

juridikum

nr 1/2010

thema

bewegungen im recht 20 jahre juridikum

Für Context herausgegeben von

Judith Schacherreiter, Alexia Stuefer, Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Lukas Oberndorfer

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Bewegungen im Recht

Zwischenbilanz und Zukunft eines kritischen Zeitschriftenprojekts

Die Zeitschrift *juridikum* entstand 1989 vor dem Hintergrund und als Ausdruck einer sozialen Bewegung. Der Uni-Streik 1987, in dem nicht nur die Verschlechterung der Studienbedingungen, sondern allgemein die erste Welle der neoliberalen Restrukturierung des Sozialen thematisiert wurde, führte auch an der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu einer Politisierung der Studierenden, die letztlich in das Projekt einer neuen Rechtszeitschrift mündete.¹ Die Zeitschrift beschrieb sich selbst als „fortschrittlich“ und meinte damit, so die Definition durch den Trägerverein, „dass die vermittelten Inhalte auf eine Weiterentwicklung bzw auf eine Überwindung bestehender gesellschaftlicher Verhältnisse gerichtet sind.“² Auf der Basis dieser Grundeinstellung machte das *juridikum* Lehr- und Forschungsinhalte sowie deren Selbstdarstellung, die Rechtspraxis und die Rechtsform an sich zum Gegenstand seiner Kritik. Es ging darum, die blinden Flecken eines rein rechtsdogmatischen Diskurses offenzulegen und ihn zu kontextualisieren, insbesondere in Bezug auf bestehende Herrschaftsverhältnisse.

Diese Stoßrichtung konkretisierte sich seit 1989 in der Bearbeitung einer großen Bandbreite von Themenfeldern. Bis heute sind diese sehr vielfältig; nicht nur im Rückblick lassen sich aber gewisse inhaltliche Schwerpunkte zusammenfassen.³ Häufig verhandelt wurden etwa Fragen des Straf- und Polizeirechts, was sich schon daraus erklären lässt, dass in diesen Bereichen Beziehungen zwischen Recht und Herrschaftsverhältnissen sehr unmittelbar und deutlich sichtbar werden. Ähnliches gilt für das Fremdenrecht. Dazu kommen Fragestellungen im Zusammenhang mit Diskriminierung aller Art, der Umgang mit und die Ermächtigung von Randgruppen und Minderheiten sowie Praxis und Diskurs der Menschenrechte im Allgemeinen. Einen weiteren Themenbereich stellt das Soziale im weitesten Sinne dar, wozu etwa Fragen von Armut, Wohnraum, Arbeit oder Familie zählen. Auch der Kritik der Geschlechterverhältnisse widmet sich das *juridikum* seit seinen Anfängen. Wo es um die Differenz zwischen Recht und Gerechtigkeit geht, kann und darf freilich die kontinuierliche Widersetzung gegenüber der Weiterwirkung von faschistischen und nationalsozialistischen Strukturen und Tendenzen nicht fehlen.

Ab Mitte der Neunziger wurden auch verstärkt Probleme aufgegriffen, die im Zu-

1 Zu Gründung und Entwicklung der Zeitschrift vgl die anlässlich des zehnjährigen Jubiläums und dem Ende der Eigenverlegung erschienenen Beiträge von *Windbager, Wedl, Wimmer, Beran, Echsel, Zöchling, und Kugler* in *juridikum* 1999, 3-5 & 60-65 sowie *Oberndorfer*, Recht als Gegenstand sozialer Kämpfe: *juridikum*. – ein kritisches Publikationsprojekt in Österreich, *Kritische Justiz* 2008, 244.

2 Abgedruckt in *juridikum* 1990, 15.

3 Das 20jährige Erscheinen der Zeitschrift wurde zum Anlass genommen, sämtliche Hefte digital zu erfassen. Das erweiterte und nunmehr vollständige Archiv kann unter juridikum.at eingesehen werden.

sammenhang mit neuen Technologien, Kommunikationsformen und geistigem Eigentum auftreten: Cyberlaw, Biotechnologien, Datenschutz, Aneignung und Monopolisierung von Wissen und Information. Vor allem in den letzten Jahren wurden außerdem zunehmend Fragen der globalen Weltordnung gestellt und der Blick den Rechtssystemen der peripherisierten Länder zugewendet. Schließlich wurden auch immer wieder rechtstheoretische und -methodische Themen behandelt und der Rechtsdiskurs als solcher reflektiert, dies etwa im Hinblick auf Ansprüche von Selbstbestimmung, Demokratie und Gesetzesbindung. Dabei ging es immer wieder auch um die Selbstreflexion der Rechtswissenschaften, der Jurist_innen und der juristischen Praxis.

Schließlich widmete sich das *juridikum* wiederholt auch bildungspolitischen Fragen. Diese Auseinandersetzung inkludierte die Reflexion über das eigene Umfeld. Wie eingangs erwähnt, entstand das *juridikum* aus einer studentischen Bewegung heraus. Seit damals ist die Zeitschrift zumindest durch einen Teil ihrer Herausgeber_innen und Redaktionsmitglieder immer an den Universitäten verankert gewesen (im Besonderen in Wien und Graz), wobei auch ständig Jurist_innen aus der Rechtspraxis als Herausgeber_innen und Redaktionsmitglieder aktiv waren. Mit der Zeit wandelte sich das *juridikum* von einem studentischen in ein professionalisiertes Projekt, was sich vor allem darin manifestierte, dass es seit dem Jahr 2000 nicht mehr im Eigenverlag sondern im Verlag Österreich erscheint. Herausgeber_innen und Redaktionsmitglieder sind heute überwiegend in Justiz, Anwaltschaft und rechtswissenschaftlichen Fakultäten verankert.

Mit anderen Worten: Das *juridikum* ist heute organisatorisch viel stärker innerhalb des Rechtssystems und den rechtswissenschaftlichen Institutionen verankert als in seinen Gründungsjahren. Eine solche Verankerung kann sich nachteilig auf die kritische Stoßrichtung einer juristischen Zeitschrift auswirken, die sich an die Bedürfnisse sozialer Bewegungen außerhalb des Rechtssystems rückbinden und deren Forderungen in dieses System übersetzen will.⁴ Diese Problematik wurde in den Redaktionssitzungen immer wieder kritisch reflektiert. Unsere gemeinsame Positionierung in dieser Hinsicht lässt sich folgendermassen skizzieren: Wir verstehen Recht als ein relational autonomes System,⁵ in dem sich Herrschaftsausübung und emanzipatorische Kämpfe schneiden. Kritische Rechtswissenschaften sowie kritische Rechtspraxis können und müssen daher sowohl in wie auch ausserhalb des Rechtssystems agieren. So lassen sich gesellschaftliche Kämpfe ins Rechtssystem transformieren, etwa indem man bestimmte gesellschaftliche Gruppen anwaltlich vertritt oder ihre Rechte im rechtsdogmatischen Diskurs festschreibt. Damit wird das Rechtssystem selbst zu einem Ort kritischer Rechtspraxis. Auf der anderen Seite setzt die rechtswissenschaftliche Codierung dieser kritischen Ausrichtung aber auch Grenzen. Als Zeitschriftenprojekt wollen wir uns daher nicht

4 In den ersten zwei Jahren des Erscheinens hatte das *juridikum* auch eine Rubrik mit dem Titel „In Bewegung“. Dort konnten sich juristische NGOs und soziale Bewegungen selbst vorstellen, unter anderen das Rechtskomitee Lambda, der Flughafen Sozialdienst oder „Bürger beobachten die Polizei“.

5 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion – Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2007).

auf Praxen innerhalb der Logik des Rechts beschränken. Wir erachten es für notwendig, das Rechtssystem auch von außen zu kritisieren. Dies ist wohl grundsätzlich unumgänglich für all jene, denen der Status Quo Unbehagen bereitet und die sich mit dem Bestehenden nicht zufrieden geben wollen.

Hierin liegt das Spannungsverhältnis begründet, in dem das juridikum agiert, und zwar inhaltlich wie organisatorisch. Wir arbeiten im Rechtssystem und überschreiten es. Wir wollen uns in den rechtsdogmatischen Diskurs einklinken aber auch über denselben hinausgehen. Auf dieser Grundausrichtung basiert auch die vorliegende Jubiläumsnummer. Die einzelnen Beiträge beschäftigen sich mit dem Asyl- und Fremdenrecht als Spielball der Politik (Doris Einwallner), institutionellem Rassismus und den Kämpfen zu seiner Überwindung (Araba Evelyn Johnston-Arthur), der postfordistischen Fragmentierung des Rechtssystems am Beispiel des Rechts der Existenzsicherung (Nikolaus Dimmel), den Paradoxien im Ringen um emanzipatorisches Recht (Elisabeth Holzleithner), gewerkschaftlichen Grundrechten im Brennglas europäischer Gerichte (Valentin Wedl), theoretischen und praktischen Herausforderungen der globalen Bewegungen unter den Bedingungen des Postneoliberalismus (Ulrich Brand), dem internationalen Rechtsdiskurs im Kontext globaler Machtverhältnisse und dem ideologischen Mehrwert der Berufung auf die „rule of law“ in diesem Zusammenhang (Ugo Mattei/Marco de Morpurgo), den Wechselbeziehungen zwischen Norm, Subjekt und Begehren mittels der Verknüpfung von materialistischer Rechtstheorie und Psychoanalyse (Sonja Buckel/Julia König), den Bauplänen und Rahmenbedingungen von Gegeninstitutionen im Recht (Heinz Steinert) sowie der Kriminalisierung von zivilem Ungehorsam (Eva Maria Maier). In ihrer Gemeinsamkeit reflektieren diese Beiträge die klassischen Themenbereiche des juridikum und das oben beschriebene Spannungsverhältnis zwischen kritischer Praxis innerhalb des Rechts und der Überschreitung seiner Grenzen, der Demaskierung des Rechtssystems als Herrschaftsform und seiner Nutzbarmachung für emanzipatorische Bewegungen. Auf Recht als Schnittstelle zwischen Herrschaft und Emanzipation bezieht sich daher auch der Titel unserer Jubiläumsnummer: *Bewegungen im Recht*. Einerseits ist damit die Kritik des Rechts als machtförmige Wissenspolitik und Legitimierungsinstrument bestehender Herrschaftsverhältnisse angesprochen (vgl etwa die Beiträge von Ugo Mattei/Marco de Morpurgo und Nikolaus Dimmel). Auf der anderen Seite geht es um Gegenbewegungen im Rechtssystem. Die Doppeldeutigkeit des Titels „*Bewegungen im Recht*“, der auch im Sinne von „*Recht haben*“ verstanden werden kann, ist durchaus beabsichtigt. Konkrete soziale Bewegungen (vgl etwa Ulrich Brand; Araba Evelyn Johnston-Arthur; Eva Maria Maier; Valentin Wedl) spielen dabei eine wichtige Rolle, wir verstehen das Thema aber auch allgemeiner und abstrakter. Der Begriff „*Bewegungen*“ meint Rebellionen jeder Art - auch jene des Alltages -, Veränderungen, Paradigmenwechsel, Umbrüche und Aufbrüche (Sonja Buckel/Julia König; Heinz Steinert; Elisabeth Holzleithner). Diese können ua auf (zivil-)gesellschaftlicher, institutioneller oder wissenschaftlicher, lokaler oder internationaler Ebene, folglich in multiskalaren Zusammenhängen stattfinden.

Die Jubiläumsausgabe versteht sich als Zwischenbilanz eines Zeitschriftenprojekts, das

selbst aus einer sozialen Bewegung hervor ging. Gleichzeitig kann sie als Impuls für die zukünftige Entwicklung des juridikum verstanden werden, also für die Zukunft einer rechtswissenschaftlichen Zeitschrift, die Recht weiterhin als Schnittstelle zwischen Herrschaft und Emanzipation verhandeln will, immer um erstere zu brechen und letztere voranzutreiben.

Die Redaktion

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at

HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Judith Schacherreiter, Alexia Stuefer, Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Lukas Oberndorfer

Medieninhaber und Verleger:

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

Preis:

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

Redaktion:

Miriam Broucek, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Konrad Lachmayer, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Alice Wagner, Maria Windhager

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-

Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

AutorInnen dieser Ausgabe:

Ulrich Brand, Sonja Buckel, Nikolaus Dimmel, Doris Einwallner, Elisabeth Holzleithner, Araba Evelyn Johnston-Arthur, Julia König, Eva Maria Maier, Ugo Mattei, Marco de Morigio, Judith Schacherreiter, Heinz Steinert, Valentin Wedl

Offenlegung

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

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät der Universität Wien Schottenbastei 10-16, 1010 Wien
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351
judith.schacherreiter@univie.ac.at
RA^m Dr^m. Alexia Stuefer: stuefer@anwaltsbuero.at
RAA Mag. Ronald Frühwirth:
r.fruhwirth@kocher-bucher.at
Mag. Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:
lukas.oberndorfer@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

Inhaltsverzeichnis

- 1 Bewegungen im Recht
Zwischenbilanz und Zukunft eines kritischen Zeitschriftenprojekts
- 4 Impressum
- 6 Emanzipatorisches Recht
Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung
Elisabeth Holzleithner
- 15 The Dark Side of the Rule of Law: Reassessing Global Law and Its Legitimacy
Ugo Mattei and Marco de Morpurgo
- 24 The Revolution Is My Girlfriend
Sonja Buckel / Julia König
- 37 Gegen-Institutionen und Gegen-Wissen im Strafrecht:
am Beispiel des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie
Heinz Steinert
- 46 „Organisierte“ Kriminalität oder Ziviler Ungehorsam?
*Methodische und rechtsphilosophische Anmerkungen zur rechtsstaatlichen
Problematik der Strafverfolgung von TierschutzaktivistInnen gemäß § 278a StGB*
Eva Maria Maier
- 58 Kein Streik ohne Grundrecht!
Valentin Wedl
- 68 Asyl- und Fremdenrecht im Jahr 2010 – Bloß noch Spielball der Politik?
Doris Einwallner
- 78 Armut des Rechts im Recht der Armut
Ein Essay
Nikolaus Dimmel
- 90 Gegen und im globalen Konstitutionalismus
Emanzipatorische Politiken im globalen Kapitalismus
Ulrich Brand
- 101 ...“ We have chosen to break that silence.“
*Zur Bedeutung von Schwarzen sozialen Bewegungen
im Kontext von institutionellem Rassismus*
Araba Evelyn Johnston-Arthur

Emanzipatorisches Recht

Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung¹

Elisabeth Holzleithner

Die Benachteiligung von Frauen war nie einfach nur ein soziales Phänomen. Vielmehr wurde sie durch Recht normativ abgesichert und „legitimiert“. Schon aus diesem Grund musste Frauenpolitik (heute: eine Politik der Geschlechtergleichstellung) immer auch Rechtspolitik sein, ging es doch darum, rechtliche Benachteiligungen abzubauen und im Weiteren das Recht als Medium zur Gleichstellung einzusetzen. Schließlich ist Recht ein bedeutendes Mittel zur Steuerung der Gesellschaft; es ist demokratisch legitimiert, auf die Einhaltung der Menschenrechte verpflichtet und wird in institutionalisierter Weise durchgesetzt. Vom entsprechenden Einsatz des Rechts lassen sich durchaus Veränderungen in Richtung der Emanzipation benachteiligter Individuen und Gruppen erwarten. Ich spreche in einem solchen Fall ganz allgemein von „emanzipatorischem Recht“.²

Gleichzeitig waren die einschlägigen Bemühungen immer auch von ausgesprochener Skepsis begleitet, ob man sich mit dem Recht einen brauchbaren Verbündeten verschafft.³ Ein klassischer feministischer Standpunkt etwa kritisiert Recht als Phänomen männlicher Machtausübung, die sich im Rechtssystem verdichte und selbst legitimiere. Nicht zuletzt waren und sind in Rechtssetzung wie Rechtsprechung (vor allem in den höheren Instanzen) Männer deutlich überrepräsentiert. Dementsprechend hat das Recht inhaltlich wie strukturell (noch immer) eine Schlagseite. Feministische Studien haben in groß angelegten kritischen Entwürfen⁴ wie in vielfältigen Einzelanalysen⁵ die stereotypen Geschlechterkonstruktionen des Rechts demaskiert und seine maskulinistische Subjektkonstitution kritisiert.

Hinter jenen Normen, die formal gleich angewendet werden sollen, stehen Maßfiguren, die typischerweise männlich, aber auch weiß und einheimisch, heterosexuell und kulturell unauffällig sind. Auf ihre Bedürfnisse sind Rechtsnormen zugeschnitten. Die vielschichtigen, seit einiger Zeit unter dem Titel der Intersektionalität wahrgenommenen Positionierungen von Personen in verschiedenen sozialen Feldern ebenso wie die Komplexität von

1 Dieser Text ist eine gekürzte Version von *Holzleithner*, *Recht und Staat: Gegner oder Verbündete im Bemühen um Geschlechtergleichstellung?* In: Ludwig/Sauer/Wöhl, *Staat und Geschlecht. Grundlagen und aktuelle Herausforderungen feministischer Staatstheorie* (2009) 47-60. Ich danke Nikolaus Benke, Sonja Buckel, Ulrike Lembke und Birgit Sauer für Anregungen und Hinweise zu dieser früheren Version.

2 Vgl. *Holzleithner*, *Emanzipation durch Recht?*, *Kritische Justiz* (2008) 205-208.

3 *MacKinnon*, *Reflections on Sex Equality Under Law*, *Yale LJ* (1991) 1285.

4 Ein Klassiker ist *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

5 Siehe z.B. *Dowd/Jacobs* (Hg.), *Feminist Legal Theory. An Anti-Essentialist Reader* (2003); *Arioli et al.* (Hg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?* (2008); *Rudolf* (Hg.), *Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung* (2009).

Phänomenen wie dem Geschlecht selbst, das in seiner Zweigeschlechtlichkeit nicht einfach vorliegt, sondern durch das Recht mit konstituiert wird,⁶ werden im Recht nur unzulänglich wahrgenommen und schlagen sich in diskriminierenden, ausschließenden, personale Autonomie nicht hinreichend wahrnehmenden Bestimmungen nieder.

Probleme zeigen sich aber nicht nur bei der Ausgestaltung von Rechtsnormen, sondern auch bei deren Anwendung. Wer eine Angelegenheit zu einem rechtlichen Fall macht, involviert staatliche Institutionen, die der Situation ein ganz eigenes Gepräge geben. Deren Konzeption als Rechtsfall strukturiert die Interpretation sowohl der Teilnehmenden wie auch der Außenstehenden als einen Diskurs, der von wesentlichen Elementen eines Konflikts absehen muss: Seine Geschichte, die Gefühle der Beteiligten ebenso wie diverse relevant erscheinende Informationen können in rechtliche Verfahren nur sehr bedingt Eingang finden. Dadurch erweisen sie sich häufig als entfremdend. Dies wird dadurch verstärkt, dass die juristische Sprache von Alltagsverständigungen abgehoben ist und tendenziell abschreckend wirken mag.

Ist daher Recht aufgrund seiner strukturellen Merkmale überhaupt geeignet, emanzipatorische Wirkungen zu zeitigen und die Situation Benachteiligter tatsächlich zu verbessern? Die folgenden Überlegungen stellen sich dieser Frage. Sie beginnen mit der Frage, welche Strategien eingesetzt werden können, um zu emanzipatorischem Recht zu gelangen. Eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Arten emanzipatorischen Rechts bereitet eine Untersuchung jener paradoxen Effekte vor, welche die Schaffung solcher Bestimmungen zeitigen kann. Diese stellen sich typischerweise ein, wenn an Kategorien wie Geschlecht oder sexuelle Orientierung angeknüpft wird. Weitere Schwierigkeiten zeigen sich, wenn man den Blick auf die Rechtsanwendung richtet. Sie ist mit Unwägbarkeiten verbunden und durch den engen Zusammenhang von Recht und Gewalt belastet. Daher wird abschließend die Frage diskutiert, ob soziale Bewegungen tatsächlich an das Recht appellieren sollen.

1. Appelle an den Rechtsdiskurs

Auf dem Weg zu emanzipatorischem Recht können zwei Strategien eingeschlagen werden. Einerseits will man den demokratischen Gesetzgeber dazu bewegen, entsprechende Normen zu erlassen. Das ist allerdings ein langwieriger und mühseliger Prozess, geht es doch darum, eine parlamentarische Mehrheit von einem minorisierten Anliegen zu überzeugen, wie es die Angelegenheiten von Frauen (selbst keine Minderheit!), Lesben und Schwulen oder von Angehörigen ethnisch oder sprachlich minorisierter Gruppen üblicherweise sind. Daher wird zweitens noch eine andere (bisweilen nicht minder strapaziöse) Strategie verfolgt: Politische Forderungen werden mit der Argumentation vor Höchstgerichte getragen, die Gleichheit aller vor dem Gesetz gebiete die Ausdehnung gewisser Rechte auch auf jene,

6 Siehe dazu *Holzleithner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs. In: *Rudolf*, Geschlecht im Recht, 247-272.

die sie bislang nicht haben. Dabei besteht die Hoffnung, dass Gerichte den innerrechtlichen Appell an Grundrechte ernster nehmen als der demokratische Gesetzgeber. Dieser beugt sich – gleichsam in vorauseilendem Gehorsam – den in der Gesellschaft existierenden, von politischen AkteurInnen artikulierten Ressentiments mitunter allzu eifertig. Man gebraucht dann gern das Argument, die Gesellschaft sei „noch nicht so weit“.

Jene, die versuchen, Klagen vor Höchstgerichte zu bringen, hoffen demgegenüber auf die Kühnheit der Judikative. Sie soll etwa aus dem Gleichheitssatz Rechte generieren, welche dem Gesetzgeber aus Mangel an Grundrechtssensibilität bislang nicht abzurufen waren. Das neue Recht wird dabei als notwendige Folge des bereits geltenden „höheren Rechts“ interpretiert: Der demokratische Gesetzgeber, so die Argumentation, habe diese Frage auf grundrechtlicher Ebene bereits implizit entschieden; es sei nun nur noch die Aufgabe der Gerichte, einen einfachgesetzlichen „Fehler“ zu korrigieren. Eine grundrechtsgeleitete Interpretation soll dem Recht eine neue, progressive Deutung dessen geben, wer wir aufgrund des höchsten Rechts (füreinander) sein *sollen*. (KritikerInnen sehen demgegenüber weniger eine angemessene Interpretation des geltenden Rechts als richterlichen Aktivismus, der sich dem aktuellen Willen des Gesetzgebers nicht beugen will.)

Ein Erfolg im Bereich der Judikative kann dann durchaus zu einem Ping Pong-Spiel mit dem demokratischen Souverän führen. Ein Beispiel dafür ist die Situation in Kalifornien, wo das Höchstgericht zunächst entschieden hat, dass der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare vom Recht auf Eheschließung dem Gleichheitssatz widerspricht.⁷ Das Resultat war nicht nur eine wahre Heiratswelle auch prominenter gleichgeschlechtlicher Paare, sondern eine Initiative, diesem Boom durch die sogenannte Proposition 8, welche die Ehe als Gemeinschaft von Mann und Frau definiert, ein Ende zu bereiten.⁸ Im Zuge einer Volksabstimmung, die am Tag der Präsidentenwahl im Oktober 2008 durchgeführt wurde, entschied das kalifornische Wählervolk sich für eine Aberkennung des Rechts auf Heirat von gleichgeschlechtlichen Paaren. Nach einer Anfechtungsklage war wieder das kalifornische Höchstgericht am Zug; es entschied, dass das Volk dazu berechtigt war, diese Frage per Volksabstimmung zu entscheiden und ließ das Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen intakt. Anfang 2010 läuft aber ein neuerliches Verfahren (*Perry v. Schwarzenegger*), nun vor einem Bundesgericht, das klären soll, ob das Eheverbot dem Gleichheitsgebot der Verfassung widerspricht. Es wird damit gerechnet, dass der Fall bis vor das US Supreme Court gelangen könnte.

2. Arten emanzipatorischen Rechts

Bislang war relativ abstrakt von emanzipatorischem Recht die Rede. Im Folgenden ist dieser Begriff etwas aufzufächern. Historisch gesehen ging es zunächst darum, diskri-

7 *In re Marriage Cases*, 15.05.2008; Supreme Court of California, S147999.

8 <http://www.voterguide.sos.ca.gov/title-sum/prop8-title-sum.htm>; 24.11.2008.

minierende Ungleichbehandlungen aufzuheben. Auf diese Art wird *formelle Gleichheit* hergestellt – jedenfalls auf normativer Ebene. Aber nicht nur der Staat und sein Recht dürfen nicht diskriminieren – auch Unternehmen am Markt für Arbeitsplätze, Güter und Dienstleistungen haben sich den Normen der Gleichbehandlung zu beugen.⁹

Allerdings ist nicht jede Ungleichbehandlung auch eine Diskriminierung. Bisweilen bedarf es gerade unterscheidender, an bestimmte Merkmale anknüpfender Normen, um reale im Gegensatz zu bloß formaler Gleichheit zu gewährleisten. Entsprechende Normen sehen etwa *Förderungen* für Angehörige benachteiligter Gruppen vor. Solche Förderungen knüpfen an das Benachteiligung auslösende Merkmal an und sollen strukturelle Hürden aus dem Weg räumen. Dazu gehören beispielsweise Quotenregelungen. Sie gebieten, dass Angehörige eines Geschlechts im Fall von dessen Unterrepräsentation bei der Verteilung von bestimmten Gütern vorrangig berücksichtigt werden sollen. Dabei kann es etwa um Arbeitsplätze, Karrieresprünge oder subventionierte Kinderbetreuungsplätze gehen.

Des Weiteren finden sich Bestimmungen, die vor spezifischen Arten von Gewalt schützen sollen und dabei auch an bestimmte Zugehörigkeiten anknüpfen. Dies betrifft den personalen Nahraum im Kampf gegen häusliche, vorwiegend gegen Frauen und Kinder gerichtete Gewalt oder Gewalt, die gegen Personen allein aus dem Grund gerichtet wird, weil sie (scheinbar) bestimmten Gruppen angehören (z.B. Homosexuelle oder Angehörige von ethnischen oder religiösen Gruppen).

Speziell zum Vorantreiben der Geschlechtergleichheit gibt es schließlich auch noch die Strategie des Gender Mainstreaming. Sie verlangt von allen verantwortlichen AkteurInnen die Berücksichtigung der Geschlechterfrage, wenn sie politische Maßnahmen entwickeln und implementieren. Entsprechend findet sich in Art 8 AEU-Vertrag die Vorgabe für die Europäische Union, bei all ihren Tätigkeiten darauf hinzuwirken, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern“.

3. Dilemma der Differenz¹⁰

Emanzipatorisches Recht knüpft vielfach an jene Kategorie an, die den Ausschlag für die Benachteiligung gegeben hat, um kompensatorisch tätig zu werden oder um auf typische Bedürfnisse von Trägerinnen dieses Merkmals einzugehen. Auf den ersten Blick ist die Notwendigkeit dazu offensichtlich, wenn man über bloß formale Gleichheit hinausgehen will. Bislang bedarf es der expliziten Benennung, um deutlich zu machen, dass die Angehörigen der angesprochenen Gruppe überhaupt mit Rechten ausgestattet sind – die Bewegung um Frauenrechte als Menschenrechte ist ein bekanntes Beispiel dafür.¹¹ Solche

9 Vgl. Baer, Frauen und Männer, Gender und Diversität: Gleichstellungsrecht vor den Herausforderungen eines differenzierten Umgangs mit Geschlecht. In: Arioli, Wandel der Geschlechterverhältnisse, 21-37.

10 Siehe zum Folgenden bereits Holzleithner, Emanzipation durch Recht?.

11 Siehe dazu Markard/Adamietz, Herausforderungen an eine zeitgenössische feministische Menschenrechtspolitik am Beispiel sexualisierter Kriegsgewalt, Kritische Justiz (2008), 257-265.

Bezugnahmen führen allerdings geradewegs in eine Problematik, die als „Dilemma der Differenz“¹² bekannt ist. Wendy Brown bezeichnet sie als fundamentale Paradoxie eines emanzipatorischen Rechts, das an Identitätsmerkmale anknüpft: „To have a right *as* a woman is not to be free of being designated and subordinated by gender.“¹³ Indem Frauen *als Frauen* Rechte zugesprochen werden, können wiederum Erwartungen und Verhaltensanforderungen an Frauen entstehen oder jedenfalls verfestigt werden.

Wie hat man sich diese Problematik im Rechtsdiskurs vorzustellen? Auf Frauen zugeschnittene Rechte stellen Antworten auf Situationen dar, in die Frauen typischerweise geraten und in denen sie dann bestimmte Bedürfnisse haben oder artikulieren. Die damit beispielsweise angesprochenen Regelungen bezüglich Schwangerschaft und Mutterschaft sollen u.a. Frauen davor schützen, aus diesen Gründen diskriminiert zu werden und ermöglichen ihnen – üblicherweise in höherem Ausmaß als Männern – berufliche Auszeiten für die Kindererziehung in Anspruch zu nehmen. Durch das Eingehen auf solche typischen Bedürfnisse wird die Vorstellung befördert, dass Frauen erstens genau in solche Situationen kommen und dann zweitens auch die entsprechenden rechtlichen Möglichkeiten wahrnehmen.

Spezielle Rechte für Frauen tragen also dazu bei, dass die Kategorie „Frau“ einen bestimmten Inhalt bekommt, der dann auf alle Frauen (eines bestimmten Alters) umgelegt wird. Dadurch werden Geschlechterstereotypen verfestigt, was wiederum zur weiteren Benachteiligung beitragen kann. *Keine* speziellen Rechte für Frauen zu institutionalisieren ist freilich auch keine Lösung – und damit kommen wir zur zweiten Seite des Dilemmas. Denn bloß formale Gleichheit bedeutet häufig, dass auf die realen Probleme vieler Frauen nicht eingegangen wird, dass sie geradewegs im Stich gelassen werden. Debatten um die vorrangige Berücksichtigung von Frauen bei der Vergabe von Kinderbetreuungsplätzen als Maßnahme der Frauenförderung können hier als Beispiel genannt werden.¹⁴

Das Dilemma der Differenz ist nicht einfach zu überwinden, denn rechtliche Regelungen knüpfen notwendig an bestimmte Merkmale und typische Situationen an, die aufgrund sozialer Vorverständnisse unvermeidlich geschlechtlich konnotiert sind. Im Rahmen der Geschlechterhierarchie ist dies für Frauen vielfach mit Abwertungen verbunden. Das hat auch Auswirkungen auf die Wahrnehmung von emanzipatorischem Recht: Frauenfördermaßnahmen werden in diesem Licht nicht als Antwort auf strukturelle Behinderungen gesehen, sondern als Reaktion auf Schwächen, die Frauen als inhärent zugeschrieben werden. Das Rechtssubjekt Frau erscheint so als schwach und bedürftig, anders als das Rechtssubjekt Mann, dem typischerweise Autonomie beigemessen wird. Dass dies ein selektives und verzerrendes Bild ist, dürfte sich von selbst verstehen. Jeder Mensch, ob Mann

12 *Minow*, Making All The Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law (1990) 20.

13 *Brown*, Suffering Rights as Paradoxes, *Constellations* (2000) 232.

14 In seinem Urteil im Fall *H. Lommers gegen Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, EuGH, 19.03.2002, Rs. C-476/99, Slg. I-2891 fächert der EuGH diese Problematik im Detail und höchst differenziert auf.

oder Frau, reüssiert nicht einfach aus dem Nichts heraus, sondern ist, eigene Fähigkeiten hin oder her, von Beziehungen zu anderen abhängig. Die stereotype Gegenüberstellung der beiden Pole „weibliche“ Schwäche und Abhängigkeit versus „männliche“ Stärke und Unabhängigkeit ist ein Zerrbild, das nicht zuletzt den relationalen Charakter von Autonomie vernachlässigt.

4. Das Opfer als Rechtssubjekt – eine paradoxe Subjektposition

Bilder von weiblicher Schwäche und Abhängigkeit beeinträchtigen auch die Wahrnehmung dessen, was eine Frau tut, wenn sie sich mit einem Rechtsbehelf gegen Diskriminierung oder Gewalt wehrt. Häufig wird die These vertreten, dies bedeute, die Position eines *Opfers* einzunehmen.¹⁵ Dem ist allerdings nur bedingt zuzustimmen. Denn die Situation ist zumindest paradox, ist doch dieses Annehmen des Opferstatus gleichzeitig ein Akt des Widerstands: Das Opfer begehrt auf. Die Mobilisierung des Rechts soll dazu dienen, den Status des Opfers gerade zu *überwinden*. Menschen mit Gewalt- und Diskriminierungserfahrungen sind ohnehin Opfer. Die Frage ist in der Folge, ob sie sich durch entsprechendes Involvieren des Rechtsdiskurses auf jene Rolle einlassen wollen, die im Recht dafür angeboten wird, um sich dagegen aufzulehnen.

Wie wird nun das Opfer zum aktiven Rechtssubjekt? An den Rechtsdiskurs werden sich Opfer von Benachteiligung und Gewalt nur dann wenden, wenn sie bereits ein entsprechendes Rechtsbewusstsein entwickelt haben. Stellen wir uns vor, eine Frau erleidet an ihrem Arbeitsplatz einen sexuellen Übergriff. Bei entsprechendem Bewusstsein ihrer Rechte wird sie dies nicht als bloß unangenehmes, unkollegiales oder „witziges“ Verhalten deuten, sondern als Akt, der potenziell mit dem geltenden Recht kollidiert. Das Nämliche gilt für andere Formen der Diskriminierung oder für den Fall, dass eine Frau Opfer von häuslicher Gewalt wird. Durch die rechtliche Brille betrachtet, ist etwa der Akt des Geschlagenwerdens nicht Ausdruck eines unabwendbaren Frauenschicksals, sondern eine Verletzung ihrer Rechte. Diese Deutung kann als Ergebnis von gesellschaftlichen Auseinandersetzungen hinsichtlich der Interpretation von Ereignissen gesehen werden. Sie werden in das Recht hineingetragen und können nun (auch) mit dessen Mitteln ausgetragen werden.

Wie kommt es dazu, dass jemand dazu gelangt, bestimmte Belange in Rechtsbegriffen wahrzunehmen und daraufhin zu handeln? Prinzipiell bedarf es dafür neben den rechtlichen Grundlagen der Information, deren Anwendung auf die eigene Situation sowie des Vertrauens darin, dass die rechtlichen Institutionen jenes Anliegen ernst nehmen, mit dem sie adressiert werden. Merry spricht in diesem Zusammenhang von „institutional recep-

15 *Bumiller*, Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (1987) 431.

tivity“, also einem Entgegenkommen der Institutionen der Rechtsanwendung.¹⁶ Je nach Situiertheit von Betroffenen wird dies unterschiedlich sein: abhängig von ihrem Bildungsgrad, ihrer beruflichen Situation, ihren sprachlichen Fähigkeiten, aber auch der von ihrer nationalen Herkunft abhängigen politischen und sozialen Berechtigung. Einschlägige Erfahrungen mit dem Recht, seinen Institutionen und RepräsentantInnen haben entscheidenden Einfluss darauf, ob das Recht als Mittel der Wahl im Vorgehen gegen Übergriffe erscheint. Andernfalls mag man zu anderen Mitteln greifen respektive die Übergriffe als schicksalhaft annehmen oder durch verschiedene Strategien der Vermeidung versuchen, der Situation zu entkommen.

Basierend auf einem poststrukturalistischen Konzept individueller Identität als Schnittstelle mehrfacher und auch potenziell widersprüchlicher Subjektpositionen¹⁷ charakterisiert Merry die Hinwendung zum Recht als einen hochkomplexen Prozess, im Zuge dessen eine neue Subjektposition ausprobiert wird. Durch Initiieren eines Verfahrens zum Rechtssubjekt zu werden, bedeutet, sich der Eigenlogik des Rechts zu unterwerfen. Derartige Interventionen sind keine einmaligen Handlungen. Das Vorgehen gegen Gewalt und Diskriminierung ist ein kontinuierlicher Prozess, der Angst machen kann und Überwindung kostet und der häufig mehrerer Anläufe bedarf. Wenn der erste Schritt getan ist, bedarf es vieler weiterer Schritte, um den Konflikt als *rechtlichen* Konflikt aufrechtzuerhalten und ihn im Rahmen des Rechtsdiskurses abzuhandeln. Dabei geht es u.a. darum, die neue Subjektposition der rechtlichen Akteurin mit anderen Subjektpositionen zu vereinbaren, die in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu stehen: etwa dem Wunsch, eine „gute Ehefrau“ zu sein, die ihrem Mann loyal beisteht und ihn nicht wegen häuslicher Gewalt an die Behörden ausliefert. Bestärkend mag demgegenüber das Bild der „guten Mutter“ wirken, die ihre Kinder vor einem gewalttätigen Partner schützt.

