

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat • • • • • nr 2.2001

thema 

Spuren im Recht

recht & gesellschaft

Quo vadis, Quote?

Grenzen erlaubter Verteidigung

Der partizipatorische Strafprozess

Bundesrat: Nebenraum im Parlament?

P. b. b. · Verlagspostamt 1140 · 19674W91E · öS 90,- · ISSN 1019-5394

Verlag  Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Für Context herausgegeben von

• • • • •
Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

Inhalt

recht & gesellschaft

Stefan Ebersperger	Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus	55
Martin F. Polaschek	Säule der Verfassung oder Nebenraum im Parlament?	60
Sepp Brugger	Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich	64
Franz Salditt	Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses	65
Christian Bertel	Die Grenzen erlaubter Verteidigung	70
Sabine Wagner	Quo vadis, Quote?	72
Christopher Pollmann	Identität und Recht	75
Wolfgang Moringner	Entstaubung. Eine Buchbesprechung	78
Eberhart Theuer	Wildes Recht und Wilde Welt	81

thema: spuren im recht

Birgit Feldner, Nikolaus Forgó	Spuren im Recht	82
Andreas Görgen	Offene Lücken im geschlossenen Rechtssystem?	83
Miloš Vec	Die Spur des Täters	89
Loredana Cappelletti	Auf den Spuren des etruskischen Rechts	95
Claudia Kreuzsaler	Tintenspuren zum Recht	100

rubriken

vor.satz	Birgit Feldner Die Fabel vom großen Ei zum kleinen Preis	53
merk.würdig	Kurzmeldungen	54
nach.satz	Iris Kugler Men's dreaming (gender)	104
impressum	63

Die Fabel vom großen Ei zum kleinen Preis

Birgit Feldner

Rezente Studien ergeben, dass Österreichs Wirtschaft in den nächsten Jahren einen hohen Bedarf an qualifizierter Arbeitskraft haben wird. Österreichische Arbeitskräfte werden diesen Bedarf nicht abdecken können. Der Vorschlag, die Zuwanderungsquoten zu erhöhen, liegt aber nicht im Interesse der Regierung. Bundeskanzler Schüssel vertritt den Standpunkt, dass Ausbildung und Fortbildung in Österreich selbst verbessert werden müssen, sodass die für die Wirtschaft notwendigen Arbeitskräfte doch in Österreich gefunden werden können.

Die Verbesserung der Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten in Österreich ist natürlich eine gute Idee. Und korreliert mit der Forderung der Bundesministerin für Wissenschaft, Elisabeth Gehrler, dass Forschung und Lehre an Österreichs Universitäten Weltklassenqualität erreichen mögen.

Das freilich ist nur möglich, wenn es gelingt, Leute, die eine solche Weltspitze erreichen können, in Österreich zu halten oder nach Österreich zu holen. Was schwierig ist, wenn man sich Österreichs Bürokratie vor Augen hält.

Auch sind die Gehälter an den Universitäten wenig geeignet, eine Weltspitze anzusprechen: An dieser Stelle sei ein monströser Vergleich gestattet: Frau Fabel hat als vorgebliche Akademikerin den Posten der Kabinettschefin im Sozialministerium bekleidet. Sie hat ein sehr hohes Grundgehalt und die Abgeltung jeder einzelnen Überstunde ausgehandelt. Sie soll damit auf ein Gehalt von rund 200.000 ATS gekommen sein. Was deshalb möglich war, weil ihre Arbeitskraft vom Ring Freiheitlicher Wirtschaftstreibender ausgeliehen und im Ministerium daher als Sach- und nicht als Personalaufwand verbucht werden konnte. Das ist und war und wird wahrscheinlich weiterhin die Praxis der Ministerien sein.

Nehmen wir ruhig an, dass Frau Fabel ihren Job gut erledigt hat. Fingieren wir ein absolviertes Studium hinzu: Denken wir uns also eine tüchtige Aka-

demikerin, die als Kabinettschefin arbeitet. Denken wir uns im Vergleich dazu eine tüchtige Akademikerin, die eine Universitätskarriere einschlagen möchte. Trotz des geplanten neuen Dienstrechts (abrufbar unter <http://www.bmwf.gv.at>). Im Zeitpunkt der Promotion ist sie Anfang 30, im Zeitpunkt der Habilitation 40: Schließlich kann sich die Akademikerin nicht nur auf ihre Tätigkeit im Bereich der Forschung und Lehre konzentrieren, sondern hat einen guten Teil ihrer Arbeitskraft in Verwaltungsaufgaben zu stecken (etwa im Rahmen der Gleichbehandlung, der EDV, der Nostrifizierung, der Betreuung ausländischer Studierender etc).

Warum sollte die hoch qualifizierte Akademikerin das tun? Um als 60-jährige – vielleicht sogar als Weltspitzenakademikerin – vielleicht die Hälfte einer forschenden 36-jährigen Frau Fabel zu verdienen? Wirtschaft und Politik sind zurzeit begehrtere Arbeitgeber, die Universitäten wenig attraktiv: Wenig Grundgehalt, keine Sozialleistungen (wie Essensmarken etc), weder finanzielle Abgeltung noch Zeitausgleich für geleistete Überstunden, Verträge auf Zeit und keine gesicherte Pension. Warum sollten sich höchstqualifizierte AkademikerInnen das antun? Ethos und Ehre?

Es ist illusorisch zu glauben, dass die Bedingungen an Österreichs Universitäten Weltspitzenkarrieren unterstützen könnten. Laut Entwurf des Universitätslehrerdienstrechts-Änderungsgesetzes soll die Attraktivität des Wissenschaftsstandortes Österreich gesichert und ausgebaut werden. Ein hehres Ziel – die angestrebten Mittel sind aber wenig einfallsreich: „Die Reformüberlegungen münden in der Schaffung eines neuen Dienstrechtsmodells: Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universitätsassistent, Vertragsprofessor im befristeten Dienstverhältnis, Universitätsprofessor im unbefristeten Dienstverhältnis. Das Modell ist dadurch gekennzeichnet, dass der Aufnahme in je-

de dieser Verwendungen grundsätzlich eine Bewerbung voran zu gehen hat. Lediglich bei Vertragsprofessoren im befristeten Dienstverhältnis kann die Universität dem Professor eine Umwandlung in ein unbefristetes Dienstverhältnis anbieten . . .“ Letzteres versucht Gehrler als durchlaufendes Karrieremodell für Professoren zu vermarkten: Bloß bei den Assistenten gebe es keine durchlaufende Karriere, bei den Professoren hingegen schon.

„Für junge Akademiker ist der Einstieg im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses zum Erwerb des Doktorats vorgesehen. In das Dienstverhältnis als Universitätsassistent soll künftig keine Überleitung Platz greifen, sondern dieses vertraglich befristete Dienstverhältnis nur bei entsprechender Qualifikation und erfolgreicher Bewerbung zugänglich sein. Nach Auslaufen dieses Dienstverhältnisses sollen durch eine ausreichende Anzahl befristeter und unbefristeter Vertragsprofessorenstellen die Chancen eines Wissenschaftlers (Künstlers) auf eine erfolgreiche Bewerbung um eine Professorenstelle und damit auf einen weiteren Verbleib an der Universität (Universität der Künste) gewahrt bleiben.“ (Entwurf des Universitätslehrerdienstrechts-Änderungsgesetzes)

Und damit sind wir beim heiklen Punkt: Es gibt nämlich keine „ausreichende Anzahl befristeter und unbefristeter Vertragsprofessorenstellen“. Und es ist nicht ersichtlich, wie, wo und wann die vorgeblichen Professorenstellen aus dem Nichts heraus entstehen sollten. Aufgrund dieser mangelnden Stellen ist es kurzsichtig zu glauben, man könne etwa das deutsche Dienstrechtsmodell übernehmen, das kein „Beförderungsverfahren“ in ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit vorsieht: Prof. Zechlin, Rektor der Universität Graz, hat eben eindrücklich dargestellt, wie unterschiedlich die Rahmenbedingungen an deutschen und österreichischen Universitäten sind (s. BUKO 01/1, 9–12; die

Hochschulpolitischen Informationen der Bundeskonferenz des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals der österreichischen Universitäten sind auch unter <http://www.xpoint.at/buko> abrufbar): Mit der Relation von 1 : 0,4 : 0,9 zwischen Professoren-, Assistenten- und Doktorandenstellen werde deutlich, dass die primäre Selektion beim Übergang von einer Doktoranden- auf eine Assistentenstelle erfolge. Die Habilitierten hätten gute Chancen auf eine Professur.

Das deutsche Modell ähnele damit einer Eieruhr, stellt Zechlin fest, das österreichische hingegen einem Ei. In Österreich werde die Relation mit 1 : 3,4 : 0,8 beziffert: Damit werde evident, wie gering die Aussichten der AssistentInnen auf eine Professur sind.

Spitzenleute bekommt man nur, wenn man ihnen etwas bieten kann. Das muss den entscheidenden Stellen klar sein: Wenn an den Universitäten freie Marktwirtschaft gespielt werden soll, dann mit allem, was dazugehört.

Jeder, der sich auf ein Bewerbungsgespräch vorbereitet, weiß, dass er seine Arbeitsleistung nicht zu niedrig bewerten darf und sich eine intelligente Antwort auf folgende Fragen überlegen muss: „Wo sehen Sie sich in fünf Jahren? Welchen Posten wollen Sie bekleiden?“ Für eine angehende Universitätsassistentin ist es kaum möglich, eine realistische Antwort zu finden.

Ein schlanker Staat für fitte Bürger

Der Bericht der „Aufgabenreformkommission“

Österreich. Seit Ende März liegt der Bericht einer Arbeitsgruppe vor, die von Vizekanzlerin Riess-Passer Mitte vergangenen Jahres mit dem Zweck eingesetzt worden ist, Vorschläge für den Rückbau von Staatsaktivitäten zu unterbreiten (<http://www.bmol.s.gv.at/framevwinnov.html>). Unter der Führung des Wiener Professors für Öffentliches Recht Bernhard Raschauer befassten sich 12 Fachmänner und eine Fachfrau (Ingrid Korosec) mit der Frage, welche Pflichten ein Staat im 21. Jahrhundert, der sich „auf seine wesentlichen Aufgaben konzentriert“, nicht länger erfüllen muss und deshalb aufgeben oder an Private abtreten kann.

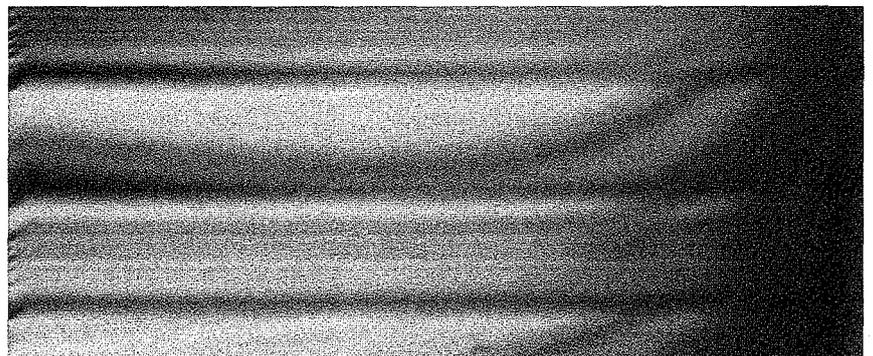
Auf der Grundlage eines von der Industriellenvereinigung zusammengestellten Kataloges der Aufgaben von Bund, Ländern und Gemeinden durchforstete die Raschauer-Kommission im Detail neun als „exemplarisch“ betrachtete Teilbereiche der öffentlichen Verwaltung unter dem leitenden Gesichtspunkt ihrer ökonomischen Effizienz (Gewerbeverwaltung, Kommunale Ver- und Entsorgung, Schulverwaltung, Arbeitsmarktservice, Gesundheitsverwaltung, Kulturverwaltung, Eigenregieleistungen, Infrastruktur – Straßen, Immobilien und Wohnbauförderung). Herausgekommen ist dabei ein 150-seitiges Konvolut, das einerseits eine interessante Leistungsschau staatlicher Aktivitäten präsentiert, andererseits auch zahlreiche Empfehlungen enthält, diese Leistungen nicht länger oder nur in gekürzter Form zu erbringen. So sollten etwa nicht bewil-

ligungspflichtige Gewerbe keinen Melde- und Anzeigepflichten unterliegen, Landes- und Bezirksschulräte aufgelöst und die einzelnen Schulen als selbständige Dienstleistungseinrichtungen mit Globalbudgets geführt werden, die Zahl der regionalen AMS-Geschäftsstellen sei zu reduzieren, alle mit öffentlichen Mitteln wirtschaftenden Krankenhäuser seien einer von Bund und Ländern gemeinsam errichteten Holding zu unterstellen, die Kulturagenden des Bundes wären in einem einzigen Ministerium zu konzentrieren, „marktgängige wirtschaftliche Aktivitäten“ sollten überhaupt am Markt eingekauft und nicht von den Gebietskörperschaften selbst erbracht werden, die Bundesstraßen müssten auf die Länder übertragen werden, Immobilien- und Wald-Eigentum in öffentlicher Hand sei „keine notwendige Staatsaufgabe“.

Zusätzlich erstattete die Kommission auch Vorschläge zu einer Organisationsreform des Staates, im Zuge derer insbesondere Landesverwaltungsgerichte zu schaffen und die Bundespolizeidirektionen und Sicherheitsdirektionen zu Gunsten der Bezirk- bzw. Landeshauptleute aufzulösen seien.

Mit etwas Distanz betrachtet lässt sich feststellen, dass diese „ins Grundsätzliche reichende Neukonzeption der öffentlichen Verwaltung“ (Bericht S. 115) doch in erster Linie Vorschläge enthält, in Zeiten budgetärer Spargebote der Regierung auch ausgabenseitig unter die Arme zu greifen. „Grundsätzliches“ findet sich darin wenig.

Florian Oppitz



Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus Teil 2

Stefan Ebensperger⁴³

Teil 1 ist in **juridikum** 1/01 erschienen.

c) §§ 27, 28 SMG (Erzeugung)

aa) Gem § 27 Abs 1, der weitgehend dem früheren § 16 SGG entspricht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer wider den bestehenden Vorschriften *Suchtgift*, also auch Cannabis(-produkte), erwirbt, besitzt⁴⁴, erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen überlässt oder verschafft. Es gilt zu untersuchen, ob der *Anbau* von Cannabis bereits eine versuchte oder gar vollendete Erzeugung darstellt, wie dies vom OGH in stRsp vertreten wird.

Die ESK enthält in Art 1 Legaldefinitionen, die auch von der österreichischen Lehre und Rsp zur Auslegung des SGG und des späteren SMG herangezogen wurden: Danach umfasst „Erzeugen“ sowohl die Gewinnung als auch die Herstellung von Suchtgift (Art 1 Abs 1 lit n ESK).

Unter *Gewinnung* wird hinsichtlich Cannabispflanzen die *Trennung des Cannabis und des Cannabisharzes von den Pflanzen*, aus denen sie gewonnen werden, verstanden (Art 1 Abs 1 lit t ESK). Eine solche Trennung kann insb durch Abschneiden oder Abreißen der (reifen) Blüten und Fruchtstände vom Stängel oder durch Abstreifen oder Ab-

schütteln des Harzes erfolgen⁴⁵. § 27 ist somit *vollendet*, sobald der Täter eine entsprechende „*Erntehandlung*“ setzt (zum Versuch s III.3.b). Der vom Täter angestrebte Erfolg ist für die Vollendung unbeachtlich, spielt aber uU eine Rolle bei der versuchten Erzeugung einer großen Menge (s III.3.c).

Der Ausdruck *Herstellung* bezeichnet alle zur Erzeugung von Suchtgiften geeigneten Verfahren mit Ausnahme der Gewinnung; er umfasst sowohl das *Reinigen* von Suchtgiften als auch deren *Umwandlung* in andere Suchtgifte (Art 1 Abs 1 lit n ESK). Herstellung spielt va bei Designerdrogen (*Ecstasy*) eine Rolle. Was Cannabisprodukte betrifft, so kommt die Herstellung bei Erzeugung von *Haschisch-Öl* in Betracht, da dabei THC destilliert und konzentriert und somit gereinigt wird. Vollendet ist die Tat dann, sobald (eine, wenn auch geringe Menge) Öl destilliert wurde. Hat aber derselbe Täter das Ausgangsmaterial (Haschisch, Marihuana) geerntet, so ist die Erzeugung von Suchtgift bereits mit Erntebeginn vollendet.

Nach diesen Definitionen der ESK fällt der *Anbau* eindeutig *nicht* unter die *Erzeugung*.

Eine bestimmte Mindestmenge an Suchtgift ist für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 27 nicht erforderlich; es ge-

nügt bereits die (versuchte) Erzeugung einer geringen Menge der rauscherzeugenden Substanz⁴⁶, also theoretisch auch die Abtrennung einer einzigen Blüte mit entsprechendem Erzeugungsvorsatz. Allerdings spielt die Menge des erzeugten Suchtgifts (THC) für die Strafzumessung sowie für § 28 eine Rolle:

bb) Gem § 28 Abs 2, der weitgehend dem früheren § 12 Abs 1 bis 4 SGG entspricht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren zu bestrafen, wer Suchtgift in einer großen Menge (sog „*Grenzmenge*“), erzeugt, einführt, ausführt oder in Verkehr setzt⁴⁷. Aufgrund der Suchtgift-Grenzmengenverordnung (SGV)⁴⁸ beträgt die Grenzmenge bei Cannabis bereits⁴⁹ 20 g THC (Punkt 4 im Anhang der SGV). Falls die Suchtgiftmenge das 25fache der Grenzmenge (500 g THC) erreicht, ist der Täter gem § 28 Abs 4 Z 3 mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen. Eine solche „*Übermenge*“ kann sich bereits in einem Liter Haschisch-Öl befinden. Wer also Cannabis mit einer Grenz- bzw Übermenge gewinnt, vollendet – bei Vorsatz auf Erzeugung dieser Menge – § 28 Abs 2 bzw § 28 Abs 4 Z 3 (zum Versuch s III.3.c). Für den OGH hingegen, der bereits den Anbau als Erzeugung ansieht (s II.2.), ist das Delikt schon in dem Zeitpunkt vollendet, da die angebauten Cannabispflanzen in ihrem Reifungsprozess einen THC-Gehalt von dieser Menge erreichen⁵⁰; Erntereife oder gar Ernte ist nach dieser Judikatur nicht erforderlich.

Bei der Ermittlung der Grenzmenge spielt die Anzahl der Pflanzen keine Rolle⁵¹, da der THC-Gehalt in den einzelnen Stauden mitunter stark variiert⁵². Gleiches gilt für die Bestimmung des THC-Gehaltes aus verschiedenen, vom selben Täter angebauten Hanfsorten. THC-Einzelmengen aus verschiedenen Tathandlungen sind bei

43 Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine wertvollen Anregungen.

44 Der Besitz von in und an Pflanzen befindlichem Suchtgift (THC, Cannabis) wird durch den Anbau und später von der Erzeugung konsumiert (s III.4.b).

45 S genauer unter I.3. Keine (*vollendete*) Gewinnung ist es, wenn der Täter den oberirdischen Teil der Pflanze im Ganzen (von den Wurzeln) abschneidet, um die Abtren-

nung von Blüten oder Harz erst zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen; bei Ausführungsnähe wird dieses Abschneiden aber eine versuchte Erzeugung darstellen (s III.3.b).

46 15 Os 84/98 (nv).

47 Als weitere Sanktion darf Personen, die Suchtgift in einer großen Menge erzeugt haben, kein Reisepass ausgestellt werden (§ 14 Abs 1 Z 3 lit f PaßG); außerdem gelten sie als verkehrsuntauglich (§ 7 Abs 4 Z 5 FSG).

48 Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Untergrenzen einer großen Menge (Grenzmengen) bezüglich der Suchtgifte (Suchtgift-Grenzmengenverordnung – SGV); BGBl II 1997/377 idF BGBl II 145/2001.

49 Im Hinblick darauf, dass THC erwiesenermaßen keine körperliche Abhängigkeit hervorrufen kann und der gelegentliche Konsum auch nicht zu psychischer Abhängigkeit führt, wird diese relativ niedrige

Menge von *Schwaighofer* zu Recht kritisiert (Das neue Suchtmittelrecht, 1997, 40 f; Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Cannabisverbots, *juridikum* 2000, 31 [33]).

50 12 Os 59, 60/92 (nv).

51 EvBl 1995/63.

52 Der THC-Gehalt kann bei den stärksten Hanfsorten bis zu 70 mal stärker sein als bei den schwächsten; *Schmidbauer/vom Scheidt*, Handbuch 81.

Fortsetzungszusammenhang zusammenzurechnen⁵³.

Dies spielt insb bei der sukzessiven Ernte von Cannabispflanzen eine Rolle, wenn die einzelnen geernteten Mengen die Grenzmenge bzw Übermenge nur insgesamt erreichen und der Vorsatz des Täters auf eine große bzw Übermenge gerichtet war. Bei mehreren (Mit-)Tätern ist jedem einzelnen die insgesamt erzeugte Menge zuzurechnen⁵⁴.

2. Gerichtliche oder verwaltungsrechtliche Strafbarkeit des Anbaus?

Nach ständiger Rechtsprechung⁵⁵ des OGH fällt der Anbau und die Aufzucht von Cannabispflanzen bis zur Erntereife oder knapp davor unter den Begriff der „Erzeugung“, und ist nach dieser Rechtsansicht somit *gerichtlich strafbar* (§§ 27, 28). Erzeugung setze bereits beim Anbau ein und umfasse jeden Akt der Aufzucht bis zur Erntereife, daher komme ab diesem Zeitpunkt ein Versuch nicht in Betracht⁵⁶. Für den OGH ist offenbar § 27 Abs 1 3. Fall bereits mit dem Einpflanzen der Hanfkörner vollendet, da aber § 27 Abs 1 das Vorliegen von Suchtgift (s III.1.c) verlangt und Hanfsamen (ebenso wie Hanfpflanzen in einem frühen Entwicklungsstadium) noch kein THC/Suchtgift enthalten, kann kurz nach dem Einpflanzen noch nicht von einem „Erzeugen von Suchtgift“ gesprochen werden und ist § 27 Abs 1 noch keinesfalls vollendet.

Nach *Kodek/Fabrizy*⁵⁷ sind Verletzungen des Anbauverbots als Verwaltungsübertretung zu ahnden, sofern noch kein Suchtgift erzeugt wurde und auch keine versuchte Erzeugung angenommen werden kann. Auch nach *Foregger/Litzka/Matzka*⁵⁸ und einem Erlass des Justizministeriums⁵⁹ ist der Anbau der Cannabispflanze, das „Aus-

setzen“, „Züchten“ oder „Aufziehen“ von Pflanzen zur Suchtgiftgewinnung „in der Regel“ eine der allfälligen Erzeugung von Suchtgift vorangehende Handlung, die dem gerichtlichen Strafrecht nicht unterstellt werden kann. Der Anbau von Pflanzen könne *allenfalls* (eine verbotene Zweckbestimmung des Anbaus vorausgesetzt) *als Versuch der Gewinnung* von Suchtgift beurteilt werden. Dabei werde die *Ausführungsnähe* der Tathandlung in jedem Einzelfall im Sinne einer Abgrenzung strafloser Vorbereitungshandlungen vom strafbaren Versuch zu prüfen sein. Die bloße Reifung der Pflanzen bis zur Erntereife werde die Ausführungsnähe der Tathandlung in der Regel nicht herstellen. Die Strafbefugnis sei daher in Fällen des Anbaus von Pflanzen zum Zweck der Suchtgiftgewinnung in der Regel von der Verwaltungsbehörde wahrzunehmen.

Dem kann nur zugestimmt werden: Das SMG (§§ 6 Abs 2, 27 Abs 1) wie auch die ESK (Art 1 Abs 1) und das Suchtgift-Übk (Art 3 Abs 1 lit a) unterscheiden schon terminologisch zwischen der Erzeugung und dem Anbau von Suchtgift. Dafür, dass das „Erzeugen“ den Anbau begrifflich erfasst – wie dies vom OGH judiziert wird – finden sich weder im SMG noch in der ESK und dem Suchtgift-Übk irgendwelche Anhaltspunkte.

Richtigerweise ist der Anbau aufgrund des Wortlauts des § 6 Abs 2 („Anbau von Pflanzen zwecks Gewinnung eines Suchtgifts“) als eine vorgelagerte Handlung der Gewinnung anzusehen, vergleichbar etwa mit der Beschaffung von Werkzeug für einen später durchzuführenden Einbruch oder der Besorgung von Blankoformularen und Stempel zwecks Herstellung einer falschen Urkunde. Solche Vorbereitungshandlungen⁶⁰ sind im

Allgemeinen straflos, es sei denn, sie werden selbstständig als Vorbereitungsdelikte vertyp (zB § 227 StGB). In Ermangelung eines solchen beginnt die Strafbarkeit der Haupttat erst mit Setzung einer ausführungsnahen Handlung⁶¹ iSd § 15 Abs 2 StGB. Der Anbau stellt noch keine ausführungsnahen Handlung, sondern bloß eine (nach dem Verwaltungsstrafrecht zu ahndende) *Vorbereitungshandlung der Erzeugung* dar. Würde man beim bloßen Hanfanbau zur Suchtgiftgewinnung bereits einen gerichtlich strafbaren Versuch der Erzeugung oder gar wie der OGH eine vollendete Erzeugung annehmen, käme dieser Verwaltungsstrafatbestand niemals zur Anwendung, was aber dem Willen des Gesetzgebers mit Sicherheit nicht entspricht⁶², da er diese Verwaltungsübertretung sonst nicht geschaffen hätte. Durch die dzt praktizierte falsche Subsumtion der (bloßen) Aufzucht von Cannabispflanzen unter Erzeugung von Suchtgift (§ 27 Abs 1) und die damit einhergehende gerichtliche Verfolgung/Bestrafung überschreiten die Gerichte quasi ihre Zuständigkeit, da der (bloße) Anbau zum Verwaltungsstrafrecht zählt (§ 44)⁶³.

Der Anbau stellt somit im Gegensatz zur Meinung des OGH keine gerichtlich strafbare Handlung sondern eine *Verwaltungsübertretung* dar. Dies hat als *Konsequenz*, dass eine Freiheitsstrafe nicht alternativ (§ 27), sondern nur im Nichteinbringungsfall und in wesentlich geringerem Ausmaß verhängt werden kann, dass keine Qualifikationen, insb *keine Grenzmenge* (§ 28), vorgesehen sind und dass es zu *keiner Eintragung im Strafregister* kommt. Andererseits besteht im Verwaltungsstrafrecht *keine* Möglichkeit einer *Diver-*

53 *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 28 III.2 unter Hinweis auf die einschlägige Rsp.

54 EvBl 1995/62.

55 EvBl 1980/9 = SSt 50/36; 12 Os 59, 60/92; RZ 1994/69; EvBl 1995/62, 63; 13 Os 87/97; 14 Os 141/97; EvBl 1998/81 = RZ 1998/38. Auch nach Inkrafttreten des SMG hielt der OGH an seiner früheren Rsp fest, wie die letzte der angeführten Entscheidungen zeigt.

56 EvBl 1995/63; 15 Os 84/98 (entgegen der Ansicht des Erstgerichts, welches das Einpflanzen des Saatgutes und Aufziehen der Pflanzen bis zu einer Größe von ca 10 cm als ver-

suchte Erzeugung gem §§ 15 StGB, 27 Abs 1 SMG ansah).

57 *Kodek/Fabrizy*, SMG § 6 Erl 2; *Kodek*, SGG § 3 Anm 3:3 und § 24 Anm 2.

58 *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 6 Anm III.3.

59 Erlass vom 4.1.1996, JABl 1996/15, über die strafrechtliche Beurteilung des Anbaus von Pflanzen, aus denen Suchtgift gewonnen werden kann; dieser hat nach dem Einführungserslass vom 12.12.1997 zum Suchtmittelgesetz (JABl 1998/2, Pkt 2.8.1.) weiterhin Gültigkeit.

60 Vorbereitungshandlungen sind Handlungen, welche die spätere

Ausführung der Tat ermöglichen, erleichtern oder absichern sollen; *Kienappel/Höpfel*, AT⁸ Z 21 Rz 4.

61 Eine *ausführungsnahen Handlung* ist nach der Eindruckstheorie eine Handlung, die „aus wertender Sicht ex ante und unter Berücksichtigung der konkreten Vorstellungen des Täters *unmittelbar*, dh ohne weitere Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollte“ (wie zB das Abtasten der Kleidung durch einen Taschendieb). Alle Handlungen, die der Täter vor dieser Handlung setzt, stellen straflose Vorbereitungshandlungen dar; *Kienappel/Höpfel*, AT⁸ Z 21 Rz 18 ff.

62 So auch *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 27 Anm IV.4.

63 Die Sicherheitsbehörden bräuchten einen bloßen Anbau (ohne erfolgte oder versuchte Ernte) der StA gar nicht anzuzeigen, da dies (wie zB das bloße Nichteinhalten der Gurtenpflicht) in die alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fällt. In der Praxis wird freilich (aufgrund der Rsp des OGH) auch ein bloßer Anbau der StA gemeldet.

sion (§§ 90a ff StPO, §§ 6 ff JGG, § 35 Abs 2 SMG⁶⁴). Auch eine Einziehung (§ 34 SMG, § 26 StGB) von Cannabispflanzen kommt mangels einer gerichtlichen Straftat nicht in Betracht⁶⁵; allerdings kann im Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde gem § 44 vorletzter Satz auf Verfall der den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Sachen erkannt werden. Zum Versuch s gleich unten.

3. Versuch

a) Versuchter Anbau?

Da der Anbau eine Verwaltungsübertretung und keine gerichtlich strafbare Handlung darstellt, ist ein Versuch des § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2, also ein „Anbauversuch“, zB durch Heranschaffen des Saatgutes an eine vorbereitete Fläche oder die Vorbereitung des Erdbodens (als ausführungsnaher Handlung), nicht strafbar: Nach § 8 Abs 1 VStG ist ein Versuch von Verwaltungsübertretungen nur strafbar, soweit er ausdrücklich für strafbar erklärt wird; das ist hier nicht der Fall⁶⁶.

b) Versuchte Erzeugung

Der Täter setzt bezüglich der Gewinnung eine ausführungsnaher Handlung – wenn er sich Erntewerkzeuge (Messer etc) herrichtet, um unmittelbar (also ohne weitere Zwischenakte) darauf die Ernte (der Blüten/des Harzes) durchzuführen. Ebenso, wenn er die reifen Pflanzen zunächst (ganz) abschneidet, um kurz darauf die Blüten von (größeren) Blättern und Stängeln zu trennen. Bei der Herstellung von Haschisch-Öl (soweit er das dazu benötigte Haschisch oder Marihuana nicht selbst schon geerntet hat) setzt er eine ausführungsnaher Handlung, wenn er den Destillierapparat herrichtet, um ihn kurz darauf in Betrieb zu nehmen, oder das Marihuana/Haschisch in den Apparat füllt. Handlungen, die vor den eben erwähnten gesetzt werden, also insb Aufzuchtbehandlungen (s I.3.), stellen im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 27

Abs 1 3. Fall noch straflose Vorbereitungsbehandlungen dar (s III.2).

Generell bleibt aber für ausführungsnaher Erzeugungshandlungen und damit für einen versuchte Erzeugung nach § 27 Abs 1 wenig Raum, da Aufzuchtbehandlungen ja unter § 6 Abs 2 fallen und bei der Erzeugung mit der Setzung einer Erzeugungshandlung das Delikt bereits vollendet ist (auch wenn der Täter nach seinem Plan mit der Ernte oder Destillation noch gar nicht fertig ist). Dies hat zur Folge, dass ein Versuch durch eine Ausführungshandlung beim Erzeugen iSd § 27 Abs 1 SMG nicht möglich ist: Eine Ausführungshandlung ist eine der Tathandlung (Erzeugung von Suchtgift) entsprechende Aktion, hier also die Trennung der Cannabis bzw des Cannabisharzes von der restlichen Pflanze durch Abreißen, Abschneiden, Abstreifen oder Abstäuben (oder beim Haschisch-Öl durch das Destillieren). Setzt der Täter ein solches Verhalten, vollendet er bereits § 27 Abs 1 3. Fall.

c) Versuchte Erzeugung einer großen Menge

Bezüglich der ausführungsnaher Handlung kann auf b) verwiesen werden; zusätzlich ist ein Erzeugungsvorsatz im Hinblick auf eine große Menge erforderlich (voller Tatentschluss): Der Täter muss es zumindest ernsthaft für möglich halten und sich damit abfinden (§ 5 Abs 1 StGB), dass der THC-Gehalt 20 g (§ 28 Abs 2 SMG iVm § 1 und dem Anhang der SGV) erreichen bzw dass er eine dementsprechende Menge Cannabis erzeugen wird.

Im Falle des § 28 Abs 2 ist theoretisch auch ein Versuch durch eine Ausführungshandlung denkbar: Beginnt der Täter mit der Ernte von Hanfpflanzen, die eine große Menge enthalten, und will er auch eine entsprechende Menge erzeugen, so begeht er eine versuchte Erzeugung einer großen Menge Suchtgift, die in dem Zeitpunkt in die Vollendung übergeht, sobald der

Täter eine entsprechende Menge Cannabis geerntet hat. Praktisch bedeutsamer ist der Fall der *sukzessiven Ernte* einer großen Menge: Erntet der Täter (zunächst) nur eine geringe Menge, hat er aber den (Gesamt-)Vorsatz, durch mehrere Ernten *insgesamt* eine große Menge zu gewinnen, so liegt der Versuch der Erzeugung einer großen Menge Suchtgift vor, wenn es dem Täter letztlich (insb wegen Tatentdeckung) nicht gelingt, eine große Menge zu gewinnen. Gleiches gilt für die Übermenge gem § 28 Abs 4 Z 3.

Will der Täter eine der Grenzmenge (Übermenge) entsprechende Quantität ernten und hält er es zumindest ernsthaft für möglich und findet sich damit ab, dass die Pflanzen eine entsprechende THC-Menge enthalten, was aber in Wirklichkeit nicht vorliegt, so liegt bei der Ernte nach der Eindruckstheorie⁶⁷ lediglich ein *relativ untauglicher Versuch* vor.

Laut OGH liegt ein Versuch des § 28 Abs 2 bereits vor, wenn der THC-Gehalt der angebauten Teilmenge zum Zeitpunkt der Tatentdeckung die Grenzmenge zwar noch nicht erreicht, wenn aber aufgrund weiter gehender Ausreifung der Pflanzen *eine große Menge an Suchtgift hätte gewonnen werden können*. Nach Auffassung des OGH handelt es sich nur dann um einen absolut untauglichen und damit straflosen Versuch (§ 15 Abs 3 StGB), wenn die Tatvollendung *nach Art der Handlung* unter keinen Umständen möglich gewesen wäre; deshalb sei es belanglos, ob im konkreten Fall aufgrund der Anbaumethoden tatsächlich eine große Menge THC erzeugt worden wäre⁶⁸.

Geht man davon aus, dass bereits aus einer einzigen Pflanze theoretisch bis zu 1,5 kg Marihuana gewonnen werden können, was die Grenzmenge bereits mehrfach übersteigen kann, so führt diese Rsp in letzter Konsequenz dazu, dass für eine Verurteilung wegen versuchter Erzeugung einer großen Menge (20 g THC) gem § 28 Abs 2 theoretisch bereits die *Aussaat weniger Sa-*

⁶⁴ Nach dieser Bestimmung kann die StA unter gewissen Voraussetzungen die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren zurücklegen, wenn eine Person ua wegen einer Straftat nach § 27 angezeigt wird, die Schuld nicht schwer und die Zurücklegung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angezeigten von solchen Straftaten abzuhalten. Es kommt daher

diese Regelung auch für die Erzeugung von Cannabis(-produkten) in Betracht, soweit nicht die Qualifikation des § 28 Abs 2 (große Menge) verwirklicht wird. Das erzeugte Suchtgift muss nicht zum Eigengebrauch bestimmt sein.

⁶⁵ Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 34 Erl III.3 mwN.

⁶⁶ Anders dagegen ist die Rechtslage in Deutschland: Dort ist ein ver-

suchter Anbau gem § 29 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 BtMG gerichtlich strafbar; ebenso in der Schweiz (§ 21 Abs 1 StGB iVm Art 19 Abs 1 BtMG); allerdings soll nach einem Entwurf des Schweizer Bundesrats (www.admin.ch/bag/sucht/rev_bmg/d/betmg.pdf) Cannabisanbau in Zukunft prinzipiell nicht mehr verfolgt werden (§ die geplanten Art 19d und 19f BtMG).

⁶⁷ Nach dieser Theorie muss es nach dem Urteil eines verständigen begleitenden Beobachters im Zeitpunkt der Handlungsvornahme *geradezu denkmöglich* erscheinen, dass die Verwirklichung des konkreten Tatplans zur Vollendung der Tat führen kann; Kienapfel/Höpfel AT⁸ Z 24 Rz 13.

⁶⁸ EvBl 1998/81 = RZ 1998/38.

men genügen würde. Auch die Qualifikation gem § 28 Abs 4 Z 3 (500 g THC) wäre durch eine größere Aussaat nach dieser Rsp bald versucht, was im Hinblick auf die Strafdrohungen dieser Qualifikationen (bis zu fünf bzw ein bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe) nicht angemessen erscheint.

4. Konkurrenz

a) Anbau und Erzeugung

Wer Cannabis zum Zweck der Suchtmittelgewinnung anbaut und in der Folge erntet, begeht formal sowohl die Verwaltungsübertretung gem § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 als auch das justizielle Delikt des § 27 Abs 1. Nun ist aber zu prüfen, ob er deswegen gem §§ 22 Abs 2, 30 Abs 1 VStG *kumulativ* sowohl von der Verwaltungsbehörde als auch gerichtlich zu verfolgen und zu bestrafen ist. Dies wäre nur erlaubt, wenn zwischen Anbau und Erzeugung keine Scheinkonkurrenz⁶⁹ bestünde (der VfGH und der VwGH sind in mehreren Erkenntnissen davon ausgegangen, dass die Lehre von der Scheinkonkurrenz auch im Verhältnis von justiziellen und verwaltungsstrafrechtlichen Delikten anzuwenden ist⁷⁰):

Zuerst ist zu prüfen, ob der Anbau gegenüber der Erzeugung *formell subsidiär* ist: Nach der *Subsidiaritätsklausel* des § 44 ist ein Zuwiderhandeln ua⁷¹ gegen das Anbauverbot eine Verwaltungsübertretung, „*sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet*“. Nun bildet zwar die Erzeugung, nicht aber der Anbau einen Tatbestand einer in die gerichtliche Zuständigkeit fallenden strafbaren Handlung, da zwar ein Erzeugungstatbestand (§ 27 Abs 1), aber *kein Anbautatbestand im justiziellen Strafrecht* existiert und auch die Erzeugung den Anbau begrifflich nicht umfasst (s III.1.c). Die

Subsidiaritätsklausel *greift* in Bezug auf den Anbau (ob mit oder ohne anschließende Erzeugung von Suchtgift) daher *nicht*⁷²; formelle Subsidiarität des Anbaus liegt nicht vor.

Spezialität ist ebenfalls auszuschließen, da die Erzeugung nicht sämtliche Merkmale des Anbaus enthält (Ernten beinhaltet nicht Aussäen oder Aufziehen). Wohl aber kommt *Konsumtion des Anbaus als straflose Vortat* gegenüber der Erzeugung in Betracht: Anbau zum Zweck der Suchtmittelgewinnung wird immer begangen, um die Erzeugung von Suchtgift erst zu ermöglichen; beide Begehungsweisen (Anbau und Erzeugung) richten sich gegen dasselbe Rechtsgut („Volksgesundheit“). In diesem Fall der Scheinkonkurrenz darf aber die Vortat keinen über die Haupttat hinausgehenden Schaden anrichten⁷³. Der „Schaden“ wäre bei der Vortat die Menge des (bis zum Erntebeginn) angebaute, bei der Haupttat die Menge des erzeugten Cannabis. Diese ist gleich hoch, wenn der Täter das gesamte angebaute Cannabis auch geerntet hat; es kommt daher in diesem Fall zur Konsumtion des Anbaus. Ebenso kommt *materielle Subsidiarität* des Anbaus in Betracht: Strafbare Vorbereitungshandlungen (wie der Anbau – s III.2) sind gegenüber der (versuchten oder vollendeten) vorbereiteten Tat (Erzeugung) subsidiär, wenn sich das Vorbereitungsdelikt in der vorbereiteten Tat erschöpft⁷⁴, was wiederum vorliegt, wenn der Täter im Entdeckungszeitpunkt das angebaute Cannabis gänzlich geerntet hat.

Im *Ergebnis* besteht somit – aufgrund von Konsumtion und stillschweigender Subsidiarität des Anbaus – *Scheinkonkurrenz* zwischen (§ 15 StGB iVm) § 27 3. Fall SMG und § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG, wenn jemand seine zum Zweck der Suchtmittelgewinnung

angebauten Pflanzen zur Gänze geerntet (zu ernten versucht) hat. In diesem Fall darf der Täter nur mehr gerichtlich, nicht aber auch von der Verwaltungsbehörde verfolgt und bestraft werden.

Die Scheinkonkurrenz umfasst aber nur das vom Täter angebaute und geerntete (zu ernten versuchte) Cannabis. *Echte Konkurrenz* (genau genommen: teils echte, teils scheinbare Konkurrenz) zwischen Anbau und Erzeugung liegt daher dann vor, wenn der Täter sein angebauten Pflanzen nicht zur Gänze geerntet (zu ernten versucht) hat (*teilweise Ernte*). Ebenso, wenn der Täter vor Erntebeginn entdeckt wird (bloßer Anbau) und sich herausstellt, dass er schon zuvor Cannabispflanzen angebaut und in der Folge geerntet hat (Erzeugung und davon konsumierter/subsidiärer Anbau) (*Anbau nach Ernte*).

In diesen beiden Fällen ist eine *kumulative Verfolgung/Bestrafung einerseits durch das Gericht* (wegen Erzeugung von Suchtgift) *andererseits durch die Verwaltungsbehörde* (wegen Anbaus zum Zweck der Suchtmittelgewinnung) möglich, ja aufgrund des Kumulationsprinzips sogar *geboten* (§§ 22 Abs 2, 30 Abs 1 VStG). Allerdings darf dann die Verwaltungsbehörde den Täter nur in Bezug auf das noch nicht geerntete, das Gericht nur im Hinblick auf das geerntete Cannabis verfolgen und bestrafen⁷⁵; würde der Täter dagegen unter Missachtung der (teilweisen) Scheinkonkurrenz in Bezug auf *dasselbe* Suchtgift kumulativ verfolgt/bestraft werden, läge mE ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche *Ne-bis-in-idem*-Prinzip des Art 4 Abs 1 7. ZP EMRK (Doppelverfolgungs- und Bestrafungsverbot) vor.⁷⁶

b) Anbau/Erzeugung und Besitz

Wer Cannabispflanzen aufzieht, hat (zumindest während diesen Handlungen) auch Besitz, also die tatsächliche

69 Für eine Annahme von Scheinkonkurrenz des Anbaus gegenüber der Erzeugung wohl *Kodek/Fabrizy*, SMG § 6 Anm 2: Der Verstoß gegen § 6 Abs 2 sei als Verwaltungsübertretung zu ahnden, „*sofern die Tat nicht bereits als Versuch der Erzeugung von Suchtgift zu beurteilen ist*“.

70 VfSlg 7926/1976, 8295/1978, 14.696/1996, VwGH 25.5.1983, 81/10/0002 ua; s auch *Kien-appel/Höppel* AT⁸, E8 Rz 55b.

71 Hinweis: Die Klausel bezieht sich nicht bloß auf den Anbau, sie bezieht sich auf zahlreiche

andere Verbote und Verpflichtungen nach dem SMG.

72 Auch bei anderen Fällen des § 44 bleibt trotz dieser Klausel die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden unberührt: So zB wenn der Täter gem § 44 Z 4 dem Art 3 der Verordnung EWG/3677/90 zuwiderhandelt oder gem § 44 Z 6 die Meldepflicht des Art 2 a Abs 2 der Verordnung EWG/3677/90 iVm Art 1 der Verordnung EWG 3769/92 verletzt oder gem § 44 Z 7 unzutreffende Angaben iSd Art 5 Abs 2 lit a der Verordnung EWG 3769/92 macht; all diese Taten fallen nicht unter gerichtliche Straftatbestände.

73 *Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, 393 und 459 (462); *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28–31 Rz 68 mwN.

74 *Burgstaller*, JBl 1978, 401; *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28–31 Rz 44 unter Verweis auf SSt 50/71 = EvBl 1980/96.

75 Für den theoretischen Fall, dass eine *versuchte teilweise Ernte* vorliegt, dürfte konsequenterweise das Gericht nur jene Menge Cannabis berücksichtigen, die der Täter *ernten wollte* (also von seinem Vorsatz umfasst war), die Verwaltungsbehörde aber nur

jene Menge die er (noch) nicht ernten wollte.

76 Art 4 Abs 1 7. ZP EMRK normiert ua die Grundsätze der Scheinkonkurrenz; nur soweit echte Konkurrenz (zwischen einem gerichtlichen und einem verwaltungsrechtlichen Delikt) vorliegt, ist eine kumulative Verfolgung durch Gericht und Verwaltungsbehörde verfassungskonform (idS VfSlg 14.696). Zur uneinheitlichen Rsp des EGMR s *Ackermann/Ebensperger*, Der EMRK-Grundsatz „ne bis in idem“ – Identität der Tat oder Identität der Strafnorm, AJP 1999, 823.

Herrschaft⁷⁷, daran; ebenso, wenn er Suchtgift erzeugt oder erzeugtes Suchtgift weiter behält. Allerdings ist der Täter mE neben der Erzeugung oder dem Anbau nicht auch wegen Besitzes (§ 27 Abs 1 2. Fall) von Suchtgift zu bestrafen, da mit Anbau (soweit von den Pflanzen bereits Blüten/THC gebildet wurde) und Erzeugung immer eine Innehabung von Suchtgift (THC, Cannabis) verbunden ist (Konsumtion des Besitzes als typische Begleitart des Anbaus/der Erzeugung).

Wenn der Täter aber die Pflanzen nur am Stamm (oberhalb der Wurzeln) abschneidet (*Beendigung des Anbaus*) und sie behält, ohne die Blüten oder das Harz von den (Rest-)Pflanzen abzutrennen (*keine Erzeugung*, aber Besitz), zB weil er die Pflanzen erst einige Zeit trocknen oder im Ganzen weiterverkaufen will, kommt es (unter sinngemäßer Heranziehung der in III.4.a zur Scheinkonkurrenz getroffenen Überlegungen) zur *Konsumtion des Anbaus* als straflose Vortat *durch den* (nachfolgenden) *Besitz*. Der Täter kann also zusätzlich zur gerichtlichen Verfolgung/Bestrafung wegen Besitzes von Suchtgift nicht auch noch wegen Anbaus desselben Suchtgifts von der Verwaltungsbehörde verfolgt/bestraft werden.

