender Körperverletzung bzw Schaden zufügen sind oft nicht leicht zu ziehen. Auch sind die Risiken, welche Menschen in verschiedenen Lebenslagen bereit sind einzugehen sehr unterschiedlich.

Fälle wie diese, in denen es um die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen bei ungünstiger oder unsicherer Prognose geht, zählen zu den angesprochenen komplexen Entscheidungssituationen, in die neue technische Möglichkeiten Beteiligte oftmals erst bringen. Hinzu kommen unsichere Äußerungen im Hinblick auf den mutmaßlichen Willen oder auch Interpretationsschwierigkeiten bezogen auf (beachtliche oder auch verbindliche) Patientenverfügungen. Darüber hinaus werden heutzutage Rationierungsentscheidungen und Leistungskürzungen vermehrt auf Leistungserbringer abgewälzt, sodass Behandlungsteams unmittelbar mit öffentlich tabuisierten Entscheidungen konfrontiert sind.

Ohne dass dies gesetzlich vorgegeben wäre, entwickeln sich zwischenzeitlich daher auch in Österreich unterschiedliche Formen der klinischen Ethikberatung.⁵⁷ Diese bieten einerseits eine Entscheidungsunterstützung in kritischen Situationen im Rahmen sog ad-hoc Komitees, sollen aber auch durch Entwicklung von Leitlinien oder Organisation von Fortbildungsveranstaltungen Mitarbeiter_innen auf komplexe Entscheidungssituationen vorbereiten.

Die Initiierung derartiger Formen der ethischen Entscheidungsunterstützung kann entweder auf Initiative der Geschäftsführung zurückgehen – man spricht

⁵⁶ www.welt.de/gesundheit/article164953402/Aerzte-duerfen-todkrankes-Baby-sterben-lassen.html#Comments (31.5.2017).

⁵⁷ Diese werden mitunter auch als „Ethikkonsil“, „Ethikkreis“, „Ethik-Café“, „Ethik-Arbeitskreis“, „Ethik-Team“, etc bezeichnet.

in diesen Fällen von einer Einrichtung top-down – oder auch auf Initiative von Mitarbeiter_innen – also bottom-up – gegründet werden. Gerade diese Form der Gründung, nämlich bottom-up – ist einerseits Ausdruck des zunehmenden Drucks, dem Leistungserbringer, Entscheidungsträger oder auch Betroffene oftmals ausgesetzt sind; andererseits aber Zeichen einer Solidarisierung auf institutioneller Ebene.

b) Zusammensetzung und Ausgestaltung in Österreich

Mangels gesetzlicher Regelung entwickeln sich in Österreich derzeit sehr unterschiedliche Formen klinischer Ethikberatung bzw Entscheidungsunterstützung in Krankenanstalten, aber auch – wie eine aktuelle, vom Tiroler Wissenschaftsfonds (TWF) geförderte Studie der Autorin zeigt – im Rahmen von Alten- und Pflegeheimen.⁵⁸ Im Rahmen aller Formen wird idR ein interdisziplinärer Austausch geführt. Teilweise wird in Form von ad-hoc Komitees Unterstützung unmittelbar in kritischen Entscheidungssituationen geboten.

Die unter Federführung der Autorin von Mai 2014 bis Juni 2016 durchgeführte Studie⁵⁹ er hob den aktuellen Entwicklungsstand der Ethikberatung an allen österreichischen Krankenanstalten sowie in Alten- und Pflegeheimen. Es hat sich gezeigt, dass – ähnlich wie in Deutschland – auch in Österreich Institutionen mit geistlicher Trägerschaft eine Vorreiterrolle ausüben. Insgesamt verfügen mit Stand 2015 rund 30 % der österreichischen Krankenanstalten über ein klinisches Ethikkomitee oder eine andere Form klinischer Ethikberatung bzw ist eine Form der klinischen Ethikberatung in Planung. Im Bereich der Alten- und Pflegeheime zeigt sich, dass in über der Hälfte der Institutionen, welche an der Befragung teilgenommen haben, eine Form der Ethik-Fallbesprechung etabliert wurde. Allerdings variieren die unterschiedlichen Formen hier sehr stark. Sie reichen von schlichter Beratung bis zur Bildung von Ethikkomitees. Inwiefern derartige Formen tatsächlich eine institutionalisierte ethische Entscheidungsfindung darstellen, muss noch näher untersucht werden. Es zeigt sich aber gerade im Bereich der Alten- und Pflegeheime ein deutlicher Bedarf an interdisziplinärer Reflexion, der jedoch derzeit kaum öffentlich wahrgenommen wird und ohne gesetzliche Regelung erfolgt. Für diesen letzten Bereich lässt sich folglich kein solidarisches Verantwortungsbewusstsein auf staatlich-kollektiver Ebene ausmachen; sehr wohl aber auf institutioneller Ebene.

⁵⁸ Vgl dazu: *Bachlechner* (2015) sowie *Röck* (2016).

⁵⁹ Eine Publikation der gesammelten Ergebnisse ist in Vorbereitung; Teilergebnisse wurden bis dato im Rahmen von zwei Magisterarbeiten an der UMIT veröffentlicht: *Bachlechner* (2015) sowie *Röck* (2016).

C. Diskussion und Ausblick

Wie *Wallner* bereits 2007 zutreffend betont hat, wäre es grundlegend falsch anzunehmen, dass institutionalisierte ethische Entscheidungsfindung ein Garant für inhaltlich oder moralisch richtige Entscheidungen ist.⁶⁰ Überdies kann aus juristischer Sicht den nach der Rechtsordnung Verantwortlichen keine Entscheidungsverantwortung abgenommen werden. Auch birgt eine Aufteilung von Entscheidungsaspekten stets die Gefahr, dass sich letztendlich niemand mehr verantwortlich fühlt. Dies widerspricht jeglichem Solidaritätsdenken und wäre letztendlich auch rechtlich nicht vertretbar.

Eine Entscheidung, die auf einem interdisziplinären Reflexionsprozess fußt, kann aber idR auf ein stärkeres Fundament bauen. Mitunter wäre es im Forschungs- oder auch im Behandlungskontext denkbar, dass Gerichte einen dokumentierten Reflexionsprozess als Beweismittel zur Beurteilung des angewandten Sorgfaltsmaßes zulassen. Auch politische Entscheidungen oder Gesetze, welche einen vorangegangenen Reflexionsprozess mitberücksichtigen, stehen auf einer solideren Grundlage und könnten voraussichtlich einer verfassungsrechtlichen Prüfung besser standhalten. Schließlich sind ethische Überlegungen stets auch als Weiterführung grundrechtlich gesicherter Werte zu sehen sind. Wie *Luf* 2001 treffend festgehalten hat, „spielt die ethische Perspektive auch innerhalb eines juristischen Diskurses eine bedeutende Rolle, etwa in der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe oder in der Frage der Verhältnismäßigkeit.“⁶¹

Um nun wieder auf die anfänglich aufgeworfene Frage eines möglichen Widerspruchs zwischen Individuum und Kollektiv zurückzukommen, könnte man – bei oberflächlicher Betrachtung – geneigt sein, keinen Widerspruch festzustellen: sowohl das Individuum als auch das Kollektiv sind an einer fundierten Entscheidungsfindung bzw. Entscheidungsunterstützung interessiert. Bei näherer Betrachtung ist allerdings mit zu berücksichtigen, dass das Kollektiv stets auf eine gerechte Verteilung von Ressourcen bedacht sein muss, wo hingegen das Individuum allein auf eine bestmögliche Entscheidungsfindung bedacht sein kann. Dies wirft wiederum die Frage auf, ab welchem Einsatz von knappen Ressourcen man tatsächlich von einer qualitativ hochwertigen Entscheidungsunterstützung sprechen kann. Hier ist eine Unterscheidung zwischen sog „pro forma“-Gremien, die lediglich nach außen hin den Schein wahren sollen und tatsächlich unterstützenden Prozessen zu treffen. Diese Grenze ist hier oft nur schwer zu ziehen und hängt wesentlich vom Engagement der handelnden Personen ab. Die meiste Gremienarbeit im Bereich der institutionalisierten ethischen Entscheidungsfindung beruht essentiell auf Eh-

⁶⁰ *Wallner* (2007) 137.

⁶¹ *Luf* (2001) zitiert von *Wallner* (2007) 148.

renamtlichkeit bzw werden idR für Mitgliedschaften in Gremien lediglich (wenn überhaupt) Aufwendungen erstattet.⁶²

IdZh ist mE eine rechtliche Absicherung und damit auch Anerkennung bzw Legitimation von Gremienarbeit erforderlich, um einen gewissen Solidaritäts-Standard abzusichern. Im Rahmen der Gesundheitspolitik-Beratung sowie im Bereich der Forschung ist die Tätigkeit der Gremien zumindest teilweise gesetzlich legitimiert. Eine rechtliche Legitimation hat den Vorteil, dass Gremien unabhängiger arbeiten können und diese nicht von institutionellen Entscheidungsträger_innen abhängig sind. Ein Infrage-Stellen auf Grund von – wenn auch idR oftmals nur falsch verstandener – Kritik ist in diesen Fällen schwieriger. Gerade im Bereich der Forschung fehlen allerdings umfassende Regelungen, deren Fehlen mE keiner sachlichen Rechtfertigung zugeführt werden kann. Auch fehlen generell qualitätssichernde Vorgaben wie etwa konkretere Anforderungen an Mitglieder. Positiv hervorzuheben ist idZh allerdings die zwischenzeitlich normierte Verpflichtung für Mitglieder der Bioethikkommission, mögliche Interessenskonflikte offenzulegen.⁶³ Im Bereich klinischer Ethikkomitees zeigt sich aktuell zwar auf institutioneller Ebene solidarisches Handeln. Die derzeitigen Formen der klinischen Ethikberatung gehen aber ausschließlich auf Initiativen von Einzelnen (Mitarbeiter_innen, Führung) zurück. Auf staatlich-rechtlicher Ebene fehlen Regelungen, die dieses solidarische Handeln auch absichern würden. Dies muss nicht per se von Nachteil sein – ein Agieren beruhend auf Freiwilligkeit ist mitunter motivierter –, erzeugt aber üblicherweise Phasen der Unsicherheit.

Insgesamt findet das Thema der institutionalisierten ethischen Entscheidungsunterstützung im Gesundheitswesen derzeit aber noch zu wenig öffentliche Aufmerksamkeit in Österreich. Ein breiteres Verständnis für ein solidarisches Verantwortungsbewusstsein und Handeln wird nur möglich sein, wenn die zugrundeliegenden Herausforderungen auch benannt werden. Die Forschung ist hier gefragt, weitere Erkenntnisse zu liefern sowie den Diskurs mit der Öffentlichkeit zu suchen.

Danksagung

Die im Rahmen dieser Publikation erwähnten Studien wurden mit Unterstützung des Tiroler Wissenschaftsfonds (TWF, Vertrag_GZ_UNI_0404_1421) unter durchgeführt.

⁶² Vgl etwa § 4 Abs 5 Verordnung des Bundeskanzlers über die Einsetzung einer Bioethikkommission, BGBl II 226/2001 idF BGBl II 335/2012: „Die Mitgliedschaft in der Kommission ist ein unbesoldetes Ehrenamt. Es besteht jedoch Anspruch auf Ersatz der Reiseaufwendungen.“

⁶³ Vgl dazu: archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=56066 (31.5.2017).

Literatur

- Bachlechner* 2015: Die Fehlerkultur in Österreichischen Krankenhäusern mit Ethikkomitee, Magisterarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magister der Gesundheitswissenschaften (Mag. Sc. Hum), (2015) UMIT.
- Barta/Kalb schmid* 1998: Zur Haftung der Mitglieder von Ethikkommissionen, SozSi 1998, 365; dies entspräche auch der Einordnung des Handelns von Ethikkommissionen in Deutschland.
- Baumgartner* 1999: Die Ethikkommission und ihre Entscheidungen als Vorgabe für ärztliches Handeln (1999) 3-10, www.i-med.ac.at/ethikkommission/files/ethic.pdf (15.5.2017).
- Bayeritz/Boshammer* 2017: Solidarität, http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/angewandteethik/_v/intranet/hpps_solidaritaet.pdf (17.5.2017).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2014a: Stellungnahme vom 28. November 2014 zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Gentechnikgesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015), archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=57878 (31.5.2017).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2014b: Schreiben an das Bundesministerium für Justiz vom 28. November 2014, archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=57878 (16.3.2018).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2012a: Stellungnahme an den VfGH vom 16 April 2012, Beschränkung des Anwendungsbereiches des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf verschiedengeschlechtliche Paare, Geschäftsstelle der Bioethikkommission, Wien, (2012), archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=47392 (31.5.2017).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2012b: Stellungnahme vom 2. Juli 2012, Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts, Geschäftsstelle der Bioethikkommission (2012), archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=48791 (31.5.2012).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2011: Stellungnahme: Kodifikation des medizinischen Forschungsrechts, Geschäftsstelle der Bioethikkommission (2011), archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=45816 (31.5.2017).
- Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* 2002: Beschluss vom 11. Februar 2002 betreffend die Empfehlung für einen Beitritt Österreichs zur Biomedizinikkonvention des Europarates, archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=1111 (31.5.2017).
- Dörries/Neitzke/Simon/Vollmann* 2002: Klinische Ethikberatung: Ein Praxisbuch (2010²).
- Dörries/Simon/Marckmann* 2015: Ethikberatung im Krankenhaus: Sachstand und kritischer Ausblick, Ethik in der Medizin 2015, 249-253.
- Druml* 2010: Ethikkommissionen – Richtlinien, „scientific integrity“ und Reformbedarf in: Körtner/Kopetzki/Druml (Hg) Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 136-151.
- European Commission* 2014: Special Eurobarometer 419: Public Perceptions of Science, Research and Innovation, Report, October 2014, ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_419_en.pdf (16.3.2018).
- Kopetzki* 2010: Braucht Österreich eine Kodifikation des biomedizinischen Forschungsrechts? in: Körtner/Kopetzki/Druml (Hg) Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 56-89.

- Luf* 2001: Zur Ethik der Ethikkommissionen: Tätigkeit und Rechtsgrundlage der Ethikkommissionen in Österreich in: Bernat/Böhler/Weilinger (HG) Festschrift für Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Bd II (2001) 1696-81.
- Röck* 2016: Institutionalisierung klinischer Ethik in österreichischen Altenpflegeheimen, Magisterarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magister der Gesundheitswissenschaften (Mag. Sc. Hum), (2016) UMIT.
- Schwamberger* 2012: Gesundheitsberufsrechte und Ethik Kurze Bemerkungen zu einem umfangreichen Thema, RdM 2012, 60.
- Stühlinger/Hackl* 2014: Research Ethics Committees in the Field of Health-Related Human Research – A European Perspective and the Case of Austria, European Journal of Health Law 2014, 387-400.
- Stühlinger/Schwamberger* 2013: Forschung am Menschen im nichtärztlichen Bereich – Vorlagenpflichten und Prüfmöglichkeiten durch Ethikkommissionen, RdM 2013/146.
- Tschugg* 2009: Die Implementierung eines Klinischen Ethik Kreises am Landeskrankenhaus - Universitätskliniken Innsbruck, Master-Thesis, ULG Pflegemanagement, Donau-Universität Krems.
- UNESCO 2005a: Establishing Bioethics Committees Guide No. 1, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139309e.pdf> (17.5.2017)
- UNESCO 2005b: Bioethics Committees at Work: Procedures and Policies, Guide No. 2, unesdoc.unesco.org/images/0014/001473/147392e.pdf (31.5.2017).
- Wallner* 2007: Health Care zwischen Ethik und Recht (2007).

Dr.ⁱⁿ Verena Stühlinger, LL.M.

Department für Public Health, Versorgungsforschung und Health Technology Assessment, UMIT – Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik
Eduard Wallnöfer-Zentrum I, A-6060 Hall in Tirol
Telefon: 050 8648-3880
verena.stuehlinger@umit.at

HELP als Solidaritätsbeitrag des Staates zu seinen Bürgern

A. Vorbemerkung

„In entwickelten Ökonomien ist es die Aufgabe des sozialen Rechtsstaats, Regeln und Institutionen zu schaffen, die es allen Gesellschaftsmitgliedern ermöglichen, ihr Leben in Freiheit und Selbstverantwortung zu führen und am gesellschaftlichen Leben zu partizipieren. Dies ist gleichzeitig der Kern des Sozialstaatsprinzips“, so beschreibt *Jörg Althammer* das generelle Ziel des Sozialstaates.¹

Abseits der gängigen Beleuchtung von HELP unter verwaltungsrechtlichen Prämissen, etwa als Teil und der Umsetzung von europäischen und innerstaatlichen eGovernment Strategien, Richtlinien, Gesetzen und Verordnungen beschäftigt sich dieser Beitrag mit der „*Institution Bürgerserviceportal HELP*“ aus dem Blickwinkel des sozialen Rechtsstaates Österreichs.

Mit dem im Rahmen seines Bürgerserviceportals gewährten Zugang zu Grundlagenwissen und den zur Verfügung gestellten Informationen schafft Österreich eine wichtige Voraussetzung, damit die hier ansässigen Menschen ihr Leben in Eigenverantwortung gestalten und am gesellschaftlichen und politischen Leben partizipieren können.

Die ungehinderte Zugänglichkeit der Informationen, ihre Verständlichkeit und Verlässlichkeit werden als Solidaritätsakt des Staates zu seinen BürgerInnen gedeutet.

B. Begriffsbestimmungen und Referenzen zu HELP

1. Sozialstaat und seine sozialen Dienstleistungen

Ein *Sozialstaat* strebt in seinem Handeln soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit an, „um die Teilhabe aller an den gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen zu gewährleisten.“² In Deutschland ist der *Sozialstaatsbegriff* im Bonner Grundgesetz verfassungsrechtlich verankert³ und beinhaltet nach hL Ermächtigung

¹ *Althammer* (2008) 65.

² *Duthel* (2014) 288.

³ Art 20 Abs 1 GG: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

und Auftrag an Gesetzgeber und Verwaltung sozialordnungsgestaltend tätig zu werden.⁴

Anders als in Deutschland ist der Grundsatz der *Sozialstaatlichkeit* in Österreich jedoch weder als verfassungsrechtlich festgelegtes Staatsziel, noch im Rahmen von *sozialen Grundrechten* geregelt.⁵ Unter *sozialen Grundrechten* werden hier die Rechte verstanden, die der/die einzelne BürgerIn nur in Verbindung zu anderen Menschen als Mitglied einer Gruppe wahrnehmen kann. Sie sind als *Leistungs- oder Teilhaberechte* zu verstehen, die einen *Anspruch auf ein Tätigwerden des Staates* im Sinn der Gewährung staatlicher Leistungen begründen,⁶ im Gegensatz zu politischen BürgerInnenrechten, die das Unterlassen von Handlungen des Staates einfordern.⁷

Auch *völkerrechtliche Regelungen*, die die Republik Österreich zur Gewährleistung bestimmter Lebensbedingungen verpflichten, etwa die Europäische Sozialcharta (ESC),⁸ sind nicht unmittelbar anwendbar.⁹

Mit dem Inkrafttreten des *ASVG* am 1.1.1956¹⁰ wurde, obgleich nur einfachgesetzlich, jedenfalls das rechtliche Fundament des modernen Sozialstaats in Österreich gelegt und die öffentliche Wohlfahrt erstmals von der Einschränkung auf Armenpolitik gelöst. Des Weiteren zeugen zahlreiche weitere soziale Rechte auf einfachgesetzlicher Ebene (zB Arbeitnehmerschutz oder Regelungen für Sozialleistungen in Notlagen) vom hohen Stellenwert der sozialen Sicherheit in Österreich.