Durch die Anrufung des Rechts werden die Kräfteverhältnisse innerhalb einer Beziehung verschoben. Das bedeutet nicht, dass eine Person damit automatisch selbstbewusst, autonom und mächtig wird. Vielmehr zeigen sich gerade in der Praxis des Antidiskriminierungsrechts und des Rechts gegen Gewalt erhebliche Hürden. Sie sind umso höher, je mehr die Person dabei auf sich allein gestellt ist, wenn also der Einzelnen individuell auferlegt wird, sich darum zu kümmern, nicht diskriminiert und nicht angegriffen zu werden. Je größer demgegenüber die institutionelle Unterstützung ist, desto eher lassen sich die ohnehin auftauchenden Unwägbarkeiten und Unannehmlichkeiten eines rechtlichen Verfahrens ertragen. Eine wichtige Rolle können hier Verbände spielen, die auf die Vertretung von Personen in solchen Verfahren spezialisiert sind.

Damit sind auch die Kosten solcher Verfahren angesprochen. Sie sind nicht nur finanzieller Art; sie betreffen auch Auswirkungen auf verschiedene Beziehungen. Eine Frau, die

16 Merry, Rights Talk and the Experience of Law: Implementing Women's Human Rights to Protection from Violence. In: Lockwood, Women's Rights. A Human Rights Quarterly Reader (2006) 393-394.

17 Merry, Rights Talk 398.

das Recht in Fällen von Gewalt oder Diskriminierung adressiert, liefert einen Mann, der Gewalt ausübt oder diskriminiert, ebenso wie sich selbst an den Rechtsdiskurs aus. Das ist ein Akt der Emanzipation aus der Beziehung heraus.¹⁸ Es ist gleichzeitig ein Schritt in eine ungewisse Zukunft, denn die Macht des Rechts lässt sich nicht einfach kontrollieren; sie gehorcht einer eigenen institutionalisierten Logik und ist darüber hinaus mit Fragen der Anwendung von Gewalt untrennbar verbunden.

Hunter etwa erinnert daran, dass Recht Gewalt weder wirksam monopolisiert, noch sie verhindert, sondern selbst Gewalt *hervorruft*. Die zumal im akademischen juristischen Diskurs gepflogene „modernistische Unterscheidung von Gewalt und Recht“¹⁹ lasse die durch Recht ausgeübte Gewalt im Gewaltmonopol des Staates aufgehen und unsichtbar werden. Diese Position verschleierte, dass Recht und Gewalt in fundamentaler Weise miteinander verflochten sind – dass Recht auf Gewalt beruht und gegebenenfalls mit Gewalt durchgesetzt wird.²⁰ So wendet Recht, um sich seiner Macht zu versichern, Methoden der *Einschüchterung* an. Dazu gehört ein mit Uniformen und Waffen ausgestatteter Exekutionsapparat wie die Polizei, eine spezielle Gerichtssaalsarchitektur ebenso wie jene Art, in der Angeklagte und Opfer von Gewalt und Diskriminierung behandelt und vorgeführt werden. Wenn dann auch noch „im Namen der Republik“ festgehalten wird, das Vorliegen einer Diskriminierung oder eines Gewaltverbrechens lasse sich nicht mit hinreichender Bestimmtheit nachweisen und der Täter sei im Zweifel freizusprechen, dann wird dem Opfer die Realität des Rechts mit Macht auferlegt; eine Realität, die als Befestigung und Wiederholung der ursprünglichen Gewalt wahrgenommen werden kann.

5. Die Not des Rechtsdiskurses

Recht ist bekanntlich kein Allheilmittel. Es zeitigt paradoxe Folgen und kann selbst bei den besten Absichten durch die Beförderung von Stereotypen dazu beitragen, Missstände zu verfestigen. Die Umsetzung von Recht im Bereich von geschlechtsspezifischer Gewalt und Diskriminierung ist notorisch ungenügend und führt nicht selten zu weiteren Verletzungen. Durch den Einsatz von Recht wird die Macht des Staates befördert und die Anwendung von Gewalt legitimiert. Ist dieser Preis zu hoch? Ich möchte die Frage vorsichtig verneinen und darauf insistieren, dass es tatsächlich unmöglich ist, auf die Macht des Rechts zu verzichten. Zu wichtig und prekär sind viele der rechtlichen Errungenschaften der letzten Jahre und Jahrzehnte. Ein Recht zu haben, ist Ausdruck einer fundamentalen Form der Anerkennung. Wer Rechte hat, zählt. Das ist vor allem aus der Perspektive derjenigen evident, denen Rechte abgesprochen wurden und werden. Patricia Williams bringt diesen Gedanken plastisch auf den Punkt: „For the historically disempowered, the

18 Merry, Rights Talk 394.

19 Hunter, Law's (Masculine) Violence 27.

20 Hunter, Law's (Masculine) Violence 30.

conferring of rights is symbolic of all the denied aspects of their humanity: rights imply a respect that places one in the referential range of self and others, that elevates one's status from human body to social being.²¹

Zweifellos ist Verrechtlichung aber kein unzweideutiger Segen. Bisweilen wird so getan, zumal von Seiten der Recht setzenden Autoritäten, als stelle eine neue rechtliche Regelung bereits „die Lösung“ eines sozialen Problems dar. Tatsächlich aber handelt es sich nicht um die Lösung eines Problems, sondern um eine Veränderung jener Art, in der ein Konflikt ausgefochten werden kann. Es verschieben sich die Kräfteverhältnisse; neue Möglichkeiten des Umgangs tun sich auf. Um Recht zu realisieren, bedarf es der Information, des rechtlichen Beistands, hinreichender zeitlicher und finanzieller Ressourcen und schließlich, nicht zu vergessen, guter Nerven und hoher Frustrationstoleranz. Das Recht selbst ist aufgefordert, möglichst gute Bedingungen für seine Umsetzung zu schaffen. Dazu gehören Maßnahmen des Opferschutzes ebenso wie die Schulung rechtlicher Organe mit Blick auf spezifische Erfahrungen von Diskriminierung und Gewalt. Solch institutionelles Entgegenkommen unterstützt das Rechtssubjekt in jenem immer auch paradoxen Wagnis, den Kampf ums eigene Recht aufzunehmen und so zum Voranschreiten der Emanzipation durch Recht beizutragen.

Ass.Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Elisabeth Holzleithner ist Assistenzprofessorin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (Juridicum) der Universität Wien; elisabeth.holzleithner@univie.ac.at

21 Williams, *The Alchemy of Race and Rights. Diary of a Law Professor* (1991) 153.

The Dark Side of the Rule of Law: Reassessing Global Law and Its Legitimacy¹

Ugo Mattei and Marco de Morpurgo

1. Introduction

The progressive separation of the law from a dimension pivoted on the centrality of the nation-state, towards dynamics that reach global extension, entails that the production of legal rules involves new actors, which are located at a supranational dimension. Within this framework, which we like to refer to as ‘global law’, still inconsistently regulated,² Western law has constantly enjoyed a dominant position, which has allowed it to forge the instruments to shape and bend the evolution of other legal systems worldwide. In particular, the United States has been dominating the international arena as the greatest economic power, exporting its own legal system to the ‘periphery’, both by itself and through a set of international institutions. The exportation of Western legal institutions from the West to the ‘rest’ has systematically been justified through the ideological use of the concept of ‘rule of law’. The notion of ‘rule of law’ is an extremely ambiguous one. Notwithstanding, within any public discussion its positive connotations have always been taken for granted. The dominant image of the rule of law is false both historically and in the present, because it does not fully acknowledge its dark side. The false representation starts from the idea that good law (which others ‘lack’) is autonomous, separate from society and its institutions, technical, non-political and non-distributive: more succinctly, a technological framework for an ‘efficient’ market.

The rule of law has a bright and a dark side, with the latter progressively conquering new ground whenever the former is not empowered by a political soul. In the absence of such political life, the rule of law becomes a cold technology. Moreover, when large corporate actors dominate states (affected by a declining regulatory role), law becomes a product of the economy, and economy governs the law rather than being governed by it.

1 The content of this paper represents a synthetic exposition of the ideas expressed in more detail in Ugo Mattei and Laura Nader, *Plunder: when the Rule of Law is Illegal* (Blackwell Publishing, Oxford 2008). An earlier more extensive version of this paper (*Global Law and Plunder: the Dark Side of the Rule of Law*) was published in Bocconi School of Law Student-Edited Papers (ed.), *Law & Globalization*, VDM Publishing 2009, and on Bocconi Sch. L. Student-Ed. Papers, No. 2009-03/EN.

2 What we can identify as ‘global law’ is not a single and coherent system of law drawing legitimacy from a well-defined legal and political process. Rather, a mixture of international and transnational instruments and processes – non-democratic institutional settings, power/force relationships and ethnocentric intellectual attitudes – stand behind the legal rules that are adopted by public and private actors at the global and (consequently, sometimes according to law-making/unifying/harmonizing institutions’ mechanisms, other times following a variety of patterns of legal transplant and model circulation) at the local level.

2. The rule of law and plunder

The expression ‘rule of law’ has gained currency well outside the specialized learning of lawyers, reaching political and cultural spheres and entering everyday discourse and media language. Users of the expression allude to meanings that they assume to be clear and objective but are not so. Naturally, this would be a perfectly innocent and common phenomenon, not worthy of inquiry, were it not for the weighty political implications of the phrase in different contexts.³ The connotations of the expression ‘rule of law’ have always been implicitly positive. Today, the concept is inextricably linked to the notion of democracy, thus becoming a powerful, almost indisputable, positively loaded ideal. Who could argue against a society governed under democracy and the rule of law?

The rule of law fits today the needs of every side of the political spectrum as a symbol or an icon rather than as a real-life institutional arrangement with its pros and cons to be discussed and understood as those of any other cultural artefact. It is necessary to get to a better understanding of this powerful political weapon, and to question its almost sacred status, by analyzing it as a Western cultural artefact, closely connected with the diffusion of Western political and economic domination.

It can be argued that the rule of law rhetoric has been used as a justification for ‘plunder’ (broadly definable as inequitable distribution of resources by the strong at the expenses of the weak), thus backing a claim that it has been used ‘illegally’. In order to deeply understand ‘the dark side’ of the rule of law, the close connection of such concept with the ideal of democracy has to be disentangled, and on the contrary its close association with practices of ‘plunder’ has to be recognized.

In the dominant liberal democratic tradition the rule of law has at least two different aggregates of meaning.⁴ In the first, the rule of law refers to institutions that secure property rights against governmental taking and that guarantee contractual obligations. International institutions such as the World Bank or the International Monetary Fund (IMF) often charge the lack of the rule of law as the main reason for insufficient foreign investment in poor countries. The rule of law is thus interpreted as the backbone of an ideal market economy.

According to the second approach, society should be governed by the law and not by a human being acting as a ruler. The law is impersonal, abstract and fair because it is applied mechanically to anyone in society, and a system is effectively governed by the rule of law when its leaders are under its restraint.

3 For power implications of vague meanings, or what he calls “plasticwords”, see Uwe Pörksen, *Plastikwörter. Die Sprache einer internationalen Diktatur* (Klenn-Cotta, Stuttgart 1989). For a similar observation on the rule of law as a vague notion, see Gianmaria Ajani, *Navigatori e giuristi. A proposito del trapianto di nozioni vaghe*, in V Bertorello (ed) *Io comparo, tu compari egli compara: che cosa come, perché* (Giuffrè, Milan 2003) 3-18.

4 Which appear to merge in the recent, comprehensive definition of the World Bank: “The rule of law requires transparent legislation, fair laws, predictable enforcement, and accountable governments to maintain order, promote the private sector growth, fight poverty and have legitimacy”. See World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform* (The World Bank, Washington, DC 2004), 4.

A system can be governed by the rule of law in one or the other sense. There are systems in which property rights are worshipped but that are still governed by ruthless, unrestricted leaders. President Fujimori's Peru or Pinochet's Chile are good examples of such arrangements, but many other authoritarian governments presently in office mainly in Africa, Asia and Latin America that follow the 'good governance' prescriptions of the World Bank also fall in this category.

In other systems, with good human rights credentials, governments interpret their role as significantly redistributive. Property rights may not be sacred, and a variety of 'social theories' may limit their extension or curtail them without compensation. In such settings, quite often, courts and scholars might develop theories that limit the enforcement of contracts in the name of justice and social solidarity. Consequently, they might fit the second but not the first definition of the rule of law. Scandinavian countries, amplifying attitudes shared at one time or another in history by a number of continental legal traditions such as France, Germany and Italy (or the United States' New Deal), might offer such a model in Western societies.

Western countries have developed a strong identity as being governed by the rule of law, no matter what the actual history or the present situation might be. Such identity is obtained by comparison with 'the other', almost invariably portrayed as 'lacking' the rule of law. Based on this idea, many external interventions have been enacted in the so-called 'developing countries' by Western actors. Often these interventions, instead of being beneficial for the local society, have shown the possibility for the law to be used as an instrument of oppression and plunder, ironically representing an 'illegal' use of the rule of law.⁵

Export of the law can be described and explained in a variety of ways. A first example is the imperialistic/colonial rule, or imposition of law by military rules, as during military conquest. A second model can be described as imposition by bargaining, in the sense that acceptance of

5 See, for instance, international institutions' interventions for the formalization of property assets in developing countries – for recent developments on the topic see, *inter alia*, World Bank, *Doing Business 2008* (The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington 2007) or United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor, *Making the Law Work for Everyone* (Commission on Legal Empowerment of the Poor and United Nations Development Program, New York 2008). The mainstream justification for formalization interventions is well expressed in Peruvian economist Hernando de Soto's bestseller *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (Basic Books, New York 2000), according to which formalization of 'informally owned' assets would be beneficial for the poor, mainly because it would favour the development of a credit system. Contrary to his position, a wide scholarly production argued that the effects of registration of land can be seriously harmful for the poor: in fact, 'informal ownership' of land is a way of protection against foreign investors, who cannot have access to that property until this is not registered in a 'formal' system. The registration of land – apart from being disrespectful of age-old local traditions – is a way to put it on the market, thus making it available for purchase to whoever is more 'willing to pay' for it, that is – how it will be argued below – who is more able to pay for it. For objections and critiques to international institutions' interventions on property law and the formalization of property assets, see *inter alia* W Easterly, *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good* (Penguin Books, New York 2006) 90-95, David Kennedy, *Law and Developments*, in A Perry and J Hatchard (eds), *Contemplating Complexity: Law and Development in the 21st Century* (Cavendish, London 2003) and, for the Latin American experience, JL Esquirol, 'The Failed Law of Latin America' (2008) 56 *Am J Comp Law* 75.

law is part of a conditionality for, usually, a loan.⁶ This model describes contemporary operations of the World Bank, IMF, the World Trade Organization (WTO) and other Western development agencies [United States Agency for International Development (USAID), European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), and so on] in the ‘developing’ and former socialist world. A third model is diffusion by prestige, a deliberate process of institutional admiration that leads to the reception of law.⁷ According to this vision, because modernization requires complex legal techniques and institutional arrangements, the receiving legal system, more simple and primitive, lacks the *culture of the rule of law*, something that can only be imported from the West. Every country that in its legal development has ‘imported’ Western law has thus acknowledged its ‘legal inferiority’ by admiring and thus voluntarily attempting to import Western institutions.

Interestingly, if the transplant ‘fails’, it is the recipient society that receives the blame. Local shortcomings and ‘lacks’ are said to have precluded progress in the development of the rule of law. When the World Bank produces a development report on legal issues, it invariably shows insensitivity for local complexities and suggests radical and universal transplantation of Western notions and institutions.⁸

Recent examples of plunder disguised by the rule of law rhetoric, and thus by the use of law as a façade of legitimacy, can be found in the 2002 Argentinean crisis,⁹ the extraction and management of oil in Iraq and elsewhere¹⁰ and in the numerous situations in which intellectual property law, as conceived and imposed by the WTO (based on an ethnocentric individualistic conception of the intellectual creation), denies any benefit to the real inventors (*e.g.* when they are a community with age-old traditions) and entitles profits to Western corporate actors that have ‘stolen’ the idea by patenting what for others is part of their widespread knowledge.¹¹

6 See Sally Falk Moore, *An international regime and the context of conditionality*, in M Likosky (ed), *Transnational Legal Process* (Macmillan Publishers, London 2002), 33.

7 This is the classic theory of Alan Watson, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law* (University of Georgia Press, Athens, GA 1974). On the notion of prestige, see also Rodolfo Sacco, ‘Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law – Installment I of II’ (1991) 39 Am J Comp Law 1; and, more critically, Elisabetta Grande, *Imitazione e Diritto* (Giappichelli, Torino 2001).

8 See, for instance, the ‘Doing Business’ reports of the Rapid Response Unit of the World Bank – freely downloadable at <www.doingbusiness.org> –. The Doing Business reports provide measurements and rankings of business regulations and their enforcement across 181 national economies and others at the sub-national and regional level. The Doing Business reports, highly influenced by the ‘legal origins’ scholarly movement and characterized by a very Western (common law)-centric attitude, claim to have ‘discovered’ which are the universally most efficient legal solutions and thus promote their adoption indistinctively to all countries in the world, proposing them as best practices for business.

9 See Ugo Mattei and Laura Nader, *Plunder: when the Rule of Law is Illegal* (Blackwell Publishing, Oxford 2008) 35-42.

10 See *ibid* 111-119.

11 See *ibid* 83-88.

3. The neo-liberal paradigm and the role of international financial institutions

It is often said that the 2002 Argentinean crisis was favoured by the Washington Consensus or neo-liberal policy. But what is neo-liberalism? Who are the actors implementing its political projects? How does neo-liberalism relate to plunder and the rule of law?

Neo-liberalism can be seen as a revolutionary theory, accompanied by praxis, in reaction against a previous order, the *welfare state*, which neo-liberal theory blamed inefficiency on. Neo-liberal praxis has been grounded in privatization, deregulation, downsizing, outsourcing and taxation cuts. With the raise of the political and economic theory of neo-liberalism, the welfare state began to be considered a wasteful bureaucratic organization to be abandoned as rapidly as possible, and an activist progressive and proactive government attempting to redistribute some public wealth among social classes has been presented as a violation of the rule of law. This simplistic platform, based on notions of sanctity of private property and free enterprise, has effectively revived notions of 'freedom of contract' as a limit to state intervention that courts of law had considered obsolete since the 1930s even in the United States.

The trend in policy towards the reduction of the role of the state in the economy, and the enhancement of the protection of property rights and contracts through a 'strong' legal system (rule of law), has characterized, on the one hand, bipartisan legal and economic recipes in the Western world and, on the other hand, the true 'economic constitution' of the post-Cold War international assertion of power known as the Washington Consensus.

The simultaneous revamping and reconstruction of the institutions of global financial stability – the IMF and the World Bank –, that the Anglo-American winners of World War II had created at Bretton Woods in 1944, transformed them into global legislators, by theoretically transforming the very idea of law, from a political artefact into a neutral technology. Without such paradigm shift the interference of the Bretton Woods institutions with targeted legal systems would have been impossible to legitimize, given the fact that their bylaws expressly forbid political interventions.¹²

What is most important to observe is that international financial institutions, when intervening as global legislators imposing legal and judicial reforms, have been completely insensitive to the local complexities that characterize targeted countries. The high level of self-confidence that characterizes the West determines a universalistic attitude, which denies context specific-

12 The Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD, later World Bank), available at <<http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/ibrd-articlesofagreement.pdf>>, contain three provisions intended to prevent political intervention of this institution in member countries and to prohibit it from taking political or non-economic considerations into account. These are Article III, Section 5(b); Article IV, Section 10; and Article V, Section 5(c) of the IBRD Articles. Article IV, 3(b) of the articles of agreement that founded the IMF (available at <www.imf.org>) contains similar provisions, requiring the Fund to 'respect the domestic social and political policies of members'. On the expansion of the World Bank's competences without violating its mandate, see Alvaro Santos, *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*, in David Trubek and Alvaro Santos (eds), *The new Land and Economic Development: A critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006) 269; and Ibrahim Shihata, *The World Bank and 'Governance' Issues in its Borrowing Members*, in *The World Bank in a Changing World* 53 (1991) 85.

ty. The rule of law is considered as a universal minimal legal system offering the best possible model of development.

Keynesian economics, the leading doctrine behind the welfare state with its strong link with politically supported legislation and regulation, came under attack at the same moment in which a conception of the law as an aggregate of technical and neutral private law rules, to be evaluated in terms of economic efficiency rather than substantial justice, became dominant in the United States. At the same time, neo-liberal economists and lawyers trained in law and economics became the most powerful advisers of the World Bank and the IMF, in developing their recipes of 'good governance'. Since dismantling is easier than constructing, such advisers busily showed how easy it is to change complex aggregates of local institutions in favour of 'market friendly' ones.

In these adjusting exercises, collectively known as *structural adjustment programs* (SAPs), the political process plays no role. Indeed, the strategy is exactly to focus on the 'merely technical' nature of the simple changes that are required in order to secure transfers of property to the most efficient users. It is difficult not to see how such efficient transfers are deeply connected to the initial endowments of resources. Indeed, the 'willingness to pay' for a given resource, the yardstick that economists use in order to see whether such a resource is actually in the hands of whoever values it most, is a function of the 'capacity to pay', which in turns depends on the amount of resources already available to each of the actors of the transaction. Consequently, the rich are systematically favoured when policy is evaluated in terms of economic efficiency, which explains the enormous increase in the gap between the rich and the poor under neo-liberal globalization.

It is important to stress that while this key neo-liberal strategy is more visible and more direct in developing transitional countries, it is by no means limited to them. Even in contexts traditionally within the centre, like Germany for example, the logic of neo-liberalism has not been less influential in determining winning political platforms in the aftermath of the Cold War. Structural adjustment has long been the tool to implement development policies with the stick of conditionality. More recently, structural adjustment, a notion deeply resented by many borrowing countries, has been renamed *comprehensive development*, broadening even more the subject matter of non-strictly financial intervention. Conditionality has also been renamed, with another move in the direction of politically correct, *participatory approach*, but it would be difficult to locate actual policy changes.

International financial institutions exercise today tremendous political power worldwide, outside of any kind of control except the will of their majority shareholder. One should appreciate, in order to avoid maintaining the discussion at a senseless abstract level, that international financial institutions – not imagined as outright political actors in the days of their establishment at Bretton Woods in 1944 – are not structured to function as political institutions. Consequently, and quite naturally, they do not maintain any space for democratic legitimacy. Being organized as hierarchies along the model of the Anglo-American public company, a chief executive officer (CEO) and a board are in charge of strategic decision-making that is

then implemented by a hierarchical structure, acting with a variety of advisory boards, as in any other kind of complex economic organization.

4. Providing legitimacy: law and economics

Economics is widely perceived as the ‘queen of social sciences’, and is the only one recognized as a ‘true science’. Within the neo-liberal project, economists have become more and more influential in policy-making, providing ‘neutrality’, ‘scientific knowledge’, ‘objectivity’ and ultimately a powerful intellectual justification for the ban of redistribution of wealth in society.

Although economists can differ much among themselves in political beliefs, they almost unanimously share a faith in positivism. Furthermore, universality is an important aspect of the behavioural ‘laws’ that economists describe, so that economics can be considered to be the same in New York, Paris or Bombay. Although some economists assert that account of institutional and cognitive constraints matters, and have consequently paid more attention to the institutional or even cultural context of their prescriptions,¹³ the sense is still that local fundamental differences do not affect the validity of the ‘universal laws’ according to which markets work.

Although economics, as a scholarly discipline, is a highly sophisticated and formalized one, when it posits itself as a merely ‘technical’, ‘objective’ and ‘universal’ science, it ultimately leads to very simplistic views. Policy prescriptions derived from economists (think of the Chicago Boys in Chile), being ultimately political, must be discussed and criticized in political terms. Even when in good faith, and even when open to the cutting edge of the discipline’s developments (paying due attention to institutional and cognitive biases), economists invariably present peripheral countries as so feeble that they are not even able to accomplish very basic recipes for economic success and development.¹⁴

Equally simplistic are the shared perceptions within the economic profession of the reality of the legal system, both in Western settings and *a fortiori* in peripheral countries. Nevertheless, as often happens, short of being understood as a disciplinary limit, simplistic analysis and simple prescriptions are key to success of a literary genre.

This logic was further strengthened by the encounter of interest between the legal and economic professions, happened at the height of the Cold War, when an anti-formalist type of legal reasoning, known as *American legal realism*, intellectually dominated the US legal culture. In the realist vision, the lawyer was to operate as a social engineer, balancing conflicting interests and thus ‘creating’ the legal framework for future social interactions. For this purpose, lawyers needed the guidance of other social scientists, such as anthropologists, or

13 See Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Development* (Cambridge University Press, Cambridge 1990).

14 Hernando de Soto (see n 5) is the best-known representative of this simplistic line of thinking.

economists to search for the best possible institutional solutions. Economics could offer a good guide outside the black letter of the law and a new strong source of legitimacy. Economics handbooks were full of rhetoric grounded in science and objectivity. While justice is the domain of subjective feelings, efficiency is the domain of objectivity based only on a few simple, clearly spelled out criteria.¹⁵

Economists had an agenda too, so the dialogue with lawyers not only served the need to provide legitimacy to the lawyer's role but also would eventually further the political role of the economist by involving them in law-making and legal interpretation.

The economic approach to legal reasoning soon achieved a global role, and this would have not been so if it had not been leveraged, beginning in the Reagan years, by a fully fledged political agenda capable of financing any movement giving cultural prestige to deregulation and other reactionary policies of those years. Furthermore, the multiplication of academic chairs, endowed research facilities, fellowships and the like in a prestigious context like the United States academia (today's global graduate school) was a certain recipe for global success, including its spread to China, India and elsewhere.

Historically, the way in which a new, politically powerful paradigm of research is able to seize a leading position in a plurality of cultural contexts is often by making previous approaches look obsolete and primitive.¹⁶ This has certainly been the strategy by which the economic approach to the law has been able to seize a global role, by offering an expansive, universalistic model that expresses itself in English (the new *lingua franca*) and which claims to be the latest natural legal order for the global age. For the economic approach, law is supposed to create incentives for market actors and, more generally, to create economically efficient markets. The new producers of global law, private and public international institutions of global governance (the WTO, World Bank, IMF, mega law firms, rating agencies, and so on) implement policy based on the value of legal efficiency. The law should be adapted to the necessities of the market, domestically and in particular in the so-called 'emerging markets'. Today, because of this ideological revolution, it is the corporate-dominated market that governs the law and not the other way around. Moreover, the re-emergence of development discourses caused intervention in developing legal systems to be actually encouraged,¹⁷ and this thanks to the de-politicization of law carried out by international financial institutions.

Legal intervention follows a top-down approach with intervening legal systems perceiving themselves (and often being perceived by local elites) as providing a superior model, a sophisticated recipe for progress. These interventions systematically proceed with no considerations

15 For elaboration, see Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* (University of Michigan Press, Ann Arbor 1997).

16 That happened to the French exegetic methodology, considered obsolete by the much more elegant "scientific" German approach, dominant until World War II. That was possibly the case of Franco-German inspired "social approach" to law, advertised as a step forward in civilization compared to the previous extremes of individualism and social Darwinism.

17 See Luca Pes, *Law and Development*, Ph.D. Dissertation (University of Turin 2007); and Alvaro Santos and David Trubek (eds), *The New Law and Economic Development; a Critical Appraisal* (n 12).

of the local circumstances, and universalism in policy prescription denies differences and complexities in the areas of intervention, resulting in the construction of a naturally inferior 'other'.

5. Conclusions

In the complex spectrum of global law, the rule of law has been portrayed as the embodiment of a professional, neutral and universal 'technology', being capable of substituting the lack of democratic legitimacy¹⁸ of the producers of global legal recipes. Thus, the 'dry technology' of the rule of law penetrates worldwide legal systems without any political discussion at the local level. Yet, its dark side has never been shown or discussed.

Under the technology of the rule of law, the essence of the United States' law hides.¹⁹ The general attitude of the United States has been a very ethnocentric one, and precisely that of showing itself as the guardian of a universal legality, which it is legitimized to export through its courts of law, scholarly production, military and political intervention, and through a set of US-centric international institutions. In recent times, in particular after September 11th 2001 and the declaration of the 'war on terror', the US rule of law has come under attack,²⁰ so that once admiring crowds of lawyers and intellectuals worldwide are now beginning to look upon the United States as an uncivilized old West from the perspective of legal culture, despite the professional prestige still enjoyed by the giant New York law firms and by the US academy. Notwithstanding, there has been no decline in the *rhetoric* of the rule of law when it comes to foreign relations. Bringing democracy and the rule of law is still used as a justification to keep intruding in foreign affairs. The same can be said for the international financial institutions and their innumerable 'development' projects that come packaged with the prestigious wrapping of the rule of law.

A rethinking of the very idea of global law is necessary and it must derive from a reevaluation of the local dimension, which is ignored by the currently taken-for-granted model of development. The production of global law should change its direction, and follow a bottom-up approach, rather than a top-down one, thus being sensitive to the local particularities and complexities.

Ugo Mattei, U.C. Hastings College of Law, University of Turin, mattei@achastings.edu

Marco de Mompurgo, Harvard Law School LL.M. candidate, International University College of Turin (IUC) Msc candidate, mdemompurgo@llm.law.harvard.edu

18 See Alfred Aman, *The Democratic Deficit* (New York University Press, New York 2006).

19 See Ugo Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and Latin Resistance* (2003) 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 383; and (2003) *Global Jurist Frontiers* <http://works.bepress.com/ugo_mattei/1>.

20 See Ugo Mattei and Laura Nader, *Plunder* (n 1) chapter 7.

The Revolution Is My Girlfriend

Sonja Buckel / Julia König

»The notion Marcuse calls surplus repression has to be fought by liberating ourselves from the constraints of dominant sexual practice. It's true that there will be no revolution without sexual revolution, but it's also true that there will be no sexual revolution without homosexual revolution. Do you understand what I mean? [...]«
 »Wait a minute, Gudrun, you want us to have sex with black men?«
 »No you idiot. I want you two to have sex with each other.«
 »Are you out of your fuckin' mind? In case you have forgotten: I'm your boyfriend.«
 »Don't be ridiculous – the revolution is my boyfriend!«¹

In diesem Dialog aus einem agit-porn movie des Künstlers *Bruce LaBruce* bringt die *Gudrun Ensslin* nachempfundene Chefin einer linksradikalen Politgruppe auf den Punkt, wie sehr die Liebe zu einer Person mit dem Begehren einer sozialen Bewegung verschmelzen oder auch konfliktieren kann. Als überzeugte Kämpferin für ein offenbar durch *Wilhelm Reich* inspiriertes »Raspberry Reich« agitiert sie zwar vor allem für die politische Notwendigkeit der Umwälzung der sexuellen Verhältnisse und darin für die absolute Privilegierung dieses Anliegen vor persönlichen Liebesbeziehungen Einzelner zueinander. Der Film kontrastiert dies allerdings im weiteren Verlauf durch unterschiedliche Kommentierungen weiterer Protagonist_innen und hebt vor allem auf die Unentwirrbarkeit des als ›privat‹ markierten Begehrens zwischen wenigen Personen und dem als ›politisch‹ markierten Begehren einer sozialen Bewegung ab. »Gudruns« ideologischer und praktischer Angriff der heterosexuellen Monogamie als »bourgeois Konstrukt« lässt sich innerhalb der jahrzehntelang tobenden Kämpfe um Lebens- und Begehrensformen kontextualisieren. Der Bezug auf moralische und rechtliche Normen fällt dabei sehr unterschiedlich aus – während Lesben- und Schwulenverbände beispielsweise in den letzten vier Jahrzehnten explizite Auseinandersetzungen um die juristische Anerkennung ihres Beziehungsstatus² geführt haben², interessiert sich etwa die Polyamory-Bewegung³ eher wenig⁴ für den Anerkennungskampf auf juristischer Ebene.⁵

-
- 1 »The Raspberry Reich« (2004), directed by Bruce LaBruce, produced by Jürgen Brüning, written by Bruce LaBruce.
 - 2 Vgl. etwa José Matthias Birrer / Jana Gawlas / Kaya Klein / Max Pichl / Cara Röhner, California, the same-sex state? in: Kritische Justiz 4/2009, 404-416.
 - 3 Vgl. Jin Haritaworn / Chin-ju Lin / Christian Klesse, Poly/logue: A Critical Introduction to Polyamory, Sexualities 9/5 (2006), 515-529.
 - 4 Vgl. Hadar Aviram, Make Love, Not Law: Perceptions of the Marriage Equality Struggle Among Polyamorous Activists, Journal of Bisexuality, Vol 7/3 (2008), 261-286.
 - 5 Vgl. Julia König, Beziehungsweisen jenseits der Zweisamkeits(ver)ordnung oder: Zur Produktion der Grenze: Wer mehr liebt hat UnRecht, in: Kritische Justiz, 3/2008, 271-278.

Abgesehen von solchen Möglichkeiten des Kampfes greift die Auseinandersetzung mit (Rechts-)Normen jedoch noch auf einer viel tiefer liegenden Ebene: Auf der Ebene des subjektiven Erlebens, auf der Ebene von Körper, Psyche und Begehren – denn ausgerechnet dasjenige, was sich als das Intimste und Eigenste anfühlt, erweist sich als grundlegend sozial konstituiert: »Der Umstand, dass ich mir selbst fremd bin, genau dort, wo ich erwarte, ich selbst zu sein, folgt aus der Tatsache,« so *Judith Butler*, »dass die Gesellschaftlichkeit der Normen meine Geburt und meinen Tod überschreiten.«⁶ Das Geflecht sozialer Normen ist vielfältig und reicht von unbewusstem, kaum thematisierbarem Praxiswissen über umstrittene ethische Normen der Selbstführung bis hin zu verfahrensförmig hergestellten, öffentlichen Rechtfertigungsprozessen unterworfenen Rechtsnormen, die sanktionsbewährt beanspruchen, die rechte Lebensweise zu definieren. Gemeinsam ist ihnen, dass sie jeweils die hegemoniale Weltauffassung, den ›common sense‹ einer spezifischen Gesellschaftsform zum Ausdruck bringen. Sie strukturieren das Reich des Möglichen und des Lebbar.⁷

Ein am 27. Mai 2008 vom ersten Senat des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) entschiedener Rechtsfall⁸ mag dies eindrücklich verdeutlichen: Zwei Menschen heiraten 1952, sie haben drei Kinder. Die Klägerin im Ausgangsverfahren der konkreten Normenkontrollklage wird 1929 personenstandsrechtlich als ›Mann‹ geboren. Da sie sich seit langem dem ›weiblichen Geschlecht zugehörig fühlt‹, führte sie inzwischen durch eine erfolgte Namensänderung einen weiblichen Vornamen und unterzog sich zudem einer ›geschlechtsumwandelnden‹ Operation. Daraufhin beantragte sie gemäß § 8 Abs 1 des sogenannten Transsexuellengesetzes (TSG), dass sie nunmehr als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzusehen sei. Doch dies würde im selben Zeitpunkt eine gleichgeschlechtliche Ehe konstituieren, was derselbe Paragraph verbietet. Für diesen Fall bliebe nur die Scheidung, die wiederum voraussetzt, dass die Ehe zerrüttet ist. Doch das genaue Gegenteil ist der Fall, und daher empöre es sie, »dass ihre kostbare Lebensgemeinschaft juristisch wie eine zerrüttete Ehe behandelt und durch Scheidung beendet werden solle.«⁹

Geschlecht, Beziehungsweisen, Verwandtschaftsbeziehungen, Begehrensformen sind weit davon entfernt, natürliche Sachverhalte zu sein, vielmehr sind sie regulative Effekte. Am ungewöhnlichen ›Rechtsfall‹ zeigt sich das ganze naturalisierte, in der selbstverständlichen Alltäglichkeit verborgen liegende Regime heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit, das die scheinbar dem Gesetz vorgängigen Subjekte überhaupt erst hervorbringt. Wir wollen daher im Folgenden eine Analyse der wechselseitigen (Re-)Produktionsprozesse von Rechtsnormen und Subjekten vornehmen, um so einer Kern-

6 Judith Butler, *Undoing Gender*. New York u.a. 2004, 15., übers. die Verf.

7 Ebd. 28.

8 Beschluss vom 27. Mai 2008 – 1 BvL 10/05.

9 Ebd., Rdnr. 16.

problematik für die Dynamik sozialer Bewegungen und deren Bezüge auf das Recht auf die Spur zu kommen: Um zu verstehen, warum sich das Leiden unter gesellschaftlichen Zuständen nur manchmal in ein Begehren nach einer öffentlichen Artikulation übersetzt und durch organische Intellektuelle innerhalb sozialer Bewegungen organisiert werden kann, und warum es zu anderen Zeitpunkten unter scheinbar gleichen Bedingungen keinen Artikulationsraum findet, muss die Ebene der subjektiven Struktur der einzelnen Handelnden, Hoffenden, Leidenden rekonstruiert werden. Ganz im Sinne politischer Psychologie ist zu fragen, in welcher Weise die zweite Natur an den Subjekten selbst greifbar wird und als gesellschaftlich vermittelte psychophysische Barrieren gegen das von den Produktivkräften her mögliche Optimum kollektiver und individueller Autonomie wirksam wird.¹⁰

Wir werden dazu materialistische Rechtstheorie und materialistische Psychoanalyse mit einander verknüpfen, um die Funktionsweise der in den Verfahren der Rechtsform erarbeiteten Normen bei der Herausbildung vergeschlechtlichter Subjekte herauszuarbeiten. Beide Ansätze teilen den gesellschaftstheoretischen Rahmen einer auf *Marx* zurückgehenden kritischen Theorie der Gesellschaft. Zunächst rekapitulieren wir rechtstheoretisch die Produktion hegemonialer Rechtsnormen, um im Anschluss daran die Bedeutung dieser Normen in Subjektkonstitutionsprozessen aufzuzeigen. Der Beschluss des BVerfG soll dabei die theoretischen Überlegungen eindrücklich demonstrieren. Wenn wir uns sodann der Subjektconstitution zuwenden, folgen wir der Sozialisations- theorie des Psychoanalytikers und Gesellschaftswissenschaftlers *Alfred Lorenzer*, der in den 1970er und 80er Jahren auf der Basis einer materialistischen Reformulierung der Psychoanalyse einen inspirierenden Ansatz für eine kritische Subjekttheorie erarbeitet hat. Da die Zweigeschlechtlichkeit im Zentrum der vorliegenden Fragestellung steht, werden wir *Judith Butlers* Untersuchungen der heterosexuellen Matrix in diese Perspektive einbinden, denn sie beschreibt jene (Re-)Produktionsmechanismen des bestehenden Geschlechterverhältnisses, die *Lorenzer* als »Gesellschaftlichkeit« abstrakt offen lässt. Wie *Lorenzer* arbeitet auch *Butler* an einer Dekonstruktion natürlicher Körperlichkeit und rekuriert dafür ebenfalls auf die Psychoanalyse, wenngleich sie an sehr unterschiedlichen psychoanalytischen Traditionen ansetzen.¹¹ *Lorenzers* Ansatz wiederum hat gegenüber *Butler* den Vorteil, den Subjektkonstitutionsprozess bis in die Mikropraxen hinein, in der Auseinandersetzung von Natur und Gesellschaft, nachzuzeichnen. Zum Abschluss dieses Textes werden wir das subversive Potential von gegenhegemonialen Verschiebungen innerhalb der juristischen Argumentation und für das Potenzial sozialer Bewegungen im Bezug auf das Recht betrachten.