5. Beteiligung

a) Unmittelbarer (Mit-)Täter des § 6 Abs 2 ist jeder, der eine entsprechende Tathandlung iSv „Anbauen“ (also Aussäen, Aufzuchtshandlungen – s I.3) setzt. Die Teilnahme am Anbau richtet sich, da der Anbau dem Verwaltungsstrafrecht unterliegt, nach § 7 VStG: Demnach ist *Anstifter*, wer vorsätzlich einen anderen zur Begehung einer Verwaltungsstraftat veranlasst (also zB jemanden überredet, Hanf zur Suchtmittelgewinnung anzubauen), und *Beihilfer*, wer vorsätzlich einem anderen die

Begehung einer Verwaltungsstraftat erleichtert (also zB sein Grundstück oder sein Gewächshaus für den Anbau zur Verfügung stellt). Jeder Teilnehmer haftet nach der auf diese Übertretung gesetzten Strafe, auch wenn der unmittelbare Täter selbst nicht strafbar ist (§ 7 VStG letzter Satz).

b) Unmittelbarer (Mit-)Täter bei der Suchtgifterzeugung, ist jeder, der eine entsprechende Erzeugungshandlung setzt. Bestimmungstäter gem § 12 2. Fall StGB ist, wer einen anderen zur Erzeugung bestimmt; Beitragstäter (§ 12 3. Fall StGB) ist, wer sonst zur Ausführung beiträgt. So ist zB ein Beitrag zur Erzeugung von Suchtgift durch den Verkauf (Verschaffung, Überlassung) von Hanfsamen möglich.⁷⁸ Dafür muss der Verkäufer aber über die Haupttat ausreichend informiert bzw diese in ihren wesentlichen Merkmalen individuell bestimmt sein.⁷⁹

IV. Zusammenfassung und Ergebnisse

– Besitz und Erwerb von Hanfsaatgut ist in Österreich nicht strafbar.

– Verboten ist aber der Anbau von Cannabispflanzen zum Zweck der Suchtmittelgewinnung (§ 6 Abs 2 SMG). Diese Bestimmung stellt gem § 44 Z 1 SMG einen Tatbestand des Verwaltungsstrafrechts dar.

– Erlaubt ist der Hanfanbau zu sonstigen, insb gewerblichen Zwecken. Ein solcher Anbau wird für bestimmte THC-arme Hanfsorten unter gewissen Voraussetzungen von der EG gefördert. – Die Strafbarkeit nach § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG setzt mit der Aussaat ein und endet idR mit Beginn der Ernte. § 6 Abs 2 SMG kann als Verwaltungsdelikt im Versuch nicht begangen werden.

– Mit Beginn der Ernte der zwecks Suchtmittelgewinnung angebauten

Cannabispflanzen macht man sich gerichtlich strafbar gem § 27 Abs 1 SMG (Erzeugung von Suchtgift). Die Erzeugung umfasst als Oberbegriff sowohl die Gewinnung als auch die Herstellung von Suchtgift, nicht aber den Anbau.

– Da das „Erzeugen“ von Suchtgift einen Begehungstatbestand darstellt und der Anbau als Vorstufe der Erzeugung gem § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG strafbar ist, bleibt für einen Versuch der Erzeugung von Suchtgift (zeitlich) wenig Raum.

– Die Rechtsprechung des OGH, wonach der (bloße) Anbau von Cannabispflanzen (bereits) eine Erzeugung des iSd des § 27 Abs 1 SMG darstellt und somit gerichtlich strafbar ist, steht im Widerspruch zum SMG und den für Österreich relevanten internationalen Übereinkommen, die alle zwischen Anbau und Erzeugung unterscheiden, und ist daher abzulehnen.

– Wenn jemand seine zum Zweck der Suchtmittelgewinnung angebauten Pflanzen erntet (zu ernten versucht), wird der Anbau von der Erzeugung als straflose Vortat konsumiert (Scheinkonkurrenz): In diesem Fall ist der Täter nur gerichtlich wegen (versuchter) Erzeugung von Suchtgift, nicht aber kumulativ von der Verwaltungsbehörde wegen Anbaus zum Zweck der Suchtmittelgewinnung zu verfolgen/bestrafen.

Univ.-Ass. Dr. Stefan Ebensperger lehrt am Institut für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften der Universität Innsbruck.

⁷⁷ Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 2 II.1 mwN, § 27 Anm IV.1 mwN.

⁷⁸ S dazu 12 Os 88/99 (nv): Der Betreiber eines Hanf-Shops verkaufte zwei Jugendlichen 30 „Hochzuchtsamen“ in Kenntnis der geplanten und später auch ausgeführten Tat (Anbau und Ernte von Marihuana

mit Hilfe der gekauften Samen) und gab ihnen außerdem noch Ratschläge zur optimalen Aufzucht (Strafbarkeit gem §§ 12 3. Fall StGB, 27 Abs 1 3. Fall SMG).

⁷⁹ So ist es zB keine Beitragstäterschaft, wenn jemand einem Dieb das Einbruchswerkzeug verschafft,

mag es auch in dem Bewusstsein geschehen, dass dieser damit irgendwann einmal einen Einbruch begehen wird (JBl 1977, 46; s auch Kienapfel/Höpfel AT⁸ ES Rz 19 und Fuchs, AT⁴ 281 mwN).

Säule der Verfassung oder Nebenraum im Parlament? Österreichs zweite Kammer aus der Nähe betrachtet

Martin F. Polaschek

Nicht ohne Grund wird Österreich von manchen als „Parteienbundesstaat“ mit einem „Parteienbundesrat“ bezeichnet. Es wäre aber wohl töricht, zu erwarten, dass in einem System, in dem Exekutive und Parlamentsmehrheit derart eng verbunden sind, eine Länderkammer, noch dazu wenn sie nur mittelbar legitimiert ist, eine stärkere Stellung einnehmen würde. Die in letzter Zeit wieder laut gewordene Kritik am Bundesrat – auch aus seinen eigenen Reihen – führt jedoch zur Überlegung, ob unser Staatswesen eine Länderkammer benötigt, und wenn ja, wie diese aussehen sollte. Eingangs sei festgehalten, dass in einem Bundesstaat – und dessen Bestand steht hier außer Zweifel – eine Mitwirkung der Gliedstaaten an der gesamtstaatlichen Willensbildung ein wichtiges föderalistisches Element ist. Es stellt sich allerdings die Frage, wie eine solche aussehen kann und ob sie möglicherweise auch anders als durch eine zweite Kammer gewährleistet ist.

Zweite Kammern in anderen Bundesstaaten

Nach gängiger Auffassung ist Voraussetzung für die Einordnung eines Staatswesens als Bundesstaat nicht nur die (zumindest eingeschränkte) Verfassungsautonomie seiner Glieder, eine feststehende, vor Zugriffen des Gesamtstaates geschützte Kompetenz-

verteilung, die jeweilige Eigenständigkeit im budgetären Bereich und allenfalls eine unabhängige Instanz, die über Streitigkeiten zwischen Glied- und Gesamtstaat entscheidet, sondern auch die Mitwirkung der Gliedstaaten an der gesamtstaatlichen Willensbildung¹. Diese erfolgt für gewöhnlich durch eine eigene Kammer, die einen mehr oder minder großen Anteil an der gesamtstaatlichen Gesetzgebung hat. Die Verschiedenartigkeit dieser Kammern, aber auch zuweilen deren Nichtbestehen, führen zur konkreten Frage, ob ein solches Organ für den österreichischen Staat notwendig ist, und wenn ja, wie es beschaffen sein soll.

Zweikammersysteme gibt es in zahlreichen, auch nicht-föderalistischen Staaten. Darunter versteht man das Vorhandensein einer „allgemeinen“ Volksvertretung, die von der Gesamtbevölkerung gewählt wird (in vielen Fällen als „erste Kammer“ bezeichnet), und einer „zweiten Kammer“ mit einem anderen Kurationsmodus. Letztere hat die Funktion, die „allgemeine demokratische“ Willensbildung zu ergänzen, indem ständische, korporative, minderheitenschützende oder eben föderalistische Elemente eingebracht werden². Zusammensetzung, Kompetenzen und tatsächliches politisches Gewicht sind dementsprechend von verschiedenster Qualität: Man denke etwa an das Britische

House of Lords, das vor kurzem erneut in seiner Funktion massiv beschränkt wurde, oder den Bayerischen Senat, der im Wege eines Referendums abgeschafft worden ist³, und im Gegensatz dazu an den US-amerikanischen Senat.

Die Schweizer Kantone werden auf Bundesebene durch den Ständerat repräsentiert. Ihm gehören zwei Vertreter pro Kanton und einer pro Halbkanton an (insgesamt 46), er ist rechtlich und politisch dem Nationalrat gleichgestellt⁴. Der Ständerat ist aber insofern keine „echte“ Kantonsvertretung, als seine Mitglieder direkt von den Kantonsbürgern gewählt werden. Die jeweilige Amtszeit hängt übrigens von den kantonalen Bestimmungen ab.

In Deutschland wird die Länderkammer wie in Österreich Bundesrat genannt, diese besteht aber aus Mitgliedern der Regierungen der Länder. Mit derzeit 69 Mitgliedern ist er nur wenig größer als der österreichische Bundesrat; vor der Wiedervereinigung waren es 45⁵. Die Anzahl der Stimmen pro Land hängt von dessen Größe ab (mindestens drei, höchstens sechs), die Stimmen eines Landes dürfen aber jeweils nur einheitlich abgegeben werden.

Die Ausgestaltung des Bundesrates als Kammer der Landesexekutiven hat sich durchaus bewährt. Vor allem das einheitliche gebundene Mandat bewirkt, dass er nicht zu einem (reinen) parteipolitischen Organ geworden ist⁶. Anders als der österreichische Bundesrat hat der deutsche eine wichtige Funktion im politischen System seines Landes⁷. Dabei muss allerdings bedacht werden, dass die starke Stellung des Bundesrates unter anderem dadurch entstanden ist, dass die Landesregierungen auf dem Weg vermehrter Zustimmungsrechte des Bundesrates eine Kompensation für die Aufgabe von Gesetzgebungskompetenzen der Länder erhielten⁸!

¹ Peter Pernthaler, *Föderalismus – Bundesstaat – Europäische Union*, 25 Grundsätze, Wien 2000, 8 f.

² Ausführlich Dominik Hanf, *Bundesstaat ohne Bundesrat? Die Mitwirkung der Glieder und die Rolle zweiter Kammern in evolutiven und devolutiven Bundesstaaten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden 1999, 19 ff.; Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston/Ontario 1996, 84 ff.

³ Martin F. Polaschek, *Föderalismus als Wert? Eine Studie zu Reformmöglichkeiten des österreichischen Bundesstaates*, Graz 1999, 94 ff.

⁴ Ausführlich Matthias Heger, *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat. Gedanken zu ihrer Entstehung, ihrem aktuellen Erscheinungsbild und ihrer Rechtfertigung*, Berlin 1990.

⁵ Gebhard Ziller/Georg-Berndt Oschatz, *Der Bundesrat*, 10. Aufl. Düsseldorf 1998, 60 ff.

⁶ Kritisch Hans-Horst Giesing, *Kritische Fragen zum Föderalismus*, in: Hans Herbert von Arnim (Hg.), *Adäquate Institutionen: Voraussetzungen für „gute“ und bürgernahe Politik?*, Berlin 1999, 78 f.

⁷ Helmut Stegmann, *Das Gesetzgebungsverfahren im Bundesrat. Akteure und ihre Einflußnahme*, in: Rolf-Dieter Postlep (Hg.), *Aktuelle Fragen zum Föderalismus. Ausgewählte Probleme aus Theorie und*

politischer Praxis des Föderalismus, Marburg 1996, 144 ff.

⁸ Heinrich Oberreuter, *Machtvolle Länder – Machtlose Landtage? Überlegungen zur Parlaments- und Föderalismusreform*, in: Soiree im Bayerischen Landtag, Bd 6, München 1998, 10; siehe auch Hanf, *Bundesstaat*, 74 ff.

Generell kann man festhalten, dass dort, wo die Mitglieder der „Länderkammer“ direkt gewählt werden, sie eher die Interessen der regionalen Wählerschaft vertreten, während die indirekte Wahl mehr eine Vertretung des Gliedstaates an sich nahe legt, wenn auch natürlich unter entsprechendem Einfluss parteipolitischer Interessen. Von Bedeutung ist außerdem das Pouvoir, welches den zweiten Kammern im Verhältnis zur ersten Kammer zukommt. In der Schweiz und den USA sind beide Kammern in der Gesetzgebung weitestgehend gleichberechtigt, während in Deutschland und Österreich mehr oder weniger umfangreiche Vetorechte bestehen, die zum Teil nur aufschiebend sind. Abseits der normativen Betrachtungen dürfen aber natürlich auch die Rahmenbedingungen nicht außer Acht gelassen werden. Starke überregionale Parteien etwa prägen eine Länderkammer anders als es bei einer regional stärker segmentierten Parteienlandschaft der Fall ist. Ethnische oder religiöse Unterschiede sind ebenso nicht zu unterschätzen.

Rechtslage und Verfassungswirklichkeit in Österreich

Der österreichischen Länderkammer, dem Bundesrat, gehören derzeit 64 Mitglieder an; die konkrete Zahl wird nach jeder allgemeinen Volkszählung festgesetzt⁹. Dem größten Land stehen 12 Sitze zu, die anderen Länder entsenden so viele Mitglieder, wie ihrer Bürgerzahl im Verhältnis zu Ersterem entspricht, mindestens jedoch drei. Die Wahl der Bundesräte erfolgt durch die Landtage nach dem Verhältniswahlrecht, wobei der zweitstärksten Partei im Landtag mindestens ein Sitz zukommen muss. Sie sind somit keine „echten“ Ländervertreter, sondern mehr ihren Parteien als Entsendern verbunden. Dazu kommt, dass es keine Möglichkeit einer Bindung der Bundesräte an eine Willensbildung des Landtages gibt. Der Bestellmodus führt dazu, dass zum einen Kleinparteien im Bundesrat nicht vertreten sind und zum anderen

die Mehrheitsverhältnisse nicht mit denen im Nationalrat konform gehen müssen. Dies liegt nicht nur an der tendenziellen Vormacht der ÖVP in den Ländern, sondern auch an der laufenden Erneuerung nach den jeweiligen Landtagswahlen. Die derzeitige Stimmenaufteilung beträgt übrigens 28 ÖVP, 23 SPÖ, 12 FPÖ und 1 Grüne.

Der Bundesrat wirkt an der Gesetzgebung des Bundes mit, hat aber grundsätzlich nur ein aufschiebendes Veto. Verfassungsgesetze beziehungsweise Verfassungsbestimmungen, durch die Länderzuständigkeiten eingeschränkt werden, unterliegen der absoluten Zustimmung des Bundesrates mit Zweidrittelmehrheit, ebenso Bundesgrundsatzgesetze mit bestimmten Fristen für die Ausführungsbestimmungen¹⁰. Die den Bundesrat betreffenden Art 34 und 35 B-VG sind zudem nur abänderbar, wenn im Bundesrat zusätzlich zur „normalen“ Stimmenmehrheit die Mehrheit von zumindest vier Ländern dafür ist. Die Möglichkeit, Bundesgesetze zumindest auf Zeit zu verhindern, wird de facto nur in den wenigsten Fällen wahrgenommen. Dies liegt daran, dass so wie im Nationalrat die politischen Parteien die dominierende Rolle spielen und Länderinteressen nur wenig Bedeutung zukommt¹¹. Die parteipolitische Prägung kann dann Auswirkungen auf die Gesetzgebung haben, wenn die Nationalrats- und Bundesratsmehrheiten verschieden sind, bislang wurde aber auch in diesen Fällen keine wirkliche „Länderpolitik“ gemacht.

In Anbetracht der theoretisch vorhandenen Möglichkeiten des Bundesrates, insbesondere des teilweise absoluten Vetorechts, ist es umso bezeichnender, dass sich die jeweilige Parteilinie im Nationalrat auch im Bundesrat niederschlägt. Dies liegt nicht alleine an den Bundesparteien, denn auch die Länder zeigen wenig Interesse, den Bundesrat als ihre Vertretung zu mobilisieren. Der Bundesrat hat sich also entgegen seiner Konzeption nicht als Länderkammer profilieren können. So nimmt es nicht Wunder, dass es seit langem und in großer Zahl Vorschläge

für Reformen des Bundesrates gibt, zumal sich seine Bedeutungslosigkeit bis in die Zeit seiner Schaffung vor nunmehr über 80 Jahren zurückverfolgen lässt.

Die schwache Stellung des Bundesrates hängt natürlich auch mit der starken Position des Nationalrates beziehungsweise der ihn dominierenden Parteien zusammen. Ein ehemaliges Mitglied des Bundesrates hat vor einiger Zeit zu Recht darauf hingewiesen, dass sehr vielen Spitzenpolitikern des Bundes die positive Einstellung zum Föderalismus fehlt und die Eigenständigkeit der Länder eher geringschätzig betrachtet werde¹². Dementsprechend sehen die führenden Vertreter der Parteien natürlich auch keinen Grund, die jetzige Stellung des Bundesrates grundlegend, wenn überhaupt, zu ändern: Schließlich ist er in dieser Form ein willfähiges Instrument der Bundespolitik, während er gleichzeitig den Schein föderalistischer Mitwirkung auf Bundesebene aufrecht erhält.

Es mangelt aber nicht nur auf Bundesebene am politischen Willen, den Bundesrat zu einem wirklichen Instrument der Länder zu machen. Auch Spitzenpolitiker in den Bundesländern, insbesondere die Landeshauptmänner, haben größtenteils nicht den Willen zu einem solchen Reformschritt, da sie ansonsten ihre derzeitige Machtstellung verlieren würden. – Die Länder haben, so meinen manche, deshalb genau den Bundesrat, den sie verdienen.

Vom „Geburtsfehler“ des Bundesrates

Die 1920 gefällte Entscheidung für die konkrete Ausgestaltung des Bundesrates war kein Produkt staatsrechtlicher Theorie, sondern wie das gesamte B-VG das Resultat eines politischen Kompromisses. Die politische Entwicklung in Österreich ab dem Oktober 1918 machte von Anfang an klar, dass ein strikt einheitsstaatlicher Aufbau des Staates nicht möglich sein würde¹³. Die Errichtung einer zweiten Kammer war dennoch nicht unumstritten. Der schließlich gefundene Kompromiss sollte zwar den Ländern die Möglich-

⁹ Zuletzt mit der Entschliessung des Bundespräsidenten BGBl 194/1993.

¹⁰ Ludwig K. Adamovich/Bernhard-Christian Funk/Gerhart Holzinger, Österreichisches Staatsrecht. Bd 2:

Staatliche Organisation, Wien – New York 1998, 49f.

¹¹ Günther Hummer, Der Bundesrat und die Gesetzgebung, in: Herbert Schambeck (Hg), Bundesstaat

und Bundesrat in Österreich, Wien 1997, 367 ff mwN.

¹² Peter Kapral, Bundesrat und Gewaltenteilung, in: Herbert Schambeck (Hg), Bundesstaat und

Bundesrat in Österreich, Wien 1997, 420.

¹³ Polaschek, Föderalismus, 21 ff mwN.

keit geben, ihren Standpunkt in die Bundesgesetzgebung einzubringen, den Nationalrat aber nicht daran binden. Entsprechend gering waren die Rechte des Bundesrates bis zur B-VG-Novelle 1984, wenn er eine „Säule der Verfassung“ war, wie der derzeitige Präsident des Bundesrates kürzlich gemeint hat, dann sicher keine tragende¹⁴.

Dass der Kern der Meinungsverschiedenheiten über den Bundesrat in einer zu erwartenden Majorität der bürgerlich dominierten Länder lag, ist in den damaligen Verfassungsdebatten deutlich erkennbar. Die grundsätzliche Abneigung der Sozialdemokraten gegen eine zweite Kammer blieb nicht zuletzt deshalb auch in den Folgejahren aufrecht, was sie jedoch nicht daran hinderte, die Flagge des Föderalismus zu hissen, wenn es um die Rechte ihrer Hochburg Wien ging. Im Rahmen der Verfassungsreform des Jahres 1929 nahm man eine grundlegende Umgestaltung des Bundesrates in Aussicht: Dieser sollte sich als „Länder- und Ständerat“ aus den Landeshauptmännern und Landesfinanzreferenten sowie Vertretern der Berufsstände zusammensetzen. Da die Bestellung der berufsständischen Mitglieder durch ein eigenes Verfassungsgesetz zu erfolgen hatte, das nie erging, blieb aber die ursprüngliche Zusammensetzung bestehen.

Rechtspolitische Schlussfolgerung

Eine tatsächliche Aufwertung des Bundesrates setzte erst 1984 mit der Einführung eines absoluten Vetos in bestimmten, die Länder betreffenden Angelegenheiten ein¹⁵. Es gelang jedoch nicht, diese Bestimmung auch mit Leben zu erfüllen. Dies liegt in erster Linie daran, dass der Bundesrat funktionell nicht als Länder-, sondern als zweite Parteienkammer anzusehen ist. Schon in der Ersten Republik war die Tätigkeit des Bundesrates äußerst un-

bedeutend. In den ersten 13 Jahren seines Bestehens erhob er bei rund 1000 Gesetzesbeschlüssen 38-mal Einspruch. Zwischen Dezember 1945 und Jänner 2001 behandelte der Bundesrat weit über 6000 Gesetzesbeschlüsse, rund 200-mal legte er sein Veto ein. Jene Gesetze, welche die Autonomie der Länder am stärksten beeinträchtigten, sind übrigens nicht unter den beeinträchtigten zu finden. Vielmehr hat er zahlreichen Gesetzen, mit denen Rechte der Länder weiter beschnitten wurden, ausdrücklich die Zustimmung erteilt, obwohl er mit seinem Einspruch hier ein deutliches föderalistisches Zeichen hätte setzen können¹⁶. Der Ordnung halber muss festgehalten werden, dass acht Bundesräte aus den westlichen Bundesländern 1994 aufgrund der ausgebliebenen Bundesstaatsreform dem EU-Beitritts-BVG nicht zustimmten¹⁷. Als einmalige Ausnahme sollte man das aber nicht überbewerten.

Stattdessen werden sich die Mitglieder nicht nur des derzeitigen Bundesrates, deren persönliches Engagement nicht bezweifelt wird¹⁸, aber wohl die Frage gefallen lassen müssen, wie es zu diesem Abstimmungsverhalten kommen kann¹⁹. Schließlich sind sie ab dem Moment ihrer Wahl durch den Landtag keiner formellen Bindung unterworfen, auch eine Abwahl vor Ablauf der Funktionsperiode ist nicht möglich. Insofern geht die Debatte um eine Bindung des Mandates und eine weitere Ausdehnung seiner Kompetenzen am Kern des Problems, nämlich der indirekten Abhängigkeit von landes- und noch viel mehr bundespolitischen Interessenkonstellationen, vorbei.

Eine völlige Abschaffung des Bundesrates wäre theoretisch möglich, müsste aber durch eine andere Form der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung ersetzt werden. Solange die Länder die Möglichkeit haben, Bundesgesetze wenigstens vor-

läufig zu blockieren, ist vom föderalistischen Standpunkt aus dafür eine zweite Kammer nicht vonnöten. Ob eine solche aus anderen Gründen – etwa im Sinne einer Verbesserung der Gesetzgebung – wünschenswert wäre, sei hier offen gelassen.

Die Mitwirkung der Länder könnte etwa durch die Befassung aller Landtage oder aller Landesregierungen erfolgen, wobei für die Zustimmung gewisse Quoren ratsam wären; denkbar wäre auch eine umfangreiche Einbeziehung der Länder in den Gesetzwerdungsprozess, allenfalls mit bindenden Aufträgen und in Kombination mit einer Klagsmöglichkeit beim Verfassungsgerichtshof²⁰. Bereits heute nehmen die Länder mehr über informelle Wege, wie etwa durch die Landeshauptmännerkonferenz oder formlose Interventionen bei der Bundesregierung und den Nationalratsfraktionen Einfluss, als durch ein Veto des Bundesrates²¹. Insbesondere die Möglichkeit, in den Vorberatungen inhaltliche Standpunkte einbringen zu können, wird dabei als Positivum hervorgehoben, während ja der Bundesrat nur post festum seine Meinung abgeben kann. Solche formlosen Vorverfahren sind jedoch demokratisch wie auch rechtsstaatlich bedenklich. Die Mitwirkung aller Landtage oder Landesregierungen muss schon aus Gründen der Praktikabilität in Zweifel gezogen werden, da die zeitlichen Verzögerungen und der Mehraufwand für die jeweiligen Ländergremien enorm wären.

Insofern scheint es durchaus sinnvoll, weiterhin eine eigene Länderkammer mit der Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung zu betrauen. Hier gibt es nun, wie wir gesehen haben, mehrere Möglichkeiten. Zum einen könnte der Bundesrat durch eine aufgewertete Landeshauptmännerkonferenz ersetzt werden, um eine effektive Repräsentanz der Bundesländer im Gesetzgebungsverfahren des Bundes zu institu-

¹⁴ Siehe dazu *Claudia Dannhauser*, Einerlei oder doch Lei-Lei – Kärntner Tag im Bundesrat, Die Presse vom 16. Februar 2001.

¹⁵ Zu den Novellen *Herbert Schambeck*, Zum Werden und zu den Aufgaben des österreichischen Föderalismus, in: ders. (Hg), *Föderalismus und Parlamentarismus in Österreich*, Wien 1992, 22 ff mwN.

¹⁶ Vgl. hierzu die jährlich erscheinenden Berichte des Instituts für

Föderalismus, zuletzt: 24. Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich (1999), Wien 2000 sowie das Informationsblatt des Instituts Nr 1/2001, 4.

¹⁷ *Peter Pernthaler*, Bundesstaatsreform und Föderalismusforschung in Österreich, in: ders. (Hg), *Bundesstaatsreform als Instrument der Verwaltungsreform und des europäischen Föderalismus*, Wien 1997, 18 f.

¹⁸ Siehe jüngst den engagierten Vorstoß von Bundesratsmitglied *Herwig Hösele*; Salzburger Nachrichten vom 16. Jänner 2001.

¹⁹ Dazu etwa *Ernst Sittlinger*, Das zarte Aufbegehren im Bundesrat, Die Presse vom 19. Februar 2001.

²⁰ Zu den zahlreichen Reformvorschlägen *Polaschek*, *Föderalismus*, 33 ff.

²¹ Zu den verschiedenen Kooperationsformen der Länder *Karl Weber*,

Macht im Schatten? Landeshauptmänner-, Landesamtsdirektoren- und andere Landesreferentenkonferenzen, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 21 (1992), 405 ff.

tionalisieren. Dafür scheint zunächst zu sprechen, dass die Führungsorgane der Länder ein viel größeres politisches Gewicht haben, als die Mitglieder des Bundesrates. Außerdem haben die Landeshauptmänner mit den Ämtern der Landesregierung einen ungleich größeren und qualifizierteren Stab zur Verfügung, als es ein Parlament je haben kann. Auch eine Einbindung der Landtage durch Stimmführer mit verschiedenen Stimmgewichten schiene denkbar. In diese Richtung geht beispielsweise der Vorschlag *Hannes Pichlers*, wobei die zweite Kammer zugleich die Funktion der Landesparlamente übernehmen würde („Generallandtag“)²². Ebenfalls für eine Reform der Zusammensetzung plädieren der niederösterreichische ÖVP-Landtagspräsident *Edmund Freibauer* sowie Landtagsdirektor *Karl Lengheimer*, die den Bundesrat durch einen Rat der Länder und Gemeinden ersetzen wollen²³.

Man müsste aber nicht einmal so weit gehen, sondern könnte auch ohne verfassungsrechtliche Eingriffe eine Verbesserung erreichen. Der steirische Landesamtsdirektor *Gerhart Wielinger* hat die – erwartungsgemäß unbeantwortet gebliebene – Frage gestellt, was die Länder denn daran hindert, den Bundesrat durch entsprechende Entsendungen gleichzeitig zu einer permanenten Landeshauptmänner-, Lan-

desfinanzreferenten- oder Landesamtsdirektorenkonferenz zu machen²⁴.

Man sieht also, das Spektrum ist groß, selbst wenn man den vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmen nicht verlässt. Der Bedarf nach einer Änderung ist, wie zu zeigen war, gegeben. Wie eine solche aussehen sollte, welche Hindernisse zu erwarten sind und welche Argumente für welche Lösungen sprechen, würde eingehende Vorarbeiten erfordern. Dies rührt allerdings an einem der Hauptprobleme, mit denen Bundesstaatsreformdebatten in Österreich seit jeher zu kämpfen haben, nämlich dem eher gering ausgeprägten föderalistischen Bewusstsein – wenn man so will, der „föderalistischen Kultur“. Eine solche kann sich aber nur entwickeln, wenn auch Missstände offen angesprochen und klare Konzepte abseits von lobbyistischen Rücksichtnahmen erstellt werden. Nur so würde sich aber ein Modell für eine zweite Kammer finden, die mehr ist als nur ein bloßer Nebenraum im Parlament. Derzeit macht es allerdings nicht den Eindruck, als ob dies gewünscht ist.

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Polaschek lehrt am Institut für Österreichische Rechtsgeschichte und Europäische Rechtsentwicklung an der Karl-Franzens-Universität Graz.

Impressum

juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat
A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

HerausgeberInnen: Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, RAA Drⁱⁿ. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, 1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Rennweg 16, Postfach 129, A-1037 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589, e-Mail: order@verlagosterreich.at, <http://www.verlagosterreich.at>

Preis: Jahresabonnement ATS 360,-, StudentInnenabonnement ATS 240,-, Förderabonnement ATS 600,-, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner, Mag^a. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag^a. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

AutorInnen dieser Ausgabe:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Bertel, Dr. Sepp Brugger, Drⁱⁿ. Loredana Cappelletti, Univ.-Ass. Dr. Stefan Ebensperger, Drⁱⁿ. Birgit Feldner, Dr. Andreas Görgen, Mag^a. Claudia Kreuzsaler, Mag^a. Iris Kugler, RA Dr. Wolfgang Moringner, ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Polaschek, Dr. Christopher Pollmann, RA Prof. Dr. Franz Salditt, Mag. Eberhart Theuer, Mag^a. Sabine Wagner, Dr. Miloš Vec

Offenlegung

Der Medieninhaber und Verleger ist zu 100% Eigentümer des **juridikum**.

Grundlegende Richtung des **juridikum**: ergibt sich aus den Context-Statuten und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte.

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz: Laudenschach Satz & DTP, 1070 Wien

Druck: Manz, 1050 Wien

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

²² *Johannes W. Pichler*, Föderalismus, ja und immer wieder ja, in: Föderalismus-symposium „Wozu Länder?“. Reformnotwendigkeiten und -möglichkeiten im österreichischen Bundesstaat, hgg vom Modell Steiermark, Graz 1998, 13 ff. Zu weiteren Konzepten in diese Richtung *Martin F. Polaschek*, Neuordnung des Bundesstaates: Modelle aus der Steiermark, RAUM 39/2000, 25 f sowie mit einem eigenen Vorschlag *ders*, Föderalismus, 240 ff.

²³ Der Standard vom 22. Dezember 2000.

²⁴ *Gerhart Wielinger*, Zur Befindlichkeit des österreichischen Bundesstaates, in: Heinz Schäffer et al (Hg), Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr. h. c. Friedrich Koja, Wien – New York 1998, 505.

Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich

Strafrechts-Enquete-Kommission

Sepp Brugger

Schon im Zuge des Wahlkampfes zu den Nationalratswahlen 1999 aber auch nach den Nationalratswahlen gab es immer wieder heftige Diskussionen über die im Nationalrat beschlossenen diversionellen Maßnahmen, insbesondere den Außergerichtlichen Tausgleich. Was seit Jahren in Österreich auf Jugendgerichtsebene und Versuchsbasis im Erwachsenenbereich erfolgreich angewandt wurde und Österreich international erhebliches Ansehen brachte, wurde insbesondere von Seiten der FPÖ heftigst kritisiert. Nachdem im Februar FPÖ und ÖVP eine Regierungskoalition bildeten, war es nicht überraschend, dass bereits Anfang März ein Antrag auf Einsetzung einer Enquete-Kommission von den Abgeordneten Ing Westenthaler, Dr Khol und Kollegen im Hauptausschuss eingebracht wurde, wobei als Erstes der „Anwendungsbereich der Diversion, insbesondere unter Berücksichtigung der Schwere, der Schuld und der Wiedergutmachung des entstandenen Schadens (unter Sicherstellung der vollen fachgerechten Information des Opfers über das Ausmaß der ihm zustehenden Ansprüche) sowie ev Ausschluss von bestimmten Tatbeständen aus der Anwendung der Diversion“ besprochen werden sollte. Als zweiter und dritter Punkt dieser Strafrechts-Enquete-Kommission war die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohungen im gerichtlichen Strafrecht und die Verhältnismäßigkeit verwaltungsstrafrechtlicher Strafdrohungen und Ausgewogenheit von gerichtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Strafdrohungen zueinander, insbesondere auch im Finanzstrafverfahren, vorgesehen.

Die Umschreibung des Themenkreises Diversion beinhaltet – wie zu erwarten – sämtliche Einwendungen, wie sie insbesondere von Seiten der FPÖ gegen den Außergerichtlichen Tausgleich vorgebracht wurden. Die Einsetzung dieser Enquete-Kommission wurde schließlich einige Zeit später von al-

len vier Parteien beschlossen. Dabei war es möglich, noch einige Abänderungen zu erreichen. So konnte unter Hinweis, dass man doch erst die Erfahrungen mit den diversionellen Maßnahmen abwarten sollte, die Debatte über die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohungen im gerichtlichen Strafrecht dem Thema Diversion vorgezogen werden. Außerdem konnte erreicht werden, dass zur Debatte über die diversionellen Maßnahmen neben VertreterInnen des Vereins für Bewährungshilfe und Sozialarbeit und der Sicherheitsexekutive auch ein Vertreter des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie sowie drei VertreterInnen nichtstaatlicher Organisationen als ExpertInnen eingeladen wurden.

Dieser Enquete-Kommission gehörten insgesamt 14 Abgeordnete zum Nationalrat (SPÖ-5, ÖVP-4, FPÖ-4, Grüne-1) an. Im September fand die erste Sitzung dieser Enquete-Kommission statt, bei der die einzelnen ExpertInnen ausgewählt wurden. Insgesamt fanden bis heute einschließlich dieser 4 Sitzungen statt. Für 5. Oktober 2000 wurde die erste Sitzung vereinbart, bei der mit den ExpertInnen über die Verhältnismäßigkeit der Strafdrohungen im gerichtlichen Strafrecht debattiert wurde. Dabei wurde beschlossen, diese Sitzung der Enquete-Kommission medienöffentlich, das heißt den Medien zugänglich zu machen. Trotz eines Antrages auf Veröffentlichung der Protokolle über diese Sitzungen ist dies bis heute nicht passiert. Die Grünen haben daher die Initiative ergriffen. Die Debattenbeiträge zur Enquete-Kommission sind auf der Homepage <http://www.gruene.at> unter Justiz abrufbar.

Gleich am Beginn der ersten Sitzung forderten die Abgeordneten Dr Johannes Jarolim (SPÖ) und Mag Terzija Stoisits (Grüne), in dieser ExpertInnenrunde insbesondere auch über die geplanten Änderungen im Jugendgerichtsgesetz aufgrund der Herabset-

zung der Strafmündigkeitsgrenze von 19 auf 18 Jahre und im Suchtmittelgesetz zu diskutieren. Unter Hinweis auf die Geschäftsordnung des Nationalrates wurde von den VertreterInnen der Regierungsfractionen dagegen eingewandt, dass sich die Enquete-Kommission an die vom Hauptausschuss vorgegebenen Themenkreise zu halten habe. Nichtsdestotrotz haben viele ExpertInnen von sich aus zu den geplanten Änderungen im Suchtmittelgesetz, aber auch zu den Auswirkungen der Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters, Stellung bezogen. Die fünfte Sitzung der Enquete-Kommission am 12. Dezember 2000 diente schließlich aufgrund der Initiative der Oppositionsparteien zur Gänze der Debatte über die geplanten Änderungen im Jugendgerichtsgesetz. Festgehalten sei, dass sich nahezu alle geladenen ExpertInnen gegen die Einführung einer lebenslangen Freiheitsstrafe für Drogendealer ausgesprochen haben. Insbesondere wurde eingewandt, dass eine derartige Erhöhung der Strafdrohung im Suchtmittelgesetz nicht in unser Strafrechtssystem passe. „Eine lebenslange Freiheitsstrafe – sei sie auch nur alternativ angedroht – als die schwerstmögliche Strafe in unserem System behält man sich für generell definierte, schwerste Fälle vor. Dazu könnte ich zum Beispiel sagen – ich weiß nicht, ob Sie das wollen, aber es wäre ein Denkansatz – selbstverständlich nur für vorsätzliche Tötungen und nicht für alle.“ (So Univ-Prof Dr Manfred Burgstaller in der Enquete-Kommission vom 5. 10. 2000, Prot S 15.)

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Fachleute den Verschärfungstendenzen der Regierung im Strafrechtsbereich widersprochen haben. So konnten aufgrund der Debatte am 12. 12. 2000 in der Enquete-Kommission zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes noch wesentliche Verbesserungen durchgesetzt werden.

Die Debatte in der Strafrechts-Enquete-Kommission findet auf hohem Niveau statt, wobei eine Menge von interessanten, sinnvollen Änderungsvorschlägen gemacht wurden. Es fand zB eine breite Debatte über die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe statt, für die sich insbesondere der Generalprokurator aD Dr Otto F Müller, Univ-Prof Dr Christian Bertel und Univ-Prof Dr Peter Schick aussprachen. Rechtsanwalt Dr Manfred Ainedter ur-

gierte die Einführung eines Tatbestandes des erweiterten Selbstmordes für Personen, die nahe Familienangehörige in den Tod mitnehmen wollen, deren Selbstmord schließlich aber scheitert. Von mehreren Fachleuten wurde auch die Erhöhung der Wertgrenze als ein Mittel zur Beseitigung der Divergenz der Strafdrohungen zwischen Körperverletzungs- und Vermögensdelikten vorgeschlagen. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass seit der letzten Wertgrenzenerhöhung in den 80er Jahren doch eine erhebliche Wertminderung eingetreten ist. Angelegt wurde auch, bei den Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung mehr Flexibilität zuzulassen und zB die Tilgungsfristen analog zu den Vorschriften über die bedingte Entlassung herabsetzbar zu machen, um das Fortkommen zu erleichtern und damit dem Täter auch mehr Chancen auf eine Schadensgutmachung zu ermöglichen (Rechtsanwalt Dr. Manfred Ainedter). Kritisiert wurde auch die derzeitige Praxis betreffend die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht. Diese sollte gestrichen oder nur als qualifizierter Tatbestand bei einzelnen Delikten festgeschrieben werden.

Zusammenfassend kann zu den bisherigen Debattenbeiträgen gesagt werden, dass sich die ExpertInnen generell gegen eine Erhöhung der Strafdrohungen ausgesprochen haben, wie wohl eine Harmonisierung der Strafdrohungen Änderungen in einzelnen Bereichen notwendig machen wird. In diesem Fall wurde aber eher eine Anpassung nach unten empfohlen. Aufgrund der unzähligen Änderungen des Strafgesetzbuches, insbesondere in den letzten zehn Jahren, ist die Stimmigkeit verloren gegangen. Andererseits machen geänderte gesellschaftliche Wertmaßstäbe Anpassungen des Strafgesetzbuches – so sollte das Pornographiesgesetz grundlegend überarbeitet und in das Strafgesetzbuch eingefügt werden – notwendig. Es ist zu hoffen, dass die im Parlament vertretenen Parteien den Mut haben, die von den Fachleuten in der Enquete-Kommission gemachten Anregungen gesetzlich auch umzusetzen.

Dr. Sepp Brugger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter für den Grünen Club im Parlament für die Bereiche Justiz und Medien.

Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses

Eckpunkte der Reformdiskussion in Deutschland

Franz Salditt

Die rotgrüne Bundesregierung hat in der Koalitionsverhandlung des Jahres 1998 eine „umfassende Justizreform“ vereinbart, deren Schwerpunkt das Rechtsmittelrecht sein sollte. Nach einem Gutachtersauftrag an den Deutschen Richterbund von Anfang 1999 sollten auch die Rechtsmittel des Strafverfahrens verkürzt werden. Das Gutachten des Deutschen Richterbundes vom Sommer 1999 hat dazu einen radikalen Lösungsvorschlag unterbreitet, der allseits auf Kritik und Widerspruch gestoßen ist.

Der Deutsche Anwaltverein nahm zu diesen Plänen nach intensiver Beratung in einer umfassenden Ausarbeitung Stellung, die dem Bundesjustizministerium im Frühjahr 2000 übergeben und später auch veröffentlicht worden ist. Er sagte auf Grundlage des Gutachtens des Deutschen Richterbundes bedrohliche Folgen für die Strafjustiz voraus und riet davon ab, an solchen Plänen festzuhalten. Stattdessen empfahl der Deutsche Anwaltverein, den Schwerpunkt der Verfahrensreform im Ermittlungsverfahren zu suchen und hier durch so genannte partizipatorische Ausgestaltung eine frühe Teilhabe der Verteidigung zu ermöglichen.

Im Herbst 2000 ließ das deutsche Bundesjustizministerium dem Juristentag mitteilen, es werde keine Rechtsmittelreform des Strafverfahrens geben. Mit so genannten Eckpunkten, die in der Bundesregierung abgestimmt waren, ist das Ministerium dann im Frühjahr 2001 an die Öffentlichkeit herangetreten. Die Eckpunkte nehmen für sich in Anspruch, durch Reformansätze im Ermittlungsverfahren und durch mehr Transparenz und Kommunikation in den nachfolgenden Verfahrensabschnitten zur Verbesserung des Strafprozesses beizutragen und zugleich für mehr Opferschutz zu sorgen.

Der nachfolgende Beitrag des Anwaltskollegen Franz Salditt beruht auf einer Auseinandersetzung mit den sich abzeichnenden Reformplänen. Es handelt sich um den Text des am 10. 3. 2001 vor dem Strafverteidigertag in Berlin gehaltenen Vortrags. Dabei geht es darum, die noch offenen Streitfragen des partizipatorischen Verfahrens zu erläutern. Obwohl Franz Salditt Vorsitzender des im Deutschen Anwaltverein tätigen Ausschusses, „Justizreform StPO“ ist, handelt es sich nicht um eine für den Deutschen Anwaltverein abgegebene Stellungnahme. Eine solche ist für den Anwaltstag Ende Mai in Bremen angekündigt.

I. Die Eckpunkte

Bei der Reform des Strafprozesses geht es inzwischen nicht (mehr) um Rechtsmittel, sondern um den Weg zur ersten Entscheidung. Das ergibt sich aus den inoffiziellen Eckpunkten des Bundesjustizministeriums vom 25. 9. 2000; sie waren Gegenstand einer „Verbalnote“ an den Deutschen Juristentag in Leipzig und von Erläuterungen vor dem Strafverteidigertag 2001 in Berlin. Da-

nach soll die Verteidigung im „optimierten“ Ermittlungsverfahren „stärker eingebunden“ werden. Zugleich ist an die „Einführung konsensualer Gestaltungs- und Erledigungsmöglichkeiten“ gedacht. Bislang gibt es keine Festlegung.¹ Das eröffnet die seltene Gelegenheit zum herrschaftsfreien Diskurs.

Wäre eine aktive Teilnahme am Ermittlungsverfahren, für die der DAV den bürgerrechtlichen Begriff der Partizipa-

¹ Die schriftlichen „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ finden sich auf einem anonymen Papier mit dem Vermerk „Stand: 25. September 2000“, bei dem es sich um keine

offizielle Verlautbarung handelt und das ursprünglich zur Verteidigung auf dem Deutschen Juristentag 2000 bestimmt war.

² Der Begriff der Partizipation wird in der Stellungnahme des

DAV zur Reform der Strafjustiz vom Mai 2000 verwendet, die durch den Ausschuss „Justizreform – StPO“ vorgelegt worden ist (Abdruck in AnwBl 2001, 30 ff).

tion vorgeschlagen hat², aber nicht ein Widerspruch in sich? Wie kann der Beschuldigte an einer Untersuchung partizipieren, die sich doch *gegen* ihn richtet und die ihn traditionell in der Rolle des Störers oder des Geständigen sieht? Die wirkliche Öffnung des Ermittlungsverfahrens setzt eine fast unmögliche Wende voraus. Es geht um den Versuch, die faktische Kraft des Normativen herzustellen, nämlich eine ausgewogene Aufklärung auch *zugunsten* des Beschuldigten (§ 160 Abs 2 StPO).

Bei Absprachen, dem zweiten großen Thema des Reformprojekts, steht der Verteidiger in einem konfliktträchtigen Mittelpunkt. Aus Sicht der Strafsjustiz garantiert er die Richtigkeit des Geständnisses, obwohl ihm erzwingbare Aufklärungsbefugnisse fehlen. Und aus Sicht des Mandanten soll er gewährleisten, dass ein optimales Ergebnis erreicht wird, obwohl wesentliche Beweise noch nicht in kontradiktorischer Verhandlung erhoben worden sind. Die Last solcher Verantwortung kann die Anwaltschaft nur tragen, wenn sie über ein Höchstmaß verlässlicher Informationen verfügt. Und das hängt nicht zuletzt vom partizipatorischen Vorverfahren ab. Deshalb laufen die Linien der rechtspolitischen Perspektive, die auch mit dem Stichwort der „Transparenz“ erläutert wird, an dieser Stelle zusammen.

II. Drei Problemkreise

Im Folgenden werden die erörterungsbedürftigen, zum Teil sehr kontroversen Grundfragen dargestellt, auf die das Reformprojekt stoßen wird.

1. Streitfragen des partizipatorischen Ermittlungsverfahrens

a) Direkte Absicherung?

Frühe und vollständige Akteneinsicht, Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen und wirksame Beweisanzugsrechte³, das sind unsere Anliegen im Vorverfahren. Sie hängen allesamt davon ab, ob einschlägige Rechte notfalls gegen unwillige Staatsanwälte durchgesetzt werden können. Boetticher, Richter am BGH, und Landau, Staatssekretär im Hessischen Ministe-

rium der Justiz, haben angeregt, die Weigerung des Staatsanwalts, Akteneinsicht zu gewähren und Beweisanträge auszuführen, einer ermittelungsrichterlichen Kontrolle zu unterwerfen.⁴ Wenn man dieses Konzept, das auf alte Vorschläge aus der Anwaltschaft zurückgreift, zu Ende denkt, könnte das gesamte Programm der Partizipation durch einen Rechtsbehelf an den Ermittlungsrichter abgesichert werden.

Das wäre eine frühe und umfassende Formalisierung. Man wird einwenden, dass die Ermittlungsmaßnahmen in ihrer ganzen Breite sich nicht auf den Vollzug gesetzlicher Normen reduzieren lassen. Wie konkret sind die Maßstäbe, nach denen der Richter für oder gegen eine Akteneinsicht entscheiden soll? Und wer ermöglicht, dass der mit Tausenden von Fällen im Jahr zugeworfene Ermittlungsrichter überhaupt eine inhaltliche Prüfung vornehmen kann, anstatt den behördlichen Argumenten zu folgen? Staatsanwälte unterliegen der „Aufsicht und Leitung“ von Vorgesetzten bis hin zum Justizminister (§§ 146, 147 GVG). Nur deshalb muss ihr Handeln und Unterlassen gegenüber den Parlamenten politisch verantwortet werden. Die Unabhängigkeit des im Ermittlungsverfahren tätigen Richters dagegen unterbricht die bis zu den Parlamenten reichende Legitimationskette staatlicher Gewalt. Die durch ein System von Rechtsmitteln bewirkte Unterordnung der Staatsanwaltschaft unter den mit großen Spielräumen ausgestatteten Ermittlungsrichter würde die politische Haftung der Verfolgungsbehörde und damit auch das verfassungsrechtlich verwurzelte System von Verantwortung aufheben, aber keine berechenbare neue Verantwortung an deren Stelle etablieren. Morré/Bruns haben unlängst auf diesen Zusammenhang aufmerksam gemacht⁵ und angemerkt: Je dichter der Informationsaustausch des Richters mit der Exekutive wird, desto größer die Gefahr, dass er unter den Einfluss von Sach- oder Erfolgswängen gelangt und in die (auch durch Normen) unkontrollierbare Position seines Vorgängers im gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahren zurückgleitet.⁶

Die Schlussfolgerung daraus scheint auf einen oberflächlichen Blick paradox – Partizipation durch Ausbau des Rechtsmittelweges im Vorverfahren wäre jedenfalls keine Patentlösung.

b) Indirekte Absicherung?