Auch wenn die Sozialstaatlichkeit nicht auf Verfassungsebene verankert ist, war das Selbstverständnis Österreichs bislang das eines *Sozialstaates Österreich*.¹¹ So lautet auch die 2016 erschienene gleichnamige Publikation des Sozialministeriums, in dem es sich zu einer aktiven sozialstaatlichen Politik bekennt, die Teilhabechancen für alle Bevölkerungsgruppen schaffe und laufend an wirtschaftliche und politische Entwicklungen sowie geänderte Bedürfnisse der Menschen angepasst werden müsse.¹²

⁴ Vgl *K. Stern* (1987) Sp 2273-2277.

⁵ *Berka* (2013) 59.

⁶ *Wipfelder* (1986) 140.

⁷ *Kaufmann* (1994) 25.

⁸ Soziales Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention.

⁹ *Dimmel* (2003) 219.

¹⁰ ASVG 1955 BGBl 1955/189 idF BGBl 1956/18.

¹¹ Welche Ausrichtung sich die, zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Beitrages gerade 7 Wochen im Amt befindliche Regierung *Kurz* gibt, bleibt abzuwarten.

¹² *BMASk* (2016).

Der österreichische Sozialstaat nütze damit allen BürgerInnen, indem er in konkreten Lebenslagen gezielt unterstütze. *Soziale Dienstleistungen* in verschiedenen Bereichen würden demgemäß bereits positive Wirkungen zeigen. Was aber ist unter sozialen Dienstleistungen zu verstehen und unter welchen Prämissen kann HELP als solche gesehen werden?

Gemeinhin werden soziale Dienstleistungen zumeist mit *Transferleistungen*, sei es in Form von monetären Zuwendungen oder in Form von Sachleistungen durch den Staat, assoziiert.

In der Literatur gibt es keinen Konsens zum Begriffsinhalt des Sozialen. Das Lexikon der Sozialen Marktwirtschaft¹³ beschreibt „soziale Dienstleistungen“ in erster Annäherung als „*subventionierte Hilfen bei sozialen Problemen*“.

Als „*sozial*“ können jedoch auch jene Dienstleistungen definiert werden, „*die vom Leistungsempfänger gar nicht oder nicht im vollen Umfang ihrer tatsächlichen Kosten bezahlt werden.*“¹⁴ Musgrave führte dafür 1957¹⁵ den Begriff der „*meritorischen Leistungen*“ ein. Indem er solche Leistungen zur Verfügung stellt, verfolgt der Staat das Steuerungsziel der hohen Inanspruchnahme der von ihm bereitgestellten sozialen Dienstleistung.

Das kostenlose Bereitstellen von Informationen zu zahlreichen Lebenslagen mittels HELP *Lebenslagenprinzip* könnte damit auch als „*meritorische Leistung*“ gesehen werden, mit dem Anspruch BürgerInnen zu befähigen, auf dass sie an gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen teilhaben können und als Anreiz, dies auf Basis von Faktenwissen vermehrt zu tun. Damit kann HELP dem *sozialstaatlichen Aspekt als Hilfe zur Selbsthilfe* gerecht werden (S dazu Kap. C. 2.).

Ein spezifisches Merkmal des modernen *Sozial- und Wohlfahrtsstaates* ist die „Übernahme materieller Leistungsverpflichtungen *in rechtlich verbindlicher Form.*“¹⁶ Diese Selbstverpflichtung des Staates zur Leistungsgewährung garantiert seinen BürgerInnen ein Recht auf eben diese Leistungen. Die Idee individueller *sozialer BürgerInnenrechte* ist mittlerweile zum zentralen Merkmal des Wohlfahrtsstaates geworden.¹⁷ Leistungen werden nicht mehr aus Gnade, sondern auf Basis von Rechtsansprüchen vergeben.

Versucht man die Begrifflichkeiten *Sozial- und Wohlfahrtsstaat*, die im deutschen Sprachgebrauch häufig synonym verwendet werden, voneinander abzugren-

¹³ Hasse (2005).

¹⁴ Musgrave (1956) 333.

¹⁵ Musgrave (1956) 333-343.

¹⁶ Vobruba (1983) 12.

¹⁷ Marshall (1992) 20.

zen, zielt der *Sozialstaat* nach *Hinske* darauf ab, dem Menschen insb in unver- schuldeten Notlagen, die aus eigener Kraft nicht mehr bewältigt werden können, subsidiär zur Seite zu stehen.¹⁸

Nach *Luhmanns* Systemtheorie gehe es im Sozialstaat darum, durch soziale Hilfe oder Sozialarbeit Tendenzen zur sozialen Exklusion abzubauen bzw ihnen vorzubeugen.

Der *Wohlfahrtsstaat* hingegen ergreife weiterreichende Maßnahmen zur Steigerung des sozialen, materiellen und kulturellen Wohlergehens seiner Bürger. Nach *Luhmann* ist der Wohlfahrtsstaat „realisierte politische Inklusion.“¹⁹ Der Wohlfahrtsstaat erstrebe die Inklusion der Gesamtbevölkerung in das politische System der Gesellschaft²⁰. Die Herangehensweise im *Luhmann*schen Sozialstaatsmodell kann mE als „Ausschlussprinzip“ von sozialer Exklusion um- schrieben werden, während sich der Wohlfahrtsstaat dem Zustand der seinerseits angestrebten Inklusion nähert, indem er proaktiv Rahmenbedingungen zur Inklusion schafft. Fraglich ist, ob sich die beiden Staatsmodelle lediglich in der Richtung des Herangehens unterscheiden, oder ob sich damit auch das Ergebnis verändert, nämlich ob im Wohlfahrtsstaatsmodell von *Luhmann* ein höherer Grad an Inklusion iSv Teilhabe möglich wird.

Sieht man HELP durch die Brille der *Luhmann*schen Systemtheorie und geht man davon aus, dass im Rahmen dieses Wohlfahrtsstaatmodells Inklusion in Relation zum Sozialstaatsmodell umfassender möglich wird, kann das Bürgerserviceportal in Abhängigkeit vom gegebenen politischen Willen sowohl als sozialstaatliche als auch als wohlfahrtsstaatliche Maßnahme zur Inklusion interpretiert werden. Je nach angestrebtem Grad der Inklusion ist es im Interesse der politischen EntscheidungsträgerInnen, die Bevölkerung proaktiv in das politische System der Gesellschaft iSd Möglichkeit zur Teilhabe, miteinzubeziehen und die dafür notwendigen Voraussetzungen iSv Zugangsmöglichkeiten zu Informationen – strukturiert nach über 200 Lebenslagen – im Rahmen der Bereitstellung durch HELP zu unterstützen.

2. Solidaritätsbegriff

Die deutsche grundgesetzliche Verpflichtung auf den Sozialstaat bedingt neben dem Grundsatz zur Eigenverantwortung der Menschen die Verpflichtung zur *Solidarität*.²¹

¹⁸ *Hinske* (2004) 444.

¹⁹ *Luhmann* (1981) 27.

²⁰ *Luhmann/Kieserling* (2000) 423.

²¹ *Schiele* (1999) 9.

In Österreich erfolgt die Ausrichtung des Grundrechtsstaates auf die inhaltliche Werte *Solidarität*, Freiheit und Gleichheit implizit durch die ua in Staatsgrundgesetz²² und in der EMRK²³ verankerten Grundfreiheiten und Menschenrechte.²⁴

Auf Europäischer Ebene findet sich der *Solidaritätsbegriff* in der erneuerten Sozialagenda der europäischen Kommission, welche in Ergänzung zur Lissabon-Strategie ua „*die Stärkung der Solidarität in der europäischen Gesellschaft*“ postuliert, um [...] die Chancengleichheit für alle zu fördern.“²⁵

Eingebettet in einen Wertekanon humanistischer Gesellschaften, beschreibt der Begriff „*Solidarität*“ gesellschaftliche Verhältnisse. Aufgrund unterschiedlicher Entstehungszusammenhänge ist er ein vielschichtiger, unklarer Begriff, der individuell, je nach Person und Kontext unterschiedlich verstanden und definiert wird²⁶ und keine allgemein gültige Interpretation zulässt.

In Abgrenzung zur *Loyalität*, die eher eine innere Haltung eines Individuums oder einer Gruppe gegenüber höher gesetzten Zielen beschreibt, ist *Solidarität* jedoch unmittelbar mit *verantwortlichem Handeln* verbunden.²⁷

In der *Soziologie* steht der Begriff Solidarität in enger Verbindung mit den Bedingungen sozialer Ordnung und wird häufig für gesellschaftliche Integration, Kohäsion und Zusammenhalt verwendet.²⁸

Den Aspekt der Solidarität als Ressource für gesellschaftliche Integration greift insb *Thome* in seinen Forschungen auf: Für ihn ist Handeln dann solidarisch, wenn es bestimmte Formen des helfenden, unterstützenden kooperativen Verhaltens beinhaltet und auf einer subjektiv akzeptierten Verpflichtung oder einem Wertideal beruht.²⁹ Fraglich bleibt für ihn, ob solidarische Handlungsformen in einem Sozialsystem normativ vorgeschrieben oder nur als Verhaltensdisposition wirksam sind.³⁰

²² StGG 1867 RGBI 1867/142 idF BGBl 1988/684.

²³ EMRK 1958 BGBl 1958/220 idF BGBl III 2010/47.

²⁴ *Berka* (2013) 59.

²⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Eine erneuerte Sozialagenda: Chancen, Zugangsmöglichkeiten und Solidarität im Europa des 21. Jahrhunderts vom 2.7.2008, KOM 2008/412.

²⁶ *Münkler* (1994) 45.

²⁷ *Ragettli*, Solidarität - Werte und Eigenschaften, <http://werteundeigenschaften.ch/werte-und-eigenschaften/positive-werte/solidaritat> (14.3.2018).

²⁸ *Kraxberger* (2010) 1.

²⁹ *Thome* (2008) 219.

³⁰ *Kraxberger* (2010) 6f.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Lage in Bezug auf soziale Grundrechte in Österreich ist bei den solidarischen Handlungsformen mE lediglich von einer *Verhaltensdisposition des Staates als Akteur von Solidarität* auszugehen.

Bezugnehmend auf HELP ist daher ein normativer Anspruch der BürgerInnen auf das Zur-Verfügung-Stellen des Bürgerserviceportals und die damit verbundenen Informationen als Voraussetzung zur gesellschaftlichen Teilhabe aus dem Titel eines Anspruches auf Gewährung von solidarischen Handlungsformen abzulehnen.

C. Gesetzlich angeordnete Solidarität

Auf Verfassungsebene ist die *Ausrichtung Österreichs* auf den inhaltlichen Wert der *Solidarität* implizit aus den Grundfreiheiten und Menschenrechten ableitbar. ME kann man iSd bisherigen Ausführungen zum Aspekt „Solidarität“ und zu HELP als Element von „Sozial- und Wohlfahrtsstaat“ die gesetzlich getroffene Anordnungen zu Einrichtung und Betrieb eines Bürgerserviceportals, hinsichtlich der Mitwirkungsverpflichtung der BundesministerInnen und der Verpflichtung zur laufenden Aktualisierung der Inhalte durchaus als einfachgesetzliche Umsetzung des impliziten grundrechtlichen Solidaritätsgebotes, als *gesetzlich angeordnete Solidarität*, betrachten. Mit diesen gesetzlichen Anordnungen soll der ordentliche Betrieb, die *Zuständigkeit und die Aktualität des Bürgerserviceportals HELP* sichergestellt werden, aber auch der *barrierefreie Zugang* für behinderte Menschen zu Informations- und Dienstleistungsangeboten der öffentlichen Verwaltung (§ 1 Abs 3 E-GovG).

So regelt § 3 Abs 2 USPG: „*Die Bundeskanzlerin/der Bundeskanzler hat das Internetserviceportal für Bürgerinnen und Bürger (Bürgerserviceportal) zu führen.*“ Ebenso ist gem Abs 3 leg cit jede/r BundesministerIn verpflichtet, „*innerhalb ihres/seines jeweiligen Wirkungsbereiches an der Einrichtung [...] am Betrieb des Bürgerserviceportals (§ 1 Abs. 2) durch Bereitstellung von Information mitzuwirken.*“ Abs 5 leg cit sieht vor, dass der/die BundeskanzlerIn „*zur Sicherstellung einer einheitlichen Vorgangsweise bei der Mitwirkung am Bürgerserviceportal [...] im Einvernehmen mit der Bundesministerin/dem Bundesminister für Finanzen durch Verordnung die näheren Bestimmungen insbesondere zur Informationsaufbereitung und -übermittlung*“ regle.

Lt § 3 Abs 1 BSPV sind nach § 7f BSPV Änderungsinformationen von der jeweils zuständigen BundesministerIn bzw dem jeweils zuständigen Bundesminister im Bürgerserviceportal möglichst *zeitnah zu den Änderungen* in Zusammenwirken mit der gemeinsamen Redaktion *bereitzustellen*.

1. Zugänglichkeit des Rechts für Bürgerinnen

Spricht man vom Zugang der Bürgerinnen zum Recht, geht es einerseits um den *Zugang zur Gesamtheit aller in Österreich geltenden Gesetze und gesetzesähnlichen*

Normen, kurz der Rechtsordnung, andererseits um den Zugang zur Verwaltung und um die Möglichkeit zur Durchsetzung des Rechts.

Von den 1960er Jahren bis zu den frühen 1980er Jahren stand der freie und gleiche Zugang zum Recht in Österreich und Deutschland rechtssoziologisch und politisch im Zentrum des Interesses. So beschäftigte sich 1978 auch eine parlamentarische Enquête mit dem „Zugang zum Recht“:

„Im Mittelpunkt aller unserer Arbeiten in der österreichischen Justiz steht der bessere Zugang zum Recht für die rechtssuchende Bevölkerung“, schreibt der damalige Justizminister Christian Broda in der dazugehörigen Publikation und verweist auf eine Reihe von getroffenen „Maßnahmen zum Ausbau der Möglichkeiten kostenloser Rechtsauskunft.“³¹

Frißwirth et al³² behandeln Aspekte des Zugangs der BürgerInnen zu den gerichtlichen Verfahren: Voraussetzung für einen offenen Zugang zum Recht ist es jedoch, „dass alle Rechtsadressatinnen die Möglichkeit haben, sich über „ihr Recht“ zu informieren [und sich damit überhaupt erst] Rechts- und Anspruchswissen verschaffen können.“³³ Dieses „Zur-Kenntnis-Bringen“ des Rechtes an die BürgerInnen in formeller Hinsicht ist in den *verfassungs- und einfachgesetzlichen Bestimmungen zur Gesetzeskundmachung* geregelt.

Ungeachtet der im B-VG und in BGBIG³⁴ geregelten formellen Voraussetzungen für die Bindungswirkungen der rechtlichen Vorschriften ist es im Interesse des Gesetzgebers, dass die Rechtsnormen eine möglichst umfassende Verbreitung erfahren, die Normadressaten im umfassenden Sinn, quantitativ und qualitativ Kenntnis von den Normen erlangen.

a) Aktuelle rechtliche Bestimmungen zur Gesetzeskundmachung

Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Kundmachung von Bundesgesetzen bildet Art 49 B-VG³⁵: Gemäß Abs 1 legt es sich dar, „die Bundesgesetze [...] vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, treten sie mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung in Kraft und gelten für das gesamte Bundesgebiet.“³⁶

³¹ Tades (1978).

³² Frißwirth/J. Stern/Voithofer (2012) 44-52.

³³ Voithofer (2012) 86-96.

³⁴ BGBIG 2004 BGBl I 2003/100 idF BGBl 2013/33.

³⁵ S für Wiederverlautbarungen Art 49a B-VG.

³⁶ Vgl. auch § 11 Abs 1 BGBIG, der für das Inkrafttreten auf den „Ablauf des Tages der Freigabe zur Abfrage“ abstellt.

Trotz Abgehen von der Kundmachung des Bundesgesetzblattes durch Druckform wurde an der *Begrifflichkeit „Bundesgesetzblatt“* festgehalten. Die Worte „herausgeben“ und „versenden“ wurden durch das Kundmachungsreformgesetz in Art 49 neu B-VG jedoch entfernt.³⁷ Nach Abs 3 leg cit müssen die Rechtsvorschriften „allgemein zugänglich sein und in ihrer kundgemachten Form vollständig und auf Dauer ermittelt werden können.“ Dasselbe gilt gemäß Abs 2 leg cit für genehmigte Staatsverträge. Die in Abs 4 leg cit angeführten „näheren Bestimmungen über die Kundmachung“ werden durch das BGBlG getroffen.

Nach dem BGBlG wird das Bundesrecht seit 1.1.2004 „authentisch nur mehr elektronisch über das Internet kundgemacht“³⁸: So sieht § 1 BGBlG vor, dass der Bundeskanzler ein „Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich“ in deutscher Sprache im Rahmen des Rechtsinformationssystems des Bundes (RIS) herausgibt. Im Gegensatz zu Art 49 B-VG wird hier trotz des elektronischen Kontextes noch am Begriff „herausgeben“ festgehalten.

In § 6 BGBlG wird das RIS als eine vom Bundeskanzleramt betriebene *elektronische Datenbank* definiert, die „1. der Kundmachung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften (§ 7), 2. einer allfälligen Kundmachung von in einem Landesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften sowie 3. der Information über das Recht der Republik Österreich (§ 13)“ dient.

Das RIS erlaubt somit „Einsicht

- in das Bundesrecht, in Bundesgesetzblätter und in die Gesetzesmaterialien,
- in die Landesrechte, in Landesgesetzblätter, in Gemeinderechte,
- in die Datenbank CELEX (Europäisches Gemeinschaftsrecht),
- in die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs ab 1980 [...], in die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ab dem Jahr 1990 [...],
- in die Judikatur der ordentlichen Gerichte,
- in die Erlässe der Bundesministerien,
- in die Entscheidungen der Landesverwaltungsgerichte, des Bundesverwaltungsgerichts und des Umweltsenats,
- in die Datenbank der Vergabekontrollbehörden,

³⁷ Schwarz (2004) 21.

³⁸ Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (2006) 281.

- in die Datenbank der Datenschutzkommision,
- in die Entscheidungen des Bundeskommunikationssenats,
- in die Entscheidungen der Berufungskommission und der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt sowie in die Datenbank der Personalvertretungs-Aufsichtskommission.“³⁹

§ 7 BGB/G führt die Internetadresse „www.ris.bka.gv.at“ an, unter der die im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften zur Abfrage bereit zu halten sind und auf die jede Nummer des Bundesgesetzesblattes hinzuweisen hat.

Der Zugang zu den Rechtsvorschriften muss gemäß § 9 BGB/G jederzeit ohne Identitätsnachweis und unentgeltlich möglich sein, ebenso wie der unentgeltliche Ausdruck der Verlautbarungen oder der Bezug von Ausdrucken gegen ein angemessenes Entgelt.

b) HELP als Instrument materieller Gesetzespublikation

In der Geschichte der Gesetzespublikation von der Antike bis ins 20. Jh spannt sich ein Bogen von der *Mitbestimmung* der Bevölkerung an der Gesetzesverdung anhand von Gesetzesvorschlägen auf aufgestellten Holz- oder Kupfertafeln *ohne weitere Publikation*, über die primär *materielle Gesetzespublikation* im spätantiken Rom hin zur *primär formellen Publikation* ab dem ausgehenden 18. Jh.