10 Vgl. Klaus Horn, Politische Psychologie. Erkenntnisinteresse, Themen, Materialien. In: ders. (1989): Politische Psychologie. Herausgegeben von Hans-Joachim Busch. Frankfurt am Main: Nexus, 19-55, 21.

11 Während *Butler* sich auf die Lacan'sche Psychoanalyse bezieht, entwickelte *Lorenzer* seine Theorie im Rahmen der Kritischen Theorie der Gesellschaft; hierin sehen wir im Hinblick auf eine Konkretisierung der Prozesshaftigkeit des Körpers Möglichkeiten theoretischer Weiterentwicklung.

1. Die Produktion hegemonialer Rechtsnormen

Ausgangsannahme materialistischer Rechtstheorie ist, dass sich im Recht gesellschaftliche Kräfteverhältnisse niederschlagen – in einer spezifischen, der eigenen Logik der *Rechtsform* folgenden Weise.¹² Diese Eigenlogik des Rechts ist Produkt eines Verselbständigungsprozesses gesellschaftlicher Verhältnisse in kapitalistischen Gesellschaften, die wir im Anschluss an Marx „soziale Formen“ nennen.¹³ Dabei handelt es sich um Technologien, die den gesellschaftlichen Zusammenhang, der in kapitalistischen Gesellschaften per se prekär ist, durch die Praxis der Akteur_innen hindurch vermitteln. In der Rechtsform werden die Normen in einem selbstbezüglichen Netzwerk aneinander anknüpfender Rechtspraxen herausgebildet, wobei die gerichtlichen Verfahren dabei das institutionelle Rückgrat der relational autonomen Rechtsform bilden: Gerichte müssen im Einzelfall entscheiden, wie ›unentscheidbar‹ die Rechtsfragen auch sein mögen. Die juristische Argumentation dient dabei als Infrastruktur zur Universalisierung hegemonialer Projekte: Nur so können dominante gesellschaftliche Interessen intellektuell, kulturell und politisch führend werden. Sie müssen einen hegemonialen gesellschaftlichen Konsens formulieren, der eine ›Weltauffassung‹ herausbildet, eine Vorstellung von dem, was Recht ist, die sich in die gesellschaftlichen Institutionen einschreibt.¹⁴

Gesellschaftliche Kräfteverhältnisse werden in den Verfahren der Rechtsform in juristische übersetzt und hegemonial eingebunden. Die juristischen Intellektuellen werden so zu *Organisator_innen* eines feingliedrigen rechtsförmigen Konsenses, der aufeinandertreffende Interessen in Form von Durchbrüchen und darauf folgenden Zugeständnissen in einem langwierigen Prozess zu einem hegemonialen Projekt zusammenfügt.¹⁵ So bildet sich eine vorübergehende Fixierung dieses grundsätzlich instabilen asymmetrischen Konsenses heraus. Die so produzierten Rechtsnormen definieren Typen von Subjektivität und Beziehungsweisen und leiten damit Selbsttechnologien an, die es dem Individuum gestatten, sich als Subjekt einer bestimmten Lebensführung zu konstituieren.¹⁶

Sehen wir uns nun diese Normen im konkreten Fall an: Der Beschluss des BVerfG vom 27.05.2008 ist der vorläufige Höhepunkt einer Geschichte der Dekonstruktion der Natürlichkeit von Geschlecht, Begehren und Beziehungsweisen im bundesdeutschen Recht.

12 Vgl. Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Weilerswist 2007, 226 ff.

13 Vgl. Helmut Brentel, Soziale Form und ökonomisches Objekt: Studien zum Gegenstands- und Methodenverständnis der Kritik der politischen Ökonomie. Opladen 1989.

14 Vgl. Sonja Buckel / Andreas Fischer-Lescano, Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in: Dies. (Hg.). Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis. Baden-Baden 2007, 85-104.

15 Sonja Buckel/Lukas Oberndorfer: Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie, in: Fischer-Lescano, Andreas / Rödl, Florian / Schmid, Christoph (Hg.). Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Baden-Baden 2009, 277-296.

16 Michel Foucault, Die Wahrheit und die juristischen Formen. Frankfurt am Main 2003, 12.

Dieses hatte sich seit etwa dreißig Jahren durch die politische Praxis der Frauen- wie der LGBT¹⁷-Bewegungen maßgeblich verändert; seit den 1990er Jahren hat zudem die Transgenderbewegung, die sich eindeutigen und dauerhaften ›geschlechtlichen‹ Zuordnungen zu entziehen versucht, in den USA¹⁸ und später auch in der BRD¹⁹ Unruhe in die zweigeschlechtliche Ordnung gebracht. Der EGMR, hat das ›Menschenrecht auf Geschlechtsidentität‹ anerkannt,²⁰ dem der EuGH gemeinschaftsrechtliche Relevanz verliehen hat.²¹ In der BRD war 2001 das Lebenspartnerschaftsgesetz²² eingeführt worden, während mehrere Staaten wie die Niederlande, Belgien, Spanien, Portugal und Kanada ihren Ehebegriff noch weitergehend geöffnet haben oder durch Gerichtsentscheidungen dazu gezwungen wurden, wie in Massachusetts und Südafrika.²³ In einer Eingabe an das Bundesministerium des Inneren plädierten namhafte Sexualforscher_innen für eine Revision des TSG und für die »Entkoppelung von biologischen Gegebenheiten und erlebter Geschlechtszugehörigkeit« sowie gegen eine chirurgisch herzustellende Eindeutigkeit, insofern diese immer eine »scheinbare« bleiben müsse.²⁴ Auch in der bundesdeutschen rechtswissenschaftlichen Literatur wurden die Stimmen häufiger, die eine grundlegende Reform des TSG forderten.²⁵ Im Juni 2006 schließlich hob der österreichische Verfassungsgerichtshof den dortigen ›Transsexuellen Erlass‹ auch aufgrund einer § 8 Abs 1 Nr 2 TSG vergleichbaren Regelung, vor allem aber wegen des Formfehlers der fehlenden Publikmachung dieses als Verordnung einzustufenden Erlasses auf.²⁶

Das Gericht hatte im nun zu besprechenden Rechtsfall also darüber zu entscheiden, ob der Zwang zur Scheidung nach § 8 Abs 1 Nr 2 TSG mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist. Zunächst zeichnet sich der Beschluss dadurch aus, dass alle Prüfungspunkte einer möglichen Grundrechtsverletzung des »Rechts auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität« als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG²⁷ schnell und routiniert abgearbeitet werden. Die juristischen

17 LGBT = lesbian, gay, bisexual, transgender.

18 Jäger/Sälzer (Fn. 1), vgl. auch die ›International Bill of Gender Rights‹.

19 Leo Y Wild, Mein Geschlecht bin ich, tageszeitung v. 06.07.2009.

20 EGMR, 11.07.2002, Nr. 25680/94 (I v.U.K.).

21 EuGH, 7.1.2004, Rs. C-117/01 K.B. v. National Health Service Pensions Agency.

22 v. 6. Februar 2001, BGBl. I S. 266.

23 Michael Grünberger, Ein Plädoyer für ein zeitgemäßes Transsexuellengesetz, in: Das Standesamt (StAZ), H. 12/2007, 357-368.

24 Sophienette Becker, Wolfgang Berner, Martin Dannecker und Hertha Richter-Appelt, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Innern (V 5a-133 115-1/1) vom 11. Dezember 2000 zur Revision des Transsexuellengesetzes, in: Zeitschrift für Sexualforschung, Heft 3/2001, 258-268.

25 Konstanze Plett, Anmerkung zu EuGH Rs. C-117/01, in: Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, H. 7/2004, 303-308; Grünberger (Fn. 23), 363 f.; Adrian de Silva, Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht: Eine queere Analyse der Regulation des Geschlechterwechsels im Vereinigten Königreich, in: Kritische Justiz, Heft 3/2008, 266-270; Friederike Boll, Transsexuelle – ungleichberechtigt, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, H. 5/2009, 22-24, 24.

26 VfGH v. 8.6.2006, V4/06. Siehe dazu Elisabeth Greif, In Trans/Formation – Geschlechtswechsel zwischen staatlicher Kontrolle und rechtsfreiem Raum, in: juridikum 2/2009, 68-71.

27 BVerfG, 1 BvL 10/05, v. 27.05.2008, Rdnr. 40.

Argumentationsfiguren hatte das Gericht über Jahrzehnte entwickelt und blieb strikt auf der Linie der vorangegangenen Entscheidungen.²⁸ Nach Feststellung des Eingriffs erfolgt eine zügige Verhältnismäßigkeitsprüfung: Es liege ein legitimes Ziel der gesetzgeberischen Regel des TSG vor, nämlich die Strukturprinzipien der unter Art 6 Abs 1 GG durch die staatliche Ordnung besonders geschützten Ehe zu beachten, als einer »Vereinigung eines Mannes mit einer Frau«.²⁹ Dieses Ziel werde mit einem geeigneten und erforderlichen Mittel angestrebt.³⁰ Bis hierhin greifen die Richter_innen die tradierten juristischen Argumentationsfiguren auf und wiederholen und verfestigen die durch »die staatliche Ordnung« geschützte hegemoniale Norm der heterosexuellen, ausschließlichen Zweierbeziehung. An dieser Prämisse des für die Ehe konstituierenden Merkmals der Verschiedengeschlechtlichkeit³¹ hält das Gericht auch in dieser Entscheidung fest, während nur zwölf Tage zuvor der Kalifornische Supreme Court entschieden hatte, dass das verfassungsmäßig garantierte Recht, eine »offizielle anerkannte Familie« zu gründen, nicht von der individuellen sexuellen Orientierung abhängen darf.³²

Doch auch in der Entscheidung des BVerfG kommt es zu einer paradigmatischen Verschiebung des Begriffs der Ehe – allerdings nicht im Zentrum der Grundrechtsprüfung, nicht durch die einen offenen Eklat provozierende Neuinterpretation des Begriffs der Ehe selbst, dieser bleibt formal unangetastet. Vielmehr werden die routinierten Rechtsoperationen erst im letzten Prüfungspunkt der Grundrechtsprüfung unterbrochen: der ›Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne‹. Ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten bereits grundsätzlich fragwürdig, unterwirft sie doch politische Alltagsentscheidungen der Legislative einer Kontrolle ihrer politischen Ziele durch die Justiz,³³ so ist die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne endgültig eine kaum noch rechtlich maskierte politische Operation. Wird die Entscheidung an diesem Punkt gefällt, deutet dies auf eine hegemoniale Verschiebung hin, denn was durch die ›Abwägung‹ von Rechtsgütern, bzw. deren ›praktische Konkordanz‹ geschieht, ist das »Irgendwie-sinnvoll-zum-Ausgleich-bringen«³⁴ antagonistischer Interessen innerhalb eines gegebenen Kräfteverhältnisses.

Der Abwägungsvorgang vollzieht sich wie folgt: Das Rechtsinstitut der Ehe und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung werden zunächst in ihrer Bedeutung gemessen. Beide sind von »hohem Gewicht«, bzw wiegen »schwer«.³⁵ Der abwägende Vergleich beider Rechts-

28 Stephan Stüber, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 17.05.2008, in: Juristenzeitung, Heft 1/2009, 49-52, 50.

29 BVerfG (Fn. 27), Rdnr. 44 f.

30 Ebd., Rdnr. 47 f.

31 So explizit in der Entscheidung zur Rechtmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes BVerfGE 105, 313, 345.

32 S147999, 15.05.2008, 4-7.

33 Ingeborg Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, 47 f.

34 Andreas Fischer-Lescano, Kritik der Praktischen Konkordanz, in: Kritische Justiz, H. 2/2008, 166-178, 170.

35 BVerfG, 1 BvL 10/05, v. 27.05.2008, Rdnr. 51 + 53.

güter führt also nicht weiter.³⁶ Daran anschließend entwickeln die juristischen Intellektuellen des Verfassungsgerichts jedoch das entscheidende hegemoniale Argument, denn offensichtlich waren die Richter_innen von dem Umstand beeindruckt, wie sehr die Ehe der Klägerin mit ihrer Lebenspartnerin dem bürgerlichen Idealbild zu entsprechen schien, insbesondere vor dem Hintergrund des hohen Alters und der Erfahrungen der Klägerin im NS-System. Die besondere Belastung des § 8 Abs 1 Nr 2 TSG liege darin, dass sie die Durchsetzung des einen Rechts (des Rechts auf Bestimmung des eigenen Geschlechts) von der Aufgabe des anderen (des Schutzes der Ehe) abhängig mache.³⁷ Die unverwechselbare Beziehung werde durch die Regelung in eine existentielle Krise geführt, was Folgen »subjektiv existentieller Dimension« nach sich ziehe. Demgegenüber »wird die Prägekräft des Prinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit angesichts der konkreten Umstände nur am Rande berührt. Es handelt sich bei den hier in Rede stehenden Fällen nur um eine geringe Zahl von Transsexuellen, die zunächst als Mann und Frau geheiratet haben.«³⁸ Weder die heterosexuelle Ehe noch die Zweigeschlechtlichkeit werden vordergründig in Frage gestellt. Zugleich jedoch wird dem offensichtlichen moralischen Unrecht des konkreten Rechtsfalls Rechnung getragen – und bei der Gelegenheit die erste homosexuelle Ehe der Bundesrepublik verfassungsrechtlich garantiert. Damit ist zugleich Art 8 Abs 1 Nr 2 TSG verfassungswidrig. Das Gericht macht drei Vorschläge, von denen sich der Gesetzgeber schließlich am 20.06.2009 für den radikalsten, die ersatzlose Streichung von § 8 Abs 1 Nr 2 TSG, entschieden hat.³⁹

2. Entwurf einer kritischen Theorie des Subjekts

Auf welche Weise schreiben sich nun die (Rechts-)Normen in Körper und Begehrensstrukturen der Einzelnen ein und wie kann es gleichzeitig zu derart signifikanten ›Abweichungen‹ von der Begehrens-Norm kommen, für die der diskutierte Rechtsfall als anschauliches Beispiel gelten darf? Wir werden im Folgenden in Anschluss an *Butler* und *Lorenzer* einen theoretischen Entwurf der Subjektivierung vorstellen, welcher nachzeichnet, wie das Subjekt sich in Auseinandersetzung mit innerer und äußerer Natur in einem »Prozeß der Materialisierung« erst herausbildet, der im Laufe der Zeit eine gewisse Stabilität erlangt, »so dass sich die Wirkung von Begrenzung, Festigkeit und Oberfläche herstellt, den wir Materie nennen.«⁴⁰ Das heißt, vorhandene »Natur-Möglichkeiten«⁴¹ – als solche versteht Lorenzer etwa das genetische Erbgut der Menschen – werden durch *menschliche Praxis* in

36 Ebd. Rdnr. 61 f.

37 Ebd., Rdnr. 65.

38 Ebd., Rdnr. 64.

39 Aufhebung mWv. 23.07.2009, durch G. v. 17.07.2009 (BGBl. I S. 1978).

40 Judith Butler, *Körper von Gewicht*. Frankfurt am Main, 1997, 32.

41 Alfred Lorenzer, *Die Sprache, der Sinn, das Unbewußte*, Stuttgart, 2002, 131.

menschlichen Beziehungen »in einer *sozial bestimmten Form* verwirklicht«⁴². Wenn sich dann – wie im diskutierten Fall – zeigt, dass die Normen aber auch nicht unmittelbar und überall gleich auf die Einzelnen durchschlagen und gleiche Subjekte mit gleichartigen Begehrensstrukturen, sondern Individuen in widersprüchlichen Begehrenskonstellationen produzieren, so ist dieses »widersetzliche Begehren der Subjekte, die solchermaßen formiert werden sollen«⁴³, erklärungsbedürftig. Gerade im Hinblick auf das Potenzial zur Organisation subjektiv-politischer *Körper-Wünsche*⁴⁴ als gegenhegemoniale Eingaben in eine Rechtspraxis ist dieser Aspekt von entscheidender Bedeutung.

Während *Butler* den Prozess der Subjektwerdung im Anschluss an Foucault abstrakt als Subjektivation – als eine produktive Wirkung der Macht – bezeichnet,⁴⁵ rekonstruiert ihn *Lorenzer* detailliert entlang des Sozialisationsprozesses: Er vollzieht dabei nach, wie sich das Erleben des Säuglings in körperlich vermittelten Interaktionsprozessen konstituiert, die bereits Monate vor der Geburt als Zusammenspiel zweier Organismen beginnen. Jede einzelne Interaktion hinterlässt beim werdenden Subjekt den Niederschlag ihrer Erfahrung, der eine Erwartungshaltung für die nächste ähnliche Interaktion produziert. Die Art und Weise, in der ein_e Erwachsene_r auf den (körperlichen) Bedarf eines Säuglings reagiert, geht als Erwartungshaltung in das körperliche Erleben des Säuglings ein und produziert hier erst ein gerichtetes Bedürfnis. Dieses Bedürfnis entsteht demnach in der spezifischen Interaktion mit einer erwachsenen Bezugsperson als Zusammenspiel physiologischer Funktionsformeln, die zugleich soziale Funktionsformeln sind. Den subjektiven Niederschlag der ›Einigung‹ auf eine individuell-konkrete Praxis reformuliert *Lorenzer* in Anlehnung an die Freudsche »Erinnerungsspur« als »Interaktionsform«, um die Bedeutung menschlicher Praxis in der nachwirkenden Spur der Interaktionssequenz im Erleben des Subjekts hervorzuheben⁴⁶. Dabei betont *Lorenzer*, dass diese Interaktionsformen nicht nur in einen psychischen Raum eingehen, sondern dass sie sich zunächst vorsymbolisch, nämlich »sinnlich-organismisch« und »szenisch« als Körper niederschlagen und manifestieren:

»Die Morphologie, das, was an dinghaft-körperlicher Gestalt entsteht, fällt nicht vom Himmel, sondern ist das Resultat des in Funktionsformeln geronnenen Zusammenspiels auf physiologischer Ebene, in das die soziale Sinnstruktur immer schon eingegangen ist. So wird der Körper ›dinghaft‹ gebildet.«⁴⁷

Die körperliche Erlebnisstruktur aus der widersprüchlichen Vielheit der Interaktions-

42 Lorenzer, Fn. 41, Herv.i.O.

43 Marianne Pieper, Diskursanalysen – Kritische Analytik der Gegenwart und wissenspolitische Deutungsmuster, in: Brigitte Kerchner / Silke Schneider (Hg.). Foucault: Diskursanalyse der Politik. Wiesbaden, 1. Aufl., 2006.

44 Alfred Lorenzer, Intimität und soziales Leid. Archäologie der Psychoanalyse, Frankfurt am Main, 1984, 196.

45 Butler, Fn. 40, 22.

46 Vgl. Alfred Lorenzer, Zur Begründung einer materialistischen Sozialisationstheorie, Frankfurt am Main, 1972, 44ff.

47 Alfred Lorenzer / Bernard Görlich, Die Sozialität der Natur und die Natürlichkeit des Sozialen. Zur Interpretation der psychoanalytischen Erfahrung jenseits von Biologismus und Soziologismus, in: Dies. / Alfred, Schmidt (Hg.). *Der Stachel Freud. Beiträge und Dokumente zur Kulturismus-Kritik*, Frankfurt am Main 1980, 297-349., 341.

formen, die Lorenzer als »Matrix« sinnlicher Praxis⁴⁸ beschreibt, umfasst also die »schon realisierte innere Natur« des Subjekts, die jetzt als Trieb nicht mehr zum »Geschichts-jenseits«⁴⁹ gehört, sondern als Einheit von Natürlichkeit und Sozialität dechiffriert ist. Der Körper entsteht als eine bestimmte sinnliche Erlebnis- und Begehrensstruktur, in welcher der sozial geformte Trieb die Grundlage zur Entwicklung von Phantasie, Identität und Persönlichkeit ist. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang gerade deswegen von Bedeutung, weil die Kategorie der Identität mehr als jene der Physiologie oder Sexualität die Kernproblematik für Transpersonen⁵⁰ ausmacht, weswegen *Becker et. al.* in ihrer Eingabe an das Bundesinnenministerium für die Novellierung des TSG als »Transgender-Gesetz« plädieren.⁵¹

Für *Butler* wie *Lorenzer* spielt wiederholende Praxis sodann eine zentrale Rolle im Prozess der sich herausbildenden körpergebundenen Subjektivität: Der Organismus folgt in *Lorenzers* Konzeption den eingübten Spuren einer Erfahrung, die durch jede gleichartige Wiederholung als Wunsch und Erwartungshaltung verfestigt wird. Butler weist nun darauf hin,⁵² dass der Wiederholungsprozess durch gesellschaftliche Normen reguliert wird. Jede performative Wiederholung zitiert eine Norm. Normen regulieren dabei die soziale Intelligibilität, das heißt, die Verstehbarkeit und Kohärenz von Subjektivitäten innerhalb eines hegemonialen Diskurses:⁵³ ein ›biologischer Mann‹ kann keine ›biologische Frau‹ sein. Zwei Frauen können nicht verheiratet sein – dazu müsste eine ein Mann sein. Die kohärente Binarität wird auf Kosten derer hergestellt, die sich ihr nicht fügen. Die Matrix der Normen produziert den Bereich des Sozialen und zugleich den Bereich ›verworfenen Wesens‹, eine nicht lebbare und unbewohnbare Zone des sozialen Lebens.⁵⁴ Die gesellschaftlichen Normen werden auf unterschiedlichen Wegen in die Praxis der Subjekte eingebunden. Zunächst bilden sie als soziales Sinnsystem den Rahmen für das Agieren der erwachsenen Bezugspersonen, die Gesellschaftlichkeit – konkret-individuell gebrochen durch die eigene lebensgeschichtliche Aneignung – an das Kind herantragen. Dessen Bedürfnisse und allererste subjektive Begehrensstruktur formen sich so im Einklang mit bestimmten gesellschaftlichen Normen und Konventionen wie auch seinem sozialen Ort entsprechend.⁵⁵

Neben der wiederholenden Einübung sinnlich-organismischer Interaktionsformen erlangen später in dann parallel laufenden Entwicklungen sinnlich-symbolische und sprach-symbolische Interaktionsformen Bedeutung, anhand derer *Lorenzer* die Entwicklung des Denkens nachvollzieht. Über sinnlich-symbolische Interaktionsformen gewinnt das Kind

48 Vgl. ebd., 333.

49 Vgl. ebd., 332, Herv.i.O.

50 Zum Begriff siehe de Silva Fn. 25, 266, Fn. 2.

51 Vgl. *Becker et. al.*, Fn. 24, 2.

52 Judith Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt am Main, 1991, 60.

53 Butler, Fn. 6, 42.

54 Butler, Fn. 40, 23.

55 Vgl. *Lorenzer*, Fn. 46.

bereits eine erste Unabhängigkeit von der unmittelbaren Bedürftigkeit in der Beziehung zu primären Bezugspersonen, indem erste gegenständliche, immer noch vorsprachliche Symbolisierungen dieser Beziehungen eine Möglichkeit schaffen, sich diese auch in deren Abwesenheit wieder ins Erleben zu rufen. Die Einführung von Sprachsymbolen hebt diese Emanzipation auf eine weitere Stufe, da über Sprache Situationen vergegenwärtigt, probierend durchgespielt und im Hinblick auf Identität und Lebenszusammenhang reflektiert werden können, was zusammen die größtmögliche Unabhängigkeit vom imperativen Drängen sinnlich-organismischer Interaktionsformen gewährt.⁵⁶ Die Unabhängigkeit des Kindes von der Beziehungsdyade wie von seinen leiblichen Bedürfnissen hat ihren Preis in einer tiefgreifenden Unterwerfung unter ein System von kollektiven Symbolen, unter den syntaktisch-semantisch gegliederten Korpus der Sprache, die hier zugleich als »Niederschlag von Praxiserfahrungen«, wie auch als ein normalisierendes »System von Praxisanweisungen und Praxisdeutungen«⁵⁷ zu verstehen ist. Die sinnlich-leibbezogenen Interaktionsszenen, die aus den konkreten Interaktionsszenen zwischen Kind und primären Bezugspersonen hervorgegangen sind, müssen hier in ein bereits bestehendes und kollektiv verbindliches Symbolsystem eingeordnet werden. Da sie jedoch nie ganz in diskursive Sprachsymbole aufgelöst werden können, bleibt ein nicht-symbolisierter vorsprachlicher ›Rest‹, über den die im Sprachsymbol gefasste Szene mit den sinnlichen Interaktionsformen verbunden bleibt.

Diese den Körper, eine Begehrensstruktur sowie Symbolisierungsfähigkeit hervorbringenden, interaktiven Wiederholungsprozesse setzen sich im Laufe des Lebens unendlich fort. Aufbauend auf der Internalisierung elterlicher Normen werden die Individuen mit einer Reihe von sekundären Sozialisationsinstanzen (Kindergarten, Schule, Ausbildungsorte, Arbeitsverhältnisse, juristischen Behörden und Freizeitinstitutionen) konfrontiert. Vor dem Hintergrund des eigenen Gefüges von Interaktionsformen setzen sich die Individuen durch den notwendigen Bezug auf die gesellschaftlich hegemonialen Normen schließlich permanent in ein Verhältnis zu sich selbst. In dem hier diskutierten Rechtsfall geht es um Erwachsene mit einer langen Lebensgeschichte, bei denen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie im Laufe ihres gesamten Lebens viele (einander auch widersprechende) Interaktionserfahrungen gemacht haben, dass Kindheitserfahrungen durch in Pubertät, Adoleszenz und im Erwachsenenleben Erlebtes vielfach gebrochen und überschrieben wurden. Selbst wenn bei den meisten Erwachsenen Sexualität und Identität unter einen relativ kongruenten und stabilen gemeinsamen Nenner gebracht werden, bleiben die subjektiven Begehrenskonstellationen durch mehrfache Brechungen hindurch in hohem Maße ambiguent.

56 Vgl. Alfred Lorenzer, *Das Konzil der Buchhalter. Die Zerstörung der Sinnlichkeit. Eine Religionskritik*, Frankfurt am Main, 1981, 91.

57 Ebd., 92.

3. Hegemoniale Verschiebungen

Körper und Geschlecht entstehen also, indem Spuren des Abgelaufenen im und als Körper zurückbleiben und unaufhörlich auf wunschgerechte Wiederholung drängen. Das biologische Geschlecht wird als sedimentierte Wirkung einer andauernden wiederholenden – auch von Rechtsnormen angeleiteten – Praxis mithervorgebracht. Rechtsnormen bilden nicht den Hintergrund sozialer Praxis, sondern existieren nur, solange sie in sozialen Praktiken ausgeübt, in Selbsttechnologien aufgenommen werden. Und weil dieses Ausüben immer eine zitierende Wiederholung ist, eröffnet sich ein Korridor möglicher Verschiebungen. Für eindeutige Geschlechtsidentitäten sind fortgesetzte performative Wiederholungen ebenso die Vorraussetzung wie die ständige Abwehr dessen, was nicht sein darf. Dem gesellschaftlichen Normensystem gelingt es aber auch deswegen nie, die Subjekte vollständig zu determinieren, weil es in Konflikt mit den subjektiv-verkörpernten Erinnerungsspuren geraten kann. So werden körperbildende Wiederholungsprozesse sowohl von Normen reguliert als auch zugleich und unter Umständen im Widerspruch dazu von nichtkonformen Körperwünschen motiviert, denn den roten Faden der Lebensgeschichte bilden nach psychoanalytischer Auffassung die Triebkonflikte.⁵⁸ Lust ist mehr als nur die Beseitigung von Unlust, sie zielt auf die Erfüllung von Wünschen.⁵⁹ Das Unbewusste besteht deswegen nicht aus wirkungslosen oder auch nur indifferenten Erinnerungsspuren, sondern diese verlangen kategorisch die Erfüllung der Lebensbedürfnisse »in derjenigen Form, die wunschgerecht ist. [...] Die Erinnerungsspur soll immer wieder realisiert werden.«⁶⁰ Hier liegt die Möglichkeit der Variation und des Scheiterns im Wiederholungsprozess begründet – und damit der Subversion und Neuverkörperung. Die gelebte gleichgeschlechtliche Ehe und das erfolgreiche Weigern der Klägerin, sowie unzähliger anderer Transpersonen und Transgenderbewegungen, die Geschlechterordnung und damit ihre eigene Verworfenheit hinzunehmen, veränderten die gesellschaftliche Praxis, die nach und nach durch ihre permanenten Wiederholungen kristallisierte gesellschaftliche Strukturmomente wie die Rechtsform transformiert: Sedimentierte Praxis wird zum Ausgangspunkt neuer Normen, die wiederum neue Praxisformen anleiten. Die ›Minimallösung‹ des BVerfG geht Aktivist_innen längst nicht weit genug.⁶¹ Doch die subversive Praxis der verschiebenden Wiederholung ist längst im Gange. Neue hegemoniale Normen haben sich herausgebildet durch die Praxis der begehrenden Subjekte und ihre strategische Bezugnahme auf die relationale Autonomie der Rechtsform. Nur weil es nicht viele sind, werde die ›Prägekraft‹ der Ehe durch die alternative Praxis nicht gefährdet, argumentierte das Verfassungsgericht. Ist die hegemoniale Norm der heterosexuellen Ehe

58 Vgl. Lorenzer, Fn. 41, 133.

59 Ebd., 143.

60 Ebd., 144.

61 Wild, Fn. 19.

also noch in Kraft? Sicherlich. Doch die Reaktion auf das Urteil im Netzwerk des Rechts verweist zugleich auf die subversive Wirkung, welche die unauffällige Verschiebung der juristischen Argumentationsfiguren mit sich führt: Diese, so heißt es in den Kommentierungen, seien nicht völlig überzeugend, denn solange das Gericht am Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit als konstituierendem Merkmal der Ehe festhalte, werde der Tatbestand dieses Grundrechts auch »zwingend durch diesen Verfassungsbegriff begrenzt« und könne nicht »Ehen einschließen, die im verfassungsrechtlichen Sinne gar keine sind.«⁶² Wenn durch einen legislativen Akt anerkannt werde, dass es auch personenstandsrechtlich gleichgeschlechtliche Ehen gibt, »wird es immer schwerer zu begründen, warum die Ehe einfachgesetzlich für gleichgeschlechtliche Paare nicht geöffnet werden kann.«⁶³ Es lasse sich mit dieser Entscheidung nicht mehr sagen, dass die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien des Instituts der Ehe nicht betroffen seien; gleichzeitig verändern sich mit dieser Verschiebung in der Institutionalisierung der heterosexuellen Matrix auch die Normen hegemonialer Subjektivität: »In dem Maß, wie das Geschlecht zur disponiblen, rechtlich und gesellschaftlich immer weniger bedeutsamen Kategorie geworden ist, ist zusehends schwerer zu begründen, warum gerade der Verschiedengeschlechtlichkeit konstituierender Charakter für die Ehe zukommen soll.«⁶⁴ Unmittelbar nach der Verkündung der Entscheidung des Verfassungsgerichts knüpfen bereits erste Akteur_innen an diese verschobene Norm an und treiben sie weiter: »Dieser Beschluss ist eine Eheöffnung durch die Hintertür«, interpretiert sie etwa der Lesben- und Schwulenverband.⁶⁵

Die alternativen Praxen knüpfen hierbei an postfordistischen Subjektivierungsweisen an: Subjektivität wird im Postfordismus nicht mehr maßgeblich diszipliniert sondern ihre Kreativität wird in den Produktionsprozess integriert und als immaterielle Arbeit in Wert gesetzt. Nicht der genormte Massenarbeiter- und -konsument wird zur paradigmatischen Figur prekariert und flexibilisierter Arbeitsverhältnisse, sondern die Unternehmerin ihrer selbst, die ihre eigene Vielfältigkeit in ihren Selbsttechnologien stetig verbessert. ›Managing diversity‹ statt Umverteilung kennzeichnet auch die staatliche Sozialpolitik, die auf die emotionalen Einstandsgemeinschaften mehr denn je angewiesen ist. Zugleich wird, gerade auch deviante, Sexualität nicht mehr tabuisiert sondern als profitabler Markt entdeckt. Weder dieser Umstand noch die Patchworkfamilie führen zur Infragestellung der romantischen Zweierbeziehung, sondern eher zu ihrer bunten Neuzusammensetzung – weswegen die Ehe gerade durch die Aufnahme neuer Lebensweisen als regulatives Dispositiv erhalten bleibt. In diesen historischen Kontext lagern sich die neuen (Rechts-)Normen ein und verschieben die Normalität.

Durch die Verbindung materialistischer Rechtstheorie und Psychoanalyse hoffen wir,

62 Matthias Cornils, Entscheidungsanmerkung. Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen, in: Zeitschrift für das Studium, S. 85-89, 86.

63 Stüber, Fn. 28, 50, 52.

64 Oliver Tolmein, Das soll der Staat nicht trennen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.08.2008, Nr. 188, 39.

65 die tageszeitung vom 22.06.2009.

verdeutlicht zu haben, wie sehr objektive Strukturmomente und subjektive Mikromechanismen durch die gesellschaftliche Praxis miteinander vermittelt sind und Praxis so zum Motor der Geschichte wird. Es ist in der Tat so, dass wir unwiederbringlich in unseren intimsten Momenten durch eine soziale Welt konstituiert werden, die wir niemals gewählt, der wir niemals zugestimmt haben – doch das so entstehende Leiden unter diesen Zuständen und die darin aufscheinende Widersprüchlichkeit sind zugleich die Ausgangsbedingungen unserer Handlungsfähigkeit.⁶⁶ Denn die Verschiebungen dieses konstituierenden Sozialen geschehen durch unsere alltägliche Praxis und können in sozialen Bewegungen konzentriert und etabliert werden. Es kann ihr gelingen, das »Recht auf abweichende und damit potentiell subversive Arten, Geschlecht und Körper zu leben«⁶⁷ als neue Norm zu verankern und damit lebbar zu machen. Ein gegenhegemoniales Begehren als Norm in die Rechtspraxis einzuschreiben bedeutet dann das subjektive Leiden unter den Verhältnissen zu mindern und dabei das Soziale neu zu erschaffen.