Eine eher pragmatische Alternative bestünde darin, die zu regelnde Partizipation indirekt abzusichern. Zum Beispiel: Wenn im Vorverfahren Vernehmungen nach Zurückweisung des Verteidigers und ohne diesen stattgefunden haben, sind sie spätestens vor Abschluss der Ermittlungen *in seiner Anwesenheit* zu wiederholen. Dafür reicht es aus, dass der Verteidiger geltend macht, Fragen oder Vorhalte seien unterblieben. Vor der Wiederholung darf dann Anklage nicht erhoben und das Hauptverfahren nicht eröffnet werden. Oder: Falls Beweisanträge des Verteidigers ohne hinreichenden Grund unberücksichtigt bleiben, muss das Gericht, das über die Zulassung der Anklage oder einen Strafbefehlsantrag entscheiden soll, zuvor die davon betroffenen Beweise nacherheben und dabei Gelegenheit zur Teilnahme gewähren. Solche und ähnliche Regelungen zum Beispiel auch bei verzögerter Akteneinsicht „bestrafen“ die Anklagebehörde durch unvermeidbare prozessuale Nachteile. Auf die Dauer wird diese lästige Folge präventive Wirkungen erzeugen, die vermutlich hilfreicher sind als eine Kontrolle durch den Ermittlungsrichter. Zugleich besteht die Verantwortung der Verfolgungsbehörde fort.

c) Verlust der Unmittelbarkeit?

Partizipation hat aus Sicht der Politik einen Preis. Das halten die eingangs erwähnten Eckpunkte fest, und das haben Gespräche darüber bestätigt. Danach sollen Vernehmungsniederschriften, die in Anwesenheit des Verteidigers entstanden sind, unter Lockerung der Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung auch gegen Widerspruch verlesbar sein („Transfer“).⁷ Gegebenenfalls wird es ausreichen, dass dem Verteidiger Gelegenheit zur Teilnahme gewährt worden ist. Für die Verfasser der Eckpunkte handelt es sich um einen

³ Dazu die Stellungnahme des DAV, 42 ff.

⁴ Boetticher/Landau, Plädoyer für eine Stärkung des Richters im Ermittlungsverfahren, in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, Hrsg. Geiß/Nehm/Brandner/Hagen, Köln 2000, 555 ff.

⁵ 561 ff. – Mit dem StVÄG 1999 ist zu § 147 StPO, soweit Akteneinsicht zwingend gewährt werden muss oder soweit sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet, bereits ein Schritt in diese Richtung getan worden (dazu Gatzweiler StraFo

2001, 1; Schlothauer StV 2001, 192). – Zum Rechtsschutz gegen verfahrenseinleitende und -fortführende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren: Nagel StV 2001, 185.

⁶ Morré/Bruns, Einfluss verdeckter Ermittlungen auf die Struktur des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof (oben Anm 4) 581 ff.

⁷ Morré/Bruns (oben Anm 5) 603 ff. Eckpunkte Nr. 7.

Anreiz, der die Strafverfolgung dazu bewegen soll, den Verteidiger frühzeitig einzubeziehen. Der Vorteil des „Transfers“ soll daher entsprechend motivieren und die notwendige Absicherung ersetzen.

Doch ist dieser Preis, wie seit Beginn der Diskussion deutlich betont wurde⁸, zu hoch. Die schützende Form der Unmittelbarkeit darf nur im Zusammenwirken aller Verfahrensbeteiligten aufgehoben werden (wie es § 251 Abs 1 Nr. 4, Abs 2 StPO entspricht). Dem Verteidiger muss in diesem Zusammenhang ein eigener Beurteilungsspielraum verbleiben, der nicht durch das Gericht usurpiert werden und nicht von der Offenlegung des Verteidigungskonzepts abhängen kann.

Das bloße Vernehmungsprotokoll blendet, wie nicht erläutert zu werden braucht, wichtige Erkenntnisse aus, etwa die Mimik und die Körpersprache des Zeugen. Vor der Polizei oder vor der Staatsanwaltschaft ist die Wahrheitspflicht der Zeugen strafrechtlich nicht sanktioniert. Über solche Zusammenhänge kann nur hinweggegangen werden, wenn die ausdrückliche Zustimmung des Angeklagten und des Verteidigers zur Verlesung erweist, dass hinsichtlich des Vernehmungsergebnisses Konsens besteht.

Die gesetzlich geregelten Teilnahmerechte für Verteidiger werden nicht umfassend sein. Es wird immer Ausnahmen geben müssen, wonach die Anwesenheit wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks abgelehnt werden kann. Dies ermöglicht den Ermittlungsbehörden eine Auswahl – im Extremfall die Vernehmung von Entlastungszeugen in Anwesenheit des Verteidigers mit der Folge späterer Verlesbarkeit und von Belastungszeugen ohne Anwesenheit des Verteidigers mit der Folge späterer unmittelbarer Beweiserhebung in der Hauptverhandlung. Selektive Unmittelbarkeit, der die Verteidigung machtlos gegenüberstünde, wäre ein obrigkeitstaatliches Prozessmodell und das Gegenteil von Partizipation.

Zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung haben sich die Erkenntnisse ge-

genüber dem Zeitpunkt, als die erste Vernehmung stattfand, vielfach verändert. Soweit das im Ermittlungsverfahren zusammengetragene Beweisergebnis kontrovers beurteilt wird, gehört es zum Wesen der richterlichen Aufgabe, die anstehenden Fragen durch Anschauung, Anhörung und erlebte Konfrontation selbst zu beantworten. Zugleich gehört es zum Wesen der Öffentlichkeit des Strafverfahrens, dass in solchen Fällen das Element einer allgemeinen Kontrolle der Hauptverhandlung als Grundlage richterlicher Entscheidungen unangetastet bleibt. Nicht zuletzt gehört es zur Kompetenz des Verteidigers, wo es notwendig erscheint, auf eine unmittelbare Beweiserhebung hinzuwirken.

Vorschriften, die sich über diese Einwände hinwegsetzen und Verlesungen gegen den Widerspruch des Verteidigers zulassen, provozieren Konflikte.

Vorschriften dagegen, die auf vernünftige Annäherung in prozessualen Fragen abzielen, entsprechen dem Grundgedanken der Partizipation.⁹ Die Anwaltschaft hat allen Anlass, dies gegenüber den politischen Meinungsträgern zu verdeutlichen. Zugleich ist festzuhalten: Jede normative Schwächung unserer Position in der Hauptverhandlung wirkt auf alle vorausgehenden Verfahrensstadien zurück. Schon im Ermittlungsverfahren nämlich wird das Gewicht der Verteidigung antizipierend an den Möglichkeiten gemessen, die uns spätestens in der Hauptverhandlung zur Verfügung stünden. Dieser Zusammenhang gibt unseren Anträgen im Ermittlungsverfahren mehr Nachdruck, als es neue Vorschriften könnten.

d) Partizipation mit dem ungeeigneten Partner?

Partizipation versagt, wenn der Staatsanwalt, der sie ermöglichen soll, nicht mehr Herr des Ermittlungsverfahrens ist. Ein partizipatorisches Vorgehen hängt deshalb davon ab, dass der Staatsanwalt gegenüber der Polizei wieder in seine Rolle eingesetzt wird (§§ 161, 163 StPO). Ange-

hörige der Bundesanwaltschaft sprechen im Blick auf die real existierende Stellung der Staatsanwaltschaft von „Erosion“¹⁰, von „Brisanz“¹¹, von notwendiger Neuordnung¹² und von einzufordernder Pflicht der Polizei zur Offenlegung.¹³ Der Notruf gibt zu denken, weil eine der staatsanwaltschaftlichen Kontrolle entzogene Polizei das Konzept der Partizipation aushöhlen würde.

2. Über Grenzen des konsensualen Strafverfahrens

a) Rechtliches Gehör?

Nach den Eckpunkten soll dem Gericht „die Möglichkeit eröffnet werden, geeignete Verfahrensabschnitte zum Anlass zu nehmen, in öffentlicher Hauptverhandlung seine vorläufige Beurteilung des jeweiligen Verfahrensstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mitzuteilen. Eine gesetzliche Regelung soll die grundsätzliche Billigung eines solchen Verfahrens festschreiben . . .“¹⁴

Solche Mitteilungen sind förmliche Hinweise des Gerichts, die nach Beratung ergehen und protokolliert werden. Sie stellen eine prozessuale Zäsur dar und haben auch wegen der damit verbundenen Öffentlichkeit Gewicht. Da es zu den Grundregeln richterlicher Dignität gehört, dass der einmal eingeschlagene Kurs stetig durchgehalten werden muss („stare decisis“), handelt es sich trotz aller Vorläufigkeit um einstweilige Festlegungen. Der selbstverständliche Vorbehalt ist eine bloße Floskel undbürdet faktisch den Verfahrensbeteiligten die Last auf, Gründe zu finden oder einzuführen, um den Hinweis umzustößen.

Bei den überkommenen informellen Flurkontakten verhält sich dies alles ganz anders. Dort geht es, pointiert ausgedrückt, nicht um Beratungsergebnisse, sondern um den Weg zu Vereinbarungen, über die mit schlechtem Gewissen verhandelt wird.¹⁵ Dort wird nicht der richtige Sachverhalt oder das richtige Recht gesucht, sondern das trilateral akzeptable Ergebnis. Und dort wird kein öffentlich sichtbarer Kurs ein-

8 Etwa Stellungnahme des DAV aaO FN 2, Teil 2 II 2., lit. b) S. 50 ff.

9 Auch die Eckpunkte sprechen – in Nr. 3 – vom „partizipatorischen“ Verfahren.

10 Morré/Bruns (oben Anm 5) 600.

11 Ebd. 608.

12 Ebd. 610.

13 Ebd. 611.

14 Eckpunkte Nr. 8.

15 Zum Stand von Judikatur und Rechtsprechung im Bereich der Ab-

sprachen: Weigend, Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd IV, 1011 ff, München 2000; Kuckein/Pfister, Verständigung im

Strafverfahren – Bestandsaufnahme und Perspektiven, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof aaO Fn 4.

geschlagen, sondern sehr hypothetisch vorgefühl. Vor allem aber – dort wird miteinander gesprochen und nicht mitgeteilt, weshalb die Kommunikation nicht einseitig verläuft, sondern ein gemeinsames Gelingen oder Scheitern ist. Im Falle des Scheiterns waren alle Kontakte ein Non-Gespräch. Die beabsichtigte Formalisierung würde etwas Neues schaffen und wäre keineswegs nur eine gesetzliche Lizenzierung des Deals. Sie wird, ob wir es wollen oder nicht, den Weg zu einer Zwischen- oder Teilbeurteilung bahnen, deren Anfechtung in der kontradiktorischen Fortsetzung der Hauptverhandlung bestünde.

Wenn die Anwaltschaft in einem solchen Verfahren nicht auf die unwürdige Rolle eines beflissenen, vielleicht neugierigen und jedenfalls passiven Zuhörers reduziert werden will, muss sie auf dieser förmlichen Ebene des Prozesses rechtliches Gehör beanspruchen (nach BVerfGE 55, 66 handelt es sich dabei nicht nur um das „prozessuale Unrecht des Menschen“, sondern um ein „objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein gerichtliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist“). Daraus folgt für das notwendige Verfahren: Das Gericht ruft die Fragen auf, zu denen es sich äußern möchte, und gibt zunächst Gelegenheit zur Stellungnahme. Danach erst wird beraten und „mitgeteilt“. Zugegeben – eine derartige Regelung, die übrigens auch im Blick auf die Schöffen unerlässlich erscheint, verstärkt das Gewicht der neuen Hinweise. Aber ein Verzicht auf das vorausgehende rechtliche Gehör würde zum Obrigkeitprozess in der Abfolge kleiner Schritte. Statt der Geburtsstunde des Deals durch partizipatorische Kommunikation hätten wir das Dekret des vorschnell nach der Wahrheit greifenden Richters. Die Konsequenzen für die anwaltliche Rolle wären verheerend. Auch dies muss man sich vergegenwärtigen, bevor in die Diskussion über das Reformprojekt eingetreten wird.

b) Sanktionenscherer?

Der 63. Deutsche Juristentag 2000 (Leipzig) hatte in seiner strafrechtli-

chen Abteilung über den folgenden Antrag¹⁶ zu entscheiden:

„Bei ‚Rechtsgesprächen‘ ist es jedenfalls für das Gericht nicht statthaft, dem nichtgeständigen Beschuldigten vorzuhalten, welche mildere Strafe er bei einem Geständnis zu erwarten habe und welche höhere Strafe bei Feststellung der Schuld im ‚streitigen‘ Verfahren.“

Der Antrag wurde mit 48 gegen 26 Stimmen bei 8 Enthaltungen abgelehnt. Mit der Ergänzung, dass der Hinweis des Gerichts nur ausnahmsweise und nur dann statthaft sein solle, wenn der Beschuldigte verteidigt ist und der Hinweis ausdrücklich beantragt wird, verfiel der Antrag mit noch 42 gegen 29 Stimmen bei 8 Enthaltungen ebenfalls der Ablehnung.¹⁷ Wenn es so kommt, dann darf das Gericht im Strafverfahren dem Angeklagten daher das Instrument der „Sanktionenscherer“ zeigen und erklären, um Konsens herzustellen:

Der Konsens, der auf einem solchen Weg stattfindet, ist erzwungen. Hinweise, die so erteilt werden, sind Drohung. Bei dieser untechnisch formulierten Behauptung handelt es sich nicht um eine anwaltliche Übertreibung. In England hat der Lord Chief Justice seinen Richtern ausdrücklich untersagt, den Angeklagten derart zu intimidieren.¹⁸ Die Entscheidung R. v. Turner ist dort – bei allem Streit darüber – geltendes Recht.¹⁹

Rechtspolitisch kommt es nicht darauf an, ob wir einen solchen Zwang nach § 136 a Abs 1 S. 2 StPO als prozesswidrig und verboten betrachten. Rechtspolitisch müssen wir aber die Frage beantworten, ob den Beschuldigten und ob unseren Mandanten garantiert werden soll, was der Lord Chief Justice im Falle Turner als die vollkommene Freiheit der Entscheidung („complete freedom of choice“) bezeichnet. Die gesetzliche Entbindung des Gerichts von der Besorgnis der Befangenheit, die Entfesselung, damit Hinweise unbesorgt auch zur Einflussnahme auf das künftige Prozessverhalten des Angeklagten erteilt werden können, und

die Zulassung der „Sanktionenscherer“, vielleicht sogar ohne vorausgegangenes rechtliches Gehör, wären in ihrer Gesamtheit eine Revolution des Verfahrens.

Gewiss, auch bei Flurkontakten gibt es die „Sanktionenscherer“ – in der Schattenwelt aber als sehr provisorische, informelle, rücknehmbare, nur dem Anwalt mitgeteilte und schnell zurückzuweisende Drohung. In der transparenten Hauptverhandlung neuen Stils wäre die Zulassung dieses Instruments – damit wird die zuvor verwendete Ausdrucksweise auch hier wieder aufgenommen – eine Lizenzierung. Prozesswidriger informeller Druck würde in zugelassenen formellen Zwang ohne die Möglichkeit zur Gegenwehr umgewandelt. Hört sich das zu ängstlich an? Im Zuge der Diskussion des Juristentages in Leipzig meldete sich ein erstaunter Generalstaatsanwalt zu Wort. Die Frage, welche Strafe bei streitiger Verteidigung drohe und welche bei Geständnis verhängt werde, sei doch das, was den Angeklagten und den Verteidiger am meisten interessiere.

3. Zur Rolle der mutmaßlichen Opfer im partizipatorischen Prozess

a) Partizipation auch des Opfers?

Die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums enthalten zunächst den folgenden Text:

„Durch stärkere Nutzung von Gesprächsmöglichkeiten zwischen den Verfahrensbeteiligten bereits in einem frühen Stadium kann häufiger als bisher ein Täter-Opfer-Ausgleich dem Opfer die Möglichkeit geben, den Täter mit den materiellen und immateriellen Folgen der Tat zu konfrontieren. Die Einführung eines strafgerichtlichen Wiedergutmachungsvergleichs wird eine endgültige einvernehmliche Einigung über den Schadensausgleich auch noch in der Hauptverhandlung ermöglichen. Diese Maßnahmen befördern daher insgesamt das berechtigte Interesse des Opfers, Wiedergutmachung und Genugtuung zu erfahren.“²⁰

16 Nr. VII 6.

17 Nr. VI 7. – Das Diskussionspapier der Grünen zur Reform des Strafprozesses vom 26. 9. 2000 entschärft die Problematik, weil es erweiterte Hinweise des Gerichts zum „Sach- und Streitstand“ nur vorsieht, wenn

der Angeklagte oder der Verteidiger dies beantragen.

18 R. v. Turner, Cr. App. R. 54, 352 (1970).

19 Professional Conduct – Inns of Court School of Law, London 1997, 15 ff.; a.A. Weigend, Absprachen im

ausländischen Strafverfahren, Freiburg 1990, 34 f., 89. Vgl. zur Sanktionenscherer als Druck Weigend NSTZ 1999, 57, 63 Fn 80 unter Hinweis auf Schönemann FS Baumann, 361, 376.

20 Eckpunkte Nr. 1. – Zur Neubestimmung der Rolle von Opfern im Straf-

verfahren auch: Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften BR Drucks. 481/99 v. 25. 8. 1999.

Auch diesem Ziel sollen die institutionalisierten Gespräche schon im Ermittlungsverfahren dienen.²¹ Dasselbe gilt für den geplanten Anhörungstermin im Zwischenverfahren, bei dem die Opferinteressen durch Beteiligung der zugelassenen Nebenklage gewahrt werden.²²

Daraus folgt, dass der kommunikative und transparente Strafprozess keineswegs nur auf Partizipation des *Beschuldigten* ausgerichtet ist. Er will vielmehr auch die Partizipation des mutmaßlichen *Opfers*, das in der informellen Praxis bislang von Flurkontakten ausgesperrt werden konnte. Im schlimmsten Fall würde die Reform bedeuten, dass Opferzeugen an forensischen Verhandlungsgesprächen mit dem Beschuldigten teilnehmen, die als Drei-plus-Eins-Konferenz zu bezeichnen wären, weil Gericht, Staatsanwaltschaft und Opferbeistand dem Beschuldigten wie eine Einheitsfront gegenüberübersäßen. Darf die „Sanktionensche-re“ bei einer solchen formalisierten Gelegenheit vorgehalten werden, noch ehe die Vernehmung des mutmaßlichen Opfers in der Hauptverhandlung stattgefunden hat? Darf mit dem Instrument gewinkt werden, um über das Geständnis hinaus auch einen Wiedergutmachungsvergleich herbeizuführen? Und schließlich – wenn derartige Bemühungen um Rechtsfrieden, die institutionalisiert werden sollen, gescheitert sind, weil der Beschuldigte mit törichtem Heldenmut widersteht, wird dann die Aussage des mutmaßlichen Opfers und wird der in den Händen der staatlichen Verhandlungspartner liegende Prozess vollziehen, was der von uns vertretenen Seite vorher nur angedroht war?

Informalität ist prozessuale Willkür – sie kann deshalb das mutmaßliche Opfer ohne Schwierigkeiten aus der provisorischen Kommunikation aussperren. Formalität wäre das Gegenteil. Angesichts des Zeitgeistes, der dem Verletzten den historisch angestammten Platz in der Strafverfolgung zurückerobert will, gibt es nur geringe Hoffnung, dass ausgerechnet im förm-

lichen konsensualen Verfahren die Tür zugeschlagen würde. Der aufgewertete Status des Opfers und die Unschuldsumutung vor dem rechtskräftigen Urteil sind unvereinbar.

b) Partizipation durch Emanzipation des Opfers?

Wohin der Wind weht, das zeigt auch der Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 16. 11. 2000 (14/4661). Dort heißt es:

„Die aktive Teilnahme am Verfahren durch Wahrnehmung eigener Rechte ermöglicht die Emanzipation des Verletzten vom Beweismittel hin zum Verfahrensbeteiligten. Dies kann erreicht werden im Wege einer Stärkung der Teilhaberechte des Verletzten . . .“

Emanzipation ist die zutreffende Bezeichnung, denn der Entwurf begründet erstmals ein Recht des Verletzten auf das Adhäsionsverfahren (§ 405 S. 3 nF StPO). Die Strafgerichte müssten entsprechend reagieren. Außerdem verpflichtet der Text das Gericht „auf übereinstimmenden Antrag des Verletzten und des Beschuldigten“ dazu, „einen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten“ (§ 404 a nF StPO). Opferzeugen aus der Gruppe des § 385 Abs 1 Nr. 1 a) und c) StPO sollen zudem nur noch durch den Vorsitzenden vernommen und so der Konfrontation entzogen werden (§ 241 a Abs 1 nF StPO). Dies alles – nach der Erläuterung des Entwurfs eine „grundlegende Neubestimmung der Rolle des Verletzten im Strafprozess“ – lädt dazu ein, Gericht, Staatsanwalt und Opfer in einem kommunikativen Schulterschluss zu verbinden, bei dem für die Angeklagten nur noch die Verteidigung durch Unterwerfung bliebe. Die Verfasser teilen in der Begründung ausdrücklich mit, für viele Verletzte sei „vor allem die Trennung zwischen Straf- und Zivilverfahren schwer nachvollziehbar.“ Sie versuchen sich deshalb an der Quadratur des Kreises und wollen dem Strafprozess einen verkümmerten Zivilprozess einpflanzen, in dem das Opfer zugleich

Partei wie auch Beweismittel ist. Damit wäre die rechtsförmliche Struktur des Zivilprozesses, der aus dem gutem Grund zwischen Partei- und Zeugenrolle unterscheidet, überwunden.

Solange erwartet werden muss, dass ein konsensuales Strafverfahren die Wende zum Parteiprozess für das mutmaßliche Opfer sein wird, in dem strafprozessuales Drohpotential und zivilrechtliches Anspruchsdenken zu einer neuen Form verschmelzen, sind alle Konzepte bloße Illusion. Diese Frage verlangt klare Antworten, bevor über Reformmodelle weiter nachgedacht wird. Willkür, die in Formen gegossen und gesetzlich bestätigt werden soll, wäre schlimmer als die beherrschbare Willkür der Informalität. Dient der neue Prozess dem Versuch, Konsens mit einem mutmaßlichen Opfer herzustellen, verliert er seine prinzipielle „Offenheit“ und ist der Konflikt mit der Unschuldsumutung entschieden.²³ Der Konsens zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagtem betrifft den Weg zum gerechten Strafteil. Der Konsens mit dem Opfer beträfe dessen zivilrechtliche Interessen. Wer den Weg zu Verständigungen regeln will, muss deshalb auf eine das Verfahren sprengende förmliche Einbeziehung des Verletzten verzichten.

III. Was folgt daraus?

An dieser Stelle sollen die Anmerkungen abgebrochen werden. Sie sind keineswegs so zu verstehen, dass dem Reformprojekt prinzipiell entgegengetreten wird. Im Gegenteil – das gesprächsbereite Echo der Politik auf ein altes Anliegen der Strafverteidigung verdient Respekt und Anerkennung. Nur müssen die unverfügbaren Strukturen geklärt werden, die auch im partizipatorischen Verfahren Geltung behalten. Wirkliche Reformen entstehen aus dem Streit – in einer offenen Gesellschaft werden sie weder gewährt noch entgegengenommen.

Prof. Dr. Franz Salditt ist Rechtsanwalt in Neuwied, Deutschland.

21 Eckpunkte Nr. 4.
22 Eckpunkte Nr. 5.

23 Dazu L. Schulz, ZStW 2000, 653, 660 Fn 18 m. N.

Die Grenzen erlaubter Verteidigung

Christian Bertel

1. In dem Erkenntnis vom 14. 12. 2000, 12 Os 144/00 befasst sich der OGH mit der Grundrechtsbeschwerde zweier Sparkassendirektoren: Sie waren verdächtig, die Kunden der Sparkasse durch Verrechnung unerlaubter Provisionen betrogen zu haben. Der OGH verwirft die Grundrechtsbeschwerden und erklärt die Vorgangsweise der Beschuldigten als Verdunkelungsversuch und die des Verteidigers als „krass difform zur Bestimmung des § 8 RL-BA“. Die Kritik des OGH bezieht sich auf die in dem Erkenntnis wie folgt beschriebenen Aktionen:

a) Am 28. 6. schloss die Sparkasse, vertreten durch die Beschuldigten, mit dem Anzeiger und Belastungszeugen – einem fristlos entlassenen ehemaligen Angestellten der Sparkasse – einen Vergleich. Darin wurde ua vereinbart, dass der Anzeiger künftig Informationen über geschäftliche Aktivitäten der Sparkasse nur weitergeben werde, wenn er von Behörden oder Gerichten nach Ausschöpfung aller nicht mutwilliger und nicht aussichtsloser Rechtsmittel dazu verhalten werde. Bei Verstößen gegen diese Verpflichtung sollte der Anzeiger eine Konventionalstrafe von 1 Mio S bezahlen. Der Vertrag wurde wohl – das Erkenntnis sagt das nicht – von den Anwälten der Sparkasse und des Anzeigers ausgehandelt. Danach war der Anzeiger zu weiteren Aussagen als Zeuge nicht mehr bereit.

b) Am 31. 7. kam es in der Sparkasse zu einer Besprechung, an der die beschuldigten Direktoren, der Verteidiger, die Mitarbeiter der Sparkasse teilnahmen. Dort wiesen die Beschuldigten und der Verteidiger darauf hin, dass die Mitarbeiter der Bank zu Aussagen vor der Gendarmerie nicht verpflichtet seien und den Vorstand künftig über Befragungen durch die Gendarmerie informieren sollten. Dass den Mitarbeitern der Bank irgendwelche Sanktionen angedroht worden wären, wenn sie der Gendarmerie weitere Auskünfte gäben oder den Vorstand von solchen Auskünften nicht informierten, ist nie behauptet worden.

2. Dass ein ehemaliger Angestellter sich dem früheren Dienstgeber gegenüber verpflichtet, über dessen Geschäfte, insbesondere über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu schweigen, dürfte ein alltäglicher Vorgang sein. Dass von der Schweigepflicht der Fall ausgenommen wird, dass der ehemalige Angestellte von Gerichten oder Behörden zu einer Aussage verhalten wird, ist selbstverständlich. Das Besondere an diesem Fall liegt darin, dass der Zeuge und Anzeiger selbst verdächtig war, er sei an der Tat der Beschuldigten beteiligt gewesen: So war er nach § 152 Abs 1 Z 1 StPO berechtigt, sich der Aussage zu entschlagen. Die Vereinbarung vom 28. 6. – jedenfalls, wenn man sie wörtlich versteht – verpflichtete den Zeugen, von dem Entschlagungsrecht Gebrauch zu machen.

Der OGH hält das für unzulässig: Die Vereinbarung „verletzt die Dispositionsbefugnis des Zeugen“ über sein Entschlagungsrecht (Erk S 7). Der OGH zitiert eine alte bei *Mayerhofer*, StPO⁴ § 152 E 47, wiedergegebene Entscheidung. In dem dort behandelten Fall (KH 886) entschlügt sich eine Zeugin schriftlich der Aussage; der OGH hält es für unzulässig, die Zeugin dennoch zu laden und sie zu einem Verzicht auf ihr Entschlagungsrecht zu bewegen. Ähnliches kann man in der E 9 Os 95/82 lesen. Mit dem vorliegenden Fall haben diese Entscheidungen unmittelbar nichts zu tun: Sparkassendirektoren sind keine Richter, und Verhandlungen zwischen einer Sparkasse und einem entlassenen Angestellten sind keine Hauptverhandlungen. Die Sparkasse hat mit dem Anzeiger und Zeugen einen Vertrag nach bürgerlichem Recht geschlossen. Er kann die prozessuale Dispositionsbefugnis des Zeugen nicht „verletzen“, weil der Vertrag prozessual unbeachtlich ist: Der Zeuge kann trotz der Vereinbarung aussagen, Vereinbarungen mit wem immer machen – seine Aussage ist keinesfalls nichtig.

Die Frage, um die es in Wahrheit geht, ist also die: Ist ein Vertrag, in dem sich ein Zeuge verpflichtet, von ei-

nem Entschlagungsrecht Gebrauch zu machen, nach bürgerlichem Recht wirksam oder widerspricht er den guten Sitten (§ 879 ABGB) und ist darum nichtig? Hier kommt es freilich auf den Sinn und Zweck prozessualer Vorschriften an.

Zunächst wird man – entgegen dem OGH – zwischen den verschiedenen Entschlagungsrechten unterscheiden müssen: Verteidiger und die anderen im § 152 Abs 1 Z 4 StPO genannten Personen werden in der Regel ihre Pflichten aus dem Auftragsverhältnis verletzen, wenn sie entgegen den Wünschen ihres Klienten aussagen. Verpflichtungen, von dem Entschlagungsrecht Gebrauch zu machen, sind in diesem Bereich wohl die Regel.

Ob auch Zeugen, die nach § 152 Abs 1 Z 1 StPO entschlagungsberechtigt sind, solche Verpflichtungen eingehen können, muss man nach dem Sinn und Zweck dieses Entschlagungsrechts beurteilen. § 152 Abs 1 Z 1 StPO trägt dem Umstand Rechnung, dass die Aussage des Zeugen eine Art vorweggenommener Verteidigung ist: Der Zeuge soll sich durch eine Aussage nicht selbst belasten müssen (statt vieler: *Foregger/Fabrizy* StPO⁸ § 152 Rz 4, *Seiler* Strafprozessrecht⁴ Rz 455), andererseits – glaube ich – aber doch die Möglichkeit haben, einen gegen ihn bestehenden Verdacht durch eine Aussage schon jetzt zu entkräften. Verträge, in denen sich ein verdächtiger Zeuge verpflichtet, nicht auszusagen, sind mit dem Zweck dieses Entschlagungsrechts kaum vereinbar, so wie Verträge, in denen Beschuldigte sich verpflichten nicht auszusagen, mit dem Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör nicht wohl vereinbar sind. So weit die Vereinbarung vom 28. 6. eine Verpflichtung des Zeugen enthält, sich nach § 152 Abs 1 Z 1 StPO der Aussage zu entschlagen, widerspricht sie den guten Sitten und ist darum nichtig. Belege für meine Meinung kann ich freilich nicht anführen: Die Frage wird weder in der Literatur zum Strafprozess noch zum bürgerlichen Recht behandelt.

3. Dass Zeugen zu einer Aussage vor der Gendarmerie nicht verpflichtet sind, ist selbstverständlich. Es gibt keinen Grund, warum ein Verteidiger das Zeugen nicht auch sollte sagen dürfen. Der OGH nimmt dem Verteidiger übel, dass die Besprechung nicht nur „der

durch die Interessenlage der Beschuldigten gebotenen Information des fraglichen Personenkreises, sondern anscheinend auch dazu diente, die Mitarbeiter zu motivieren, der Gendarmerie künftig keine Auskünfte mehr zu geben“ (Erk S 8 oben). Ich kann aber auch darin nichts Rechtswidriges sehen. Andere zu bitten, ein Recht auszuüben, kann nicht rechtswidrig sein! Der OGH beruft sich auf § 8 RL-BA: Er verpflichtet den Rechtsanwalt im Verkehr mit Personen, die als Zeugen in Betracht kommen, alles zu unterlassen, was auch nur den Anschein einer „Beeinflussung“ hervorrufen könnte. „Beeinflussung“ kann hier nur bedeuten, den Zeugen zu einer inhaltlich unrichtigen Aussage zu bewegen. Die Bitte an einen Zeugen nicht auszusagen, wo er nicht aussagen muss, ist keine „Beeinflussung“, sondern ein rechtmäßiges Verhalten (*Grabenweger*, Die Grenzen rechtmäßiger Strafverteidigung 207). Ebenso wenig wie es eine „Beeinflussung“ wäre, wenn ein Verteidiger Personen, die als Zeugen in Betracht kommen, ermahnte, sich bei der Polizei zu melden, oder wenn ein Verteidiger sie nach ihrem Wissen fragte, um allenfalls ihre Vernehmung beantragen zu können.

4. Die Aufforderung, die Mitarbeiter der Sparkasse möchten den Vorstand über ihre Aussagen informieren, hält der OGH gleichfalls für rechtswidrig. Auch das zu Unrecht. Nach § 230a StPO kann das Gericht, das eine Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchführt, den Beteiligten die Geheimhaltung der Tatsachen zur Pflicht machen, die sie dort erfahren. Aber der Untersuchungsrichter hat keine Möglichkeit, einen Zeugen zu verpflichten, niemandem von seiner Aussage zu erzählen. Und ein Gendarmeriebeamter hat diese Möglichkeit erst recht nicht. Jeder kann jeden fragen, was er vor der Gendarmerie ausgesagt hat. Und es gibt keinen Grund, warum nicht auch der Verteidiger sollte tun dürfen, was jeder darf. Die Bestim-

mung zu etwas Rechtmäßigem kann auch in diesem Zusammenhang nicht rechtswidrig sein.

Der OGH spricht davon, der Verteidiger habe „die gerichtlich genehmigte Akteneinsicht umgangen“. Der OGH unterscheidet nicht einmal, ob die Protokolle über die Aussagen, nach denen der Verteidiger fragte, sich bei Gericht oder noch immer bei der Gendarmerie befanden. In die Akten bei der Gendarmerie erhält der Verteidiger – rechtswidrig (*Bertel/Venier* Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts⁶ Rz 274, 550, vgl *Grabenweger* 142) – keine Einsicht. So hat der Verteidiger vielleicht gar nicht die „richterlich genehmigte Akteneinsicht“, sondern bloß die rechtswidrige, totale Verweigerung der Akteneinsicht durch die Gendarmerie umgangen. Im Übrigen verpflichtet die Beschränkung der Akteneinsicht durch den Untersuchungsrichter weder den Zeugen, seine Aussage geheim zu halten, noch den Verteidiger, sich dafür nicht zu interessieren. Wenn der Richter den Verteidiger das Protokoll über eine Aussage nicht sehen lässt, kann der Verteidiger den Zeugen selbst danach fragen. Eine Gesetzesstelle, die solche Fragen verböte, führt auch der OGH nicht an. Im Übrigen erklärt ein beträchtlicher Teil des Schrifttums Ermittlungen des Verteidigers ganz allgemein für zulässig (*Bertel/Venier*⁶ Rz 300, *Lohsing/Serini* Österreichisches Strafprozessrecht⁴ 198, *Soyer*, AnwBl 1991, 71, *Zagler* ÖJZ 1984, 40), in der bevorstehenden Strafprozessreform wird dieses Ermittlungsrecht sogar gesetzlich verankert werden (Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens (1998), B 24).

Dass bei der Besprechung ein Angestellter „ein schlechtes Gewissen“ bekam, weil er der Gendarmerie bisher Auskünfte gegeben hatte (Erk S 8 oben), dass die Besprechung seiner Meinung nach „dazu diente, die Angestellten zu einem anderen Verhalten gegenüber der Kriminalabteilung aufzufordern“ (Erk S 9 oben), dass ein an-

derer Angestellter den Eindruck hatte, es gehe bei der Besprechung „primär nicht um das Wohl der Angestellten“ (Erk S 10 oben), sind keine Argumente. Der Verteidiger ist kein Gewerkschafter, der die Interessen der Angestellten zu vertreten hätte, der Verteidiger ist dazu da, im Interesse des Beschuldigten tätig zu werden. Dass der Verteidiger sich von dem Hinweis, die Angestellten seien zu Aussagen vor der Gendarmerie nicht verpflichtet, erhoffte, dass die Angestellten vor der Gendarmerie nicht mehr aussagen, ist wahrscheinlich. Aber Zeugen über ihre Rechte zu informieren, ist auch dann rechtmäßig, wenn zu erwarten ist, dass die Zeugen davon Gebrauch machen. Im Übrigen können selbst Appelle an einen Zeugen, von einem Recht Gebrauch zu machen, nicht rechtswidrig sein. Rechtswidrig wäre es gewesen, wenn der Verteidiger die Zeugen durch Drohungen eingeschüchert hätte: Aber davon ist nirgends die Rede.

Zusammenfassung

Verträge zwischen mehreren Beschuldigten und Verträge zwischen dem Beschuldigten und einem als Mittäter verdächtigen Zeugen nicht auszusagen sind nichtig. Der Verteidiger darf Zeugen bitten, von einem Entschlagsrecht Gebrauch zu machen. Der Verteidiger darf Mitbeschuldigte und Zeugen danach fragen, was sie vor der Gendarmerie oder vor dem Untersuchungsrichter ausgesagt haben.

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Bertel lehrt am Institut für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften der Universität Innsbruck.

Quo vadis, Quote?

Anmerkungen zum OGH-Urteil vom 30. 1. 2001,
1 Ob 80/00x

Sabine Wagner

OGH has spoken

Lange war ein solches Urteil erwartet bzw befürchtet worden – nun ist es da: Der OGH stellte am 30. 1. 2001¹ fest, dass § 43 des österreichischen Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes (B-GBG) nicht in Einklang mit dem Europarecht steht. Diese Bestimmung sieht bei der Bestellung in höherwertige Verwendungen im öffentlichen Dienst eine Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation bis zum Erreichen einer 40%-Quote vor. Nun hat der EuGH seit 1995 mehrfach festgestellt, dass Quotenregelungen mit „automatischer und unbedingter“ Bevorzugung des unterrepräsentierten Geschlechtes nicht mit Artikel 2 Abs 4 der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie² (Glb-RL) vereinbar sind, der normiert, dass frauenbevorzugende Maßnahmen als Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung nur innerhalb enger Grenzen zulässig sind. „Automatische“ Quotenbestimmungen überschreiten gemäß EuGH diese Grenzen. Die §§ 42 und 43 des österreichischen B-GBG enthalten genau solche unbedingten, „automatischen“ Quotenbestimmungen.

Der OGH traf die Feststellung der Europarechtswidrigkeit selbst, da er der Ansicht war, auf Grund der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH³ zu dieser Frage seiner Vorlagepflicht an diesen enthoben zu sein.

Der übergangene Mann: die Fallgeschichte

Der Fall, der zum eben skizzierten Urteil führte, war folgender: Der Kläger, Richter am ASG Wien, war zweimal bei Bewerbungen für eine Stelle am Oberlandesgericht zugunsten jeweils gleich gut qualifizierter Bewerberinnen nicht berücksichtigt worden. Daraufhin erhob er Staatshaftungsklage gegen die

Republik Österreich auf Zahlung der Gehaltsdifferenz, da er seiner Meinung nach spätestens bei der zweiten Bewerbung genommen hätte werden müssen. Er machte geltend, dass die automatische Bevorzugungsregelung des § 43 B-GBG, die in beiden Fällen zur Anwendung gekommen war, europarechtswidrig sei – der EuGH habe schon mehrfach ausgesprochen, dass Quotenregelungen eine sog. Öffnungsklausel enthalten müssten, um Art 2 Abs 4 der Glb-RL zu entsprechen. Eine Öffnungsklausel – d. h. eine Bestimmung, die vorsieht, dass alle Umstände der BewerberInnen individuell zu prüfen seien und, wenn besondere Kriterien für einen männlichen Bewerber sprechen, der Quotenvorrang für die Frau zu entfallen hat – enthalte § 43 B-GBG aber nicht. Wäre eine Öffnungsklausel vorhanden, wäre der Kläger seiner Meinung nach zum Zug gekommen. Da Österreich verabsäumt habe, das B-GBG der genannten EuGH-Rechtsprechung anzupassen, habe er als dadurch zu Schaden gekommene Einzelperson einen Anspruch auf Ersatz dieses Vermögensschadens durch den Staat Österreich.

Der OGH gab dem Vorbringen des Klägers nicht nur hinsichtlich des Bestehens eines Staatshaftungsanspruches neben Ansprüchen aus dem B-GBG, sondern auch hinsichtlich der Europarechtswidrigkeit des 43 B-GBG Recht: „Ein solches Auswahlverfahren, das sich ausschließlich an generellen Merkmalen, die der gebotenen individuell-objektiven Beurteilung aller Bewerber keinen Raum lassen, orientiert, durchbricht nach der Rechtsprechung des EuGH die Grenzen der in Art 2 Abs 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme; es sieht sich deshalb dem Vorwurf ausgesetzt, dass es den gemein-

schaftsrechtlichen Vorgaben nicht standhält“. Der Gerichtshof bejahte den Staatshaftungsanspruch wegen Nichtanpassung des B-GBG an die Glb-RL im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, versagte dem Kläger allerdings in konkreten Fall den Erfolg. Denn nach Meinung des OGH konnte er keine Umstände im Sinne einer Öffnungsklausel geltend machen, die dafür gesprochen hätten, dass er statt der gleich qualifizierten Frau genommen hätte werden müssen; die Kausalität zwischen dem geltend gemachten Vermögensnachteil und der Nichtanpassung des B-GBG an Europarecht sei daher nicht gegeben.

Anmerkungen

Ich beschränke mich in meinen Anmerkungen zu diesem Urteil auf die Problematik von Quotenregelungen im Lichte des Europarechts sowie auf Auswirkung und Reformbedarf für das B-GBG.³

Bisherige EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH war bisher in vier Fällen mit Fragen zu Quotenregelungen konfrontiert:

Zunächst hatte er im Fall Kalanke⁴ die Europarechtskonformität der Quotenregelung im Gleichstellungsgesetz des Landes Bremen zu beurteilen. Die Bestimmung sah vor, dass Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind (unter 50%), bei gleicher Qualifikation zu bevorzugen sind. Diese „automatische“ Bevorzugung erachtete der EuGH als nicht mit der Glb-RL vereinbar und daher als europarechtswidrig.

Im Fall Marshall⁵ ging es um eine Quotenbestimmung des Beamtengesetzes für Nordrhein-Westfalen. Darin waren Frauen bei Unterrepräsentation (unter 50%) bevorzugt zu befördern, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“. Der EuGH beurteilte diese Öffnungsklausel als europarechtskonform.

Im Fall Badeck⁶ hatte der EuGH die Quotenregelung des Hessischen Gleichbehandlungsgesetzes zu prüfen. Diese sah vor, dass bei Unterrepräsentation von Frauen eine bestimmte Anzahl von Stellen zur Besetzung durch

¹ In der Entscheidung 1 Ob 80/00x.

² Richtlinie 76/207/EWG.

³ Nicht eingehen werde ich auf die Problematik der „Haftung für legislatives Unrecht“ sowie auf die Relevanz

des Urteils für die österreichischen Landes-Gleichbehandlungsgesetze.

⁴ EuGH, 17. 10. 1995, Rechtssache C-450/93, Slg. 1995, I-3051; auch RdA 1996, 79 (Sporrer).

⁵ EuGH, 11. 11. 1997, Rechtssache C-409/95, Slg. 1997, I-6363; auch RdA 1998, 153 (Pirstner).

⁶ EuGH, 28. 3. 2000, Rechtssache C-158/97, Slg. 2000, I-1875; auch ZASB 2000f, 31.

Frauen vorzusehen ist, die Quoten waren je nach Art der Stellen unterschiedlich. Eine ausdrückliche Bestimmung, dass Frauen bei gleicher Qualifikation zu bevorzugen sind, gab es nicht; dass es dazu aber bei Anwendung der Quotenbestimmung kommt, wurde vom vorliegenden Gericht angenommen, „falls keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen“. Das Land Hessen antwortete auf Nachfrage des EuGH, dass gewichtige Prinzipien – wie etwa Schwerbehindertenförderung – solche Gründe sein können. Der EuGH bejahte in diesem Fall die Vereinbarkeit mit der Glb-RL.

Schließlich ging es im Fall *Abrahamsson*⁷ um eine Quotenregelung in einer schwedischen Hochschulverordnung, wonach im Falle einer Unterrepräsentation von Frauen eine weniger qualifizierte Frau einem männlichen Bewerber vorgezogen werden kann, wenn sie die Ausschreibungsvoraussetzungen erfüllt und der Unterschied in der Qualifikation nicht zu gravierend ist. Diese Regelung sah der EuGH als europarechtswidrig an.

Frauenförderung: Legislative Fallen

Meiner Ansicht nach gibt es im Bereich Frauenförderung im Europarecht ein gravierendes Grundproblem: Die zuständigen Gesetzgeber kleiden die Bestimmungen, mit denen die Zulässigkeit frauenbevorzugender Maßnahmen normiert wird, in äußerst unklare Formulierungen.

Dazu ist anzumerken, dass die meisten Frauenfördermaßnahmen (auch „positive Maßnahmen“) rechtlich völlig unproblematisch sind – etwa Aktivitäten, um Mädchen zum Erlernen „männertypischer“ Berufe zu motivieren. Nur einige wenige, die konkret zu einer Diskriminierung von Männern führen (können) – klassisches Beispiel Quotenregelungen – bedürfen einer rechtlichen Absicherung, weil mit der Bevorzugung von Frauen vom – im EU-Recht im Artikel 2 Abs 1 Glb-RL verankerten – Grundsatz der Gleichbehandlung abgegangen wird.⁸

Diese rechtliche Absicherung findet sich auf EU-Ebene im Artikel 2 Abs 4 der Glb-RL: „Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen (...) beeinträchtigen, entgegen“. Diese Formulierung ist ausgesprochen schwammig und unklar; ob damit Quotenbestimmungen gedeckt sind, bleibt schleierhaft und war in der Folge der Interpretation durch den EuGH überlassen.

1996, nach dem Urteil *Kalanke*, legte die EU-Kommission einen Änderungsvorschlag⁹ zur Glb-RL vor. Allerdings sollte damit nur die im Fall *Kalanke* vom EuGH ausgesprochene Rechtsansicht in die RL aufgenommen werden. „Automatische“ Quotenregelungen wie die im österreichischen B-GBG wären danach jedenfalls EU-rechtswidrig gewesen.

Mit dem Amsterdamer Vertrag, der am 1. 5. 1999 in Kraft trat, ist eine weitere Bestimmung zur Frauenförderung ins EU-Recht aufgenommen worden – Art 141 Abs 4 EG: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“ Das klingt einigermaßen viel versprechend – ob durch diese Bestimmung aber automatische Quotenregelungen bei gleicher Qualifikation wie im österreichischen B-GBG zulässig sind, bleibt weiterhin offen¹⁰.

Seit dem 7. 6. 2000 liegt wieder ein Änderungsvorschlag¹¹ der EU-Kommission zur Glb-RL vor. In diesem wird darauf verwiesen, dass Art 141 Abs 4 EGV den Art 2 Abs 4 der Glb-RL ersetzt, eine weiter gehende Klarstellung erfolgt jedoch nicht.