Nach geltender Rechtslage treten die Bundesgesetze gem Art 49 Abs 1 B-VG mit *Ablauf des Tages ihrer Kundmachung in Kraft* und entfalten somit Rechtskraft ungeachtet ihrer tatsächlichen Kenntnis durch die Bevölkerung. Diese verfassungsrechtliche Regelung schafft Rechtsklarheit.

Mit seinem Konzept, das von konkreten Lebenslagen ausgeht, stellt HELP zusätzlich zum „nackten Gesetzestext“ im RIS, Rechtsinformation in allgemein verständlicher Weise zur Verfügung. Ausgehend von den jeweiligen Texten zu den Lebenslagen erfolgt eine inhaltliche Verknüpfung zwischen Lebenslage und Gesetzestext, technisch erfolgt dies mittels Verlinkung ins RIS. Damit entfaltet HELP Wirkung als *Instrument materieller Gesetzespublikation*, die BürgerInnen befähigen soll, am gesellschaftlichen Leben besser teilhaben zu können.

Eine Verlinkung vom Gesetzestext aus dem RIS auf konkrete Lebenslagen in HELP, also in umgekehrter Richtung, ist derzeit in Entwicklung.⁴⁰ Mit der

³⁹ Trauner (2006) 282.

Fertigstellung wird auch professionellen RechtsnutzerInnen, etwa AnwältInnen, NotarInnen, BeraterInnen an Beratungsstellen, BehördenvertreterInnen etc ein benutzerInnenfreundliches Instrumentarium zur Verfügung gestellt werden, das ihnen ihre rechtsvermittelnde Tätigkeit mit dem/der „Endnutze-rIn“ erleichtert.⁴¹ Gleichzeitig wird damit die materielle Verbreitung von Gesetzesinhalten unter Zuhilfenahme von HELP vorangetrieben.

Einhergehend mit der skizzierten geschichtlichen Entwicklung von der primär materiellen hin zur formellen Gesetzespublikation, kann man von einem Paradigmenwechsel hinsichtlich der *Zur-Kenntnisbringung von Gesetzen an die Bevölkerung* sprechen.

In der historischen Entwicklung war es ab der Spätantike die Aufgabe und das Selbstverständnis des Souveräns möglichst umfassend dafür zu sorgen, dass die Bevölkerung Kenntnis über die aktuelle Rechtslage erlangt. Die *materielle Gesetzespublikation* war gleichsam eine *Bringschuld* des Staates.

Mit der *formellen Gesetzespublikation* und dem Abstellen der Rechtskraft des Gesetzes auf den Zeitpunkt der Kundmachung bzw den Zeitpunkt nach einer bestimmten Legisvakanz ab Kundmachung, liegt die Verantwortung, sich im Sinn einer Holschuld über die aktuelle Rechtslage zu informieren, beim/bei der RechtsadressatIn. Werden die Verantwortung, Kenntnis über publizierte Gesetze und andere rechtliche Normen zu erlangen, in die Hand der RechtsanwenderInnen gelegt, steht es dem solidarisch handelnden Sozial- oder Wohlfahrtsstaat gut an, in Ergänzung dazu Gesetzesinhalte in allgemein verständlicher und barrierefreier Form im Rahmen von HELP bereit zu stellen.⁴²

Die Tatsache, dass einerseits die RechtsadressatInnen eine Holschuld iSd „Sich-Informierens“ haben, andererseits der Staat aber alles daran setzt bzw. setzen soll, es den BürgerInnen leicht zu machen, sich kundig zu machen, entspricht dem Solidaritätsgedanken, der mE niemals eine Einbahnstraße sein kann. Er entfaltet immer Wechselwirkung. Das Ideal, dass Staat und BürgerIn auf Augenhöhe sind, dass BürgerInnen eigenständige Rechtssubjekte sind, soll sich auch in der Begriffswahl des/der „NormadressatIn“ abbilden: Der bis in die Gegenwart in Literatur und (höchstgerichtlichen) Judikatur⁴³ geläufige Be-

⁴⁰ Rund (2017) 258.

⁴¹ Gem Auskunft BK4, Mag. Johannes Rund vom 4.9.2017; vgl auch Rund (2017) 258.

⁴² Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass HELP auch eine Form der Umsetzung von Europäischen und nationalen Strategien und Verordnungen darstellt.

⁴³ ZB Landesverwaltungsgericht Wien 2.3.2016, VGW-002/042/6926/2015: „Dazu ist zu bemerken, dass nach der ständigen höchstgerichtlichen Judikatur ein Rechtsunterworfer verpflichtet ist, sich bei der vollzugszuständigen Behörde über die Rechtslage zu informieren.“ VfGH 30.6.2017, G55/2017-11: „Dabei gilt es insbesondere zu bedenken, dass ein verständiger Normunterworfer nicht davon ausgehen konnte, dass für die Erhebung eines Rechtsmittels keine

griff der „Rechtsunterworfenen“ bzw „Normunterworfenen“ repräsentiert ein Gefälle zwischen dem obrigkeitlichen Staat und seinen BürgerInnen und ist im Sinn des Solidaritätsgedankens ME zu vermeiden. Die durchgängige Verwendung der neutralen Begriffe „RechtsadressatIn“ oder „RechtsanwenderIn“ würden eine gänzlich andere Rolle des Staates vermitteln.

2. Barrierefreier Zugang zu HELP als Solidaritätsakt des Staates

„Barrierefreiheit ist essentiell für 10 Prozent der Bevölkerung, notwendig für 40 Prozent der Bevölkerung und komfortabel für 100 Prozent der Bevölkerung. Von einem bindernisfreien Umfeld profitieren alle Menschen.“⁴⁴

Barrierefreie *Kommunikation* ermöglicht allen Menschen – *mit und ohne Behinderung* – die vollständige Nutzung von digitalen Medien, wie auch TV-Inhalten, Internetseiten und Internetangeboten. Dazu gehören zB Textalternativen für alle Nicht-Text-Inhalte, Verfügbarkeit aller Funktionalitäten ausgehend von Tastatur, Maus und Touchscreen, lesbare und verständliche Web-Inhalte, Kompatibilität mit assistierenden Techniken (Screen-Reader, Bildschirmlupen etc), Texte in einfacher Sprache, Gebärdensprachvideos und optionale Untertitel.

Barrierefreie *Webangebote* müssen in allgemein üblicher Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe nutzbar sein.⁴⁵ Barrierefreier Zugang zu Webangeboten, in diesem Fall HELP, kann im weiten Sinn als Zugang zu HELP „*frei von Hindernissen*“ interpretiert werden.

Dies entspricht auch dem Gedanken von „*Design For All*“⁴⁶: „*Design for All*“ auch „*Universal Design*“, steht für Qualität in der Gestaltung unserer Lebenswelt. Das Konzept geht über die Barrierefreiheit hinaus und schafft Nutzungsqualität für alle Menschen in Bezug auf Gebäude, Produkte und Dienstleistungen. Dienstleistungen nach dem Universal Design sind *inklusiv, flexibel, situationsgerecht, komfortabel, mübelos nutzbar und attraktiv*.

Im Sinn des Wohlfahrtsstaates und des Solidaritätsgebotes sind die *uneingeschränkten barrierefreien Nutzungsmöglichkeiten von HELP* kein Akt der Gnade durch den Staat, sondern ein Recht und gleichzeitig Voraussetzung, dass Bür-

Gebühr zu entrichten ist.“ BVwG 11.12.2017, W183 2177434-1/4E: „Das Gerichtsgebührenge-
setz greife unzulässiger Weise in die Überlegung ein, ob ein Rechtsunterworfener in der Lage sei,
Gerichte in Anspruch nehmen zu können.“

⁴⁴ BMASK (2018).

⁴⁵ BMASK (2018).

⁴⁶ <http://www.designforall.at/home/> (13.3.2018).

gerInnen sich auf Basis der in HELP erfahrenen Informationen am gesellschaftlichen Leben beteiligen können.

In Bezug auf den angemeldeten Bereich von HELP ist der barrierefreie Zugang Grundvoraussetzung dafür, dass alle BürgerInnen ungehindert auf ein immer größer werdendes Angebot von Verwaltungsleistungen in Form einer one-stop-shop Funktion zugreifen können.

a) Verständlichkeit von Informationen

a) 1. Aspekt „Leichte Sprache“

Leichte Sprache ist eine speziell geregelte, sprachliche Ausdrucksweise des Deutschen, die auf besonders leichte Verständlichkeit abzielt. Sie soll die selbstständige Informationssuche und damit Selbstbestimmung von erwachsenen Menschen verbessern, die aus unterschiedlichen Gründen, vorübergehend oder dauerhaft, Probleme mit einem komplexen Satzbau haben und Fremdwörter nicht verstehen.⁴⁷

Die vom TÜV Austria 2012 zertifizierten *Leicht-Lesen-Gütesiegel*⁴⁸ orientieren sich am *gemeinsamen europäischen Referenzrahmen für Sprachen* (GeRS)⁴⁹ des Europarats. Der Referenzrahmen kennt 6 Niveaustufen, welche die aktive und passive Sprachfähigkeit hinsichtlich Lesen, Hören, Sprechen und Schreiben beschreiben. Ziel des Referenzrahmens ist es, die Sprachanwendung und die Sprachkompetenz von Lernenden transparent und vergleichbar zu machen.

Die drei „Leicht Lesen“ – Stufen A1, A2 und B1 beschreiben drei Komplexitätsniveaus wie folgt, wobei A1 für die am leichtesten verständliche Stufe steht.

Im Rahmen von HELP werden derzeit keine „Leicht Lesen“ Textversionen angeboten, wohl aber auf der Website⁵⁰ des BMASK.

Im Sinne des Solidaritätsaspektes zu allen BürgerInnen ist zu überlegen, ob es nicht auch im Rahmen von HELP sinnvoll erscheint, gekennzeichnete „Leichter Lesen“ bzw. „Leichte Sprache“ Texte anzubieten. Nachvollziehbar erscheint, dass es in der Tat möglichweise zu kurz greift, wenn man etwa komplexe Informationen derart auf ihren Kern reduziert, dass sie dem Schwierigkeitsgrad der Stufe A1 entsprechen. Das noch größere Problem scheint der Umfang der

⁴⁷ Leichte Sprache, Wikipedia, 16.8.2017.

⁴⁸ *capito* (2018).

⁴⁹ *Goethe Institut* (2017).

⁵⁰ BMASK (2017).

potentiell zu bearbeitenden Texte, die Frage der Auswahl, und va die damit verbundene Aktuellhaltung, samt den damit verbundenen Kosten, zu sein.

Jedoch ist zu bemerken, dass auch andere Methoden der Zugangserleichterung zu den Inhalten von HELP, etwa Gebärdensprachvideos, nur für ausgewählte Lebenslagen zur Verfügung stehen.

a) 2. Aspekt Rechtssprache/bürgernahe Sprache

Die Bürgerserviceportalverordnung⁵¹ regelt die *Initialbefüllung, den laufenden Betrieb und die Änderungsinformationen* von HELP (und USP) und beschreibt das *Zusammenwirken mit der Wiener Zeitung* in einer gemeinsamen Redaktion.

Aufgabe der RedakteurInnen aus den Fachabteilungen der jeweils verantwortlichen Ressorts ist es, gemäß einem *Wording Guide des gemeinsamen Redaktions-teams* (GRT)⁵² Texte für HELP (und BSP) zu verfassen, die das Kriterium der allgemeinen Verständlichkeit erfüllen.⁵³ Ziel ist es, gesetzliche Grundlagen in eine bürgernahe Sprache zu übersetzen:

Der Wording Guide enthält zB allgemeine Regeln für den Textaufbau, Hinweise zum verständlichen Formulieren und Genderregeln. Abstrakte Vorgänge sollten durch Beispiele erläutert werden. Die Textgestaltung soll durch eine klare und logische Abfolge der Gedanken – vom Allgemeinen zum Detail – gekennzeichnet sein. Kurze Sätze mit nur einer Aussage pro Satz sind zu bevorzugen. Zur Erläuterung, folgendes Bsp:

„*Lehrlinge für den Beruf ‚Berufskraftfahrer‘ dürfen die praktische Fahrprüfung für die Klasse C vor dem vollendeten 18. Lebensjahr ablegen. Die Lenkerberechtigung erhalten sie jedoch erst nach dem vollendeten 18. Lebensjahr.“*

anstatt:

„*Bei Lehrlingen mit dem Beruf ‚Berufskraftfahrer‘, die die praktische Fahrprüfung für die Klasse C vor dem vollendeten 18. Lebensjahr ablegen, gilt die Lenkerberechtigung nicht mit bestandener Fahrprüfung als erteilt, sondern darf erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres erteilt werden.“*

Juristische oder technische Begriffe werden in einem *Begriffslexikon* leicht verständlich erklärt, von „Abfertigung“ bis „Zahlungsunfähigkeit“. Bei der Verwendung von „Rechtsbegriffen“ werden die umgangssprachlichen Begriffe in

⁵¹ BSPV 2010 BGBl II 2010/70.

⁵² GRT (2014).

⁵³ Vgl auch Rund (2017) 259.

Klammer gesetzt, zB *Kindesunterhalt (Alimente)*, *Arbeitnehmerveranlagung (Lohnsteuerausgleich)*.

Die Begriffe werden auch direkt aus den Texten ins Lexikon verlinkt. *Online-rechner* und *Checklisten* ergänzen das Angebot im Sinn der BürgerInnenfreundlichkeit.⁵⁴

Dass im Rahmen von HELP, auch iSe materiellen Gesetzespublikation, Inhalte von Gesetzen zur Verständlichkeit für möglichst viele NutzerInnen aufbereitet werden, steht nicht in Konkurrenz zu den bestehenden Bestrebungen nach verständlichen Rechtsnormen per se, wie sie etwa *Doralt* in seiner „*Kleinen Stilkunde*“⁵⁵ oder *Kölbl* in seinem Fachbeitrag „*Ein Recht auf verständliche Rechtstexte/-Normen?*“⁵⁶ ausführen.

Beide Aktivitäten, jene vom *Gestalten von Gesetzen* (aber auch Schriftsätze von Behörden oder Urteilen), in einer Form, in der es dem/der NormadressatIn möglich ist, „*bereits aus dem Gesetz seine Rechtsposition zu entnehmen*“⁵⁷ und jene von der „*Übersetzung*“ der Rechtstexte in verständliche *Alltagssprache* im Rahmen von HELP können als Solidaritätsakte verstanden werden, die es dem/der BürgerIn ermöglichen, seiner/ihrer Verantwortung in der Mitgestaltung des Staates gerecht zu werden.

Die bestehenden legistischen Bestrebungen nach verständlichen Rechtsnormen erleichtern auch die Arbeit des GRT beim Transfer der gesetzlichen Grundlagen in die „*Alltagssprache*“, uU auch ein Aspekt der innerstaatlichen Solidarität.

a) 3. Aspekt Sprachenvielfalt

Derzeit wird Help *durchgängig nur in Deutsch* angeboten. Mit der Seite „*Help for Foreign Citizens*“ wird ein Teil des Informationsangebots, das für ausländische Staatsangehörige von besonderem Interesse sein dürfte, auf Englisch angeboten. Klickt man dies an, ist noch eine weitere Ebene auf *Englisch* verfügbar. Die Seite informiert darüber, dass die Anzahl der auf Englisch verfügbaren Seiten laufend erweitert wird.

Der Vollständigkeit halber sei als weitere Sprache, in der Teile des HELP-Angebots verfügbar sind, die Gebärdensprache angeführt. Die Österreichische *Gebärdensprache (ÖGS)* ist eine linguistisch vollwertige und natürliche Sprache und als solche seit 2005 gem Art 8 Abs 3 B-VG als eigenständige

⁵⁴ *Rund* (2017) 259.

⁵⁵ *Doralt* (2013) XV.

⁵⁶ *Kölbl* (2015) 373.

⁵⁷ *Kölbl* (2015) 375.

Sprache anerkannt.⁵⁸ Aufgrund der Relevanz dieses Sprachangebots für Menschen mit Hörbehinderung werden weitere Aspekte dazu in Kap C) 2. a) 4. und 5. ausführlicher bearbeitet.

Darüber hinausgehend steht HELP in seiner aktuellen Fassung in keiner weiteren Sprache zur Verfügung,⁵⁹ was insb verwundert, wenn man die EU-weite *Personenfreizügigkeit* und die *globalen Migrationsbewegungen*, von denen auch Österreich betroffen ist, bedenkt.

Im Sinn eines *guten Zusammenlebens* aller sich in Österreich aufhaltender Menschen auf Basis der hier geltenden Gesetze und Normen erachte ich es für notwendig, dass zumindest *die wichtigsten Informationen, die das (Zusammen)Leben (und Arbeiten) in Österreich betreffen, verständlich, also auch via HELP mehrsprachig zur Verfügung stehen*.⁶⁰

Im Bewusstsein um die Wichtigkeit eines guten Zusammenlebens kann dies als Solidaritätsakt des Staates gegenüber allen in Österreich ansässigen Menschen verstanden werden:

Dies gilt gegenüber den sich neu in Österreich Aufhaltenden. Ihnen wird damit die Möglichkeit geboten wird, sich ohne große Hindernisse mit der Rechtslage und den in Österreich gegebenen Rahmenbedingungen und Verwaltungserfordernissen vertraut zu machen. Diese Kenntnis ist eine Grundvoraussetzung, um am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu können und sich an Rechtsvorschriften halten zu können.

Dies gilt insb gegenüber den ursprünglich hier ansässigen Menschen. Wenn der Staat dafür sorgt, dass alle hier Ansässigen Zugang zu den ob genannten Informationen haben, ist die Wahrscheinlichkeit einer friedlichen und sicheren Co-Existenz aller sich in Österreich aufhaltenden Menschen mE größer.

Bemerkenswert ist die Tatsache, dass das Wiener Stadtportal www.wien.gv.at spezifische Informationen für bestimmte Sprachgruppen auf Englisch, Türkisch sowie Bosnisch, Serbisch und Kroatisch anbietet.

⁵⁸ BGBl I 2005/81.

⁵⁹ Ausgenommen davon sind uU sog Online Ratgeber diverser Organisationen und Einrichtungen, etwa von AMS oder SVA, die im Fußbereich der Seite angeklickt werden können, mittels Content Syndizierung in HELP eingespeist werden und deren „Befüllung“ nicht durch das GRT von HELP erfolgt.

⁶⁰ Zwar wird die Homepage des Österreichischen Integrationsfonds (ÖIF), die viele Informationen für ZuwanderInnen und Flüchtlinge enthält, neben Deutsch und Englisch auch auf Persisch und Arabisch angeboten, sie ist aber nicht mit der HELP-Seite syndiziert.

Ein praktischer Grund, warum von der Mehrsprachigkeit von HELP weitgehend Abstand genommen wurde, könnte das komplexe Prozedere des Aktuell-Haltens der Inhalte von HELP sein, das gemäß dem *Wording- und Prozess-Guide 2014*⁶¹ einer strengen und aufwändigen Abfolge unterliegt (vgl Kap C. 2. c)) *Verlässlichkeit und Qualitätssicherung*).

Dieses Prozedere zur Autorisierung durch das jeweilige Ministerium müsste in jeder angebotenen Sprache separat erfolgen. Erschwerend käme dazu, dass der früher zur Verfügung gestandene Übersetzungsdienst des Bundes nicht mehr existiert.