Dr.ⁱⁿ Sonja Buckel promovierte mit der 2007 bei Velbrück erschienenen Arbeit „Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts“; Mitherausgeberin der Zeitschrift Kritische Justiz, Sprecherin des Kuratoriums des Instituts solidarische Moderne. Von April–Juni 2010 ist sie Gastprofessorin für „Critical Governance Studies“ an der Universität Wien; S.Buckel@soz.uni-frankfurt.de

Julia König, Dipl. Pädagogin, promoviert über die Konstitution (infantiler) Sexualität und ist Lehrbeauftragte an der Universität Frankfurt/M. sowie diskus-Herausgeberin (www.copyriot.com/diskus); j.koenig@em.uni-frankfurt.de

66 Butler, Fn. 6, 3.

67 Jäger/Sälzer, Fn. 1.

Gegen-Institutionen und Gegen-Wissen im Strafrecht: am Beispiel des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie

Heinz Steinert

Der bürgerliche Rechtsstaat ist eine „dialektische“ Einrichtung: Herrschaft mit ihren eigenen Gegen-Institutionen. Als Idee der „Gewaltenteilung“ und der „checks and balances“ ist das eine Binsenweisheit des politischen Elementar-Unterrichts. Die Rechtsform selbst ist schon eine Form von Herrschaft, die sich selbst Grenzen setzt. Diese permanenten Konflikte, aus denen ein funktionierender Rechtsstaat aufgebaut ist, müssen organisiert werden. Das geschieht nicht von selbst und auch nicht ein für alle Mal, sondern beruht auf den Kräften und Gegenkräften in der Gesellschaft und ihrer jeweiligen Stärke. Daher kann der Rechtsstaat durchaus in die Richtung getrieben werden, möglichst „ohne Reibungsverluste“ Anweisungen durchsetzen zu können. Das ist historisch in verschiedenen Formen geschehen.¹ Die derzeitige Form der Einebnung von notwendigen Widersprüchen ist die des „strukturellen Populismus“. Wir werden darauf zurückkommen. Aber in anderen Phasen der Entwicklung werden zur Herrschafts-Kontrolle die Widersprüche verstärkt und die Gegen-Institutionen ausgebaut.

Diese notwendige Widersprüchlichkeit äußert sich auch im Wissen, über das staatliche Einrichtungen verfügen: Dem Herrschaftswissen von Polizei und Staatsanwaltschaft steht herrschaftskritisches Wissen von Anwälten und Menschenrechts-Aktivisten gegenüber.² Das Herrschaftswissen der Strafgewalt wird komplementiert von einem breiten Spektrum von fürsorglichen Maßnahmen und dem Wissen über das wirkliche Leben unter dieser Herrschaft, das sie brauchen und gewinnen. Entsprechend kann man in dem Bereich des Wissens, der sich seit Ende des 19. Jahrhunderts als „Kriminologie“ ausdifferenziert und disziplinar verfestigt hat, (mindestens) eine Polizei-Kriminologie, eine Strafvollzugs-Kriminologie und eine Gesetzgebungs-Kriminologie unterscheiden. Auch im rechtlich relevanten Wissen treten je nach Perspektive Widersprüche auf, die auch organisiert sein wollen, damit sie nicht eingeebnet werden.

Die 1960/70er Jahre waren eine Zeit der „Modernisierung“ in vielen gesellschaftlichen

1 Selbst die faschistischen Diktaturen waren nicht einfach „Unrechtsstaaten“, sondern wurden zunächst von – „schrecklichen“ – Juristen unter Einsatz von juristischen Denkfiguren mitkonstruiert und gerechtfertigt.

2 Jede dieser Instanzen trägt den Widerspruch auch in sich: Die Polizei ist an das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebunden, die Staatsanwaltschaft hat auch zugunsten des Angeklagten zu ermitteln, die Anwaltschaft ist nicht Komplizenschaft und die Menschenrechte haben auch die Rechtsform.

Bereichen, so auch im Recht und seinen Organisationen. Das hieß damals nicht nur, dass alles stromlinienförmig funktionieren sollte, sondern es wurden auch Gegeninstitutionen gegründet: Die Bewährungshilfe war vielleicht am folgenreichsten, weil sie den damals für die Justiz neuen Berufen der Sozialarbeit, der Psychologie und Psychoanalyse, schließlich ein wenig auch der Soziologie den Zugang eröffnete und damit eine weitere Dynamik in Gang setzte. Eines ihrer Ergebnisse war auch das „Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie“, eine Einrichtung zur Produktion von Wissen für Gesetzgebung und Justizverwaltung und damit im Widerspruch zur traditionellen Kriminologie, die aus der Perspektive von Strafverfolgung und Strafvollzug betrieben wurde. Wie es sich traf, war auch innerhalb der Wissenschaft dieser Widerspruch international als „Kritische Kriminologie“ gerade aufgebrochen. Hier konnte er praxis-relevant werden.

Im Folgenden gebe ich einen Abriss der Geschichte dieses Instituts – als Rückblick seines Mitbegründers und (bis 2000) wissenschaftlichen Leiters.³ Eine solche Einrichtung konnte wohl nur unter den Bedingungen der 1970er, aus dem Geist des „Fordismus“ gegründet werden. Aber das Institut hat diese Produktionsweise überdauert und muss seine Aufgaben und Möglichkeiten unter den Bedingungen des Neoliberalismus neu bestimmen. Zur „Zeitdiagnose der Rechtsform“ in dieser Produktionsweise und ihrer „strukturell populistischen“ Politikform wird in einem zweiten Abschnitt ein Programm skizziert, wie es ein solches Institut heute bearbeiten könnte.

1. Eine kurze Geschichte des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie

1.1. Die Gründung

Die Gründungsurkunde des Instituts habe ich in mehreren Umzügen verloren. Es war eine Postkarte, die mir Justizminister Christian Broda Mitte 1972 aus Salzburg schrieb und die auch von Wissenschaftsministerin Hertha Firnberg unterschrieben war: „Das Institut für Kriminalsoziologie wird als Boltzmann-Institut gegründet.“ Es waren Gespräche mit Broda und seinen Sekretären Michael Neider und Heinz Keller sowie seinem Berater Prof. Friedrich Nowakowski vorangegangen – und im Hintergrund wohl vor allem zwischen Broda und Elisabeth Schilder, der Begründerin der österreichischen Bewährungshilfe, wo ich einige Jahre gearbeitet hatte. Broda erwartete sich intellektuelle Unterstützung für die Strafrechtsreform und besonders ihre praktische Umsetzung, also die Implementierung gegen den Widerstand von Teilen der Judikative und Justizverwaltung, vor allem ein Gegengewicht zur universitären Kriminologie (und Strafrechtswissenschaft) mit ihrem naturalistischen Kriminalitätsbegriff und den zugehörigen absoluten Straftheorien.

3 Dieser Teil des Beitrages beruht auf einem Vortrag, den ich am 21.11.2008 beim Kolloquium „Vom Nutzen der sozialwissenschaftlichen Forschung für die rechtspolitische Praxis“ im Bundesministerium für Justiz, Wien, gehalten habe.

Ich war damals ein junger Dozent der Soziologie mit psychoanalytischer Ausbildung, die ich bei der Bewährungshilfe praktisch eingesetzt hatte, und einiger Erfahrung mit Auftragsforschung in den Bereichen der Wirtschafts- und der Stadtsoziologie, zuletzt in einem großen Projekt über die Polizei und in Arbeiten zur Bewährungshilfe. Dieser Hintergrund in der Auftragsforschung war wichtig, weil er mir die Erfahrung vermittelt hatte, dass man dabei politisch instrumentalisiert werden kann: Bevor man sich gut genug auskennt, was der Auftraggeber eigentlich mit einem Forschungsauftrag beabsichtigt und wie dort die Macht- und Konfliktbeziehungen sind, ist das Projekt schon zu Ende und man verlässt das Feld. Ich wollte eine Soziologie betreiben, die weder so instrumentalisiert wird, noch sich in akademischer Irrelevanz verliert, positiv gewendet: die in der Praxis ernst genommen wird und zugleich das Wissen der Gesellschaft über sich selbst voranbringt, also Wissenschaft im emphatischen Sinn darstellt. Deshalb wollte ich ein Institut in Dauerkontakt mit einem Praxisbereich, wo gerade durch diese Praxisnähe bessere Wissenschaft von der Gesellschaft entstehen kann als an der Universität.

Die Doppel-Konstruktion mit Ludwig-Boltzmann-Gesellschaft und Bundesministerium für Justiz war mir daher als Balance zwischen Akademischem und Praktischem gerade recht. Wir haben damals auch die Vereinbarung getroffen, dass das Institut keine inhaltlichen Aufträge vom Ministerium bekommt, sondern seinerseits ein Forschungsprogramm vorlegt, das vom Wissenschaftlichen Beirat diskutiert und beschlossen wird. Im Beirat sind universitäre Wissenschaft und Ministerium vertreten. Diese vorsichtige Haltung dem Ministerium gegenüber erwies sich später als ebenso unbegründet wie das Vertrauen in die akademische Seite: Im Jahr 1982 war es die Boltzmann-Gesellschaft, die uns kündigte und damit den Bestand des Instituts gefährdete, und es war das Ministerium, das unser Weiterbestehen mit einem eigenen Trägerverein sichern half. In der inhaltlichen Abstimmung unserer Projekte mit dem Ministerium hat es nie unüberwindliche Probleme gegeben. Der Wissenschaftliche Beirat kam nie in die Situation, einen Konflikt schlichten zu müssen.

1.2. Das Programm

Das Arbeitsprogramm für die ersten Jahre wurde 1972 geschrieben, 1973 begann das Institut zu arbeiten. Unsere Spezialität – auch in der internationalen Diskussion – war die Analyse von Gesetzgebung. Instanzenforschung betrieben damals alle, unsere politikwissenschaftliche und strafrechtssoziologische Orientierung war das, was heute „Alleinstellungsmerkmal“ genannt würde. Dazu gehörte auch die sozialhistorische Arbeit und Fundierung unserer Überlegungen.

Mit dieser Ausrichtung war der famose „Labeling-Ansatz“, der damals der letzte Schrei war, eine Selbstverständlichkeit: Was „kriminell“ ist, bestimmen die Gesetzbücher und die werden politisch gemacht und verändert – eine Banalität. Dazu kommen die Gesetzes-Anwender, die deren Regeln auf den Fall anpassen und sie damit interpretieren. Die Betroffenen selbst, Täter wie Opfer, kennen diese Regeln auch und neutralisieren sie oder nützen sie, zum Beispiel, indem sie mit der Anzeige die Hilfe der Polizei mobilisieren. Anders als

viele in der damals „neuen“ Kriminologie brauchten wir dafür keine hochgestochenen erkenntnistheoretischen Analysen von Deskription und Askription, sondern konnten das, was in Ministerium, politischer Öffentlichkeit und Parlament vor unseren Augen (und mit unserer Mitwirkung) ablief, ganz handfest politisch untersuchen. Das galt ebenso für die Geschichte der Justizverwaltung und der Dokumentation von Verurteilungen und Anzeigen (herkömmlich Kriminalstatistik genannt): Die Instanzen, ihre Arbeitsweisen und ihre Arbeitsausweise, die Statistiken, sind politisch und organisatorisch bestimmt (und veränderbar) und damit ist auch das Wissen über Kriminalität, das sie erzeugen und verwalten, historisch variabel.

1.3. Praxisrelevantes

Wir haben in all diesen Bereichen in den folgenden Jahren erfolgreich gearbeitet. Unsere Untersuchungen zur regional unterschiedlichen Funktionsweise der Justiz, sei es im Einsatz der U-Haft, der Maßnahmen oder in der Urteilsstrenge, die wir mehrfach wiederholten, waren wichtige Anregungen in der StPO-Reform. Die Arbeiten zur Statistik und zu den Informationen, die man der Statistik bei raffinierter Auswertung doch entwinden kann, haben viel zur Verbesserung der Datengrundlage wie des Umgangs mit ihr beigetragen. In zahlreichen Einzeluntersuchungen und dann kompakt im „Anderen Sicherheitsbericht“ (Hanak und Pilgram 1991) wurde das vorgeführt.⁴ Unsere Arbeiten zur Verteilung von Anzeigen in der Stadt und zu den Befürchtungen über Kriminalität haben gezeigt, wie günstig Österreich und Wien international liegen. Wir haben in vielen Projekten konkret zu Problemen des Strafvollzugs und zu den Möglichkeiten ihrer Bewältigung etwas sagen können. Das haben wir nicht zuletzt personell getan, indem langjährige Mitarbeiter des Instituts maßgebliche Positionen in der Bewährungshilfe und im Strafvollzug übernahmen.

Besonders folgenreich waren die Ideen zur Konfliktregelung und Mediation, die sich in Forschungen des Instituts entwickelten. Schon in dem Entwurf von 1972 sprachen wir von der „Ausnützung der Rolle des Richters als Vermittler [...] in einer Strafrechtspflege, die mehr auf Wiedergutmachung als auf Bestrafung eingerichtet ist“. Dieser Gedanke rückte in den Vordergrund, als international rechtsethnologische und konflikt-ethnographische Befunde diskutiert wurden – unsere Freunde Louk Hulsman (NL) und Nils Christie (N) waren dabei besonders wichtig – und wir selbst Untersuchungen zur alltäglichen Bewältigung von Konflikten vorlegen konnten. Das Thema erzeugte eine erstaunliche Dynamik und bewirkte im Strafrecht die wahrscheinlich wichtigste Innovation nach der großen Strafrechtsreform (JGG 1988). Wir hatten uns damit in eine internationale Bewegung der „restorative justice“ und sonstigen Entwicklung von Alternativen zur Bestrafung einge-

4 Ich verzichte hier auf eine Bibliographie der Veröffentlichungen aus dem Institut. Sie würde entweder zu umfangreich oder zu selektiv. Für Interessierte gibt es die Jahresberichte und den Zugang zu Literatur(listen) über die Homepage des Instituts (www.irks.at).

klinkt, die bis heute als Teilindustrie der Rechtssoziologie und der Praxis von Sozialarbeitern bis Rechtsanwälten blüht und gedeiht.

Das war auch das erste Mal, dass wir, damals mit Hilfe der Bewährungshilfe, einen Praxisversuch anleiten und wissenschaftlich begleiten konnten. Solche Begleitforschung zu Innovationen im Recht, zu Gesetzgebung und ihrer Implementierung, ist zu einer weiteren Spezialität des Instituts geworden. Wir haben das Verfahren an zahlreichen Beispielen im Familienrecht (Mediation, zuletzt Kinderbeistand), in der Sachwalterschaft, im Strafvollzug angewendet und entwickelt und damit zu einer rationalen Planung und Evaluation von Maßnahmen der Justiz beigetragen. Dazu kamen Untersuchungen zur Evaluation von Gesetzen, etwa zur U-Haft oder zur StPO-Reform, in denen wir mit sehr konkreten Auswirkungen Gesetzgebung begleiteten.

Eine weitere Besonderheit, die sich entwickelt hat, sind internationale Vergleiche: Das erste dieser Projekte war die Untersuchung des „linken Terrorismus“ in D, I, NL und F, gleichzeitig lief eines zur Entwicklung von Strafrechtspolitik in A, D, GB und S. Später folgten das große Projekt über soziale Ausschließung und ihre Abwehr in „Sozialpolitik von unten“ im Vergleich von acht europäischen Städten und ein weiteres über Sicherheit und Unsicherheitsgefühle in der Stadt, in dem fünf europäische Städte verglichen wurden. Es ist bei solchen Fragestellungen einfach nicht sinnvoll, sie ohne Vergleich mit analogen und kontrastierenden Situationen behandeln zu wollen.

2. Neoliberale Veränderungen

Das Institut hat in einer Situation zu arbeiten begonnen, die noch aus dem Geist des Fordismus und der Sozialpartnerschaft lebte. Das „Nachziehverfahren“ der Strafrechtsreform 1975 brachte das Strafrecht auf den Stand des Fordismus zu einem Zeitpunkt, als die Krise dieser Produktionsweise bereits einsetzte. Ab 1980 wurde in Großbritannien und in den USA das Projekt des Neoliberalismus mit Thatcherism und Reaganomics politisch inauguriert. Ein nicht geringer Teil davon war die populistische Anstachelung und Instrumentalisierung von Kriminalitätssorgen und ein Schub an Einsperrung von historischem Ausmaß: In den USA wurde in wenigen Jahren die Einsperrungsrate verdreifacht und dem Stand der früheren Sowjetunion angenähert. Ganz Europa zog nach, wenn auch nicht in dem Ausmaß. Wenig später wurde die zugehörige Polizeipolitik als „Zero Tolerance“ in New York propagiert. Wichtige Selbstverständlichkeiten der Kriminalpolitik (Einsperren als ultima ratio, wo immer möglich Entkriminalisierung, sozialstaatliche Maßnahmen statt Strafe – oder wenigstens in Ergänzung dazu) wurden international aufgehoben. Dazu gehört die „populistische“ Form von Politik, die mehreres bedeutet: erstens und am oberflächlichsten den öffentlichen Appell an Orientierung am Großen & Ganzen, also das Abgehen von Interessenpolitik. Um „das Volk“ dazu zu bringen, ist das probate Mittel die Herstellung einer Situation des nationalen Notstands, eine Politik des Angstmachens, möglichst der Panik (daher die dauernden „Kriege gegen ...“ mit den

zugehörigen Feinden und die von den Regierungen ausgerufenen Krisen). Dahinter aber geschieht zweitens ein direkter Durchgriff von wirtschaftlichen Interessen auf die Politik durch Lobbyismus und durch unmittelbare Politikbeteiligung: Das Personal verschiebt sich von Funktionären zu den Wirtschaftstreibenden selbst (Managern, Beratern, Eigentümern). Die Bevölkerung wird auf das Große & Ganze verpflichtet, während die wirtschaftlichen Interessen „unter dem Druck der Globalisierung“ besonders bedient werden müssen. Das erzeugt interessante Probleme für die Allgemeinheit der Gesetze, wie wir gerade beobachten können: Wenn die Banken staatlich gestützt werden, warum nicht auch die Autoindustrie – und in logischer Folge der Installateur im Viertel und letztlich der private Haushalt?

Die Produktionsweise des Neoliberalismus ebenso wie der strukturelle Populismus als ihr zugeordnete Politikform basieren auf einem Regime der sozialen Ausschließung: Zugehörigkeit ist nicht selbstverständlich, sie muss erworben und erkämpft und sie kann vor allem verweigert und entzogen werden. Am direktesten wirkt sich das in der Behandlung von Ausländern und Armen aus (und besonders, wenn die beiden Merkmale zusammenkommen). Ausschließung prägt die Behandlung von Armen, also den Bereich der Ungleichheitspolitik einerseits, der Sozialhilfe andererseits. Aber sie weitet sich auf soziale Sicherung allgemein aus. Die Produktionsweise des Neoliberalismus hat die alten Formen von sozialer Sicherung tendenziell unbrauchbar gemacht: Das Modell der Sozialversicherung, gebunden an lebenslange, regelmäßige Lohnarbeit wird dadurch ausgehebelt, dass letztere immer weniger geboten wird.

Ein zentraler Bereich der Anpassungen von Staat und Recht an und für die veränderte Produktionsweise ist die Veränderung der Verwaltungsform. Im Gegensatz zu den programmatischen Äußerungen stellt Neoliberalismus einen Bürokratisierungsschub dar: Aspekte von Verwaltung wurden zwar abgebaut, aber damit zum Teil nur privatisiert, zum Teil durch den Neu-Aufbau von externen Kontroll-Bürokratien kompensiert. Abgebaut und entmachtet wurde vor allem, was man „Fach-Verwaltung“ und „Dienstleistung“ nennen kann, also die sachverständig unmittelbar an den Verwaltungsaufgaben arbeitenden Anteile. Sie werden punktuell durch extern zugekaufte Beratung, in Kommissionen oder durch direkte Vergabe an Beratungsfirmen ersetzt und zugleich verdrängt. Die fachliche Selbstverwaltung aus dem gemeinwohlorientierten Beamten-Ethos oder professioneller Art wird dadurch geschwächt und für politische Durchgriffe geöffnet.

Es gibt in dieser Situation des Wechsels der Produktionsweise einen banalen Sinn, in dem uns die Geschichte des Instituts helfen kann, die neue Gesellschaftsverfassung zu verstehen: Wir verfügen über reiches „historisches“ Material, um genaue Vergleiche zwischen der neuen und der vergangenen Formation, zwischen Fordismus und Neoliberalismus zu ziehen. Wenn heute bestimmte Formen von Kriminalität, etwa der Dauerbrennen „gefährliche Jugend“ skandalisiert werden, können wir auf konkrete Untersuchungen über die Geschichte von Kriminalitätspaniken seit den 1950ern zurückgreifen. Ebenso haben wir zu Jugendbanden und den Konflikten zwischen „österreichischen“ und „türkischen“

Gruppen Vergleichsmaterial von vor fünfzehn Jahren. Probleme der Gewalt zwischen den Geschlechtern oder auch der lokalen Rechtskulturen können wir in jahrzehntelangen Vergleichen untersuchen. Die Geschichte des Instituts ist eine Ressource von Daten und Befunden, die es ermöglichen sollten, der Kurzatmigkeit und dem Gedächtnisverlust der öffentlichen Diskussionen eine fundierte lange Perspektive entgegenzusetzen. Auch der Theorie-Entwicklung und ihren Moden kann eine solche historisch informierte Abgklärtheit nur nützen.

2.1. Zeitdiagnose der Rechtsform

Die neue gesellschaftliche Situation, der inzwischen etablierte Neoliberalismus, setzt Bedingungen auch für die Rechtsentwicklung. Die Untersuchungen eines Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie haben als ihren allgemeinsten Gegenstand eine historisch informierte „Zeitdiagnose der Rechtsform“ im Rahmen der jeweiligen Produktionsweise. Es lassen sich zwei Dimensionen angeben, auf denen diese Beschreibung der Rechtsform erfolgen kann:

- die lange Geschichte der Instrumentalisierung des Rechts und
- die Ausprägungen von Recht in seinem Doppelcharakter als Herrschaft und Infrastruktur.

2.1.1. Instrumentalisierung des Rechts

Die fast im gesamten 20. Jahrhundert bereits konstatierte Tendenz der Rechtsentwicklung zu unbestimmten Begriffen, Generalklauseln und ähnlichen Aufweichungen einer als zu strikt gesehenen Bindung an ein relativ eindeutiges Gesetz setzt sich unter den Bedingungen des Neoliberalismus verschärft fort. Was einmal als liberaler Rechtsstaat gedacht gewesen sein mag, hat eine neue Form angenommen, die im neoliberalen Programm Herrschaft mehr verbirgt als reguliert. Aufgabe der Rechtssoziologie könnte es sein, die verschiedenen Formen von Lockerung der Rechtsbindung erstens typologisch zu erfassen, sie zweitens in ihrer Entstehung und Geschichte zu beschreiben und drittens die aktuelle Konstellation dieser „Auflockerungen“ für verschiedene thematische Gebiete zu untersuchen.

Es versteht sich, dass wir damit den Bereich des Kriminalrechts überschreiten. Ich würde freilich die These riskieren, dass in der neoliberalen Produktionsweise die Kriminalpolitik gemeinsam mit der Sozialpolitik, dessen Teil sie ist, eine Schlüsselfunktion hat: Sie regelt soziale Ausschließung und stellt sie als besonders legitimiert dar. In der Kriminal- und Sozialpolitik konzentriert sich auch die Erfahrung, die in dieser Phase relativ neu ist: die Erfahrung des Umgangs mit relativ rechtlosen Mitgliedern der Gesellschaft, nämlich den Ausländern. Wir haben wieder eine gar nicht so schmale Schicht der Gesellschaft, die auch rechtlich nicht gleichberechtigt ist und dazu gesellschaftlich diskriminiert wird. Das war, wenn man vom NS absieht, zuletzt im 19. Jahrhundert der Fall. Aufzuarbeiten, was diese Erfahrung für Polizei und Sozial-Verwaltung, aber auch für die Justiz bedeutet, scheint mir ein zentrales Erfordernis zu sein, wenn man die gegenwärtige Situation des Rechts verstehen will.

Dazu gehört eine ganz materielle Folge aus den politisch hergestellten Kriminalitäts- und

Sicherheitspaniken: die Sicherheits-Technologien maschineller und personeller Art, mit denen die Gesellschaft überzogen wird, und die damit und mit sonstigen Datenspuren, die wir in elektronifizierten Interaktionen hinterlassen, verbundene Dokumentation von gesellschaftlichem Handeln. Ein Gutteil davon sind privatisierte Dienste und private Aufzeichnungen, derer sich staatliche Stellen bei Bedarf bedienen. Eine gewisse Hilflosigkeit der rechtlichen Regulation scheint mir hier unverkennbar.

2.2. Recht als Infrastruktur

Recht hat den Doppelcharakter, dass es regulierte Herrschaft und Infrastruktur ist. Es konstituiert Eigentum, Markt, Betrieb, Haushalt und Familie, um nur ein paar nicht ganz randständige Einrichtungen unseres Typs von Gesellschaft zu nennen. Es ist Verhinderung – und das ist im Kriminalrecht besonders explizit –, aber viel folgenreicher Ermöglichung: von Vertrag und Kooperation, von Kredit und Verpflichtung, von Arbeitsverhältnis und Lohn, von Investition und Mehrprodukt, von Verfügung über gesellschaftliche Ressourcen. Recht hat also selbst den Aspekt, Ressource, Infrastruktur für gesellschaftliches Handeln und Leben zu sein. Man kann real vorfindliches und mögliches Recht darauf untersuchen, wie sehr und für wen es Ressource und Ermöglichung und wie sehr und für wen es Herrschaft und Behinderung ist. Man kann und muss vor allem untersuchen, wie es wofür als Ressource zu nutzen versucht wird und wie es welche Nutzungen verhindert. Dieser „informelle“ Gebrauch des Rechts, zu dem auch die Umgehung gehört, hat uns immer schon interessiert und war Teil auch des bisherigen Programms.

Sozialpolitik als der umfassende Rahmen von Kriminalpolitik ist insgesamt in der Krise, und zwar nicht, wie manchmal suggeriert wird, durch Verschiebungen im Bevölkerungsaufbau und also als „Generationenkonflikt“, sondern weil die traditionelle Form der Sozialversicherung, die an eine lebenslange regelmäßige Lohnarbeitsposition gekoppelt ist, von den neuen Arbeitsverhältnissen ausgehebelt wird: In höchstens zwei Generationen wird es verbreitet – trotz nicht unbedeutender Einzahlungen in die Sozialversicherung – kein Anrecht auf mehr als Sozialhilfe im Alter geben, weil die heutigen Renten-Voraussetzungen infolge unregelmäßiger Lohnarbeit nicht erfüllt werden. Die traditionell sozialstaatlichen Instrumente der Armutsvermeidung werden obsolet.

Es wird auf mittlere Sicht einen Umbau von Sozialpolitik ebenso wie einen des Rechts von Lohnarbeit und Selbständigkeit geben müssen. Die neue „Logik“ des Wohlfahrtsstaates wird von Ideen der „Umverteilung“ von den lohnarbeitenden zu den „mitversorgten“ abhängigen Teilen der Bevölkerung abrücken. Es wird sich auf Dauer nicht verleugnen lassen, dass Leute nicht einfach „zu jung“, „zu alt“ oder „zu schwach“ für Lohnarbeit sind, sondern dass Gesellschaften erstens von anderen Formen der Arbeit leben, besonders von Hausarbeit und Gemeindearbeit, und dass sich zweitens die wichtigsten Güter und Dienste nicht als Waren organisieren lassen, während drittens in Lohnarbeits-Produktion höchst schädliche Produkte hergestellt werden, von Landminen bis zu unkontrollierbaren Derivaten in der Finanzspekulation. Die neue Form des Wohlfahrtsstaates wird in der so-

zialen Infrastruktur bestehen, die aus den Steuern organisiert und bereitgehalten wird: aus allgemein zugänglicher Gesundheitsversorgung, Pflege, Bildung, öffentlichem Transport, Ressourcen für wirtschaftliche und politische Beteiligung.

Es wird in den nächsten Jahren zahlreiche Beendigungen von Firmen und sonstigen wirtschaftlichen Einheiten geben, deren Regulierung über das Konkursrecht hinaus wichtig wird. Das Verhältnis der Arbeiterschaft zur Verwaltung des Betriebs und zu dem Gewinn oder Verlust, den er macht, kann und soll neu überlegt werden. Neue Formen der Selbständigkeit brauchen vielleicht neue (oder die Wiederbelebung alter) Rechtsformen (Partnerschaft, Genossenschaft). Das Institut hat hoch interessante Untersuchungen zu Konkurs und Konkursrecht und zu grenzüberschreitenden Wirtschaftsbeziehungen und in dem Zusammenhang zu Unternehmer-Typen gemacht: Das ist ein weiteres Kapital an Vorarbeiten, das gerade jetzt wieder aufgenommen werden könnte.

Die Beispiele scheinen mir zu zeigen: So wie das „Nachziehverfahren“ der Gesetzgebung weitergeht und dabei neue rechtliche Regelungen entwickelt werden, so muss auch die Forschung mit einer radikal veränderten Gesellschaftsverfassung klar kommen. Es ist unsere Aufgabe, diesen Zustand der Gesellschaft genau zu erfassen und von daher die Situation des Rechts so zu beschreiben, dass das nützlich für die tatsächlichen und die möglichen Rechtsreformen ist. Allgemeiner sollte solches Wissen hilfreich dafür sein, dass die Gesellschaft ihren eigenen Zustand versteht – und ihn so vielleicht verbessern kann. Beides, Verstehen und Verbessern, wäre dringend nötig.

Prof. Dr. Heinz Steinert war 1973–2000 Leiter des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien, und ist seit 1978 Professor für Soziologie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; steinert@soz.uni-frankfurt.de

„Organisierte“ Kriminalität oder Ziviler Ungehorsam?

Methodische und rechtsphilosophische Anmerkungen zur
rechtsstaatlichen Problematik der Strafverfolgung
von TierschutzaktivistInnen gemäß § 278a StGB

Eva Maria Maier

1. An den Grenzen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Zur Interpretation von Vorfelddatbeständen

Das aktuelle Strafverfahren gegen mehrere TierrechtsaktivistInnen wegen des Vorwurfs der Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation gemäß § 278a StGB erzeugt zunehmendes Unbehagen hinsichtlich der rechtsstaatlichen Legitimität und verfassungsrechtlichen Kohärenz der genannten Bestimmung selbst, wie vor allem aber bezüglich der darin zu Tage tretenden Praxis ihrer Anwendung. Dabei kann selbst der Eindruck nicht vermieden werden, das Strafrecht werde in diesem Punkt durch eine zumindest unverhältnismäßige Auslegung und Anwendung in einer bedenklichen Weise zur Disziplinierung gesellschaftlich unbequemer Gruppen der Zivilgesellschaft instrumentalisiert.

Nicht zuletzt entfaltet sich an Hand dieser speziellen Anwendungsdebatte des § 278a aber auch eindringlich die strafrechtspolitische Problematik sogenannter „Vorfeld“- bzw. „Vorbereitungsdelikte“ überhaupt, wie sie in der speziellen legislativen Ausgestaltung zu Organisationsdelikten eine besondere Tendenz zur Ablösung der Strafbarkeit vom rechtsstaatlichen Nachweis eines vollendeten (oder versuchten) konkreten Grunddelikts und der darin ursprünglich inkriminierten Rechtsgutverletzung aufweisen. Sie enthalten einen weiteren Schritt der Abstraktion gegenüber der im Kernbereich rechtsstaatlichen Strafrechts verankerten Grundkonzeption der Reaktion auf das einer konkreten Person vorwerfbare einzeldeliktische Verhalten und den darin in zentraler Weise umgesetzten rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen gemäß Art 7 MRK.¹ Denn in jenen wird selbst die Erforder-

1 Aus rechtsphilosophischer Sicht ist freilich auch auf den systematischen Zusammenhang zwischen freiheitssichernder Rechtsstaatlichkeit, Schuldprinzip und dem Rekurs auf verantwortliches (kern)deliktisches Verhalten – jenseits der verfehlten Alternative von „Determinismus“ und „Indeterminismus“ – hinzuweisen. Siehe dazu etwa *Zaczyk*, Staat und Strafe – Bemerkungen zum sogenannten „Inselbeispiel“ in Kants *Metaphysik der Sitten*, in: *Landwehr* (Hrsg), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit (1999) 76. Auf diesen Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Schuldprinzip ist zu insistieren, auch wenn die herrschende Strafrechtsdogmatik die Frage der Verantwortlichkeit zugunsten eines „normativen“ Schuldbegriffs weitgehend suspendiert hat. Zur Kritik daran vgl. *Schild*, Vorbemerkungen vor §§ 13 ff. Der freiheitliche Straftatbegriff, in *Albrecht* ua, Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare, hrsg v *Wassermann*), Bd 1 (1990), 2. Abschnitt, Erster Titel. Grundlagen der Strafbarkeit, Rn 26 ff.

lichkeit eines gleichsam vorverlagerten gemeinschaftlichen kriminellen Entschlusses bezüglich bestimmter schwerster Delikte, nämlich der „konkreten Deliktsverabredung,“² suspendiert, wie er etwa für das klassische Vorfelddelikt eines „Verbrecherischen Komplotts“ gemäß § 277 StGB charakteristisch ist und in zentraler Weise die Strafbarkeit mitbegründet. Feste Entschlossenheit sowie die Gemeinschaftlichkeit des Tatentschlusses setzten hierbei eine „Eigendynamik“³ in Gang, die ausnahmsweise – allerdings eben nur bezogen auf die Verabredung zur Begehung bestimmter Schwerstdelikte – die eigenständige Inkriminierung ansonsten grundsätzlich straffreier Vorbereitungshandlungen legitim erscheinen läßt. Indes reduzieren sich bei den klassischen wie bei den neueren Organisationsdelikten der §§ 278 ff die tatbestandsmäßigen Vorfeldaktivitäten, jedenfalls mindestens im Rahmen einer darin normierten Tatbestandsalternative, auf die bloße Erfüllung eines – noch dazu etwa im Falle der §§ 278 f recht weit interpretierbaren⁴ – Begriffs von Mitgliedschaft.⁵ Die spezifische Verselbständigung einer für die kriminalpolitische Relevanz und rechtsethische Legitimation von Vorfelddelikten zentralen sozialen „Eigendynamik“⁶ zur Verwirklichung schwerer Delikte beruht dabei in den Fällen der §§ 278 und 278a auf der Errichtung einer effizienten und dauerhaften logistischen und instrumentellen (Infra)struktur als einer „effizienten Aktionsbasis“⁷, die speziell auf die fortgesetzte Begehung schwerer Delikte ausgerichtet ist. Nicht nur die gesteigerte Tatwahrscheinlichkeit kann hierfür allein ausschlaggebend sein. Erst die – freilich eng damit verbundene – besondere und spezifische Gefährlichkeit⁸ einer Personenverbindung kann eine so weit reichende und ausgedehnte Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtfertigen und den damit deutlich zu Tage tretenden „präventiven“ Charakter in der Bekämpfung dieser Delikte rechtsstaatlich legitim erscheinen lassen. Im signifikant höheren Strafmaß der §§ 278a f gegenüber der „kriminellen Vereinigung“ (§ 278) zeichnet sich weiters auch eine jeweils deutliche Steigerung des angenommenen Gefahrenpotentials ab. Diese charakteristische Gefährlichkeit wird im Falle des § 278a durch das Vorhandensein eines straff organisierten Apparats zur Akkumulation von Macht in einer gewissen Konkurrenz zum staatlichen Machtmonopol begründet, der auf dessen Instrumentalisierung und partielle Ausschaltung gerichtet ist. Was die Terrorismustatbestände betrifft, beruht sie wohl nicht zuletzt auch auf der spezifischen Unberechenbarkeit und gleichsam kriminellen „Irrationalität“, die für terroristische Aktivitäten als kennzeichnend angesehen werden kann.⁹

2 Velten, Die Organisationsdelikte haben Konjunktur: Eine moderne Form der Sippenhaftung? Banken und Tierschützer vor Gericht, JSt (2009) 57.

3 Velten, Organisationsdelikte 57.

4 Vgl Velten, Organisationsdelikte 58.

5 § 278a verweist diesbezüglich auf die Legaldefinition des § 278abs 3.

6 Grundlegend bereits Rudolph, Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB, in Frisch/Schmid (Hrsg) FS für H.-J. Bruns (1978) 317; vgl auch Kienappel, Bildung einer kriminellen Organisation, JBl (1995) 615.

7 Velten, Organisationsdelikte 57.

8 Vgl Kienappel, Organisation 616 (hier im Hinblick auf die Abgrenzung vom früheren Tatbestand der „Bande“).

9 Vgl Maier, Strafrecht – Kriegsrecht – Ausnahmezustand? Der Rechtsstaat vor der Herausforderung des Terrorismus, JRP (2006) 29 ff.

