



21. ÖSTERREICHISCHER JURISTENTAG

1. - 3. Juni 2022

Schlussbericht der Abteilung Öffentliches Recht „Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen“

Das Gutachten von **Michael Holoubek** widmet sich wesentlichen Fragestellungen in drei zentralen Bereichen: Erstens: Wo stehen wir? Hier werden zunächst Entwicklungs-, Verstehens- und die Konstruktionsgeschichte der Grundrechte als Ausgangspunkt diskutiert. Bei der zweiten und zentralen Frage geht es mit dem Blick nach vorne darum, wohin die Reise gehen könnte. Anhand einzelner Referenzgebiete wird gezeigt, vor welchen Herausforderungen die Grundrechte stehen und welche grundrechtlichen Weichenstellungen sich auf tun und diskutiert werden. Leitlinie ist hier der Versuch, die richtigen Fragen zu stellen und Implikationen aufzuzeigen, die eine Grundrechtsentwicklung in die eine oder andere der möglichen Richtungen haben könnte. In einem dritten Schritt wird versucht, einige allgemeine Fragen, die bei der Diskussion der Herausforderungen an den Grundrechtsschutz und möglicher Entwicklungen immer wieder aufzutauchen, zu identifizieren und anhand dieser Fragestellungen in einer Art Stärken- und Schwächenanalyse darüber nachzudenken, welche Anforderungen sich an die Grundrechtsdogmatik stellen werden und was ihr besonderer Beitrag zur künftigen Entwicklung sein könnte.

Hervorzuheben ist dabei zum einen die im Gutachten vertretene Position, dass viele grundrechtliche Herausforderungen nicht zu bewältigen sein werden, wenn die soziale Dimension nicht mitberücksichtigt wird; soziale Grundrechte sind als Grundrechte ernst zu nehmen, wenn unsere Grundrechtsordnung auf anstehende Herausforderungen – wie Digitalwirtschaft, Klimawandel, Mindestsicherung, Existenzminimum oder Vertrauensschutz und Altersversorgung – funktionsadäquat und damit schutzadäquat reagieren soll. Dabei wird auch verstärkt die Entwicklung, die der Verfassungsgerichtshof mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 zur GRC eingeleitet hat (VfSlg. 19.632), ernsthaft weiterzuführen sein.

Ein Thema, das noch wenig im allgemeinen Aufmerksamkeitsfeld steht, ist die Frage, ob wir uns weiterhin ein ausschließlich anthropozentrisches Grundrechtsverständnis leisten können oder ob bestimmte grundrechtliche Schutzwirkungen nicht auch anderen Lebewesen, Tieren oder konkreten Ausprägungen unserer Umwelt im Sinne unserer natürlichen Lebensgrundlagen zukommen sollen.

Ein weiteres Entwicklungsfeld ist der Gesamtkomplex des sogenannten intertemporalen Grundrechtsschutzes. **Katharina Pabel** beschäftigte sich in ihrem Referat mit dem Thema „Möglichkeiten und Grenzen von Grundrechten; Fragen an den Grundrechtsschutz bei Klimaklagen“. Im Mittelpunkt ihrer Überlegungen standen der Klimabeschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 2656/18 vom 24. März 2021), die Position des österreichischen Verfassungsgerichtshofes und die Rechtsprechung des EGMR. In den letzten Jahren ist verstärkt zu erkennen, dass vom Klimawandel (potenziell) Betroffene und Klimaschutzaktivisten eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Anliegen gesucht haben. Wenn ein Verfassungsgericht den Grundrechtsschutz ausweitet, bedeutet das aber im Tatsächlichen stets eine Verschiebung der Gestaltungsmacht von der Gesetzgebung zur Verfassungsgerichtsbarkeit.