Mir ist unverständlich, wieso in einem derart umfangreichen Änderungsvorschlag wie dem derzeit vorliegenden der Art 2 Abs 4 Glb-RL nicht klargestellt wird. Der Verweis auf Art 141 EG ist unbefriedigend, da auch dieser nicht eindeutig ist. Offensichtlich können sich die PolitikerInnen der EU nicht dazu durchringen, frauenbevorzugende Maßnahmen, die im Einzelfall männerdiskriminierend sein können, ausdrücklich – bis zum Erreichen eines angestrebten Zieles – für zulässig zu erklären.¹²

Öffnungsklausel: Die große Unbekannte

Problematisch in der Rechtsprechung des EuGH, aber auch im OGH-Urteil, scheint mir die Frage des Inhalts sowie der rechtlichen „Verortung“ der geforderten Öffnungsklausel.

Ein Aspekt, der gemäß EuGH garantiert sein muss, ist die individuelle, objektive Prüfung aller Umstände jeder einzelnen Bewerbung. Der zweite Aspekt ist die Frage, welche Umstände den Ausschlag geben können, dass die Frauenbevorzugung zugunsten anderer Interessen zurücksteht. Damit in Zusammenhang steht drittens die Frage, in welcher rechtlichen Form diese „Interessenabwägung“ normiert sein muss – also ob der im Ausnahmefall mögliche Wegfall der Frauenbevorzugung in der Quotenbestimmung selbst verankert sein muss, oder ob es dazu ausreicht, allgemeine Rechtsprinzipien heranzuziehen. Hier hat sich mE der EuGH in den bisherigen Fällen nicht einheitlich geäußert; insbesondere die Beurteilungen im Fall *Kalanke* und im Fall *Badeck* weichen von einander ab. Denn im Fall *Kalanke* war das vorliegende Gericht der Auffassung, dass – trotz fehlender Öffnungsklausel im Landesgleichstellungsgesetz Bremen – in bestimmten Härtefällen sehr wohl eine Ausnahme von der Frauenbevorzugung zu machen sei und verwies zur Rechtfertigung auf das Deutsche Grundgesetz¹³. Der EuGH aber ging auf diese Argumentation nicht ein und stellte

7 EuGH, 6. 7. 2000, Rechtssache C-497/98, Slg. 2000, I-5539; auch RdA 2000 549 (Pirstner).
8 Eigentlich ist dies eine Ironie der Geschichte, da ja Frauen über Jahrhunderte massiv diskriminiert wurden und die Entwicklung des Prinzips

der Gleichbehandlung daher für rechtliche Gleichstellung immens wichtig war. Jetzt wirkt genau dieses Prinzip in den angesprochenen Fällen gegen sie.

9 ABl. C 179 vom 22. 6. 1996.

10 Zum Verhältnis von Art 141 Abs 4 EG, der Primärrecht darstellt und Art 2 Abs 4 der Glb-RL siehe auch Renate Pirstner, Die Quote im Gemeinschaftsrecht, RdA 1997, 469.

11 KOM (2000) 334 endgültig vom 7. 6. 2000.

12 Zu Frauenfördermaßnahmen im EU-Recht siehe auch Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Europarechtliche Rahmenbedingungen der Frauenförderung, RZ 1999, 106.

13 Urteil *Kalanke*, RN 9.

Europarechtswidrigkeit der Quotenbestimmung fest.

Im Hessischen Gleichbehandlungsgesetz, das im Fall Badeck zu beurteilen war, gibt es ebenfalls keine explizite Öffnungsklausel (es gibt darin zwar auch keine ausdrückliche Bevorzugungsregelung für Frauen mit gleicher Qualifikation, es war jedoch unbestritten, dass es zu solchen Fällen bei Anwendung des Gesetzes kommt). Hier meinte das vorliegende Gericht, dass die Frauenbevorzugung nur dann zum Tragen kommen, wenn „keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen“. Das Land Hessen – vom EuGH um Erläuterung gebeten – brachte vor, dass hier teils gesetzlich, teils im Erlassweg normierte „soziale“ Gesichtspunkte betroffen wären, die verfassungsrechtlich im Grundgesetz verankert seien. Als Beispiel wurde u. a. Schwerbehindertenförderung genannt, die zu einem Abgehen von der Frauenbevorzugung führen könne. In diesem Fall befand der EuGH dies als ausreichend und stellte Europarechtskonformität fest, „sofern diese Regelung gewährleistet, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird.“¹⁴ Davon steht im Hessischen Gleichbehandlungsgesetz allerdings kein Wort.

Auch der OGH meint in seinem Urteil, dass der Kläger „soziale Kriterien“ hätte vorbringen müssen (was er nicht getan habe), um ein Abgehen von der Frauenbevorzugung rechtfertigen zu können; als Beispiele für solche sozialen Erwägungen nennt der OGH „Alleinvertiennerstatus“ oder „besondere Sorgepflichten“. Genau hier widerspricht er aber nicht nur sich selbst, sondern auch dem EuGH. Denn nur zwei Absätze davor führt er – den EuGH zitierend – aus, dass im Rahmen der erforderlichen individuellen Beurteilung der BewerberInnen allgemeine Kriterien für diese Beurteilung festgelegt werden können: „Ferner könne (laut EuGH) festgelegt werden, dass der Familienstand oder das Einkommen des Partners oder der Partnerin unerheblich ist.“ Gemäß EuGH darf also das Argu-

ment „Alleinvertienner“ gerade *nicht* als eines, das ein Abgehen von der Frauenbevorzugung rechtfertigen kann, vorgebracht werden! Dies ist auch logisch, denn die Bevorzugung von alleinvertienenden Männern würde ja gerade die traditionelle geschlechtstypische Rollenverteilung stützen und Frauen diskriminieren. Die für die Beurteilung heranzuziehenden Kriterien dürfen aber laut EuGH „gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung haben“.¹⁵

Jedenfalls ist zur Öffnungsklausel¹⁶ festzuhalten, dass nach der bisherigen Rechtsprechung mE sowohl ihr Inhalt als auch der notwendige Ort ihrer rechtlichen Verankerung nicht klar sind; der OGH hat den Inhalt der Öffnungsklausel überhaupt falsch interpretiert.

Gesamtbeurteilung

Meiner Ansicht nach ist die Entscheidung des OGH betreffend die Europarechtswidrigkeit des B-GBG im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in der Gesamtbetrachtung trotz der angesprochenen Probleme betreffend die Öffnungsklausel zutreffend, da die österreichischen Quotenregelungen „automatisch und unbedingt“ bevorzugung und Ausnahmen von dieser Bevorzugung bzw individuelle Prüfung der Bewerbungen nach derzeitiger Rechtslage schwer ableitbar sind. Auch die Unterschiede der österreichischen Bestimmungen zu den vom EuGH geprüften – nämlich das „Dazwischentreten“ von Frauenförderplänen zwischen Gesetz und einzelne Personalentscheidung sowie eine 40%-Zielquote – ändern nicht den Automatismus der Bevorzugung¹⁷.

Fraglich ist meiner Ansicht nach allerdings die Bedeutung der veränderten Rechtslage durch Art 141 Abs 4 EG für die österreichischen Quotenregelungen. Denn es ist nicht gesagt, dass diese Bestimmungen von Art 141 Abs 4 EG nicht gedeckt sind – dies hat der EuGH bisher nicht geprüft¹⁸. Aus diesem Grund wäre es mE äußerst nützlich gewesen, diese Entscheidung dem EuGH vorzulegen, um diesen zur Aussage zu zwingen, ob „automatische“ Quotenregelungen auch im Lichte des

Art 141 Abs 4 EG europarechtswidrig sind oder ob diese Bestimmung solche Regelungen deckt – wenngleich ich auch nicht so weit gehen würde, eine Vorlagepflicht zu behaupten. Der OGH geht unverständlicher Weise auf Art 141 Abs 4 EG in seiner Urteilsbegründung überhaupt nicht ein, sondern zieht als maßgebliche EU-Bestimmung ausschließlich die Glb-RL in der Interpretation durch den EuGH heran.

Konsequenzen

Zunächst einmal besteht in der momentanen Situation Unklarheit über die Anwendbarkeit der Quotenregelungen des B-GBG. Der OGH meint dazu in den Entscheidungsgründen: „Damit kann § 43 B-GBG (. . .) so, wie darin angeordnet, auch im nationalen Rechtsbereich nicht angewendet werden, haben doch die innerstaatlichen Behörden die inhaltlich von Richtlinien berührten Normen so weit wie möglich richtlinienkonform auszulegen.“ Meiner Ansicht nach spricht diese Formulierung („so“) dafür, die Quotenregelungen EU-konform – d. h. unter Hineininterpretation einer Öffnungsklausel – weiterhin anzuwenden und nicht für eine generelle Nichtanwendbarkeit. Trotzdem wäre es wohl sinnvoll, ins B-GBG eine (möglichst sanfte) Öffnungsklausel aufzunehmen, nachdem – wie ausgeführt – die mE beste Lösung, nämlich ein durch Zielquoten begrenztes gesetzliches Bekenntnis zu Frauenbevorzugung in der EU nicht realisierbar ist. Notwendig erscheint mir jedenfalls, die Ausnahmefälle, die ein Abgehen von der Frauenbevorzugung erlauben sollen, taxativ im Gesetz festzuhalten, um zu garantieren, dass keine frauendiskriminierenden Kriterien herangezogen werden.

Mag.^a Sabine Wagner ist Referentin für Frauenpolitik und Verfassungsrecht im Grünen Parlamentsklub.

¹⁴ Urteil Badeck, RN 38.

¹⁵ Urteil Marschall, RN 33.

¹⁶ Siehe zu dieser Thematik auch Franz Urlesberger, Auch nach dem Fall Kalanke sind Frauen noch glei-

cher – Überlegungen zum Fall Marschall, ZAS 1998, 33 sowie Anton Baldauf, Die Quotenregelung mit Öffnungsklausel. Änderung der Rechtsprechung des EuGH?, ASoK 1998, 26.

¹⁷ In diesem Sinne argumentiert etwa Sporrer in ihrer Besprechung des Urteils Kalanke, RdA 1996, 79.

¹⁸ Obzwar er in Abrahamsson durchblicken ließ, dass er Art 141

Abs 4 EGV nicht weiter interpretiert als die RL.

Identität und Recht

Einige Ideen zur Verdinglichung unseres Lebens

Christopher Pollmann

Die Frage der kollektiven und insbesondere nationalen Identität ist mit dem Zerfall des sowjetischen Imperiums und dem Auseinanderdriften der jugoslawischen Republiken ins Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit gerückt. Diese Aktualität mag die Wahl des Themas rechtfertigen, doch es handelt sich darüber hinaus auch um eine für Mensch und Gesellschaft grundlegende Problematik. Die Frage „Wer bin ich?“ (ein Individuum, eine Frau, ein Franzose?) beschäftigt uns sowohl im Alltag als auch in der Wissenschaft.

Diesem Problem möchte ich mich mit der Hypothese annähern, dass Identität ein individuell und gesellschaftlich wirkungsmächtiges *Gedankengebäude* ist, an dessen Errichtung das Recht einen wesentlichen Anteil hat. In einem ersten Schritt wird sich sogleich zeigen, dass es Identität nicht im materiellen Sinne, sondern nur als geistige *Identifikationsbemühung* gibt. In einem zweiten Schritt werde ich mich dann meines Studienfaches Jura besinnen und überlegen, welchen Beitrag die Rechtsordnung bei der Herausbildung solcher imaginären Identitäten leistet.

Dieser Beitrag fasst keine abgeschlossene Forschung zusammen, sondern spiegelt Gedanken und Diskussionen wider, die einer Anthropologie des Rechts zuarbeiten sollen. Er ist vor allem eine Einladung, durch Kritik, Beispiele und andere Hinweise eine fruchtbare Auseinandersetzung herbeizuführen.

I. Die wachsende Kluft zwischen dem Bedürfnis nach und dem Fehlen von Identität

Das Bedürfnis nach individueller und kollektiver Identität scheint selbstverständlich zu sein. Wie die Etymologie des Wortes *Identität* – lat. *idem* bedeutet der-, die- oder dasselbe – vermuten lässt, handelt es sich dabei genauer gesagt um das Bedürfnis nach Stabilität

einschließlich Kontinuität. Wahrscheinlich ist dieses Bedürfnis umso mächtiger, je stärker die Gesellschaft sich verändert und im Prozess der Individualisierung oder Atomisierung in ihre kleinsten Einheiten, also die einzelnen Menschen zerfällt (1). In rein materieller Hinsicht gibt es jedoch keine – vollkommene – Stabilität und demnach auch keine Identitäten im ursprünglichen Sinne, und das umso weniger, als individuelle und kollektive Veränderungen immer schneller verlaufen (2).

1. Das Identitätsbedürfnis als Reaktion auf gesellschaftliche Veränderung und Atomisierung

In einer stärker und stärker atomisierten Welt erweist sich die zunehmend wechselhafte und bewegungsreiche Existenz der Einzelmenschen und Gruppen als unerträglich, und zwar sowohl aus praktischen wie auch aus psychologischen Gründen.

a) Warenmärkte verlangen die Identität der Tauschpartner
Die gesellschaftlichen Beziehungen im Kapitalismus und insbesondere der marktförmige Warenaustausch bedürfen der Festigkeit und Dauerhaftigkeit, sprich der Identität aller Beteiligten. Wer eine Wohnung anmietet, eine Versicherung abschließt oder auch die Ehe eingeht, ist darauf angewiesen, dass der jeweilige Vertragspartner auch „derselbe“ bleibt, vor allem um die eingegangenen Verpflichtungen erfüllen und eventuelle Fehler und Schäden verantworten zu können.

Die seit mehreren Jahrhunderten andauernde Entwicklung des Warenaustausches erhöht nun den Bedarf an Identität in zweierlei Hinsicht. Zum einen setzt jeder Tausch eine gewisse Stabilität voraus, weil er andernfalls durch das Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten gestört würde. Wird innerhalb einer überschaubaren Gemein-

schaft (Familie, Stamm oder Dorf) und auf Grundlage moralischer Verpflichtungen getauscht, muss die Stabilität jedoch nicht unbedingt individuell sein; es reicht, wenn die Gruppe stabil ist. Die einem Menschen zuteil gewordene Hilfe mag hier auch erst von seinen Nachkommen erwidert werden.

Zum anderen ist es folglich und vor allem der Tausch von Waren, der die – nunmehr individuelle – Identität der Vertragspartner erfordert. Der Handel mit Waren erfolgt nämlich innerhalb eines kürzeren Zeitraumes als das Geben und Nehmen in traditionellen Gesellschaften und ohne deren moralische Verpflichtungen. Er fußt bekanntlich auf der Freiheit des Individuums. Als freies, d. h. von seinesgleichen isoliertes¹ Individuum lebt der Mensch des Kapitalismus seine Existenz nun kraft eines Netzes von Rechtsbeziehungen, die seine Identität und die seiner Vertragspartner sowohl voraussetzen als auch schaffen.

b) Menschen durch ihre isolierte Lebendigkeit bedroht

Im Zuge der Individualisierung sind die Menschen immer weniger in jenen quasi-organischen Beziehungen organisiert, die sie früher – z. B. in Stammes- und Dorfgesellschaften – mit dem Kosmos, ihrer Umwelt, ihren Mitmenschen, aber auch vergangenen und nachfolgenden Generationen verbanden. Heute zunehmend auf sich selbst gestellt und – nur – für sich selbst verantwortlich, sind die Menschen mehr und mehr dem Zwang zur Leistung und Produktivität unterworfen.

Da erweist es sich als störend, dass es sich um Lebewesen handelt.² Lebewesen akzeptieren eigenes und fremdes Leiden nur innerhalb gewisser Grenzen. Auch ist Leben nie gänzlich vorhersehbar, was die kapitalistische (Selbst)Verwertung mit Unsicherheit belastet. Insbesondere heißt Lebendigkeit beim Menschen auch, von Gefühlen und Stimmungen abhängig zu sein, die dem Schaffenszwang zuwiderlaufen mögen. Wie Norbert Elias und einige andere gezeigt haben, bedurfte und bedarf es deshalb beträchtlicher (Selbst)Disziplin, um einen ganzen Tag lang und dann tagein, tagaus ein ganzes Leben lang in Fabrik oder Büro, in Labor oder Haushalt produktiv tätig zu sein,

¹ Vgl. die Etymologie: Lat. *individuus* = unteilbar.

² Zum Folgenden vgl. Götz Eisenberg, „Wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen“. Zur Sub- und inneren

Kolonialgeschichte der Arbeitsgesellschaft, in: R. Kurz/E. Lohoff/N. Trenckle (Hg.), Feierabend.

Elf Attacken gegen die Arbeit, Konkret Literatur: Hamburg 1999, 43–56.

um die damit verbundenen eigenen Belastungen und das anderen Menschen auferlegte Leiden ertragen zu können.

Von ihrer Umwelt wie durch die eigene Lebendigkeit bedroht, streben Individuen und Gruppen nach Stabilität, die jedoch materiell nicht verwirklicht werden kann.

2. *Das immer deutlichere Fehlen individueller und kollektiver Stabilität*

Wie Jean-François Bayart, Forschungsdirektor an der renommierten Pariser „Fondation nationale des sciences politiques“, in seiner Streitschrift gegen den sog. Kulturalismus³ deutlich gemacht hat, sind menschliche Gesellschaften nie völlig stabil, sondern verändern sich ständig. Innerhalb einer Gesellschaft wechseln Verhalten, Einstellungen und Lebensgefühle überdies von einem Ort zum anderen, von einer Gruppe zur nächsten. Selbst die sog. Hochkulturen besaßen niemals die Einheitlichkeit, die ihnen nachträglich zugeschrieben wurde.

Kultur oder Zivilisation gibt es nur als konstruierte, und diese Konstruktion ist mehr oder weniger jungen Datums: So wurde die 2500-jährige griechische Kultur im Zuge der Industrialisierung und Staatsbildung im letzten Jahrhundert nachträglich geschaffen⁴; der Schweizer Nationalismus entstand 1891 bei der Feier anlässlich des „600. Jahrestags“ der Gründung des Schweizer Bundes 1291, in Wirklichkeit lediglich durch die drei Kantone Schwyz, Obwalden und Nidwalden; und die sog. kulturellen Traditionen werden häufig erst dann erfunden, wenn es sie materiell gar nicht mehr gibt.⁵

Ähnliches gilt für die Individuen: Unser Bewusstsein täuscht uns und wiegt uns im Glauben an unsere Kohärenz und Dauerhaftigkeit. Doch materiell gesehen gibt es wohl kein Ich, kein Selbst. Das sind geistige, ideelle Projektionen.⁶ Sie halten die verschiedenartigen, ja widersprüchlichen Be-

dürfnisse, Charakterzüge und Erfahrungen zusammen und machen ihre Gegensätzlichkeit erträglich.

Folglich gibt es weder individuelle noch kollektive Identitäten, sondern allenfalls Identifikationsbemühungen, die Identitätsgefühle oder imaginäre Identitäten erzeugen können. Benedict Anderson hat das in seiner berühmten Schrift *Imagined communities* für Völker, Nationen u. ä. Gemeinschaften dokumentiert.⁷

II. **Imaginäre Identitäten durch Recht⁸**

Identität erweist sich somit zugleich als notwendig und unerfüllbar (und das Identitätsbedürfnis im Übrigen sowohl als funktional wie auch als pathologisch). Die Lösung dieses Dilemmas liegt in einer imaginären Identität. Als Kontrolle über das Leben bedeutet sie die Verdinglichung des Menschen, woran das Recht einen gehörigen Anteil haben dürfte (1). Doch da Individuum und Gruppe weder stabil noch homogen sind, hat dieses Identitätsgefühl keine interne, materielle Grundlage. Es kann sich nur kraft Abgrenzung vom Anderen, vom Fremden herausbilden. Es könnte die Rechtsordnung sein, die diese Abgrenzungen organisiert (2).

Zur Terminologie jetzt folgende Klärung: Da es Identität im ursprünglichen (etymologischen) Sinne nicht gibt und eine Identifikation nur als – notwendig geistige – Abgrenzung denkbar ist, dürfte Identität im geläufigen Sinne stets eine imaginäre sein. So verstehe ich daher auch Identifikation und Identität von nun an.

1. *Identität als Beherrschung individueller und kollektiver Lebendigkeit*
Eine Facette der vom Kapitalismus geforderten Selbstdisziplin könnte Identität heißen. Oder mit anderen Worten: Die aus der menschlichen Lebendigkeit entspringende Labilität erzeugt beim

zur Leistung getriebenen Individuum das Identitätsbedürfnis als Wunsch, (wieder) die Kontrolle über sich selbst zu erlangen. Die Menschen verlangen nach individueller und kollektiver Stabilität, um ihr Leben zu fixieren und sich in Objektform anzueignen, kurz um Sein in Haben zu verwandeln.⁹ Das Identitätsgefühl macht den Individuen ihre existentielle Einsamkeit und die allgegenwärtige Veränderung erträglich und erlaubt ihnen, die an sie gestellten Leistungsanforderungen zu erfüllen.

Das Identitätsbemühen drückt sich vor allem darin aus, den individuellen Körper als nächstgelegenes Zeugnis menschlicher Lebendigkeit aus dem eigenen Gesichtskreis zu verbannen. Die meisten Menschen haben zu ihrem Körper ein distanzierendes, instrumentelles Verhältnis; ihr Körper ist ihnen ein Objekt. Sie sind sich ihres lebenden Körpers ebenso wenig bewusst wie dieser eine juristische Existenz hat. Das Recht teilt die materielle Welt nämlich in Sachen und Personen auf, während der lebende menschliche Körper weder als Sache noch als Person gilt.¹⁰

Individuelles und kollektives Leben in Form von Objekten zu gestalten heißt nun, den Menschen und seine Umwelt zu verdinglichen. Der Prozess des Lebens wird als Verkettung von – häufig höchst abstrakten – Dingen verstanden, ja gelebt. Das ist zuvörderst ein Werk des Rechts. Die Rechtsordnung ist ein Gebäude von Begriffen – Oberbegriffen und Unterbegriffen in teilweise komplexen Verflechtungen (Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Person, Sache . . .). All diese Begriffe abstrahieren vom konkreten Leben und seinen zahllosen Einzelfällen. Abstraktionen erfolgen, so ist zu vermuten, vor allem durch Substantive und gehen demnach mit Verdinglichung einher. Kraft unserer substantivischen Sprache werden Relationen in feste Dinge, Funktionen in Substanzen umgedeutet.¹¹ Die Ursache liegt wahrscheinlich darin, dass

3 Jean-François Bayart, *L'illusion identitaire*, Fayard: Paris 1996.
4 *Nationalismus: die politische Gestalt des Kapitalismus. Das Lehrbeispiel Griechenland*, Gespräch mit Prof. Jannis Milios, Die Brücke Nr. 83 u. 84 (Mai u. Juli 1995).
5 J.-F. Bayart, a. a. O.
6 Christoph Demmerling, *Sprache und Verdinglichung. Wittgenstein, Adorno und das Projekt einer kritischen Theorie*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1994, 118–126.
7 Benedict Anderson, *Die Erfindung*

der Nation. Zur Karriere eines folgenreichen Konzepts, Campus: Frankfurt/Main 1996.
8 Zum Folgenden vgl. Vincenzo Ruggiero, *Daniel Defoe and business crime*, Kapitel 11 in: ders., *Crime and markets. Essays in anti-criminology*, Oxford University Press 2000.
9 Vgl. Claude & Danièle Allais, *Spiritualité et psychologie. Le mental, l'identité et la relation*, Terre du ciel Nr. 29, Mai/Juni 1995, 20–23. S. auch Susanne Lüdemann, *Peut-on changer de sexe?* [Artikel auf

Deutsch], *Frankfurter Frauenschule/SFBF* (Hg.), *Verführungen und Verfügungen*, U. Helmer: Königstein/Taunus 1998, 83–105 (90), wo Identifikation als Zähmung des Unterschieds betrachtet wird.
10 S. Lüdemann, a. a. O., 92, 95; dies., *Leibeigenschaften. Zur juristischen Anatomie des menschlichen Körpers*, in: F. Hager (Hg.), *Körperdenken. Aufgaben der Historischen Anthropologie*, D. Reimer: Berlin 1996, 171–182 (175 F.).
11 Hans Kelsen, *Der Staatsbegriff und*

die Psychoanalyse (1927), in: H. Klecatsky et al. (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule, Europa: Wien 1968, 209–214 (211 f.)*, auf der Grundlage von Fritz Mauthner; hierfür und die folgende Aussage, vgl. C. Pollmann, *Abstraktion, Objektivierung und Rationalität bei der staatenübergreifenden Feststellung von Arbeitsunfähigkeit, am Beispiel der EuGH-Rechtssache Rindone*, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1992, 62–95 (66 ff., 81 ff. m. w. N.).

Substantive eine intensivere Regulierung und Kontrolle erlauben, namentlich mit Hilfe des Rechts. Dieses überführt schwer fassbare *Abläufe* in leichter kontrollierbare Zustände oder Dinge, sprich in *Objektform*. Der *Vorgang* des Kaufens wird zum „Kauf“; mit einem anderen Menschen zusammenzuleben, also sich ständig zu verändern und zu entwickeln, wird zur „Ehe“. In beiden Fällen haben wir es mit Verdinglichung zu tun.

Die Rechtssprache ist in der Tat reich an Substantiven (wie auch an anderen Elementen, die einem Herrschaftsanspruch dienen).¹² Damit ermöglicht sie elementare Handlungen objektiver Herrschaft, nämlich das Zählen, Messen und Vergleichen, worin die zentrale Funktion von Recht bestehen dürfte.¹³ Überdies entspricht die Substantivierung dem zunehmend von Konsumobjekten geprägten Alltag. Sie ist im Deutschen besonders ausgeprägt (womit sich diese Sprache gut für Recht und Verrechtlichung eignet), scheint aber auch überhaupt in den indogermanischen Sprachen eine größere Rolle zu spielen als in den stärker handlungsorientierten und daher verb-geprägten Stammsprachen. Die juristische Verdinglichung knüpft also an dem an, was bereits unsere Alltagssprache bewerkstelligt. Nehmen wir als Beispiel nur den „Fluss“: Aus einer sich ständig verändernden und disparaten Realität, in der überdies weder Quell- und Mündungswasser noch die durchquerten Landschaften identisch sind, wird ein Objekt, dessen imaginärer Charakter jedoch kraft seiner Benennung verdrängt wird!

2. Identität durch Abgrenzung – die binäre und dichotomische Tendenz des Rechts¹⁴

Jenseits persönlicher Kenntnis gibt es Gemeinschaft nur als imaginäre, in der das Gemeinschaftsgefühl den Mangel an materieller Gemeinsamkeit kompensiert. Schauen wir zur Veranschaulichung auf den Nationalstaat, der nirgends homogen und überall multikultu-

rell ist: Groß sind nämlich die geographischen und demographischen Verschiedenheiten sowie die Unterschiede zwischen Stadt und Land, zwischen Mann und Frau wie auch zwischen Klassen und Schichten. So haben Elsässer und Lothringer materiell mehr mit Basken und Saarländern gemein als mit Basken; deutsche Architekten und Rechtsanwälte fühlen sich mit ihren griechischen Kollegen gewiss wohler als mit Landarbeitern der benachbarten Bauernhöfe. Mangels materieller Bindungen an seine Mitbürger, von denen es die meisten auch gar nicht persönlich kennt, kann sich das Individuum eine kollektive Identität somit nicht in positiver Weise, durch Bezug auf bestimmte Inhalte verschaffen. Die Identitätsbildung muss negativ, sprich durch Abgrenzung von anderen Menschen und Kulturen erfolgen.¹⁵ Sie geht deshalb häufig mit deren Ablehnung einher, was obendrein dem Ausleben jener Gefühle dient, die durch die Beherrschung der Lebendigkeit verdrängt werden.

Die Abgrenzung des Ich und des Wir vom Anderen hat regelmäßig einen manichäischen, d. h. dualistischen Charakter, weil sie verständlicherweise darauf abzielt, die eigene Person oder Gruppe durch Entwertung des Anderen in ein günstiges Licht zu rücken. Diese Zweiteilung erinnert an den binären Aufbau des Rechts, das Personen, Situationen und Objekte sowie deren Bestandteile in dichotomische Kategorien einordnet, z. B. legal – illegal, schuldig – unschuldig, mangelhafte – fehlerlose Ware, Deutsche – Ausländer, zuständig – unzuständig usw. Gewiss wird die dualistische Struktur des Rechts in der Praxis insb. der Gerichte durch zahlreiche Zwischentöne handhabbar gemacht, aber deshalb noch nicht aufgehoben. Der Manichäismus in Identitätsbildung und Recht geht im Übrigen wohl auf den dichotomischen Aufbau der westlichen Kultur zurück (Zivilisation – Barbarei, Wissenschaft – Ideologie, Individuum – Gemeinschaft, Mann – Frau usw.).

Sehen wir von seiner derzeitigen juristischen Strukturierung ab, so kennt das materielle Leben die Bipolarität des Gesetzes nicht: „Recht und Unrecht lassen sich nie mit einem so sauberen Schnitt trennen, dass jeder Teil nur von einem etwas habe.“¹⁶ Beispielsweise blendet die Unterscheidung zwischen Täter bzw. Verursacher und Opfer eines Schadens regelmäßig die verschiedensten wirtschaftlichen, psychischen u. a. Faktoren der Schadensentstehung aus. Das Recht hat nun genau diese Aufgabe, sprich die zu berücksichtigenden Aspekte namentlich bei der Verantwortungszuschreibung zu begrenzen.¹⁷ Damit befreit es das Handeln der Menschen von gemeinschaftlichen Bindungen, Gefühlen und Rücksichtnahmen und fördert so Warenverkehr und Reichtumsanhäufung.¹⁸

Die Parallele zwischen dem dualistischen Identifikationsbemühen und der binären juristischen Klassifikation rechtfertigt die folgende Vermutung: Das Recht ist an der Herausbildung der Identitäten beteiligt, und zwar durch Definitionen nationaler, beruflicher, sexueller u. a. Zugehörigkeiten, aber auch und vor allem mittels des Personenstatuts (lat. *persona* = Theatermaske), das dem Individuum – und ggf. der Gruppe als juristischer Person – zahlreiche Rechtspositionen und -forderungen wie zugleich auch gesellschaftliche Rollen zuerkennt. Über das Personenstatut konstruieren wir uns mithin als voneinander unabhängige Individuen und Gruppen, sprich als Rechtssubjekte. Indem wir uns als Rechtssubjekte entwickeln, machen wir uns zum Herrscher über unseren Objekt gewordenen Körper und ignorieren so die jedem Leben inhärente Abhängigkeit von seiner Umwelt.

Christopher Pollmann ist Maître de conférences an der Universität Metz, Gastprofessor an der Georgischen Technischen Universität in Tiflis; 2001–02 Emile Noël Fellow an der Harvard Law School.

¹² Vgl. Brenda Danet, *Language in the legal process*, Law and society review 1979–80, 445–564 (469, 476 ff., 481, 529); Pierre Lerat/Jean-Louis Sourieux, *Le langage du droit*, P. U. F.: Paris 1975, 20 ff., 45 ff., 59 ff., 69 ff.; Pierre Bourdieu, *La force du droit*, Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 64, 1986, 3–19 (5).
¹³ Vgl. Antoine Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, Recueil Dalloz 1990, Chronique, 199–210.

¹⁴ Zum Folgenden vgl. C. Pollmann, *La dignité humaine, fusion de la vacuité du droit avec l'homme capitaliste*, Besprechung von: Franz Josef Wetz, Die Würde der Menschen ist antastbar. Eine Provokation, Klett-Cotta: Stuttgart 1998, in: *Droit et société* Nr. 44/45, 2000, 302–309.
¹⁵ „One of the surest ways to confirm an identity, for communities as well as for individuals, is to find some way of measuring what one is

not“ (Kai Erikson, *Wayward puritans: a study in the sociology of deviance*, John Wiley & Sons: New York et al. 1966, 64, passim).

¹⁶ Alessandro Manzoni, Die Verlobten. Eine Mailänder Geschichte aus dem XVII. Jahrhundert, 1840.

¹⁷ Cf. Klaus Günther, *Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik*, Kritische Justiz 1994, 135–157 (149 ff.).

¹⁸ Vgl. Evgeny B. Pašukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (1924), Neue Kritik: 3. Aufl. Frankfurt/Main 1970, 136 f.

Entstaubung

Eine Buchbesprechung (Walther Rode, *Knöpfe und Vögel*)

Wolfgang Moringner

Vorstellung

„Knöpfe und Vögel“ erschien erstmals 1931 und wurde 2000 in der Edition Memoria 2000 des Hürth-Verlages neu aufgelegt. Der Ausgabe ist ein Essay von Anton Kuh vorangestellt, ein Nachwort von Gerd Baumgartner nachgestellt. Kuh erklärt den Titel als Ausdruck des von Walther Rode „mit der Objektivität eines Ringrichters“ verfolgten Kampfes zwischen dem „gefangenen Vogel“ und den Vogelfängern, „die im Schmuck ihrer Talarknöpfe dazusitzen“ (Kuh, 13). Wie dieser Kampf zwischen Vögel und Knöpfen ausgeht, daran lässt Rode keinen Zweifel. „Aber die Verbrecher rotten sich zusammen. Die Straftaten häufen sich. Der Richter ist überbürdet. Seine Nerven sind der unendlichen Verhandlungsarbeit nicht gewachsen. Er erleidet einen Zusammenbruch. Die Vögel zerbeißen den Knopf.“ (221). Im Übrigen, Rode bedauert das nicht.

2 Versuche eines Zuganges

Wer als Verteidiger in Strafsachen tätig ist, wird sie wiederholt gehört haben, die im Vorfeld der Hauptverhandlung fragende Feststellung: „Dafür gibt es doch keine Beweise“. Die Antwort demaskiert, nicht ohne eitle Schadenfreude, dass die Erwartung geprägt ist durch einen von Fernsehen, Kino und Feuilleton bestimmten Schein, der mit der Wirklichkeit der Strafjustiz nichts zu tun hat. „Es kommt nicht jede Missetat vor Gericht; was aber einmal vor Gericht gekommen ist, puppt sich ein und wird ein zäher Stoff“ (318).

Die Frage nach Beweisen aufzuwerfen heißt in der Hoffnung Sachbeweise zu verlangen, dass jedermann bis zum Sachbeweis seiner Schuld als unschuldig gilt. Ein Missverständnis, das verkennt, dass die freie richterliche Überzeugung aus den wie immer gearteten Umständen eines Anklagesachverhalts Beweise der Schuld zu machen geeignet ist. Diese erste enttäuschende Vermittlung geht für den Eingangsfragesteller einher mit der weiteren Erkenntnis, dass, entgegen

den ursprünglichen Annahmen, nicht der Ankläger, sondern der Richter der eigentliche Widerpart im Prozess ist, dass die Argumentationsketten der Urteilsgründe schon deswegen beliebig sind und sein müssen, weil sich bei hinreichender Fähigkeit in der Kunst des Argumentierens jedes Ergebnis durch sie erklären und ableiten lässt. („Der Pressestaatsanwalt in Prag, ein braver, allem Österreichischen bis ins Tiefste abgeneigter Tscheche, ließ . . . den Hauptschriftleiter einer Prager deutschen Zeitung zu sich kommen und sagte diesem, auf das zur Vorzensur eingereichte Blatt deutend: ‚Herr, das kann ich nicht durchgehen lassen!‘, ‚Wieso nicht?‘, antwortete der Journalist. ‚Das ist doch das Patriotischste, was es gibt! Ich berichte, wie die Prager Garnison unter dem Jubel der Bevölkerung die Stadt verließ. Das kann jeden guten Österreicher nur freuen, und macht Eindruck im Ausland.‘ ‚Herr, das ist ein Bericht über Truppenbewegung. Berichte über Truppenbewegungen sind gesetzlich unzulässig.“ [292 ff]).

Am Ende eines solchen Erkenntnisprozesses (für den der Strafprozess nur Ursache war) erfahren der Angeklagte und seine Angehörigen und Freunde meist neue Einsichten. In der Vergangenheit wurde für sie wie für 90% ihrer Mitbürger die Diskussion darüber, ob ein erhobener Vorwurf richtig oder falsch sei mit dem Knüppel beendet, „er“ sei „gerichtlich verurteilt“ worden. Denn: „Loyalität ist die Grundstimmung des Bürgers gegenüber den Regierungen und Behörden gegenüber“. Die eigene Erfahrung löst in unserem Angeklagten und seinem Umfeld eine wahrscheinlich nur kurze Periode der Rebellion aus, aus der „sie immer wieder in den Zustand der Loyalität zurück (kehren). . . . Nie werden sie glauben, dass die öffentliche Gewalt, ob sie Kriege führt oder Urteile fällt, nicht das Gute und das Gerechte wolle, dass sie fatal, wahnsinnig, verbrecherisch sei“ (312).

Eigenartiges trägt sich dieser Tage in Deutschland zu. Der Bundesaußenminister, konfrontiert mit Jugendbild-

nissen, die ihn einen Polizisten tretend zeigen, bekennt bedauernd den Fehler ein, in seiner Entwicklung einmal das staatliche Gewaltmonopol in Frage gestellt zu haben. Der Bundesinnenminister wiederum entdeckt – und gibt so seiner Metamorphose vom Verteidiger von RAF-Angehörigen über eine Spitzenfunktion bei den Grünen zum traditionellen Sozialdemokraten den Schein des Abschließenden –, dass ziviler Ungehorsam in einem Rechtsstaat keinen Platz habe.

Was hat das eine mit dem anderen und beides mit Walther Rode zu tun? Schily geht weiter als Fischer, wesentlich haben sie Identes im Auge. „Dass die Justiz die Magd der Mächtigen ist, das werden die Narren nie verstehen“ (176). Bundesinnen- und Bundesaußenminister sind keine Narren. Der Fischer prügelnde Polizist, das sieht Ersterer heute ein, hat die Vermutung der Rechtmäßigkeit seines Handelns für sich, übt er doch bloß ein legitimes Monopol aus. Gegen den Monopolexzess steht innerhalb des Rechtsstaates die Variante des antimonopolistischen Zurückschlagens nicht offen. Schily legt die Latte etwas tiefer, denkt nicht in den Kategorien des fischerschen Sündenfalls, verweist schon die Situation, die zur Aktualisierung des staatlichen Gewaltmonopols führt, den Bürger, der den Einsatz der, wenn auch minderen, Waffe provoziert, als zivilen Ungehorsam außerhalb der Schranken der Rechtsstaatlichkeit. „ . . . die Strafgerichte . . . vollstrecken die Rache der Großen und verwalten die Rache der Kleinen“ (288). „ . . . Jupiter hat die Lizenz, sich dem Ochsen verbotener Mittel zu bedienen. Sein Erfolg heiligt den Aufstieg“ (77). Bundesaußen- und Bundesinnenminister verkörpern das Gewaltmonopol und den Rechtsstaat, diese siamesischen Zwillinge. Was der politische Gegner dem kleinsten ihrer Polizisten oder dem Rechtsstaat antut, hat er ihnen angetan. „Es nützt dir nichts, um Verzeihung zu bitten. Nichts kann dir nützen, weil der politische Prozess eine mitleidslose Exekution ist. Lass dich daher von keinem Menschen und von keiner Erwägung abhalten, wenigstens eine gute Figur zu machen. . . . begründe dein Recht zum Aufruhr“ (169).

Versuch eines Zwischenresümées

Es ist nicht sicher, ob diese Versuche, sich Zugänge zu Rodes Werk zu eröffnen, tauglich sind. Absolut untauglich

sind sie jedenfalls nicht. Jeder Illusion über das Wesen der Strafjustiz, der sich der Einzelne hingeben könnte, tritt er mit gebotener Deutlichkeit entgegen. Im politischen Prozess steht er immer auf der anderen Seite, „der vom Regime Verfolgten, der Minderheiten“ (*Baumgartner*, 331). Er behandelt den politischen Prozess als Subspezies des Kriminalprozesses in seiner Alltäglichkeit.

Dahinter steht eine Schwäche seines Werkes, dass *Kuh* „ein Vermächtnis ingrimmiger Menschlichkeit“ (*Kuh*, 9) nennt und dabei den Autor „schon an der Wahngrenze des Querulatorischen“ (11) sieht. „Lesebuch für Angeklagte“ nennt *Rode* sein Werk im Untertitel. *Kuh* variiert dahingehend, dass es ein Lehrbuch für solche sei, die nicht Angeklagte werden wollen.

Rodes Kritik setzt nahezu immer in den handelnden Personen ein. Gleichgültig ob der Vorsitzende, der Beisitzer oder der Verteidiger Gegenstand seiner Polemik sind, *Rode* vermittelt den Eindruck, säßen bessere Menschen am jeweils fraglichen Ort, löste sich die Mehrzahl der aufgeworfenen Probleme. „Aber es ist nicht der Richter als generelle Person, der es *Rode* angetan hat, sondern der Übermut und Dünkel beamteten Zu-Gericht-Sitzens schlechthin“ (*Kuh*, 15), bringt *Kuh* die Kritik *Rodes* auf den Begriff. Fischer und Schily wurden eingebracht, um die Frage zu befördern, ob die umfassende Justizkritik *Rodes* nicht grundsätzlicher wäre, sähe er den Strafprozess mehr als eine Erscheinungsform des staatlichen Gewaltmonopols. Erst aus dem Spannungsverhältnis Staat – Justiz lassen sich Lösungsmöglichkeiten darstellen, die die wechselseitigen Abhängigkeiten in diesem Verhältnis berücksichtigen. *Rode* kritisiert rückhaltlos, zeigt aber keine Lösungen auf. Fraglich ist, ob man an ihn diese Forderung, der man sich selbst regelmäßig entzieht, stellen muss; ob jede Kritik tatsächlich mit Änderungsvorschlägen einher gehen muss, um konstruktiv zu sein.

Die Suche nach dem Grund warum, wie *Baumgartner* es darstellt, *Rodes* Hoffnung, mit der Republik werde auch ein neuer Geist in die Gerichtssäle einziehen, betrogen wurde – eine Enttäuschung, die auch an anderen historischen Bruchstellen steht, werden, wenn eine solche Recherche wieder gefragt sein wird, noch andere anstellen. Die eine oder andere Antwort sollte Hinweise darauf enthalten, dass der Übergang

von Monarchie zu Republik keine essentielle Änderung im Wirkungszusammenhang von Staat und Justiz war, ebenso wenig wie andere Zeitenwenden. Hinweise auf dieses Problemfeld beinhalten die „Knöpfe und Vögel“. „Die Verwalter des Gesetzes verhöhnen das ihnen ungenehme Gesetz. Sind sie in der Republik für das Kaiserreich, so vermessen sie in den Angriffen auf die Republik den Tatbestand des Gesetzes zum Schutz der Republik. Sind sie im Kaiserreich für die Republik, so entziehen sie dem Kaiser den Schutz“ (291). Republik oder Kaiserreich, die Wirkungsweisen bleiben gleich. Das Warum lässt *Rode* unbeantwortet.

Rode versteht sich selbst über weite Strecken als Pamphletist, „als ein Organ der vergeltenden Gerechtigkeit, dazu berufen, dem vorzubeugen, dass die großen Untaten auf Erden nur der Nachbehandlung in der Hölle aufgespart bleiben“ (*Walther Rode: Gericht über den Obersten Gerichtshof. Rede, gehalten am 23. Juni 1925 vor dem Schwurgericht Wien. Wien 1925, S 19, zit. n. Baumgartner, 347*).

Die Person des Autors

Walther Rode starb 1934 im 59. Lebensjahr im Tessiner-Exil an Herzversagen – beim Tanzen. Das Exil hatte *Rode* gewählt, um „der Übermacht des Hasses und der Dummheit“ (*Baumgartner*, 355) in seinem Lande zu entfliehen. Grundsätzliche polemische Auseinandersetzungen mit den Amtsträgern in Justiz und Verwaltung hatten seine Kanzlei zum Erliegen und ihn zu dem Entschluss gebracht, die Advokatur aufzugeben und eine neue Existenz als Schriftsteller zu beginnen.

Gegen Ende des ersten Weltkriegs hatte er gegen den Kassationshof polemisiert: „Es ist ein Nichtigkeitsgrund, wenn ein Zeuge eidlich vernommen wurde, der einmal vor 20 Jahren einen Meineid geleistet hat und deswegen verurteilt wurde, es ist aber kein Nichtigkeitsgrund, dass der Angeklagte unschuldig ist“ (*Baumgartner*, 339 f). In einem daran anschließenden Gnadengesuch warf er dem Kassationshof Willkür, Menschenverachtung und bewusste Gesetzesverletzung vor, was in einer Disziplinaranzeige des OGH gegen ihn mündete. In seinem, dem Freispruch vorausgehenden Schlussvortrag stellte er sich als ein Advokat, nicht aber als Esel dar: „Ein Advokat, der überall Wohlwollen, Pflichterfüllung und Red-

lichkeit bei den Funktionären des Staates erblickt, mag ein loyaler Staatsbürger sein und mit jedermann gut auskommen. Meines Erachtens ist solch ein Advokat ein Esel. . . . Der Advokat . . . ist der berufene Kritiker der Rechtszustände seines Staates und das einzige was man von ihm verlangen kann, ist, dass seine Kritik gerecht, sachkundig und nicht voreilig sei. Angesichts eines verübten Unrechts darf er die Öffentlichkeit und darf er die Behörden in Bewegung setzen. Der von ihm anzuschlagende Ton richtet sich nach der Größe des verübten Unrechtes. . . .“ (*Rode: Der Fall Petko Peneff und der mündliche Gerichtstag vor dem Kassationshof. Rede, gehalten am 11. Oktober 1918 vor dem Disziplinarrat der niederösterreichischen Advokatenkammer, Wien 1918, S 20, zit. n. Baumgartner, S 340 f*).

1925 ergriff *Rode* für eine als Mörderin verurteilte Frau Pruschka Partei, an deren Verfahren er nicht beteiligt war. In einem Zeitungsartikel beschrieb er die Vorgangsweise des OGH im Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde: „Ein Schiffbrüchiger strebt auf das vom Gesetz gedachte Rettungsschiff und an der Planke dieses Schiffes angekommen, stellt sich ihm ein Gendarm entgegen, der prüft, ob die Papiere des Ertrinkenden in Ordnung seien, um ihn in den verschlingenden Ozean zurück zu stoßen, weil ein Wort im Passe verschrieben ist“ (*Rode: Der Kassationshof (Zum Prozess Pruschka). In: Der Morgen (Wien) 9. 3. 1925, zit. n. Baumgartner, 345 f*). Weil er mit seinem Artikel zu Hass und Verachtung gegen den OGH aufgereizt haben soll, musste sich *Rode* als Angeklagter vor einem Geschworenengericht verantworten. Dort setzte er sich mit den Argumenten des Kassationshofes auseinander und beendete so sein Auftreten: „Meine Herren! ich bin angeklagt, zu Hass und Verachtung gegen den Kassationshof aufgereizt zu haben. Ich wollte zu Hass und Verachtung gegen den Kassationshof aufreizen, weil er, meines Erachtens, Hass und Verachtung verdient“ (*Rode: Gericht über den Obersten Gerichtshof. Rede, gehalten am 23. Juni 1925 vor dem Schwurgericht Wien. Wien 1925, S 19, zit. n. Baumgartner, S 347*). *Rode* wurde, eine Peinlichkeit für den OGH, von den Geschworenen freigesprochen. Der Fall Pruschka wurde danach wieder aufgenommen und endete mit einem Freispruch.