Diese qualifizierte Gefährlichkeit, die in den – kumulativ erforderlichen – einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 278a und deren jeweiligen Varianten wohl näher konkretisiert und nicht etwa teilweise eingeschränkt werden soll, gilt es auch bei der Prüfung der konkreten Tatbestandsmäßigkeit im Einzelfall im Auge zu behalten und nicht im Namen der vermeintlichen Wahrnehmung des rechtsstaatlichen Anklagezwangs gegenüber der übermäßigen Befrachtung von formalistisch-wörtlichen Teilinterpretationen der Bestimmung zurücktreten zu lassen.¹⁰ In diesem Sinne ist Velten zuzustimmen, die betont: „Sollen sie kein unzulässiges Vorfeldstrafrecht sein, müssen die §§ 278 ff StGB daher so interpretiert werden, dass das hier beschriebene besondere Gefährdungspotential sich auch im tatbestandlichen Verhalten niederschlägt.“¹¹ Die gerade im strafrechtlichen Methodenverständnis nachdrücklich hervorgehobene und im strafrechtlichen Legalitätsprinzip und Bestimmtheitsgebot festgemachte Verpflichtung auf den Wortsinn¹² bringt die besondere verfassungsrechtliche Verankerung und Begrenzung des Strafrechts sowie deren zentrale rechtsstaatliche Implikationen zum Ausdruck. Sie kann indes keineswegs die Aufgabe einer am Gesamtsinn der Bestimmung und der Berücksichtigung ihrer verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Legitimationsvoraussetzungen orientierten verantwortlichen Interpretation aufheben.¹³ Jene Prinzipien enthalten zwar das Verbot einer analogen Ausweitung der Strafbarkeit, schließen jedoch eine allenfalls aus Gründen einer weiteren Verfassungskonformität, etwa zur Vermeidung von illegitimen Grundrechtseingriffen, sogar gebotene teleologische Reduktion keineswegs aus.¹⁴ Ja sie gebieten jedenfalls eine restriktive Auslegung jener Delikte, die etwa auf Grund ihrer Charakteristik als „Vorfelddelikte“ tendenziell selbst am Rande des strafrechtlichen Legalitätsprinzips angesiedelt sind. Dieses erfordert auf der Grundlage eines auf freiheitssichernde Rechtsstaatlichkeit ausgerichteten Strafrechts wohl nicht nur formal eine hinreichende gesetzliche Determiniertheit des Deliktstatbestands. Es steht auch in Spannung zu einer markanten Vorverlagerung der Strafbarkeit gegenüber der in den Kerntatbeständen als den eigentlichen „Grunddelikten“ inkriminierten Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter und der damit verbundenen Abkoppelung vom exemplarischen Modell eines einem konkreten Täter vorwerfbar, unmittelbar auf die betreffende Rechtsgutverletzung gerichteten deliktischen Verhaltens. Auch die selbständige strafrechtliche Typisierung solcher Vorbereitungshandlungen – eben zu „echten Vorbereitungsdelikten“ – kann diese Problematik nicht zur Gänze beseitigen. Dies zeigt sich aber auch insbesondere darin, dass mit

10 Siehe auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT (1996⁵) 159 f.

11 *Velten*, Organisationsdelikte 57.

12 Siehe etwa *Jescheck/Weigend*, AT 159, bezüglich der Grenzen der Interpretation.

13 Zur methodischen Unmöglichkeit, die strafrechtliche Interpretation durch die Wortbedeutung zu begrenzen, da diese „selbst schon durch diese Interpretation bestimmt ist“, vgl. *Jakobs*, Strafrecht, AT (1991²) 84 f.

14 Zur Erforderlichkeit einer „materiellrechtliche(n) teleologischen Reduktion zur Beseitigung von Abstraktionsüberschuss“ und deren „Grundrechtsbedingtheit“ vgl. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung (1996) 464 ff.

dieser massiv präventiven Ausrichtung der Deliktsgestaltung¹⁵ stets zwangsläufig eine relativ weite Fassung des in dieser Weise eigenständig vertypten Vorfeldtatbestands verbunden ist, die als solche bereits Diskrepanzen zum strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot erzeugt. In einem weiteren rechtsphilosophischen Horizont ist bei der strafrechtlichen Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit insgesamt wohl die Vorstellung eines gleichsam „mechanischen“ Deduktionsverfahrens zu vermeiden. Zu Recht weist etwa Schild auf eklatante praktische Defizite im Verständnis des herkömmlichen dogmatischen Fallprüfungsschemas hin. Demnach darf nicht völlig ausgeblendet werden, dass der Begriff einer „Straftat“ nicht auf einem bloßen Subsumtionsvorgang beruht, sondern selbst bereits einen „Reflexionsbegriff“¹⁶ darstellt, der nicht nur ein „vergangene(s) empirische(s) Geschehnis“ in den Blick zu bringen sucht, sondern dieses ja immer schon unter dem Gesichtspunkt einer „praktischen“, das Geschehene „auf Praxis und Verantwortung hin aufarbeitende(n) Erkenntnis und Urteilskraft“¹⁷ wahrnimmt. Es gilt somit, die spezifische Rechtsverhältnisverletzung bereits wertend in die Ermittlung der Tatbestandsmäßigkeit einzubeziehen. Der Tatbestand stellt eben kein abstraktes normatives Deutungsschema für ein „natürliches“ Verhalten dar, sondern reagiert in der rechtsstaatlich gebotenen generell-abstrakten Form¹⁸ auf eine zentrale Rechtsfriedensstörung – die auch konkreter als „Rechtsgutverletzung“ angesprochen werden kann. Er stellt somit einen „Unrechtstypus“ dar, der von vornherein auf die entsprechende Strafwürdigkeit eines Verhaltens abstellt. Es kann daher auch niemals voraussetzungslos darum gehen, bloß eine gleichsam neutrale „empirisch deskriptive Realität“¹⁹ logisch unter eine abstrakte juristische Regel zu subsumieren. Vielmehr ist bereits in die Ermittlung der Tatbestandsmäßigkeit die spezifische – in diesem Fall eben die qualifizierte – Unrechtswertung und damit gerade bei Vorfelddelikten wohl auch die darin vertypte besondere Gefährlichkeit des strafrechtlichen Unrechts miteinzubeziehen und in gleichem Maße bei der Interpretation sämtlicher Tatbestandsalternativen zu berücksichtigen.

Von daher ist weiters bei der Auslegung des Tatbestands bzw bei der Anwendung nicht beim bloßen Wortlaut stehen zu bleiben oder mit diesem stets das Auslangen zu finden. Vielmehr muss die dem entsprechenden Delikt zugrundeliegende Unrechtswertung – die etwa auch im Strafmaß ihren Niederschlag findet – teleologisch ebenso einbezogen werden wie eine weitere verfassungskonforme Auslegung der einzelnen Regel. Dabei muss wohl insbesondere die – spezifische – Strafwürdigkeit, die aus rechtsstaatlicher Sicht den Strafanspruch nicht nur begrenzt, sondern dem konkreten Delikt auch fundierend zu Grunde liegt, auch als „Auslegungsmaxime“²⁰ herangezogen werden. Wo dies insbesondere an

15 Vgl Kienappel, Organisation 615.

16 Schild, Straftatbegriff Rn 91.

17 Schild, Straftatbegriff Rn 92.

18 Vgl Schild, Straftatbegriff Rn 67.

19 Schild, Straftatbegriff Rn 23.

20 Schild, Straftatbegriff Rn 44.

den „Rändern“ eines Deliktstatbestands vom Wortlaut her unklar erscheinen sollte, ist bei Interpretation und Anwendung stets darauf zu achten, dass das vom Gesetzgeber intendierte „Typische“ der Straftat, das spezifische „Straf-Unrecht,²¹“ der inkriminierten Rechtsfriedensstörung erhalten bleibt.

2. Probleme der Anwendung von § 278a StGB im aktuellen Fall

Im Hinblick auf diese notwendigen methodischen Implikationen einer verfassungskonformen rechtsstaatlichen Strafrechtspraxis erstaunt die überaus weite Auslegung des § 278a bei der Strafverfolgung der genannten TierschutzaktivistInnen in besonderem Maße. Es hat eher den Anschein, als würde dabei geradezu in Umkehrung der freiheitssichernden strafbarkeitseinschränkenden Konsequenzen des Legalitätsprinzips mitunter ein Höchstmaß an kreativem interpretativen Aufwand getätigt, um die vorliegenden Sachverhaltsfakten einer möglichen Subsumierbarkeit unter § 278a StGB zuzuführen.

Fraglich erscheint aufs Erste bereits das Vorliegen eines ausreichenden Organisationsgrades der in Frage stehenden Tierschutzorganisationen, die keineswegs die einer mafiosen Verbindung vergleichbare straffe hierarchische – auch intern mit einem äußerst repressiven Sanktionssystem abgesicherte – Befehlsstruktur bzw Aufgabenteilung²² und deren höchstgradig effiziente kriminelle Schlagkraft im Bereich von Schwerstdelikten aufweisen. Dezidiert wird etwa in Kommentaren und Lehrbüchern immer wieder auf eine unternehmensähnliche Struktur abgestellt,²³ durch die sich eine kriminelle Organisation von informelleren Personenverbindungen abzuheben habe. Ohne Zweifel ist damit gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung zu globalisierten, weltweit agierenden Unternehmenszusammenschlüssen und der damit verbundenen Tendenz zur Konzentration von Entscheidungsbefugnissen und straffen Organisationsmodellen eine grundlegend andere Qualität von Entscheidungsstrukturen und formeller organisatorischer Verfasstheit angesprochen, als sie gerade für neuere NGOs und Gruppen der Zivilgesellschaft charakteristisch ist.²⁴ Darüber hinaus muss angemerkt werden, dass die betroffene Personengruppe keineswegs ein und derselben Tierschutzorganisation angehört, vielmehr aus Mitgliedern unterschiedlicher Vereine zusammengesetzt ist, die in ihren Tierschutzkampagnen mitunter in der Vergangenheit selbst in Konkurrenz zueinander agiert haben. Insgesamt entsteht daher der Eindruck, es werde im großen Stil *Organisation* durch *Ideologie*, das tatbestandsmäßige Erfordernis einer straffen hierarchischen Entscheidungsstruktur durch die

21 *Schild*, Straftatbegriff Rn 44.

22 Siehe dazu etwa *Kienapfel*, Organisation 617; *Plöchl*, § 278a, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2009²) Rz 6.

23 Vgl etwa *Plöchl*, WK, Rz 6; *Velten*, Organisationsdelikte 59; *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht. Besonderer Teil III (2009²) 410.

24 Zur Erforderlichkeit einer zentralen „Unternehmensleitung“ mit umfassender Entscheidungskompetenz und deren gleichsam arbeitsteiliger Abgrenzung gegenüber der Ausführung der Verbrechen siehe *Bertell/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil. §§ 169 bis 321 StGB (2006⁷) § 278a, Rz 2.

Orientierung an einer gemeinsamen ethisch-politischen Gesinnung substituiert. Selbst der Rekurs auf die mögliche Zuordnung einzelner Taten zur radikalen und gewaltbereiten ALF (Animal Liberation Front) könnte gerade hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals wenig beitragen. Konstituiert sich doch gerade die ALF nicht durch einen straffen paramilitärischen, schon gar nicht durch einen unternehmensförmigen Aufbau, sondern als bloße, organisatorisch äußerst lose Gesinnungsgemeinschaft, wie sie etwa auch der lockeren „Wabenstruktur“ moderner terroristischer Zellen entspricht.²⁵

Betrachtet man weiters die einzig als organisatorisches Substrat, wenngleich von ganz anderem als unternehmensförmigen soziologischen Grundmuster, in Betracht kommenden involvierten Tierschutzorganisationen (zB „Verein gegen Tierfabriken“, „Vier Pfoten“) scheint der für die Erfüllung der Tatbestandsmäßigkeit erforderliche Befund einer Kernausrichtung der Gesamtorganisation²⁶ auf die Begehung „schwerwiegender strafbarer Handlungen“ äußerst zweifelhaft. Selbst für den Fall, dass einzelne Mitglieder solche oder ähnliche Delikte begangen hätten, könnten diese doch keineswegs die regelmäßige und lang andauernde Ausrichtung der betreffenden Gruppen auf diese Form qualifizierter Kriminalität als dominierenden Zweck ihrer Vereinigung begründen. Wenngleich die in Frage stehende Organisation gemäß § 278a „nicht ausschließlich“ auf die in Z. 1 – 3 angeführten verbrecherischen Ziele ausgerichtet sein muss, muss doch sorgsam stets noch – als zentrale rechtsstaatliche Forderung – auf die grundsätzliche Unterscheidung zwischen *Delikten bestimmter Mitglieder im Einzelfall* und der *Ausrichtung der Organisation als Ganzer* – sei es auch nicht als deren einzigen Zweck – geachtet werden. Ansonsten läuft man Gefahr, den Tatbestand der kriminellen Organisation in einer hinsichtlich seiner Grenzziehung zu minder schwerer Kriminalität schwer kontrollierbaren Weise bloß politisch zu instrumentalisieren – etwa auch zur Disziplinierung gesellschaftlich unbequemer Gruppierungen – und insbesondere den rechtsstaatlich notwendigen konkreten Nachweis einzelner Delikte gegenüber konkreten TäterInnen im großen Rahmen auszuhebeln. Vor allem dann, wenn von der in Betracht kommenden Vereinigung kein mafiosen Organisationen annähernd vergleichbares konkretes Gefährdungspotential ausgeht, würde eine solche Anwendungspraxis des § 278a zentrale Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts in Frage stellen.

Nicht zuletzt unterscheiden sich radikale Tierschutzorganisationen wie auch andere NGOs – etwa im Bereich des Umweltschutzes – durch ihre vorrangig *ethisch-politischen* Zielsetzungen in akzentuierter Form von dem für kriminelle Organisationen im großen Stil charakteristischen *Gewinnstreben*,²⁷ dem wohl auch das in Z. 2 angeführte alternative Tatbestandsmerkmal des Anstrebens von „Bereicherung in großem Umfang oder erheb-

25 Vgl. Maier, Strafrecht 30.

26 Vgl. Velten, Organisationsdelikte 58.

27 Anderer Ansicht hinsichtlich der notwendigen Gewinnorientierung krimineller Organisationen freilich Kienapfel, Organisation 618.

lichen Einfluss auf Politik oder Wirtschaft“ seiner ursprünglichen normativen Intention nach in beiden Varianten zu- und untergeordnet bleibt. Selbstverständlich versuchen auch Tierschutz- und Umweltschutzorganisationen, auf Politik und Wirtschaft Einfluss zu nehmen. Die Verfolgung dezidiert politischer und vor allem uneigennütziger Ziele, wie sie etwa der grundsätzlichen Orientierung von Tierrechtsorganisationen am Tierwohl entspricht, unterscheidet sich jedoch fundamental von den diesbezüglichen Bestrebungen einer mafiosen Organisation nach Machtakkumulation. Zivilgesellschaftliche Bewegungen der Umwelt- und Tierschutzszenen zeichnen sich darüber hinaus nicht bloß durch eine konventionelle politische Ausrichtung aus, die etwa auch die Gruppeninteressen einer spezifischen Klientel zu unterstützen sucht, sondern typischerweise durch die Geltendmachung partikuläre Interessen grundsätzlich überschreitender ethischer Prinzipien. Sie unterscheiden sich daher auch von den in etablierten politischen Diskursen üblichen Positionierungen tendenziell durch einen *gesteigerten Anspruch auf Verallgemeinerungsfähigkeit* ihrer Anliegen, etwa in Form langfristiger und globaler Umweltschutzziele zum Vorteil künftiger Generationen oder aber durch die Ausweitung der Berücksichtigung von Schutzinteressen auf andere leidensfähige Lebewesen. Als maßgeblicher Indikator für die prinzipielle rechtsethische Unterscheidbarkeit von Anliegen der Tierschutzbewegung gegenüber solchen terroristischer oder krimineller Organisationen kann wohl gelten, dass jenen bereits ohne Zweifel eine wirksame Vorreiterrolle hinsichtlich der Rechtsentwicklung im Bereich des Tierschutzes zugestanden werden muss. So ist es diesen NGOs gelungen, produktive Impulse für die Fortentwicklung von Tierschutzstandards zu setzen, die vom Gesetzgeber auch sukzessive aufgegriffen wurden. Hinsichtlich des Verhältnisses von provozierender Regelverletzung und Rechtsentwicklung im Bereich des Tierschutzes scheint Habermas' diesbezügliche Analyse Ziviler Ungehorsams solcherart besondere Aktualität behaupten zu können. Dieser betont: „Was prima facie Ungehorsam ist, kann sich, weil Recht und Politik in steter Anpassung und Revision begriffen sind, sehr bald als Schrittmacher für überfällige Korrekturen und Neuerungen erweisen. In diesen Fällen sind zivile Regelverletzungen moralisch begründete Experimente, ohne die sich eine vitale Republik weder ihre Innovationsfähigkeit noch den Legitimationsglauben ihrer Bürger erhalten kann.“²⁸ In der Literatur und von KommentatorInnen wird überdies deutlich herausgestellt, dass nicht nur Motivation und Zielsetzung, sondern auch die im vorliegenden Fall zu beurteilende Methodenwahl der Einflussnahme auf Politik oder Wirtschaft mit dem eigentlichen Bedeutungsgehalt des damit angesprochenen Tatbestandsmerkmals nicht übereinstimmt und solcherart mafiose Aktivitäten von denen radikaler Tierschutzorganisationen in grundlegender Weise unterscheidet. Geht es bei jenen doch keineswegs wie in den vorliegenden Fällen um *offen provokative Maßnahmen*, die gezielte mediale Aufmerksamkeit auf Missstände lenken – sei es auch, um dadurch öffentlich Druck auszuüben – und vor

28 Habermas, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz (Hrsg), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983) 40 f.

allem auch die öffentliche Meinung zu verändern suchen, wie dies eben Tierrechtsorganisationen im Hinblick auf Tierschutzdefizite versuchen. Was dagegen in die Tatbestandsgestaltung der Z. 2 Eingang gefunden hat, ist offensichtlich die Berücksichtigung der spezifischen Strategien mafioser Organisationen, ihren Einfluss durch das – wohl möglichst verdeckte – „Infiltrieren“²⁹ von zentralen, strategisch bedeutsamen Positionen in Politik und Wirtschaft zu mehren. Zieht man selbst diese Praktiken in Betracht, gilt zwar weiters nach einigen Autoren die angestrebte erhebliche Einflussnahme auf Teile des Wirtschaftslebens als ausreichend.³⁰ Bloß punktuelle Aktionen aber mögen im Einzelnen strafbare Delikte darstellen, könnten dieses Tatbestandsmerkmal hinsichtlich der Beteiligung an einer kriminellen Organisation jedoch von vornherein nicht erfüllen. Insbesondere erweist sich die „Erheblichkeit“ einer derartigen manipulativen Einflussnahme auch nach Plöchl erst, „wenn (sie) von solchem Gewicht ist, dass grundsätzliche Entscheidungen politisch oder wirtschaftlich Verantwortlicher dadurch beeinflusst werden.“³¹

3. Ziviler Ungehorsam als Instrument der Tierrechtsbewegung?

In diesem Zusammenhang ist weiters zu beachten, dass die wirksame Geltendmachung von Tierschutzinteressen, insbesondere die effektive Sensibilisierung des öffentlichen Bewusstseins, nach wie vor weiterhin fast zwangsläufig eine Gratwanderung im Bereich der Legalität darstellt. Darüber können auch einige signifikante und unverzichtbare Verbesserungen der Schutzstandards durch die Reform des Tierschutzrechtes 2005 nicht hinwegtäuschen – die weiters ohne Zweifel auch der ausdauernden und eindringlichen Lobbying-Arbeit radikaler Tierschutzorganisationen zuzurechnen sind. Zu gering wird nach wie vor das Rechtsgut Tierschutz gesellschaftlich bewertet, als dass es auch nur einer ernsthaften Abwägung gegenüber ökonomischen Interessen in signifikanter Weise standhalten könnte, ja dass ihm nicht einmal gegenüber jedem noch so banalen Nutzenvorteil des Menschen der Vorzug eingeräumt wird.³² Zu hermetisch und gnadenlos unterwirft insbesondere die mittlerweile hochindustrialisierte und globalisierte Nahrungsmittelproduktion tierische Lebewesen als „Nutztiere“ einer radikalen und vollständigen Verdinglichung,³³ die diese Produktionsformen gleichzeitig auch jeder lebensweltlichen Erfahrbarkeit durch die KonsumentInnen entzieht.³⁴ Dabei sind nicht nur die prekären Haltungsbedingungen und das

29 Velten, Organisationsdelikte 60; vgl Kienapfel, Organisation 617.

30 Vgl Plöchl, § 278a, Rz 21. Demgegenüber betont etwa Triffterer die Erforderlichkeit, „Einfluss auf die Wirtschaft als Ganzes“ anzustreben. Siehe Triffterer, § 278a, in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Stand 2009) Bd 4, Rz 49.

31 Plöchl, WK, Rz 21.

32 Vgl Maier, Zwischen Verdinglichung und Personenwürde? Das Tier in der aktuellen rechtsethischen Diskussion, JRP (2006) 201 f.

33 Vgl Maier, Haben Tiere Rechte? Tierschutz in der Konsumgesellschaft, in: Maier/Wagner/Winkelmayer, Gewissens-Bissen. Tierethik und Esskultur (2008) 198 ff.

34 Vgl Spaemann, Tierschutz und Menschenwürde, in: Händel (Hrsg), Tierschutz. Testfall unserer Menschlichkeit (1984) 73 f.

massenhafte Leiden zahlreicher Nutztiere in Systemen so genannter „konventioneller“ Haltung auf der einen Seite zu berücksichtigen, sondern auch massive ökonomische Interessen sowie vor allem höchst effiziente Verdrängungsstrategien zur Verschleierung der eigentlichen Umstände, etwa bei der (in Österreich durch § 25 Abs 5 TSchG endgültig verbotenen) Pelzproduktion und in der Lebensmittelindustrie, auf der anderen Seite, die auch eine wirksame Interessenabwägung bei den einzelnen KonsumentInnen im Ansatz verhindern. Vor diesem Hintergrund kann sich tierschützerischer Protest wohl kaum anders Gehör verschaffen, als dadurch, gelegentlich auch an die Grenzen legalen Aktionismus zu gehen. Dabei ist jedoch zu betonen, dass jedenfalls Delikte aus dem Bereich schwerer Kriminalität von vornherein strikt ausgeschlossen sind.

Der Umstand, dass der Aktionismus radikaler Tierschutzorganisationen gelegentlich auch formal illegale Protestmaßnahmen, wie etwa symbolische „Tierbefreiungen“ aus besonders prekären Haltungsbedingungen, einschließt, begründet dennoch keineswegs die Vermutung, es liege eine „kriminelle Organisation“ im Sinne des § 278a StGB vor. In dem Maß, indemes sich jedenfalls in der Regel um relativ geringfügige symbolische Rechtsbrüche handelt, bei denen die Verhältnismäßigkeit in Relation zu den aufzuzeigenden drastischen Verletzungen tierischer Interessen ebenso gewahrt bleibt wie insbesondere zur Aufrechterhaltung des allgemeinen Rechtsfriedens, sind sie in vielen Fällen vielmehr als Akte „Zivilen Ungehorsams“ zu qualifizieren.³⁵ Dabei handelt es sich um ein mittlerweile in der rechtsethischen Debatte weitgehend anerkanntes Instrument des passiven Widerstands im Rechtsstaat, das bereits seit den Anti-Vietnamkrieg-Protesten und der Kritik an atomarer Aufrüstung in das Repertoire zivilgesellschaftlicher und basisdemokratischer Protestartikulationen Eingang gefunden hat³⁶ und in Österreich insbesondere in der Umweltbewegung ab den 1980er Jahren aufgegriffen wurde.

Hervorzuheben ist insbesondere, dass sich in Aktionen Zivilen Ungehorsams grundsätzlich keine kriminelle Rechtsfriedensstörung manifestiert. Vielmehr hat sich darin im Gegenteil eine Haltung „prinzipieller Gesetzestreue“, ja sogar gesteigerter Loyalität gegenüber den legitimierenden Grundprinzipien einer freiheitlich-demokratischen Verfassung zu artikulieren. Diese setzt angesichts des punktuellen, aber gravierenden Scheiterns des rechtsstaatlichen Systems der Rechtsgewährleistung und Freiheitssicherung im Einzelfall³⁷ den symbolischen³⁸ und strikt beschränkten Rechtsbruch als letztes Mittel ein, um einen evidenten Widerspruch zwischen „Legalität“ und „Legitimität“ aufzudecken. Darin äußert sich das spezifische Paradoxon einer rechtsstaatlichen Demokra-

35 Grundlegend hierzu etwa *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1996⁹) 399 ff.

36 Vgl *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 30 ff.

37 Den zentralen Anknüpfungspunkt hierfür bieten Überlegungen zu den Grenzen der legitimitätsstiftenden und befriedigenden Wirkung der demokratischen Mehrheitsregel. Siehe dazu *Rawls*, Theorie 400; *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 48 ff.

38 Vgl *Dreier*, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in *Glötz* (Hrsg), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983) 62; *Rawls*, Theorie 403.

tie, dass sie dem „Misstrauen“ gegenüber dem Versagen ihrer eigenen Institutionen im Einzelfall auch über institutionalisierte Formen der „Kontrollen und Gegengewichte“³⁹ hinaus Raum bieten muss. Zu den Aufgaben Zivilen Ungehorsams gehört es demnach, so Habermas, „das Misstrauen gegen ein in legalen Formen auftretendes Unrecht (zu) schützen und wach(zu)halten, obwohl es eine institutionell gesicherte Form nicht annehmen kann.“⁴⁰

Solche Akte Zivilen Ungehorsams stehen freilich unter einem strikten Gewaltverbot⁴¹ und haben stets auch den Anspruch der „Verhältnismäßigkeit“ im Hinblick auf die Aufrechterhaltung von Rechtsfrieden und öffentlicher Sicherheit zu wahren.⁴² Eine Reihe von Aktionen radikaler TierschützerInnen, die etwa relativ geringfügige Verwaltungsübertretungen in Kauf nehmen, aber zB auch gewaltlose „Tierbefreiungen“, sind wohl dem typischen symbolischen Protestrepertoire Zivilen Ungehorsams zuzurechnen. Sie erscheinen daher in keiner Weise geeignet, auch nur die Vermutung einer kriminellen Grundaussrichtung der betreffenden Organisation zu erzeugen. Sie sind vielmehr nicht bloß graduell, sondern auch qualitativ ihrer rechtsethischen Natur nach von der in § 278a inkriminierten Schwerestrafbarkeit deutlich abzuheben. Liegen Akten Zivilen Ungehorsams doch rechtsethische Prinzipien zu Grunde, die zu den fundamentalen Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaates selbst gerechnet werden müssen.

Zwar unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Ausgangslage in Österreich etwa von jener in Ländern mit vergleichbaren, ja teilweise niedrigeren Tierschutzstandards, wie Deutschland oder der Schweiz, durch das Fehlen einer Staatszielbestimmung Tierschutz. Dennoch muss die Anerkennung fundamentaler Tierschutzforderungen wohl gerade im Lichte jüngster Rechtsentwicklungen auf nationaler wie gesamteuropäischer Ebene den rechtsethischen Grundlagen einer Gesellschaft zugerechnet werden, die in Österreich zumindest auf einfachgesetzlicher Ebene, etwa in § 285a ABGB und § 1 TSchG, auch eine Ausgestaltung zu Rechtsprinzipien erfahren hat. Dies unterstreicht, dass darin keine bloße Privatmoral oder gruppenspezifische Interessen zum Ausdruck kommen, sondern verallgemeinerungsfähige ethische Anliegen, wie nachdrücklich für die Konzeption „Zivilen Ungehorsams“ gefordert.⁴³ Ja gerade die bereits angesprochene ungenügende verfahrensmäßige Absicherung und mangelnde Repräsentanz dieses Rechtsguts in der demokratischen Öffentlichkeit, wie sie letztlich auch in den erfolgreichen Verschleierungspraktiken von Tierleid zum Ausdruck kommt, steigert sogar die Legitimation zu Akten Zivilen Ungehorsams, die sich darauf berufen. Darüber hinaus ist aber auch auf die rechtsphilosophische Tradition und die bis zur Einführung des Art 20a GG in Deutschland zum Teil praktizierte Verfassungsinterpretation der Verankerung des Tier-

39 Habermas, Ziviler Ungehorsam 38.

40 Habermas, Ziviler Ungehorsam 38 f. Siehe auch Rawls, Theorie 399.

41 Vgl Rawls, Theorie 403; Dreier, Widerstand 62 f.

42 Vgl Dreier, Widerstand 67 ff.

43 Vgl Rawls, Theorie 402.

schutzes in der Menschenwürde – als dem *jeder* grundrechtlichen Verfassungsordnung immanenten fundamentalen Prinzip – hinzuweisen.⁴⁴

Gerade im Blick auf die Rechtfertigung der klassischen Anwendungsformen des Zivilen Ungehorsams in der Friedens- und Umweltbewegung wird weiters betont, dass sich die legitimierenden Grundlagen demokratisch-rechtsstaatlicher Ordnung eben nicht allein auf den Bestand formell abgesicherter Grundprinzipien des Verfassungsrechts beschränken lassen. Vielmehr beansprucht die Theorie des Zivilen Ungehorsams ein rechtsethisches Innovationspotential, das über die Geltendmachung ihrerseits formell legalisierter verfassungsrechtlicher Grundsätze im Einzelfall auch hinauszuweisen vermag, ja selbst keine strikte Trennung zwischen rechtlichen und moralischen Grundlagen gewissensbestimmter Protestkundgebungen zulässt. Demnach entziehe sich das Institut des Zivilen Ungehorsams einer eindeutigen juristischen Qualifikation und lasse sich, so Habermas, „mit Mitteln des positiven Rechts“ eben nicht „zähmen.“⁴⁵ Es müsse seinem Begriff nach „zwischen Legitimität und Legalität in der Schwebe bleiben.“⁴⁶ Charakteristisch dafür sei deshalb weiters, so ders, dass Ziviler Ungehorsam „sich oft im Zwielflicht der Zeitgeschichte“⁴⁷ bewege. Gerade „dieser Mangel an Eindeutigkeit verpflicht(e)“, so Habermas, „beide Seiten. Der Regelverletzer muss skrupulös prüfen, ob die Wahl spektakulärer Mittel der Situation wirklich angemessen ist ...“⁴⁸ Ebenso ist aber auch von Seiten des Staates eine spezifische Rechtskultur der „Zurückhaltung“ gefordert.⁴⁹ „Er kann darauf verzichten, sein Sanktionspotential auszuschöpfen, weil durch zivilen Ungehorsam die Existenz und der Sinn der Rechtsordnung insgesamt nicht in Frage gestellt werden.“⁵⁰ In diesem Sinne reklamieren auch Dworkin und Rawls dezidiert eine eingeschränkte Form der Strafverfolgung für solche gewissensbestimmten Regelbrüche, die insbesondere die maßgebliche ethische Unterschiedenheit der Motive dieser Taten gegenüber Akten herkömmlicher (Schwer)kriminalität deutlich berücksichtigt.⁵¹

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die klassische Doktrin des Zivilen Ungehorsams andererseits auch die Übernahme der rechtlichen Folgenverantwortung ihrer Akteure für das auf der Grundlage einer Gewissensentscheidung als rechtsethisch legitim erachtete, gleichwohl formal illegale Verhalten einschließt.⁵² Diese Folgenübernahme darf jedoch zweifelsohne nicht so weit ausgelegt werden, dass sie ihrerseits jegliche überschießende staatliche Reaktion und erst recht nicht die massive Unverhältnismäßigkeit, ja die verfassungsrechtliche Illegitimität einer strafrechtlichen Sanktion rechtfertigt.

44 Exemplarisch hierfür *Spaemann*, Tierschutz 75 ff.

45 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 42.

46 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 43.

47 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 41.

48 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 42.

49 Vgl. *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 42.

50 *Habermas*, Ziviler Ungehorsam 42.

51 Vgl. *Dworkin*, Bürgerrechte ernst genommen (1990) 338 ff; siehe auch *Rawls*, Theorie 425.

52 *Rawls*, Theorie 403.

Solche tierschützerischen Akte Zivilen Ungehorsams mögen auch oft als äußerst un bequem wahrgenommen werden und von ihrem öffentlichen Erscheinungsbild her vielfach polarisieren oder zumindest als unangepasst empfunden werden. Gleichwohl gilt es doch nachdrücklich zu betonen, dass sie keinerlei Affinität zu organisierter Schwerstkriminalität erzeugen, sondern ganz im Gegenteil die Artikulation rechtsethischer Prinzipien im öffentlichen Diskurs anstreben. Letztlich ist wohl eine überwiegend ökonomisch orientierte Industrie- und Konsumgesellschaft auch auf das in vielen Fällen als provokativ empfundene Engagement radikaler TierschützerInnen als kritisches Korrektiv und gleichsam tierethisches „Gewissen“ verwiesen, will sie nicht in der Routine technisch perfektionierter Tiernutzung in die vollständige Missachtung tierischer Leiden und damit in die Inhumanität abgleiten. Jüngste Reformen im Bereich des Tierschutzrechts – allen voran exemplarisch die gegenüber der EU-weiten Regelung vorgezogene Abschaffung der Käfighaltung bei Legehennen durch das TSchG, aber etwa auch das Verbot von Tierversuchen an Menschenaffen in § 3 Abs 6 TVG – überzeugen vom langfristigen Erfolg tierschützerischer Lobbying-Arbeit und wären wohl kaum ohne das charakteristische eindringliche und oft mit symbolischen Botschaften operierende Engagement der auch in diesem Fall involvierten Tierschutzorganisationen denkbar.

Ao. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Eva Maria Maier lehrt am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (Juridicum) der Universität Wien; eva.maria.maier@univie.ac.at

Kein Streik ohne Grundrecht!¹

Valentin Wedl

Oder die Geschichte, wie eine progressive EGMR-Rechtsprechung vordergründig einem repressiven Staat mit EU-Ambitionen die Leviten liest, aber ganz nebenbei, beinahe unauffällig auch dem EuGH in Luxemburg neue Maßstäbe gesetzt und der in Österreich vorherrschenden, vornehmlich von Wiener Arbeitsrechtlern kreierten und mit Herrschaftsanspruch ausgestatteten Lehrmeinung zur grundrechtlichen Unerheblichkeit des Streiks, doch endgültig den Garaus machen müsste – was freilich im *juridikum* auch schon vor 20 Jahren nachzulesen war. Was ist da bloß alles passiert?

1. The „evil 4“

Den Ausgangspunkt der Geschichte bilden vier mittlerweile schon als berüchtigt zu bezeichnende im Dezember 2007 und Frühjahr 2008 ergangenen Entscheidungen des EuGH, die aus juristischer ebenso wie aus gesellschaftspolitischer Perspektive für enormen Zündstoff gesorgt haben. Es sind die Urteile in den Rechtssachen *ITF and the Finnish Seamen's Union*² (im Folgenden „Viking-Fall“ genannt), *Laval un Partneri*³ (im Folgenden „Vaxholm-Fall“ genannt), *Rüffert*⁴ sowie *Kommission/Luxemburg*.⁵ Sie behandeln im Wesentlichen zwei Fragenkomplexe: einerseits das Verhältnis gewerkschaftlicher Grundrechte zu den Grundfreiheiten des Binnenmarktes, andererseits Wesen und Wert der Entsende-RL.⁶ Unweigerlich rührten sie damit in Grundkonstanten des europäischen Sozialmodells herum. Bei grobkörniger Auflösung betrafen und relativierten alle vier Entscheidungen zudem das vordem völlig unbestrittene sozialpolitische Leitprinzip des „gleichen Entgelts für gleiche Arbeit am gleichen Ort“⁷.

1 Als ehemaliges Redaktionsmitglied freut es mich ungemein, dass sich das *juridikum* als Forum für progressive Rechtspolitik halten und weiterentwickeln konnte. Zu verdanken ist es natürlich allen, die einst und jetzt für das Projekt gewuselt sind – allen voran aber sicherlich Maria Windhager. Auf Grund ihrer energischen Entschlossenheit wurde es möglich, dass das Projekt in einer kritischen Zeit, als gegen Ende der 90er Jahre die alte *juridikum*-Runde ermüdet in den Broterwerb abgedriftet ist, auf ein völlig neues Standbein gestellt worden ist – mit neuen Namen und Ideen und einer gänzlich neuen Verlagskonzeption. Hats off to Mary! Der glühenden Verfechterin der Meinungs- und Medienfreiheit sowie der Menschenrechte generell möchte ich diesen Beitrag widmen.

2 EuGH, 11.12.2007, Rs C-438/05, International Transport Workers' Federation and the Finnish Seamen's Union, Slg 2007, I-10779.