Angesichts der prozessualen Hürden, die bei Individualanträgen an den Verfassungsgerichtshof zu überwinden sind, schlägt Pabel den Weg einer abstrakten Klimaklage vor. Eine Verfassungsbestimmung mit einer expliziten Selbstbindung hinsichtlich der Ziele des Klimaschutzes könnte den Klimaschutz einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung öffnen und einen Gestaltungsspielraum bei der Gewichtung des Klimaschutzes und anderer öffentlicher Interessen in der konkreten Umsetzung einräumen.

In der **Diskussion** wurde u.a. die Übertragbarkeit des Erfolgsmodells der Freiheitsgrundrechte auf soziale Grundrechte und deren Durchsetzbarkeit, aber auch ein mögliches Grundrecht auf Klimaschutz diskutiert. Insbesondere beim Klimaschutz trafen ganz unterschiedliche und widerstreitende Interessen aufeinander; eine Aufgabenzuweisung an Gerichte drängt diese zwangsläufig in die Rolle eines positiven Gesetzgebers. Gleichzeitig wurde auch darauf hingewiesen, dass es den Handlungsspielraum des Gesetzgebers einschränken würde, wenn der Klimaschutz Teil des verfassungsrechtlichen Prüfmaßstabs würde.

In Bezug auf Klimaklagen wurde allerdings auch darauf hingewiesen, dass es schon die bestehenden Grundrechte und prozessualen Rahmenbedingungen Höchstgerichten ermöglichen könnten, inhaltliche Entscheidungen zu Gunsten des Klimaschutzes zu treffen; kritisiert wurde in diesem Zusammenhang die restriktive Haltung etwa des VfGH (vgl. VfSlg. 20.185/2017).

Michael Lysander Fremuth beschäftigte sich mit der „Rechtlichen Würdigung des Angriffskriegs der Russischen Föderation gegen die Ukraine“. Er skizzierte in seinem Referat Entwicklungen, die eine neue Situation für Menschenrechte in Zeiten eines bewaffneten Konflikts ergeben. In seinem Referat belegte er zunächst die Rechtswidrigkeit der russischen Aggression anhand des Gewaltverbotes der Charta der Vereinten Nationen, eines Fundamentalprinzips der modernen Völkerrechtsordnung. Auch der Frage nach dem Vorliegen eines Genozides sowie von Verbrechen gegen die Menschlichkeit – neben Kriegsverbrechen stellen sie zwei weitere internationale Kernverbrechen dar – wurde nachgegangen. Schließlich wurde die Rolle der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt gewürdigt und insbesondere das Wechselverhältnis zum Humanitären Völkerrecht betrachtet. Nicht zuletzt unter Auswertung der einschlägigen Judikatur internationaler Gerichtshöfe und Menschenrechtsgerichtshöfe zeigt sich, dass

den Menschenrechten mittlerweile ein beachtlicher Raum gegenüber dem und im Humanitären Völkerrecht eingeräumt wird, wenngleich festzustellen ist, dass blinde Flecken und Schutzlücken verbleiben. Abschließend wurden Reaktionsmöglichkeiten auf den Angriffskrieg, von militärischen Optionen bis hin zu justizförmigen Sanktionen, skizziert.