Vom Schweizer Exil aus publizierte *Rode* für deutschsprachige Zeitungen

und Zeitschriften, verkehrte u. a. mit Robert Musil und Ignazio Silone, war befreundet mit Kurt Tucholsky, Anton Kuh oder Roda Roda. Er ergriff – für einen Juristen dieser Zeit nicht selbstverständlich – beredt Partei gegen den Nationalsozialismus: „Der von Grillparzer vorausgesagte Übergang vom Nationalismus zur Bestialität hat sich vollzogen“ (*Baumgartner*, 354).

Andere Personen und ihre Darsteller

Dem wegen eines politischen Verbrechens Angeklagten gibt *Rode* als Verhaltensanweisung: „Nicht um Gnade winseln, wenn du sie doch nicht erreichen kannst!“ (169). Sein ganzes Buch macht aber deutlich, dass er das jedem mitgibt, der sich als Angeklagter zu verantworten hat. „Das Leugnen des Übeltäters ist der letzte Respekt, den er dem Gesetze erweist“ (177). „Dein einfaches Nein stürzt den ganzen Fall in die Regionen des Zweifels“ (181).

„Wer Sinn hat für das Große und für das Tiefe, muss Philosoph werden; zum Juristen eignet er sich nicht“ (239). In einem Lesebuch für Angeklagte darf der Verteidiger nicht fehlen. Auch er ist Jurist, nicht Philosoph, der ist in der Zwischenkriegszeit ins örtliche und berufliche Exil gegangen (möglicherweise war es nicht Exil, sondern Bestimmung). Noch heutzutage zieht sich, wer Sinn hat für das Große und für das Tiefe, von der Strafverteidigung zurück. Nicht wegen der Angeklagten, wegen der Richtenden tut er es, wegen des Systems, in dem sie richten. Das was bleibt (u. a. der Rezensent) passt nur all zu oft in die Typologie, die *Rode* illustriert.

Der Retter (vielleicht auch der Gaukler) als Verteidiger ist „ratloser als der Mann, der seinen Rat sucht“ (226). Ist der verwickelten Angelegenheit, wenn auch verstandesmäßig nicht gewachsen, so „doch gefühlsmäßig nahe“ (227). Dr. Tausendfuß, so nennt *Rode* seinen Retter, ist ein Mann der Tat, der an dutzenden Stellen zugleich interveniert und mit seinen tausend Füßen auf allen Plätzen der Affäre steht. „Der Schluss der Affäre ist: Der Kridatar verliert sein Geschäft; der Onkel verliert seine Zuschüsse, die Gläubiger verlieren ihre Forderungen und das zu deren Errettung hingegebene Geld; Dr. Tausendfuß, allen künftigen Bankrotteuren wärmstens empfohlen, erbaut sich ein Schloss an einem See“ (228).

Ob dem Retter der Vorzug zu geben ist oder dem ordentlichen Advokaten, der alles tut, was die Lehre vorschreibt und schuldig bleibt, was sich an der Kunst der Verteidigung nicht erlernen lässt, ist schwer zu entscheiden. „Er blamiert sich nie, aber er zeichnet sich auch niemals aus . . . er spürt die schöpferische Kraft der Kühnheit nicht“ (230). Nur zur Erledigung von Grundbuchsachen berufen erachtet ihn *Rode* und stellt bedauernd fest, dass er dennoch Verteidigungen führen darf.

Unter dem Begriff „Zellenmolch“ stellt der Autor einen Verteidigertyp vor, den es wohl damals wie heute nur bei den großen Strafgerichtshöfen gibt und den man von Daumier kennt. „Diese Lemurengesichter, die bei den Strafgerichten herumlungern, die letzte Hoffnung des Gestrauchelten, sind in Wirklichkeit seine Totengräber . . . (die) die Rolle des Verteidigers in letzter Besetzung darstellen“ und ihrem Geschäft „mit der Kenntnis von 6 Paragraphen und der Routine des täglichen Erscheinens vor Gericht“ (233) nachgehen.

Den geistreichen Verteidiger, „ein Publizist, der seine Tribüne verfehlt hat“ (235), setzt *Rode* in ein Verhältnis zum Holzhacker, der einen Lokomotivführer verteidigt und redet, „als er ob er sich in einem Verein technischer Eisenbahnbeamter befände“ (237). Der kluge Verteidiger reduziert den Fall auf das Juristische, der geistreiche ist für *Rode* der, der schön aber unglücklich spielt, dem der Beifall wichtiger ist, als das Gewinnen. Ausrichten können sie alle nichts; der es könnte, sitzt im Exil und weiß, was den Verteidiger ausmacht: Auf den Schlag des Gerichtes hat der Gegenschlag des Verteidigers zu erfolgen, im Kampf auf Leben und Tod, „nach dem Gesetz der absoluten Feindschaft“ (248); „Der große Verteidiger ist ein Revolutionär im Rahmen der geltenden materiellen und formellen Gesetze . . . (er) setzt der Konstruktion des Staatsanwalts das Detail des wirklichen Lebens gegenüber“ (272).

Auffällig ist, dass sich *Rode* zwar mit der Gerichtsbarkeit insgesamt, mit den Angeklagten, den Richtern und den Verteidigern auseinander setzt, den Staatsanwälten aber keinen eigenen Abschnitt widmet; offensichtlich schon damals in der Hauptverhandlung eine verzichtbare Größe.

„Von der Natur oft als Gymnasiallehrer gedacht“ (223) „krümmt sich und verbiegt sich (früh), was ein Land-

gerichtsdirektor werden will“, zeichnet der Autor nicht ohne Mitleid ein weiteres Bild, denn „niemand kommt schon dürr und verbogen zur Welt“ (218). Im ständig amtierenden Beisitzer erkennt der den Missgünstling, der über die Beschlüsse und Urteile des Vorsitzenden murrte, denen er aber stets zugestimmt hat. Er erkennt ihn als oft so dumm, dass der Vorsitzende Mühe hat zu verhindern, dass er in Erscheinung tritt. Dieser Beisitzer erachtet in einem Sodomie Prozess das männliche Geschlecht der missbrauchten Gämse für erheblich. Der Täter hat „in diesem Falle nicht nur mit einem Tiere überhaupt, sondern mit einem gleichgeschlechtlichen Tiere widernatürlichen Verkehr gepflogen“ (223).

Ausklang

In einer Besprechung bezeichnete *Anton Holzer* *Rodes* Werk eine literarische Wiederentdeckung, „frisch, unverstaubt, eigenwillig“ (*Anton Holzer*: Brutale Rituale des Rechts. In: Die Presse, 16. September 2000). Das stimmt so nicht. „Knöpfe und Vögel“ ist teilweise durchaus verstaubt. Möglicherweise hat *Holzer*, anders als der Rezensent, zuerst das der Ausgabe vorausgestellte Essay von *Anton Kuh*, danach das Nachwort von *Gerd Baumgartner* und erst dann das Werk selbst gelesen. Eingebettet in diesen Rahmen nimmt die dem Autor entgegengebrachte Sympathie und Verständnisbereitschaft so zu, dass der Staub der auf dem einen und dem anderen Gedanken liegt vom erfreuten Blättern im Buch verblasen wird. *Rodes* Werk endet mit einem für die Bürokratie insgesamt und die Justiz im Besonderen kennzeichnenden Vorfall, der auch hier ans Ende gestellt wird: „Im Jahre 1926 stöbert die Posener Polizei in alten Akten. Sie findet, dass Jan Wygoda seine ihm zudiktierte dreimonatige Zuchthausstrafe noch nicht abgesehen habe. Wygoda wird in die Zelle gesetzt. Nach seiner Entlassung erkundigt er sich warum er sitzen musste. Es stellt sich heraus, dass er während des Krieges Wilhelm II. beleidigt hatte. Die polnische Republik ließ die Strafe vollstrecken, um den unerledigten Akt aus dem Stadium der Evidenz in das des Archivs überführen zu können“ (321 f).

Dr. Wolfgang Moring ist Rechtsanwalt in Linz.

Wildes Recht und Wilde Welt

Eberhart Theuer

Tolmein, Oliver: WELT MACHT RECHT. Konflikte im internationalen System nach dem Kosovo-Krieg. Hamburg: Konkret Literatur Verlag 2000, 176 S.; DM 28,-.

Prädikat: Auch Nichtjuristen empfohlen!

Vieles lässt sich an der Entwicklung des Völkerrechts kritisieren – langweilig ist sie jedenfalls nicht. Neue Diskussionen um kriegerische Interventionen zum Menschenrechtsschutz, internationale Strafgerichte, aber auch die Rolle der UNO in diesen Zeiten des Umbruchs beschäftigen wohl jeden, der sich auch nur am Rande für internationale Beziehungen oder die internationale Dimension des Rechts interessiert.

Ein Buch, das der Dynamik der derzeitigen Entwicklungen mit seiner Form entspricht ist Oliver Tolmeins Anthologie von Interviews, die sich um das Thema „WELT MACHT RECHT“ ranken. Mit nur 176 Seiten und wegen der Interviewform präsentiert sie sich als „Quick Read“, gleichermaßen geeignet für Juristen wie juristische Laien.

Die 10 Gesprächspartner Tolmeins können sich sehen lassen. Mit einer Ausnahme sind es Universitätsprofessoren und wohl nicht die unbekanntesten: Bruno Simma, Cherif Bassiouni, Thomas Bruha und Christopher Greenwood seien beispielhaft genannt. Nicht alleine Völkerrechtler, auch Politikwissenschaftler kommen in Gestalt von Ernst-Otto Czempiel, John Groom und Ingeborg Maus zu Wort. Die erwähnte Ausnahme bildet Carla del Ponte – Chefanklägerin des Ad-hoc-Kriegsverbrechertribunals für das frühere Jugoslawien – als einzige Praktikerin.

Zahlreiche Fragen werden angesprochen, die den aktuellen Diskussionen das Gepräge geben: Humanitäre Intervention, Internationale Strafgerichtsbarkeit und Menschenrechte, Rolle der NGOs, Konfliktlösung im Allgemeinen. Die Vektoren, an denen sich die Themen entwickeln, bleiben freilich die gleichen: Stellenwert der UNO, der USA, des Völkerrechts überhaupt. „Mich haben die Schnittstellen interessiert,“ so Tolmein

im Vorwort „die Fragen, wie die verschiedenen Akteure zusammenwirken, welche rechtlichen Vorstellungen die Auseinandersetzung prägen“ (7).

Den Interviews – die hier nur in Auswahl rezensiert werden können – sind sieben kurze Einleitungen vorangestellt. In deren erster würdigt Tolmein die Leistungen der UNO für die Dekolonialisierung Afrikas in den 60er und 70er Jahren und spannt den Bogen zu den 90er Jahren, in denen er eine Verschiebung des politischen Gewichts der UNO von der Generalversammlung hin zum Sicherheitsrat konstatiert.

Um die Rolle der UNO geht es auch im Gespräch mit Bruno Simma. Auffällig – und wohl nicht zufällig – hat Tolmein dieses Interview gleich zu Beginn des Buches gesetzt und als Überschrift eine Zitat gewählt, in dem Simma eine „Verwilderung der Sitten im Völkerrecht“ beobachtet und – wen wundert's – diese vor allem auf Seiten der USA ortet. „Die UN-Charta ist für die USA ein völkerrechtlicher Vertrag von vielen, sie hat also nur einen begrenzten Stellenwert. Die UNO selbst ist damit eine Organisation, die nützlich ist, wenn man zum Beispiel eine Militärintervention wie die im Kosovo erfolgreich zu Ende gebracht hat: Im Anschluss daran darf die UNO wieder einrücken und darf das zerstörte Gebiet verwalten. (. . .) Für das internationale Recht heißt das, dass die Geltung wichtiger Normen in Frage gestellt ist. Das Gewaltverbot ist hier an erster Stelle zu nennen“ (25). Eingedenk der im Kosovokonflikt am Sicherheitsrat vorbeigeführten Politik durch die NATO-Länder beklagt er das „instrumentelle Verhältnis zu den UN-Institutionen, das sich in diesem Vorgehen ausdrückt“ (14).

Im Gespräch mit Del Ponte werden Aspekte behandelt, die in der allgemeinen Diskussion um das Ad hoc Tribunal meist untergehen: Probleme des fair trial, des Militärs als funktionelle Polizeibehörde für das Tribunal, des Zeugnenschutzes, des Opportunitätsprinzips. Wenn zu Letzterem Del Ponte bemerkt, dass die Strafverfolgung von Morden an etwa „nur“ 7 Menschen den

nationalen Behörden überlassen wird, werden die ungeheuren Dimensionen der Verbrechen bewusst, mit denen sich das Tribunal zu beschäftigen, aber auch die Defizite an Ressourcen, mit denen es zu kämpfen hat (94f). Was man in diesem Zusammenhang vermisst, ist die Frage nach dem Nulla-Poena-Grundsatz und der demokratischen Legitimation solch internationaler Strafgerichte. Tolmein behält es seinem Schlusskommentar vor, das Internationale Strafrecht – wenn auch aus anderen Gründen – gehörig zu geißeln (167 ff).

Die Rolle der WTO wird vor allem im Gespräch mit Ernst-Ulrich Petersmann einerseits unter dem Gesichtspunkt ihrer Effizienz als theoretisches Vorbild für den internationalen Menschenrechtsschutz, andererseits als reale Gefahr der Marginalisierung von Umweltschutzinteressen thematisiert (118ff).

Das Interview mit Cherif Bassiouni ist dem Einfluss bzw. Nicht-Einfluss der Scharia auf das Völkerrecht gewidmet und zeichnet ein differenzierteres Bild des islamischen Rechts als das von der Öffentlichkeit rezipierte (149ff).

Insgesamt m. E. zu wenig thematisiert wurde die Frage, wie und ob die Doktrin der humanitären Intervention als neues Völkergewohnheitsrecht entgegen dem Wortlaut der UN-Charter entstehen kann.

Wenngleich im Schlusssatz Literaturbelege zu finden sind, fehlt der Anthologie doch ein Verzeichnis weiterführender Literatur zu den einzelnen Kapiteln. Gerade im Hinblick auf die nichtjuristische Leserschaft wäre dies wertvoll gewesen. Leider mangelt es auch an einem Sachregister, das die behandelten Fragen hätte besser erschließen können.

Oliver Tolmein ist Journalist und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaften der Uni Hamburg. WELT MACHT RECHT basiert auf der Verschriftlichung von Tolmeins für den Deutschlandfunk hergestellten Radioproduktion „Weltstaat – Staatenwelt“.

Seine Ansichten bringt Tolmein in den Interviews, sowie im Rahmen der Einführungs- und des Schlusskapitel pointiert vor. Durch den diskursiven Aufbau dieser Anthologie bleibt das Spektrum der Meinungen aber ausgewogen. Nicht zuletzt Tolmeins kritischen und intelligenten Fragen verdankt sie ihre Qualität.

Spuren im Recht

„Alle streben doch nach dem Gesetz‘ sagt der Mann, ‚wieso kommt es, daß in den vielen Jahren niemand außer mir Einlaß verlangt hat?‘ Der Türhüter erkennt, dass der Mann schon an seinem Ende ist, und um sein vergehendes Gehör noch zu erreichen, brüllt er ihn an. ‚Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.‘“

(Franz Kafka, Vor dem Gesetz)

43 Terabyte (43 000 000 000 000 Byte) an Information wurde in den letzten 5 Jahren in The Internet Archive archiviert (www.archive.org). Von Vollständigkeit keine Rede. Von Planbarkeit keine Spur. Von der Zukunft keine Vorstellung. Immer mehr an digitaler, nicht gedruckter, nicht textbasierter Information wird produziert. Wer wird später davon wissen?

Recht ist an gedruckten Text gebunden. Noch nicht seit langem. Nicht mehr lange. Das vorliegende Thema soll daher Anlass zu Überlegungen geben, ob es sich bei der Bindung an gedruckten Text im Recht um eine vorübergehende historische Episode handeln könnte, welche künftige RechtshistorikerInnen (so es sie denn nach unserem Zeitalter der Herrschaft einer praxisfetischisierenden ahistorischen Geistlosigkeit im juristischen Ausbildungsgeschäft noch geben wird) vielleicht als die Epoche des Begriffsfixierungszwanges – oder allgemeiner: des Fixierungs- und Kategorisierungszwanges an sich – charakterisieren werden können. Dass Digitalisiertes Gedrucktes ablöst, ist auch schon im Recht, wie zB Gesetze zur elektronischen Signatur oder die in Deutschland gerade geplante Einführung eines § 126 b BGB – Textform – zeigen, erkennbar. Diesen Phänomenen soll hier nicht nachgegangen werden – vielleicht geben sie Material ab für ein weiteres Thema. Hier soll es gehen um die Historizität der juristischen Materialität.

Andreas Görger befasst sich in seinem Aufsatz über *Offene Lücken im geschlossenen Rechtssystem?* mit rechtlichen Implikationen des Medienwechsels: „Rechtshistorisch gesehen, bilden sich in der frühen Neuzeit die Paradigmen aus, die die

heutige Diskussion noch weitgehend bestimmen.“ Es geht um kulturellen Wandel, „der im Medienwechsel von der weitgehend oral geprägten Gesellschaft des Mittelalters zu der literalen Gesellschaft der Neuzeit begründet liegt.“

Technischen Neuerungen, die uns historisch näher liegen, denen wir gleichwohl mit einer gewissen vordergründigen Befremdung begegnen, sind auch Gegenstand des Beitrags *Die Spur des Täters* von Miloš Vec. Er befasst sich mit den technischen Fortschritten in der naturwissenschaftlichen Kriminalistik um 1900. Was heute die DNA-Analyse (und Echelon, Rasterfahndung, Datamining) verspricht, versprochen damals Bertillonage, Daktyloskopie und Jodogramm – die sichere Identifizierung des Täters, das Erkennen von Spuren, die Kategorisierung des Menschen.

Noch tiefer in die Geschichte dringen die Autorinnen des Themenschwerpunkts, *Loredana Cappelletti* und *Claudia Kreuzsaler*, vor. Sie befassen sich mit der Kultur des etruskischen Volkes und (insbes. des hellenistisch-römischen) Ägyptens, wo wir angewiesen sind auf die mühselige Suche nach wertbaren Spuren, die noch nicht, wie Foucaults Gesicht, im Sand verschwunden sind.

Auf den Spuren des etruskischen Rechts befindet sich *Loredana Cappelletti*. Sie befasst sich mit dem viel zitierten Mythos des etruskischen Volkes. Anhand literarischer, epigraphischer und archäologischer Zeugnisse vermag sie detailliert aufzuzeigen, welche Traditionen, welche Institutionen, welche Insignien der Macht die Römer von den Etruskern übernommen haben.

Mit *Tintenspuren zum Recht* gibt *Claudia Kreuzsaler* Einblicke in die juristische Papyrologie, die „verglichen mit ihren Nachbardisziplinen in der Altertumsforschung eine sehr junge Wissenschaft“ darstellt. Zugleich ist die Papyrologie eine Wissenschaft, die die neuen Technologien hervorragend zu nützen weiß. Womit wir wieder am Anfang wären.

Quod non est in actis non est in mundo.

Birgit Feldner
Nikolaus Forgó



Das Aufkommen der ADR und der Mediation im Besonderen¹ stellt das Rechtssystem praktisch wie theoretisch vor erhebliche Probleme. Im Folgenden geht es darum, Denkanstöße zu dieser problematischen theoretischen Einpassung aus einer rechts- und medientheoretischen Sicht zu geben.

Dies setzt zunächst einen theoretischen Begriff davon voraus, was überhaupt Recht und seine Theorie sein mag. Wir gehen dabei von einer Theorie des Rechts aus, die die soziale Bedeutung des Rechts in der Gesellschaft klären will. Sie muss sich also des sozialen Sinnes von Normativität vergewissern. Sozialer Sinn wiederum kann sich nur innerhalb einer gesellschaftlichen Kommunikation abheben: Recht ist dabei die Bemühung um Regulierung der Kontingenz sozialen Handelns, indem es gegen diese ein System von generalisierten und normativen Erwartungen anbietet. Die kommunikative Ebene bildet damit die für Recht und Gesellschaft gemeinsame Ebene². Recht bildet die Struktur einer Gesellschaft, insofern es Zuschreibungsmechanismen sozialer Interaktion bietet und durchsetzt. Als Rechtssystem wird daher im Folgenden dabei dasjenige System begriffen, in dem gewisse Auslegungen befugt sind, sich Geltung zu verschaffen³. Dies betrifft zum einen die Durchsetzung von Auslegungen innerhalb des Rechtssystems selbst, die über die Dogmatik gewährleistet wird, zum anderen aber auch die Durchsetzung innerhalb der Gesellschaft, die über die Inszenierung der symbolischen Kommunikation – am prägnantesten: des Gerichtsverfahrens – gewährleistet wird⁴.

Mit diesem theoretischen Begriff von Recht verlässt er zugleich eine in der aktuellen Diskussion um die Mediation beliebte Unterscheidung von Macht, Recht und Interesse. Sie ist als Beschreibungsebene für Konfliktregelungssysteme

sinnvoll⁵, nicht aber für eine theoretische Erörterung des Problems, denn für sie ist das Gesetz weiterhin die unhintergehbare Rechtsquelle⁶.

Mit diesem Ausgangspunkt ist zugleich die Richtung der folgenden Überlegungen bestimmt: 1. Aus historischer Perspektive soll umrissen werden, inwieweit die Auffassung von Recht als Text bedingt ist und eine Einordnung der gegenwärtigen Entwicklung behindert.

2. Auf theoretischer Ebene sollen Fragen angeschlossen werden, wo die Mediation Lücken im Rechtssystem aufreißen oder schließen könnte und wie eine „postmoderne“ Rechtstheorie zur Legitimität des Rechts beitragen könnte.

Offene Lücken im geschlossenen Rechtssystem?

Denkanstöße zum Aufblühen der Alternative Dispute Resolution

Andreas Görger



1. Die historische Bedingtheit des heutigen Verständnisses von Recht als Text:

a) Medienwechsel und Rechtssystem

Rechtshistorisch gesehen, bilden sich in der frühen Neuzeit die Paradigmen aus, die die heutige Diskussion noch weitgehend bestimmen. Es geht, ein wenig verkürzt gesprochen, um das übergreifende Problem des kulturellen Wandels, der im Medienwechsel von der weitgehend oral geprägten Gesellschaft des Mittelalters zu der literalen Gesellschaft der Neuzeit begründet liegt⁷. Die hier gezogene Trennlinie be-

1 Wir beschränken uns bei der Argumentation auf die Mediation als die freiwillige Einschaltung eines neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis, der qua Prozesssteuerung den Parteien eine interessenbasierte Konfliktlösung zu erarbeiten hilft, da vor allem dieser Weg in der hiesigen Diskussion steht. Die bewertenden Verfahren der court-annexed arbitration, early neutral evaluation und des summary jury trial spielen in der Argumentation keine Rolle. Zur Unterscheidung vgl. das Standardwerk Goldberg, *Stephen/Sanders, Frank/Rogers, Nancy*: Dispute Resolution, Boston, Toronto 1992, 250 f.

2 Der vorliegende Ansatz folgt damit im Wesentlichen der so genannten institutionellen Rechtstheorie, nach der Gesellschaft als komplexer Kommunikationsprozess insofern zu beschreiben ist, als ein selbstreferenzieller Differenzierungsprozess von Sinnvermittlung stattfindet, vgl. grundlegend Schüle, *Johann August*: Theorie der Institutionen, Opladen 1987, 31 ff, 171 ff, *Weinberger, Ota*: Das philosophische Framework der Handlungs- und Institutionentheorie, in: *Rechtstheorie* 31 (2000), 47–66; *Luhmann, Niklas*: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, 81. Die nur implizite Anbindung spielt insofern eine Rolle, als es hier auch um die Veränderungen der Institution

im Sinne einer sozialen Praxis eines bestimmten Handlungstyps und der ihn ausführenden hierarchisierten Gruppe von Individuen geht, vgl. hierzu *Balzer, Wolfgang*: Kriterien für Entstehung und Wandel sozialer Institutionen, in: *Melville (Hg.)*: Institutionen und Geschichte, Köln 1992, 73–95.

3 *Simon, Joseph*: *Philosophie des Zeichens*, Berlin 1989, 293.

4 An einem Beispiel gesprochen: Es ist eine rechtliche Entscheidung, ob der Tod eines durch einen Ziegelstein getroffenen Menschen Unglück oder Schuld einer anderen Person ist. Moral, Wirtschaft oder Religion können andere Zuschreibungsregeln haben, auf der normativen Ebene entscheidet allein das Recht darüber, ob die Betroffenen Täter und Opfer sind. Auf der dogmatischen Ebene entscheidet der Diskurs des Rechtssystems über die Zuschreibungsregeln, auf der Ebene der Darstellung des Rechts in der Gesellschaft entscheidet das Urteil.

5 Als solche eingeführt von *Ury, William/Brett, Jeanne/Goldberg, Stephen*: *Konfliktmanagement*, 1991, 41.

6 Vgl. etwa *Mähler, Gisela/Mähler, Hans Georg*: *Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung*, in: *Breidenbach/Henssler (éd.)*, *Mediation für Juristen*, Köln 1997, 13–29, 14.

7 Die Diskussion der Schriftlichkeitsforschung sei hier nicht nachgezeichnet, vgl. nur grundlegend *Eisenstein, Elizabeth*: *The Printing Press as an Agent of Social Change*, Cambridge 1979; *Ong, Walter J.*: *Orality and Literacy*, London 1982; sowie zum hiesigen Ansatz *Assmann, Aleida*: *Probleme der Erfassung von Zeichenkonzeptionen im Abendland*, in: *Posner (Hg.)*: *Semiotik*, Berlin 1997, 710–729, 719; *Giesecke, Michael*: *Der Buchdruck in der frühen Neuzeit*, Frankfurt 1991. In der Rechtsgeschichte hat *Rückert, Joachim*: *Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung*, in: *ZRG GA* 111 (1994), 275–309, 304 f., diesen Medienwandel kürzlich als Kriterium für eine Epochenwelle nutzbar gemacht. Zur neueren Diskussion um die Funktion und Rechtskraft mittelalterlicher Rechtstexte vgl. auch *Mordek, Kapitularien und Schriftlichkeit*, in: *Schieffer (Hg.)*: *Schriftkultur unter den Karolingern*, Opladen 1996, 34–66. Dabei ist der Gegensatz von oral zu literal nicht als kategorische Trennung zu verstehen. Denn selbstverständlich gibt es auch in mündlichen Kulturen eine Speicherung von kulturellem Wissen in Texten, vgl. nachdrücklich *Assmann, Jan*: *Einleitung*, in: *ders. (Hg.)*: *Text und Kommentar*, München 1995, 9–33.

ruht auf der Hypothese, dass mit dem Beginn der frühen Neuzeit eine andere Funktion der Schriftlichkeit durch den Druck kulturell bedeutsam wird, in der nicht die Verschriftlichung mündlicher Traditionen im Vordergrund steht, sondern die institutionalisierte Durchsetzung von Recht über Texte und deren Anwendung, die eine Berufung auf mündliche Überlieferung ausschließt⁸. So entstehen mit der Typographie eigene Maßstäbe für die Speicherung von Texten⁹. Diese weisen schließlich dem gedruckten Text und den diesen verwaltenden Institutionen einen zentralen Platz in unserer Kultur zu¹⁰. Dieser Platz steht aber gerade in der gegenwärtigen „Medienkrise“¹¹ durch die Entwicklung anderer Speicherplätze in Frage: Die Entwicklung der Mediation – als skill-bezogener Speicherplatz für ein Recht schaffendes Verfahren – ist damit zugleich nur eine unter mehreren aktuellen Entwicklungen, die auf einen erneuten Medienwechsel hinweisen.

b) Rechtswissenschaft als Textwissenschaft: Medienwechsel und Dogmatik

Welche Folgeprobleme der Medienwechsel mit sich bringt, das belegt das seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts zu beobachtende verstärkte Aufkommen von Interpretationslehren¹², und auch das heute so geläufige methodische Problem, wie ein Fall unter einen Gesetzesbegriff zu subsumieren sei, entsteht in seiner mechanistischen Variante erst

mit der Speicherung von Recht als Text in einem Gesetz und der Absolutstellung des Textes¹³. Denn mit der Dominanz des Textes entwickeln sich auch dominante Deutungsregeln – des Textes, nicht des Problems!

Wie weitgehend die Einspeicherung juristischen Wissens in den gedruckten Text auch die Auffassung vom Text verändert, das zeigt die im Humanismus aufgekommene Überzeugung vom in sich konsistenten und suffizienten Text, der zu seinem Verständnis keines Hodegeten, keines Wegweisers mehr bedarf, sondern dem einzelnen Subjekt unmittelbar verständlich sein soll¹⁴. Die Anwendung der Deutungsregeln des Textes garantieren angeblich dessen Bedeutung für eine Frage. Das Herausfinden des „richtigen“ Textes wird in der Nachfolge einer solchen Textwissenschaft zu der grundlegenden Fähigkeit des gelehrten Juristen¹⁵. Für die humanistische Theologie und Rechtswissenschaft ist hierbei das höchste Ziel ein „reiner“ Text, den beide über eine Rückkehr zum Urtext zu finden glauben¹⁶.

c) Text und Diskurs: oder wer trägt die Kosten der Benennung?

Mit dieser dominanten Stellung des Textes einher geht die Belastung des Individuums mit den Kosten der Kontingenz von Sprache, indem davon ausgegangen wird, dass Sprache der mentalen Repräsentation von außersprachlich gegebenen Sachverhalten dient und auf diese möglichst klar und deutlich zu verweisen hat¹⁷ – was umgekehrt auf die Erklä-

8 Vgl. in diesem Sinne auch *Vollrath, Hannah*: Ideal and Reality in Twelfth-Century Germany, in: dies. (Hg.): England and Germany in the High Middle Ages, Oxford 1996, 93–104. Damit wird auch die von J. Assmann im Anschluss an Maurice Halbwachs getroffene Unterscheidung von kollektivem und kommunikativem Gedächtnis wirkungsmächtig, lebt doch das zweite gruppenspezifisch und generationsgebunden fort, während das erste in symbolischen Kristallisationen durch „kulturelle Formung (Texte, Riten, Denkmäler) und institutionalisierte Kommunikation wach gehalten wird“, vgl. *Assmann, Jan*: Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders. (Hg.): Kultur und Gedächtnis 1988, 9–19, 10 f, 12.

9 Vgl. hierzu *Brandis, Theo*: Handschriften und Buchproduktion im Spätmittelalter und in der Reformationszeit, in: Grenzmann (Hg.): Literatur und Laienbildung im Spätmittelalter und in der Reformationszeit, Stuttgart 1984, 176–194, 189 et passim.

10 Vgl. zum Zusammenhang von Schriftlichkeit und Macht im Mittelalter *McKitterick, Rosamund*: Conclusion, in: dies. (Hg.): The Uses of Literacy in Early Medieval Europe, Cambridge 1990, 319–333, 324: „Literacy was perceived as a practical and useful tool and as a potent instrument of power“, sowie zum Problem der Zeichensetzung als sozialem Privileg *Assmann* (wie Fn. 7), 725.

11 *Assmann, Aleida*: Vortrag vor dem X. Kongress der Internationalen Germanistenvereinigung in Wien 2000, zit. nach Berliner Zeitung vom 19. September 2000, 15. Zu den Auswirkungen des Medienwechsels und einer möglichen Rückkehr zu einem römisch-rechtlichen Definitionsverständnis vgl. *Forgó, Nikolaus*: „Omnis definitio in iure civili periculosa est“, in: *Thier u. a.* (Hg.): Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. 1999, 23–47, 46: „Definitionen werden wieder entweder Regeln werden, die, weil nicht problematisiert, ‚einfach‘ befolgt werden, oder sie werden zu problematisierenden Stellungnahmen juristischer Autoritäten – Begriffsbestim-

mungen also – werden, die sich auf dem juristischen Sprachmarkt freilich beständig neu zu beweisen haben werden“.

12 Vgl. die Aufstellung bei *Raisch, Peter*: Juristische Methoden, Heidelberg 1995, 30.

13 So ist es nicht weiter verwunderlich, dass das römische Recht in einer anders strukturierten Gesellschaft mit einem anderen Verständnis von Text das Problem der Definition eines Begriffes noch nicht wahrnehmen konnte, sondern im Gegenteil vor Definitionen warnt, denn „omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subvertit possit“, D 50, 17, 202 (Iavolenus), vgl. auch *Forgó* (wie Fn. 11), 27 ff. Das römische Recht scheint die Begriffe von „Regel“ und „Definition“, die heute als Applikation und abstrakte Erklärung geschieden sind, noch synonym zu gebrauchen (z. B. C 7, 32, 12, 2: „regula, quae definitivitas“). Dies erscheint vor dem Hintergrund plausibel, dass sich für ein Recht, für das gilt, „non est regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fit“ D 50, 17, 1 (Paulus), das Problem der Definition und Regelbildung, unter die in einem logischen Akt zu subsumieren sei, (50) nicht stellt. Bezogen auf die Methodenlehre hat denn auch *Forgó* nachdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass „das geringe Interesse an eindeutiger Begrifflichkeit“ der römischen Juristen nicht vor dem Hintergrund der im modernen Gewaltenteilungsgefüge abzuschwernden Tendenz der Verdichtung eines „Gegenstandes der Rechtserkenntnis“ zu lesen ist und dass eben diese Tendenz erhebliche Probleme der heutigen Methodenlehre nach sich zieht. Vgl. *Forgó, aaO*, 33 f, 42 ff; sowie *Benke, Nikolaus*: In sola prudentium interpretatione, in: *Feldner/Forgó* (Hg.): Norm und Entscheidung, Wien 2000, 30–65.

14 *Assmann, Aleida*: Im Dickicht der Zeichen, in: *DVJS* 70 (1996), 535–551, 542 ff. Vgl. zum historischen Prozess auch ausführlich *Verf.*, On cherche les mots et on trouve le discours, in: *Feldner/Forgó* (wie Fn. 13), 86–126.

15 *Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1995, 338 ff; *Jeand’Heur, Bernd*: Die

neuere Fachsprache der juristischen Wissenschaft seit der Mitte des 19. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung von Verfassungsrecht und Rechtsmethodik, in: *Hoffmann* (Hg.): Fachsprachen, Berlin 1998, 1286–1294, 1293, spricht insofern völlig zu Recht von „der Textstruktur unserer Rechtsordnung“.

16 Wie umfassend die Einspeicherung von Wissen in das neue Medium des Drucks ist, das zeigen die Zusammenfassung der Texte des Kirchenrechts zum *Corpus Iuris Canonici* 1580, der berühmte und in seiner Einteilung und bis ins 19. Jahrhundert bestimmende *Gothofredus-Druck* des *Corpus Iuris Civilis* von 1583. Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hatte sich an der auf der Grundlage des *codex secundus* entstandenen *Littera vulgata* orientiert. Erst der Humanismus wendet sich der *Florentina* als Textgrundlage zu, Schlusspunkt dieser textkritischen Arbeit ist dann die *Gothofredus-Ausgabe* von 1583, die als *Editio vulgaris* bis ins 19. Jh. gilt und erst von der *Editio maior* Mommsens überarbeitet wird; vgl. *Wieacker, Franz*: Römische Rechtsgeschichte, 1988, 122 ff; *Raisch* (wie Fn. 12), 2, spricht in diesem Zusammenhang nach unserer Auffassung etwas zu unkritisch-systematisch von der kritischen Überprüfung der „unvollkommenen Ordnung der Digesten“.

17 Eine solche Auffassung unterschlägt ihre eigene historische Bedingtheit, indem sie sowohl ihre Entstehungszeit als auch ihre Entstehungsbedingungen nicht mitbedenkt, vgl. *Reichmann, Oskar*: Die Konzepte von ‚Deutlichkeit‘ und ‚Eindeutigkeit‘ in der rationalistischen Sprachtheorie des 18. Jahrhunderts, in: *Gardt* (Hg.): Sprachgeschichte des Neuhochdeutschen, Tübingen 1995, 169–197, zur Verständlichkeit insb. 176. Es ist in diesem Sinne kein Zufall, sondern Ausdruck historischer Bedingtheit, dass sich zum Beispiel das Konzept der Eindeutigkeit in der Fachsprachendiskussion auch erst ab der Aufklärung zu formieren beginnt. Vgl. die Belege bei *Gardt, Andreas*: Sprachtheoretische Grundlagen und Tendenzen der Fachsprachenforschung, in: *ZGL* 26 (1998), 38–46.

rungsbedürftigkeit dieses Konzepts hinweist. Zu den Entstehungsbedingungen dieser Auffassung zählt in allererster Linie, dass die *adaequatio* nicht mehr auf den göttlichen Intellekt bezogen wird, sondern auf den menschlichen¹⁸. Die Auslegung der Wahrheit oder – sprachwissenschaftlich formuliert – der darstellungsfunktionalen Richtigkeit ist nicht mehr mit der Übereinstimmung von menschlichem und göttlichem Intellekt zu begründen und begründungsbedürftig, sondern erhält eine absolute Gültigkeit. Indem das Subjekt den alleinigen Fluchtpunkt für eine Erkenntnis bildet, wird erst eine Sprachauffassung möglich, die dem Subjekt allein die Verantwortung für die Kontingenz der Benennung aufbürdet¹⁹.

Damit wird in einem zweiten Schritt über eine hypostasierte intersubjektive Verfügbarkeit allein auf die Kategorie der „Verständigung zwischen den Menschen“²⁰ abgestellt. Allerdings ist der Begriff der Handlung – auch der der Sprachhandlung – nichts anderes als eine Zuschreibung zu einem Subjekt. Es ist nicht das Subjekt dem Diskurs vorgängig, sondern das, was als seine Sprachhandlung beschrieben werden kann, ist erst denkbar vor dem Hintergrund einer ausgebildeten Lehre der Zuschreibung zu einem Subjekt. Die Urheber-schaft, sei sie als Intention oder als Verantwortung benannt, ist erst und nur eine Leistung des Systems, beziehungsweise des Diskurses²¹: „le champ de relations qui caractérise une formation discursive est le lieu d’où les symbolisations et les effets peuvent être aperçus, situés et déterminés“²².

Ein weitere Folge dieses Standpunktes lässt sich bei der Frage der Verständlichkeit festmachen: Verständlichkeit im Sinne einer Vermittelbarkeit von „eigentlich“ fachgebundenem Wissen hat erst seit der Aufklärung Tradition. Diese nach ihrem Selbstbild aufklärerische Vermittlungstätigkeit,

nach der sich der Bürger, „wenn er nur hinreichend gebildet war, selbst Belehrung aus der schönen Klarheit neuer Gesetzbücher verschaffen können (sollte)“²³, legitimiert sich durch die Betonung ihrer eigenen Notwendigkeit und konzipiert den Vermittelnden in dem gängigen Kommunikationsmodell von Sender und Empfänger²⁴ als überlegen. Die Bildungskosten für die Teilnahme hieran hat freilich der Bürger zu tragen²⁵. Im – unerlaubten, aber gängigen – Rückschluss: versteht er nicht, was mit ihm passiert, so ist er eben nicht hinreichend (aus)gebildet.

Vor diesem Hintergrund verwundert es denn auch nicht, dass zum Beispiel die Theorie der Rechtssprache, seitdem sie diese Trennung „entdeckt“ hat, das heißt wiederum seit der Aufklärung, zwischen der Skylla der Angst vor dem Verlust an Präzision und rechtsstaatlich gebotener Rechtssicherheit durch die Aufgabe fachsprachlichen Vokabulars²⁶ und der Charybdis der Unverständlichkeit für den Bürger mit einhergehender Verletzung aufklärerischer und – heute – demokratischer Grundsätze einhersegt²⁷. Die Verständlichkeit des einzigen Gesetzes wird vor allem deshalb gefordert, weil dieses aufgrund seiner generellen Geltung nicht nur normativ, sondern auch faktisch sich an alle als Adressaten richtet²⁸: „fühlt sich der Bürger angesprochen und kann er sein Problem lösen“²⁹.

Indem so Rechtserkenntnis als Lesen des Textes verstanden wird und die Verantwortung für diesen Akt allein dem Individuum aufbürdet, verschleiert ein solcher Verständlichkeitsansatz die Differenz zwischen der Ebene der (individuellen) Kognition und der (institutionellen) Normativität. Wer im Akt des Lesens den Text versteht, ist nach diesem Ansatz auch Teilnehmer am juristischen Diskurs³⁰ – eine Auffassung, die historisch in der

18 Vgl. hierzu bezogen auf die naturwissenschaftliche Fachsprache *Pörksen, Uwe*: Der Übergang vom Gelehrtenlatein zur deutschen Wissenschaftssprache, in: *Lili* 13, H. 51/52 (1983), 227–257, 228.

19 Eine durch und durch positive Einschätzung dieser aufklärerischen Sprachauffassung, die „auf den Menschen selbst einen Teil der Schöpferrolle (übertrug), die bis dahin der göttlichen Vorsehung zufiel“, findet sich bei *Ricken, Ulrich* ua: Sprachtheorie und Weltanschauung in der europäischen Aufklärung, Berlin 1990, 305; zur Kritik vgl. auch *Luhmann, Niklas*: Zeichen als Form, in: *Baecker* (Hg.): Probleme der Form, Frankfurt a. M. 1993, 45–69, 56 f.

20 Hoffmann, Lothar: *Kommunikationsmittel Fachsprache*, Tübingen 1985, 53.

21 Vgl. zu den grundlegenden Kategorien bereits *Mead, George H.*: Mind, self, and society from the standpoint of a social behaviorist, Chicago 1967; *Coleman, James*: Grundlagen der Sozialtheorie, München 1991. Zur Herausbildung des juristischen Handlungsbegriffs im Allgemeinen *Jakobs, Günther*: Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Opladen 1992, zum allgemeinen Interesse der Kulturgeschichte an dem Prozess der Zuschreibung zu Individuen *van Dülmen, Richard*: Historische Kulturforschung zur Frühen Neuzeit, GG 21 (1995), 403–429, 425 f.; sowie zum Begriff der Person *Kobusch, Theo*: Die Entdeckung der Person, Freiburg 1993; einige Aspekte zusammenfassend *Meuter, Norbert*: Körperliche und soziale Infrastruktur des Handelns, in: *DZPhil* 48 (2000), 579–593.

22 *Foucault, Michel*: L’archéologie du savoir, Paris 1969, 213.

23 *Hattenhauer, Hans*: Zur Geschichte der deutschen Rechts- und Gesetzessprache, in: *Berichte*

aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften 5 (1987), 3–87, 34.

24 *Shannon, Claude/Weaver, Warren*: The Mathematical Theory of Communication, Urbana 1964. Vgl. auch die Übertragung dieses Modells auf das Recht als via Kanal „Gesetz“ vom Sender „Gesetzgeber“ an den Empfänger „Bürger“ gesandte Information bei *Baden, Eberhard*: Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess, Baden-Baden 1977, 157; zur Kritik vgl. auch *Busse, Dietrich*: Recht als Text, Tübingen 1992.

25 Vgl. ausführlich zum universitären Sprachmarkt *Somek, Alexander/Forgó, Nikolaus*: Nachpositivistisches Rechtsdenken, Wien 1996, 177–195.

26 Diese Position spiegelt sich zum Beispiel bei *Windscheid*, der im 19. Jahrhundert noch selbstbewusst formuliert, dass „Gesetzbücher nicht für den Laien gemacht werden, sondern für den Richter... der Laie braucht es nicht zu verstehen“, zit. nach *Herberger, Maximilian*: Unverständlichkeit des Rechts, in: *Recht und Sprache*, Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung 199 (1983), 8–25, 24. Und auch heute wird befürchtet „die Beseitigung der juristischen Fachsprache und speziell in dieser ausgebildeter Juristen würde die Problemlösungskapazität der Gerichte und unserer Verwaltung gewaltig reduzieren und uns auf den Stand des Mittelalters zurückwerfen“, *Öhlinger, Theo*: Sprache und Recht – eine Problemskizze, in: *ders.* (Hg.): *Recht und Sprache*, Wien 1986, 25–36, 32.

27 Vgl. etwa *BVerfGE* 89, 155, 185. Bemerkenswert ist auch hier, dass die Frage der Verständlichkeit eines juristischen Fachtextes für Juristen selbst durchaus fraglich ist und vor allem noch nie empirisch überprüft wurde, vgl. hierzu auch *Brandt, Wolfgang*: Müssen Gesetze schwer verständlich

sein?, in: *Eckert* (Hg.): *Sprache – Recht – Geschichte*, Heidelberg 1991, 339–360.

28 *Hoffmann, Ludger*: Fachtextsorten der Institutionensprache I: das Gesetz, in: Hoffmann (wie Fn. 15), 522–528, 526.

29 *Wodak, Ruth*: Bürgernahe Gesetze, in: *Öhlinger* (wie Fn. 26), 116 – wobei nicht verschwiegen werden soll, dass diese empirisch gestützte soziolinguistische Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, dass „Mittelschichtangehörige und Männer mittleren Alters am meisten (verstehen), Friseurinnen am wenigsten“, 117. Nicht verschwiegen sei weiter, dass in Umfragen Ende der 70er Jahre rund 80% der Befragten angaben, die Juristensprache sei so unverständlich, dass man häufig nicht wisse, worum es gehe, vgl. *Jaspersen, Andrea*: Über die mangelnde Verständlichkeit des Rechts für den Laien, Bonn 1998, 85 ff.

30 Sehr deutlich etwa bei *Luig, Klaus*: Humanismus und Privatrecht, in: *Klingenberg* (Hg.): *Vestigia Iuris Romani*, Graz 1992, 285–301, 301, der als Einsicht des Humanismus hervorhebt: „jeder Leser nimmt an der Interpretation teil“, so auch *Baden* (wie Fn. 24), 61 ff, 230 ff, der den Adressaten mit dem „tatsächlichen Benutzer“ gleichsetzt. Auch *Warnke, Ingo*: *Wege zur Kultursprache*, Berlin 1999, 137, scheint dieses Verständnis zu haben, wenn er definiert „juristische Texte vermitteln soziale Normen“ – ohne freilich die Vermittlung zu problematisieren. Die vorgetragene Kritik gilt in abgeschwächter Form auch für die linguistische Auffassung, die lediglich das rezeptive, passiv-kognitive Verständnis iSv *Jaspersen* (wie Fn. 29), 92, überwindet. Sie begreift Verstehen aktivisch als „Informationsverarbeitung“ und definiert „beim erfolgreichen Verstehen entsteht ein kohärentes mentales Textmodell“, vgl. etwa *Lasser, Ingeborg*:

Hermeneutik des 16. Jahrhunderts begründet ist³¹, aber den institutionellen Aspekt des Rechtssystems völlig vernachlässigt³². Insofern es aber um eine brauchbare Rechtstheorie geht, muss es auch in die symbolische Darstellung des Rechts gehen und dessen institutioneller Zusammenhang in den Blick kommen. Denn wenn Normen die Struktur einer Gesellschaft bilden, so ist es die Eigenart rechtlicher Normen, dass sie in einem bestimmten Verfahren mit Geltungsanspruch institutionalisiert werden. Damit muss notwendig sowohl der Normsetzungs- als auch der Normdurchsetzungsprozess als soziale Praxis berücksichtigt werden.

d) Ergebnis:

Damit ist der historische Ausgangspunkt unserer Fragestellung umrissen: Vom 16. Jahrhundert an bildet sich die Rechtswissenschaft als Textwissenschaft aus. Das landläufig bekannte Phänomen der „Verschriftlichung“ oder „Verwissenschaftlichung“ lässt sich in Bezug auf das Rechtssystem als ein Merkmal belegen, das zu seiner Schließung beiträgt: Nur diejenigen, die im Auffinden und regelgemäßen Anwenden eines Rechtstextes geschult sind, erwerben die Legitimation, diesen auch durch ein Urteil zu inszenieren. Die Anfänge dieser Entwicklung sind in der in der humanistischen Methode der Rechtswissenschaft und ihrer Tendenz zur Textpflege, sowohl in Richtung auf das Herstellen eines „reinen“ Textes, als auch in Richtung auf einen Schutz dieses Textes vor außerhalb der Institution Stehenden auszumachen. Sie führt sowohl zu einem gelehrten Recht, als auch zu einem Recht der Gelehrten – und bildet zugleich den Ausgangspunkt für die Positivierung des Rechts und eine positivistische Dogmatik³³, in der Recht angeblich nur vom juristischen Hermeneuten „erkannt“ werden muss:

Denn diese Entwicklung endet mit der Durchsetzung des auf die Rechtsanwender bezogenen Konzeptes der Gesetzesbindung: Indem der Gesetzestext als konsistent und suffizient unterstellt und Interpretationsspielräume drastisch beschnitten werden, verliert alle Rechtsprechung, die nicht zugleich Textinszenierung ist, ihre Legitimation. Damit ist innerhalb des Rechtssystems die Bindung der Richter an den Oberherren und die Untauglichkeit ungelehrter Schöffen zur Rechtsprechung gewährleistet. Auf der Ebene der Inszenierung selbst, also der symbolischen Kommunikation, bedeutet dies zugleich, dass jedes Urteil nur noch Textanwendung sein kann und darf, das Risiko der Kontingenz, das heißt der Unverständlichkeit der Erwartungen, bürdet es den Rechtsunterworfenen auf.