3 EuGH, 18.12.2007, Rs C-341/05, Laval un Partneri, Slg 2007, I-11767.

4 EuGH, 3.4.2008, Rs C-346/06, Rüffert, Slg 2008, I-1989.

5 EuGH, 19.6.2008, Rs C-319/06, Kommission/Luxemburg, Slg 2008, I-4323.

6 RL 96/71/EG, ABl 1997, L 18, 1.

7 Siehe *der Autor*, Gewerkschaftliche Grundrechte versus Grundfreiheiten des Binnenmarktes, in: *Eilmansberger, Herzig* (Hg), Soziales Europa, Beiträge zum 8. Österreichischen Europarechtstag 2008 (2009) 74.

Die Urteile schraubten dabei einerseits die Entsende-RL auf eine sog. „Maximal-Richtlinie“ zurück. Das bedeutet gerade nicht, dass entsandten Beschäftigten der maximale Schutz (das gesamte Arbeitsrecht und alle Lohnbestimmungen des Gastlandes, sofern sie günstiger sind) beschieden wäre, sondern mehr das Gegenteil davon. In Abkehr vom Grundkonzept der in der EU-Sozialpolitik typischen „Mindest-Richtlinie“⁸ dürfen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen hinsichtlich der hierbei unternehmensintern entsandten Beschäftigten nur jene Arbeitsbedingungen des Gastlandes verlangt werden, die explizit in der Entsenderichtlinie aufgelistet werden (zB gem Art 3 Abs 1 UA 1 lit c der Entsende-RL eben nur „Mindestlohnsätze“, aber keine „Istlöhne“)⁹. Zweitens sind die betreffenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch nur dann als Richtschnur maßgeblich, sofern sie tatsächlich von allen Unternehmen des Gastlandes aufgrund der in der RL vorgesehenen Modalitäten zu beachten sind (im Wesentlichen in Gestalt gesetzlicher Regelungen, allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge oder ähnlicher Substitute¹⁰; merkwürdigerweise aber nicht durch ein sozialpolitisches Kriterium im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe, selbst wenn es alle Unternehmen in gleicher Weise betrifft)¹¹.

Nicht genug, dass der EuGH damit die über viele Jahre von den Gewerkschaften erkämpfte Entsende-RL von einem ArbeitnehmerInnen- zu einem ArbeitgeberInnenschutzregulativ umgewandelt hat.¹² In den Urteilen zum *Viking*- und *Vaxholm*-Fall¹³ beschränkte er überdies das gleichsam eigentlichste aller gewerkschaftlichen Grundrechte, jenes auf Kampfmaßnahmen. Das jahrzehntealte schwedische Erfolgsmodell, die flächendeckende Anwendung von Kollektivverträgen durch gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen zu sichern, empfand der EuGH im *Vaxholm*-Fall vereinfacht gesprochen als zu intransparent.¹⁴ Zudem müssten bei der Friedenspflicht in Folge aufrechter Kollektivverträge auch ausländische Kollektivverträge berücksichtigt werden¹⁵ (im konkreten Fall ein Firmen-Kollektivvertrag einer lettischen Baufirma, die Beschäftigte für Bauarbeiten an eine eigene Tochterfirma nach Schweden entsandt hat). Ein Schelm, der hier an Lohndumping denkt!

Der Gerichtshof verarbeitete in diesem Urteil auch jenen rechtsdogmatischen Stoff weiter, den er eine Woche zuvor in seinem Urteil zum *Viking*-Fall zu Tage gefördert hatte. Auch

8 Vgl Art 153 Abs 4 UA 2 VAEU.

9 Siehe EuGH, Kommission/Luxemburg, Rn 45 ff.

10 Siehe Art 3 Abs 8 Entsende-RL.

11 Siehe EuGH, Rüffert, Rn 34 ff; generell dazu in dieser Zeitschrift zuletzt *Kaupä*, Does the ECJ Aim to Limit Labour Standards for Posted Workers? A Review of the Rüffert Decision, *juridikum* 2009, 13.

12 Man beachte nur die auf die Rechtsgrundlage des freien Dienstleistungsverkehrs gestützte Argumentation der „praktischen Wirksamkeit“ der Richtlinie (zB EuGH, *Vaxholm*, Rn 80; EuGH, Rüffert, Rn 33, 36).

13 Zur Auseinandersetzung in dieser Zeitschrift siehe *Somek*, Das europäische Sozialmodell: Diskriminierungsschutz und Wettbewerb, *juridikum* 2008, 118 ff; bzw zur Vorgeschichte *der Autor*, Genehmigen Sie das Recht zu kämpfen, *Sire!*, *juridikum* 2006, 12; *ders*, Nach *Vaxholm* nun *Viking*. Oder: Die spinnen, die Briten!, *juridikum* 2006, 59; *ders*, Gewerkschaften, Grundfreiheiten und Generalanwälte – Zur europäischen Dimension des Arbeitskampfes, *juridikum* 2007, 157.

14 EuGH, *Vaxholm*, Rn 110.

15 *Ebenda*, Rn 112 ff.

wenn nach diesem Urteil die Vorgehensweise beider beteiligten Gewerkschaften (der vor Ort gegen eine Umflagung kämpfenden *Finnish Seamen's Union* und der im Hintergrund unterstützenden *ITF*) als rechtmäßig argumentiert werden kann, fand der eigentliche rechtsdogmatische Tabubruch im *Viking*-Urteil anhand folgender rechtsdogmatischer Aberrationen statt: erstens der Konstituierung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten bei autonomen gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen (anstelle nur staatlicher Schutzpflichten), zweitens der Heranziehung eines vollen Beschränkungsverbots (anstelle eines Diskriminierungsverbotes), drittens restriktiver Rechtfertigungskriterien und viertens der Anwendung eines strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabes (anstelle der Berücksichtigung des weiten Ermessens der Normunterworfenen) – all das unter vollkommener Außerachtlassung der vordem geübten Zurückhaltung im grundrechtssensiblen Bereich.¹⁶

Am grundrechtsfeindlichen Bias, der den Urteilen anhaftete, änderte auch die vordergründige Gleichrangigkeit¹⁷ des Grundrechts auf Kampfmaßnahmen mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes nichts. Zumal in der Praxis des EuGH fast ausschließlich Fälle denkbar sind, in denen der Gerichtshof zu prüfen hat, inwieweit die wirtschaftliche Grundfreiheit ein Grundrecht einschränkt, wird rein praktisch besehen die wirtschaftliche Grundfreiheit über die Grundrechte gestellt.¹⁸ Gewerkschaften und andere Grundrechtsträger geraten so bei zunehmender Einmischung des EuGH automatisch in eine unangenehme defensive Rolle. Denn ihnen kann der Europäische Gerichtshof *de facto* immer nur etwas wegnehmen, was sie anderswo bekommen haben.

2. Reparaturdebatte

Die Reaktionen blieben nicht aus. Aus Rechts- und Politikwissenschaft hagelte es förmliche kritische Beiträge.¹⁹ *Fritz Scharpf*, streitbarer Doyen unter den deutschen PolitologInnen, rief in einem vieldiskutierten Interview zum Widerstand gegen den EuGH auf.²⁰ Im *juridikum* griffen *Alexander Somek* und *Clemens Kaupa* zur Feder.²¹

Als treibende Kraft in der politischen Auseinandersetzung mit den vier Urteilen konnte

16 Ausführlich zum dogmatischen Bruch *der Autor*, Gewerkschaftliche Grundrechte (FN 7); im Gegensatz dazu die Kontinuität im Lichte voranschreitender wettbewerbsstaatlicher Integration der Rechtsprechung hervorstreichend *Sonja Buckell/Lukas Oberndorfer*, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, in: *Fischer-Lescano-Rödl-Schmid* (Hg), Europäische Gesellschaftsverfassung (2009) 277.

17 EuGH, *Viking*, Rn 43 ff.

18 Siehe dazu überzeugend *Rebbahn*, Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht, wbl 2008, 63 ff.

19 Eine Auswahl kritischer Beiträge findet sich auf <http://www.etui-rehs.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg>;

20 Interview mit *Fritz Scharpf*, „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“, Mitbestimmung 7 u 8/2008 und die daran anschließende Debatte „Wie weiter mit dem sozialen Europa“, Mitbestimmung 9/2008, 53 ff. Für eine Radikalisierung der Kritik, die nicht nur den EuGH, sondern das ganze „europäische Staatsapparateensemble“ (inkl der Mitgliedstaaten) in den Blick nimmt, siehe *Buckell/Oberndorfer*, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen (Fn 16).

21 Siehe FN 11, 13.

sich mittlerweile der EGB etablieren. Er schlug neben einer Änderung der Entsende-RL zuletzt ein „Protokoll zum ‚Sozialen Fortschritt‘“ vor. Damit sollten im Ergebnis die gewerkschaftlichen Grundrechte stärkeres Gewicht erhalten und im Konfliktfall den Grundfreiheiten vorgehen.²²

Es wird sich zeigen, inwieweit es tatsächlich zu legislativen Lösungen kommen wird. Immerhin versprach *José Manuel Barroso* in seinem Buhlen um die Zustimmung der fortschrittlichen EP-Fraktionen für seine neuerliche Kür zum Kommissionspräsidenten gewisse Änderungen im Entsenderecht. Er scheint anstelle einer Änderung der Entsende-RL jedoch eine Verordnung zu bevorzugen, welche die RL ergänzen soll. Der seinen Worten innewohnende Elan ist jedenfalls beachtlich: *„I have clearly stated my attachment to the respect of fundamental social rights and to the principle of free movement of workers. The interpretation and the implementation of the posted workers Directive falls short in both respects. That is why I commit to propose as soon as possible a Regulation to resolve the problems that have arisen. This Regulation will be co-decided by the EP and the Council.“* Und wenig später im Brustton der Überzeugung: *„And let me be clear: I am committed to fighting social dumping in Europe, whatever form it takes.“*²³

Ob diesem Pathos ein ernsthafter Wille und das nötige Beschlussquorum in den allsamt konservativ dominierten Legislativorganen Kommission, Rat und EP zugrunde liegt, darf gewiss angezweifelt werden. Noch schwieriger wird aber die ins Eingemachte des Primärrechts gehende Forderung eines Protokolls zum ‚Sozialen Fortschritt‘ zu verwirklichen sein. Beim Erfordernis der Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten samt nachfolgender Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten²⁴ wird nicht zuletzt die Reformvertragstraumatisierten vermutlich rasch der Mut verlassen. Die Skepsis ändert freilich nichts an der Notwendigkeit der erhobenen Forderungen.

3. Der EGMR betritt die Bühne

Eine zweite Möglichkeit besteht indessen darin, auf die judikativen Selbstreinigungskräfte zu setzen und den EU-Princeps von Luxemburg zum Umdenken zu veranlassen. Immerhin schlug der EuGH zuletzt schon ganz andere Töne an, als er entgegen mancher Erwartungen etwa das portugiesische Glücksspielmonopol²⁵ ebenso für gemeinschaftskonform erachtete wie erhebliche Marktbeschränkungen im deutschen Apothekenwesen.²⁶ Im Hinblick auf den verbesserten Grundrechtsschutz könnte er nicht nur die mit dem Vertrag von

22 http://www.etuc.org/IMG/pdf_social_progress_protocol_DE.pdf

23 *Barroso*, Rede vor dem Europäischen Parlament vom 15.9.2009.

24 Art 48 VEU.

25 EuGH, 8.9.2009, Rs C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, noch nicht in Slg; im Gegensatz etwa zu EuGH, 6.3.2007, Rs C-338/04 et al, Placanica, Slg 2007, I-1891.

26 EuGH, 19.5.2009, Rs C-171/07 und 172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, noch nicht in Slg; im Gegensatz etwa zu EuGH, 10.3.2009, Rs C-169/07, Hartlauer, noch nicht in Slg.

Lissabon rechtsverbindlich gewordene Grundrechtecharta (GRC) zum Anlass eines Umdenkens nehmen.²⁷

Bedeutung sollte hier aber insbesondere der jüngsten Rechtsprechung des EGMR zu Art 11 EMRK (Vereins- und Versammlungsfreiheit, Bildung von und Beitritt zu Gewerkschaften) zukommen. Zu bedenken ist, dass der EGMR seine Funktion als Obergericht in Menschenrechtsfragen nicht allein gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten des Europarates wahrnimmt, sondern ebenso gegenüber dem EuGH. Im Gefolge der Rechtsprechung des EGMR geht der EuGH konsequent bisweilen auch von ursprünglichen Auslegungen ab²⁸, um allfällige Widersprüche zu verhindern.

Vor diesem Hintergrund enthält die Frage, inwieweit konkrete gewerkschaftliche Tätigkeiten in den Genuss der Garantien des Art 11 EMRK gelangen, besonderes Gewicht. Hierzu bevorzugte der EGMR traditionell eine ausweichende Diktion. Danach müssten die Mitgliedstaaten zwar dafür sorgen, dass die Gewerkschaften die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder durch gewerkschaftliche Aktionen schützen²⁹ bzw sie durch kollektive Maßnahmen verteidigen und für sie kämpfen³⁰ können. Konkrete Rechte wie das Recht zu streiken wurden – jedenfalls von einem beträchtlichen Teil der Lehre – aus Art 11 EMRK nicht herausgelesen. Andererseits war es dann – abgesehen von sensiblen Berufsgruppen, wie sie auch in Art 11 Abs 2, 2. Satz explizit angeführt werden – schwer vorstellbar, wie denn eine effektive gewerkschaftliche Interessenvertretung ohne (jedwedes) Recht auf Kollektivverhandlungen oder jedwedes Streikrecht vonstatten gehen sollte.³¹

Zwei aktuelle Fälle türkischer Provenienz können dabei für die letzten SkeptikerInnen als Neubestimmung der vormaligen Linie des EGMR betrachtet werden.

3.1. Recht auf Kollektivverhandlungen

Den ersten Fall, *Demir und Baykara*³², der im November 2008 entschieden wurde, nahm die Große Kammer der EGMR zum Anlass, die Judikatur zu jenen Rechten zu erweitern, die unmittelbar aus Art 11 EMRK ableitbar sind. Hierzu wandte der Gerichtshof seine Formel der evolutiven Interpretation³³ auf die Tragweite des Art 11 EMRK an. Demnach sei die EMRK als ein lebendiges Instrument („living instrument“) zu begreifen, das im Licht der gegenwärtigen Gegebenheiten und in Übereinstimmung mit den Entwicklungen im internationalen Recht auszulegen sei.³⁴

Dies befolgend stützt sich der EGMR ua auf das ILO Übereinkommen (Nr 98) über die

27 Art 28 GRC verbrieft das Recht auf Kollektivmaßnahmen.

28 EuGH, 22.10.2002, Rs C-94/00, Roquette Frères, Rn 29.

29 EGMR, 25.4.1996, Gustafsson, ÖJZ, 1996, 32.

30 EGMR, 6.2.1976, Schwedischer Lokomotivführerverband, § 40, Serie A 20.

31 Zu dieser Auseinandersetzung siehe *Rebhahn*, Der Arbeitskampf bei weitgehender gesetzlicher Regelung der Arbeitsbedingungen, DRdA 2004, 399, Pkt 3.4.a. und die anschließende Replik von *Schindler*, DRdA 2004, 586.

32 EGMR, 12.11.2008, Bsw Nr 34.503/97, *Demir und Baykara* [GK].

33 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) § 5, Rn 12 ff.

34 EGMR, *Demir und Baykara*, § 146.

Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechts zu Kollektivverhandlungen, und zwar in der Auslegung des zuständigen ILO-Sachverständigenausschusses.³⁵ Hinsichtlich europäischer Instrumentarien verweist der Gerichtshof auf die – von der Türkei nicht ratifizierte – Bestimmung des Art 6 Abs 2 ESC, insbesondere in deren Auslegung des nunmehrigen Europäischen Ausschusses für soziale Rechte („European Committee of Social Rights“)³⁶, sowie auf Art 28 GRC.³⁷ Ferner wird der europäischen Staatenpraxis gewürdigt, wonach in der überwältigenden Mehrheit der Mitgliedstaaten das Recht auf Kollektivverhandlungen zugestanden werde, einschließlich für die im vorliegenden Fall betroffenen öffentlich Bediensteten. Auch die Türkei – so der Gerichtshof – hätte diesen Weg bereits 1995 mit einer Verfassungsänderung eingeschlagen.³⁸

Diese spürbare Entwicklung („perceptible evolution“) bewog sodann den Gerichtshof dazu, seine Ansicht zur Tragweite des Art 11 EMRK ausdrücklich zu ändern: Das Recht auf Kollektivverhandlungen mit dem Arbeitgeber muss mithin als wesentliches Element des in Art 11 EMRK garantierten Rechts von Menschen, „zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten“ betrachtet werden.³⁹

Die Annullierung des Kollektivvertrags stellte damit jedenfalls einen Eingriff in Art 11 EMRK dar, der seinerseits mangels eines „dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses“ („pressing social need“) nicht mit Art 11 Abs 2 EMRK gerechtfertigt werden könnte.⁴⁰

3.2. Streikrecht

Nachdem es kaum denkbar ist, das Recht auf Kollektivverhandlungen seinerseits ohne das Recht auf Kampfmaßnahmen wie insb Streik im selben Atemzug zu nennen⁴¹, wartete man mit Spannung auf das Urteil im Fall *Enerji Yapi-Yol Sen*. Es betraf die Zulässigkeit eines im Jahre 1996 per Rundschreiben verhängten Streikverbots für türkische öffentliche Bedienstete des Infrastrukturbereichs.⁴²

Hierin hält der Gerichtshof unter pauschaler Zugrundelegung seiner internationalistischen Methode in der Grundsatzentscheidung *Demir und Baykara* fest, dass das Recht zu streiken durch die ILO-Überwachungsgremien (ILO supervisory bodies) als untrennbare Folge („corollaire indissociable“) des Rechts auf gewerkschaftliche Vereinigung anerkannt wird, das durch das ILO-Übereinkommen (Nr 87) zur Vereinigungsfreiheit und dem Schutz des Vereinigungsrechts geschützt wird. Sodann erinnert er daran, dass auch

35 *Ebenda*, § 147; ILO, Gesamtbericht (General Survey) 1994, freedom of association and collective bargaining, on Conventions No. 87 and No. 98, § 200 (http://training.ilo.org/ils/foa/library/general_surveys_en/25941.htm).

36 *Ebenda*, § 149.

37 *Ebenda*, § 150.

38 *Ebenda*, § 151 f.

39 *Ebenda*, § 153 f.

40 *Ebenda*, §§ 155-164.

41 Der Ausspruch „Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik wären nicht mehr als ‚kollektives Betteln‘“ fand bekanntlich auch Eingang in die Rsp des dt Bundesarbeitsgerichts (BAG 1 AZR 342/83 vom 12.09.1984).

42 EGMR, Urteil 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen*, Bsw Nr 68.951/01.

die ESC das Streikrecht als Mittel zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen gewährleiste.⁴³ Ohne sich letztlich mit den Feinheiten der Argumentation des betreffenden ILO-Gremiums oder auch den Einzelheiten zur ESC überhaupt näher auseinanderzusetzen, wies der Gerichtshof die Bedenken der Türkei zurück und bejahte den Eingriff in Art 11 EMRK.

Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung schloss der Gerichtshof, dass das Streikverbot (und die darauf basierenden Disziplinarmaßnahmen) keinem „dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis“ entsprächen und einen unverhältnismäßigen Eingriff in die sich aus Art 11 EMRK ergebenden Rechte der beschwerdeführenden Gewerkschaft darstellten.⁴⁴

3.3. Zwischenresümee

Die beiden Fälle setzten neue Maßstäbe im europäischen Grundrechtsschutz. Aus juristischer Sicht besonders bemerkenswert ist sicherlich die Methodik, der sich der EGMR in der eigentlichen Grundsatzentscheidung *Demir und Baykara* verschrieben hat. Zwar sind weder die Heranziehung anderer völkerrechtlicher Instrumente zur Interpretation der EMRK noch die „evolutive Auslegung“ ihrer Bestimmungen überraschend.⁴⁵ Das Neue ist jedoch deren Umlegung auf Art 11 EMRK in einer Weise, die in Kombination beider interpretatorischer Ansätze dieser Bestimmung enorme Kraft verleihen. Besonderes Augenmerk wird zudem jenen Rechtsansichten geschenkt, die durch die in den betreffenden Abkommen eingerichteten Kontrollgremien geäußert werden.⁴⁶ Wie weit dieser Ansatz führen kann, zeigt die Übernahme der Maxime der „corollaire indissociable“ des Streikrechts aus dem Recht auf gewerkschaftliche Vereinigung in *Enerji Yapi-Yol Sen* unter Berufung auf die Überwachungsgremien der ILO.

4. Mögliche Auswirkungen auf die Rechtsprechung des EuGH

Im Ergebnis wird damit auch der EuGH nicht umhin kommen, sich aufgrund der neuen Rechtsprechungslinie des EGMR mit den Interpretationen der in den betreffenden internationalen Abkommen eingerichteten Kontrollgremien auseinanderzusetzen. Denn wie vorstehend gezeigt, hat er sich stets an die Straßburger Judikatur gebunden erachtet. Zu fragen ist daher, ob diese neue Entwicklung am EGMR nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH im *Viking*- und *Vaxholm*-Fall stehen könnte.

Im Lichte der neuen Urteile des EGMR ist jedenfalls davon auszugehen, dass die angeordneten Streikmaßnahmen der finnischen Seeleutegewerkschaft im *Viking*-Fall von Art 11 EMRK geschützt werden. Eine Untersagung müsste ebenso wie die Maßregelungen nach

43 EGMR, *Enerji Yapi-Yol Sen*, § 24.

44 *Ebenda*, § 33.

45 Hierzu generell *Grabenwarter*, § 15, Rn 12.

46 So erstmals schon wenigstens noch diffus in EGMR, 2.7.2002, Bsw Nr 30.668/96, 30.671/96 und 30.778/96, Wilson, §§ 30 ff, insb § 48.

dem *Viking*-Urteil der Rechtfertigungsprüfung standhalten. In Analogie zu *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen* müssten etwa die durch den EuGH auferlegten Einschränkungen des Gewerkschaftshandelns einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen. Dies betrifft schon die grundsätzliche Inpflichtnahme der privatrechtsförmig organisierten Gewerkschaften gleich den Mitgliedstaaten (unmittelbare Drittwirkung)⁴⁷. Zu hinterfragen wären vor allem aber die engen Grenzen, innerhalb deren ein Streik zulässig wäre: etwa das Bestehen einer ernstlichen Bedrohung der Arbeitsplätze der Gewerkschaftsmitglieder (letztlich eine Infragestellung von Warnstreiks ebenso wie von Einstellungsforderungen)⁴⁸, oder die hohen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Gewerkschaftsmaßnahme wie die Ausschöpfung sämtlicher geeigneter Mittel, bevor gestreikt werden darf.⁴⁹ Eigentlich müsste der EGMR die Zulässigkeit dieser Einschränkungen verneinen, vor allem wenn er wie gehabt in seiner näheren Interpretation zur Ausgestaltung des Streikrechts seinerseits wieder auf die Spruchpraxis der in anderweitigen Übereinkommen eingerichteten Überwachungsorganen Bezug nimmt. In ihrem Gesamtbericht, der auch vom EGMR in *Demir und Baykara* explizit und in *Enerji Yapi-Yol Sen* implizit herangezogen wird, hält der Sachverständigenausschuss der ILO fest, dass die Förderung und Verteidigung der ArbeitnehmerInneninteressen die Möglichkeit von Kampfmaßnahmen („means of action“) voraussetzt, durch welche die ArbeitnehmerInnen ihren Forderungen Nachdruck verleihen können. In diesem Zusammenhang bejaht er auch die Zulässigkeit von Streiks gegen Betriebsverlagerungen sowie von Sympathiestreiks⁵⁰ – dies völlig ungeachtet des Umstands, ob derartigen Betriebsverlagerungen ein grenzüberschreitendes Element (gemeinschaftsrechtlich kritisch) innewohnt oder nicht (gemeinschaftsrechtlich unkritisch).

In der letztendlich maßgeblichen Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte auch das mit der *Viking*-Dogmatik ausgelöste Verhandlungsungleichgewicht zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen ins Treffen gebracht werden.⁵¹

Im *Laval*-Fall ging es primär um Boykottmaßnahmen der schwedischen Gewerkschaften hinsichtlich einer Baustelle, auf der ein lettischer Arbeitgeber seine ArbeitnehmerInnen unter dem schwedischen Lohnniveau bezahlen wollte. Ob freilich nach dem Streik auch der Boykott von Art 11 EMRK als weiteres „corollaire indissociable“ der Vereinigungsfreiheit geschützt ist, mag gewiss bestritten werden. Andererseits könnte dafür sprechen, dass ohne entsprechende gewerkschaftliche Befugnisse die Betätigungsmöglichkeiten nach dem schwedischen System völlig ausgehöhlt würden. Unterstellend, dass auch die schwedischen Boykottmaßnahmen unter Art 11 EMRK fallen, wäre jedenfalls die Zielbeschränkung der

47 EuGH, *Viking*, Rn 32 ff.

48 *Ebenda*, Rn 81.

49 *Ebenda*, Rn 87.

50 ILO, Gesamtbericht (General Survey) 1994, §§ 140, 168.

51 Vgl zum Gedanken der „fair balance“, wengleich in anderem Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie gem Art 1 1. ZPEMRK zB EGMR, 21.2.1986, James, § 50, Serie A 98.

Arbeitskampfmaßnahmen auf den harten Kern der Entsenderichtlinie zu hinterfragen.⁵² Neben der GRC könnte mithin auch die jüngste Rechtsentwicklung am EGMR den EuGH zu einer Neubewertung des Verhältnisses der Grundrechte zu den Grundfreiheiten des Binnenmarktes stimulieren. Jedenfalls erfährt die Position der Gewerkschaften eine erhebliche Stärkung.

5. Auswirkungen auf die Lehre in Österreich

Mit der neueren Rechtsentwicklung zu Art 11 EMRK wird auch die österreichische Bundesverfassung um die Errungenschaften der EGMR-Judikatur bereichert. Nachdem schon *Ulrike Davy* 1989 in einer vielbeachteten Monografie⁵³ aus Art 12 StGG einen grundrechtlichen Schutz des Streiks abgeleitet hat, wird nun die grundrechtliche Verdichtung von Arbeitskampfmaßnahmen im Sinne der EMRK einmal mehr dokumentiert.

Man wird sehen, inwieweit diese Entwicklung von der tendenziell konservativ orientierten österreichischen Arbeitsrechtslehre (insb am Wiener Juridicum) reflektiert werden wird. Ihre in den 50ern und 60ern eingenommene rein privatrechtsinduzierte Position⁵⁴ ist mittlerweile auch aus juristischer Sicht unhaltbar geworden. Sie basiert auf der zweifelhaften dogmatischen Grundlage einer rechtlichen Trennung von Gesamttaktion und arbeitsvertraglicher Lage. Daraus wird etwa abgeleitet, dass auch die Beteiligung an einem rechtmäßigen Streik einen Entlassungsgrund darstellt.⁵⁵ Doch weder der Umstand, dass diese Ansicht die Republik Österreich mittlerweile in ein peinliches Eck unter den Mitgliedern des Europarates gedrängt hat⁵⁶, noch dass sie in den gängigen Lehrbüchern des Arbeitsrechts als unzureichend im Sinne der Arbeitnehmerinteressen kritisiert⁵⁷ wurde, führte bislang zu einer grundlegenden, umfassenden rechtsdogmatischen Neuorientierung des Arbeitskampfrechts in Österreich.

Bei adäquater Berücksichtigung der grundrechtlichen Dimension wäre vor allem dem Aspekt der effektiven Ausübungsmöglichkeiten des Streikrechts zu würdigen. Bedingung hierfür ist eine Kampfparität⁵⁸ von ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen, die mit drakonischen arbeitsrechtliche Rechtsfolgen (Entlassung, Schadenersatz) nicht unterlaufen werden darf.⁵⁹

Die postulierte Neutralität des Staates kommt insoweit gerade nicht in einer apa-

52 EuGH, Vaxholm, Rn 108.

53 *U Davy*, Streik und Grundrechte in Österreich, 1989.

54 Grundlegend *Bydlinski*, Vertragsrecht und Arbeitskampf, ÖZÖR VIII 1957/58, 300 ff; *ders*, Schadensrecht und Arbeitskampf, ÖZÖR IX 1958/59, 518 ff; *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965).

55 *Strasser/Jabornegg*, Arbeitsrecht II⁴ (2001), S 220 ff.

56 Österreich zählt gemeinsam mit Andorra, Luxemburg, Griechenland, Polen und der Türkei zu den wenigen europäischen Ländern, die das Streikrecht im Sinne Art 6 Abs 4 ESC (vorerst) nicht anerkannt haben.

57 *Strasser/Jabornegg*, S 229; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht¹⁰ (2003), S. 784 f.

58 *U Davy*, 68.

59 Unter besonderer Betonung der staatlichen Schutzpflichten *I Eisenberger/G Marx*, Verfassung und Arbeitskampf (2003), unveröffentlicht.

thischen Gleichgültigkeit gegenüber arbeitsrechtlichen Tatbeständen zum Ausdruck, sondern in der Verpflichtung des Staates, die aus Art 11 EMRK entspringenden Rechte zu gewährleisten.⁶⁰

Lehrmeinungen, die bei der Bewertung des Arbeitskampfrechts die grundrechtliche Dimension nicht integrieren, können ihren „Herrschaftsanspruch“ – jedenfalls mit einigermaßen juristisch lauterer Argumenten – nur mehr schwer „legitimieren“. Dies erwartete gleichwohl schon *Felix Ehrnhöfer* aus Anlass einer Buchrezension zu *Ulrike Davys* Monografie – nachzulesen in einem der ersten *juridikum*-Hefte vor genau 20 Jahren.⁶¹

Mag. Valentin Wedl ist Leiter der Abteilung EU und Internationales der Arbeiterkammer Wien und war von 1992 bis 1997 gemeinsam mit Maria Windhager und Thomas Sperlich Chefredakteur des *juridikum*; valentin.wedl@akwien.at

60 Hinsichtlich Entlassungsrecht und EMRK siehe EGMR, 11.1.2006, Sørensen und Rasmussen, Bsw Nr 52562/99, § 75; generell zu Gewährleistungsverpflichtungen aus der Versammlungsfreiheit EGMR, Gustafsson; sowie *Grabenwarter*, § 23, Rn 88.

61 *Ehrnhöfer*, Rezension zu *Ulrike Davy*, Streiks und Grundrechte in Österreich, *juridikum* 1990, 27.

Asyl- und Fremdenrecht im Jahr 2010 – Bloß noch Spielball der Politik?

Doris Einwallner

Das Fremdenrechtspaket 2005¹ mit seinen weitreichenden Änderungen, ja massiven Verschärfungen im Asyl- und Fremdenrecht, ist vor gerade einmal vier Jahren in Kraft getreten. Naiv wer dachte, damit sei vorerst wieder Ruhe eingekehrt. Die Kreativität des Gesetzgebers scheint gerade in diesem Bereich keine Grenzen zu kennen.² Sie fand ihren vorläufigen Höhepunkt in der so genannten „Bleiberechtsnovelle“ und zuletzt im Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (FrÄG 2009). Grund genug, ein paar Schlaglichter auf die aktuelle Entwicklung zu werfen.³

1. „Bleiberechtsnovelle“⁴

Die „Bleiberechtsnovelle“ ist primär auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) vom 27.06.2008, G264/07ua, zurückzuführen, mit dem er die Wortfolge „von Amts wegen“ in den §§ 72 Abs 1, 73 Abs 2 und 3 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)⁵ als verfassungswidrig aufgehoben hat. Rechtsschutzsuchende hatten nach diesen Bestimmungen kein Recht, selbst einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen zu beantragen. Sie waren vielmehr darauf angewiesen, dass die Behörde von sich aus, eben von Amts wegen, tätig wurde. Weiters stellte der VfGH in mehreren Entscheidungen zu fremden- und asylrechtlichen Ausweisungen aus Österreich klar, dass die Behörde *in jedem Fall* eine Prüfung nach Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vorzunehmen hat und ein unrechtmäßiger Aufenthalt nicht automatisch eine Ausweisung rechtfertigt.⁶ Er verwies dabei insbesondere auf die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erarbeiteten Kriterien, die bei einer Interessensabwägung nach Art 8 EMRK jedenfalls zu beachten sind.⁷

1 BGBl I 100/2005, in Kraft getreten am 1.1.2006.

2 Das AsylG 2005 wurde seit Inkrafttreten sechs Mal, das NAG zehnmal geändert.

3 Eine umfassende bzw. lückenlose Darstellung der einzelnen Novellen ist aus Platzgründen nicht möglich.

4 BGBl I 29/2009.

5 BGBl I 100/2005.

6 Vgl etwa VfGH B16/08, 61/08, 1032/07, 1859/07.

7 Es sind dies im Wesentlichen die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des/der Drittstaatsangehörigen rechtswidrig war; das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens; der Grad der Integration; die Bindungen zum Heimatstaat des/der Drittstaatsangehörigen; die strafgerichtliche Unbescholtenheit; Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts; die Frage, ob das Privat- und Familienleben des/der Drittstaatsangehörigen in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren.

In Reaktion auf diese Judikatur wurden die Bestimmungen zum humanitären Aufenthalt grundlegend geändert und im Wesentlichen zwei Anspruchsgrundlagen geschaffen: die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und/oder aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen. Die betroffene Person ist nun selbst antragsberechtigt.

Ein Aufenthaltstitel zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens setzt voraus, dass der/die AntragstellerIn in Österreich aufhältig ist, ein schützenswertes Privat- und/oder Familienleben vorweisen kann und kein Erteilungshindernis nach § 11 Abs 1 Z 1, 2 oder 4 NAG verwirklicht.⁸ Vor allem aber muss die Sicherheitsdirektion, welche von der Aufenthaltsbehörde mit dem Antrag zu befassen ist, festgestellt haben, dass eine Ausweisung auf Dauer unzulässig wäre. Wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind und außerdem noch Deutschkenntnisse auf A2-Niveau⁹ nachgewiesen werden können, wird eine „Niederlassungsbewilligung unbeschränkt“¹⁰ erteilt, die auch das Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt beinhaltet. Liegt ein solches Zertifikat nicht vor, so wird eine „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ erteilt.¹¹ Trifft die Sicherheitsdirektion jedoch nicht die notwendige Feststellung oder hat sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt seit einer allfälligen Ausweisung nicht maßgeblich geändert, so ist der Antrag zurückzuweisen.

Medial wesentlich mehr Beachtung fand die „Niederlassungsbewilligung beschränkt“ aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen.¹² Sie stellt primär auf ehemalige AsylwerberInnen ab, deren Verfahren mehrere Jahre gedauert hat. Die Erteilung bedarf der Zustimmung der Bundesministerin für Inneres bzw des ihr beigegebenen Beirates.¹³ Der Antrag ist zulässig, wenn der/die Drittstaatsangehörige seit mindestens 1. Mai 2004 durchgängig in Österreich aufhältig ist und zumindest die Hälfte des Aufenthalts rechtmäßig war. Die Behörde hat bei der Entscheidung den Grad der Integration, insbesondere die Selbsterhaltungsfähigkeit, die schulische und berufliche Ausbildung, die Beschäftigung und die Kenntnisse der deutschen Sprache zu berücksichtigen. Der Nachweis der gesicherten Unterkunft, einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel

8 Es darf kein aufrechtes Aufenthalts- oder Rückkehrverbot bestehen; es darf kein aufrechtes Aufenthaltsverbot eines anderen EWR-Staates bestehen und es darf keine Aufenthaltsehe, -adoption oder -partnerschaft vorliegen.

9 Vgl § 8 Abs 1 der Integrationsvereinbarungs-Verordnung: Ziel des Deutsch-Integrationskurses (Modul 2 der Integrationsvereinbarung) ist die Erreichung des A2-Niveaus des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprache, wie im Rahmencurriculum für Deutsch-Integrationskurse beschrieben.

10 § 43 Abs 2 NAG.

11 § 44 Abs 3 NAG.

12 § 44 Abs 4 NAG.

13 §§ 74, 75 NAG.

kann auch durch Vorlage einer Patenschaftserklärung¹⁴ erbracht werden. Gegen eine ablehnende Entscheidung ist eine Berufung nicht zulässig.

Die dargestellte Regelung ist insofern zu kritisieren, als sie ein grundsätzliches Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den Aufenthaltsbehörden erster Instanz erkennen lässt, da die eigentliche Entscheidungsgewalt bei der Sicherheitsdirektion bzw. der Bundesministerin für Inneres liegt. Dadurch offenbart sich einmal mehr, dass Drittstaatsangehörige primär als sicherheitspolizeiliches Problem gesehen werden.