Angelika Nussberger referierte über die „Entwicklung der Grundrechte im Hinblick auf neue Herausforderungen: die nationale oder die europäische Ebene als ‚Trendsetter‘“? Dabei wurden die einzelnen Akteure im Rechtsprechungsdialog zu Grundrechten diskutiert: die Interessengruppen, Gerichte sowie politische Verantwortungsträger und Gesellschaft und internationale Organisationen. Im Rahmen einer äußerst umfassenden Vergleichung der Grundrechtsentwicklung auf den verschiedenen Ebenen wurden als „Trends“ anzusprechende Entwicklungen in der Rechtsprechung der nationalen und europäischen Höchstgerichte analysiert und bewertet. Trends betreffen insbesondere die Neuinterpretation der Rolle der dafür verantwortlichen Gerichte, das geänderte Verständnis des Prozessrechts und das Aufgreifen von bestimmten wiederkehrenden Argumentationsmustern. Bei allen Gerichten, deren Stimme im länderübergreifenden Austausch deutlich wahrgenommen wird, ist nachzuweisen, dass sie ihre Mission sehr weit ausgelegt und nicht selten auch Befugnisse beansprucht haben, die ihnen de lege lata eigentlich nicht zukamen. Als Beispiel in Bezug auf den EGMR ist Rule 39 der Verfahrensordnung zu erwähnen. Danach hat sich der Gerichtshof selbst das Recht zuerkannt, einstweilige Anordnungen mit bindender Wirkung zu erlassen, um die Durchführung der Verfahren zu sichern. Zunächst wurden diese Anordnungen in jahrzehntelanger Praxis auf Gefährdungen von Leib und Leben (Art. 2 und Art. 3 EMRK) begrenzt, mittlerweile trifft der Gerichtshof derartige Anordnungen aber in sehr viel weiterem Umfang.

In der **Diskussion** wurde die Maßgeblichkeit der GRC für die Rechtsprechung des EGMR erörtert und betont, dass diese Rechtsquelle bereits Praxis von Mitgliedstaaten der EMRK ist, aber auch normativ den Interpretationsvorgang bestimmt; dies vor allem vor dem Hintergrund, dass sich die GRC als Fortschreibung der EMRK versteht. Nach dem Austritt von Russland aus der EMRK ist zudem die Diskrepanz zwischen der Zahl der EU-Mitgliedstaaten (27) und jener Mitgliedstaaten, die nicht der EU angehören (19) nicht mehr so groß, zumal wenn man bedenkt, dass es einige Staaten gibt, die über keine abweichende Rechtstradition verfügen.

Die im Referat erwähnte Problematik von Rule 39 der Verfahrensordnung wurde in der Diskussion vertiefend erörtert. Sie sei verfahrensrechtlich nachzuschärfen und müsse auf eine höhere Legitimationsebene gehoben werden. In rechtsstaatlicher Hinsicht sei sie extrem problematisch. Vor allem angesichts der Länge der Verfahren vor dem EGMR sei die einstweilige Anordnung zwar das effektivste Schwert, da sie innerhalb kürzester Zeit zu treffen ist. Aber sie weist eine Reihe von Problemen auf: So ist nicht bekannt, welcher duty judge die – begründungslose – Entscheidung getroffen hat. Und in einigen Fällen werde das Prinzip der Subsidiarität verletzt, da einstweilige Anordnungen getroffen wurden, obwohl die betroffenen Verfahren innerstaatlich noch vor den nationalen

Verfassungsgerichten anhängig waren, die möglicherweise ohnehin den Garantien der EMRK zum Durchbruch verholfen hätten.

Einen weiteren Schwerpunkt bildete schließlich der Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI). Um ein gemeinsames Grundverständnis über den Gegenstand herzustellen, auf den dann eine Grundrechtsbewertung aufsetzen kann, erörterte **Bernhard Nessler** die Funktionsweise, die Möglichkeiten und Grenzen der KI und was die Visionen ihrer Entwickler:innen sind. Dabei wurde etwa anhand von interaktiven Beispielen mit dem Publikum erarbeitet, dass die Ergebnisse einer „black box“ jener von „Bauchgefühlen“ gleichen, von aktuellen Machine-Learning-Systemen seien jedenfalls keine Argumentationen zu erlangen.

Iris Eisenberger referierte über die grundrechtlichen Herausforderungen durch den Einsatz von KI. Sie vertritt die These, dass es in zahlreichen Lebensbereichen verstärkt dazu kommen wird, dass technologische Kontrolle in Teilbereichen rechtliche Normierung ersetzen wird. Im Bereich der Meinungsfreiheit sehen wir schon heute, wie sehr dies demokratische Gesellschaften herausfordert. Die zweite These von ihr lautet, dass die zunehmende technologische Kontrolle zu Erosionen der Grundrechtsvoraussetzungen führen wird. Unter Grundrechtsvoraussetzungen versteht sie jene gesamtgesellschaftlichen Bedingungen, die es braucht, um Grundrechte individuell ausüben zu können.