In Anbetracht der technologischen Fortschritte könnte das Thema der analogen Übersetzung von Texten durch den Menschen, schon in naher Zukunft von in Websites integrierten Übersetzungsprogrammen, wie dem *Google Translator*,⁶² übernommen werden.

Die Frage ob ein mehrsprachiges Angebot hinsichtlich HELP bzw eine Schnittstelle für ein integriertes Übersetzungsprogramm als Solidaritätsbeitrag im Sinne der Sprachenvielfalt von der Bundesregierung zur Verfügung gestellt wird, ist letztlich auch eine Frage des politischen Willens.

a) 4. Aspekt Informationsfülle und Auswahl von Informationen

Während in den vorangehenden Kapiteln sprachliche und technische Barrieren sowie Barrieren in Bezug auf Sinnerfassung beschrieben wurden, die als Hindernisse zwischen Mensch und Internet, Mensch und HELP oder Mensch und den konkreten Inhalten von HELP stehen, ist mE ein grundlegendes zentrales Thema die *Schnittstelle Mensch und Informationsfülle*.

Nach Angaben der Wirtschaftskammer gibt es in Österreich zwischen 20.000 und 25.000 rechtlich bindende nationale Normen, Gesetze und Verordnungen. Unter Berücksichtigung der EU-Bestimmungen⁶³ seien es 110.000 (Stand 2014).⁶⁴ Selbst wenn alle aktuellen Gesetze – im Parlamentsjahr 2016/17 gab es 153 Gesetzesbeschlüsse⁶⁵ – unter der Prämisse der guten Verständlichkeit formuliert werden, gibt es eine Fülle von „alten“ Normen, bei denen dies keinesfalls zutrifft. Ohne zu weit in die Vergangenheit zu blicken, denke man etwa an die zahlreichen Bestimmungen im Sozialversicherungsrecht.

⁶¹ GRT (2014) 9.

⁶² S <http://translate.google.com/manager/website/?hl=de> (14.3.2018).

⁶³ Delbora (2014).

⁶⁴ Seitens BMJ und BKA liegen keine verifizierten diesbezüglichen Angaben vor.

⁶⁵ Parlamentsdirektion (2017).

HELP orientiert sich am *Verlauf eines Menschenlebens* vom Embryonalstadium bis zum Tod und transferiert die wichtigsten diesbezüglich rechtlich relevanten Normen, ungeachtet wie alt diese sind oder wie schwer deren Sinn zu erfassen ist, in möglichst verständliche Alltagssprache („Lebenslagenkonzept“). Nach diesem *Ordnungsprinzip* strukturiert HELP auch die ungeahnte Fülle an Normen, clustert sie nach der Wahrscheinlichkeit der Relevanz für den/die „durchschnittliche BürgerIn“ und „übersetzt“ genau diese Normen zur leichteren Sinnerfassung für den/die BürgerIn.

Neben über 9.000 Texten zu 220 Lebenslagen stellt HELP mit seinem Begriffslexikon, seinem Behörden-, Personen- und Formularverzeichnis gleichsam einen Guide dar, durch den für den einzelnen unüberschaubaren „Dschungel an Informationen und Rechtsvorschriften“, mit denen der/die BürgerIn im Laufe eines Menschenlebens konfrontiert ist.

Neben dem Recht auf Information, als die dem Bürger zugewandte Seite der Meinungsfreiheit, ist die gegenwärtige und zukünftige Herausforderung mE die, dass Menschen mit der unüberschaubaren Fülle an Informationen überfordert sind. Das Filtern von Informationen, sprich Trennen zwischen wichtigen und unwichtigen Informationen, bedarf jedenfalls zu entwickelnder Strategien. Der von HELP übernommenen Aufgabe, den BürgerInnen Informationen nach der Ordnungsstruktur der Lebenslagen zur Verfügung zu stellen, kommt dabei eine nicht zu unterschätzende Aufgabe im staatlichen Gefüge und Zusammenleben zu. Dies gilt insb in Zeiten, in denen versucht wird mit der Verunsicherung von Menschen politisches Kleingeld zu machen: Diese Ordnungsstruktur stellt einen *Frame* dar, der die Aufgabe hat, den Menschen Orientierung zu bieten und damit ein Stück Sicherheit zu vermitteln.

b) Aspekt Zugänglichkeit zur Information insb bei Behinderung

Lt § 3 Behinderteneinstellungsgesetz⁶⁶ ist eine Behinderung „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilnahme am Arbeitsleben zu erschweren.“

b) 1. Rechtliche Grundlagen

Art 7 Abs 1 B-VG regelt, dass alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich sind und niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Weiters bekennen sich Bund, Länder und Gemeinden, „die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.“

⁶⁶ BEinstG 1970 BGBI 1970/22.

Die innerstaatliche Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben erfolgte durch folgende einfachgesetzliche Regelungen:

- Das *Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz*⁶⁷ § 6 Abs 5 hat zum Ziel, „die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen oder zu verhindern und damit die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen.“
- In § 1 Abs 3 E-GovG ist die Umsetzung des barrierefreien Zugangs zu behördlichen Internetauftritten für Menschen mit Einschränkungen verankert. Sie orientiert sich an internationalen Standards über die Web-Zugänglichkeit.

Weitere Regelungen treffen § 29 Abs 7 Zustellgesetz⁶⁸ und der § 3 Abs 1 Z 10 der Zustelldiensteverordnung⁶⁹, die sich auf den jeweiligen Stand der Technik zur barrierefreien Umsetzung der elektronischen Zustellung beziehen.

Art 9 Abs 1 UNBRK⁷⁰ regelt insb, dass die Vertragsstaaten, also hier Österreich, Maßnahmen treffen müssen, um „Menschen mit Behinderung gleichberechtigt mit anderen Zugang [...] zu Information und Kommunikation, einschließlich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen [...] zu gewährleisten.“

Weiters sind gem Abs 2 leg cit geeignete Maßnahmen zu treffen, „um [...] geeignete Formen der Assistenz und Unterstützung für Menschen mit Behinderung zu fördern, damit ihr Zugang zu Informationen gewährleistet wird.“⁷¹

Eine mögliche geeignete Maßnahme in Bezug auf HELP könnte zB die *Wiedereinrichtung des im Sommer 2016 geschlossenen Servicecenters* sein, in dem physische „Digital Buddys“ als Mittler und Assistenten im Sinn dieser Bestimmung fungieren. Ob auch etwaige zukünftige digitale Helfer, etwa „Bots“, dazu geeignet sein könnten, wird zu überprüfen sein.

⁶⁷ BGStG 2005 BGBl I 2005/82 idF BGBl 2014/59.

⁶⁸ ZustG 1982 BGBl 1982/200 idF 2017/40.

⁶⁹ ZustDV 2005 BGBl II 2005/233 idF 2008/354.

⁷⁰ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen BGBl III 2008/155.

⁷¹ Korrektur der deutschsprachigen Übersetzung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie des Fakultativprotokolls BGBl III 2016/105.

b) 2. Leitgedanken für inklusive Websites

Inklusive Websites sind so gestaltet, dass sie für möglichst viele Personen ohne Probleme zugänglich sind. Folgende Leitgedanken spielen dabei eine Rolle:⁷²

- *Selbstbestimmungsprinzip*

Folgt der/die BetreiberIn einer Website der Prämisse der Selbstbestimmung für die Nutzung des Internets, überlässt er/sie seinen NutzerInnen eine gewisse Flexibilität etwa hinsichtlich Layout, Schriftgrößen oder Farben. Mit speziellen Einstellungen (Hoch-Kontrast Farbschema, sehr große Schrift) können solche flexible Seiten uneingeschränkt genutzt werden.

- *Zwei-Sinne-Prinzip*

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person zwei Sinne nicht vollständig nutzen kann, ist um ein Vielfaches kleiner, als dass nur ein Sinn betroffen ist. Folgt man bei der Erstellung einer Website dem Zwei-Sinne-Prinzip, können die Inhalte ggf. unter Nutzung von Hilfsmitteln, etwa Bildschirmlesegeräten, über zwei Sinne wahrgenommen werden.

- *Universelles Design*

Unter dem Grundgedanken von universellem Design wird für alle NutzerInnen mit oder ohne Behinderung *ein einziger Zugang* angeboten. Separate Zugänge für Menschen mit Behinderung bergen nämlich die Gefahr, dass deren Inhalte nicht aktuell oder unvollständig sind.

b) 3. Barrierefreie Webseiten: Die WCAG 2.0 der W3C

Insgesamt orientiert sich Österreich in Bezug auf *barrierefreie Webinhalte*⁷³ von HELP an den vom W3C entwickelten entsprechenden Richtlinien, den *Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0*⁷⁴ aus dem Jahr 2008. Gegenüber der Vorgängerversion von 1999 sind diese technikneutral formuliert, berücksichtigen auch weitergehende Aspekte wie Gestaltung, Prozesse, Multimedia und Dynamik und werden durch zahlreiche erläuternde Dokumente ergänzt.

⁷² Moser/Wieland (2017).

⁷³ Gemäß § 4 Behindertengleichstellungsgesetz (BGBl I 1467, 1468), das durch Art 19 Abs 2 mit BGBl I 3234 geändert worden ist, sind Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen barrierefrei, wenn sie für behinderte Menschen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe zugänglich und nutzbar sind.

⁷⁴ W3C (2017).

Die WCAG 2.0 sind pyramidenartig aufgebaut und umfassen vier Ebenen. Die ersten drei Ebenen sind normativ und stellen das Fundament der Richtlinien dar. Die vierte Ebene hingegen umfasst ergänzende Dokumente, die nicht normativ sind und regelmäßig aktualisiert werden.⁷⁵

Die folgenden vier Prinzipien der WCAG 2.0 stellen die Basis der Richtlinien dar:

- Prinzip 1: Wahrnehmbarkeit

Informationen und Bestandteile der BenutzerInnenschnittstelle müssen den BenutzerInnen so präsentiert werden, dass diese sie wahrnehmen können. Alle Inhalte einer Webseite müssen auch in textlicher Form vorhanden sein. Dadurch wird gewährleistet, dass die Webinhalte nicht nur auf dem Bildschirm dargestellt werden können, sondern auch vergrößert, mit Screenreadern gelesen oder in andere Sprachen übersetzt werden können. *Textalternativen* müssen insb für Grafiken berücksichtigt werden.

Auch zeitgesteuerte Medien (zB Audio, Video und die Kombination von Audio und Video) benötigen Alternativen, etwa durch Transkripte oder Textbeschreibungen.

- Prinzip 2: Bedienbarkeit

Die Bestandteile der BenutzerInnenschnittstelle und Navigation müssen bedienbar sein. Aktive Inhalte (Links, Formulare, Widgets⁷⁶, usw) müssen über eine Tastaturschnittstelle zugänglich sein, da auf ihr auch andere Eingabemöglichkeiten aufsetzen, etwa Spracheingabe oder Bildschirmtastatur. Alle Zeitbeschränkungen sollten aufgehoben werden.

- Prinzip 3: Verständlichkeit

Informationen und Bedienung der BenutzerInnenschnittstelle müssen verständlich sein, Inhalte für alle NutzerInnengruppen lesbar bzw. hinsichtlich ihrer Semantik aufnehmbar sein, ggf mit Hilfsmitteln wie Screenreadern (vgl Prinzip 1). Die Texte selbst sollen möglichst verständlich geschrieben sein (Verwendung gängiger Begriffe, Vermeidung von Abkürzungen, kurze Sätze, ...).

⁷⁵ Vgl Hellbusch (2017a).

⁷⁶ Das ist ein Bedienelement einer grafischen Benutzeroberfläche nach Widget, Wikipedia, 15.6.2017.

Die Seiten sollen konsistent aufgebaut sein und vorhersehbar funktionieren. Dies ist auch von Vorteil bei Screenreadern und Vergrößerungs-Systemen, sowie für Menschen mit Lernbehinderung.

- Prinzip 4: Robustheit

Inhalte müssen robust genug sein, damit sie zuverlässig von einer großen Auswahl an Benutzeragenten⁷⁷ verarbeitet werden können.

b) 4. Umsetzung der WCAG 2.0 für NutzerInnen mit Behinderung bei HELP

In Hinblick auf Barrierefreiheit wird seit dem Website Relaunch von HELP 2011 gemäß den WCAG 2.0 auf die speziellen Anforderungen von Menschen mit Behinderung Bedacht und Rücksicht genommen. Dies erfolgt je nach Art der Behinderung über folgende Wege:

- die *inhaltliche Adressierung von Lebenssituationen*, welche Menschen mit Behinderungen und deren Angehörige betreffen, auf der Website von HELP,
- die barrierefreie technische Umsetzung für Menschen mit *Sehbehinderung*⁷⁸ mittels *Screenreader (Bildschirmleser)*,
- barrierefreie technische Umsetzung für Menschen mit *Hörbehinderung* mittels *Gebärdensprachfunktion*,
- *barrierefreie sprachliche Umsetzung* in Hinblick auf die inhaltliche Verständlichkeit von Texten für Menschen mit *kognitiver Behinderung*.

b) 5. Umsetzung der WCAG 2.0 für NutzerInnen mit speziellen Bedürfnissen:

Darunter können mobile NutzerInnen, SeniorInnen, Unerfahrene, Kinder/Heranwachsende oder Suchroboter fallen.

Im Fall einer Blindheit oder offensichtlichen Mehrfachbehinderung eines Menschen kann man davon ausgehen, dass eine derartige Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen nicht nur die Teilnahme am Arbeitsleben erschwert, sondern auch den Zugang und die Nutzbarkeit von Web Angeboten, im Kontext dieser Arbeit von *HELP*.

⁷⁷ Darunter fällt jede Software, die Webinhalte für den Benutzer abruft und darstellt (zB Webbrowser, Mediaplayer, Plug-Ins und andere Programme einschließlich assistierender Techniken). S dazu *Hellbusch* (2017b).

⁷⁸ *Rund* (2017) 261.

Grenzen zwischen Behinderung und Nichtbehinderung, insb im Fall von geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigungen, sind mitunter schwierig festzumachen.

Daher erachte ich es für sinnvoll nicht zu messen, ob HELP hinsichtlich inhaltlicher, technischer oder textlicher Hinsicht auch für Behinderte zugänglich ist, sondern, *ob HELP für alle (potenziellen) NutzerInnen zugänglich ist*. Denn von „Barrierefreiheit“, insb in Bezug auf Qualität und Verständlichkeit der Texte profitieren alle NutzerInnen.

Unter einem barrierefreien Zugang zu HELP kann man neben der Legaldefinition auch schlicht einen inklusiven Zugang ohne Barrieren, also ohne Hindernisse verstehen. Diese Begrifflichkeit verwendet auch das BMAS.⁷⁹

c) Verlässlichkeit und Qualitätssicherung

Die Bundesministerien sind verpflichtet am Betrieb des Portals durch Bereitstellen von Informationen mitzuwirken. Die §§ 7f BSPV regeln das Zusammenwirken zwischen Bundesministerien und Gemeinsamer Redaktion (GRT) in Form eines *standardisierten Redaktionsprozesses*.⁸⁰

c) 1. Redaktionsprozess: Qualität und Aktualität

Dieser Prozess dient der *Qualitätssicherung*. Er stellt sicher, dass die vom zuständigen Bundesministerium bereitgestellten *Informationen veröffentlicht* oder binnen *fünf Arbeitstagen mit konstruktiven Änderungsvorschlägen* versehen dem zuständigen Bundesministerium zur Stellungnahme übermittelt werden.

Das zuständige Ministerium hat binnen *zehn Arbeitstagen* die GRT zu informieren, ob der *Änderungsvorschlag veröffentlicht werden soll*, eine übermittelte endgültige Version zu veröffentlichen ist oder eine neue Version der Information erstellt werden soll.

Letztere muss wiederum binnen *fünf Arbeitstagen* einer Qualitätssicherung, wie oben beschrieben, unterzogen werden. Wenn der Änderungsvorschlag binnen 10 Arbeitstagen unwidersprochen bleibt, so kann ihn die GRT veröffentlichen.

Bei allen Veröffentlichungen ist die Quelle, dh das zuständige Ministerium, anzuführen.

⁷⁹ BMASK (2018).

⁸⁰ Von den rund 9.000 Texten von HELP liegen ca 2/3 in Ministeriumsverantwortlichkeit. Das verbleibende Drittel der Texte, die landesgesetzliche Regelungen betreffen, liegt in der Verantwortlichkeit der Redaktion. (Interview mit Dr. Barbara Auracher Jäger, Redaktionsleitung GRT der Wiener Zeitung, Mai 2016).

Inhalt der *Qualitätsprüfung* ist insb, ob den Ansprüchen der Einheitlichkeit, Verständlichkeit und internationaler Standards über den barrierefreien Zugang für behinderte Menschen genüge getan wird.

Weitere Qualitätssichernde Maßnahmen sind die wöchentliche *Auswertung von Suchanfragen* durch das GRT, die direkt in den Formulierungsprozess miteinbezogen werden:

- Dazu dienen die sog *Nulltrefferlisten*. Sie zeigen auf, wo für einen gesuchten Begriff oder Themenbereich keine Entsprechung im Rahmen von HELP vorliegt.
- Weiters werden dafür die *Bewertungs- und Kommentarboxen* am Fuß jeder HELP-Seite herangezogen.⁸¹ Gibt es mehr als eine Rückmeldung hinsichtlich der Verständlichkeit eines Textes, ist die Redaktion um Veränderung bemüht, sei es indem Textinhalte fett herausgehoben werden, oder indem Reihenfolge oder Satzkonstruktionen geändert werden.

Als alljährliche Qualitätssicherungsmaßnahmen werden jeweils im Oktober sämtliche HELP Texte zur *Jahresaktualisierung* an die jeweils zuständigen Ministerien übermittelt.⁸² Nach dem *Inkrafttreten neuer oder geänderter Rechtsgrundlagen* sollen jene Basis- und Fachinformationen, die Unternehmen und BürgerInnen betreffen, in USP.gv.at bzw HELP.gv.at schnellst möglichst aktualisiert werden. Detaillierte Handlungsanweisungen dazu finden sich im Prozessguide⁸³ der GRT.

c) 2. Haftungsfragen

Als periodisches elektronisches Medium unterliegt HELP dem Mediengesetz.⁸⁴ Gem § 25 leg cit sind im Impressum „jeweils die Bundesministerien, Behörden oder Partner, welche die Inhalte bereitgestellt haben und als solche am Ende der Texte gekennzeichnet sind“ angeführt. Neben den Ministerien sind dies etwa das AMS, der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger oder die Österreichische Datenschutzbehörde.

In der folgenden *Haftungsausschlussklausel* wird auf den Zweck der Plattform, nämlich die allgemeine Informationserteilung mittels der angebotenen Inhalte, verwiesen und darauf, dass die Informationserteilung keiner rechtlichen Bera-

⁸¹ Rund (2017) 117.

⁸² Interview mit Dr. in Barbara Auracher-Jäger, Redaktionsleitung GRT der Wiener Zeitung, Mai 2016.

⁸³ GRT (2014) 9.