Die „Bleiberechtsnovelle“ wurde aber auch dafür genutzt, noch weitere Gesetzesänderungen vorzunehmen. Besonders hervorzuheben ist die Änderung des § 24 NAG, weil damit eine mE sehr sinnvolle und vor allem praktikable Regelung ohne ersichtlichen Grund beseitigt wurde. § 24 Abs 1 NAG regelt die Einbringungsfristen für die Verlängerung von Aufenthaltstiteln und sah bisher vor, dass Verlängerungsanträge auch noch innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des letzten Aufenthaltstitels gestellt werden konnten. Diese Nachfrist wurde mit der Novelle beseitigt. Verlängerungsanträge sind jetzt jedenfalls vor Ablauf des Aufenthaltstitels zu stellen, widrigenfalls sie als Erstanträge gelten. Solche müssen aber grundsätzlich im Ausland eingebracht werden. Die Entscheidung darüber ist auch dort abzuwarten. Zu bemängeln ist, dass mit dieser Änderung – trotz kurzer Übergangsfristen und der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumnis – all jenen ein Fallstrick gelegt wurde, die ihren Verlängerungsantrag im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage erst nach Ablauf ihres Aufenthaltstitels stellen wollten. Sie laufen damit Gefahr, in die Illegalität abzuschlittern. Der Grund für diesen gesetzgeberischen Schritt ist daher schlichtweg nicht nachvollziehbar.

2. Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (FrÄG 2009)¹⁵

Die bisher umfassendste Änderung erfolgte mit dem FrÄG 2009, das am 1.1.2010 in Kraft getreten ist. Novelliert wurden damit unter anderem das Asylgesetz 2005 (AsylG), das Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) und das NAG. Laut Materialien wollte man dem Regierungsprogramm zur XXIV. Gesetzgebungsperiode und der aktuellen Rechtsprechung Rechnung tragen sowie „fremdenrechtliche Vorgaben unter Wahrung aller rechtsstaatlichen Garantien effizienter“ gestalten.¹⁶

14 § 2 Abs 1 Z 18 NAG: eine notariell oder gerichtlich beglaubigte und für mindestens drei Jahre gültige Erklärung Dritter mit Wohnsitz oder Sitz im Inland, dass sie für die Erfordernisse einer alle Risiken abdeckenden Krankenversicherung, einer Unterkunft und entsprechender Unterhaltsmittel aufkommen und für den Ersatz jener Kosten haften, die einer Gebietskörperschaft durch den Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet sowie bei der Durchsetzung eines Aufenthaltsverbotes, einer Ausweisung, einer Zurückschiebung oder der Vollziehung der Schubhaft, einschließlich der Aufwendungen für den Ersatz gelinderer Mittel, sowie aus dem Titel der Sozialhilfe oder eines Bundes- oder Landesgesetzes, das die Grundversorgungsvereinbarung nach Art 15a B-VG, BGBl. I Nr. 80/2004, umsetzt, entstehen.

15 BGBl I 122/2009, am 1.1.2010 in Kraft getreten.

16 Vorblatt und Erläuterungen zum Ministerialentwurf, 65/ME XXIV. GP, S 2.

2.1. Änderungen im AsylG

Die Änderungen im AsylG betreffen im Wesentlichen drei Bereiche: Folgeanträge, Straf­fälligkeit, Gebietsbeschränkungen/Meldeverpflichtungen.

Zu den Folgeanträgen wird im Regierungsprogramm ua ausgeführt: „Der Vollzug des Asyl- und Fremdenpolizeirechtes steht vor der Herausforderung, dass Fremde, deren Antrag auf internationalen Schutz zurück- oder abgewiesen wurde, oftmals mehrere weitere Anträge auf internationalen Schutz stellen (Folgeanträge). Die Anträge dienen oft nicht dem berechtigten Vorbringen neuer Asylgründe, sondern alleinig der Verhinderung oder Verzögerung fremdenpolizeilicher Maßnahmen und damit der ungerechtfertigten Verlängerung des faktischen Aufenthaltes in Österreich. Diese Vorgangsweise stellt eine enorme administrative Belastung für das Asylsystem dar und wird in einem, den geordneten Vollzug des Fremdenwesens gefährdenden Ausmaß angewandt.“¹⁷

Als „Speerspitze“ im Kampf gegen unbegründete Folgeanträge soll die Lockerung des – gerade in Asylverfahren an sich unverzichtbaren – faktischen Abschiebeschutzes verbunden mit der Ausweitung der Schubhaftatbestände dienen.¹⁸ Ergebnis ist mE eine äußerst unübersichtliche und in der praktischen Anwendung komplizierte Regelung, die für die Betroffenen ein erhebliches Rechtsschutzdefizit mit sich bringt, wie die nachfolgende Darstellung verdeutlichen soll.

Zu unterscheiden ist zwischen der ex lege und der behördlichen Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes. Von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist er zunächst dann, wenn nach einer bereits einmal erfolgten zurückweisenden Entscheidung neuerlich ein Asylantrag gestellt wird, eine aufrechte Ausweisung besteht, kein Fall des § 39 Abs 2 AsylG vorliegt¹⁹ und weiterhin die Zuständigkeit eines anderen Staates besteht oder dieser die Zuständigkeit weiterhin oder neuerlich anerkennt (so genannte „Dublin-Fälle“).²⁰ Weiters ist der faktische Abschiebeschutz ex lege aufgehoben, wenn ein Folgeantrag innerhalb von 18 Tagen vor einem bereits festgelegten Abschiebetermin gestellt wird, eine aufrechte Ausweisung besteht, der/die Betroffene über den Abschiebetermin nachweislich informiert wurde und sich in Schubhaft befindet, ein gelinderes Mittel angewandt wird oder er/sie aufgrund eines Festnahmeauftrages festgehalten

17 Vgl Regierungsprogramm 2008 – 2013, Punkt 1.2, Seite 105.

18 Vgl § 12 AsylG 2005: grundsätzlich darf, wer in Österreich Asyl beantragt hat, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zum Zeitpunkt der Unzulässigkeit der Fortsetzung des Verfahrens weder zurückgewiesen, zurückgeschoben noch abgeschoben werden.

19 Wird über begründeten Vorschlag eines Drittels der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments oder der Kommission durch den Rat mit einer Mehrheit von vier Fünftel seiner Mitglieder festgestellt, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung von in Art 6 Abs 1 EU-Vertrag genannten Grundsätzen durch einen Mitgliedstaat besteht (Art 7 Abs 1 EU-Vertrag), ist Beschwerden gegen Entscheidungen über Anträge von AsylwerberInnen aus diesem Herkunftsstaat die aufschiebende Wirkung nicht abzuerkennen.

20 Vgl § 12a Abs 1 AsylG 2005.

wird.²¹ In diesen Fällen kann der Abschiebeschutz jedoch aus bestimmten Gründen zuerkannt werden.²²

Behördlich (durch das Bundesasylamt) kann der faktische Abschiebeschutz aufgehoben werden, wenn eine aufrechte Ausweisung besteht, der Antrag voraussichtlich zurückzuweisen ist, weil keine entscheidungswesentliche Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes eingetreten ist und die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung keine reale Gefahr einer Verletzung von Art 2, 3 oder 8 EMRK oder des 6. oder 13. Zusatzprotokolls zur EMRK bedeuten oder für den/die Betroffene/n als Zivilperson keine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.²³

Die Entscheidung des Bundesasylamts über die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes ergeht mündlich in Bescheidform. Deren Beurkundung im Verhandlungsprotokoll oder einer Niederschrift gilt bereits als schriftliche Bescheidausfertigung. In der Folge hat das Bundesasylamt den Akt unverzüglich von Amts wegen dem Asylgerichtshof (AsylGH) zur Überprüfung zu übermitteln. Diese Übermittlung gilt als Beschwerde. Der AsylGH hat darüber binnen acht Wochen ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.²⁴ Die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes und eine aufrechte Ausweisung sind aber bereits mit der Entscheidung des Bundesasylamts durchsetzbar. Die fremdenpolizeiliche Behörde muss mit einer Abschiebung daher nicht etwa bis zur Entscheidung durch den AsylGH zuwarten, sondern nur bis zum Ablauf des dritten Arbeitstages ab Einlangen der Verwaltungsakte bei der zuständigen Abteilung des AsylGH.

Der Gesetzgeber nimmt mit der Lockerung bzw. Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes in Kauf, dass Menschen in Staaten abgeschoben werden, in denen ihr Leben ernsthaft in Gefahr ist oder zumindest sein könnte, noch ehe in Österreich ein Verfahren stattgefunden hat. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass auch unberechtigte Folgeanträge gestellt werden, es ist aber anzuzweifeln, dass dieser Umstand die nunmehr getroffenen Maßnahmen rechtfertigt. Zu den Folgeanträgen wurden bisher auch keinerlei Zahlen veröffentlicht, so dass schon eine Quantifizierung des vermeintlich „systemgefährdenden Problems“ nicht möglich ist.²⁵ Vielmehr scheint der Gesetzgeber einmal mehr einem Pauschalverdacht gegenüber AsylwerberInnen nachgegeben zu haben und damit den Rechtsstaat aufs Spiel zu setzen.

Derselbe Eindruck entsteht bei Betrachtung jener Änderungen des AsylG, die straffäl-

21 Vgl § 12a Abs 3 AsylG 2005.

22 Vgl § 12a Abs 4 AsylG 2005.

23 Vgl § 12 Abs 2 AsylG 2005.

24 Vgl §§ 22 Abs 10, 41a AsylG 2005.

25 Nach der Asylstatistik des BMI für Dezember 2009 wurden im Jahr 2009 insgesamt 3.151 Anträge rk positiv erledigt, 13.111 negativ, 59 Anträge wurden wegen entschiedener Sache zurückgewiesen, 1794 Verfahren wurden eingestellt und 1.645 wurden gegenstandslos; http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/statistik/start.aspx.

lig gewordene, anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte betreffen.²⁶ Als straffällig im Sinne des AsylG gilt, wer wegen einer vorsätzlich begangenen, gerichtlich strafbaren Handlung, die in die Zuständigkeit des Landesgerichtes fällt, oder wer mehr als einmal wegen einer sonstigen vorsätzlich begangenen gerichtlich strafbaren Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist, rechtskräftig verurteilt worden ist.²⁷

Wurde ein/eine anerkannte/r Flüchtling straffällig, so ist nunmehr jedenfalls ein Verfahren zur Aberkennung einzuleiten, wenn gleichzeitig das Vorliegen eines Asylausschlussgrundes nach § 6 *wahrscheinlich* ist.²⁸ Die fünfjährige Frist, nach der eine Asylaberkennungsgrundsätzlich nicht mehr zulässig ist, gilt für straffällig gewordene AsylwerberInnen nicht (mehr).²⁹ Die Einleitung eines Aberkennungsverfahrens ist weiters auch bei straffällig gewordenen subsidiär Schutzberechtigten angeordnet, sofern es *wahrscheinlich* ist, dass ein Aberkennungsgrund nach § 9 Abs 1 oder 2 AsylG 2005 vorliegt.³⁰

Der Gesetzgeber will damit offenbar sicherstellen, dass die Asylbehörde in solchen Fällen jedenfalls aktiv wird, wobei die Aberkennung selbst aber nicht schon aufgrund der Straffälligkeit erfolgen darf, sondern eben an die oben genannten weiteren Voraussetzungen gebunden ist. Die Folge werden Aberkennungsverfahren mit ungewissem Ausgang sein, die mE über einen zusätzlichen bürokratischen Mehraufwand hinaus keinen Nutzen bringen.

Die Aberkennung des Asylstatus bedeutet im Übrigen auch nicht zwangsläufig, dass die betroffene Person aus Österreich abgeschoben werden darf. Liegt die Gefahr der Verletzung von Art 2 oder Art 3 EMRK oder des 6. und 13. Zusatzprotokolls zur EMRK vor, ist die Abschiebung trotz rechtskräftiger Aberkennung unzulässig. Die betroffene

26 Straffällig gewordene AsylwerberInnen sehen sich mit einem beschleunigten Verfahren und dem Ausschluss aus dem Familienverfahren konfrontiert. Vgl § 27 Abs 3, § 34 Abs 2 AsylG 2005.

27 Vgl § 2 Abs 3 AsylG 2005. In Frage kommen beispielsweise Verurteilungen wegen gewerbsmäßigen Diebstahls, gefährlicher Drohung, schwerer Körperverletzung.

28 Das ist dann der Fall, wenn einer der in Art 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Ausschlussgründe vorliegt; er/sie aus gewichtigen Gründen eine Gefahr für die Sicherheit der Republik Österreich darstellt oder er/sie von einem inländischen Gericht wegen eines besonders schweren Verbrechens rechtskräftig verurteilt worden ist und wegen dieses strafbaren Verhaltens eine Gefahr für die Gemeinschaft bedeutet. Einer Verurteilung durch ein inländisches Gericht ist eine Verurteilung durch ein ausländisches Gericht gleichzuhalten, die den Voraussetzungen des § 73 StGB, BGBl. Nr. 60/1974, entspricht.

29 Vgl § 7 Abs 2 AsylG 2005.

30 Gemäß Abs 1 leg cit ist das der Fall, wenn die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten (§ 8 Abs 1) nicht oder nicht mehr vorliegen, er/sie den Mittelpunkt seiner/ihrer Lebensbeziehungen in einem anderen Staat hat oder er/sie die Staatsangehörigkeit eines anderen Staates erlangt hat und eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des/der Fremden in seinen/ihrer neuen Herkunftsstaat keine reale Gefahr einer Verletzung von Art 2 EMRK, Art 3 EMRK oder 6. oder 13. Zusatzprotokolls zur EMRK oder für ihn/sie als Zivilperson keine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde.

Gemäß Abs 2 leg cit hat eine Aberkennung auch dann zu erfolgen, wenn einer der in Art 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Gründe vorliegt; der/die Fremde eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit der Republik Österreich darstellt oder von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens (§ 17 StGB) rechtskräftig verurteilt worden ist. Einer Verurteilung durch ein inländisches Gericht ist eine Verurteilung durch ein ausländisches Gericht gleichzuhalten, die den Voraussetzungen des § 73 StGB, BGBl. Nr. 60/1974, entspricht.

Person hat in diesem Fall nunmehr den Status der so genannten „Duldung“, wonach sie eben lediglich geduldet ist, aber sonst keinerlei Rechte (mehr) hat. Auch diese Regelung führt mE zur Marginalisierung und begünstigt in der Folge den Anstieg der unrechtmäßig aufhältigen Personen, die dadurch wiederum in die Schwarzarbeit oder gar in die Kriminalität gedrängt werden.

In das Bild rigoroser Verschärfungen passen auch die – zeitlich nunmehr unbefristete – Gebietsbeschränkung³¹ sowie die neuen Meldeverpflichtungen³² während des Zulassungsverfahrens. Verstöße dagegen werden mit Verwaltungsstrafen belangt und ermöglichen der Behörde die Verhängung der Schubhaft.³³ Damit soll wohl verhindert werden, dass AntragstellerInnen in Erwartung einer Entscheidung „untertauchen“ und sich so dem behördlichen Zugriff entziehen. Diese Sorge scheint mE aber unbegründet zu sein. Wie auch die Asylstatistik des Bundesministeriums für Inneres zeigt,³⁴ wirken die AntragstellerInnen mehrheitlich an der Durchführung des Verfahrens mit und sind bemüht, die gesetzlichen Vorgaben genauestens einzuhalten. Auch hier ist also zu konstatieren, dass mit drastischen – sicherheitspolizeilichen – Maßnahmen über das Ziel geschossen wird.

2.2. Änderungen im FPG

Die Änderungen im FPG stehen in engem Zusammenhang mit jenen des AsylG. Eine der markantesten Neuerungen ist die schon erwähnte Duldung, die ex lege besteht, wenn und solange eine Abschiebung nach §§ 50 und 51 FPG oder § 8 Abs 3a und § 9 Abs 2 AsylG 2005 unzulässig ist oder aus tatsächlichen, nicht vom/von der Fremden zu vertretenden Gründen unmöglich scheint und wenn kein Dublin-Fall vorliegt.³⁵ Der/Die Geduldete kann eine Karte erhalten, welche die Identität und den Status bestätigt. Die Karte gilt für ein Jahr und kann auch verlängert werden. Weitere Rechte sind mit dieser Karte allerdings nur für jene verbunden, die bisher freien Zugang zum Arbeitsmarkt hatten, für sie kann eine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt werden.³⁶

In Zusammenhang mit der Lockerung des faktischen Abschiebeschutzes, den Meldepflichten und Gebietsbeschränkungen sowie mit der Zurückweisung von Asylanträgen und Ausweisungen von AsylwerberInnen wurden auch die Schubhaftatbestände entsprechend ausgeweitet,³⁷ wobei die Fremdenpolizei die Schubhaft in diesen Fällen grundsätzlich anzuordnen *hat*.

Die bereits zu den Änderungen im AsylG geäußerte Kritik gilt uneingeschränkt auch

31 Vgl § 12 Abs 2 AsylG 2005.

32 Vgl § 15a AsylG 2005.

33 Vgl §§ 76, 121 FPG 2005.

34 http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/statistik/start.aspx (31.3.2010).

35 Vgl § 46a FPG 2005.

36 Vgl § 46a FPG 2005, § 4 Abs 3 Z 7 AuslBG.

37 Vgl § 76 Abs 2a FPG 2005.

für die Änderungen im FPG. Die dargestellten Maßnahmen verstärken den Eindruck einer zwar schleichenden, aber doch – gerade in Zusammenhang mit AsylwerberInnen – zunehmenden Unterwanderung der Menschenwürde zugunsten eines rein politischen Kalküls.

2.3. Änderungen im NAG

Auch die Änderungen im NAG sind dermaßen umfangreich, dass eine vollständige Darstellung hier nicht möglich ist. Nachfolgend sollen daher einige wenige Punkte exemplarisch beleuchtet werden.

Eine umfassende Neugestaltung ist im 4. Hauptstück des NAG erfolgt, welches das Aufenthaltsrecht von EWR-BürgerInnen und deren Angehörigen in Österreich regelt. Auslöser dafür waren offenbar – wie auch in den Materialien erwähnt – die Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in den Rs. *Sahin* und *Metock*.³⁸ Der EuGH hat darin der bisher von den österreichischen Behörden vertretenen, sehr restriktiven Ansicht widersprochen, wonach Angehörigen von EWR-BürgerInnen nur dann ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht in Österreich zukommt, wenn sie den/die EWR-BürgerIn nach Österreich begleitet haben oder ihm/ihr nachgezogen sind, wenn also die Angehörigeneigenschaft bereits vor der Einreise nach Österreich bestanden hat. Wie der EuGH klarstellte, besteht das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht vielmehr auch dann, wenn die Angehörigeneigenschaft mit dem/der EWR-BürgerIn erst in Österreich begründet wird, der/die Angehörige also völlig unabhängig vom/von der EWR-BürgerIn in das Bundesgebiet gelangt ist.

Diese Judikatur hat zwar dazu geführt, dass Angehörige von EWR-BürgerInnen nunmehr wesentlich einfacher eine so genannte Aufenthaltskarte in Österreich erhalten, die ihr Aufenthaltsrecht bescheinigt. In Reaktion darauf hat der Gesetzgeber nunmehr aber andere Verschärfungen vorgenommen. Während etwa Angehörigen von EWR-BürgerInnen nach bisheriger Rechtslage sofort eine Daueraufenthaltskarte für zehn Jahre ausgestellt wurde, können sie nach dem FrÄG 2009 zunächst nur noch eine Aufenthaltskarte für fünf Jahre erhalten.

Weiters wurden im Unterschied zur bisherigen Rechtslage auch sehr detaillierte Regelungen zu Beibehaltung und Verlust des Aufenthaltsrechts eingefügt. So bleibt dem/der Angehörigen aus einem Drittstaat das Aufenthaltsrecht im Fall des Todes des/der EWR-BürgerIn beispielsweise nur dann erhalten, wenn er/sie sich seit mindestens einem Jahr als Angehörige im Bundesgebiet aufgehalten hat und ein Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit oder sonst ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz in Österreich nachweisen kann. Bei minderjährigen Kindern bleibt das Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss der Schulausbildung erhalten. Im Fall der

38 Vgl dazu ausführlich *Ecker/Eimwallner*, juridikum 2009/2, 99ff.

Scheidung oder Aufhebung der Ehe bzw bei Auflösung der eingetragenen Partnerschaft müssen ebenfalls ausreichende Existenzmittel sowie ein umfassender Krankenversicherungsschutz nachgewiesen werden. Weiters muss die Ehe/eingetragene Partnerschaft ua seit mindestens drei Jahren bestanden haben (davon mindestens ein Jahr in Österreich), dem/der Angehörigen die alleinige Obsorge für die gemeinsamen Kinder übertragen worden, oder die Scheidung/Auflösung zur Vermeidung einer besonderen Härte – etwa bei Gewalt in der Familie – erforderlich gewesen sein.³⁹ Wird eine derartige Änderung der Behörde überdies nicht binnen eines Monats bekannt gegeben, so droht nicht nur eine Verwaltungsstrafe, sondern auch der Verlust des Aufenthaltsrechts.

Das FrÄG 2009 hat aber nicht nur für EWR-BürgerInnen sowie deren Angehörige restriktivere Regelungen mit sich gebracht, sondern auch für Angehörige von österreichischen StaatsbürgerInnen. Ihnen soll Niederlassungsfreiheit in Österreich nur noch dann zukommen, wenn der/die Österreicherin sein/ihr gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate in einem anderen EWR-Staat in Anspruch genommen hat und im Anschluss daran nicht bloß vorübergehend nach Österreich zurückkehrt ist.⁴⁰ Es genügt also nicht mehr, wenn der/die Österreicherin beispielsweise einen Monat in einem anderen EWR-Staat gearbeitet hat, obwohl dadurch eindeutig ein Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht wird, sondern es müssen mindestens drei Monate gewesen sein. ME ist diese Regelung nicht verfassungskonform, weil sie von österreichischen StaatsbürgerInnen mehr verlangt als von EWR-BürgerInnen – die keine vergleichbaren zeitlichen Voraussetzungen erfüllen müssen. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Benachteiligung ist nicht ersichtlich. Als einziges Motiv des Gesetzgebers ist erkennbar, dass er es österreichischen StaatsbürgerInnen und deren Angehörigen erschweren wollte, sich auf ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht in Österreich stützen zu können. Diese Absicht kann aber niemals als sachliche Rechtfertigung dienen.

Als eine weitere Verschärfung ist die neue Altersgrenze für den Familiennachzug von EhegattInnen zu erwähnen. Unter Hinweis auf Art 4 Abs 5 der EU-Richtlinie 2003/86/EG⁴¹ (FamilienzusammenführungsRL) – propagiert als verstärkte Schutzmaßnahme für Betroffene von arrangierten (Kinder-) Ehen bzw. Zwangsehen – wurde eine Anhebung der Altersgrenze beim Familiennachzug von EhegattInnen auf 21 vorgenommen.⁴² Tatsächlich ist in Art 4 Abs 5 der Richtlinie 2003/86 EG zwar das Recht eingeräumt, zur Förderung der Integration und zur Vermeidung von Zwangsehen zu verlangen, dass der/die Zusammenführende und seine/ihr EhegattIn ein Mindestalter erreicht haben müssen, das höchstens mit 21 Jahren festgesetzt werden darf, bevor er/sie dem/der Zusammen-

39 Vgl § 54 Abs 5 NAG.

40 Vgl § 57 NAG.

41 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

42 § 2 Abs 1 Z 7 NAG: Der/Die EhegattIn muss das 21. Lebensjahr zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollendet haben.

führenden nachreisen darf. Nach der österreichischen Regelung muss dieses Höchstalter aber bereits bei der Antragstellung gegeben sein, sodass im Zeitpunkt der tatsächlichen Familienzusammenführung eine – mitunter bereits wesentliche – Überschreitung der Altersgrenze erfolgt sein wird.

Eine der wenigen positiven Neuerungen findet sich in § 27 NAG, wonach Familienangehörige nunmehr sofort ein eigenständiges Niederlassungsrecht haben und zumindest rechtlich nicht mehr vom/von der Zusammenführenden abhängig sind, sofern die übrigen Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllt sind. Erfreulich ist auch, dass für subsidiär Schutzberechtigte nun erstmals eine Möglichkeit vorgesehen ist, auf einen Aufenthaltstitel nach dem NAG umzusteigen, wenn auch erst nach fünf Jahren.⁴³

3 Ausblick

Wie die jüngste Debatte rund um eine Anwesenheitspflicht für AsylwerberInnen zeigt, dürfte es im Asyl- und Fremdenrecht in naher Zukunft bereits zu weiteren Änderungen kommen. Der Gesetzgeber gibt sich gerade in diesem Rechtsgebiet äußerst agil und einfallsreich. Er scheint dabei aber an sachgerechten, humanen und rechtsstaatlich einwandfreien Lösungen nicht – mehr – wirklich interessiert zu sein, sondern sich vielmehr an populistischen Zurufen zu orientieren. Anders lassen sich die derart häufigen, in weiten Teilen mit eindeutigen Verschlechterungen für die Betroffenen verbundenen Änderungen, die nicht einmal den damit befassten Behörden einen praktischen Nutzen, sondern nur erheblichen Mehraufwand bringen, kaum noch erklären.

Mag.^a Doris Einwallner ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied; doris.einwallner@chello.at

43 Vgl § 43 Abs 6 NAG.

Armut des Rechts im Recht der Armut

Ein Essay

Nikolaus Dimmel

1. Armut des Rechts im Recht der Armut ?

So metaphorisch die Titelei angelegt sein mag, so konkret ist das Gemeinte im Feld der Wohlfahrtspolitik und Existenzsicherung. Was sich hierbei im Recht der Armut, also dem Recht der wohlfahrtsstaatlichen Existenzsicherung, spiegelt, korrespondiert ‘cum grano salis’ auch mit dem ‘mainstream’ der Rechtsentwicklung. Dieser wird im Weiteren als postfordistische Fragmentierung des Rechts charakterisiert. Opak, brüchig und unverbindlich wird das Leitbild des Stufenbaus einer demokratisch legitimierten Rechtsordnung. Nicht zuletzt die ‘idée directrice’ der Gerechtigkeit als Bogenschluss einer Hierarchie des Rechts löst sich sukzessive in der Säure der Frage der ökonomischen Finanzierbarkeit sowie der Arbeitsmarktzentriertheit staatlicher Inklusionsmaßnahmen auf.

1.1. Sozialrecht und Sozialpolitik

Im Kurzbefund könnte man festhalten, dass sich Sozialrecht und Sozialpolitik im Feld der Existenzsicherung zweifach ausdifferenzieren. Zum einen dergestalt, dass sich das politische Personal darin des Rechts bedient, um situativ, anlassbezogen und teilweise unter Inkaufnahme offen verfassungs- oder rechtswidriger Zwecksetzungen soziale Inklusionsprobleme zu bearbeiten. Dies etwa dann, wenn gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung ohne tatsächlichen Bedarf zivilrechtliche Regulierungen auf Ebene von Landesgesetzen implementiert werden. Ziel dieser Bearbeitung ist dann nicht die Lösung sozialer Probleme, etwa von Ausschließungs- und Stigmatisierungsprozessen, Verarmungsprozessen durch die Ungleichverteilung von sozialem, kulturellem und ökonomischem Kapital oder von Prozessen der Statusreproduktion durch Bildungsungleichheit. Vielmehr handelt sie von der Gewinnung politischer Legitimität. Dabei geht es nicht um die Legitimation der Politik vor den Betroffenen. Im Gegenteil geht es um die Legitimation vor dem Publikum der lohnabhängigen SteuerzahlerInnen (oder jener, die sich dafür halten) sowie der vierten Gewalt des Boulevard. Die (Sozial)Politik des (Sozial)Rechts verlässt hierbei den Habitus und das Gehäuse sozialtechnologischer Regierungen. Es ersetzt den rechtspolitischen Diskurs durch eine symbolisch-affirmative oder denunziatorische Politik. Darin werden den Armen gleichsam naturwüchsig „schwache Öffentlichkeiten“ (*Nancy Fraser*) zugewiesen. In diesen wiederum können

die VertreterInnen der subordinierten Interessen der ModernisierungsverliererInnen und marktfernen Personen kaum Diskursmacht entfalten.

Zum anderen wird das Sozialrecht sukzessive vom Sujet der Arbeitsmarktpolitik überlagert. Es verwandelt sich in einen funktionalen Bestandteil einschlägiger Aktivierungs-, Mobilisierungs- und Sanktionsmaßnahmen. Dem Rechtsgebrauch wird zugleich ein Nutzenkalkül imputiert. Darin wird die Rechtsanwendung von der Anreizwirkung des Rechts abhängig gemacht. Es ist also nicht mehr eine 'rule of law' oder ein 'ordre public', von dem sich der Rechtsanwender des Lohnabstandsgebotes leiten lässt. Vielmehr ist die Frage handlungsanleitend, ob die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes mit einem entsprechenden Anreiz verbunden werden kann, einen untertariflich entlohten 'Job' anzunehmen bzw sich vom Anspruch zu verabschieden, so viel wie bisher mit dem Verkauf der eigenen Lohnarbeitskraft zu verdienen. Die jüngste Innovation im Sozialrecht, die Bedarfsorientierte Mindestsicherung, sieht hierzu formschön ein „Clearing“-Verfahren vor. Dessen Ergebnis soll sein, ob und wie eine Person als beschäftigungsfähig, -willig, „compliant“ und als Rechtsnormadressat einer bestimmten Leistung überhaupt in Frage kommt. Dieses Gesetz sagt dem/r BürgerIn schlicht nichts darüber, ob und wie er/sie einen Anspruch auf staatliches Handeln geltend machen kann.

Gegengleich fragmentiert sich der Regulierungskörper des vor allem bedarfsgeprüfte Leistungen regulierenden Sozialrechts jenseits des hohlen Geredes der *Luhmann-Lyotard*-Bande über die Vielheit selbstreferentieller und/oder autopoietischer Systeme. Da entstehen in den einzelnen Subsystemen (Behindertenhilfe, Jugendwohlfahrt, Sozialhilfe, Notstandshilfe, Kinderbetreuungsrecht) eben nicht selbststeuernde, sondern insuffizient fremdsteuernde Regulierungsmaterien. Dies geschieht unter Zuhilfenahme von unterschiedlichen, nicht pass-fähigen Zugriffsweisen und Funktionslogiken. Diese laufen zwar im Haushalt der in ihrer Existenzsicherung bedrohten Personen/Familien zusammen. Sie tun dies aber ungeplant, unreflektiert, widersprüchlich und ohne systematische, will sagen: statistische Beobachtung. Im Rechtsvollzug löst sich also das formschöne Postulat des *Habermas*'schen demokratischen Rechtspositivismus – worin soziale Rechte Handlungsfreiheit, deliberatives Argumentieren und Prosozialität gewährleisten sollen – auf. Es verwandelt sich in eine neofeudale Verfügung über individuelle Biographien, Erwerbskarrieren und Lebenschancenzuteilungen durch Sozialrechtsanwendung. Während *Jürgen Habermas* über das konstitutive Moment der Trennung von ethisch-moralischen Regulierungsmomenten und rechtlicher Administration räsoniert hat, läuft der Code postfordistischer Armutspolitik auf eine Remoralisierung im Rechtsgebrauch hinaus. Das rüttelt nicht nur an der etablierten Trennung von Rechtssetzungs- und Rechtsgeltungszusammenhang. Es verzerrt auch die Linie zwischen unparteilicher Rechtsanwendung und moralisierender Sachverhalts- und Normenbeurteilung.

Die empirische Beobachtung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung stützt die von *Ingeborg Maus* formulierte Annahme, dass der soziologische Positivismus seit *Carl Schmitt* die Kapitalverwertungsbedingungen sowie die Praktiken der Gouvernementalität zum

Proberstein juristischer Rationalität erhebt. Sozialrecht ist daher im neoliberalen Kern, was dem Arbeitsmarkt unter den Bedingungen globalisierter Standortkonkurrenz dient. Das Normalisierungsprinzip der Behindertenhilfe, der Family-Worklife-Diskurs, die Bemächtigungsdiskurse sozialer Arbeit im Kontext der Sozialhilfe, 'Case-Management' und Fallkonferenzen im Rahmen der Jugendwohlfahrt – sie alle laufen substantiell auf die Frage der Arbeitsmarktteilnahme hinaus. Im Ergebnis ist die Idee des Rechts als Widerlager gegen die Anarchie des Marktes, wie sie bei *Eduard Heimann* vorfindlich war, ersetzt worden durch die Idee des Rechts als Instrument der Durchsetzung von Arbeitsmarktlogiken, wie *Alain Supiot* kürzlich ausgeführt hat.

Habermas' Idee der Zweigleisigkeit von institutionalisierten gesetzgebenden Körpern und informeller Öffentlichkeit, worin dem politischen Repräsentationskörper die Rolle zufällt, das 'bonum commune' jenseits des Stammtisches zu begründen und durchzusetzen, wirkt nicht mehr nur leicht angestaubt. Nunmehr regiert im Repräsentationskörper der ideologische Fundus des Stammtisches, dessen gesetzgeberische Letztbegründungen auf Saunagespräche oder die ideologischen Blähungen von Rating-Agenturen zurückzuführen sind. Zugleich hat sich die Zivilgesellschaft in den Boulevard abgemeldet. Die Verwaltung wiederum verwandelt sich in einen 'hidden legislator', der im selbsterteilten Auftrag jene Menge an komplexer Gesetzesmaterie schreibt, welche das Interesse der Verwaltung an sich selbst hegemonial stellt und damit die Unmöglichkeit der Verwaltungsreform zementiert.

1.2. Sozialreform

Noch in den fordistischen 1970er Jahren war der Begriff der Sozialreform deutlich positiv konnotiert. Mit dem Durchschlagen der neoliberalen Wende in der Sozialpolitik nahm der Begriff „Reform“ ambivalente, wenn nicht bedrohliche Dimensionen an. Im Vordergrund stehen seither nicht nur Einsparungsmaßnahmen im Bereich der Pensions- und Krankenversicherung. Reform meint wiederkehrend, Maßnahmen der (repressiven) Aktivierung von Arbeitslosen und arbeitsmarktfernen Personen an der Schnittstelle von Sozial- und Notstandshilfe nachzuschärfen. Im Einzelnen führt dies nicht nur zur mediokren Praxis einer gesetzgeberischen Reformreparaturreform. Es schlägt sich auch in fragmentierten und widersprüchlichen Regelungen an den föderalen Schnittstellen, ebenso wie in der schlichten Unlesbarkeit ganzer Rechtsbereiche wie etwa dem Fremdenrecht nieder. Das Sozialrecht wird einerseits als Standortkostenfaktor verstanden, andererseits als Kostenkomponente einer 'public choice' zwischen Recht und Nicht-Recht, wo man jenen Rechtsdurchsetzungs-'Zores' vermeiden möchte, der gemeinhin mit der Einräumung von Rechtsansprüchen und Einrichtungsgarantien verbunden ist. Unausweichlich hat diese Entwicklung erhebliche Auswirkungen auf das, was man sich unter 'Sozialreform' überhaupt noch vorstellen kann.

Reform wird politischer Selbstzweck und kann dies nur in Form des Gesetzes als formalem Legitimationsausweis. Die permanente, instrumentelle Nutzung von Recht mündet freilich

nicht nur in einer Überkomplexität von Recht, sondern auch in einer veritablen Anwendungskrise rechtsstaatlicher Prinzipien. Dies reicht von der Ortstafelfrage über die offene Ignoranz wiederholter Judikaturen des VwGH bis hin zur Wiedereinführung gesetzlicher Bestimmungen, welche der VfGH bereits vor Jahren als verfassungswidrig aufgehoben hat, nunmehr gleichwohl unter geänderter Bezeichnung. Auch in der Sozialreform zeigen sich Auflösungserscheinungen dessen, was man einst als „Einheit der Rechtsordnung“ und „ordre public“ bezeichnet hat. Im Kontext der Sozialrechtspolitik haben sich teilweise Auswucherungen kontroll- bzw rechtsfreier staatlicher Interventionsformen herausgebildet, die von der Familienpolitik über das Asylrecht bis hin zu arbeitsmarktpolitischen Experimentierklauseln (Beschäftigung von AsylwerberInnen) reichen.

Dem korrespondiert eine kaum kaschierte Ahnungslosigkeit des Gesetzgebers hinsichtlich der Anwendungsfolgen seiner Legistik. Nicht nur im wohlfahrtsrechtlichen Bereich sticht ins Auge, dass der Gesetzgeber Regelungen als Anlassgesetzgebung (vielfach aufgrund von Einzelfällen) verabschiedet. So wird dann auch die Effektivität des Rechts „gemessen“. Gleichgerichtet feiern die Bundesländer etwa im Bereich der Familienpolitik Programme hymnisch ab, die von weniger als einem Dutzend Familien in Anspruch genommen wurden, was einer ‘take up’-Rate von weniger als einem Promille entspricht. Rechtspolitik wird (im besten systemtheoretischen Sinne) zu ihrer eigenen Messlatte. Als ‘Wirklichkeit’ gilt, was ein hausbackener ideologischer ‘Framework’ vorgibt. Nonkonforme ExpertInnen verkörpern bloß noch externe Irritationen, sofern sie nicht im bürokratischen Extinktionsreflex in ihrer bürgerlichen Existenz beseitigt werden. Einschlägige Reformen werden zum Auslöser ihrer selbst, wenn und so weit die unbeabsichtigten Handlungsfolgen vorgegangener Reformschritte das ursprüngliche Regelungsziel konterkarieren.