2. Fragen an die Rechtstheorie

a) Medienwechsel und Rechtssystem?

Was aber geschieht nun mit dem Recht – und seiner Theorie – wenn an seinen Rändern die Texte und deren Anwendung entweder durch Nichtanwendung oder durch übermäßige Anwendung verloren gehen?³⁴

Eine erste Entwicklung liegt auf der Hand: den textpflegenden Institutionen droht ein eminenter Bedeutungsverlust. Vielleicht ist es denn auch ein Phänomen dieses Bedeutungsverlustes, dass gerade an Universitäten und Gerichten die Problematik des Medienwechsels so lange vernachlässigt worden ist. Dies gilt ebenso für die Möglichkeiten eines Wissensmanagements über neue Medien wie für die über eine Ausbildung personaler skills. Über eine im Rahmen einer Recht(swissenschaft) als Text(wissenschaft) entwickelte Methodik wird bislang „einerseits eine Unterscheidung zwischen zum juristischen Diskurs zugelassenen Sprechern und Laien“ ermöglicht und „andererseits das Dilemma überwunden, zwischen Unentscheidbarkeit, Hinterfragbarkeit, Wandelbarkeit jeder juristischen Lösung und der Notwendigkeit, rasch eine – einigermaßen – Bestand habende Lösung finden zu müssen“³⁵.

b) Textwissenschaft im Zeichen von Kontingenz

Mit der Fokussierung auf das nicht textgesteuerte Verfahren der Mediation ist zugleich ein Grundproblem benannt, das, wenn wir recht sehen, bis heute in der Sprachwissenschaft nicht so recht gelöst ist, nämlich ob Schrift verschriftete Sprache ist. Begreift man dagegen Medien als Bedingung des Unterscheidens, so wird klar, dass die Idee selbst von einer Sprache hinter der Schrift ein historisches Produkt ist. Denn sie ist erst ab dem Moment denkbar, ab dem das durch die Schrift gegebene räumliche Neben- und zeitliche Nacheinander Sprache als anschauliche Form darstellt. Anstatt also von einer modellhaft hypostasierten Sprache (als Kompetenz) auszugehen, kann ein medientheoretisch reflektierter Standpunkt diese aus der Performanz rekonstruieren. Damit ist der Vollzug von Sprache nicht mehr die Deformation oder Aktualisierung einer schon vor jeder Realisierung vorhandenen, medienindifferenten Sprache als System. Vielmehr ist Performanz zu verstehen als Inszenierung des zu Sagenden, die Rekonstruktion aus der Performanz daher nicht mehr vor der Hintergrund eines Idealtyps vorzunehmen, der einem Sprecher zur Verfügung steht³⁶. Zugleich öffnet sie wiederum den Blick für die Alterität, die jedem Wiederholen zu Eigen ist, das heißt für die Tatsache,

Verständliche Gesetze – eine Utopie, in: LiLi 118 (2000), 35–66, 51 mwNw. Jedoch wird auch hier das Subjekt als Träger des Verstehens stillschweigend vorausgesetzt und nicht hinterfragt. Sie ist aber insofern tragfähig, als sie die Frage der Kohärenz eines Textes für den Verständlichkeitsaspekt nutzbar macht und auf die besonderen Anforderungen von Gesetzestexten hinweist. In Bezug auf die Methodenlehre gilt hierbei allgemeiner, dass die in einem normativen Text gefassten Regeln nicht „gewusst“, sondern befolgt werden müssen, um in ihrem Bestand erhalten zu bleiben. Zu diesem Zusammenhang der Kontinuitätsherstellung trotz der Kontingenz des Sprachzeichens vgl. auch Forgó (wie Fn. 11); sowie Somek/Forgó (wie Fn. 25), 177–194.

31 Vgl. Assmann (wie Fn. 14), 535 ff.

32 Ähnlich wie hier auch – bezogen auf die gegenwärtigen Gesetze – Müller, Georg: Adressatengerechtigkeit und Allgemeinverständlichkeit, in: Schäffer (Hg.): Rationalisierung der Gesetzgebung, Baden-Baden 1984, 35–44, 42: „Adressaten sind nicht die Bürger, sondern der Rechtsstab“.

33 Vgl. auch Luhmann (wie Fn. 15), 245–256; sowie kürzlich Willoweit, Dietmar: Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts, in: ders. (Hg.): Die Begründung des Rechts als historisches Problem, München 2000, 229–245. Willoweit analysiert einen Teilbereich der hier angesprochenen Phänomene, nämlich die Herausbildung einer Leitmethodik von Textpflege und -anwendung, mit dem Ergebnis, dass „im Usus modernus ein neues Verständnis für das Problem der Rechtgeltung zutage (tritt), in dem sich der Positi-

vismus des 19. Jahrhunderts ankündigt“, ebd. 231.

34 Feldner, Birgit: Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof, Wien 2001, hat auf dieses Phänomen im Bereich der Rechtsprechung nachdrücklich hingewiesen, indem sie den Rechtsquellencharakter höchstrichterlicher Spruchkörper darlegt. An anderen Rändern verliert sich der Text etwa über die zunehmende Nutzung von juristischen Datenbanken und die außergewöhnlich hohe Textproduktion des Gesetzgebers.

35 Forgó (wie Fn. 11), 42 f.

36 Vgl. hierzu auch Feilke, Helmut: Überlegungen zu einer Theorie „sympathischen“ und „natürlichen“ Meinens und Verstehens, Frankfurt a. M. 1994, 276.

dass der Gebrauch selbst erst prozesshaft festschreibt, was gemeinhin als Regel angenommen wird^{37, 38}.

Die Annahme von Sprache und Recht als System funktioniert freilich nur so lange, so lange die Kontingenz einer sprachlichen Benennung unsichtbar bleibt oder jedenfalls nicht als illegitime Gewalt sichtbar wird. Eine bloße Steigerung dieser Invisibilisierung ist es, wenn moderne Gesetzgebung Kontingenz nicht reguliert, sondern abstrahiert. Genau hieran scheitert denn auch der gegenwärtige Positivismus: Die zunehmende Abstraktion und Regelungsdichte als Folge der rechtsstaatlichen Legitimation von Gesetzgebung erzeugt als Rückseite der Medaille der unsichtbaren Gewalt eine systeminterne Blindheit gegenüber der systemeigenen Gewalt. Eben diese stellt aber wiederum die Legitimität in Frage: Wenn Recht über die Anerkennung eines Individuums als Person³⁹ entscheidet und zugleich nur noch Juristen Juristen verstehen, so ist die juristisch mitgeteilte Anerkennung für das Individuum Gewalt⁴⁰. Ihm können die Kosten der Kontingenz sprachlicher Handlungen nicht mehr aufgebürdet werden.

An einem Beispiel gesprochen: Wenn in einem Scheidungsprozess die elterliche Sorge zuerkannt wird, so wird über den Anspruch auf Anerkennung der sozial konstruierten und normativ abgesicherten Elternrolle entschieden. Ist diese Entscheidung unverständlich inszeniert, so wird den Rechtsunterworfenen jedenfalls dann Gewalt angetan, wenn sich die normative Erwartung weder auf der individuellen Ebene als Orientierungsmuster noch auf einer gesellschaftstheoretischen Ebene als Organisation eines sozialen Kontextes begreifen lässt, einfacher: Wenn eine unverständliche Inszenierung einer Norm die Regel und nicht die Ausnahme ist und die normative Verfasstheit sich nicht mehr über die Legitimation des inszenierten Textes durch die dem Text Unterworfenen ableiten lässt. Ob die Kindessorge per physischer Gewalt oder mittels eines Stück Papiers mit Geltungsanspruch (und Vollstreckbarkeit) weggenommen wird, bleibt dann gleich.

In diese Lücke bricht – etwas vergrößernd gesprochen – die Mediation in das Rechtssystem ein: Der Geltungsanspruch auf Anerkennung in einer sozialen Rolle – das heißt als Person – wird nicht mehr von einer legitimierten Instanz entschieden, sondern unter den Konfliktparteien durch die Hilfe des ausschließlich prozesssteuernden Mediators ausgehandelt⁴¹. Im Idealfall erreichen sie über diesen Prozess eine gegenseitige Anerkennung als Person einhergehend mit

einer Lösung des Konfliktes über die Grenzen dieser sozialen Rolle. Damit ersetzt die Inszenierung des zu Sagenden im Prozess der Mediation die Inszenierung der Kompetenz im Urteil. In der Folge wird aber auch die dogmatische Leistung der Konstruktion von Recht als System von Texten fragwürdig. Dieses System kann nur auf der Ebene der Kompetenz funktionieren, nicht aber auf der der Performanz. Findet aber der Ausgleich auf der Ebene letzterer statt, so wird sich die Dogmatik nicht mehr um Definitionen zu bemühen haben, sondern um Regeln, „die sich auf dem juristischen Sprachmarkt freilich beständig neu zu beweisen haben werden“⁴².

c) Diskurs ohne Text: Wer hat die Deutungsmacht?

Ein weitere Lücke des Rechts schließt sich an. Nachdem in anderen Geisteswissenschaften der Abgang auf einen humanistischen Textbegriff lange vollzogen ist, deutet er sich mittlerweile auch in der Rechtswissenschaft an. Denn der eine gültige Text wird aufgelöst in eine Vielzahl von verbundenen, aber nicht auf eine legitimierende Instanz rückführbaren Texte. Sichert bislang der Text als „Dissoziation der Gesprächssituation“ die Dauer der auf seiner Grundlage gefundenen Entscheidung, so verliert mit zunehmender Variabilität und Fungibilität des Textes die Berufung auf Recht als Anwendung des Gesetzestextes ihre Plausibilität. Genau aus diesem Grund versucht die Mediation denn auch die Dissoziation der Gesprächssituation wieder rückgängig zu machen. Im angeleiteten Dialog konstruieren sich die beteiligten Parteien in ihren Geltungsansprüchen für einander. Dass sie dies mit dem mittlerweile geflügelten Wort von *Mnookin* „in the Shadow of the Law“⁴³ tun, sagt sehr viel über die veränderte Deutungsmacht aus: ihr Ergebnis ist nicht mehr die Anwendung der sicheren Grundlage des Textes, sondern die konkrete Gestaltung einer Zukunft. Damit wandelt sich aber auch die Aufgabenbeschreibung an eine juristische Methodik: Wenn das Produkt von Mediation „Recht“ ist, dann müsste eine Theorie des Rechts auch in der Lage sein zu beschreiben, wie ein Jurist die Beteiligten so an das Recht heranführen kann, dass nicht mehr er für sie „erkennt“, was Recht ist, sondern sie ermächtigt, ihr Recht zu setzen⁴⁴.

Zwei Aspekte sind hiermit angesprochen: Zum Ersten die Frage, ob sich die Rechtswissenschaft nicht von einer Hermeneutik des gedruckten Textes zu einer Hodegetik des Rechts (zurück?) zu entwickeln hat. Denn nur der Hodeget kann den Beteiligten den Weg durch das Recht weisen, nicht aber der erkennende Hermeneut. Im hermeneutischen Verständnis ist

37 Vgl. hierzu auch Luhmann (wie Fn. 2), 200–229.
 38 Schrift wäre dann über *Ehlich* „Dissoziation der Gesprächssituation“ hinaus als ein grundlegend anderes Medium zu begreifen, was es erlauben würde, andere ebenfalls über Verräumlichung zu beschreibende Zeichensysteme wie die neuen Medien in die Reflexion miteinzubeziehen, vgl. *Ehlich, Konrad*: Funktion und Struktur schriftlicher Kommunikation, in: Baumann (Hg.): *Schrift und Schriftlichkeit*, Berlin 1994, 18–40. Die Konsequenzen dieses Ansatzes sind noch in keiner Weise erarbeitet, sondern es sind lediglich Ansätze zu verzeichnen, vgl. etwa Krämer, Sibylle: *Sprache und Schrift*, in: *Zs f. Sprachwissenschaft* 1996, 92–112, die dafür plädiert, über Disjunkтивität und endliche Differenzierbarkeit zu einem operativen medienneutralen Schriftbegriff als Organon zur Externalisierung von Denken zu gelangen, der auch die bi-

nären Codes neuer Medien einbeziehen könnte. Zu fragen wäre etwa, ob es auch bei der Interaktion mit Datenstrukturen eine illokutionäre Rolle gibt oder ob sich nicht in dem Moment, in dem nur noch über Texte interagiert wird, die an Personalität und Autorenschaft gebundenen Geltungsansprüche an die Personen verändern.
 39 Individuum ist im hiesigen Sinne das einzelne Selbstbewusstsein, Person die soziale Konstruktion von Identität.
 40 Vgl. auch *Jakobs, Günther*: Norm, Person, Gesellschaft, Berlin 1997, 52 f. „Die Wirklichkeit der Norm bloß im äußeren Vollzug der Sanktion ist Gewalt, nicht aber Gesellschaft. Gesellschaft entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt ... ist personale Kommunikation.“
 41 Vgl. aus der mittlerweile stark angeschwollenen Literatur zur Mediation nur *Breidenbach, Ste-*

phan: *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln 1995; *Duve, Christian*: *Mediation und Vergleich im Prozess. Eine Darstellung am Beispiel des Special Master in den USA*, Köln 1999.
 42 *Forgó* (wie Fn. 11), 50.
 43 *Mnookin, Robert/Kornhauser, Lewis*: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Dorce, 88 *Yale Law Journal*, 950 (1979).
 44 Wir verkürzen hier die durchaus unterschiedlichen Leitgedanken der ADR auf den Gesichtspunkt der individuellen Autonomie, um die anstehenden Fragen schärfer konturieren zu können. Zu einem Überblick über die unterschiedlichen Ziele von Konfliktbehandlung vgl. *Breidenbach* (wie Fn. 41), 212–246.

das Interpretationsverständnis zweistellig: Text und Leser⁴⁵. Folgerichtig handelt der juristische Sprachkampf um die Autorität des Lesers. Das Ziel des Hodegeten ist es dagegen nicht, die Differenz zwischen Recht (als Text) und Verstehen



zu invisibilisieren, sondern zu akzentuieren. Nur so nimmt der seine Verantwortung wahr, ein Verständnis einer normativen Erwartung so zum Abschluss zu bringen, dass auf seiner Grundlage gehandelt werden kann⁴⁶.

Aus eben diesem Grund muss die Rechtsmethodik auch andere Differenzierungskriterien zwischen Laien und Fachleuten entwickeln muss als die der Textbeherrschung. Denn wenn sie auf der Ebene der Textbeherrschung verharret, laufen ihr – salopp gesprochen – die Kunden weg: Ein Fachmann des Rechts ist nicht mehr der, der die relevanten Texte kennt oder behauptet zu kennen und diese Kenntnis dadurch manifestiert, dass über seine Behauptung nur „entschieden“, aber nicht mehr kommuniziert werden kann. Ein Fachmann des Rechts müsste im Gegenteil in der Lage sein, Texte in ihrer Relevanz darzustellen und dem Laien ihre beschränkte Relevanz mitzuteilen. Er müsste kompetent sein, den Weg dahin zu weisen, wie sich Personen, bevor sie miteinander zu sprechen beginnen, darauf verständigen, sich als Personen anerkennen zu wollen⁴⁷. Nur auf diesem Weg kann er sich als Fachmann für normative Erwartungen behaupten.

d) Ergebnis: Selbstinszenierung der Personen?

Eine letzte Lücke des Rechtssystems sei benannt, die ebenfalls mit dem Zusammenbrechen des Textbegriffes zu tun hat: Mediation kommt, wie gesagt, ohne die Inszenierung eines Textes aus. Indem der Text nur noch „ein Textformular ist, das erst im juristischen Diskurs seine Bedeutung erhält“⁴⁸, schaffen sich die Beteiligten ihr eigenes geltungstheoretisches Fundament über das Aushandeln ihrer Interessen. Indem sie in der von ihnen gefundenen Lösung diese – und damit sich als Person – anerkennen, schaffen sie sich ihr eigenes Recht⁴⁹. Die Inszenierung von dessen Geltung ist damit ebenfalls Aufgabe der beteiligten Personen, wird also von der Ebene der staatlichen Gewalt dezentralisiert.

Eine Methodenlehre, verstanden als Methode der Rechtsanwendung, müsste also das theoretische Handwerkszeug entwickeln, die Durchsetzung von normativen Erwartungen anders darstellen und garantieren zu können, als über die Inszenierung des Gesetzestextes im Urteil: Rechtswissenschaftliche Methodenlehre muss so ein anderes geltungstheoretisches Fundament der Rechtsanwendung entwickeln als die Positivität des Textes und andere Möglichkeiten zur Darstellung normativer Erwartungen entwickeln als die auf die Inszenierung des Textes bezogenen⁵⁰. Sie müsste sich freilich auch um die Rahmenbedingungen der Personen kümmern, das heißt den Prozess steuern, indem sie sich als Personen begegnen können und nicht als machtgesteuerte Individuen.

Dr. Andreas Görge studierte Germanistik (M. A.) und Rechtswissenschaft (Dr. iur.) und arbeitet nach einer Zusatzausbildung an der ENA im Bereich Verhandlungsführung und Mediation.

45 Vgl. A. Assmann (wie Fn. 14), 542 f.

46 In diesem Sinne ist denn auch jede Bedeutung eine pragmatische: eine Interpretation kommt temporär zum Schluss, wenn auf ihrer Grundlage gehandelt werden kann, vgl. Simon, Joseph: Zeichenphilosophie und Transzendentalphilosophie, in: ders. (Hg.): Zeichen und Interpretation, Frankfurt a. M. 1994, 73–98, 77, 95. Damit hilft auch eine dekonstruktivistische Textverständnis nicht weiter, denn es verabschiedet sich von der Auffassung von Text als geronnener Kommunikation nur zugunsten einer Autonomie des Textes.

47 Vgl. Taylor, Charles: Negative Freiheit?, Frankfurt a. M. 1988, 69.

48 Christensen, Ralph: Was heißt Gesetzesbindung?, Berlin 1989, 269.

49 Etwas anders akzentuiert Breidenbach (wie Fn. 41), 194: „die autonome Interessenlösung ist Recht“.

50 Das Bedürfnis nach Alternative Dispute Resolution und insbesondere der Mediation spiegelt die Unfähigkeit des Rechtssystems, die normativen Erwartungen zurückzubinden an die „Rechtsunterworfenen“. Begreifen sich diese selbst nicht

mehr als Unterworfenen, so begnügen sie sich nicht mehr mit der bloßen Applikation einer Regel auf ihren Fall, sondern wollen in der rechtlichen Regelung von Erwartungen mit ihren Erwartungen als Subjekt anerkannt werden. Gerade dieser Aufgabe hat sich das Rechtssystem zu stellen.

Die Spur des Täters

Bertillonage, Daktyloskopie und Jodogramm: Fortschritte und Versprechungen der naturwissenschaftlichen Kriminalistik um 1900

Miloš Vec

Um 1900 revolutionierte sich die Kriminalistik. Die Polizeiarbeit schwenkte in zahlreichen Staaten rasch hin zur Daktyloskopie als viel versprechender Methode der Personenidentifikation. Unter Verdrängung konkurrierender Identifikationsysteme wurde der Fingerabdruck zu jener Spur des Täters, an die sich besondere Hoffnungen auf Objektivität, Wissenschaftlichkeit und hohe Selektionsziffern knüpften. Heute ist er die am häufigsten gesicherte Spur.¹ Der folgende Text will diesen historischen Umbruch in seinen Grundlinien nachzeichnen und schließlich einige Parallelen zur aktuellen Diskussion um den genetischen Fingerabdruck ziehen. Denn auch die DNA-Analyse nährt gegenwärtig Hoffnungen der Kriminalisten, die aus der technischen Revolution der Ermittlungsmethoden erstaunliche, aber nicht ganz neue Versprechen ableiten.

Defizite

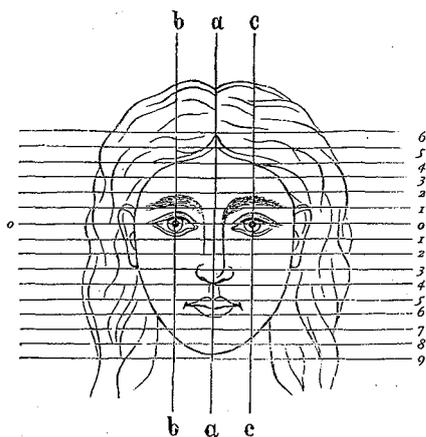
Dass die Realität undurchsichtig ist, der Kriminalist aber unanzweifelbare Spuren braucht, um den Täter zu identifizieren, war das Dilemma vieler Ermittlungsmethoden schon des neunzehnten Jahrhunderts. Wohin führten diese Spuren? Auf wen verwiesen sie? Was konnte man aus ihnen über die Identität ihres Trägers lernen? Die kriminalistischen Diskurse waren ebenso wie ihre Parallelererscheinungen in anderen Wissenschaften semiotischer Art. Sie sammelten, systematisierten und interpretierten Zeichen.² Die Suche nach der Wahrheit war dabei stets mühsam, nicht nur für den Polizeiapparat, sondern auch für die Justiz. Die Diskurse über diese Bemühungen lesen sich oft genug wie Abhandlungen über die schmerzhaft begrenzten Möglichkeiten der natürlichen Sinne, die der Mensch durch Wissenschaft überwinden wollte.

Besonders deutlich waren die Probleme bei der Zeugenaussage. In den Zeitschriften häuften sich Klagen über die Unzuverlässigkeit der Zeugen. Es klagten die Kriminalisten

und sie listeten enzyklopädisch die Mängel der menschlichen Sinne auf. Das menschliche Gedächtnis war unzuverlässig.³ Vieles erinnerten die Zeugen nicht. Und wenn sie es doch erinnerten, konnte man nie sicher sein, ob es tatsächlich richtig war.⁴ Also versuchte man, die Zeugenaussagen auf sichereren Boden zu stellen, indem man sie verwissenschaftlichte. Die Autoren in den kriminalistischen Journalen psychologisierten und sezierten. Sie forschten nach der Bedeutung von „Stimmungen“ und „Suggestionen“ für die Zeugenaussage.⁵ Erschreckendes trat bei empirischen Versuchen zutage: „die Experimentatoren (kamen) ganz überwiegend zu dem Resultat, dass die Zeugenaussagen ungleich unzuverlässiger sind, als man bisher angenommen hat und dass die fehlerlose Aussage nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist.“⁶ Die Abhandlungen über die Aussagepsychologie versuchten daher, soweit möglich, nach verlässlichen Anhaltspunkten zu suchen und sie wissenschaftlich zu ordnen.

Die Wahrnehmungen der Zeugen sollten, obwohl ursprünglich subjektiv, dadurch ex post verobjektiviert werden.

Idealerweise sollte der Zeuge selbst vor Gericht geprüft werden. Schon im ersten Jahrgang des von Hanns Gross herausgegebenen „Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik“ von 1899 erscheint ein tastender Aufsatz über diese „Zeugen-Prüfung“. Nicht nur seine Absicht scheint aus heutiger Perspektive ganz zeittypisch, sondern auch sein Stil, der nach Ländern, Berufen und Landschaften differenzierte und dabei zahlreiche Klischees bediente. Doch gleich, ob Stadtbewohner im Wald gleichsam blind werden („Wer nicht gewohnt ist, sich im Wald aufzuhalten, wer noch nie in einem Walde war, ist in der ersten Zeit des Aufenthaltes zwischen den Bäumen nicht nur der Beobachtungs-, sondern auch der Sehfähigkeit beraubt“⁷) oder Zivilisten die Militärs nicht unterscheiden können („Man muss also, wenn man zum Militär



Die so genannte „geometrische Identifikation“

1 „Dem Täter elektronisch auf der Spur. Adlershofer Gesellschaft zur Förderung angewandter Informatik e. V. entwickelte einheitliche Archivierung von Schuhspuren“, in: Adlershof Aktuell vom 30. 7. 2000, abrufbar unter http://www.adlershof.de/de/news/News_luID_IT_20000730_3429.html.

2 Carlo Ginzburg, Spurensicherung. Der Jäger entziffert die Fährte, Sherlock Holmes nimmt die Lupe, Freud liest Morelli – die Wissenschaft auf der Suche nach sich selbst, in: ders. (Hg.), Spurensicherungen. Über verborgene Geschichte, Kunst und soziales Gedächtnis, Berlin 1983, 61–96.

3 Hans Schneickert, Zur Psychologie der Zeugenaussagen, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 13 (1903), 193–211 (204).

4 Cuny, Ein Beispiel von optischer Täuschung eines Zeugen, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 3 (1900), 337; Hanns Gross, Augenzeugen, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 2 (1899), 340.

5 Schneickert (wie Anm 3), 193–211; Hans Leuss, Psychologisches zum Indizienbeweis, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 10 (1914), 367–371; Friedrich Boden, Die Psy-

chologie der Aussage, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 9 (1913), 668–693; Friedrich Schmidt, Zur Psychologie der Zeugenaussage, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 5 (1909), 321–324.

6 Boden (wie Anm 5), 672.

7 [nton] Oskar Klausmann, Zeugen-Prüfung, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 1 (1899), 39–60 (39).

kommt, aufs Neue sehen lernen [...]“⁸) und gar renommierte Wissenschaftler bei Ausländern an ihre Grenzen stoßen („Der Japaner, ein Arzt, besichtigte ein grosses städtisches Institut und wurde von dem Director desselben, einem Herrn, der täglich mit Hunderten von Menschen zu thun hatte, dem man also doch eine gewisse Unterscheidungsfähigkeit von Physiognomien und Personen zutrauen musste, als alter Bekannter begrüßt“⁹): Wahrnehmungsschwierigkeiten gibt es überall. Solange Polizeiapparat und Justizpersonal nicht ausreichend über das sehende Subjekt informiert sind, wissen sie gefährlich wenig über das von ihm Gesehene.

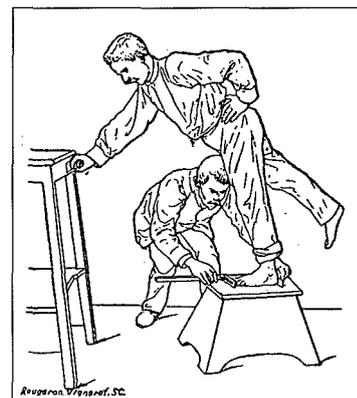
Konsequent schlugen die Autoren vor, die Zeugen nicht nur in der Verhandlung selbst, sondern auch in eigens eingerichteten „Prüfungszimmern“ zu testen. Nur auf diese Weise erfahre man verlässlich, wie gut sie Längen- und Zeitmaße schätzen können, wie exakt ihre Beobachtungsgabe ist und was sie wohl meinen, wenn sie davon reden, ein Ding sei „armstark“ oder „ein fürchterlich dicker Knüppel“ gewesen.¹⁰ Doch diese Ansätze der Verwissenschaftlichung stießen bei den Zeugenwahrnehmungen aus nahe liegenden Gründen schnell an ihre Grenzen. Aufwand und Ertrag der Bemühungen standen in keinem Verhältnis. Manche Auskünfte warfen mehr Fragen auf, als sie beantworteten.¹¹ Eigentlich sollte man jede Aussage aufschlüsseln nach den wissenschaftlichen „Objektkategorien“ Personen, Tiere, Sachen, Merkmale, Handlungen, Farben, Zahlen, Ortsbestimmungen und Zeitbestimmungen, bei denen – so die Zeitgenossen – mit abgestuften Zuverlässigkeiten zu rechnen war.¹² Die Sehnsucht nach „sicheren stummen Zeugen, die nicht lügen und täuschen“, blieb.¹³ Einen echten Ausweg aus diesem Labyrinth von Aussagen und Auskünften, um die Aussagen zu kontrollieren, versprachen schon im neunzehnten Jahrhundert bloß technische Innovationen, die in vielfältiger Weise aus den Naturwissenschaften importiert wurden.

Versprechungen I

Die Aufzählung dieser Ansätze der naturwissenschaftlichen Kriminalistik um 1900 liest sich aus heutiger Perspektive teilweise wie ein Thesaurus untergegangener Geheimwissenschaften: Identifiziert werden sollten die Individuen nicht nur mittels der fotografischen Platte¹⁴ und per Steckbrief, sondern auch durch „Jodogramme“¹⁵, „Photogrammetrie“¹⁶, „Bertillonage“, „Anthropometrie“, „Signalements“, „Spur-

photogramme“¹⁷ und das „portrait parlé“¹⁸. All diese Verfahren versprachen die Überwindung der Subjektivität der Zeugenaussage und den Eintritt in eine strahlende kriminalistische Zukunft, in der die Fortschritte der modernen Wissenschaften auch das Recht erreichen würden. Endlich könnte man die Standardisierungen, die offenkundig bei der Zeugenaussage an ihre Grenzen stießen, die aber ein Erfolgsrezept der industrialisierten Massengesellschaft zu werden versprachen,¹⁹ auch auf die Kriminalistik übertragen. In den Großstädten begann man bereits ab den 1840er Jahren mit der Verbrecherfotografie,²⁰ die die Delinquenten in standardisierten Posen (frontal, von der Seite) erfasste und dem Publikum als Steckbrief oder später in der wiederum standardisierten Form des Verbrecheralbums präsentiert wurde. Wie schade, dass die menschliche Netzhaut doch nicht selbst ihre Eindrücke zu konservieren vermochte; der bemerkenswerte Wissenschaftler, der behauptete, er könne „das auf der Netzhaut erschlagener Personen remanent gebliebene Bild des Thäters erkennbar [machen],“²¹ hatte sich leider bei der Prüfung vor der Akademie der Wissenschaften in Paris als Schwindler herausgestellt.

Einen der Fotografie vergleichbar präzisen Zugriff auf das delinquente Subjekt versprach ab 1879 Jahren nur die „Bertillonage“ bzw. das „Bertillonisieren“: Nach ihrem Erfinder, dem französischen Gelehrten und seit 1882



„Vornahme der Messungen“, anthropometrische Bertillonage

Chef des Identifizierungsinstitutes an der Polizeipräfektur in Paris Alphonse Bertillon benannt, knüpfte auch sie an der äußeren Erscheinung der Person an.²² In die Hände der Polizei gelangt, wurden die Glieder der Person mit Spezialinstrumenten mehr oder weniger exakt vermessen und die Ergebnisse der Messungen auf Karteikarten eingetragen.²³ Der Wunsch der Juristen nach „Vereinheitlichung der Wahrnehmungsbedingungen“²⁴, der schon bei der Kriminalfotografie Pate stand, wurde hier, im so genannten „anthropometrischen Si-

8 Klausmann (wie Anm 7), 47.
 9 Klausmann (wie Anm 7), 51.
 10 Klausmann (wie Anm 7), 50.
 11 Schneickert (wie Anm 3), 195.
 12 Boden (wie Anm 5), 677.
 13 So Edmund Locard, der Direktor des anthropometrischen Dienstes in Lyon, in seinem Werk „Die Kriminaluntersuchung und ihre wissenschaftlichen Methoden“, zit. nach Öffentliche Sicherheit, Das Magazin des [österreichischen] Innenministeriums, Nr. 4, April 1998.
 14 Susanne Regener, Fotografische Erfassung, München 1999.
 15 Robert Heindl, System und Praxis der Daktyloskopie und der sonstigen technischen Methoden der Kriminalpolizei, Berlin und Leipzig 1922, 60; ders., Die erste deutsche Arbeit über das Fingerabdruckverfahren als polizeiliches Identifizierungsmittel, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 85 (1929), 30–69 (31).
 16 Ernst Ziemke, Rezension von: Franz Eichberg, Die Photogrammetrie bei kriminalistischen Tatbe-

standsaufnahmen, 1911, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 9 (1913), 640.
 17 Erich Anuschat, Die Photographie von Fußspuren und ihre Verwertung für gerichtliche Zwecke, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 16 (1904), 73–106 (89).
 18 R. A. Reiß, Die wissenschaftlichen Methoden bei den gerichtlichen und polizeilichen Untersuchungen, übersetzt von H. Schlosser und H. Schneickert, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XXVIII (1908), 163–184 (178); zum ganzen Komplex siehe ferner: Peter Becker, Vom „Haltlosen“ zur „Bestie“. Das polizeiliche Bild des „Verbrechers“ im 19. Jahrhundert, in: Alf Lüdtke (Hg.), „Sicherheit“ und „Wohlfahrt“. Polizei, Gesellschaft und Herrschaft im 19. und 20. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1992, 97–132.
 19 Miloš Vec, Standardization takes command. Recht und Normierung in der Industriellen Revolution, in: Michael Kloepfer (Hg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung. Unter beson-

derer Berücksichtigung des Kommunikationsrechts, Berlin 2000, 45–55.
 20 Otto Woßidlo, Das Recht der polizeilichen Daktyloskopie und Photographie, (Diss. Erlangen) Hamm 1930, 2; Police Pictures. The photograph as evidence, San Francisco 1997, 18 ff; Regener (wie Anm 14), 33.
 21 Friedrich Paul, Beiträge zur Einführung des anthropometrischen Signalements, Berlin 1897, 4.
 22 Alphonse Bertillon, Das anthropometrische Signalement, 2. Auflage, Bern 1895.
 23 Reiß (wie Anm 18), 177–178.
 24 Annette Tietenberg, Ein Bild sagt mehr als tausend Worte. Vom Verbrecheralbum zum maschinenlesbaren Personalausweis, abrufbar unter: http://www.bway.net/~delucia/thoughts_german/7.html. Christoph Daxelmüller, Das Dilemma der „signalements“. Quellen zur vorindustriellen Sachkultur im Spiegel der Perzeptionsforschung, in: Volkskultur – Geschichte – Region, Festschrift Wolfgang Brückner, hg. von Dieter Harmening und Erich Wimmer, Würzburg 1990, 88–110 (104 f).

gnalement“, in exakte Ziffern umgesetzt. Der Behördenapparat konnte diese sammeln, austauschen, vergleichen. So konnte man leicht feststellen, ob ein Verdächtiger bereits einmal auffällig geworden war und man ihm seine Körpermaße abgenötigt hatte. Keine zwei Menschen, so versicherte Bertillon, würden auf der Welt nach ihrem zwanzigsten Lebensjahr die exakt gleichen Körpermaße aufweisen.

Anfangsteil:



1. - klein.



2. - mittel.



3. - gross.

Das war ein großartiges Versprechen. Die Identifikation wäre hundertprozentig, wenn Bertillons Verfahren von den Messenden nur exakt genug durchgeführt wurde. In der Tat begeisterten sich in der Folge die Behörden in zahlreichen Ländern für Bertillons Methode. Noch 1898 feierte man ungebrochen ihren „Siegeslauf“. Alle hatten sie: „die Schweiz, England, Belgien, Russland, Tunis, Indien, Japan, Ceylon, Argentinien, Montevideo, Brasilien, Mexiko, Illinois, Maryland, Michigan, Wisconsin, Massachusetts, in der Stadt New-York, Spanien, Norwegen, in der Berliner Polizei, in Chicago, in Holland, Rumänien, Hamburg, Dresden, Cincinnati, Ohio, Philadelphia, in Britisch-Indien und in einzelnen Städten Italiens“²⁵. Ihre Einfachheit war ihr Erfolgsrezept. Weitere Verbesserungen schadenen ihrem Erfolg nur, da dort, wo Einzelne eigentlich verbessern wollten, keine Vergleichbarkeit der Daten zwischen verschiedenen Behörden mehr möglich war.²⁶ Der gepriesene Internationalismus der modernen Kriminalistik wäre zunichte gemacht. Eine ideale anthropometrische Registratur war nicht nur für ihre Objekte streng normierend, sondern auch selbst streng normiert, was ihre eigenen Einteilungen anging.

Koexistenz und Konkurrenz der Ermittlungsmethoden

In der Tat wurden diverse Innovationen, die historisch der Bertillonage folgten, zunächst bloß als Ergänzungsmöglichkeiten zu ihr angesehen.²⁷ Bertillon selbst hoffte beispielsweise gar auf die vollständige Ersetzung der Fotografie durch die Bertillonage.²⁸ Bei näherer Betrachtung waren die Identifikationsleistungen der Kriminalfotografie nämlich nicht so unanzweifelbar wie erhofft. Die Zeitgenossen präsentierten irritierende

Bilderserien mit „verblüffender Ähnlichkeit nicht identischer Personen; [andere zeigten] wie sehr zwei Photographien derselben Person voneinander abweichen können.“²⁹

Ähnlich zurückhaltend waren teilweise auch die frühen Ansichten über die Daktyloskopie. Die Diskurse über die Personenidentifikation wägten daher die Vor- und Nachteile der verschiedenen Verfahren nüchtern gegeneinander ab und schilderten sie simultan. Zugleich entwarfen sie unbewusst oder bewusst Hierarchien der Methoden untereinander. 1892, 1893 und 1895 erschienen Francis Galtons maßgebliche Werke über den Fingerabdruck.³⁰ Noch um die Jahrhundertwende vertrat der k. k. Gerichtssekretär in Olmütz, Friedrich Paul, die Ansicht, die Daktyloskopie sei eine bloße Ergänzung der Bertillonage.³¹ Bertillon und seine Schule bezeichneten die Daktyloskopie bisweilen geringschätzig als „chinesische Methode“ und bestritten ausdrücklich ihre Massentauglichkeit.³² Auch der erste Professor für „Polizeiwissenschaft“ in der Schweiz (Lausanne), R. A. Reiß, widersprach noch 1908 in seiner Antrittsvorlesung den Stimmen, die forderten, das anthropometrische System vollständig durch das daktyloskopische zu ersetzen.³³ L. Tomellini, Professor an der Universität Genua und Assistent am Institut für Gerichtsmedizin,³⁴ meinte, „dass die Methode der Fingerabdrücke als Identifikationsmittel des Verbrechers (dactyloscopie) keine guten Resultate ergäbe, da die Form der Abdrücke an den verschiedenen Fingern eine zu ungleiche Frequenz darböte und daher die Schwierigkeit der Klassifikation zu groß wäre. Die Methode Bertillons sei vorzuziehen.“³⁵

Andere Autoren sahen die Bertillonage durchaus kritischer und listeten neben ihren Vorteilen auch die Nachteile auf. Bei ihnen konnte man lesen, dass sie wegen des fort dauernden Knochenwachstums eben erst prinzipiell ab dem 21. Lebensjahr anwendbar war. Bei anderen Personengruppen könne man nur schwer mit Messinstrumenten „manipulieren“ („verblödete Kinder“, „taubstumme Analphabeten“ oder „erwachsene Idioten“). Grenzen ergäben sich auch bei Leichen und bei Frauen (nämlich „wo keine weiblichen Messorgane zur Verfügung stehen“).³⁶ Ohnehin konnten nur Personenvergleiche angestellt werden. Eine verdächtige Person anhand einer Tatortspur zweifelsfrei zu identifizieren, das gelang mit der Bertillonage nicht.

Solche Probleme gab es mit der Daktyloskopie nicht. Institutionell eingeführt wurde sie überwiegend um die Jahrhundertwende. Die Polizeiapparate begannen, Fingerabdrücke zu sammeln und mit den neuen Abdrücken der Verdächtigen abzugleichen. Zugute kamen der Daktyloskopie die Erfahrungen, die man schon länger mit Fußspuren³⁷ gemacht

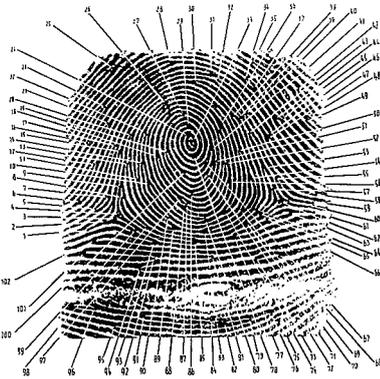
25 Ludwig Gruber, Die anthropometrischen Messungen. Ein Mittel zur Wiedererkennung rückfälliger Verbrecher, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XVIII (1898), 372–383 (372 f).
 26 So Hanns Gross in seiner Besprechung von J. G. Galton, The metric system of identification of criminals, as used in Great Britain and Ireland, London, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 10 (1903), 335–336.
 27 Paul (wie Anm 21), 39.
 28 Lilienthal, Besprechung von Alphonse Bertillon, Das anthropometrische Signalement, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XI (1890), 305.
 29 Sommer, Rezension von: Tomellini, Manuale di Polizia giudiziaria con 161 Incisioni ed una tavola, Milano 1912, in: Monatsschrift für Kriminalpsycho-

logie und Strafrechtsreform 9 (1913), 127; siehe auch die kritischen Bemerkungen von Hanns Gross, Beweis durch Fotografie, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 8 (1902), 110.
 30 Francis Galton, Finger Prints, London 1892; ders., Decipherment of blurred finger prints, London 1893; ders., Fingerprint directories, London 1895.
 31 Paul (wie Anm 21), 39; so auch [Arthur] v. Kirchenheim, Der kriminalpolizeiliche Erkennungsdienst, in: Der Gerichtssaal 53 (1897), 432–442 (433).
 32 Sury, Theorie des Signalements, in: Alphonse Bertillon (wie Anm 22), XXI–XXII; siehe ferner: Meerscheidt-Hüllessem, Die Erfolge der Bertillonage in Deutschland, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 3 (1900), 193–196.

33 Reiß (wie Anm 18), 180.
 34 So die Angaben von Sommer (wie Anm 29).
 35 Eugen Wilhelm, Zeitschriftenschau, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 7 (1911), 115.
 36 Camillo Windt, Ueber Daktyloskopie, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 12 (1903), 101–123 (121).
 37 Anton Prant, Über das Aufsuchen von Fußspuren und Händabdrücken und ihre Identifizierung, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 3 (1900), 1–12; Anuschat (wie Anm 17).

hatte und die gleichsam eine wissenschaftliche und institutionelle Anschlussstelle für die neue Methode boten. Schon bald kursierten Statistiken, die die überlegene Position der Daktyloskopie gegenüber der Bertillonage herausstrichen.³⁸

Die Erfolgszahlen wirkten auf die Zeitgenossen imponierend. Frühe Prophezeiungen einzelner Autoren, die Bertillonage würde bald durch die Daktyloskopie abgelöst werden,³⁹ bewahrheiteten sich in den Jahren nach 1900 erstaunlich rasch. Bald schien die Bertillonage nur noch ein „retardierendes Element“⁴⁰ in dem Ensemble moderner kriminalistischer Ermittlungsmethoden. Musterhaft spiegelt sich die Karriere der Daktyloskopie in Hanns Gross’



„Der Grundsatz der Einmaligkeit“

„Handbuch des Untersuchungsrichters“ wider. Zwischen der dritten (1899) und vierten (1904) Auflage erweitert sich nicht nur der ihr gewidmete Raum. Sie gewinnt auch eine Autonomie gegenüber anderen Verfahren. Rangierte sie 1899 bloß in einem Abschnitt, „Über Blutspuren“⁴¹ betitelt, so kam nun 1904 ein ganz neuer Punkt „Über Daktyloskopie“⁴² hinzu. Denn auch ihre Einsatzmöglichkeiten wurden zunehmend besser. Glaubte Gross sich anfangs vor allem auf die wenigen Spuren beschränkten zu müssen, die der Täter auffällig in Blut hinterlassen hatte, so verfeinerten sich die potentiellen Anknüpfungspunkte zusehends. Immer weniger sichtbare und auffällige Hinweise führten zum Täter,⁴³ der bald nicht einmal mehr etwas von den von ihm zurückgelassenen Spuren ahnte. Nicht von ungefähr prophezeite der k. k. Polizeirat Camillo Windt 1908, selbst Verfasser daktyloskopischer Schriften,⁴⁴ es sei für die „allernächste Zeit [. . .] ein Kampf auf Leben und Tod zwischen der Anthropometrie und der geschilderten Daktyloskopie zu gewärtigen [. . .].“⁴⁵

Dazu kam es aber nie. Die Anthropometrie, in der Praxis umständlich und unpräzise, verschwand vielmehr sang- und klanglos von der Bildfläche polizeilicher Ermittlungsarbeit und überließ das Feld der Daktyloskopie.

Versprechungen II

Die Versprechungen, die von den verschiedenen Methoden der naturwissenschaftlichen Kriminalistik ausgingen, waren sehr ähnlich. Schon bald übernahm die Daktyloskopie die selbstsichere Rhetorik der Bertillonage. Auch bei den Finger-

abdrücken, so hieß es nun, fände man nicht zwei Menschen auf der ganzen Welt, die die gleichen Papillarlinien hätten.⁴⁶ Auch die Papillarlinien würden durch das ganze Leben eines Menschen konstant bleiben.⁴⁷ Selbst wenn sie absichtlich oder zufällig beseitigt würden, wüchsen sie mit demselben Muster nach.⁴⁸ Sogar wenn ein oder mehrere Finger fehlten, könnte man den Abdruck in das System einreihen.⁴⁹

Der individuellen, unverwechselbaren Ausbildung der Körperteile bei Bertillon entsprach somit die individuelle Ausbildung der Papillarlinien bei Galton. Auch international kompatibel könne das System werden; erforderlich sei bloß eine Einigung auf internationalen Konferenzen.⁵⁰ (Diese hatte die Bertillonage übrigens nie zustande gebracht). Die Aufnahme der Fingerabdrücke sei einfach, schnell und bedürfe keiner besonderen Vorrichtungen; als Handwerkszeug genügten eine Zinkplatte, eine Kautschukwalze und eine Tube Druckschwärze.⁵¹ Die verheißene „Vervollkommung der Erkenntnismittel“ seit 1879, dank Bertillon das „Geburtsjahr der modernen Kriminaltechnik“⁵², setzte sich somit ungebrochen fort, nur dass sie auf einen neuen Träger übergegangen war.