⁸⁴ § 1 MedienG 1981 BGBl 1981/314.

tung entspricht und damit auch keinerlei Rechtsansprüche daraus abgeleitet werden können. Weiters bezieht sich der Haftungsausschluss auch auf angebotene Links, Aktualität und Virenfreiheit von Formularen und störungsfreien, permanenten Zugang zu den Angeboten.

d) Datenschutz und Sicherheit

Im Punkt 10 der *Digital Roadmap Austria*⁸⁵, „*Sicherheit im digitalen Raum*“, kennt sich Österreich erneut ausdrücklich „*zur gemeinsamen Verantwortung von öffentlichen Institutionen, Wirtschaft und BürgerInnen zu hohen Datenschutzstandards*.“

Im Kontext mit HELP ist dieses Thema insb iVm dem angemeldeten Bereich „*myHELP*“ von Relevanz, da für eGovernment Anwendungen personenbezogene Daten verarbeitet werden (müssen).

Die voranschreitende technologische Entwicklung, verbunden mit dem Interesse der Verwaltungsvereinfachungen für BürgerInnen und Behörden, setzen eine permanente Beobachtung und Weiterentwicklung, ggf auch Neuausrichtung, der bestehenden Sicherheitsstrategien voraus. Dem wurde auch in einer vollständigen und umfassenden Überarbeitung des *Österreichischen Informationssicherheitshandbuchs*⁸⁶ Rechnung getragen, in dem der Umgang mit nutzerInnen- bzw. personenbezogenen Daten, insb in der Verwaltung, breiten Raum einnimmt.

Eine *Vereinheitlichung der Regelungen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten* durch private Unternehmen und öffentliche Stellen EU-weit bringt die *EU Datenschutz-Grundverordnung*⁸⁷ mit sich, die mit Mai 2016 in Kraft getreten und ab 25. Mai 2018 unmittelbar EU-weit anzuwenden ist.

D. Bekanntmachung von HELP als staatlicher Solidaritätsbeitrag

Wie in Kap C. 2. a) 4. *Aspekt Informationsfülle und Auswahl von Informationen* beschrieben, leistet HELP mit dem Bereitstellen von Informationen und der Strukturierung wichtiger Lebenssachverhalte einen essentiellen Beitrag zur guten Bewältigbarkeit des Lebens für die einzelnen BürgerInnen. In diesem Sinn und im Sinn des Solidaritätsgebotes für den Staat muss es in seinem Interesse sein, dass das Nutzungspotenzial des Bürgerserviceportals ausgeschöpft wird.

⁸⁵ BKA (2016a) 5.

⁸⁶ BKA (2016b).

⁸⁷ VO 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 19 vom 4.5.2016, 1-88.

Daten über *Bekanntheit, tatsächliche und zukünftige Nutzung* von Bürgerinformationsdiensten in Deutschland, Österreich und der Schweiz liefert der *eGovernment MONITOR 2016*⁸⁸:

- Demgemäß genießen in Österreich derzeit *Informationen zur elektronischen Steuererklärung* (89 %) den höchsten Bekanntheitsgrad unter den Onlinern.
- An zweiter und dritter Stelle folgen die *Bekanntheit von Informationen zu kommunalen Freizeitangeboten*, etwa Schwimmbäder, Theater, ... (81 %) und
- *Informationen zu Zuständigkeiten auf der Internetseite der eigenen Kommune* (79 %).
- Auf Platz vier liegt mit 75 % die *Bekanntheit von Informationen oder Formularen zur Vorbereitung und Abwicklung von Behördengängen*.

Unabhängig von der Rangfolge hinsichtlich der Bekanntheit der Angebote, liegt die zukünftige Nutzungsabsicht bei allen Angeboten über der derzeit gegebenen Nutzung. Interessant ist auch, dass einige Angebote, etwa die *Möglichkeit online Anzeige zu erstatten oder Infrastrukturmängel zu melden* nur rund 20 % der Onliner bekannt sind.

Anzunehmen ist, dass die Werbekampagnen zur Möglichkeit der elektronischen Steuererklärung in den großen Österreichischen Print-Medien tatsächlich zu Auswirkungen in deren Bekanntheit und auch vermehrten Nutzung des Angebots geführt hat (73 %).⁸⁹

Folgende – großteils einfach und kostengünstig umzusetzende – Maßnahmen, könnten zur vermehrten Nutzung der via HELP angebotenen Serviceleistungen des Staates beitragen:

- Auf jeder Webseite des Bundes könnte sich ein *Link zu HELP* finden.
- Insb auf den einzelnen Seiten des *RIS* sollte bei den jeweiligen Gesetzesbestimmungen ein Verweis auf die entsprechende aufbereitete Seite von HELP erfolgen. Das würde die Rolle von *HELP als Mittlerportal* stärken. Beratende Professionen würden darauf aufmerksam

⁸⁸ ipima/Initiative D21 e V (2016) 12ff.

⁸⁹ Zum Vergleich: In Deutschland liegt die Bekanntheit der Informationen zur Steuererklärung bei 70 % und die tatsächliche Nutzung bei 35 %, also bei weniger als der Hälfte der österreichischen NutzerInnen.

und könnten ihre Klienten ganz gezielt auf Beiträge und Angebote von HELP hinweisen. Dies würde auch ein Stück innerstaatliche Solidarität im Sinne der Gesamtbevölkerung bedeuten.

- In der Fußzeile jedes *behördlichen Schriftstückes* an eine/n BürgerIn könnte ein Hinweis auf das HELP-Angebot, uU sogar genau passend zum Inhalt des Schriftstückes, erfolgen.
- Dies wäre auch im *Fußbereich jedes e-mails* mit einer behördlichen Dienststelle möglich.
- Auf den *Anzeigetafeln in Ämtern* und Behörden könnte ein Hinweis auf HELP erfolgen.
- LehrerInnen, etwa in den Unterrichtsfächern *Sachunterricht* (in den Volksschulen), *Politische Bildung*, *Wirtschaftskunde*, *Staatslehre* und *Informatik* (in den weiterführenden Schulen) könnten als Multiplikatoren und in Vorbereitung für diese wichtige Aufgabe gezielt geschult werden. Ziel ist der Abbau von Hindernissen auf dem Weg zu HELP.

Darüber hinausgehend gibt es natürlich die Möglichkeit, in gezielte Werbekampagnen für HELP zu investieren, etwa mittels vermehrtem Kauf von Schlagwörtern, zB Heirat, die dann bei einer Suchmaschinenrecherche an prominenter Stelle mit dem Link zu HELP erscheinen, You-Tube-Channels oder im Rahmen von TV-Spots.

Aus meiner Sicht könnten jedoch die oben angeführten „einfachen Maßnahmen“ einen wesentlichen Beitrag zur Steigerung der Bekanntheit und Nutzung von HELP beitragen.

Literatur

Althammer 2008: Der subsidiäre Sozialstaat - leistungsorientiert und solidarisch in: *Kauder/von Beust (Hg)* Chancen für alle: die Perspektive der Aufstiegsgesellschaft (2008) 63-74.

Berka 2013: Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium (2013⁵).

BKA 2016a: Digital Roadmap Austria (2016).

BKA 2016b: Österreichisches Informationssicherheitshandbuch Ver 4.0.1 (2016).

BMASK 2018: Häufig gestellte Fragen zu Barrierefreiheit [pdf] | Infomaterial | Service | Medien | Sozialministerium, https://www.sozialministerium.at/cms/site/download.html?channel=CH_3434&doc=CMS1471507781512 (14.3.2018).

- BMASK* 2017: Ausgewählte Inhalte in Leichter Lesen Textversionen | Service | Medien | Sozialministerium,
https://www.sozialministerium.at/cms/site/leichter_leSEN_texte.html?channel=CH3691 (15.9.2017).
- BMASK* 2016: SOZIALSTAAT ÖSTERREICH. Leistungen, Ausgaben und Finanzierung 2016 (2016).
- capito* 2018: Gütesiegel für Leicht Lesen - *capito* - Barrierefreie Information,
https://www.capito.eu/de/Angebote/Barrierefreie_Information/capito_Qualitaets-Standard/Guetesiegel_fuer_Leicht_Lesen/ (14.3.2018)
- Delcbeva* 2014: Land der Normen, Wiener Zeitung Online vom 22.10.2014,
https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/678904_Land-der-Normen.html (14.3.2018).
- Dimmel* 2003: Grundrechte und Grundsicherung, zur Bedeutung der sozialen Grundrechte in der Grundrechtecharta der Europäischen Union für die Entwicklung der sozialen Sicherheit in Österreich in: Matscher (Hg) Erweitertes Grundrechtsverständnis: internationale Rechtsprechung und nationale Entwicklungen - EGMR, EuGH, Österreich, Deutschland, Schweiz; Enquête veranstaltet vom Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg in Zusammenarbeit mit der Österreichischen Volksanwaltschaft am 18. und 19. April 2002 in Wien (2003) 219ff.
- Doralt* 2013/14: Ein systematischer Überblick (2013).
- Duthel* 2014: Korruption und Kapitalismus: Macht ohne Mandat - Missbrauch mit dem Missbrauch - Schwacher Staat (2014).
- Frühwirth/J. Stern/Voithofer* 2012: Thema: Zugang zum Recht, juridikum 2012, 44-52.
- Goethe Institut*, Goethe-Institut - Gemeinsamer europäischer Referenzrahmen für Sprachen, <http://www.goethe.de/z/50/commeuro/deindex.htm> (15.9.2017).
- GRT* 2014: Wording- und Prozess-Guide USP.gv.at & HELP.gv.at, Wiener Zeitung (2014).
- Hasse* (Hg) 2005: Lexikon soziale Marktwirtschaft: Wirtschaftspolitik von A bis Z2 (2005).
- Hellbusch* 2017a: Die vier Prinzipien der WCAG 2.0 - [barrierefreies-webdesign.de], <http://www.barrierefreies-webdesign.de/wcag2/> (9.9.2017)
- Hellbusch* 2017b: Benutzeragent - Glossar - [barrierefreies-webdesign.de], <https://www.barrierefreies-webdesign.de/glossar/Benutzeragent.html> (26.10.2017).
- Hinske* 2004: Kants Warnung vor dem Wohlfahrtsstaat, DIE NEUE ORDNUNG begründet von Laurentius Siemer OP und Eberhard Welty OP (2004) 444-451.
- Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hg) 2006: Österreichische Verwaltungslehre (2006²).
- Kaufmann* 1994: Diskurse über Staatsaufgaben in: Grimm/Hagenah (Hg) Staatsaufgaben, Baden (1994) 15-41.
- Kölbl* 2015: Ein Recht auf verständliche Rechtstexte/-normen?, juridikum 2015, 373-383.
- Kraxberger* 2010: Solidaritätskonzepte in der Soziologie, Kongress Momentum 10 (2010).
- Luhmann* 1981: Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat (1981).
- Luhmann/Kieserling* 2000: Die Politik der Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft (2000).

- Marshall* 1992: Soziologie, gesellschaftliche Entwicklung und die moralische Ökonomie des Wohlfahrtstaates in: *Marshall/Rieger (Hg) Bürgerrechte und soziale Klassen: zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates* (1992) 7-32.
- Moser/Wieland* 2017: Barrierefreiheit im Internet - Grundlagen, <http://www.einfach-barrierefrei.net/umsetzen/grundlagen> (1.10.2017).
- Münkler* 1994: Politische Bilder, Politik der Metaphern (1994).
- Musgrave* 1956: A Multiple Theory of Budget Determination, *FinanzArchiv* 1956, 333-343.
- Parlamentsdirektion* 2017: Bilanz Nationalrat 2016/17: Ein Parlamentsjahr im Zeichen des Regierungsbruchs, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170713_OTS0109/bilanz-nationalrat-201617-ein-parlamentsjahr-im-zeichen-des-regierungsbruchs (20.9.2017)
- Ragettli* 2017: Solidarität - Werte und Eigenschaften, <http://werteundeigenschaften.ch/werte-und-eigenschaften/positive-werte/solidaritat> (6.9.2017).
- Rund* 2017: HELP.gv.at - selbstverständlich verständlich! Verstehen schafft Vertrauen, juridikum 2017, 258-263.
- Schiele* 1999: Baustein D Sozialstaat, GG im Profil in: Politik und Unterricht (1999).
- Schwarz* 2014: Elektronische Gesetze in Österreich – Zur authentischen Kundmachung des Bundesrechts im Internet nach dem Kundmachungsreformgesetz 2004, *rechtsprobleme.at*, http://rechtsprobleme.at/doks/elektronische_gesetze-schwarz.pdf (2014).
- K. Stern* 1987: Sozialstaat in: *Herzog /Kunst (Hg) Evangelisches Staatslexikon* Bd 3 (1987) Sp 2273-2277.
- Tades* 1978: Enquête „Verbesserter Zugang zum Recht“ abgehalten am 23. Jänner 1978 im Bundesministerium für Justiz (1978).
- Trauner* 2006: E-Government in: *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hg) Österreichische Verwaltungslehre* (2006) 267-298.
- Thome* 2008: Soziologie und Solidarität: Theoretische Perspektiven für die empirische Forschung in: *Bayertz (Hg) Solidarität: Begriff und Problem* (2008) 533.
- Vobruba* 1983: Entrechtlichungstendenzen im Wohlfahrtsstaat (1983).
- Voithofer* 2012: Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, juridikum 2012, 86-96.
- W3C* 2017: Richtlinien für barrierefreie Webinhalte (WCAG) 2.0 (Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0), <https://www.w3.org/Translations/WCAG20-de/> (26.2.2017).
- Wipfelder* 1986: Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1986, 140-149.

Dr.ⁱⁿ Katharina Oberbichler
Alfred-Wagner-Straße 6
A-6130 Schwaz
office@katharina-oberbichler.at

Simon Laimer

Empirisches zur Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen

A. Einleitung

Auch im Bereich des Versicherungsrechts begegnet man verschiedenen Formen der – im Zentrum dieser Tagung stehenden – Solidarität. Aus organisatorischer Sicht könnte man bspw an die Rechtsform des „Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“ denken.¹ Jedes Mitglied dieser Gemeinschaft bezahlt Beiträge in die gemeinsame, vom Versicherungsverein verwaltete Kasse. Daraus werden denen, die einen Schaden erleiden, finanzielle Mittel zur Deckung zur Verfügung gestellt.² Aus inhaltlicher Sicht ließe sich zunächst etwa die nach dem Solidaritätsprinzip organisierte Sozialversicherung nennen, wo – vereinfachend dargestellt – jene höhere Beiträge zahlen, die mehr haben, und auf diese Weise diejenigen unterstützen, die weniger haben.³

In der Individualversicherung (konkret der Schadensversicherung), um die es hier gehen soll, zahlen hingegen alle Versicherten die gleiche Prämie für das gleiche Risiko. Aber auch hier bestehen (scheinbare) Widersprüche zwischen dem Individuum und dem Kollektiv. Lässt sich die Versicherung doch als die „entgeltliche Übernahme einer ein anderes Rechtssubjekt bedrohenden Gefahr unter erstrebter Verteilung auf eine Gefahrengemeinschaft“ begreifen.⁴ Davon ausgehend, dass sich ein Risiko innerhalb eines gewissen Zeitraumes nicht bei allen gefährdeten Personen, sondern nur bei einem bestimmten Prozentsatz verwirklicht,⁵ beruht die Versicherung auf dem Prinzip der Zusammenfassung einer großen Zahl gleichartiger Risiken.⁶ Durch die Bildung einer solchen Risiko- oder Gefahrengemeinschaft wird das Risiko für den Einzelnen wirtschaftlich beherrschbar gemacht,⁷ indem aus den Prämien aller von

¹ S §§ 35ff VAG.

² Vgl etwa *Korinek* (2008) 155ff.

³ Das Sozialversicherungsverhältnis entsteht freilich nicht durch Vertragsschluss, sondern kraft Gesetzes, *Schimikowski* (2014) Rz 2; *E. Lorenz*, in: *Beckmann/Matusche-Beckmann* (2015) § 1 Rz 72.

⁴ *Reinhardt-Faehlides* (1970) 512.

⁵ *Schauer* (1995) 34.

⁶ *Armbriester* (2013) Rz 220.

⁷ *Armbriester in Pröks/Martin* (2015) Einl Rz 234: „Der VN tauscht die Möglichkeit eines künftigen Verlustes gegen einen sicheren (niedrigeren) gegenwärtigen Verlust“.

den zusammengefassten Risiken Betroffenen ein Risikoausgleich hergestellt wird.⁸

Aufgrund stochastischer Berechnungen wird der für die Deckung der Risiken einer Risikogemeinschaft notwendige Betrag mit einer – von Art, Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit des jeweiligen Risikos abhängigen – Wahrscheinlichkeit prognostiziert.⁹ Deshalb muss der Versicherer im Interesse der Mehrheit der Versicherungsnehmer berechtigt sein, nicht überschaubare und nicht berechenbare Risiken auszuklammern, um eine vernünftige und wirtschaftliche Prämienkalkulation zu ermöglichen.¹⁰ Ein undifferenzierter Versicherungsschutz würde hingegen zur Folge haben, dass viele Versicherungsnehmer „zu hohe“ Prämien zahlen.¹¹

Die Bildung von derartigen Risikokollektiven wird durch einheitliche Verträge anhand von standardisierten (Allgemeinen Versicherungs-)Bedingungen ermöglicht, die vielfach im Mittelpunkt der Rechtsprechungsentwicklung im Bereich des AGB-Rechts stehen.¹² So ist zB die Definition des Versicherungsfalles,¹³ neben anderen Gestaltungen, wie etwa Versicherungssummen oder Selbstbehalten, als Mittel der Risikobegrenzung ein Gegenstand vertraglicher Regelungen.¹⁴ Werden aber solche risikobegrenzenden Vereinbarungen im Rahmen der richterlichen Inhalts- oder Transparenzkontrolle für unwirksam befunden, so geht damit ein Eingriff in das Gefüge der Risikogestaltung einher.¹⁵

Bei dem heute üblichen reinen Prämien system trägt zwar der Versicherer das Risiko einer unzureichenden Prämienkalkulation, was sich auch daraus ergeben kann, dass eine bestimmte vertragliche Risikobegrenzung nachträglich von den Gerichten für unwirksam befunden wird. Im Fall eines unerwartet

⁸ Schauer (1995) 34. Vgl Albrecht (2017) 191.

⁹ Armbriester (2013) Rz 223.

¹⁰ Scherpe (2011) 309.

¹¹ IdS berührt auch die Abwehr unbegründeter Ansprüche grundsätzlich die Interessen der Versichertengemeinschaft, BGH VersR 1965, 130. Armbriester in: Prößl/Martin (2015) Einl Rz 234f: „Der VN rechnet auch damit, dass der VR sich um eine jedenfalls statistisch möglichst zutreffende Einschätzung des Risikos bemüht, die er in der Prämie zum Ausdruck bringt“. So sieht die Rspr bspw in Deutschland die mit Risikoausschlüssen einher gehenden „günstigen Prämien“ auch als im Interesse der Versicherungsnehmer gelegen an, BGH NJW 2004, 2589, 2591.

¹² S schon Faber (2003) 791. Streitigkeiten werden in der Versicherungspraxis freilich teilweise nicht vor staatlichen Gerichten ausgetragen, sondern vor privaten Schiedsgerichten verhandelt, oder zuweilen, auch im Hinblick auf das Ansehen der Branche, mittels außergerichtlicher Einigung zu vermeiden versucht; s (zu England) in diese Richtung gehend etwa Adelmann (2008) 145.

¹³ Vgl Baumann in: Bruck/Möller (2008) § 1 Rz 109.

¹⁴ Koch (2009) 799f.