Anhand von zwei Beispielen wurde der Einsatz von KI bzw. von Algorithmen und deren Implikationen diskutiert:

Zur Unterstützung im AMS wurde der AMAS-Algorithmus entwickelt, das allerdings aufgrund heftiger (auch rechtlicher) Kritik dzt nicht angewendet wird. Der Algorithmus soll Arbeitssuchende in drei Kategorien unterteilen – in solche, die sofort, mittelfristig oder gar nicht mehr am Arbeitsmarkt vermittelbar sind. Mit dieser Kategorisierung sollen dann Leistungen des AMS verknüpft werden. Das System soll anhand etlicher Parameter, etwa Alter, Geschlecht oder Bildung die Arbeitsmarktchancen von Arbeitssuchenden prognostizieren, indem es die Daten der Arbeitssuchenden mit Daten von ehemals Arbeitssuchenden vergleicht. Wenn allerdings vorliegende Daten eine schlechte Qualität haben, dann sind qualitativ ebenso schlechte Ergebnisse zu erwarten. Kategorisieren und klassifizieren algorithmische Systeme, dann erfolgt dies häufig im Verborgenen und in aller Regel ohne unseren Einfluss. Der Einsatz von KI verstärkt daher die Klassifizierungsproblematik. Anders wäre es nur, wenn es gelänge, Systeme zu entwickeln, die auch von sich aus erklären können, wie sie Muster erkennen, warum sie welche Zusammenhänge für relevant halten und warum sie einzelne Menschen einzelnen Kategorien zuordnen.

Ein zweites Beispiel ist ein System der KI, das bei der Einheit für Betrugsbekämpfung im österreichischen Finanzministerium für die Fallauswahl für Betriebsprüfungen und Lohnsteuerprüfungen sowie für die Vorabkontrolle von Steuererklärungen im Hinblick auf Auffälligkeiten eingesetzt wird. Das System schlägt die Personen oder Unternehmen zur Prüfung vor,

bei denen ein Mehr an Steuerleistung zu erwarten ist. Auch hier werden Daten von Personen oder Unternehmen herangezogen, bei denen Prüfungen erfolgreich zu mehr Geld für die Finanz geführt haben. Die KI klassifiziert auf Basis dieser Daten andere Personen oder Unternehmen, von denen höhere Steuereinnahmen zu erwarten sind als sich auf Grund ihrer Steuererklärung zu erwarten ist. Auch dieses Modell berührt das Recht auf Privatleben, den Gleichheitssatz und das Recht auf ein faires Verfahren.

In der **Diskussion** wurde hervorgehoben, dass diese beiden Systeme nur eine Trefferquote von 60 – 80% aufweisen. Für Zertifizierungen derartiger Systeme sind allerdings Trefferquoten von 90 % und höher erforderlich, weshalb auch in dieser Hinsicht der Einsatz dieser Systeme kritisch zu hinterfragen ist. Zudem wurde hervorgehoben, dass die Verwendung von KI in der öffentlichen Verwaltung einen Legitimationsbedarf habe und dies in der Folge auch dazu führt, dass Ergebnisse erklärbar und begründbar sein müssen. Insbesondere wurde auch betont, dass der Einsatz von KI nicht zu Diskriminierungen führen dürfe.

Große Übereinstimmung gab es in der Frage, dass man nicht ständig neue Grundrechte erfinden müsse, sondern zunächst das vorhandene Arsenal ausreichend genutzt werden solle.

Ingrid Siess-Scherz

Vorsitzende

Angela Julcher

Stellvertretende Vorsitzende