Repräsentationen

Ihre angemessene administrative Form fand die Daktyloskopie wie auch schon die Bertillonage zuvor in der Registratur, die wie immer⁵³ mehr war als nur ein schriftliches Gedächtnis

i oo								
iii	iim	iio	imi	imm	imo	ioi	iom	ioo
i oo								
mii	mim	mio	mmi	mmm	mmo	moi	mom	mo o
i oo								
oii	oim	oio	omi	omm	omo	ooi	oom	ooo

Verformelung der Daktyloskopie

der Verwaltung. Die Registratur war streng unterteilt. Je nach Zahl der Kategorien gelangten die Erfassungsmethoden zu mehr oder minder ausladenden Systemen. Bei einer sechsfachen Unterteilung hatte die Bertillonage zu Fächerschränken mit 729 Einteilungen geführt, bei einer siebenfachen (wie in Berlin) stand man schon vor einem Schrank mit 13.122 Fächern.⁵⁴

Auch die Fingerabdruckkarten wurden klassifiziert, um sie in daktyloskopische Registraturen einordnen zu können.⁵⁵ Man untersuchte Bögen, Schlingen, Wirbel und zu-

38 Camillo Windt, Die Wirkung der Daktyloskopie, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 16 (1904), 190.
 39 Paul Näcke, Kunst und Daktyloskopie, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 14 (1904), 359; Hanns Gross, 1908, 458, zit. nach Michael Lindenberg, Siegeszug der Winzigkeit: Die Fingerschau der Polizei, in: Trutz von Trotha (Hg.), Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse. Beiträge zur interdisziplinären wissenschaftlichen Kriminologie. Festschrift für Fritz Sack zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1996, 283–298 (295).
 40 Robert Heindl, Die erste deutsche Arbeit über das Fingerabdruckverfahren als polizeiliches Identifizierungsmittel, in: Archiv für Kriminal-

Anthropologie und Kriminalistik 85 (1929), 30–69 (54).
 41 Hanns Gross, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 3. Auflage, Graz 1899, 526–535.
 42 Hanns Gross, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 4. Auflage, München 1904, 278–283.
 43 Friedrich Paul, Sichtbarmachen latenter Finger- und Fussabdrücke, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 12 (1903), 124–129.
 44 Camillo Windt und Sigmund Kodiček, Daktyloskopie. Verwertung von Fingerabdrücken zu Identifizierungszwecken. Lehrbuch zum Selbstunterricht für Richter, Polizeiangestellte, Strafanstaltsbeamte, Gendarmen etc., Wien 1904.

45 Windt (wie Anm 36), 123.
 46 Reiß (wie Anm 18), 180.
 47 Windt (wie Anm 36), 107.
 48 Windt (wie Anm 36), 108.
 49 Windt (wie Anm 36), 117.
 50 Reiß (wie Anm 18), 180.
 51 Windt (wie Anm 36), 120.
 52 Löwenstein, Körpermessung und Fingerabdruckverfahren, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 9 (1913), 57.
 53 Cornelia Vismann, Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt am Main 2000.
 54 Michael Lindenberg (wie Anm 39), 285 f.
 55 Gustav Roscher, Die daktyloskopische Registratur, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 17 (1904), 129–141.

sammengesetzte Muster und sortierte nach ihnen. Schließlich bekam die einzelne Karte ihren Ort in der groß angelegten daktyloskopischen Karten-Registrierung arithmetisch zugewiesen.⁵⁶ Grundlage war also die „Verformelung“⁵⁷ des Fingerabdrucks: Die Spur des Täters löste sich in Arithmetik auf.

Man sollte den ästhetischen Reiz dieser Versprechungen einer unerschütterlichen Exaktheit nicht unterschätzen. Schon die Zeitgenossen stellten bisweilen erstaunt fest, mit welcher „kategorischen Autorität“ die Lehrbücher Regeln und Anordnungen aufstellten, aber „fast nie Gründe für sie angeben“⁵⁸: Der Reiz lag eben in der Sache selbst. Die „Kodierung anatomischer Parameter“⁵⁹ in arithmetischen Ordnungen suggerierte Wissenschaftlichkeit und Klarheit, auch wenn die Verhältnisse im Übrigen unübersichtlich waren. Das krumme Holz menschlicher Individualität wurde durch die „Zerlegung des Menschen in vergleichbare Daten“⁶⁰ begradigt. Über die Unwägbarkeiten sinnlicher Wahrnehmung siegte der Positivismus der Naturwissenschaften eben auch ästhetisch. Das Recht in seiner Suche nach der Wahrheit profitierte von diesen Zulieferungen.

Schöne Aussichten

Die Stimmung in der Kriminalistik blieb also auch nach dem Übergang auf ein neues Identifizierungsverfahren optimistisch; ja sie verbesserte sich noch. Wie schon die Bertillonage litt auch die Daktyloskopie weitaus weniger unter Kritik und Selbstzweifeln als die parallelen, älteren Verfahren, die nicht naturwissenschaftlich begründet waren. Könnte man dies



Das Labyrinth Sherlock Holmes

besser illustrieren als durch die Tatsache, dass die zeitgenössischen Kriminalisten Arthur Conan Doyle lasen und in ihren wissenschaftlichen Publikationen seine Romanfigur Sherlock Holmes zitierten?⁶¹ Dessen schier unbegrenzte Kombinationsgabe und Zeichenlesekunst war ihnen Vorbild und Metapher für ihre eigenen tatsächlichen Fähigkeiten. Nicht von ungefähr thematisierten sie die Leistungsgrenzen der modernen Verfahren

kaum. So sie von Schwierigkeiten sprachen, kam schnell der Verweis auf einfache Lösungen und leichte Abhilfe, etwa durch weitere Bürokratisierung und Professionalisierung. Mögliche Einwände taten die Autoren leichthin ab: Mit etwas Übung, hieß es, verzähle man sich eben nicht⁶² (bei den Pa-

pillarlinien). Dass der Apparat und seine Funktionäre auch subjektive Interessen haben könnten, kam in diesen Diskursen mit ihrem selbstsicheren Wahrheitsethos nicht vor.

Erst recht vervielfachte sich das Selbstbewusstsein, wenn die Autoren die neuen Techniken miteinander kombinierten: Fotografie und Daktyloskopie,⁶³ Chemie und Fotografie,⁶⁴ moderne Gerichtsmedizin und Chemie!⁶⁵ Nicht zu reden von Mikroskopie, Röntgenologie!⁶⁶ Die Welt mutierte unter dem Blick des modernen Kriminalisten von einer nur scheinbaren Unübersichtlichkeit in eine Ordnung von bestechender Eindeutigkeit. Mag sein, dass die Spuren bald zerfallen würden oder der Regen sie wegspülen könnte; nun konnte man sie fixieren, in Gips oder auf der fotografischen Platte;⁶⁷ ein Blick des idealen Kriminalisten auf die Spur genügte und er wüsste: „Es ist ein Mord verübt worden, und der Mörder ist ein Mann. Er ist über sechs Fuß groß, im besten Alter, hat für seine Größe kleine Füße, trägt grobe Stiefel, die vorn viereckig enden, und hat eine Trichnopoly-Zigarre geraucht [. . .]. Höchstwahrscheinlich hat der Mörder ein blühendes Aussehen, und die Fingernägel seiner rechten Hand sind bemerkenswert lang.“⁶⁸ Es geht alles so schön auf!

Unsichtbares

In diesen Diskursen, die so optimistisch das Unsichtbare sichtbar werden ließen, indem sie Spuren entzifferten und sich dabei der modernen Wissenschaften bedienten, gibt es natürlich auch unterbelichtete Aspekte. Ein erstaunlich wenig thematisierter Punkt betrifft die Reichweite der anthropometrischen und daktyloskopischen Verfahren. Ihre Identifikationschance lag im Vergleich zweier vorhandener Spuren, und sie gleicht damit dem DNA-Fingerabdruck: Entweder bringt der Kriminalist eine Tatspur und eine Täterspur zusammen oder er bringt Taten miteinander in Verbindung, die bislang nicht miteinander zu stehen schienen (sog. Spur-Spur-Treffer) Doch woher kamen die Daten eigentlich? Der Beamte hatte Spuren am Tatort gefunden oder hatte eine Person vor sich. Nötig war also eine zweite Spur, und an ihr mangelte es zumeist. Konsequenterweise erscheint die Anthropometrie denn auch bisweilen bloß als „Mittel zur Wiedererkennung rückfälliger Verbrecher“ (so der Untertitel mehrerer Aufsätze⁶⁹); denn hier bestand ein Datensatz, den man der Person schon früher abgenötigt hatte (und zwar ohne juristische Bedenken). Die Hoffnungen, die Datenbasis zu verbreitern,⁷⁰ waren eher zurückhaltend, was die Ausweitung des Fundus auf andere gesellschaftliche Schichten betraf. Die Instrumente zur Aufspürung der Verbrecher rekrutierten Daten bloß in diesem Milieu selbst:

„Wenn einmal decretiert sein wird, dass alle Verbrecher gewisser Kategorien, die in Strafanstalten, Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten interniert sind, Fingerabdrücke geben müssen, dann wird es nicht nur möglich sein, einen in Gewahrsam der Behörde befindlichen Verbrecher, der über seinen Namen und sein Vorleben nichts

56 Windt (wie Anm 36), 108.
 57 Lindenber (wie Anm 39), 293.
 58 Roscher (wie Anm 55), 129 f.
 59 Lindenber (wie Anm 39), 285.
 60 Tietenber (wie Anm 24).
 61 Reiß (wie Anm 18), 69.
 62 Roscher (wie Anm 55), 140.
 63 Paul Nücke, Ein Triumph der Daktyloskopie, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 14 (1904), 362.

64 [Ludwig] Loock, Chemie und Photographie bei Kriminalforschungen, Düsseldorf 1910.
 65 M[ax] Dennstedt, Die Chemie in der Rechtspflege, Leipzig 1910.
 66 Levinsohn, Beiträge zur Feststellung der Identität, in: Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 2 (1899), 211–220 (213).
 67 Anuschat (wie Anm 17), 74.
 68 Arthur Conan Doyle, Eine Studie in Scharlachrot [1887], Zürich 1984, zit. nach Peter Becker, Die Rezeption der Physiologie in Kriminalistik und Kri-

minologie: Variationen über Norm und Ausgrenzung, in: Philipp Sarasin und Jakob Tanner (Hg.), Physiologie und industrielle Gesellschaft, Frankfurt am Main 1998, 458.
 69 Gruber (wie Anm 25), 372–383; G. Buschan, Das Signalement *anthropométrique* zur Wiedererkennung rückfälliger Verbrecher (Bertillonage), in: Archiv für Strafrecht 44 (1896), 27–33.
 70 Gross (wie Anm 42), 278; „[. . .] die gesamte männliche Bevölkerung über 20 Jahre [. . .].“

aussagen will, sofort zu erkennen, sondern es wird auch vielleicht das eine oder anderemal einem geschulten seine kleine, aus etwa 20.000 Karten bestehende daktyloskopische Registratur bequem mit sich führende Daktyloskopen möglich sein, wenn er der Thatbestandsaufnahme bei einem Mord, einem Bombenattentat, einem Casseneinbruch usw. beigezogen wird, sogleich zu sagen: Dieses Fenster, dieses Fensterbrett, diesen Tisch, diese Brieftasche hat er durchstöbert, diese für ihn unverwerthbare Papier hat er weggeworfen.“⁷¹

Identifikation war nur als Wiedererkennung möglich. Man musste ein älteres Register, eine Sammlung, eine Datenbank haben. Ein Abgleich mit einem Bestand ist nur möglich, wo ein Bestand vorhanden ist. Man könnte ihn anlegen durch Zugriff auf die leicht verfügbaren Personen. An eine „Volksdaktyloskopie“ dachte seinerzeit niemand. Die genannten Insassen der Strafanstalten, Zwangsarbeits- und Besserungsanstalten,⁷² also „das gewohnheits- und gewerbsmäßige Verbrechertum“⁷³ und Vagabunden⁷⁴ boten einen noch nicht ausgeschöpften Fundus. So lauteten die Hoffnungen, und sie bezogen sich nur auf Wiedererkennung des vormals Devianten.

Gegenwart

Derzeit ist es die DNA-Analyse, die den Kriminalisten einen neuen, erheblichen Fortschritt verspricht.⁷⁵ Die Kriminalisten ihrerseits versprechen Staat und Gesellschaft über die neuen Identifizierungsverfahren einen erheblichen Gewinn an innerer Sicherheit. Die Entwicklungslinien der naturwissenschaftlichen Kriminalistik des späten neunzehnten Jahrhunderts setzen sich dabei in ihren Grundzügen fort. Das neue, aus den exakten Wissenschaften importierte Verfahren verspricht absolut verlässliche Identifikationsmöglichkeiten. Sie übersteigen die Selektionsziffern der bisher angewendeten: Beim genetischen Fingerabdruck führt eine Spur zu einem unter 100 Milliarden Menschen⁷⁶ und bald (mit neueren Verfahren) womöglich zu einer unter 183 Billionen.⁷⁷ Es gibt nicht zwei gleiche genetische Fingerabdrücke (oder doch: jene von eineiigen Zwillingen). Wiederum ist die Spur geschrumpft, die auf den Täter verweist; nun genügt eine Haarschuppe, ein Hautpartikel. Der Täter kann ihr Hinterlassen kaum noch vermeiden, und sie wird ihn sofort verraten. Der Beweis erfolgt nun aus Sicht der Beweisenden „jenseits jeglichen Zweifels“.⁷⁸ Ein Missbrauch der Spuren sei durch die strikte Trennung von Ermittlern und Laborbediensteten ausgeschlossen.⁷⁹ Das Verfahren sei so sicher, schreiben manche Journalisten, dass sich der Täter gleich nach der Tatbegehung am Tatort niederlassen und auf die Polizei warten kann. Erwischt wird er sowieso.

Wenn man denn nur genug Vergleichsmaterial hätte. Die üppigsten Hinterlassenschaften nutzen nichts, wenn sie sich nicht potentiell einordnen lassen. Doch der Fundus der Kri-

minialisten ist beschränkt. Wegen des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“⁸⁰ muss jeder Mensch prinzipiell Herr seiner eigenen genetischen Daten bleiben. Umfangreiche Datenbanken sind unter diesen Bedingungen schwer aufzubauen, vollständig werden sie nie sein. Fordern darf man den DNA-Fingerabdruck de lege lata in den meisten Ländern nur von bestimmten Straftätern und bestimmten Tatverdächtigen.⁸¹ Als Einfalltor in diesen numerus clausus der Zulieferer bleibt derzeit nur die freiwillig abgegebene Probe. Wobei der juristische Begriff von „Freiwilligkeit“ nicht unbedingt mit dem alltagssprachlichen übereinstimmen muss (erstaunlich viele Strafgefangene geben freiwillig ihren DNA-Fingerabdruck den Behörden).

Wirklich gelöst wäre das Identifizierungsproblem erst mit großen, nationalen DNA-Datenbanken, die alle Menschen erfassen. Und nicht nur, wie bisher fallweise gefordert, alle Strafgefangenen, alle Soldaten,⁸² alle Einreisenden, alle Männer im Landkreis, alle Ortsbewohner. In 15 bis 20 Jahren mag es damit so weit sein, darin stimmen die Befürworter und Gegner überein, so sehr sie in der Bewertung sonst auch differieren.

Dr. Miloš Vec ist Leiter der Selbständigen wissenschaftlichen Nachwuchsgruppe der Max-Planck-Gesellschaft „Recht in der Industriellen Revolution“ am MPI für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main (Projekt-Homepage: www.mpijfr.uni-frankfurt.de/vec/).

Abbildungsnachweise

Abb. S. 89 aus: Hanns Gross, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 4. Auflage, München 1904, Band 1, S. 284.

Abb. S. 90: Frontispiz zu: Alphons Bertillon, Das anthropometrische Signalement, 2. Auflage, Bern 1895, Abb. Nr. 7: „Linker Fuss“.

Abb. S. 91 aus: Alphons Bertillon, Das anthropometrische Signalement, 2. Auflage, Bern 1895, Tafel 52.

Abb. S. 92, linke Spalte, aus: Helmut Prante, Die Personenerkennung, Teil I: Daktyloskopie gestern – heute – morgen. Bestandsaufnahme und Standortbestimmung, herausgegeben vom Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1982, S. 39.

Abb. S. 92, rechte Spalte, aus: Camillo Windt und Sigmund Kodicek, Daktyloskopie. Verwertung von Fingerabdrücken zu Identifizierungszwecken. Lehrbuch zum Selbstunterricht für Richter, Polizeiorgane, Strafanstaltsbeamte, Gendarmen etc., Wien 1904, S. 59.

Abb. S. 93 aus: Carlo Ginzburg, Spurensicherung. Der Jäger entziffert die Fährte, Sherlock Holmes nimmt die Lupe, Freud liest Morelli – die Wissenschaft auf der Suche nach sich selbst, in: ders. (Hg.), Spurensicherungen. Über verborgene Geschichte, Kunst und soziales Gedächtnis, Berlin 1983, S. 92.

71 Windt (wie Anm 36), 122.

72 Windt (wie Anm 36), 122.

73 V. Kirchenheim (wie Anm 31), 441.

74 Edmond Loncard, La découverte des criminels par l'unique moyen des empreintes digitales, zit. nach Eugen Wilhelm, Zeitschriftenschau, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 10 (1914), 56.

75 Miloš Vec, „Der beste Detektiv der Welt. Fahndungssache DNA: Europas Kriminalisten im Genrausch“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Feuilleton, vom 8. Februar 2001, 51.

76 So das BKA über seine DNA-Analyse-Datei, Angabe nach Jürgen Zeiger.

77 Nicole Szlezák, „Genauere DNS-Analysen entlarven Täter“, in: Die Welt vom 18. Mai 2000.

78 So Christian Bosse, Leiter des Sachgebietes 433 („Biologie/DNA“) beim LKA Schleswig-Holstein, zitiert nach Kieler Nachrichten vom 3. Januar 2001, „DNA-Analyse liefert der Kripo eindeutige Beweise“.

79 Gerhard Brenner, DNA-Datenbank, in: Öffentliche Sicherheit, Das Magazin des [österreichischen] Innenministeriums, Oktober 1997.

80 Entscheidung des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983 (BVerfGE 65, S. 1 ff, 48).

81 In Deutschland geregelt durch das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 7. September 1998 (BGBl.1998 Teil 1 Nr. 61), in Österreich durch §§ 64, 67, 96 Abs 3 SPG bzw 132 Abs 4 StVG.

82 Nicole Szlezák, „Perfekte Verbrechen wird es kaum mehr geben. Der genetische Fingerabdruck kann Täter überführen – Etwas Speichel oder Schweiß sind ausreichend“, in: Die Welt vom 13. November 1998.

1. Zur Kultur der Etrusker: Urteile und Vorurteile

Beinahe alle Touristen und Kulturreisenden, die die Toskana besuchen, machen den einen oder anderen Abstecher zu den Überresten von Tuffstein, aus dem die Etrusker ihre Städte und Nekropolen erbauten. Und nahezu alle dieser Besucher etruskischer Stätten wie Cerveteri, Tarquinia, Vulci, Veio, Volterra, Arezzo und Pyrgi werden geleitet von einer großen Neugier auf das „Rätsel der Etrusker“, den „Mythos der Etrusker“, die „Verschiedenheit der Etrusker“ oder das „geheimnisumwitterte Volk“¹. Es sind dies Slogans, die auf einem Urteil über die etruskische Kultur beruhen, wie es die Forschung des 18. Jhs. in lebhafter Weise geprägt hat². Zum größten Teil wurde inzwischen eine strikte Absage an die übersteigerten Vorstellungen des 18. Jhs. erteilt, an die fantasiereichen Aussagen und letztlich auch an die heute noch aktuellen Slogans: Übertriebene Spekulationen!³ Ein gerechtes Urteil, zweifellos, wenn wir bedenken, dass schließlich die Entstehung eines jeden Volkes Geheimnisse birgt und dass jedes Volk seine Eigenständigkeit in kulturellen Charakteristika enthüllt, die es von anderen Zivilisationen unterscheiden. Aber für die Etrusker stellen sich die Dinge tatsächlich anders dar. Das muss vor allem in Hinblick darauf betont werden, dass ihre „Andersartigkeit“ schon in der Antike wahrgenommen wurde und in den Augen ihrer Zeitgenossen so beachtlich war, dass diese nicht umhin konnten, darüber zu berichten⁴. Ein klares Beispiel finden wir bei Dionysios von Halikarnass, einem intellektuellen Griechen, der während der augusteischen Zeit viele Jahre Erfahrungen in Rom sammeln konnte. Im ersten Buch seiner *Römischen Altertumskunde* beschreibt er die Etrusker als „ein sehr altes Volk, das keinem anderen gleich, weder in Sprache noch in Sitten und Gebräuchen“⁵. Dionysios bewunderte die Etrusker, er schrieb sogar, dass er eine Abhandlung über sie verfassen wollte⁶. Im Urteil des Dionysios, auch wenn dieses knapp formuliert ist, sickert das Interesse und das Unbehagen durch, das er und seine Vorgänger in der Auseinandersetzung mit der etruskischen Kultur empfanden. Oft äußerte sich diese Unbehaglichkeit der Zeitgenossen in negativen Beobachtungen, in bisiger Kritik, in Urteilen, die schließlich in Vorurteilen mündeten. Sprichwörtlich war beispielsweise die Grausamkeit der Etrusker, vor allem die der Piraterie: Die antiken Quellen berichten von „unsäglichen Gemetzeln und entsetzlichen Taten“ der Etrusker gegen ihre Feinde, Gefangene und Verurteilte, von Steinigungen, von Kannibalismus, Menschenopfern und grausamen Torturen, wie sie etwa in Caere stattfanden, wo Leichname an Lebende gebunden wurden „Hände an Hände, Münder an Münder. Diese neue Art der Marter tötete die von

Blut und Verwesung triefenden Opfer der grausamen Umarbung in einem langsamen Tod“⁷. In erster Linie aber fand die Skandalisierung und Missbilligung im gesellschaftlichen Verhalten der Etrusker ihre Ursache. Berühmt war die exzessive Freizügigkeit – sowohl der Männer und Frauen als auch der Kinder – insbesondere im sexuellen Umgang. Im 4. Jh. v. Chr. wird berichtet, dass die etruskischen Frauen von außergewöhnlicher Schönheit und „allen Männern gemeinsam“ waren. Sie trieben Gymnastik, oft zusammen mit den Männern, und schämten sich nicht, sich unbekleidet zu zeigen. Sie nahmen an der Seite der Männer an den Banketten teil, tranken Wein wie diese und vereinigten sich mit denen, die sie zufällig antrafen; was bedeutete, dass die Vaterschaft der Kinder nicht festzustellen war. Die Kinder selbst verbrachten auch die

Auf den Spuren des etruskischen Rechts

Loredana Cappelletti

meiste Zeit mit Trinkgelagen und hatten mit den Frauen sexuellen Umgang. Die Männer tändelten und verkehrten vor aller Augen mit Ehefrauen, Kurtisanen und schönen Knaben⁸. Zu diesem Streben nach Lustgewinn gesellte sich die Liebe zum hemmungslosen Luxus: Die Etrusker trugen wertvolle Kleidung, speisten teure Gerichte, deckten ihre Tafeln mit Silbergeschirr und wurden von einer großen Anzahl von Sklaven bedient. Sogar die Sklaven schmückten sich mit prächtigen Gewändern; sie waren glanzvoller gekleidet, als es ihrem Stand entsprach. Auch besaßen sie Wohnungen und Häuser aller Art (Läden, Stadt- und Landhäuser), gleich denen der Bürger⁹.

Hier drängt sich die Frage auf, welche Wahrheit sich wohl hinter all diesen Urteilen und Vorurteilen verbirgt. Darüber, dass die Etrusker eine Sprache hatten, die sich vom Lateinischen, vom Griechischen und von allen anderen damals bekannten Sprachen unterschied, besteht kein Zweifel mehr¹⁰: Wir besitzen heute ein *corpus* von circa 11.000 etruskischen Inschriften, von denen nur wenige Texte und Sätze entschlüsselt werden konnten¹¹. Für die sprachliche Isolierung der Etrusker wurden in der Antike zwei Erklärungen geboten: Entweder waren die Etrusker die ersten und ältesten Einwohner Italiens oder aber sie waren aus entfernt gelege-

1 Vgl. z. B. J. Heurgon, *La vie quotidienne chez les Étrusques*, Paris 1961, 4–14.

2 S. dazu G. Cipriani, *Il mito etrusco nel Rinascimento fiorentino*, Firenze 1980 u. M. Cristofani, *La scoperta degli Etruschi. Archeologia e antiquaria nel '700*, Roma 1983.

3 Zur s. g. „Etruscheria“ bzw. „Etruskomanie“ s. vor allem M. Pallottino, *Etruscologia*, Milano 1984⁷, 10–24.

4 S. darüber D. Briquel, *Les Étrusques peuple de la différence*, Paris 1993.

5 Dion. Hal. I, 30, 1.

6 Dion. Hal. I, 30, 4.

7 Vergil *Aen.* VIII, 478–488; vgl. noch Arist. *Protr.*

fr. 60 Rose; Her. I, 167; Hyg. *Fabul.* 274, 20; Tzetzes, *Histor. Var. Chiliades*, VIII, 889–892.

8 So z. B. Theopompos von Chios bei Athenaios *Deipn.* XII, 517d – 518b, dazu A. Rallo, *Le donne in Etruria*, Roma 1989, mit weiteren Quellen; vgl. noch L. Bonfante (Hrsg.), *Etruscan Life and Afterlife*, Detroit 1986, M. Nielsen, *Etruscan Women: a cross-cultural Perspective*, in *Proceedings of the First Nordic Symposium on Women's Lives in Antiquity*, Göteborg 1998, 69–84.

9 S. z. B. Poseidonios bei Diodor V, 40, 3, dazu F.-H. Massa-Pairault, *La struttura sociale e la questione dei servi*, in: M. Torelli (Hrsg.), *Gli Etruschi*, Milano 2000, 255–271 mit weiteren Belegen.

10 Eines steht fest: Das Etruskische ist keine indogermanische Sprache, s. dazu z. B. M. Cristofani, *Introduzione allo studio dell'etrusco*, Firenze 1973 und L. Agostiniani, *Contribution à l'étude de l'épigraphie et de la linguistique Etrusques*, Lallies 11(1992), 37–74.

11 Zum Stand unserer etruskischen Sprachkenntnisse s. A. Zavaroni, *I documenti etruschi*, Reggio Emilia 1996 und G. M. Facchetti, *L'enigma svelato della lingua etrusca. La chiave per penetrare nei segreti di una civiltà avvolta per secoli nel mistero*, Roma 2000.

nen Gebieten – etwa dem Orient – nach Italien gelangt¹². Viele Jahrhunderte später ist der Ursprung der Etrusker auch heute noch unbekannt und die Gelehrten diskutieren nach wie vor über die Wertigkeit der einen oder der anderen alten Theorie¹³. Was die etruskische Gesellschaft anbelangt, ist zu berücksichtigen, dass sie eine Kultur widerspiegelte, die seit dem 8. Jh. v. Chr. die erste große Kultur Altitaliens war – zu entwickelt, liberal und erhaben, um von den griechischen und römischen Zeitgenossen verstanden zu werden¹⁴. Die Erhabenheit der Etrusker vertrug sich gut mit dem Reichtum, den sie vorwiegend aus dem maritimen Handel und der Piraterie zogen¹⁵. Es mag den griechischen Rivalen daher daran gelegen sein, die Repräsentanten der größten Seemacht des Mittelmeerraumes der Grausamkeit anzuklagen.



Abb. 1

Die antiken griechischen und römischen Autoren beschränkten sich glücklicherweise nicht auf die Beschreibung von Folter, Gelagen und sexuellen Bräuchen des etruskischen Volkes. Die politische Geschichte der Etrusker, ihre Religion, ihre Kunst, ihre Kultur und ihr Recht fanden das gleiche, wenn nicht sogar das größere Interesse. Und dieses Interesse bestand zweifellos vor allem deswegen, weil die Etrusker ab einem gewissen Zeitpunkt ihrer Entwicklung ihre Geschichte mit der von Rom zu verbinden wussten. Diese waren daher für die nachfolgenden Generationen nicht irgendeines der zahlreichen Völker der Apenninhalbinsel, sondern das Volk, welches im 7. und 6. Jh. v. Chr. Rom die Könige und die wichtigsten Kennzeichen seiner Kultur gab. Das gilt vor allem auch für die Rechtsordnung, mit der wir uns hier im Besonderen beschäftigen. Denn wir werden sehen, welche Bedeutung die antiken Autoren dem Einfluss der Etrusker auf die Geschichte des römischen Rechts und seiner Institutionen zuschrieben. Nachdem wir so die Spuren des etruski-

schen Rechts in der römischen Welt aufgespürt haben, werden wir uns in einem kurzen Überblick den Institutionen und der staatlichen Organisation der Etrusker selbst zuwenden.

2. Etruskisches im römischen Staat

Nach antiker literarischer Tradition haben die Römer von den Etruskern die äußeren Attribute der königlichen und amtlichen Macht übernommen. Dasselbe gilt für die spezifische Form der Repräsentation dieser Macht in öffentlichen Zeremonien. Der goldene Kranz, der Stuhl mit Elfenbeineinlagen, das mit einem Adler bekrönte Szepter, die Tunika und der Purpurmantel waren im Ursprung etruskische Königsinsignien, welche von Rom übernommen wurden und auch während der Republik noch als Insignien der Beamten im Gebrauch blieben¹⁶. Der etruskische Stuhl mit Elfenbeineinlagen ist nichts anderes als der römische Klappstuhl mit dem Namen *sella curulis*. Der Begriff *cur(r)ulis* leitet sich vom Wort *currus* ab, welches ursprünglich den Kampfswagen bezeichnete, auf welchem der Elfenbeinstuhl des etruskischen Königs stand¹⁷. Dieser Klappstuhl findet sich schon in archaischer Zeit auf zahlreichen etruskischen Monumenten abgebildet (Abb. 1) und in einem Grab der Nekropole von Quinto Fiorentino (Prov. Florenz) wurde sogar ein Fragment dieses Stuhls aus Elfenbein und Eisen gefunden, welches aus dem 7. Jh. v. Chr. stammt¹⁸. Nach der Einführung der *sella curulis* durch die Römer wurde der Elfenbeinstuhl Amtsinsignie einer bestimmten Kategorie von Beamten (z. B. Diktator, Konsuln, Prätores), die auch als „kurulische Beamte“ (*curules magistratus*) bezeichnet wurden¹⁹. Der goldene Kranz, die *tunica palmata* und die *toga picta* der Etrusker hingegen wurden von dem römischen Beamten getragen, der nach einem großen Sieg im Ausland nach Rom zurückkehrte, begleitet vom Jubel der ganzen Stadt in der feierlichen Zeremonie des Triumphes²⁰. Der Triumph selbst ist übrigens auch etruskischen Ursprungs, ebenso wie der Brauch, den Triumphator auf der Quadriga in großem Gefolge mit Musikern (Pausanenbläsern, Kitharisten, Flötenspielern) und Liktores zu begleiten²¹. Die Liktores waren eine spezielle Form von Funktionären, welche im republikanischen Rom die höchsten Beamten in der Öffentlichkeit eskortierten. Dem Diktator standen 24 Liktores zu, dem Konsul und Prokonsul 12, dem Prätor 6. Jeder der Liktores trug ein Rutenbündel (*fascis*), welches aus einer Reihe von Ruten und einer Axt bestand, die durch ein rotes Band zusammengeschnürt waren. Mit dem Rutenbündel führten die Liktores die Strafen aus, welche die von ihnen eskortierten Magistrate anordneten: Mit den Ruten züchtigten sie Übeltäter (*verberatio*), während sie die Axt dazu benutzten, Todesurteile durch Enthauptung zu vollstrecken (*securi*

12 Quellenangaben und kritische Diskussion bei D. Briel, *Les Tyrrhènes, peuple des tours, l'autochtonie des Etrusques chez Denys d'Halicarnasse*, Rome 1993.

13 S. z. B. C. De Simone, *I Tirreni a Lemnos. Evidenza linguistica e tradizioni storiche*, Firenze 1996; für alternative Ansätze s. R. Dewes, *Herodotus, I, 94, the Draught of 1200 B. C. and the Origins of the Etruscans*, *Historia* 41(1992), 14–39 und M. Malzahn, *Das lemnische Alphabet: eine eigenständige Entwicklung*, *Studi Etruschi* 63(1999), 259–279.

14 S. D. Musti, *L'immagine degli Etruschi nella storiografia antica*, in: *Atti del II Congresso Internazionale Etrusco*, Firenze 1985, Roma 1989, 19–39.

15 Zu den Etruskern als Seeleuten und Seeräubern s. z. B. Diodor XVI 82, 3; Strabon VI 1, 5 u. 2, 2,

dazu M. Gras, *Trafics tyrrhéniens archaïques*, Rome 1985.

16 Dion. Hal. Ant. III, 61, 1, Diod. Sic. V, 40, 1, dazu R. Lambrechts, *Essai sur les magistratures des républiques étrusques*, Bruxelles – Rome 1959, 29–32 mit weiteren Quellen; vgl. auch noch A. Alföldi, *Insignien und Tracht der römischen Kaiser*, *RhM* 50(1935), 95–139.

17 S. z. B. Pausanias V, 12, 5; Festus, S. 430, ed. Lindsay, dazu T. Schäfer, *Imperii insignia. Sella curulis und fascis. Zur Repräsentation römischer Magistrate*, Mainz 1989.

18 S. in *Schätze der Etrusker*, Ausstellungskatalog, Saarbrücken – Florenz 1986, 273 Nr. 1.

19 Auch das Gewand der kurulischen Magistrate, die purpurverbrämte *toga praetexta*, war etruski-

schen Ursprungs: s. z. B. Plutarch, *Romulus*, 25; Livius 1, 8, 3, dazu u. a. A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli 1998¹², 233.

20 S. E. Künzl, *Der römische Triumph. Siegesfeiern im antiken Rom*, München 1988.

21 Strab. V, 2, 2; Appian VIII 66, dazu L. Bonfante Warren, *Roman Triumphs and Etruscan Kings: The Changing Face of the Triumph*, *JHS* 60(1970), 49–66. Sehr wahrscheinlich ist auch der Name lat. *triump(h)us* etruskisch, s. dazu C. De Simone, *Gli impetiti etruschi nel latino arcaico*, in dem Sammelband *Alle origini di Roma*, Pisa 1988, 27–41.

percussio)²². Die antiken Quellen führen einstimmig den Ursprung der Liktores und ihrer Rutenbündel auf Etrurien, entweder auf die Stadt Tarquinia oder die Stadt Vetulonia, zurück²³. Gerade in Vetulonia wurde im Jahr 1893 in einem Grab aus dem 7. Jh. v. Chr. ein in reduzierter Größe wiedergegebenes Rutenbündel bestehend aus sechs eisernen Ruten und einer Doppelaxt gefunden (Abb. 2). Es handelt sich hier um das älteste derartige Objekt, das somit den etruskischen bzw. den vetulonischen Ursprung des Rutenbündels und seines Trägers, des Liktors, bestätigt²⁴. Die Liktores mit ihren Rutenbündeln waren also die Symbole und die Instrumente einer absoluten Gewalt der römischen Oberbeamten über Leben und Tod ihrer Mitbürger (*coercitio, ius vitae ac necis*). Auch diese wichtigste und oberste magistratische Gewalt selbst übernahmen die Römer von den etruskischen Königen: Die Römer nannten sie *imperium* und die Zeichen der Imperiumsträger, wie z. B. die *fascies, insignia imperii*²⁵.

Die Tradition datiert die Einführung dieser Herrschaftsordnung und ihrer Symbole in Rom in den Zeitraum vom Ende des 7. bis in das Ende des 6. Jh. v. Chr., als Rom nach der Herrschaft der ersten vier Könige latinischer und sabinscher Herkunft von den etruskischen Königen Tarquinius Priscus (616–579 v. Chr.), Servius Tullius (578–534 v. Chr.) und Tarquinius Superbus (534–509 v. Chr.), als letzten Repräsentanten der Monarchie, regiert wurde²⁶. Während der annähernd ein Jahrhundert dauernden etruskischen Präsenz vollzogen sich in Rom in architektonischer und topographischer Hinsicht bemerkenswerte Änderungen und im Bereich der Politik, des Rechts und der Wirtschaft wurden wichtige Reformen durchgeführt: Die Quellen verzeichnen z. B. die Ausdehnung der geheiligten Stadtgrenze (des *pomerium*) und ihre Befestigung mittels eines eindrucksvollen Mauer-ringes, die systematische Konstruktion und Ausgestaltung von dem öffentlichen Leben gewidmeten Plätzen und Gebäuden wie das Forum, die Regia (Heiligtum und offizieller Sitz des Königs), die Curia (Sitz des Senats), das Comitium (der Ort, wo die Volksversammlungen abgehalten wurden), und der Tempel des Jupiter, der Juno und der Minerva auf dem Kapitol, Zentrum der Staatsreligion²⁷. Besonders aktiv war nach dem Zeugnis der antiken Autoren König Servius Tullius, der „gute König“ und Reformator *par excellence*: Ihm zugeschrieben wurde z. B. die administrative Einteilung des städtischen und außerstädtischen Gebiets (4 *tribus urbanae* und einige *tribus rusticae*) sowie die Einteilung der Bürgerschaft auf der Basis eines Vermögenszensus sowohl im militärischen (*exercitus centuriatus*) wie auch im politischen (*comitia centuriata*) Bereich, die Einführung des Münzgeldes (*aes signatum*), die Aufhebung der Schuldknechtschaft und ein weit blickendes Projekt (die sog. *commentarii Servi Tulli*) der republikanischen Organisation der römischen „Staatsordnung“ (z. B. Konsul anstelle des Königs), das in Kraft treten sollte, wenn einmal das monarchische Regime abgeschafft sein würde²⁸.

Die epigraphischen und archäologischen Zeugnisse haben die literarische Überlieferung im Wesentlichen bestätigt und heute können wir mit Sicherheit von einer etruskischen Vorherrschaft in Rom am Ende des 7. und während des gesamten 6. Jh. v. Chr. sprechen. Einige der oben erwähnten Reformen des Staatswesens haben sich allerdings als anachronistisch erwiesen: Die *comitia centuriata* z. B. sind erst nach der etruskischen Vorherrschaft entstanden²⁹. Überdies sind auch hinsichtlich des Lebens der drei etruskischen Könige die Angaben der antiken Autoren ausgesprochen unplausibel: So soll etwa Servius Tullius von einer Sklavin des Königs Tarquinius Priscus namens Ocrisia geboren worden sein (nach einer antiken Etymologie weist der Name *Servius* vom lat. *servus* = „Sklave“ auf seine wenig vornehme Herkunft hin), die von einem aus dem Herdfeuer herauswachsenden männlichen Glied befruchtet wurde, und hernach seien seine Jugendjahre auch noch von anderen Vorzeichen begleitet gewesen, bis zu seiner irregulären Übernahme der Herrschaft

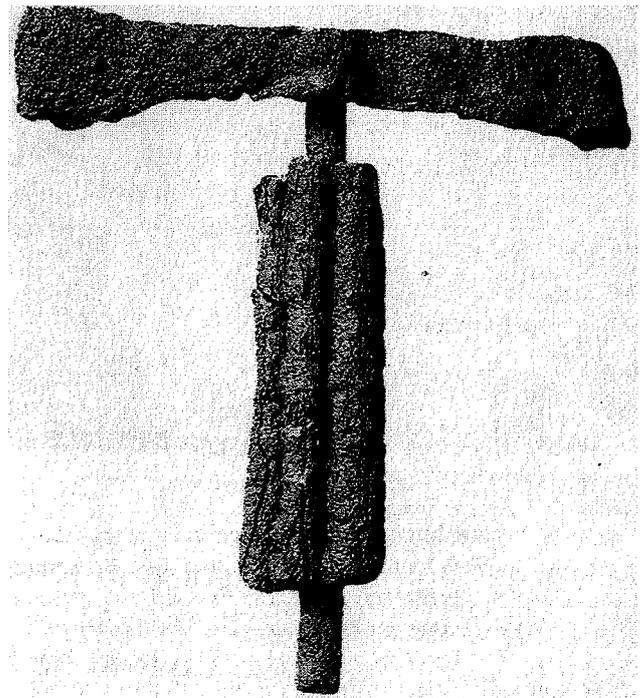


Abb. 2

aufgrund von göttlichen Zeichen³⁰. Es handelt sich dabei ohne Zweifel um ungenaue und phantasievolle Angaben, die uns aber keineswegs zwingen z. B. die Existenz des Königs selbst zu bezweifeln. Die Historizität der Dynastie der Tarquinier in Rom findet ihre Bestätigung in den Mauerbildern eines in Vulci gefundenen etruskischen Grabes, der berühmten Tomba François, wo historische Ereignisse aus dem 6. Jh. v. Chr. dargestellt sind (Abb. 3): In einer Gruppe von in einen blutigen Kampf verwickelten Personen, die durch rote Na-

22 S. z. B. A. M. Colini, *Il fascio littorio*, Roma 1932 und T. Schäfer, *aaO*, 42–47.

23 Strab. V, 2, 2; Sil. It. *Pun.* VIII, 483; Florus 1, 1, 5, dazu R. Lambrechts, *aaO*, 197 Anm 1.

24 S. M. Pallottino, *aaO*, 314–315 mit weiteren Literaturhinweisen.

25 S. u. a. P. De Francisci, *Intorno all'origine etrusca del concetto di imperium*, SE 24(1955–1956), 21–38, A. Guarino, *aaO*, 109–111.

26 Dazu s. jüngst J. Poucet, *Les rois de Rome. Tradition et histoire*, Bruxelles 2000.

27 S. M. Cristofani (Hrsg.), *La grande Roma dei Tarquini*, Catalogo della Mostra, Roma 1990; dazu vgl. noch A. Carandini, *La nascita di Roma. Dei, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino 1997, und P. Carafa, *Il Comizio di Roma dalle origini all'età di Augusto*, Roma 1998.

28 S. vor allem R. Thomsen, *King Servius Tullius. A Historical Synthesis*, Copenhagen 1980, 123–157.

29 S. z. B. A. Dosi, *Le istituzioni tra monarchia e repubblica*, Roma 1999, 34–42 mit weiteren Literaturangaben.

30 Für die antiken Quellen s. R. Thomsen, *aaO*, 57–114.

mensbeischriften in etruskischer Sprache identifiziert werden, findet sich ein *Cneve Tarchunies Rumach*, vom feindlichen Speer zur Erde gestreckt. Die modernen Historiker sind geneigt, diesen „*Cnaeus Tarquinius Romanus*“, dargestellt als vornehmer Mann reiferen Alters mit Bart und *toga praetexta*, mit dem König Tarquinius Priscus oder mit einem in der antiken Geschichtsschreibung nicht näher bekannten Verwandten zu identifizieren³¹. Für die Identifikation der anderen Person namens etr. *Macstrna*, lat. *Mastarna*, verfügen wir über wenige,

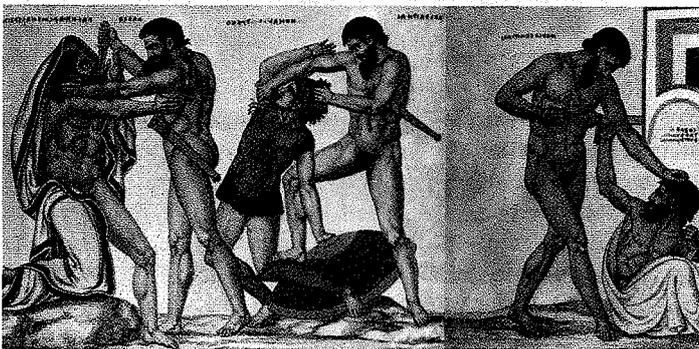
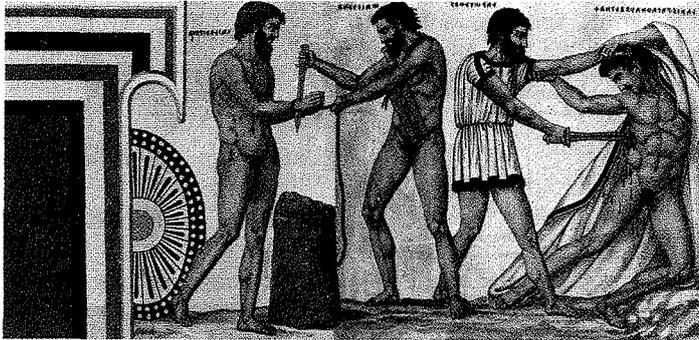


Abb. 3

aber gewichtige Quellen, denen zufolge Mastarna der ursprüngliche Name des zukünftigen römischen Königs Servius Tullius, Nachfolger des Tarquinius Priscus, gewesen sei³². Dieselben Quellen berichten, dass Mastarna/Servius Tullius, bevor er König von Rom wurde, der treue Waffengefährte der Brüder Caelius und Aulus Vibenna (etr. *Caile Vipinas*, *Avle Vipinas*) war, die ebenfalls unter den an den Wänden der Tomba François abgebildeten Kämpfenden zu finden sind. Die literarische Überlieferung bringt eine Reihe von Nachrichten über die beiden Vibenna-Brüder: Sie waren vornehme Condottieri aus Vulci, die zur Zeit des Tarquinius Priscus lebten und mit dem Schicksal seiner Dynastie, zuerst als Verbündete, dann als Feinde, verbunden waren. Ihre Anwesenheit in Rom in Form einer Eroberung oder vielleicht einer kurzfristigen Herrschaft ist in einigen Quellen teilweise anekdotischen Charakters bezeugt: So habe z. B. die von den beiden Brüdern und ihrem Gefolge bewohnte Straße den Namen *vicus Tuscus* angenommen, der Hügel *Caelius* seinen Na-

men von Caelius Vibenna hergeleitet, die lateinische Bezeichnung *Capitolium* sei von *caput Oli* abgeleitet, als Erinnerung an die Auffindung eines Menschenkopfes in den Fundamenten des kapitolinischen Hügels, der in etruskischer Sprache die Aufschrift *caput oli regis*, „Haupt des Königs Olus“, trug. *Olus* oder *Aulus* von Vulci (*Vulcentanus*), also *Aulus Vibenna*, römischer König etruskischer Herkunft sei hier begraben³³. In jedem Fall ist die tatsächliche Existenz einer vornehmen und wichtigen etruskischen Persönlichkeit namens *Aulus Vibenna* im 6. Jh. in Rom durch die dortigen epigraphischen Belege gestützt³⁴. Diese Inschriften, als primäre Erkenntnisquellen von unbestreitbar großem Wert, tragen also gemeinsam mit der bildlichen und archäologischen Evidenz dazu bei, die Historizität der in der literarischen Überlieferung zur etruskisch-römischen Institutionengeschichte erwähnten Ereignisse und Personen zu erweisen.

3. Der Staat der Etrusker

Die literarischen Belege über die politischen Institutionen Etruriens sind leider recht spärlich gesät. Von griechischen und römischen Autoren wissen wir von der Existenz etruskischer Texte religiösen und juristischen Inhalts: Die so genannten *libri rituales* z. B. enthielten „die Vorschriften für die Städtegründungen, für die Altar- und Tempelweihen, Angaben darüber, wie man die Festungsanlagen unverletzlich machte und die Stadttore vorschriftsmäßig anlegte, wie die Einteilung in Tribus, Curien und Centurien vor sich zu gehen hatte, wie das Heer aufzustellen und zu organisieren war, kurz, sie befassten sich mit allem was Krieg und Frieden betraf“³⁵. Weder die *libri rituales* noch die *libri haruspicini* und die *libri fulgurales* – Letztere behandelten die Kunst, den Willen der Götter aus der Beschau von Eingeweiden der Opfertiere und aus Blitzschlägen zu erkennen – sind auf uns gekommen³⁶.