¹⁵ Scherpe (2011) 309. Vgl Vonklich/Knoll (2017) 384ff.

hohen Schadensaufkommens kann der Versicherer deshalb keine Nachschüsse für den abgelaufenen Zeitraum von den Versicherungsnehmern fordern. Gleichwohl wird er aber im Neugeschäft – und unter engen Voraussetzungen bei bestehenden Verträgen – die Prämien mit Wirkung für die Zukunft anheben.¹⁶

Über die Auswertung der Rechtsprechung hinaus sind die von Branchenexperten iZhm der Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) gesammelten Erfahrungen, bspw in Bezug auf die klare und verständliche Formulierung der versicherten Risiken¹⁷ oder auch deren persönliche Ansicht zur Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen, für die weitere praxisorientierte Bearbeitung von Forschungsfragen in diesem Feld zweifellos von Interesse.

B. Expertenbefragung

Aus diesem Grund habe ich im Zeitraum zwischen Juli und November 2014 mit Hilfe des Verbands der Versicherungsunternehmen Österreichs (VVO) eine Befragung bei österreichischen Versicherern anhand eines Online-Fragebogens¹⁸ in schriftlicher Form durchgeführt.¹⁹ Ziel der Erhebung war es, Trends in der Versicherungspraxis über die persönlichen Ansichten von Experten auszumachen, nicht jedoch eine im sozialwissenschaftlichen Verständnis repräsentative Erhebung durchzuführen.

1. Adressaten der Befragung und die Gestaltung des Fragebogens

Aus den 38 Versicherungsunternehmen, deren Marktanteile in der Schadensversicherung (direktes inländisches Geschäft) im Jahresbericht (2014)²⁰ des VVO ausgewiesen sind, wurden 18 größere Versicherer als Zielgruppe für den Fragebogen ausgewählt, da bei diesen aufgrund des Geschäftsumfangs und

¹⁶ Armbriester (2013) Rz 227.

¹⁷ Vgl. Straube/Gisch/Berisha (2014) 4.

¹⁸ Online-Fragebögen, mit denen sich die Anonymisierung der Antworten ohne weiteres gewährleisten lässt, versprechen tendenziell eine höhere Rücklaufquote als – auch aus Kostengründen unterlegene – postalische Umfragen, bei welchen ein gewisser Aufwand für die Rücksendung des Fragebogens entsteht, *Kuß* (2014) 69.

¹⁹ Zum Instrument der Expertenbefragung Pfadenbauer (2009) 449ff. S. allg. auch Reiner (2016) 5ff.

²⁰ S. Jahresbericht 2014 (114) hins. der Daten zu den Jahren 2013 und 2014, [https://www.vvo.at/vvo/vvo.nsf/sysPages/x832F438C600424A9C1257E37003DC7AA/\\$file/VVO_GB_2014_220x280_KOMPLETT.pdf](https://www.vvo.at/vvo/vvo.nsf/sysPages/x832F438C600424A9C1257E37003DC7AA/$file/VVO_GB_2014_220x280_KOMPLETT.pdf) (4.2.2018).

der Vielfalt der am Markt angebotenen Produkte der größte Erfahrungsschatz vermutet werden konnte. Die anonymisierte Befragung wurde durch den VVO an die in den jeweiligen Versicherungsunternehmen mit der Vertragsgestaltung befassten Experten ausgesendet. An der Befragung haben neun der auf diese Weise kontaktierten Fachleute teilgenommen.²¹

Der zur potentiellen Erhöhung der Rücklaufquote kurz und verständlich gehaltene Online-Fragebogen enthielt zunächst sechs geschlossene Fragen mit vorgegebenen Antwortalternativen.²² Bei den Fragen 1 bis 5 wurde die Ein-fachauswahl von Antworten auf einer endpunktbenannten Skala von 1 bis 6 verlangt (zB Grad der Zustimmung: 1 = stimme völlig zu, 6 = stimme gar nicht zu), sodass in der Auswertung dargestellt werden kann, wie groß der Anteil der Befragten ist, der einen bestimmten Skalenpunkt gewählt hat. Bei Frage 6 wurde die Auswahl der unter vier vorgegebenen Optionen für den Befragten am besten zutreffenden Antwort gefordert. Dann folgten noch zwei offene, problemorientierte Fragen (7 und 8), mit welchen die Ist-Situation erkundet werden sollte. Bei diesen Fragen konnten die Befragten die Antworten also frei formulieren, um auf diese Weise ihre Erfahrungen, aber auch ihre persönlichen Einschätzungen bzw Wertungen zu erheben.

2. Die einzelnen Fragen und die Ergebnisse der Befragung

Im Folgenden finden sich die einzelnen den Experten unterbreiteten Fragen in Form von Ausschnitten aus dem Originalfragebogen abgedruckt. Nach Nennung der Frage werden die jeweiligen Befragungsergebnisse vorgestellt.

1. Haben Sie das Gefühl, dass mit den vormals behördlich verordneten Bedingungen mehr Rechtssicherheit verbunden war? (1 = Stimme völlig zu; 6 = stimme gar nicht zu)

1

2

3

4

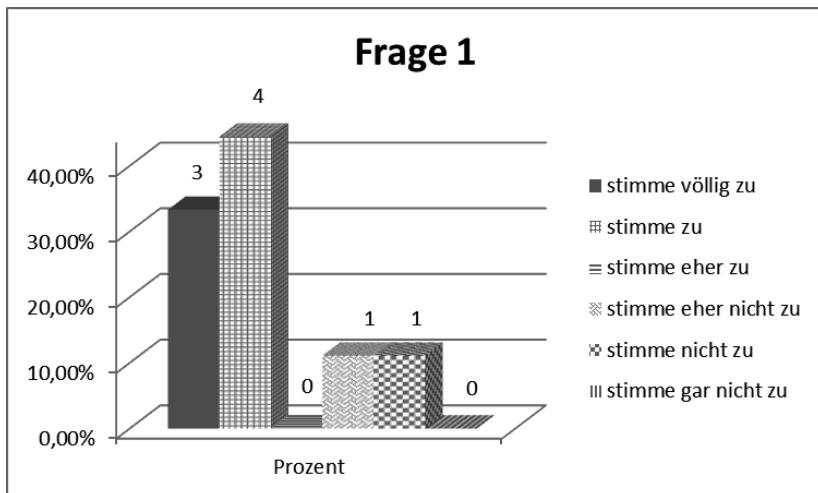
5

6

²¹ Aufgrund des niedrigen Rücklaufs wäre es für die Zukunft noch interessant, qualitative Interviews durchzuführen. Im Rahmen dieser Untersuchung konnte dies jedoch nicht mehr geleistet werden.

²² Zu den Strukturtypen der „offenen“ bzw „geschlossen“ Umfrage Schnell/Hill/Esser (2013) 322ff.

Mit der ersten Frage wurde darauf Bezug genommen, dass die vom Versicherer vorformulierten AVB heute grundsätzlich keiner behördlichen Vorabgenehmigung mehr bedürfen.²³ Die damit einhergehende Steigerung der Produktvielfalt und der Wahlmöglichkeiten für die Versicherungsnehmer birgt gleichzeitig die Gefahr eines Verlustes an Produkttransparenz.²⁴ Die AVB-Kontrolle wird mittlerweile vor allem von den Gerichten wahrgenommen.²⁵



Eine große Mehrheit der Befragten ist in der Tat der Meinung, dass mit den früher behördlich genehmigten Bedingungen mehr Rechtssicherheit einhergegangen ist. So stimmen drei Teilnehmer völlig zu und vier stimmen zu, während nur jeweils eine Rückmeldung eher nicht oder nicht dieser Meinung ist. Keiner der Befragten hat vollständige Ablehnung bekundet. Die Ergebnisse legen nahe, dass das mit der gerichtlichen ex post-Kontrolle der Versicherungsbedingungen verbundene Unwirksamkeitsrisiko auch bei den Branchenexperten eine gewisse Verunsicherung hervorruft.

²³ Vgl. Rudisch (1994) 156f, 161ff. Zu Abweichungen etwa im Bereich der – freilich trotzdem der gerichtlichen Nachkontrolle unterworfenen – Strom- und Gasverträge s. Riedler (2009) 498f.

²⁴ Schauer (1995) 82; Diringer (2015) 35ff.

²⁵ S. schon Mätz (1992) 205. Zur daneben bestehenden, hier nicht berücksichtigten, nachträglichen Missstandsaufsicht durch staatliche Aufsichtsbehörden s. etwa Beckmann in: Bruck/Möller (2013) Einf C Rz 16ff; Stöckli (2015) 417f.

2. Empfinden Sie die Musterbedingungen des Versicherungsverbandes als hilfreich? (1 = Sehr; 6 = gar nicht)

1

2

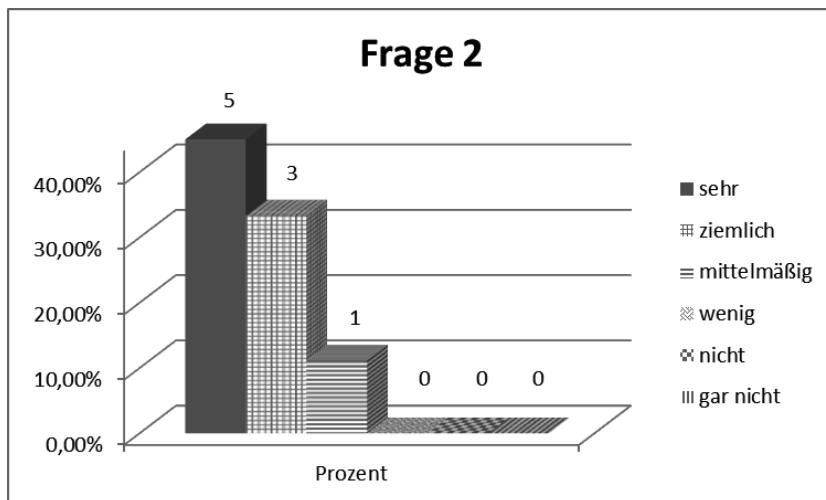
3

4

5

6

Mit der zweiten Frage wurde dem Faktum Rechnung getragen, dass die – meist national organisierten – Fachverbände der Versicherungsunternehmen regelmäßig umfangreiche Musterbedingungen erarbeiten, die sie ihren Mitgliedern für die Erstellung der unternehmenseigenen AVB unverbindlich empfehlen.²⁶



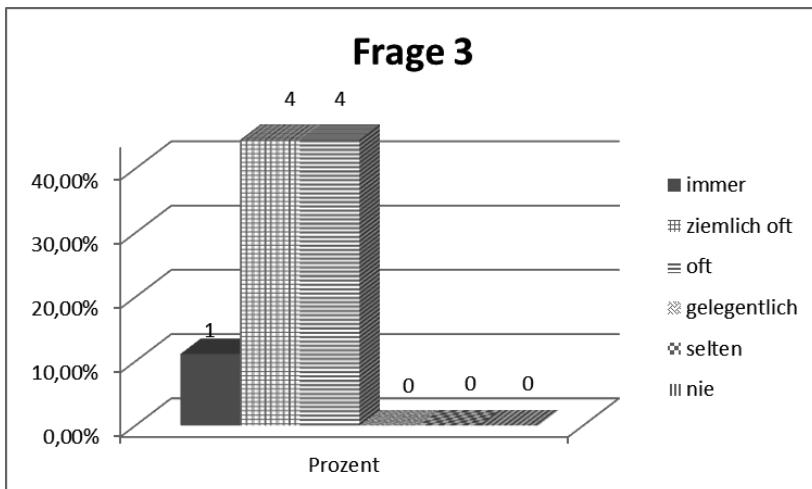
Von den Befragten empfinden fünf die unverbindlichen Musterbedingungen ihres Verbandes als sehr hilfreich, drei halten sie für ziemlich hilfreich, während ein Befragter die Verbandsempfehlungen immerhin als mittelmäßig hilfreich bezeichnet. Keiner der Beteiligten hat eine negativere Stellungnahme abgegeben. Diese Ergebnisse zeigen, dass solche gemeinsam erarbeiteten Hilfsmittel den mit der AVB-Gestaltung befassten Personen in den Unternehmen eine beachtliche Sicherheit vermitteln.

²⁶ Vgl Koch in: Bruck/Möller (2013) Vor §§ 100-112 Rz 47; mit Blick auf historische Entwicklungen dazu Dreher (1991) 23f.

3. Lehnen Sie sich bei Gestaltung Ihrer AVB, etwa aus Transparenzgründen, zu meist an die Musterbedingungen des Versicherungsverbandes an? (1 = immer; 6 = nie)

1 2 3 4 5 6

Mit Frage 3, die auf Frage 2 aufbaut, sollte ermittelt werden, ob den unverbindlichen Empfehlungen des Branchenverbandes nach der Meinung der befragten Experten eine über den ihnen zugemessenen Hilfscharakter hinausgehende Bedeutung insoweit zukommt, als sich die jeweiligen Unternehmen bei der Erstellung ihrer AVB stark an diesen Musterbedingungen orientieren.



Nach vier der Befragten findet ziemlich oft, nach weiteren vier immerhin oft und nach einer Rückmeldung sogar immer eine Anlehnung an die Musterbedingungen bei der Erstellung der unternehmenseigenen AVB statt. Kein Befragter hat eine geringere Zustimmung signalisiert.²⁷ Eine gewisse Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang den teilweise hohen Anforderungen der

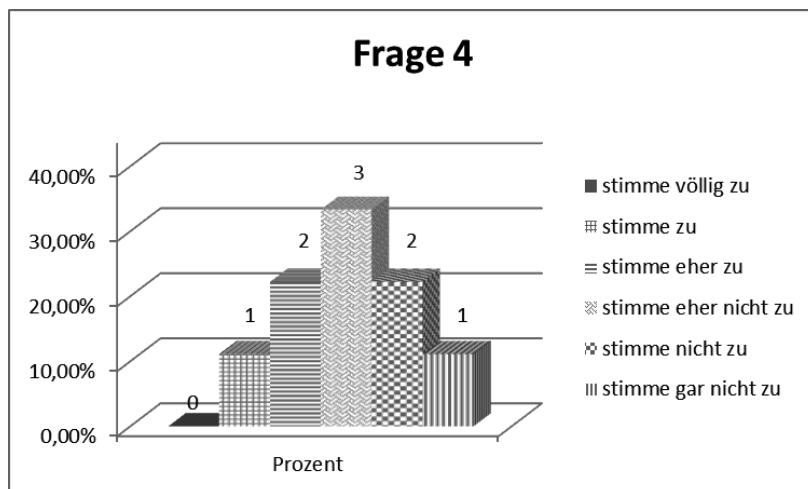
²⁷ Gleichwohl ordet Erdmann (2014) 538, seit Wegfall der Produktaufsicht zunächst eine „wahre Explosion der Tarife, Bedingungswerke und Preisgefüge“ und schließlich eine mit der neuen „Klauselflut“ verbundene, für den Kunden nachteilige Intransparenz.

Rechtsprechung an die transparente Ausgestaltung von einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen zukommen.²⁸

4. Stellen sich eigene Produkte, die auf besondere Bedürfnisse abstellen und viele Zusatzdeckungen aufweisen, bei der AVB-Gestaltung als besonders problematisch dar? (1 = Stimme völlig zu; 6 = stimme gar nicht zu)

1 2 3 4 5 6

Mit Frage 4 wurde erhoben, ob Bedingungswerke, die sich inhaltlich sehr stark von den unverbindlichen Musterbedingungen des Fachverbandes entfernen, von den befragten Experten als besonders gefährdet im Hinblick auf die richterliche Missbrauchs- und Transparenzkontrolle empfunden werden.



Dem stimmen auf der einen Seite drei der Befragten eher nicht zu, zwei stimmen nicht zu und eine Rückmeldung stimmt gar nicht zu, während auf

²⁸ Es wird sogar über die Notwendigkeit einer gewissen Standardisierung der Produkte diskutiert, um den Versicherungskunden im Sinne des Wettbewerbs die Vergleichbarkeit der Bedingungen zu ermöglichen, *Schwintowski* (2014) 254. Vgl *Gruber* (2011) 480f, aus dem Blickwinkel der Gruppenfreistellung vom Kartellverbot für die Versicherungswirtschaft.

der anderen Seite ein Befragter zustimmend und zwei weitere eher zustimmend reagieren. Allein völlige Zustimmung wurde von keinem der Befragten geäußert. Damit ergibt sich bei dieser Frage ein durchaus uneinheitliches Meinungsbild, das zumindest eine gewisse Skepsis der Befragungsteilnehmer nahelegen könnte.

5. Erhalten Sie die Rückmeldung, dass Ihre Kunden die laut Gesetz verpflichtend zu erteilenden Informationen eher als verwirrend empfinden? (1 = fast immer; 6 = praktisch nie)

1 2 3 4 5 6

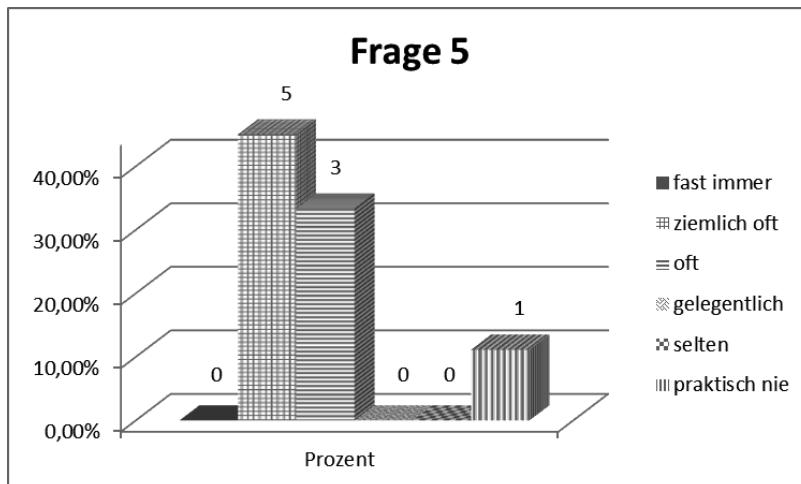
Frage 5 ging darauf ein, dass der Gesetzgeber gerade im Versicherungsrecht zum Teil umfangreiche Kataloge an Informationen vorsieht, die der Versicherer dem Versicherungsnehmer verpflichtend zu erteilen hat.²⁹ Damit nehmen aber auch Umfang und Komplexität der standardisierten Inhalte zu, über die sich der Kunde vor oder bei Vertragsabschluss einen Überblick verschaffen müsste. Für den Vertragsgestalter ist es damit unter Umständen eine noch größere Herausforderung, den Ansprüchen der Rechtsprechung hinsichtlich einer transparenten Ausgestaltung von Vertragsinhalten gerecht zu werden,³⁰ nach denen AGB so gestaltet sein müssen, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre vollständige, klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält.³¹ Würde sich jede vom Gesetz aufgeworfene Zweifelsfrage als Intransparenz in den Vertragsbedingungen niederschlagen, müsste der Versicherer letztlich gar transparenter als der Gesetzgeber sein.³²

²⁹ Zu Informationspflichten des Versicherers vor Vertragsabschluss s. *Kronthaler* (2016) 164ff; *Kieninger* (1999) 190ff.

³⁰ Vgl. *Schwintowski* (2014a) 371.

³¹ S. OGH 10 Ob 67/06k, RdW 2007, 661.

³² *Bollenberger* (2012) 156.



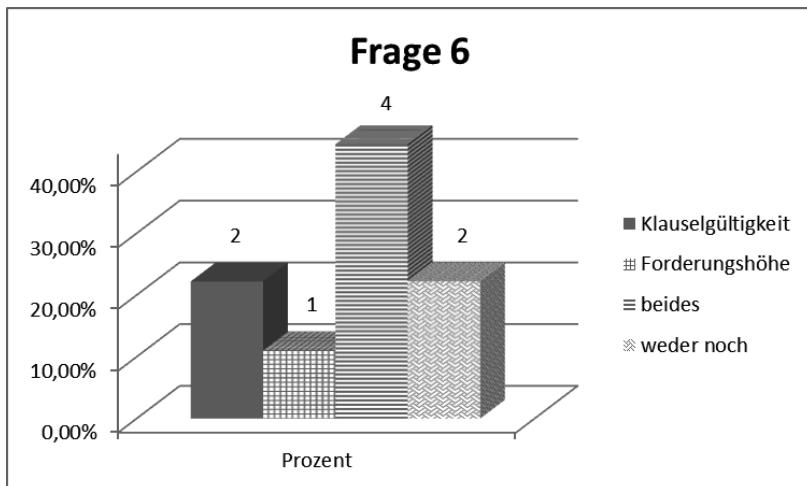
In der Tat geben fünf der Befragten an, dass ihre Kunden die gesetzlich verpflichtend zu erteilenden Informationen ziemlich oft als verwirrend empfinden, nach drei der Teilnehmer ist dies oft der Fall. Lediglich nach einer Rückmeldung kommt das praktisch nie vor. Dies lässt eine immerhin deutliche Tendenz in der Auffassung der Befragten dahingehend erkennen, dass das vom Gesetzgeber verfolgte Informationsmodell zumindest nicht zur Gänze seiner Funktion nachkommen kann.³³

6. Ist in gerichtlichen Deckungsprozessen nach Ihrer Erfahrung die Gültigkeit von Klauseln über den Deckungsumfang oftmals ein Streitpunkt oder geht es zumindest eher (nur) um die Höhe der Forderungen?

- Klauselgültigkeit Forderungshöhe beides weder noch

³³ S in diese Richtung gehend auch *Schwintowski* (2014) 251f.

Frage 6 zielte auf die praktischen Erfahrungen der befragten Experten ab und suchte zu erheben, ob nach deren Erkenntnissen im Individualprozess vielfach die Ungültigkeit von Risikobegrenzungsklauseln eingewendet wird oder ob hier eher über den Deckungsumfang gestritten wird, sodass über die Fairness von Vertragsbestimmungen in der Praxis meist eher im Rahmen von Verbandsverfahren geurteilt wird.



Auch bei dieser Frage gehen die Rückmeldungen etwas stärker in unterschiedliche Richtungen. So ist nach vier der Befragten sowohl die Klauselgültigkeit als auch die Forderungshöhe oftmals Thema von Deckungsprozessen. Nach zwei Teilnehmern geht es häufig um die Klauselgültigkeit, nach einem Befragten hingegen eher nur um die Forderungshöhe, während zwei sogar die Meinung vertreten, dass es in Deckungsprozessen weder um das eine noch um das andere geht.

7. Beschreiben Sie Ihnen bekannte Beispiele für Deckungsprozesse, in welchen thematisiert wurde, dass der vertraglich zugesagte Versicherungsschutz wegen zu weitreichender Einschränkung des Deckungsumfangs ausgehöhlt worden sei.

Anstatt einer zusammenfassenden Beschreibung können Sie auch Ihnen vorliegende rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen – selbstverständlich in anonymisierter Form – hochladen (bei im RIS auffindbaren Entscheidungen ist die Nennung der Geschäftszahl oder bei anderweitig veröffentlichten Urteilen die Angabe der Fundstelle natürlich ausreichend).

8. Nennen Sie Beispiele für konkrete Deckungsausschlussklauseln, die Ihrer Erfahrung nach problematisch sind.

Anstatt einer zusammenfassenden Beschreibung können Sie auch Ihnen vorliegende rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen – selbstverständlich in anonymisierter Form – hochladen (bei im RIS auffindbaren Entscheidungen ist die Nennung der Geschäftszahl oder bei anderweitig veröffentlichten Urteilen die Angabe der Fundstelle natürlich ausreichend).

Mit den soeben abgedruckten zwei offenen Fragen wurde schließlich beabsichtigt, von den konkreten praktischen Erfahrungen der befragten Branchenexperten zu profitieren. Im Einzelnen wurde mit Frage 7 um die Beschreibung oder Übermittlung von – auch nicht veröffentlichten – Beispielen für Deckungsprozesse ersucht, bei denen das Gericht die Aushöhlung des Versicherungsschutzes als Maßstab für die Beurteilung der Fairness von einseitig vorgefertigten Bedingungen herangezogen hat.³⁴ Mit Frage 8 wurde hingegen nach konkreten Vertragsklauseln gefragt, die von den befragten Branchenexperten im Hinblick auf ihre Gültigkeit als problematisch eingeschätzt werden. Bei diesen beiden Fragen wurden im Online-Fragebogen eine Texteingabemaske sowie eine Upload-Funktion für das Hochladen von Dateien zur Verfügung gestellt. Während die Upload-Funktionen von keinem der Befragten genutzt wurden, haben auch nicht alle von ihnen konkrete Beispiele für Deckungsprozesse (Frage 7) oder für problematische Klauseln (Frage 8) angegeben.

Von den befragten Experten wurden allgemein „Ausschlüsse Haftpflichtversicherung“ genannt, aber auch Auslegungsunsicherheiten in Bezug auf einen Haftungsausschluss bei „Naturkatastrophen“³⁵ sowie – in der Eigenheimver-

³⁴ Eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB liegt freilich nicht nur vor, wenn der Vertragszweck geradezu vereitelt oder ausgehöhlt wird, sondern bereits dann, wenn die zu prüfende Klausel eine wesentliche Einschränkung gegenüber dem Standard bringt, den der Kunde erwarten darf, vgl Krejci in: Rummel/Lukas (2014) § 879 Rz 367 aE.

³⁵ Vgl OGH 7 Ob 194/11x, EvBl 2013, 270 = RdW 2013, 80 = ecolex 2013, 228 = VR 2013/897 = VersR 2013, 924.

sicherung – bei „Rückstau“³⁶. Bezuglich Rechtsschutzversicherungen wurden, neben Schwierigkeiten bei der Beurteilung von Erfolgsaussichten,³⁷ die sog. „Spiel- und Wett-Klausel“ (auch „Spekulationsausschluss“)³⁸ oder die „Veranlagungs-Klausel“³⁹ erwähnt. Für diese Versicherungssparte wurde auch ein konkretes Verfahren angeführt, bei dem die befassten Gerichte die Reichweite der sog. „Alkoholklausel“ (in Art 19.4. ARB 1994) zu beurteilen hatten, die zwei Obliegenheiten regelt, nämlich eine vor dem Versicherungsfall (keine Alkoholbeeinträchtigung) und eine nach dem Versicherungsfall (einer gesetzlichen Verpflichtung zu entsprechen, den Alkoholisierungsgrad prüfen zu lassen).⁴⁰

³⁶ Durchfeuchtungsschäden, die nicht auf das Austreten von Leitungswasser, sondern auf einen Rückstau von Niederschlagswasser oder Grundwasser zurückzuführen sind, fallen nach vielen einschlägigen Bedingungen nicht unter die versicherte Gefahr; s OGH RIS-Justiz RS RS0081017; vgl OGH 7 Ob 5/15h, EvBl-LS 2015/113 = VersR 2015, 913 = r+s 2015, 506 = ecolex 2015, 857.

³⁷ Wobei nach der Rspr kein strenger Beurteilungsmaßstab angelegt werden darf, OGH RIS-Justiz RS0081929.

³⁸ Der OGH hat zB – im Unterschied zu OLG Wien, 30 R 37/07t (nv) – die Deckungspflicht des Rechtsschutzversicherers für die Kosten der Geltendmachung eines Anspruchs des Verbrauchers auf Einhaltung einer Gewinnzusage iSd § 5c KSchG (§ 5j KSchG aF) bejaht, obschon in den vereinbarten AVB die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus Spiel- und Wettverträgen ausgeschlossen war, OGH 7 Ob 17/08p, VR 2009, 26 = ecolex 2008, 1019, mit Anm von *Beneder*.

³⁹ Der Erwerb einer Kommanditbeteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds, bei dem der Veranlagungszweck im Vordergrund steht, ist nicht einem Glückvertrag im engeren Sinn (Wette, Spiel) vergleichbar, weshalb der „Spekulationsausschluss“ (vgl Art 7.1.13. ARB 2000) nicht anwendbar ist, weil dieser nur Spiel- oder Wettverträgen ähnliche Spekulationsgeschäfte erfasst, OGH 7 Ob 210/14d, VBr 2015/93 = VersR 2015, 1185; 7 Ob 54/15i, RdW 2016, 190.

⁴⁰ Im konkreten Fall erlitt der stark angetrunke Kläger beim Versuch des Geschäftsführers eines Nachtlokals, ihn aus dem Lokal zu entfernen, einen Bruch des durch Knochenschwund bereits vorgeschädigten linken Oberarms. Der Rechtsschutzversicherer wollte die Kosten des verlorenen Schadenersatzprozesses gegen den Geschäftsführer auf der Basis einer Obliegenheitsverletzung des Klägers nicht übernehmen. Das Berufungsgericht und der OGH (7 Ob 255/08p, VR 2010, 47 = VersR 2010, 1063) legten die Klausel – entgegen dem erstinstanzlichen Urteil, LG Feldkirch, 4 R 191/08f (nv) – jedoch dahingehend aus, dass beide Obliegenheiten nur in jenen Fällen bestehen, in denen, wie etwa für den Kfz-Lenker im Straßenverkehr, eine gesetzliche Verpflichtung zur Feststellung des Alkoholgehalts grundsätzlich gegeben ist. Eine generelle Obliegenheit, in jeder Lebenssituation eine wie immer geartete Alkoholbeeinträchtigung zu vermeiden, muss der durchschnittliche Versicherungsnehmer aus der Klausel hingegen nicht entnehmen. Vgl zur Unfallversicherung OGH 7 Ob 78/16w, RIS-Justiz E114857, wo nach Art 6.8 AUVB 2012 ein Risikoausschluss für Unfälle besteht, „die die versicherte Person infolge einer wesentlichen Beeinträchtigung ihrer psychischen oder physischen Leistungsfähigkeit durch Alkohol, Suchtgifte oder Medikamente erleidet.“

3. Fazit

Das große Bedürfnis des betroffenen Geschäftsfeldes nach Standardisierung des „Rechtsprodukts“ Versicherung bringt ein weitreichendes AGB-spezifisches Problembeusstsein bei den befragten Experten mit sich. Teilweise uneinheitliche Antworten zeugen jedoch von einer gewissen Unsicherheit in der Branche, die auch mit einer teilweise schwierigen Vorhersehbarkeit des Ausgangs von Gerichtsverfahren zusammenhängen dürfte. Vieles deutet darauf hin, dass insb die Frage, ob der Inhalt einer bestimmten AVB-Klausel den gesetzlichen Anforderungen an die transparente Ausgestaltung vorformulierter Vertragsinhalte genügt, selbst für die Experten nicht immer leicht abzuschätzen ist. Am ehesten scheinen die Musterbedingungen des Branchenverbandes ein gewisses „Sicherheitsgefühl“ bei der Klausel-Gestaltung zu vermitteln.

Die Zurückhaltung der Teilnehmer bei der Angabe von problematischen Klausel- oder Prozessbeispielen könnte teilweise auch auf eine entsprechende Branchenpolitik zurückzuführen sein, nach der Derartiges möglichst nicht offen gelegt werden soll. Insgesamt kann anhand der vorgestellten Befragungsergebnisse jedenfalls unterstrichen werden, dass auch die weitere systematische Durchdringung der mit der Inhalts- und Transparenzkontrolle von AVB verbundenen Rechtsfragen durch die Wissenschaft einen Beitrag zur Erhöhung der Rechtssicherheit in diesem Segment darstellen kann.

Literatur

- Adelmann* 2008: Die Grenzen der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen – Entwurf einer Regelung für ein europäisches VVG (2008).
- Albrecht* 2017: Bedroht Big Data Grundprinzipien der Versicherung? (II) ZfV 2017, 189ff.
- Armbriüster* 2013: Privatversicherungsrecht (2013).
- Beckmann/Matusche-Beckmann* (Hg) 2015: Versicherungsrechts-Handbuch³ (2015).
- Bollenberger* 2012: Emissionsbedingungen und Konsumentenschutz, ÖBA 2012, 156-166.
- Bruck/Möller* 2013: Versicherungsvertragsgesetz. Großkommentar, Bd 4^o: Haftpflichtversicherung, §§ 100-124 VVG, hg von *Baumann ua* (2013).
- Bruck/Möller* 2008: Versicherungsvertragsgesetz. Großkommentar, Bd 1^o: Einführung, §§ 1-32 VVG, hg von *Baumann ua* (2008).
- Diringer* 2015: Prinzipien der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (2015).
- Dreher* 1991: Die Versicherung als Rechtsprodukt – Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung (1991).
- Erdmann* 2014: 20 Jahre Deregulierung des Versicherungsmarktes – Brauchen wir neue Mindeststandards? ZfV 2014, 538ff.

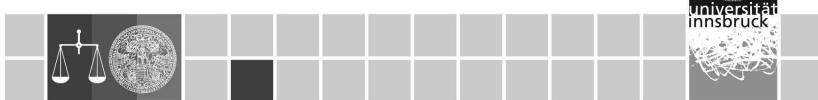
- Faber* 2003: Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, *ÖJZ* 2003, 789-799.
- Gruber* 2011: Die Muster-Versicherungsbedingungen nach dem Wegfall der Gruppenfreistellung, *JBl* 2011, 477ff.
- Kieninger* 1999: Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten beim Abschluss von Versicherungsverträgen, *AcP* 1999, 190-247.
- Koch* 2009: Stichwort „Haftpflichtversicherung“ in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hg) *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd I (2009) 799.
- Korinek* 2008: Der österreichische Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in: Bürkle (Hg) *Rechtliche Rahmenbedingungen für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* (2008) 155-172.
- Kronthaler* 2016: Die Informationspflichten des Versicherers vor Vertragsabschluss nach dem VAG 2016 (Teil 1), *ZFR* 2016, 164-169.
- Kuß* 2014: *Marktforschung: Grundlagen der Datenerhebung und Datenanalyse*⁵ (2014).
- Migisch* 1992: Versicherungsvertraglicher Konsumentenschutz im Lichte der Deregulierung des EG-Versicherungsmarktes in: Schuhmacher (Hg) *Verbraucherschutz in Österreich und in der EG* (1992) 179.
- Pfadenhauer* 2009: Das Experteninterview. Ein Gespräch auf gleicher Augenhöhe in: Buber/Holzmüller (Hg) *Qualitative Marktforschung: Konzepte, Methoden, Analyse*² (2009) 449-461.
- Prölss/Martin* (Hg) 2015: Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen²⁹ (2015).
- Reichert-Facilides* 1970: Gedanken zur Versicherungsvertragsrechtsvergleichung, *RabelsZ* 34 (1970) 510-522.
- Reiner* 2016: Die Rechtsanwaltsgesellschaft (2016).
- Riedler* 2009: Geltung und Änderung von AGB in Strom- und Gasverträgen, *ÖJZ* 2009, 495ff.
- Rudisch* 1994: Österreichisches Internationales Versicherungsvertragsrecht. Das Kollisionsrecht des Versicherungsvertrages vor und nach einem EWR- bzw. EG-Beitritt (1994).
- Rummel/Lukas* (Hg) 2014: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2014).
- Schauer* 1995: Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995).
- Scherpe* 2011: Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht (2011).
- Schimikowski* 2014: Versicherungsvertragsrecht⁵ (2014).
- Schnell/Hill/Esser* 2013: Methoden der empirischen Sozialforschung¹⁰ (2013).
- Schwintowski* 2014: Standardisierung auf den Versicherungsmärkten – Zurück in die Zukunft? *VuR* 2014, 251.
- Schwintowski* 2014a: Die AKB auf dem Prüfstand des Transparenzgebots, *ZfV* 2014, 369-372.
- Stöckli* 2015: „Mehr oder weniger Staat“ im AGB-Recht? in: Belser/Waldmann (Hg) *Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag* (2015) 409-419.
- Straube/Gisch/Berisha* 2014: Österreichisches Versicherungsvertragsrecht. Eine Einführung (2014).

Vonkilch/Knoll 2017: Rechtsfolgen bei intransparenter Vereinbarung einer vertraglichen Hauptleistungspflicht, Zak 2017, 384ff.

Assoz.-Prof. Dr. Simon Laimer, LL.M.
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507 81232
simon.laimer@uibk.ac.at

Tagungsprogramm

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Einladung

Achte Tagung Rechtstatsachenforschung: Recht & Solidarität



Donnerstag, 23. Juni 2016
Freitag, 24. Juni 2016

Universität Innsbruck
Hauptgebäude, 1. Stock
Saal New Orleans, Raum Nr 1119
Christoph-Probst-Platz
Innrain 52



Die diesjährige Tagung „Rechtstatsachenforschung“ widmet sich den vielfältigen Beziehungen von Recht & Solidarität. Angesprochen wird damit die Frage des Funktionierens von Gesellschaft trotz (scheinbarer) Widersprüche zwischen Individuum und Kollektiv.

Die Tagung soll den Rahmen dafür bieten, um

- » einerseits aus der Rechtsdogmatik heraus zu analysieren, wo und in welcher Art und Weise sich Formen von Solidarität in den unterschiedlichen Rechtsbereichen zeigen und
- » andererseits aus gesellschaftstheoretischer und rechtssoziologischer Perspektive zu erheben und zu diskutieren, ob das (bestehende) Recht diese (scheinbaren) Widersprüche in der Praxis auflöst, minimiert oder verfestigt.

Im Mittelpunkt stehen die Beziehungen von Recht, Gesellschaft und Solidarität, wie sie einander wechselseitig bedingen, beeinflussen oder gar ausschließen. Öffentliches und privates Recht, Völker-, Europa-, Unternehmens-, Wohn-, Finanz- und Sozialrecht sind dabei gleichermaßen angesprochen.

Die Tagung richtet sich primär an Rechtsdogmatiker_innen und Rechtssoziolog_innen, es sind aber auch alle anderen Disziplinen willkommen.

Den Eröffnungsvortrag wird Felix Welti (Professor für Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung an der Universität Kassel) zum Thema „Solidarität im Recht“ halten.



Programm

Donnerstag

14.00 Uhr s.t. **Begrüßung durch Dekan Christian Markl**

14.15 Uhr *Felix Welti/Kassel:*
Solidarität im Recht

Diskussion

15.15 Uhr *Eva Nachtschattl/Innsbruck, Michael Ganner/Innsbruck:*

Ein solidarisches Miteinander im legislativen Prozess

15.45 Uhr *Magdalena Flatscher-Thöni/Hall, Caroline Voithofer/Innsbruck:*
Keimzellspenden & Solidarität

Diskussion & Kaffeepause

16.45 Uhr *Andreas Oberprantacher/Innsbruck:*
Die ent-solidarisierende Rechtslogik der Deportabilität

17.15 Uhr *Andreas Müller/Innsbruck:*
Solidarität in der Europäischen Asylpolitik

17.45 Uhr *Thomas Trentinaglia/Linz:*
Solidarität im Bundesstaat am Beispiel der Flüchtlingskrise

19.00 Uhr Brot und Wein

Freitag

9.30 Uhr *Kristin Nemeth/Innsbruck:*

Solidarität im Ehegattenerbrecht?