So setzt sich die Hauptquelle für diesen Bereich aus einer beachtlichen Anzahl einheimischer Inschriften privaten wie öffentlichen Charakters zusammen; aber auch hier bleiben zahlreiche Interpretationsschwierigkeiten bezüglich der dort erwähnten Begriffe von Institutionen und der Titel der Beamten. Beispielsweise wurde der Begriff *rasna* von den Etruskern verwendet, um sich selbst zu bezeichnen (*Rasenna* = Etrusker) und vielleicht auch den *populus* im Allgemeinen. *Spura* entsprach dem lateinischen Begriff *civitas*, während die Etrusker den Begriff *methlum* verwendeten, wenn sie von der Stadt im Sinne der lateinischen *urbs* sprachen. Die Stadt-Burg (lat. *arx*) nannten sie *cilth*, die außerhalb der Stadt gelegenen Siedlungen *tuthi*, und für die Grenzen schließlich, seien es Stadt- oder Landesgrenzen, verwendeten sie den Begriff *tular*, der sich häufig auf Grenzsteinen findet, die zur Markierung und zum Schutz des Landbesitzes aufgestellt waren³⁷.

Unter den wenigen etruskischen Begriffen von Einrichtungen und Funktionen, die uns die literarische Überlieferung bewahrt hat, finden wir *truna/thruna*, was vielleicht die

31 S. z. B. G. Körte, *Ein Wandgemälde von Vulci als Document zur römischen Königsgeschichte*, JDAI 12 (1897), 69 ff; S. Mazzarino, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana arcaica*, Catania 1945, 184 ff; P. De Francisci, *Primordia civitatis*, Roma 1959, 639–641.
32 Für die antiken Quellen (z. B. Festus S. 355 ed. Lindsay) und Inschriften (C. I. L. XIII 1668 I 18) s. R. Thomsen, *aaO*, 70–82.

33 Die literarischen Zeugnisse (z. B. Varro, de l.l. V 46, Tac. Ann. IV 65) zu den Vibenna-Brüdern sind in M. Pallottino, *Origini e storia primitiva di Roma. Un'analisi del processo formativo dell'organismo urbano*, Milano 1993, 238–250, gesammelt und besprochen.
34 S. z. B. die etruskische Inschrift mit dem Namen *Avile Vipiennas* aus der Mitte des 6. Jhs. v. Chr. publiziert in: *Civiltà degli Etruschi*,

Ausstellungskatalog, Florenz-Mailand 1985, S. 277.

35 Festus, S. 358 ed. Lindsay.

36 Zu den etruskischen Schicksalbüchern s. vor allem A. J. Pfiffig, *Religio Etrusca*, Graz 1975.

37 Über die erwähnten Termini s. u. a. G. M. Facchetti, *aaO*, *passim*.

königliche Macht bezeichnete, später von den Römern mit *imperium* wiedergegeben, und *lucumo* (pl. *lucumones*; etr. *lau-chume*) als Bezeichnung für den König³⁸; diesem letztgenannten Begriff entsprechen etr. *lauchumna* zur Bezeichnung des Sitzes des Königs/*lucumo* (vgl. lat. *Regia*), ebenso das etruskische Verb *lucairce* zur Bezeichnung der monarchischen Tätigkeit (vgl. lat. *regnare*). Wir haben bereits weiter oben darüber gesprochen, worin die Macht der etruskischen Könige bestand, und über die Insignien, die diese kennzeichneten. Von Macrobius (*Saturn.*, I, 15, 13) erfahren wir überdies, dass die oberste richterliche Gewalt von den etruskischen Königen alle acht Tage im Rahmen der öffentlichen Audienzen ausgeübt wurde. Zahlreiche Quellen berichten von der Existenz von Königen/*lucumones* bei der Regierung der bedeutendsten etruskischen Stadtstaaten in archaischer Zeit: Diese, zwölf an der Zahl (*duodecim populi Etruriae*) in archaischer Zeit und später fünfzehn (*quindecim populi Etruriae*), bildeten eine sakrale Liga, militärisch-politisch regiert von einem der zwölf Stadtkönige/*lucumones*, der jährlich in der Bundesversammlung (lat. *concilium*, etr. wahrscheinlich *cathra*) beim nationalen Heiligtum, dem *Fanum Voltumnae* bei *Volsinii*, gewählt wurde³⁹. Später wurde das oberste Bundesamt nicht mehr vom König/*lucumo* bekleidet, sondern, wie die lateinischen Autoren berichten, von einem Priester (*sacerdos*) und in der Kaiserzeit von einem Prätor (*praetor Etruriae XV populorum*). Der entsprechende etruskische Titel für dieses Bundesamt konnte noch nicht mit Sicherheit namhaft gemacht werden, vielleicht war es *zilath mechl rasnal* oder, nach einer letzten Hypothese, *zilch cechaneri*⁴⁰.

Im ausgehenden 6. Jh. v. Chr. vollzog sich in Etrurien der Übergang von monarchischen zu republikanischen Staaten. Die einzelnen Stadtstaaten wurden zu oligarchischen Republiken mit auf Zeit gewählten, kollegialen Ämtern. Die Gestalt des Königs/*lucumo* lebte im Staat weiter, aber seine alte oberste Gewalt wurde auf die Sakralsphäre beschränkt, genau so wie es dem *rex sacrorum* in Rom passierte. Und dennoch geschah dies nicht überall: In einigen etruskischen Städten, z. B. in Veji und Cerveteri, bestand die monarchische Herrschaft weiter bis ins 5. und 4. Jh. v. Chr.⁴¹ Die Rekonstruktion eines vollständigen und exakten Bildes der zahlreichen einzelnen etruskischen Ämter, der Bedeutung der verschiedenen Titulaturen und der entsprechenden Funktionen ist gegenwärtig sehr schwierig und ist noch Ge-

genstand der Forschungen. Die ca. 40 etruskischen Inschriften mit *cursus honorum*, über die wir heute verfügen, stammen aus verschiedenen Städten (Volterra, Tarquinia, Vetulonia etc) und zeigen für jede Stadt eine unterschiedliche Organisation: Z. B. hatten die Beamten nicht überall denselben Titel, und auch wenn die Titel dieselben waren, scheint es, dass ihnen unterschiedliche Funktionen entsprachen. Dieses komplizierte Thema ist Gegenstand einiger detaillierten Untersuchungen, auf die hier hingewiesen sei.⁴² Nur kurz sollen die besser dokumentierten Ämter erwähnt werden: *Zilath* ist gewiss der in den Inschriften am häufigsten vorkommende Titel und entspricht im Allgemeinen dem lateinischen *magistratus*, manchmal aber auch dem *praetor*. In manchen Fällen regierten eine Stadt mehrere *zilath*, die zu einem Kollegium vereint waren, jeder mit verschiedenen Funktionen. Der Vorsteher dieses Kollegiums war vielleicht ein *magistratus* namens *purth*, er war also der erste und oberste *zilath* einer Stadt. Ebenfalls häufig kommt der Titel *maru* vor, zugleich Beamter und Priester, der wahrscheinlich gleichzusetzen ist mit dem römischen *aedilis*.

Anfang des 1. Jhs. v. Chr. erhielten die Etrusker wie die anderen Völker Altitaliens (Samniten, Lukaner etc) die römische Bürgerschaft, wurden also *cives Romani*⁴³. Während einige Bereiche der etruskischen Kultur, wie der künstlerische und der religiöse, unverändert bleiben, bringt der neue rechtlich-politische *status* vor allem im administrativen und juristischen Bereich radikale Änderungen mit sich: Die römischen Vorschriften schaffen endgültig die öffentlichen Ämter, die Titulaturen, die Gesetzgebung der einzelnen etruskischen Städte ab, und so haben wir heute vom etruskischen Recht nur geringe Spuren, die leider schwierig zu verfolgen sind.

Drⁱⁿ. Loredana Cappelletti lehrt Etruskologie und italische Altertumskunde am Institut für Alte Geschichte, Altertumskunde und Epigraphik der Universität Graz. Sie forscht im Rahmen eines Charlotte-Bühler-Habilitationsstipendiums. Sie war Mitarbeiterin des von der Österreichischen Nationalbank finanzierten Projekts „Römische Rechtsarchäologie“ am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte in Wien.

38 Für die Quellen (z. B. Livius) s. M. Pallottino, *Etruscologia*, 312–316.

39 Zum Bund der Etrusker s. z. B. G. Perl, *Nomen Etruscum*, in *Die Welt der Etrusker*, Internationales Kolloquium 24.–26. Oktober 1988 in Berlin, hrsg. von H. Heres und M. Kunze, 101–109 und A. Demant, *Antike Staatsformen. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte der Alten Welt*, Berlin 1995, 337–339.

40 S. A. Rosenberg, *Der Staat der alten Italiker. Untersuchungen über die ursprünglichen Verfassung der Latiner, Osker und Etrusker*, Berlin 1913, 34–60

und A. Maggiani, *Appunti sulle magistrature etrusche*, SE 62(1996)[1998], 93–138.

41 S. M. Pallottino, *Etruscologia*, 317–319 mit Quellenangaben.

42 S. z. B. S. P. Cortsen, *Die etruskischen Standes- und Beamtentitel durch die Inschriften beleuchtet*, Kopenhagen 1925, A. Neppi Modona, *Ricerche sul tipo di potere esercitato in Etruria dallo Zil(a)lc o Zilath(h) in rapporto ad altri termini, più o meno equivalenti, etruschi e in altre lingue*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino 1970, 57–76, A. Maggiani, *aaO*.

43 S. dazu H. Mouritsen, *Italian Unification. A Study in ancient and modern Historiography*, London 1998, 158–175 und L. Cappelletti, *Etrusker und Umbrier im Bundesgenossenkrieg*, in: *Akten des 8. Österreichischen Althistorikertags*, Graz, 19.–21. 10. 2000, im Druck.



Am 26. Februar trifft bei höchster Instanz die Klage einer Frau ein, der aufgrund ihrer fremden Herkunft mehrfach Unrecht widerfahren ist: Sie wurde im öffentlichen Bad von einer anderen angepöbeln und sogar geschlagen, schließlich hat man ihr im Gemenge ihre Edelsteinkette vom Hals gerissen. Die Klägerin beschwerte sich daraufhin bei zuständiger Stelle, doch ihre Ortsfremdheit gereichte ihr ein weiteres Mal zum Nachteil. Die Einheimische besprach sich mit dem Beamten, erzählte eine völlig andere Version des Vorfalles, worauf man letztlich die Fremde für vier Tage im Gefängnis festhielt und ihr auch ihre wertvolle Kleidung abnahm.

Der geschilderte Sachverhalt ist kein Zeugnis zeitgenössischer Fremdenfeindlichkeit, sondern eine Klage aus dem Jahr 221 v. Chr. Klägerin ist die Ägypterin Thamunis („Die des Amun“) aus dem herakleopolitanischen Gau. Ihre Streitgegnerin Thotortais („Thot ist es, der sie geschaffen hat“) ist Einwohnerin des Nachbargaus Arsinoites, wo sich die Ereignisse auch zugetragen haben. Gerichtet wurde die Klageschrift an König Ptolemaios IV. und überliefert sind uns die geschilderten Vorfälle auf einem 9 x 31 cm großen Blatt Papyrus,¹ dessen Verso den Aktenvermerk aufweist: „Im Jahr 1, am 28. Gorpaios, 12. Tybi.² Thamunis gegen Thotortais wegen eines Gewandes“. Das Kleid ist gewissermaßen der Streitgegenstand. Thamunis verlangt, von Thotortais ihr Kleid oder gegebenenfalls den Gegenwert von 30 Drachmen zu erhalten. Der Aktenvermerk kennzeichnet das Schreiben als ein behördliches Schriftstück. Es handelt sich um eine Abschrift der Klage, auf der auch die vom zuständigen Beamten erteilte Anweisung an den Vorsteher der Dorfpolizei festgehalten ist: „Primär verschöne sie, ansonsten schicke sie, damit der Fall vor den Volksrichtern entschieden wird“.

Das Papier der Antike

Die Urkunde ist nur ein Beispiel von vielen. Eine riesige Fülle an bereits publizierten papyrologischen Quellen führt uns den (Rechts-)Alltag Ägyptens unmittelbar und anschaulich vor Augen. Allein bei den griechischen Schriftzeugnissen beträgt der Editionsstand schon an die 50.000.³ Dazu kommen noch mehrere tausend Texte in den anderen auf Papyrus zu findenden Sprachen, wie Hieratisch, Demotisch, Koptisch, Hebräisch, Syrisch, Aramäisch, Persisch und Arabisch. Neben dieser Masse an bereits erschlossenen Quellen ist der größere Teil an Dokumenten noch unpubliziert, teilweise sogar ungesichtet in Museen und Sammlungen der Welt verstreut. Beispielsweise sind von der Wiener Papyrussammlung, mit etwa 180.000 Objekten eine der größten Sammlungen der

Welt, nur an die 4.500 der über 60.000 griechischen Papyri publiziert, mindestens 15.000 ihrem Erhaltungszustand und ihrem Inhalt nach jedoch unbedingt publikationswürdig.⁴

Beinahe alle der uns erhaltenen Papyri stammen aus Ägypten. Papyrus wurde zwar als Beschreibstoff im gesamten antiken Mittelmeerraum verwendet, das heiße und trockene Klima Ägyptens aber war Voraussetzung für seine Konservierung.⁵ Auch aus Ägypten ist die Dokumentation keineswegs flächendeckend. Die Feuchtigkeit im Nildelta etwa verhinderte die Konservierung von Papyri in diesem Gebiet. So besitzen wir Texte aus Alexandria nur, soweit sie bereits in der Antike ins südlichere Niltal oder die Oasen gelangt sind.

Hergestellt aus dem Mark der Papyrusstaude, das in Streifen geschnitten, in Schichten übereinander gelegt und ge-

Tintenspuren zum Recht

Juristische Papyrologie unter der Lupe

Claudia Kreuzsaler



presst, sich schon durch den eigenen Saft ohne zusätzliches Bindemittel zu einem Blatt verbindet,⁶ wurde das Papier des Altertums ausschließlich in Ägypten produziert, wo die Papyruspflanze im Niltal und Delta in Mengen wuchs. Von dort wurde Papyrus in den gesamten Mittelmeerraum exportiert. Die ökonomische Bedeutung, die dem Schreibmaterial zukam, zeigt sich schon an der staatlichen Kontrolle, der die Herstellung wie der Handel mit Papyrus unterlag. Geschrieben wurde mit einer abgeschrägten Binse, später mit einer zugespitzten und gespaltenen Rohrfeder, dem Kalamos, die meist schwarze Tinte wurde aus Ruß, Gummi und Wasser hergestellt.

Die Geschichte Ägyptens wird durch die Papyri über einen Zeitraum von mehr als vier Jahrtausenden dokumentiert – vom ältesten, hieratisch beschriebenen Papyrus aus der Zeit um 2700 v. Chr.⁷ bis zu den spätesten arabischen Papyri aus dem 14. Jahrhundert. Die Papyrologie als wissenschaftliche Disziplin befasst sich in ihrem Kern vornehmlich mit den griechischen und lateinischen Papyri aus dem Zeitraum von der Eroberung Ägyptens durch Alexander den Großen 332 v. Chr.⁸ bis zum langsamen Absterben der griechischen Sprache nach der arabischen Eroberung 642 n. Chr.⁹ Schwer-

1 P. Ent. 83 = M. Chr. 8 (Magdola/Arsinoites; 26. Feb. 221 v. Chr.).

2 Die Datierung der ptolemäischen Zeit erfolgt nach Regierungsjahr des Königs, das Tagesdatum wird in makedonischer und ägyptischer Zeitrechnung angegeben.

3 Zum überwiegenden Teil handelt es sich um Papyri, daneben werden Texte auf anderen Schriftträgern wie Ostraka, Pergamente, Holztafeln, Textilien und Lederstücken herkömmlich ebenfalls der Papyrologie zugerechnet.

4 Vgl. die detaillierten Angaben zu Beständen und Publikationsstand der Papyrussammlung unter <http://millennium.arts.kuleuven.ac.be/>

lhpc/collections_folder/wien_nationalbib.html. Das vom Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung finanzierte und derzeit in der Papyrussammlung durchgeführte START-Projekt zur Edition griechischer Papyrusurkunden aus dem ptolemäischen, römischen und byzantinischen Ägypten hat zum Ziel, den Publikationsstand um rund 500 weitere Texte voranzutreiben.

5 An außerägyptischen Funden sind die in geringer Zahl erhaltenen Papyri aus Palästina, Syrien, Dura Europos und Petra zu nennen, daneben die verkohlten Papyri aus Herculaneum und Derveni (Griechenland).

6 Vom Verfahren der Papyrusherstellung und den verschiedenen Qualitätsstufen berichtet Plinius, *nat. hist.* 13, 74–82.

7 P. Berl. 11301.

8 Der älteste datierbare griechische Papyrus (SB XIV 11942) stammt aus dem Jahr 331 v. Chr., der älteste datierte (P. Eleph. 1) ist ein Heiratsvertrag aus dem Jahr 311 v. Chr.

9 Der jüngste datierte griechische Papyrus (P. Vin-dob. G 18707; bis dato unpubliziert) stammt aus dem Jahr 796/797 n. Chr., also eineinhalb Jahrhunderte nach der Übernahme der Herrschaft in Ägypten durch die Araber.

punkt ist die Erforschung des hellenistisch-römischen Ägyptens, aufgrund der Besonderheit der Quellengattung tritt eine über den geographischen Raum Ägyptens hinausgehende Komponente hinzu: Als unmittelbare, von sekundären Eingriffen geschützte Zeugnisse gewähren uns die Papyri direkte Einblicke in nahezu alle Bereiche des Lebens in der Antike.

Der Duft brennender Papyri

Die Papyrologie ist verglichen mit ihren Nachbardisziplinen in der Altertumforschung eine sehr junge Wissenschaft. Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts fanden die vereinzelt mittelalterlichen Papyri und die verkohlten Fragmente aus Herkulaneum, mit denen man aufgrund ihres Erhaltungszustandes nichts anzufangen wusste, kaum Interesse. Erst im Jahr 1788 publizierte Niels Schow den ersten antiken Papyrus, die sogenannte Charta Borgiana¹⁰ – nicht ohne eine stilgerechte Legende über ihre Herkunft: Erworben wurde die Papyrusrolle in Ägypten von einem europäischen Kaufmann. Die ägyptischen Händler boten ihm zwar ein Bündel von etwa 50 Papyrusrollen an, er jedoch war sich des Wertes der antiken Dokumente nicht bewusst und erstand lediglich eine Rolle zu sehr niedrigem Preis – die Ägypter verbrannten die übrigen, um, wie sie sagten, den Geruch der brennenden Papyri zu genießen. Die Authentizität der Geschichte wurde zwar vielfach bezweifelt, nichtsdestoweniger aber untersucht und erprobt, ob denn nun brennende Papyri tatsächlich einen Wohlgeruch verbreiten.¹¹

Weit weniger aufregend als die Geschichte seiner Erwerbung ist der Inhalt des ersten Textes der papyrologischen Wissenschaft: Eine Liste von Dorfbewohnern, die im Jahr 192/193 n. Chr. zu fünfjährigen Damm- und Kanalarbeiten herangezogen wurden – 181 ägyptische Namen.

Schätze von antiken Mülldeponien

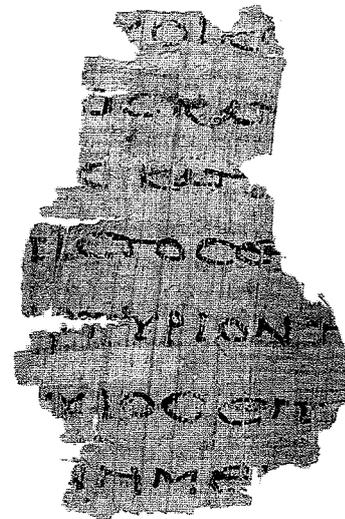
Quantitative Bedeutung konnte die Papyrusforschung aber erst knapp ein Jahrhundert später erlangen, nachdem im Jahr 1877 auf dem Antiquitätenmarkt in Kairo enorme Mengen an Papyri angeboten wurden, die großteils aus der Oase Fayum stammten. Grund für diesen explosiven Anstieg des Handels war die vermehrte Agrarproduktion der Zeit und der damit verbundene vergrößerte Bedarf an Dünger – der wiederum konnte leicht aus der nitratreichen Erde der *Sebbach*, der Abfallhügel am Rande antiker Siedlungen, gewonnen werden. Die Mehrzahl der in den Museen und Papyrussammlungen der Welt aufbewahrten Papyri stammt nicht aus gezielten Ausgrabungen, sondern kam in großen Mengen gleichsam als Nebenprodukt beim Abbau der Sebbachhügel zutage.

Eine demgegenüber moderne Methode der „Papyrusgewinnung“ ist die Auflösung von Mumienkartonage, die durch Verklebung mehrerer Schichten alter Papyri hergestellt wurde. Mittels einer neuen Technik lässt sich die Malerei der Kartonage ohne Beschädigung von ihrem Untergrund trennen und so können ohne Verlust des Kunstwerkes etwa 20–30 Papyri aus einer Totenmaske herausgelöst werden.¹²

Wäscherlisten und Menanders Komödien

Groß wie die Zahl der Papyri ist auch die Bandbreite der Informationen, die sie uns überliefern: Von kleinen Zettelchen mit Kochrezepten, Horoskopen, der Anleitung zur Herstellung von Zahnpaste, Einladungen zum Hochzeitsessen, über sehr persönliche Briefe, wie der Brief des nach Misenum rekrutierten Soldaten Apion an seinen Vater, in dem er ihm seinen neuen lateinischen Namen Antonius Maximus mitteilt,¹³ oder der Brief des Ilarion, eines „Gastarbeiters“ in Alexandrien an seine Ehefrau in Oxyrhynchos mit der Aufforderung, das von ihr erwartete Kind, sofern es ein Mädchen ist, auszusetzen,¹⁴ bis zum gefühlvoll formulierten Beileidsbrief des Isidoros an die Witwe Tausenuphis¹⁵ – nahezu jeder Lebensbereich wird durch die Papyri dokumentiert.

Ebenso vielfältig sind die Texte in der Gruppe der literarischen Papyri. Hervorgehoben seien hier nur Menanders Komödien, die uns nicht durch mittelalterliche Handschriften, sondern ausschließlich auf Papyrus überliefert sind, die Wiener „Euripides-Partitur“,¹⁶ ein Fragment der Tragödie Orestes, dessen Text mit Notationszeichen versehen ist, oder auch das jüngst publizierte Fragment des paulinischen Hebräerbriefes (s. Abb.),¹⁷ das großes Interesse seitens der Medien entfachte.



Rechtsgeschichte in Fragmenten

Überraschend erscheinen mag der hohe Anteil an Rechtsurkunden und Texten mit juristischem Bezug in einem weiteren Sinn – deutlich spiegeln die Papyri die Präsenz des Rechts auch im Alltag des antiken Ägypten wider. Sehr zahlreich sind etwa die privaten Rechtsurkunden: Testamente, Heiratsverträge, Scheidungsurkunden, Kauf-, Miet-, Pacht- und andere schuldrechtliche Verträge. Beispielsweise sind an Darlehensverträgen beinahe tausend Urkunden erhalten, wobei neben dem Gelddarlehen das Darlehen an Weizen eine wichtige Rolle spielte. Diese Fülle an Urkunden ermöglicht, die Ausprägung der einzelnen Vertragstypen, die verwendeten Formeln und Klauseln wie die Entwicklung der Rechtsinstitute zu untersuchen. Die einzelnen Verträge können aber auch über den juristischen Kontext hinausgehend wertvolle Informationen über den sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen Hintergrund liefern.

So erfahren wir etwa aus dem von der Salzfisherverkäuferin Martha ausgestellten Schuldschein für ein Darlehen über eine geringe Summe Geldes,¹⁸ dass sie dieses benötigte, um ihre jüngere Schwester aus einer strapazierenden und ihre

¹⁰ Nicolao Schow, *Charta Papyracea graece scripta Musei Borgiani Velitris*, Roma 1788 (P.Schow = SB I 5124).

¹¹ Ablehnend äußerten sich erst B. P. Grenfell, A. S. Hunt, *Fayûm towns and their papyri*, London 1900, 17; vom Duft überzeugt hingegen zeigte sich N. Lewis, *L'industrie du papyrus dans l'Égypte gréco-romaine*, Paris 1943, 41.

¹² Zum Verfahren vgl. A. Stohler-Zimmermann, *Das Ablösen der Malerei von Mumienkartonagen*, Proc. XVI Congr., ASP XXIII, Chico 1981, 665–676.

¹³ BGU II 423 (Arsinoites, 2. Jh. n. Chr.).

¹⁴ P. Oxy. IV 744 (Oxyrhynchos, 17. Juni 1 v. Chr.).

¹⁵ SB XIV 11646 (Bakchias/Arsinoites, 1.–2. Jh. n. Chr.).

¹⁶ P.Vindob. G 2315 = Eur. Or. 338–44.

¹⁷ P.Vindob. G 42417; vgl. A. Papatthomas, *A New Testimony to the Letter to the Hebrews*, JGRChJ 1 (2000) 18–24 unter <http://www.jgrchj.com>.

¹⁸ P. Coll. Youtie 92 (Antinoopolis, 15. Mai 569).

Kräfte bereits aufzehrenden Knechtschaft auszulösen – und am Ende dieser sentimental Familien Geschichte bzw. des Vertrages folgt die Sicherungsklausel: Zur Sicherung der Schuld übergibt Martha dem neuen Gläubiger ihre kleine Schwester, damit sie „alle niederen Dienste im Haushalt leiste, unterwürfig und gehorsam, ohne Flucht, Betrug und Leichtsin n . . .“. Der rechtliche Status des Mädchens wurde heftig diskutiert, sicher ist die wirtschaftlich und persönlich prekäre Situation der beiden Schwestern.

Von zentraler Bedeutung für die rechtshistorische Forschung sind weiters die zahlreichen offiziellen Schriftstücke: Verwaltungsakte, Vertragsregister, Bekanntmachungen, Amtskorrespondenz und Gerichtsakte wie Eingaben, Urteile und Prozessprotokolle. Die zahlreichen Eingaben, wie die Klage der Thamunis oder etwa die Hybrisklage des Griechen Herakleides gegen die Ägypterin Psenobastis, die ihn von ihrem Fenster aus mit dem Inhalt ihres Nachttopfes übergoss und ihm im anschließenden Streit den Mantel vom Leibe riss,¹⁹ illustrieren eindrucksvoll die kleinen und großen Streitigkeiten des Alltags – sie überliefern aber regelmäßig weder die rechtlichen Grundlagen der Klagen noch die gefällten Entscheidungen. Von entsprechend großer Bedeutung sind daher Texte wie die Sammlung von gerichtlichen Entscheidungen zum für Soldaten geltenden Heiratsverbot, die uns auf dem Rekto einer Klage gegen eine Soldatenwitwe überliefert ist²⁰ – eine Sammlung von Präzedenzfällen, die der Rechtsbeistand des Klägers zur Untermauerung seiner Rechtsmeinung zusammengestellt hat?²¹

Noch seltener sind uns die den Entscheidungen zugrundeliegenden Rechtsnormen selbst überliefert, wie dies etwa beim Gnomon des Idios Logos der Fall ist: Von diesem von Augustus für die Finanzverwaltung der ägyptischen Provinz erlassenen Instruktionenbuch, einer antiken „Dienstsanweisung“, sind in einer mehr als zwei Meter langen Papyrusrolle knapp 115 Paragraphen überliefert.²²

Neben dem gräko-ägyptischen Recht²³ sind die ägyptischen Papyri auch direkte Quellen des für alle römischen Bürger im *imperium Romanum* maßgeblichen römischen Rechts: Die Apokrimata, dreizehn *responsa* der Kaiser Septimius Severus und Caracalla sind auf einem zum Aushang bestimmten Papyrusblatt erhalten.²⁴ Ein durch Wurmfraß stark beschädigtes, unscheinbar wirkendes Fragment²⁵ entpuppte sich als Abschrift der *Constitutio Antoniniana*, des von Kaiser Caracalla im Jahr 212 n. Chr. erlassenen Ediktes über die Verleihung des römischen Bürgerrechtes an die peregrine Bevölkerung des Reiches. Hierher gehören auch die mehrere Dutzend zählenden Fragmente von Abschriften der römischen Juristschriften, die sonst nur durch handschriftliche Überlieferung, insbesondere durch die iustinianische Kompilation in den *Digesten* bekannt sind. Eine prominente Rolle nimmt ein Fragment der Institutionen des Gaius²⁶ ein, das einerseits die

Ergänzung einer Lakune im Veroneser Palimpsest betreffend die *actio de peculio et de in rem verso* erlaubte, andererseits aufgrund der gegenüber dem Veroneser Gaius frühen Datierung die Überprüfung der Verlässlichkeit der handschriftlichen Überlieferung erlaubte – der hohe Grad an Übereinstimmung überraschte.

Direkte Bedeutung für die römische Rechtsgeschichte kann aber auch einem einfachen dokumentarischen Text zukommen, wie der schlichten Geburtenmeldung aus dem Jahr 224,²⁷ in der der damals im Amt befindliche *praefectus praetoriae* bezeichnet wird. Aufgrund dieser Nennung seines Amtsnachfolgers konnte das Todesjahr des Juristen Ulpian auf das Jahr 223 n. Chr. festgelegt werden.

Auch prima vista völlig unscheinbar wirkende Dokumente können juristisch interessante Informationen bergen: Auf einem kleinen Blatt Papyrus²⁸ übt Petaus am Ende des 2. Jh. n. Chr. seine Unterschrift – zwölfmal untereinander kopiert er offensichtlich eine Vorlage, deutlich ungeübt im Schreiben unterlaufen ihm mehrere Fehler, ein einmal vergessener Buchstabe bleibt auch in allen weiteren Zeilen übergangen. Das Blatt würde kein weiteres Aufsehen erregen, lautete die mühevoll kopierte Zeile nicht: „Petaus, Dorfschreiber, ich habe eingereicht“. Wie ist es denkbar, dass der Dorfschreiber schon große Schwierigkeiten mit seiner eigenen Unterschrift hat? Petaus selbst erklärt es uns in einem – freilich nicht von ihm selbst zu Papyrus gebrachten – Schreiben an einen ihm vorgesetzten Beamten:²⁹ Auf den gegen seinen Amtskollegen Ischyron vorgebrachten Vorwurf der Schreibunkundigkeit entgegnet Petaus, dass der Dorfschreiber des Nachbardorfes zwar selbst nicht schreiben könne, aber doch fähig wäre, die von ihm eingereichten Urkunden mit eigener Hand zu unterschreiben – offenbar ausreichend für seine Amtstätigkeit, zu der Ischyron sich auch nicht selbst bewarb, sondern aufgrund seines Vermögensstandes ausgelost wurde. Die einfache Schreibübung des Petaus kann so als wichtiger Baustein für unser Verständnis der Verwaltung und der Idee von Rechtssicherheit im römischen Ägypten dienen.

Jahrhundert(e?) der Papyrologie

All diese Texte und unzählige weitere rechts- und kulturhistorisch interessante Dokumente wurden im Laufe des vergangenen Jahrhunderts nach und nach durch stetige Editionsarbeit der Papyrologen erschlossen und zugänglich gemacht. Die Masse an Texten würde längst in einem heillosen Durcheinander versinken, hätte man nicht schon früh begonnen, das publizierte Material lückenlos zu erfassen und zu organisieren. Bereits in den Zwanziger Jahren gründete Friedrich Preisigke einige bis heute außerordentlich wertvolle Hilfsinstrumente: Ein eigenes Wörterbuch der Papyrusurkunden,³⁰ das Sammelbuch,³¹ in dem alle verstreut in Zeitschriften publizierten Urkunden erneut abgedruckt werden, um

19 P. Ent. 79 (Krokodilopolis, 11. Mai 218 v. Chr.). Man denkt an das römische Edikt *De his qui deiecerint vel effuderint* (D. 9.3), die gegenständliche Hybrisklage stammt freilich aus vorrömischer Zeit.
20 P. Cattaoui Rekto = M. Chr. 372 (2. Jh. n. Chr.).
21 Vgl. Herwig Maehler, *Neue Dokumente zum Drusilla-Prozess*, Proc. XII Congr., ASP VII, Toronto 1970, 263–271.
22 BGU V 1210 (Theadelphia, 150–160 n. Chr.); ein kleines Fragment einer weiteren Abschrift desselben Textes ist in P. Oxy. XLII 3014 erhalten.
23 Das Recht der Papyri ist geprägt vom Rechts-

pluralismus: Ägyptisches, griechisches und römisches Recht bestehen nebeneinander, beeinflussen sich gegenseitig und sind heute nur schwer voneinander zu trennen. Die Anwendbarkeit der verschiedenen Rechtssysteme entschied sich nach dem „Personalitätsprinzip“ – römisches Recht galt nur für römische Bürger etc.
24 P. Col. 123 (Alexandria, 14. März 200 n. Chr.); vgl. W. L. Westermann, A. A. Schiller, *Apokrimata. Decisions of Septimius Severus on Legal Matters*, New York 1954.
25 P. Giss. I 40 (Hermupolis, ca. 215 n. Chr.).

26 P. Oxy. XVII 2031 (Oxyrhynchos, Mitte des 3. Jh. n. Chr.); erhalten sind Gai. Inst. IV 57 und 68–73.
27 P. Oxy. XXXI 2565 (Alexandria, 224 n. Chr.).
28 P. Petaus 121 (Ptolemais Hormu, ca. 182–187 n. Chr.).
29 P. Petaus 11 (Ptolemais Hormu, 2. Mai 184 n. Chr.).
30 F. Preisigke, *Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden*, Bd. I–III, Berlin 1925–1931.
31 F. Preisigke, E. Kießling, H.-A. Rupprecht, *Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten*, Bd. I (1915) – Bd. XXII (2001).

ein leichtes Auffinden und die klare Identifizierung aller Papyri durch eine Publikationsnummer zu gewährleisten, sowie die Berichtigungsliste,³² eine heute bereits auf zehn Bände angewachsene Übersicht aller zu Editionen vorgeschlagenen Korrekturen.

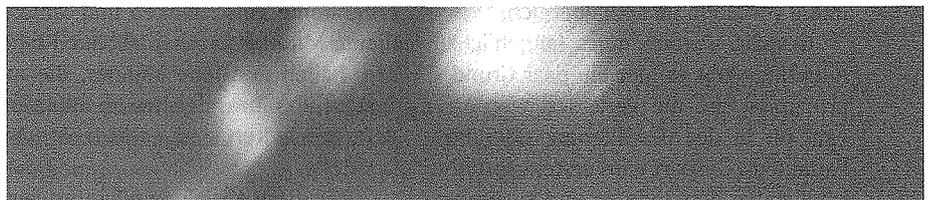
Heute machen sich die Papyrologen die modernen technischen Entwicklungen bestmöglich für ihre Editionsarbeit wie für die Auswertung der Papyri zunutze: Der Großteil der edierten Texte ist in der Duke Data Bank auf CD-Rom oder im Internet über Perseus³³ abrufbar, wobei die Suche nach einzelnen Wörtern, Wortkombinationen oder Wortteilen im gesamten Material oder mit einer örtlichen oder zeitlichen Beschränkung erfolgen kann und so in wenigen Sekunden das Auffinden von Paralleltexten ermöglicht. Die neuesten, noch nicht in der Datenbank der Duke University aufgenommenen Editionen sind in der im Netz abrufbaren Wörterliste³⁴ in Form von Gesamtindices kontrollierbar. Das Heidelberger Gesamtverzeichnis,³⁵ eine weitere Datenbank mit allen publizierten Texten und Suchfeldern wie Datum, Herkunft, Titel und Schlagwörter ermöglicht es beispielsweise, alle Kaufverträge aus dem 2. Jh. n. Chr. oder alle in das Jahr 27 v. Chr. datierten Papyri abzurufen. Von dort wandert man per Mausklick zum griechischen Text der Urkunde in der Duke Data Bank und mit einem weiteren Mausklick erscheint ein Foto des Papyrus am Bildschirm, so der Text bereits von einem der umfangreichen Digitalisierungsprojekte³⁶ gescannt wurde – und all das innerhalb von Sekunden und ohne noch ein einziges Buch aufzuschlagen!

Als Ludwig Mitteis, einer der Väter der juristischen Papyruskunde, in einem Vortrag am 5. April 1900 sagte: „so könnte . . . für die Alterthumsforschung die Prognose aufgestellt werden, dass auf die Erz- und Steintafeln, welche die Erforschung der Antike im neunzehnten Jahrhundert beherrscht haben, im zwanzigsten die Herrschaft des Papyrus folgen wird“,³⁷ sah er zwar voraus, welche Bedeutung die Papyri als

Quellen im Rahmen der Altertumsforschung erlangen werden, wie die Arbeit des Papyrologen am Ende des 20. Jahrhunderts aussehen würde, davon konnte Mitteis wohl keine Vorstellung haben.

Ist nun am Beginn des 21. Jahrhunderts das „Jahrhundert der Papyrologie“ tatsächlich zu Ende? Die riesige Zahl noch unpublizierter Texte erlaubt es, die Frage mit einem klaren Nein zu beantworten. Dass das Reservoir an interessanten Dokumenten längst nicht ausgeschöpft ist, zeigt der vor wenigen Monaten unter großem Aufsehen publizierte Kleopatra-Papyrus.³⁸ Der Text aus dem Jahr 33 v. Chr. ist ein Erlass der Königin Kleopatra VII., in dem sie Publius Canidius Crassus, Feldherr des Marcus Antonius, Oberbefehlshaber des Landheeres bei Actium, umfangreiche Privilegien gewährte – ein Dokument von höchster (rechts)historischer Relevanz. Ob das erhaltene Papyrusblatt tatsächlich das Originaldokument darstellt und der am Ende angefügte Ausführungsbefehl „So soll es geschehen“ tatsächlich von Kleopatras eigener Hand stammt, oder ob in der Urkunde vielmehr eine der wohl zahlreichen Abschriften des Textes zu sehen ist, bleibe dahingestellt – zu reizvoll ist die Vorstellung der federführenden Königin, die eben dieses Blatt Papyrus vor mehr als 2000 Jahren in Händen hielt, als dass man sie nicht benutzen sollte, um sich die immense zeitliche Distanz zwischen Schreiber und Leser zu verdeutlichen, die jedes einzelne Papyrusfragment für uns überbrückt.

Mag^a. Claudia Kreuzsaler ist Vertragsassistentin am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien und Mitarbeiterin der Österreichischen Akademie der Wissenschaften im Rahmen des START-Projektes zur Edition griechischer Papyrusurkunden aus Ägypten.



32 F. Preisigke et al., *Berichtigungsliste der griechischen Papyrusurkunden aus Ägypten*, Bd. I (1922) – Bd. X (1998).

33 <http://www.perseus.tufts.edu/Texts/papyri.html>.

34 <http://www.uni-heidelberg.de/institute/fak8/papy/WL/WL.html>.

35 <http://www.rzuser.uni-heidelberg.de/~gv0/gvz.html>.

36 Vgl. etwa für die Kölner Papyrussammlung: <http://www.uni-koeln.de/phil-fak/ifa/NRWakademie/papyrologie>.

37 Zitat nach Alain Martin, *Das Jahrhundert der Papyrologie?*, APF 46 (2000) 2.

38 P. Bingen 45 (Alexandria, 23. Feb. 33 v. Chr.); vgl. P. van Minnen, *An official act of Cleopatra (with a subscription in her own hand)*, *Ancient Society* 30 (2000) 29–34.

Men's dreaming (gender)

Iris Kugler

Nach einem grenzwertigen Wienwahlkampf, der der Partei der kleinen Männer einmal mehr Gelegenheit gab, von eigenen „Ismen“ durch substanzloses heftig fuchtelndes Zeigen auf die anderen abzulenken, liegt die Rechnung nunmehr vor. Es hat nichts geholfen: „Drogen – auch ich bin Mutter“ – Wir haben's alle nicht wirklich verstanden. da die Existenz von „mother's little helpers“ der Vaterpartei wohl kaum verborgen geblieben sein kann. Folgerichtig wurde medial paradox interveniert und so die Substanzlosigkeit wahrnehmbar dargestellt. Das Lieblingsparadoxon: „Pragmatisierung: ich komme auch aus Prag“. Dass die einzig wahrnehmbare Substanz des Wahlkampfes der F in Antirassismus-Berichten nachzulesen ist, sei nur am Rande bemerkt.

Leider steckt in diesem Programm aber sehr wohl System, nämlich das System eines konsequenten gesellschaftspolitischen Rückschritts. Ein paar Versprechungen wurden zwar bei Regierungsantritt noch gemacht, um die damals aufgewühlten Gemüter zu beruhigen. Mittlerweile materialisieren sich die Befürchtungen aber in Form gestrichener Planstellen, zugesperrter Büros, abgelehnter Projekte gekündigter Mitarbeiterinnen und einer zunehmend resignierten Stimmung vor allem im Sozialbereich.

Gespart werden muss (angeblich). Allerdings gibt es hier ein paar Grundprinzipien die nie verlassen werden, egal ob in der Bevölkerung oder im Parlament: Gespart wird erstens grundsätzlich bei den anderen und zweitens bei jenen, die sich nicht effizient genug wehren können. Wenn also auch im Parlament gespart wird und die Regierungsparteien auf dieses gute Beispiel verweisen, dann sei am Rande bemerkt, dass die Maßnahmen in erster Linie die Opposition treffen. Beispiels-

weise in Form eines gesperrten Seiteneingangs bei den Grünen, weil der Portier zufällig gerade dort abgebaut wurde. Oder gesamtgesellschaftlich wie üblich und erprobt bei den Frauen, weil die ja ohnehin bereits gleichgestellt sind. Und wer ausspricht, dass dies vielleicht nicht so sein könnte, die oder der diskriminiert sie wirklich.

Dass Frauen für die gleiche Leistung immer noch weniger verdienen, nachzählbar weder in der Politik noch in irgendwelchen anderen Entscheidungsgremien zu 50% vertreten sind, obwohl sie die Bevölkerungsmehrheit darstellen, dass sie wesentlich schneller von Armut bedroht sind, sei es als Alleinerzieherinnen oder als Mindestrentnerinnen, sind wohl lauter Zufälle, auf die man politisch nicht reagieren muss. Bzw. so, dass man ganz im Sinne von gender mainstreaming (men's dreaming) für all jene armen Männer, die sich in diesem Land diskriminiert fühlen, eine eigene Abteilung einrichtet. Da darf natürlich nicht gespart werden. Schließlich sind laut dem letzten Jahresbericht der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie (Polizeiinterventionen im Familienbereich) die Männer zu 4,8% von weiblicher Gewalt betroffen (Frauen von Männergewalt zu rund 95,2%). Während also Frauenberatungsstellen ihre Programme einschränken und langgediente Mitarbeiterinnen abbauen müssen, haben nun jene Männer, die am System, das ihresgleichen zu 100% fördert, gescheitert sind, endlich eine Anlaufstelle.

Dass diese Abteilung pikantes auch noch 6/6 heißt, ist ein klares Signal von Minister Haupt. Die Frauen mögen sich auf jene Funktionen besinnen, die ihnen der mainstream (men's dream) aller Emanzipation zum Trotz immer schon zugeschrieben hat und zuschreibt. Da passt das Kindergeld ge-

nauso gut hinein wie die Weigerung, Kinderbetreuungseinrichtungen weiter auszubauen. Und egal, wie viel Frauen leisten und weiterbringen – letztlich werden sie immer noch nach jenen Kriterien beurteilt, die für jene wichtig sind, die die Macht haben (also 6/6). Allein diese Bezeichnung wird für die Hilfe suchenden Männlein, für die es diese Abteilung gibt, wohl zu psychischen Spontanverbesserungen führen. Natürlich diskriminiert dieses System auch Männer und fühlen auch sie sich benachteiligt. Wollen diese jedoch daran etwas ändern, dann ist nicht zu übersehen, dass ihre Interessenvertreter faktisch überall sitzen und ihnen somit auch jede Möglichkeit einer wirksamen Intervention zur Verfügung steht.

Doch dann gibt es freilich noch die, die völlig außerhalb der Wende und der Systemkorrekturen stehen. Weil sie sich ganz einfach und unverschämt als Elite definieren. Anders ist wohl nicht zu erklären, dass es politisch aktive, von machtvollen Parteikollegen geförderte Frauen in der F und in der ÖVP gibt, die ihren jeweiligen Parteiprogrammen zum Trotz nicht ausschließlich mit der Reproduktion ihrer Ernährer und der Obsorge gnadenvoller Lendenfrüchte beschäftigt sind. Dies ist einzig mit Elitedenken oder gar keinem erklärbar. Oder die Tatsache, dass es unterhalb der Ministerebene Spitzegehälter zu geben scheint, die mit Leistung (soweit diese bislang wahrnehmbar ist) nicht zu erklären sind.

Anlass zur Hoffnung gibt jedoch die Tatsache, dass die Partei der Fleißigen und Anständigen über einen dermaßen unbegrenzten Fundus an qualitätsgeprüften Lichtgestalten zu verfügen scheint (Krüger, Sickl, Schmid, Ortlieb, Kabas, Fabel, Forstinger, Böhmendorfer usw), dass es nicht einmal einer starken Opposition bedarf, um hier irgend etwas aufzuzeigen.

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Themen im Jahr 2001:

Nummer 3/2001: Eingebildete Ausbildung – ausgebildete Einbildung

Nummer 4/2001: Das Ende der Kommunikation

HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer,
RAA Drⁱⁿ. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information,
A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

Das Redaktionsteam:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus
Forgó, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner, Mag^a. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian
Oppitz, Mag^a. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin



.....

Ich bestelle das juridikum: (Seite einfach kopieren, ausfüllen und absenden!)

Jahresabonnement	zum Preis von à öS 360,-
StudentInnenabonnement*)	zum Preis von à öS 240,-
Förderabonnement	zum Preis von à öS 600,-

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten.

*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

Telefax: (01) 610 77-589

Verlag Österreich GmbH – Vertrieb
Rennweg 16
A-1030 Wien

Absender

Name/Kanzlei

Kontaktperson

Straße

PLZ/Ort

Telefon

Datum/Unterschrift

Die Führungskraft.



50th Anniversary

LAND CRUISER 100 Nichts kann Sie aufhalten. Ihr Antrieb hat Sie dorthin geführt, wo Sie heute sind: an der Spitze. Im Toyota Land Cruiser 100. Mit 4,2 l 6-Zylinder 24 V TDi-Motor und starken 150 kW/204 PS. Oder mit 4,7 l 32 V V8-Benziner und kraftvollen 173 kW/235 PS. Und weil Sie beruflich ganz oben sind, fahren Sie auch privat ganz vorne mit. Erfahren Sie exzellente Führungsqualität. Testen Sie den Toyota Land Cruiser 100. Ab sofort bei Ihrem Toyota Partner. Toyota Frey Austria Ges.m.b.H., Generalimporteur für Österreich. www.toyota.at