10.00 Uhr *Verena Stühlinger/Hall:*
Solidarität und ethische Entscheidungsfindung im Gesundheitswesen

10.30 Uhr *Katharina Oberbichler/Innsbruck:*
Help-GV als Solidaritätsbeitrag des Staates zu seinen Bürgern

Diskussion & Kaffeepause

11.30 Uhr *Hannelore Schmidt/Wien:*
Staatliche Solidarität im internationalen Datenverkehr

12.00 Uhr *Simon Laimer/Innsbruck:*
Empirisches zur Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen

12.30 Uhr Diskussion

Normen und Stichworte

- ABGB
§ 144 68, 75
§ 148 75
§ 677 174
§ 727 165
§ 730 166
§ 744f 166
§ 775 165
§ 784 165
§§ 531-824 163
§§ 539ff 171
§§ 552ff 165
§§ 731-743 164
§§ 756ff 164, 171
§§ 765ff 175
§§ 769ff 171
Ablehnungsquote 122
Abstammung 54, 78
AEMR, Art 14 112
AEUV 194 108
Art 122 108
Art 125 25
Art 136 25
Art 174f 108
Art 222 108
Art 67 105, 106, 113, 115
Art 72 129
Art 78 107, 110, 112
Art 80 106, 107, 114, 119, 125, 129
Agamben, Giorgio 88
AGB 231
Agier, Michel 94
Ahrens, Heinrich 163
Alkoholklausel 235
Alleinerziehende 36
Allgemeine
Versicherungsbedingungen 225
allogene Verwendung 62
Alltagssprache 209
Althammer, Jörg 197
Altruistismus 73
AMG 188, 189
Angst 88, 96, 97, 99
Anhaltezentrum 94
Arbeitsteilung 17, 22, 56
Arendt, Hannah 85, 93
Armenwesen 137, 138, 145, 198
Art 15a-Vereinbarung 144
Arzneimittel 187
Arzneimittelstudien 189
ASVG 198
§ 133 180
Asyl 91, 101, 111, 113
Asyl auf Zeit 129
Asyl-, Migrations- und
Integrationsfonds 125
Asylantrag 120, 128, 150, 152
Asylberechtigte 143
Asylpolitik 105, 129
asylum shopping 116
Asylwerber 127, 140, 141, 144
Asylwerberzahl 128
Aufenthaltstitel 109
Aufenthalt 210
Aufnahmerichtlinie 143f
Aufteilungsanspruch 171
Auslegung 112, 165
AußStrG § 174a 174
Australien 49
autogene Verwendung 62
Autonomie 26
Babler, Andreas 151
baby-take-home-Rate 65, 67
Balkanroute 152
Barrierefreiheit 28, 201, 206, 213,
215
BBetrG 140, 141, 142, 148
Beckert, Jens 163
Bedürfnisse der Menschen 198
Befragung 36
Behandlung, medizinische 191
Behandlungsvertrag 69
BEinstG § 3 212
Beistandspflichten 19
Benjamin, Walter 88
Bereitschaft zur Keimzellspende 67
Betreuungsplätze 140
Beziehungen 75, 78
Beziehungen, soziale 56
BGB

- § 1371 175
§ 1931 169
BGBIG 203
§ 6 203
§ 7 204
§ 9 204
Big Data 181
Bioethik 57
Bioethikkommission 185
Bio-Macht 91
Biomedizinikkonvention 186
Broda, Christian 202
Brown, Wendy 87
BSPV §§ 7f 216
Bundes-
Behindertengleichstellungsgesetz
212
Bundesbetreuungsgesetz 141
Bundesteilhabegesetz 44
Bürgerinformationsdienst 218
Bürgerserviceportal 200, 201
Bush, George W. 90
B-VG 136, 203
Art 104 141
Art 12 138
Art 49 203
Art 7 212
Art 8 209
BVG Unterbringung 154, 155, 156, 157
Cardenal, Ernesto 21
Caritas 139
Charta der Grundrechte der Europäischen Union 19
Clinton, Bill 90
Daseinsvorsorge 136
Datenschutz 218
DDR 29
Deleuze, Gilles 97
Delinquenz 97
Demenz 182
Demokratie 17, 26, 88
Deportabilität 87
Deportation 86, 87, 90
deportation gap 93
Deportationsfähigkeit 87
Design For All 206
Disziplinargesellschaft 97
Doralt, Werner 209
Dublin-II-VO Art 3 120Dublin-III-
VO 121, 145
Art 17 120
Dublin-IV-Verordnung 127
Dublin-System 101, 115, 117, 118, 125
Durchgriffsrecht 154, 158
Durkheim, Emile 15, 17, 56
Dysfunktionalität 118, 128
effet utile 115
eGovernment 197, 202, 218
Ehe und Familie 32
EheG
§ 83 171
§§ 81ff 171
Ehewohnung 167
Eigenverantwortlichkeit 137
Eigenverantwortung 197, 200
Einsichtsrecht 78
Eizellenspende 58, 72
Elternschaft 78
EMRK 112, 200
Art 2 137
Art 3 119, 123, 137
Enterbungsgrund 164
Entscheidungsfindung 179, 181
Entscheidungsfreiheit 71
Entscheidungsprozesse 42
Entscheidungsunterstützung 190, 191
Entsolidarisierung 28, 32
Erbfolge, gesetzliche 164
ErbRAG 2015 165, 170, 174
Erbrecht 163
Erbrecht, gesetzliches 166
Erbrechtsreform 164
Erwartung 16, 20
Ethikberatung 184, 191
Ethikkomitees 184
Ethikkommissionen 184
Ethikräte 184
Eurodac-Verordnung 116
Europäischer Flüchtlingsfonds 125

- EUV 108
Art 2 23, 109, 130
Art 21 110
Art 3 23, 105
Art 6 115
Art 7 121
Exklusion 199, 200
Expertenbefragung 226
Fachärzt_innen für Frauenheilkunde und Geburtshilfe 69
Fairness 115, 233, 234
Familie 53
Familienerfolge 164
Familienzusammenführung 129
Ferrari, Susanne 173
Fertilitätsreserve 80
Finanzverfassung 137
Flucht 105, 109, 112
Flüchtlinge 20, 25, 36, 135, 143
Flüchtlingskrise 106, 135
FMedG 60
§ 1 69, 76
§ 11 71, 77
§ 12 78
§ 14 60, 72
§ 16 67, 73
§ 2 60, 65, 66, 68, 69, 77
§ 20 69, 75, 78
§ 21 60, 72, 79
§ 2b 60, 62, 68, 72, 75
§ 3 60, 61, 66, 70
§ 4 68, 70, 78
§ 5 68, 78
§ 6 71
§ 7 69, 71, 74, 75, 79
§ 8 61
§ 12ff 71
§ 21 71
FMedRÄG 2015 60, 74, 77
focal point 41
Föderalismus 136, 188
Forschungsskandale 187
Fortpflanzungsmedizin 53, 59
Foucault, Michel 89, 91, 97
Fragebogen 226
Freezing 68, 75
Freiheit der Wissenschaft 187
Fremde 87, 91
Frontex 94
Funktionalität 118
Gameten 53
GASP 108
Gastrecht 20
Gebärdensprache 209
GEEVO
§ 1 62
§ 11 77
§ 3 77
§ 5 74
Gefahrengemeinschaft 223
Gegenseitigkeit 16, 20, 21, 223
Gemeinderichtwert 155
Gendefekt 191
Generationenvertrag 34, 35
Genfer Flüchtlingskonvention 22, 110
Art 23 138
Art 33 112
Gerechtigkeit 29, 197
Gerechtigkeitserfordernis 115
Geschwister 169
Gesundheit 67, 74, 77
Gesundheitsdatenbanken 181
Gesundheitspolitik 184
Gesundheitsversorgung 53, 180
Gesundheitswesen 179
Gewebesicherheitsrecht 74
Gewissensfreiheit 71
GG Art 16a 112
globalisierende Welt 100
Globalisierung 90
Google Translator 210
GRC 109, 115, 130
Art 4 120, 123
Art 15 19
Art 18 111, 112
Art 19 123
Art 24ff 19
Art 27ff 19
Art 27-38 109
Grenzanlage 87, 90
Grenzen 126
Grimm, Brüder 15
Grundfreiheiten 200, 201

- Grundrechte, soziale 198, 201
Grundversorgung 140, 142, 143, 144, 146
GSG
§ 15a 62
§ 2 62
§ 4 73, 74, 77
§ 9 67
Guevera, Ché 21
Gutachten 92
GVV
Art 3 149, 150
Art 9 150
Haftung 180
Haftungsausschlussklausel 217
Handeln, solidarisches 57
Hardt, Michael 97
Hausrat 167
HELP 197, 199
Hilfe, soziale 199
Humanforschungsgesetz 187
Humanität 95, 143, 200
Illegal 89, 90, 99, 101, 143
Illegalität 85
Individualversicherung 223
Individuum 183, 193, 223
Inklusion 44, 200, 213
Insolvenzrecht 31
Institutionalisierung 179
Internierungslager 86
In-Vitro-Fertilisation 60
IVF-Fonds 63, 65, 70
IVF-Fonds-G 67
§ 1a 63
§ 2 63
§ 4 63, 66
§ 5 63
IVF-Fonds-Jahresbericht 63
IVF-Register 72, 79
KaKuG 188
Kant, Immanuel 87
Keimzellen 53, 58
Khosravi, Shahram 96
Kimmich, Otto 112
Kinder 76
Kinderrechtskonvention 111
Kindeswohl 76, 182, 191
Klauselflut 229
Klauselgültigkeit 233
Klinische Studien 188
Kollektiv 183, 193, 223
Kollektivvertrag 17
Kompetenzfrage 141, 145
Kompetenzverteilung 136, 155, 188
Kontrolle, soziale 17
Kontrollgesellschaft 97, 98
Koordinierungsstelle 41
Körperverletzung 191
Kostenbegriff 57
Krankenanstalten 192
Krankenanstaltenwesen 188
Krankenversicherung 180
Kundmachung 203, 205
Länderquote 140, 141, 146, 147, 148, 151, 153
Lebenserwartung 169
Lebensgefährt_innen 164
Lebenslagenkonzept 211
Legisvakanz 205
Legitimation 183, 194
Leichte Sprache 207
letztwillige Verfügung 165
Loyalität 201
Luf, Gerhard 193
Luhmann, Niklas 199
M.S.S./Belgien und Griechenland 119
Macht 17, 97
Marktfreiheiten 20
medical freezing 68
Mediengesetz 217
Mediziner_innen 69
Medizinprodukte 187
Menschenrechte 22, 201
Menschenrechte, soziale 20, 29
Migration 209
Milieu 36
Mindestsicherung 129, 136, 147
Monitoring-Stelle 41
moral hazard 18
MPG 188, 189
Nahebeziehung 164

- Negri, Antonio 97
Normalisierung 97
Normen, soziale 16
Notfallhilfe 126
Nothilfe 20
Nutzenbilanz 35
Obama, Barack 90
Obdachlosigkeit 143, 151, 153
Online-Fragebogen 226
Optimierungsaspekte 79
Organspende 53
Othering 100
Partizipation 41, 42
Partnerspende 62
Patientenverfügung 191
Pflege 34, 188
Pflegeheime 192
Pflichtteilsrecht 164, 168, 171
Pöschl, Magdalena 150
Prager Frühling 139
Präimplantationsdiagnostik 181
Privatisierung 24
Privatwirtschaftsverwaltung 136, 140, 141, 144, 154
Puid 121
Qualitätsprüfung 217
Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts 105, 123
Rechnungshof 141
Rechte, soziale 199
Rechtsinformationssystem 203
Rechtskenntnis 204
Rechtskraft 204
Rechtsphilosophie 85
Rechtssicherheit 125, 227
Rechtssoziologie 18, 35, 55
Rechtstatsachenforschung 18, 35
Rechtsvergleich 175
Refolement-Verbot 112
refugees in orbit 116
Regelungsbedürfnisse 176
Regieren 92
Regierung 89
relocation 126
Reproduktion 54
resettlement 126
Risikogemeinschaft 224
Sachverständig 92
Sachwalterrecht 44
Samenspende 58, 60, 66
Samenspenden 72
Scheidung 170, 171
Schubhaftzentren 98
Schuman-Erklärung 130
Schutzklausel 129
Sciortino, Giuseppe 87
Seghers, Anna 86
Selbstbestimmung 190, 207
Selbsteintrittsrecht 120
Selbsthilfe 199
Selbstverantwortung 53
Selbstverpflichtung des Staates 199
Selbstvertreter 45
Sicherheit 16, 29, 197
Sicherheit, soziale 24, 198
social freezing 68, 75
Solidarausgleich 17
Solidargemeinschaft 21
Solidargemeinschaften 17, 24
Solidarhaftung 180
Solidarisierung mit
Entscheidungsträger_innen 179
Solidarität 55, 64
Solidarität, Begriffseingrenzung 15
Solidarität, effektive 130
Solidarität, finanzielle 107, 125
Solidarität, flexible 127, 130
Solidarität, gelebte 135
Solidarität, gesetzlich angeordnete 201
Solidarität, in der Familie 164, 168
Solidarität, internationale 23
Solidarität, mechanische 17
Solidarität, mitgliedstaatliche 107, 108, 114, 115, 122, 124, 129
Solidarität, organische 17
Solidarität, praktische 125
Solidarität, tansunionale 124
Solidarität, territoriale 27
Solidarität, transunionale 109, 110, 112, 113, 115, 122, 130
Solidaritätsbereitschaft 16
Solidaritätsmechanismen 119
Solidaritätsmechanismus 128

- Solidarunion 130
Souveränität 87, 90
Souveränität, territoriale 22
Souveränitätsklausel 120
Sozialcharta 198
Sozialhilfe 139, 142
Sozialpakt 20
Sozialstaat 19, 24, 197
Sozialstaatsmodell 200
Sozialversicherung 17, 24, 27, 28, 53, 180, 223
Spende 53, 58, 62
innerfamiliär 73
Spendemodelle 80
Spender_innen 71
Spendesystem 54
Sprachenvielfalt 211
staatenlos, de facto 85
Staatenlose 85
Staatenlose, de facto 101
Staatenlosigkeit, de facto 96
Staatssolidarität 22
staatliche Aufgabe 135
Staatsgrundgesetz 200
Stabilisierung von Erwartungen 16
Stufenmodell der Partizipation 42
Systemtheorie 199
Tarakhel/Schweiz 123
Teilhabe 199, 200, 210
Teilhabechancen 198
Teilnovelle zum ABGB 167
Testament 166
Testierfreiheit 165, 171
Testierquote 174
Tod 170
Traiskirchen 139, 151
Transparenz 47
Transparenzgebot 231
Trump, Donald J. 90
Umverteilung 28, 29, 126
Unabhängigkeit 183
UNB-BRK 19
Art 3 44
Art 4 41, 48, 49
Art 9 212
Art 34 44
Art 29 44
Art 33 41, 49
Art 35 44
UNHCR 105, 139
Unionsbürgerschaft 24
Unionsgrundrechte 120
UN-Kinderrechtskonvention 77
Unterhalt 33, 170
Verantwortung 149, 182, 201
Verantwortung, kollektive 53
Verantwortungsgemeinschaft 138
Verbraucher 231
Verhalten, soziales 57
Verhaltenserwartungen 16
Vermögensübergang 165
Versicherung 29
Versicherungsrecht 223
Verteilung 183, 193
Vertrauen 122, 187
Vertriebene 126
Volk 26
Volkshilfe 139
Vorausvermächtnis 166, 167, 175
Wahrscheinlichkeit 224
Werte 19, 109, 200
Werteklausel 109
Wirkungen 35
Wohlfahrtsstaat 199f
Wohnrecht 168
Wording Guide 208
Würde 109
ZGB
Art 204, 210, 215 176
Art 462 169
Zugang zum Recht 202
Zugewinn 175
Zuständigkeit 136, 139, 145
Zustelldiensteverordnung
§ 3 212
Zustellgesetz § 29 212

Autorinnen und Autoren

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
michael.ganner@uibk.ac.at

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Magdalena Flatscher-Thöni

Institut für Public Health, Medical Decision Making & HTA
Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik,
UMIT
Eduard-Wallnöfer-Zentrum 1, A-6060 Hall in Tirol
magdalena.flatscher-thoeni@umit.at

Assoz.-Prof. Dr. Simon Laimer, LL.M.

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
simon.laimer@uibk.ac.at

Assoz.-Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale)

Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
andreas.mueller@uibk.ac.at

Mag.^a Eva Nachtschatt

Max Planck Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik
Amalienstrasse 33, D-80799 München
nachtschatt@mpisoc.mpg.de

Ass.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Kristin Nemeth, LL.M.

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
kristin.nemeth@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Katharina Oberbichler

Alfred-Wagner-Straße 6, A-6130 Schwaz
office@katharina-oberbichler.at

Assoz.-Prof. Dr. Andreas Oberprantacher

Institut für Philosophie, Universität Innsbruck
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck
andreas.oberprantacher@uibk.ac.at

Dr. in Verena Stuehlinger, LL.M.

Department für Public Health, Versorgungsforschung und Health
Technology Assessment, UMIT – Private Universität für
Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik
Eduard Wallnöfer-Zentrum I, A-6060 Hall in Tirol
verena.stuehlinger@umit.at

Mag. Dr. Thomas Trentinaglia

Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht, Johannes-Kepler-Universität Linz
Taubenmarkt 1, A-4020 Linz
thomas.trentinaglia@jku.at

Dr. in Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Univ.-Prof. Dr. Felix Welti

FB Humanwissenschaften
Universität Kassel
Arnold-Bode-Straße 10, D-34109 Kassel
welti@uni-kassel.de

Die Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung“ verfolgt das Ziel, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts und seine tatsächliche Anwendung darzustellen und zu analysieren. Band 9 enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung“, die im Juni 2016 in Innsbruck stattgefunden hat. Die Tagung stand unter dem Motto „Recht & Solidarität“.

Beim Themenkreis „Recht & Solidarität“ handelt es sich zugleich um einen klassischen sowie um einen zeitlosen und derzeit hochaktuellen Topos. Die Aktualität verdeutlichen va die Beiträge zu rechtlichen und gesellschaftlichen Herausforderungen mit Migrationsbewegungen in diesem Band von *Andreas Oberprantacher* (Innsbruck), *Thomas Trentinaglia* (Linz) und *Andreas Th. Müller* (Innsbruck). Das Thema bietet aber auch „klassisch“ zahlreiche Möglichkeiten, sich rechtsdogmatisch sowie theoretisch mit den facettenreichen Zusammenhängen zwischen Recht & Solidarität zu beschäftigen. Dies zeigt allen voran der Eröffnungsbeitrag von *Felix Welti* (Kassel), der einen breiten Einblick über die Relevanz des Themas aus Sicht von Recht & Gesellschaft liefert. Die Beiträge von *Eva Nachtschatt* (München)/*Michael Ganner* (Innsbruck) und *Simon Laimer* (Innsbruck) widmen sich empirischen Forschungsprojekten. *Caroline Voithofer* (Innsbruck)/*Magdalena Flatscher-Thöni* (Hall in Tirol), *Kristin Nemeth* (Innsbruck) und *Verena Stühlinger* (Hall in Tirol) stellen in ihren Beiträgen Überlegungen zu Zusammenhängen zwischen Rechtsnormen und Solidarität an. *Katharina Oberbichler* (Innsbruck) präsentiert HELP als Solidaritätsbeitrag des Bundes.

ISBN 978-3-903187-16-0



9 783903 187160