1.3. Armut und Armenrecht

Im Armenrecht als Teil des Sozialrechts erhalten die beschriebenen ‘features’ besondere Dynamik. Wenn es denn ein Destillat der Wohlfahrtsrechtsentwicklung der letzten 20 Jahre in Österreich gibt, dann wohl jenes, dass sich die Politik der Armutsbekämpfung in eine Politik der repressiven Verwaltung oder gar Bekämpfung der Armen als inaktiv und passiv verwandelt hat. Essentielle Fragen der 1970er Jahre, etwa ob ein subjektiver Rechtsanspruch auf soziale Dienstleistungen eingeräumt werden soll, wurden unter Hinweis auf die fehlende nachhaltige Finanzierbarkeit stillgelegt. Andere Fragen der 1980er Jahre, etwa warum im Kontext der Jugendwohlfahrt das AVG nicht anwendbar und damit einer der massivsten staatlichen Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit persönlicher Beziehungen noch immer dem ordentlichen Verwaltungsrechtszug entzogen ist, hat der Gesetzgeber geflissentlich vergessen. Fragen der 1990er Jahre schließlich, warum es in den Bundesländern, die ja für die Kernelemente des Armenrechts zuständig sind, keine homogenisierte Landesozialrechtmaterie, etwa ein „Landessozialrechtsgesetz“ gibt, welches Zuständigkeitslücken schließt und allgemeine Verfahrensbestimmungen für den Sozialbereich etabliert, wurden ‘schubladiert’. Diametral zu *Marshalls* Idee der Herausbildung wohlfahrtsstaatli-

cher Sicherungsrechte wurde im Armenrecht die regulative Idee subjektiv durchsetzbarer Rechtsansprüche durch Konzepte privatwirtschaftlicher Kannleistungen verdrängt. Dies soll einerseits den Handlungs- und Gestaltungsspielraum der Wohlfahrtsverwaltungen steigern. Andererseits sollen budgetäre und rechtssystemische Selbstbindungen der öffentlichen Hand verhindert werden. Soziale Sicherungsversprechen werden damit symbolisch und kontingent, jederzeit rücknehmbar und wandelbar.

Zugleich resultiert die Anwendungswirklichkeit des prozeduralisierten Rechts mit seinen unbestimmten Rechtsbegriffen und handlungsleitendem Verwaltungsermessen aus Verhandlungsprozessen zwischen Sozialbürokratie und Klientel in sozialer Schieflage. Hierin reproduzieren sich soziale Ungleichheitsstrukturen. Mit dem Ergebnis, dass, während im Steuerrecht gilt, dass dem, der hat, auch noch gegeben wird, hier jenem, der nicht hat und sich auch nicht adäquat in der formal-abstrakten Sprache des Rechts ausdrücken kann, auch noch genommen wird. Dieser Grundsachverhalt wurde im letzten Jahrzehnt in mehreren Bundesländern bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung verdoppelt, nämlich durch die Ersetzung der Objektförderung durch die Subjektförderung. Dabei wurden doppelt freie Märkte etabliert, soziale Dienstleistungen in Produkte verwandelt, die man sich leisten können muss. Auf diesen Märkten dürfen sich die freien Träger ihre 'Laufkundschaft' suchen, während Bedürftige ihre 'Leistungsvoucher' bei beliebigen TrägerInnen der freien Wohlfahrt einlösen sollen. Im Ergebnis darf in einer wachsenden Anzahl von Fallkonstellationen die bedürftige Person mit der öffentlichen Hand im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, aber auch mit LeistungsträgerInnen, die im Auftrag und auf Rechnung der öffentlichen Hand Leistungen erbringen, privatautonom Verträge darüber schließen, ob er/sie nun wohnt, gepflegt wird, seinen/ihren Lebensunterhalt bestreitet oder eben nicht.

So verwandelt sich im Armenrecht der leistende und gestaltende Wohlfahrtsstaat auf ungleichzeitige, zielgruppenbezogen ungleichartige und diskontinuierliche Weise in einen Gewährleistungsstaat. Dieser reguliert zum einen nur noch Märkte auf prozedurale Weise. Zum anderen verwandelt er marktunangepasste Individuen in marktfähige, nämlich durch die intensivierete Ingebrauchnahme von sozialdisziplinierenden Instrumenten sozialer Kontrolle. Teil dieser staatlichen Erziehungsleistung ist die Durchsetzung der „compliance“ eines 'homo oeconomicus'. Staatliche KlientInnen, als NachfragerInnen von Geld- und Dienstleistungen nunmehr „Kunden“ geheißen, müssen Mitwirkungsbereitschaft („compliance“) zeigen. Nichts anderes ist gemeint, wenn die Beschäftigungspolitik nach Lissabon von „Beschäftigungsfähigkeit“ ('employability') spricht. Das Recht der Armut hat sich solcherart in ein Recht zur prozeduralisierten Erziehung der Armen, ganz im Sinne der *Foucault'schen* Regierung auf Distanz, verwandelt. Diese Erziehung läuft auf die ebenso markt-angepasste wie kontrafaktisch enttäuschungsresistente Selbstregierung der Armen hinaus. Regulierungsziel des Rechts als Pleuelstange der Biomacht ist deren selbsttätige, intrinsisch befestigte Unterwerfung unter die biologisierten Handlungsmaximen der Mikroökonomie.

1.4. Soziale Rechte im Rückblick

Im internationalen Vergleich verkörpert Österreich einen Anwendungsfall des konservativ-korporatistischen Wohlfahrtsstaates. Dieser ist durch einen geringen Anteil an bedarfsgeprüften armutsvermeidenden Leistungen (Sozialhilfe, Notstandshilfe), einen wachsenden Anteil universeller Leistungen (Kinderbetreuungsgeld, Familienbeihilfe) sowie einen Löwenanteil der Sozialversicherungsleistungen charakterisiert. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Rechtsentwicklung im Armenrecht, nämlich das reaktive ‘muddling through’ und anlassbezogene ‘piecemeal engineering’ bei den bedarfsgeprüften Leistungen, welches sich als sukzessives ‘roll back’ des jeweiligen Leistungs- und Sicherungsniveaus verstehen lässt, gesonderte Bedeutung.

Dabei darf man den *Karl Valentin*-schen Satz „Früher war die Zukunft auch schon einmal besser“ durchaus wörtlich nehmen. Im Rückblick entfaltet sich die Geschichte des Sozialrechts als dem modernen Recht der Existenzsicherung aus dem Recht der Armut und damit aus dem Polizeirecht des aufgeklärten Absolutismus. Die Polizierung der Armut als ‘hidden curriculum’ des Armenrechts zieht einen roten Faden vom Heimatrechtsgesetz der konstitutionellen Monarchie 1863 über die rechtlich in der Gemeindefürsorgeverwaltung verankerte kommunale Privatwirtschaftsverwaltung der ersten Republik, den Modernisierungsschub der durch den Anschluss imputierten Reichsfürsorgeordnung hin zu den Stammfassungen der Sozialhilfegesetze Mitte der 1970er Jahre. Zweifellos lassen sich dabei die Formalisierung von Existenzsicherungsansprüchen durch die Festlegung von Richtsätzen, Haushaltskonstellationen oder rubrizierte Pflichten (Einsatz der eigenen Mittel, Einsatz der eigenen Arbeitskraft), insbesondere aber die Einräumung von bedingten Rechtsansprüchen und damit die Eröffnung des Rechtszugs bis hin zum VwGH als fordristische Modernisierungsschritte erkennen. Verbürgte Ansprüche auf Existenzsicherung korrespondieren hierbei öffentlichen Leistungs- und Vorhalteverpflichtungen. Mit *Habermas* markiert diese Linie mehrere Übergänge vom bürgerlichen Rechtsstaat hin zu einem Wohlfahrtsstaat, der zwischen dem Beginn der 1970er und dem Beginn der 1980er Jahre einen epochalen Verrechtlichungsschub erfuhr.

Seither lässt sich eine Rechtsentwicklung rekonstruieren, die einerseits durch eine enorme Dichte und ein enormes Tempo reformistischer Verrechtlichung bei hoher Pfadabhängigkeit geprägt ist. Andererseits sind die ursprünglichen Zielsetzungen einer proaktiven, auf „empowerment“-Leistungen ausgerichteten Codierung des Wohlfahrtsrechts verloren gegangen. De facto haben sich seit Beginn der 1980er Jahre die Zugangsbedingungen zu existenzsichernden Leistungen für ausgewählte Zielgruppen sukzessive verschärft. Darüber hinaus hat sich der Rechtskörper des ‘Rechts der Armut’ föderal weiter fragmentiert. Er wurde zudem vielfältig auf inkonsistente Weise mit zivil- und wirtschaftsrechtlichen Materien verbunden. So sahen mehrere Sozialhilfegesetze (wie auch das Notstandshilferecht) längst vor dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsrechts 2010 vor, dass zwischen LebensgefährtInnen Unterhaltspflichten entgegen der

familienrechtlichen Regelungen des EheG etabliert werden. Ferner wurden Ansprüche der öffentlichen Hand gegenüber dem Schenkungsnehmer etabliert, die weit über die Leistungsansprüche nach dem ABGB hinausgehen. Auch im Verhältnis zu den freien Wohlfahrtsträgern als Erbringern von sozialen Dienstleistungen behalten sich die Länder, abgesichert durch ihre Monopson-Position (ein Nachfrager, viele konkurrierende Anbieter) vor, auf Grundlage landessozialrechtlicher Bestimmungen, ohne dafür irgend verfassungsrechtlich zuständig zu sein, in die betriebswirtschaftliche Gestion dieser Träger, die entweder als gemeinnützige Vereine oder GmbH in Erscheinung treten, unmittelbar und direkt einzugreifen.

2. Reform und Recht in neoliberalen Zeiten

Selbstredend ist die politische Ingebrauchnahme von Recht zu Reformzwecken ambivalent und entwicklungs offen. Die sozialreformistischen Adaptionen der 1970er und 1980er Jahre haben zwar auch im Existenzsicherungsrecht eine spezifische Pfadabhängigkeit begründet, was Rechtsinstitutionen und dogmatische Begründungsfiguren anbelangt. Zugleich aber hat die Welle des „Reformterrors“, der 2000-2006 über das Sozialrecht hereingebrochen ist, gezeigt, dass Reformen ebenso wieder rückgängig gemacht oder unter invers gesetzten Vorzeichen fortgeschrieben werden können. Freilich ist anzumerken, dass die Reformwelle 2000-2006 wohl nicht nur armutspolitisch negative Auswirkungen hatte. Gerade auch der Rückblick in die Sozial- und Konfliktgeschichte Ende der 1970er und Eingangs der 1980er Jahre zeigt, dass Sozialrechtsnormen wie ‘Pflöcke’ in die Rechtsordnung eingeschlagen werden. Sie verkörpern nicht nur Pfadentscheidungen, sondern einen partikularen Friedensvertrag im hegemonialen Stellungskrieg zwischen Konfliktparteien. Darin werden nicht nur Konsensbildungsprozesse über die Befestigungsanlagen und Schützengräben der bürgerlichen Gesellschaft moderiert (*Antonio Gramsci*). Auch Reichweite und Tiefe sozialer Integration und Inklusion werden damit festgeschrieben. Die ‘Güte’ des Sozialrechts aus der partikularen Sicht der von Armut Betroffenen hängt demnach immer auch von der ‘idée directrice’ einer nicht nur ökonomisch, sondern auch sozial- und gesellschaftspolitisch orientierten Gesetzgebung ab. Notwendigerweise wird diese ein Primat des Politischen (und damit auch des leistenden und gestaltenden Staates) gegenüber der Betriebswirtschaftslehre zu behaupten haben.

Das neoliberal vermarktlichte Recht spiegelt demgegenüber die Verschiebung der gesellschaftlichen Konfliktlinien. Es regelt nun nicht mehr über den politischen Prozess das anarchische Begehren der Ökonomie, sondern ist vielmehr als Legitimationsakt und Standortkostenkalkül dem politischen und ökonomischen Prozess unterworfen. Turbulente Prozesse permanenter Reform-Reformen verwandeln die Rechts-„Ordnung“ in ein diskretionäres Rechts-„Instrumentarium“. Darin wird die Idee einer generell-abstrakten Regelung durch ebenso experimentelle wie symbolische, volatile wie zeitlich befristete Praktiken der Gesetzgebung ersetzt. An die Stelle der normativen Taxonomie

treten unbestimmte, ergebnisoffene Rechts- und Ermessensbegriffe, welche den regulatorischen Zugriff von der Ebene der Legislative auf jene der Exekutive und Judikative verlagern.

2.1. Zur Subordination des Rechts unter Ökonomie und Politik

Noch in den 1970er Jahren, in der Ära der 'großen Reformen', der nachzuweinen heute 'en vogue' scheint, wurden Recht und Gesellschaft zumindest auf Seiten der Linken als dialektisches Verhältnis verstanden. Darin sollte einerseits das Recht der Gesellschaft in Form eines „Nachziehprozesses“ angepasst werden, andererseits das Recht als Motor gesellschaftlicher Modernisierung fungieren. Ihrerseits koppelte sich die herrschende Politik zurück an einen diskursiven, gesellschaftlichen Konsens. Deshalb war diese Reformpolitik, wie an der Zerrüttungsscheidung oder der Fristenlösung sichtbar gemacht werden kann, eng am „Wertehaushalt“ von Parteien, Kirchen oder parteigebundenen Vorfeldorganisationen orientiert. Freilich lassen sich die Verabschiedung von Arbeitsverfassungsrecht, Mitbestimmung, Schul-, Universitäts-, Familien- oder Strafrechtsreform, Konsumentenschutzrecht und Mietrecht, nicht ohne das ökonomische Umfeld der 1970er, die keynesianische Stabilitäts- und Nachfragepolitik, einen säkularisierenden Wertewandel und die politisch-ideologischen Grundkonsense der Systemkonkurrenz verstehen. Fordistische Gouvernamentalität, Konzeptualisierungen von Fortschrittsideen und rechtspolitische Interventionen blieben eng verknüpft. Diese Reformen waren insofern auch systemimmanent, als sie zwar fundamentale „Brüche im Übergang vom bürgerlichen Recht zum sozialen Recht“ (*Christian Broda*) verkörperten, gleichwohl aber vielfach an die Ligaturen und das Erbe der liberalen Epoche 1848-1867 anknüpften. Im Ergebnis kann diese Phase als Dominanz des Anspruchs politischer Regulierung über marktliche Verwertungsinteressen gelesen werden.

Erst mit dem verspäteten Einbruch der neoliberalen Wende in das österreichische Modell, dem Zusammenbruch des keynesianischen Modelles des 'deficit spending', steigender (relativ hoher) Arbeitslosigkeit, aufeinander folgenden Wellen der Privatisierung und Entstaatlichung, der sukzessiven Vermarktlichung und Entwicklung der Grundlagen eines finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregimes geriet diese Reformära in den 1980er Jahren an ihr Ende. Der folgende Postfordismus basiert(e) auch in der Rechtspolitik auf einer Diskreditierung des Sozialen und Kollektiven ebenso wie auf einem empirieresi-stenten Antietatismus.

Heute kommt der bürgerliche Zeitgeist der Rechtsreform überwiegend in Form von un-konditionalen Imperativen aus dem ideologischen Repertoire eines Greißlers daher („Der Staat ist wie ein Unternehmen zu führen“, „ein guter Tag beginnt mit einem sanierten Budget“, „mehr privat, weniger Staat“ und – wir erinnern uns – „speed kills“). Je instrumenteller dabei das Recht zu Zwecken des neokonservativ-neoliberalen Bewegungskrieges genutzt wird, je ausgeprägter die Hypertrophie des Verrechtlichungsprozesses, desto por-röser klingen die Postulate demokratisch-rechtsstaatlicher Legitimität. Dabei mag man in

der Kontinuität der rechtspolitischen Ingebrauchnahme von Recht zu symbolischen Zwecken, zu Maßnahmen der Anlassgesetzgebung oder der fortwährenden Einfügung von Systembrüchen, nur schwerlich Unterbrechungen zwischen 1996 und 2009 erkennen. Allenfalls hat sich der Stil 2000-2006 geändert; wesentliche Inhalte wie jene der Universitäts- oder Unternehmensrechtsreform gingen (und gehen) aber auf großkoalitionäre Konsense zurück, wobei gerade rechtspolitische Gestaltungsvorstellungen der VertreterInnen jener Partei, die sich je nach Zeitgeist mal sozialistisch, mal sozialdemokratisch nennt, durchweg antietatistischen, 'strictu sensu' neoliberalen Geist atme(te)n. Die Normenbestände etwa des Vergabe-, Universitäts-, Asyl-, Sozialhilfe-, Miet-, Schul- oder Kindertagesbetreuungsrechts machen dies in 'Cinemascope' deutlich.

Es ist freilich auch die politische Verfasstheit des föderalen Systems, welches mit seinen 9-fach fragmentierten Regelungshybriden den Anspruch auf die funktionale Geschlossenheit bzw Einheitlichkeit des Rechtssystems konterkariert. Überspitzt formuliert wird hier dem Recht die Funktion zugewiesen, den föderalen Besonderungsanspruch der politischen Systeme in den Bundesländern, die (selbstredend) in erster Linie an sich selbst und ihrem Fortbestand interessiert sind, zu legitimieren.

2.2. Rationalitäten des Rechts

Die von *Max Weber* ausgelöste Debatte über den – durch den sich ausdifferenzierenden gesetzgeberischen Eingriff bedingten – Übergang von formaler zu materialer Rationalität und die damit verbundenen Herausforderungen der politischen Ingebrauchnahme von Recht hat sich in der Rechtstheorie der 1980er und 1990er Jahre in der Konfiguration des Typs eines prozeduralen Rechts niedergeschlagen. Damit war ein Übergang zu responsiven, reflexiven und korporatischen Arrangements nachempfundenen Verhandlungsformationen gemeint. Gestützt wurde dies durch die langjährige Hegemonie systemtheoretisch motivierter Interpretationen, deren Grundidee in einer subjektlosen operativen Schließung des Rechts, also seiner performativen Unverfügbarkeit verankert blieb. *Luhmann's* Vorstellung einer kognitiven Offenheit des Rechts konnte sich im Delirium systemtheoretischer Weltzustandserklärungen allerdings nicht nachhaltig durchsetzen. Vielmehr scheint heute evident, dass das Recht als Ressource genutzt wird, um eben situativ modulierbare politische Inhalte zu implementieren, die einerseits Verteilungsentscheidungen exekutieren, andererseits auf volatilen, moralisierenden Verhaltenszumutungen basieren.

Die verrechtlichten Anforderungen an die Gouvernementalität und Lebensführung des postfordistischen Subjektes, welches sich als repressiv individualisierte/r ArbeitskraftunternehmerIn in flexiblen Beschäftigungsverhältnissen zu bewähren hat, geben eine Vorstellung möglicher Zukünfte des Rechts. Anstelle eines Berufes hat das ICH-AG-Subjekt vier deregulierte Jobs in inkompatiblen Welten des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit, läuft Haftungsrisiken auf Dutzenden von Märkten mit unverständlichen AGB's – solche gibt es für: Arbeit und Informalität, Körper und Ästhetik, Liebe und Erziehung, Geld und Heirat, Suchtmittel, elektronischen Zahlungs- und Individualverkehr etc. Von Prekarisie-

rung bedroht darf jede/r sozial absteigen, wobei das Recht als Gleitfett dieser Abwärtsmobilität fungiert. Im Überschuldungsfall, ganz unten angelangt, organisieren Banken und Ziviljustiz dann einen modernen Schuldenturm, in dem auch schon die nächste Generation aufwächst. Industrieunternehmen hingegen steigen aus dem Recht ganz einfach aus (durch Schlichtungsverfahren, Regime-Shopping, selbstbestimmte Steuersätze mit eingeflochtener Konkursdrohung, Lobbying). Bei politischen Eliten wird einfach auf (Straf)Verfahren „vergessen“. Bei rechtsextremen Landeshauptleuten schützt Rechtsunkenntnis vor Strafe. Demgegenüber gilt das Gesetz, insbesondere in seinen Funktionsbereichen der Polizierung und sozialen Kontrolle, Steuerabschöpfung, Straßenverkehrsordnung oder des Lohnarbeitszwanges, eigentlich nur noch für ModernisierungsverliererInnen. Auch darin wird ersichtlich, dass der Prozess der Verrechtlichung und Vergesetzlichung unter Bedingungen neoliberaler Refeudalisierung im Grunde genommen als Prozess einer sozial riskanten Ent- und Verrechtlichung gelesen werden muss. Die ‘Armut des Rechts’ besteht also auch in einer zunehmenden Partikularität seiner Anwendung, in formalen und tatsächlichen Exemtionen, in einer Entbindung des Rechts von sozial-integrativen Gestaltungsvorstellungen.

2.3. Juristisches Begründen im Notstand

Dies unterstreicht die subordinierte Position des Sozialrechts, dessen Begründungsleistung unter den Bedingungen seiner politisierten Ingebrauchnahme aus der Sphäre der „Policies“ und „Politics“ in die Sphäre der „Polity“ vorgedrungen ist. Juristisches Argumentieren setzt unter den Bedingungen der Verfügbarkeit von Recht als Implementationsressource dann ein, wenn die politische Typenwahl-Entscheidung gefallen ist. Rollenerwartung der Politik gegenüber der Jurisprudenz ist es daher, die „Feasibility“, also die normative Machbarkeit politischer Taktik sicherzustellen. Je nach Typ sieht das anders aus, restriktiv im Sinne einer Einschränkung bisheriger Rechte, regulativ im Sinne einer technischen Adaption ohne Veränderung der rechtlichen Eingriffstiefe oder extensiv im Sinne der Ausdehnung bisheriger Rechte. Insofern selektieren die politischen Eliten nicht nur Themen (etwa durch die Schubladierung oder boulevardeske Denunziation ungewollter Berichts- und Studienergebnisse) und Partizipationschancen (etwa durch die Ausladung zivilgesellschaftlicher AkteurInnen aus dem gesetzgeberischen Begutachtungsverfahren), sondern auch Handlungsspielräume juristischen Argumentierens. Solcherart wird die Politik nicht nur erkenntnisresistent, sondern auch immun gegenüber normativen Einwänden. Bekanntlich musste der VfGH im vergangenen Jahrzehnt vielfach derartigen taktischen Konsensus wieder beseitigen, man entsinne sich der Judikatur zu Zeiten von „schwarz-blau“ (Auslagerung der Zivildienstorganisation an die Caritas; Mitversicherung Familienangehöriger; alleine 2003 wurden 43 von 62 geprüften Gesetzesbestimmungen aufgehoben). Bezeichnenderweise hat dies eine Tradition der Judikalisierung der Politik etabliert, die den VfGH deutlicher denn je als politisierten ‘Nebengesetzgeber’ in Erscheinung treten lässt.

Es ist eben diese in der Dialektik des Entstehungs- und Geltungszusammenhangs des

Rechts angelegte strukturelle Schwäche der bürgerlichen Rechtsordnung, zwar gegen die feudale Willkür, aber nicht gegen den neoliberalen Furor der Marktreligion durchsetzungsfähig zu sein. Das gilt auch für die formale Rationalität kodifikatorischen Denkens und das damit verbundene Sentiment eines der Aufklärung verpflichteten Menschenbildes, welches Citoyen und Bourgeois ins gleiche Regalbrett stellt. Das hat unerquickliche Folgen, wenn, wie es *Joachim Hirsch* formuliert hat, die liberale Demokratie an ihr Ende gelangt ist. Denn das hiesige politische Personal der Post-Demokratie (*Colin Crouch*), das weder bürgerliche Öffentlichkeit noch rechtsstaatliche Formenbindung benötigt, um Pfründe zu verteilen, hat in einem ebenso populistischen wie geist- und konzeptlosen Grundkonsens permanenter Reform die Vorstellung einer Verbürgung sozialer Rechte niedergehobelt. Das wird etwa dort sichtbar, wo familienpolitische Eliten danach fragen, wozu man eigentlich eine Kinderrechtskonvention in Verfassungsrang heben sollte, oder Sozialpolitiker fragen, was durch einen Rechtsanspruch auf soziale Dienste gewonnen sei. In dieser post-normativen, neoliberal-neokonservativen Regulationsweise, der es nicht nur um ein 'roll-back' sozialer Rechtspositionen, sondern, um *Bernd Guggenberger* zu paraphrasieren, um die Herstellung von Rechtsdesign ohne Rechtswirkung geht, soll das Sozialrecht prioritär seine situative Verfügbarkeit sicherstellen. An dieser Stelle verbinden sich das rassistische Sentiment gedanklich ortloser ModernisierungsverliererInnen, die schier talibaneske Realitätsverweigerung des christlich-sozialen Lagers gegenüber dem sozialen Wandel sowie eine ideologisch als „catch all party“ verwarhlte Sozialdemokratie zu einer wahrhaft schmerzlichen 'ménage à trois'. Dementsprechend lesen sich Befunde über Rechtsethos, Rechtsgläubigkeit, Rechtsbefolgungsbereitschaft, Rechtsbewusstsein, die Effektivität, Steuerungswirkung und praktische Bindungswirkung des Rechts wie eine aktuelle Prognose zum Klimawandel.

3. BMS – Workfare auf österreichisch

Auch die soeben als Meilenstein gefeierte bedarfsorientierte Mindestsicherung (BMS) ist ein Schau(bei)spiel für eine sozialpolitische Reform, in der armutspolitische Anliegen unter die Räder neoliberaler Beschäftigungsfähigkeit und Arbeitsmarktzentriertheit geraten sind.

Im Kern fokussiert das BMS-System auf einer ansatzweisen Vereinheitlichung der Sozialhilfe zur Sicherung des Lebensunterhaltes sowie einer Einbeziehung aller Nichtversicherten in die gesetzliche Krankenversicherung bei gleichzeitiger Komplexitätssteigerung des gesamten Hilfesystems. Konditional wird die Mindestsicherung vom Einsatz der eigenen Arbeitskraft abhängig gemacht, wobei die Zumutbarkeitsbestimmungen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes angewendet und damit im Ergebnis verschärft werden. Als Sanktion im Falle der Arbeitsunwilligkeit ist der Totalentfall der Leistung vorgesehen, was ebenfalls im Vergleich zur bisherigen Sozialhilfe eine Verschärfung darstellt. Zwar soll der Regress vom Empfänger der Leistung entfallen, doch verfehlt die geschaffene

BMS-Regelung sowohl den Anspruch, die bisherige Sozialhilfe durch die BMS zu ersetzen, als auch den Anspruch, armutsfest zu sein. Dies betrifft nicht nur die im Modell unzureichend erfassten Wohnkosten sowie die existenzsichernden Leistungen für mitunterstützte Personen, sondern auch die Zuständigkeitsverteilungen bzw das funktionale Clearing (KlientInnenzuweisung) zwischen Sozialämtern und den regionalen Geschäftsstellen des AMS. Das Leistungsniveau der BMS liegt bei 12 x 747 Euro/Monat, woraus sich eine Deckungslücke zur Armutsschwelle in Höhe von 2.448 Euro/Jahr ergibt. Die BMS hebt Betroffene also deutlich nicht bis auf die Armutsschwelle.

Im Ergebnis gibt es anstatt eines einheitlichen Leistungsniveaus neun unterschiedliche, die sich aus dem BMS-Niveau plus den landesbezogen unterschiedlichen Sozialhilfe-Leistungshöhen, Zugängen zu Einzelleistungen und Wohnkosten zusammensetzen. Nach wie vor müssen in der Sozialhilfe „Zusatzbedarfe“ beantragt werden, wobei nicht nur die niedrige Wohnkostenpauschale der BMS zusätzliche Sozialhilfe-Leistungen, Miet- oder Wohnbeihilfen der Länder erfordert. Im Grunde genommen existieren nunmehr statt zwei Systemen, nämlich Sozialhilfe und Arbeitslosenversicherungsgesetz, drei, nämlich das BMS-Modul in der SH, der (adaptierte) Rest der Sozialhilfe sowie das reformierte Arbeitslosenversicherungs-System.

DDr. Nikolaus Dimmel ist ao. Univ.-Prof. am Fachbereich für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften der Juridischen Fakultät der Universität Salzburg; nikolaus.dimmel@sbg.ac.at

Gegen und im globalen Konstitutionalismus

Emanzipatorische Politiken im globalen Kapitalismus

Ulrich Brand

Eine politikwissenschaftliche Reflexion zu „Bewegungen im Recht“ muss sich zunächst mit einigen wissenschaftlichen wie politischen Entwicklungen der letzten Jahre auseinandersetzen. In der wissenschaftlichen Diskussion gibt es inzwischen breite Forschungen zur Internationalisierung der Politik sowie, etwas weniger, zu den transnationalen sozialen Bewegungen. Wichtige politische Erfahrungen betreffen jüngere soziale Bewegungen und ihre Bezugnahme auf internationale legale und politisch-institutionelle Entwicklungen. Diese wissenschaftlichen Ansätze und politischen Perspektiven weisen, so eine erste These, allesamt spezifische Verkürzungen hinsichtlich des Verhältnisses von gesellschaftlichen zu politisch-institutionellen Strukturen und Prozessen auf.¹

Im zweiten Teil dieses Beitrags geht es darum, wie einige „Schnittstellen zwischen Herrschaft und Befreiung“ (der Call for Papers für dieses Heft) theoretisch und vor dem Hintergrund politischer Erfahrungen der letzten zehn Jahre genauer begriffen werden können: „Immer um erstere zu brechen und letztere voranzutreiben“. (ebd) Zum Abschluss geht es um die Frage der Strategien in der aktuellen multiplen Krise, was mit dem Begriff des Postneoliberalismus gerahmt werden kann.

1. Aktuelle wissenschaftliche Debatten: Internationalisierung von Politik und Transnationalisierung sozialer Bewegungen

Das wissenschaftliche Terrain, auf dem die Internationalisierung der Politik erforscht wird, ist bestimmt von Ansätzen, die das politisch-institutionelle Regieren fokussieren. Unter dem prominent gewordenen Begriff der Global Governance geht es, so kann man trotz aller Differenzen den Konsens zusammenfassen, um Institutionen und Regeln sowie neue Formen internationaler Kooperation, um grenzüberschreitende Probleme zu bearbeiten. Im Zentrum stehen die Bedingungen und Möglichkeiten staatlicher Kooperation,

1 Dabei argumentiere ich, obwohl der Text für das „juridikum“ geschrieben wurde, unsauber hinsichtlich des Verhältnisses der Internationalisierung des Rechts und der Politik und möchte nicht dahingehend missverstanden werden, dass – wie in der Politikwissenschaft üblich – das Recht als Instrument staatlicher oder intergouvernementaler Politik konzeptualisiert wird (vgl. zur neueren Debatte um die Rechtsform Buckel 2003, Hartmann 2009, Buckel/Oberndorfer 2009).

„um der Ohnmacht der Politik gegenüber der Eigendynamik der Globalisierungsprozesse entgegenwirken zu können“ (Messner 2005: 37).

Eine andere Strömung der Globalisierungsdiskussion – etwa von David Held (2002) vertreten – versucht im Anschluss an Immanuel Kant die Stärken und Potenziale der aktuellen Entwicklungen hervorzuheben. Sie skizziert normativ einen Kosmopolitismus, bei dem der Nationalstaat tendenziell unwichtiger wird, an dem alle gesellschaftlichen Gruppen verhandelnd teilhaben und der zu einer immer stärkeren Verrechtlichung internationaler sozialer Beziehungen führt. Liegt bei den Global Governance-Perspektiven der Fokus auf effizienter Steuerung im Sinne von Problembearbeitung – teilweise ergänzt um die Frage der Legitimität – so basiert der Kosmopolitismus auf einem Modell deliberativer Demokratie.

Beiden Ansätzen ist immanent, dass sie sich kaum für Fragen der politischen Ökonomie interessieren: Bei Global Governance wird der Weltmarkt zu einem Sachzwang oder „Mega-Trend“, im Kosmopolitismus ist er gar eine Art Befreiung (für die globale Mittelklasse) aus den Zwängen des angenommenen Muffs der Nationalstaatlichkeit. Gewalt und Zwang kommen nicht als systematische Ingredienz des sich globalisierenden Kapitalismus, sondern als zu bearbeitende Probleme vor. Und soziale Kämpfe sind der an staatlicher Steuerung orientierten Global Governance-Ansätzen eher lästig, kritische zivilgesellschaftliche Kräfte werden zu einer „Korrekturinstanz“; das deliberative Modell erachtet Auseinandersetzungen als wichtig, doch diese sollen im vorgegebenen politisch-institutionellen Rahmen stattfinden (vgl den Überblick bei Brand 2007).

Historisch-materialistische Ansätze erfahren in den aktuellen Globalisierungsprozessen eine deutliche Aufwertung. Begriffe wie „neuer Imperialismus“ (Harvey 2004), „Empire“ (Hardt/Negri 2000) oder „American Empire“ (Panitch/Gindin 2003) wurden zu zentralen Bezugspunkten kritischer Analysen. Während in den meisten Analysen der kapitalistische Konkurrenzimperativ als zentral angenommen wird und ein Blick „von oben“ auf die mächtigen Instanzen Kapital und Staat dominiert, kehrten Hardt und Negri das Argument prominent um und nahmen den Prozess der neoliberal-imperialen Globalisierung aus Sicht der kämpfenden Subalternen, der sog Multitude, in den Blick. Wo die imperialismustheoretischen Arbeiten sich kaum für politisch-institutionelle und legale Prozesse jenseits des Nationalstaates interessieren, identifizieren Hardt und Negri eine neuartige Struktur eben jenseits von diesem (wenngleich den USA eine überragende Rolle eingeräumt wird). Es kommt mit dem Empire zu einer „new global constitution of imperial authority“ (Hardt/Negri 2000: 182). Regierung und Politik werden vollständig in das System transnationaler Kommandos integriert. Nicht mehr die Konkurrenz imperialistischer Mächte bestimmt internationale Herrschaftsverhältnisse, sondern die eine, wenn auch unbestimmte Netzwerk-Macht, mit der sich die Bedingungen radikaler emanzipatorischer Politik ändern. Insbesondere der Staat spielt dabei keine Rolle mehr, sondern gibt seine Mediationsfunktion auf. Antagonismen werden offener deutlich (vgl auch Seibert 2009).

Den unterschiedlichen Ansätzen ist jedoch gemein, dass sie sich kaum für Vermittlungen zwischen unterschiedlichen Akteuren und Strukturen sowie damit verbundenen Kräfteverhältnissen und dominanten oder gar hegemonialen Handlungsdispositiven interessieren. Eben jenes postuliert die neo-gramscianische Internationale Politische Ökonomie (Cox 1981, Gill 1995). Zudem liefert der Begriff des „globalen Konstitutionalismus des disziplinierenden Neoliberalismus“ (Gill 1995) eine interessante Perspektive. Es wird angenommen, dass um einen auf Dauer zu stellenden Ordnungsrahmen gekämpft wird, um eine weltweit verallgemeinerte liberale Verfassungsbildung (ebd: 78f.; zu einer rechtstheoretischer Erweiterung Hartmann 2009). Allerdings kommt auch der Neo-Gramscianismus in der IPÖ nicht über die oftmals konstatierte Elitenfixierung hinweg. Gleichwohl scheint mir die Betonung – nicht Überbetonung – strategische Akteur_innen in den Strukturierungs- und aktuellen Krisenprozessen wichtig (Plehwe et al 2006).

Ein zweites wissenschaftliches Feld, das sich in den letzten Jahren mit den hier interessierenden Fragen auseinandergesetzt hat, ist die Bewegungsforschung und die Integration der Phänomene der Transnationalisierung in eben diese. Es kommt insbesondere zu zwei identifizierten Veränderungen: Zum einen sind die organisatorischen Rahmenbedingungen Kultur- und Sprachgrenzen überschreitenden sozialbewegten Handelns voraussetzungsvoller als im nationalen Kontext; empirisch kann das festgemacht werden an der Rolle der NGOs, mit denen transnationale Bewegungen eine Infrastruktur erhalten (bereits Rucht 1996) oder an den mit hohem Aufwand betriebenen internationalen Sozialforen. Zweitens ändern sich auch die Praktiken der Bewegungen selbst, was etwa mit der Nutzung des Internet zusammenhängt (vgl etwa della Porta 2007, Teune 2008, Kolb 2007, Smith/Johnston 2002, Evans 2005). Erstaunlicherweise werden die oben skizzierten Diskussionen um den globalisierungsvermittelten Strukturwandel von der empirischen Erforschung sich transnationalisierender sozialer Bewegungen weitgehend ignoriert (am ehesten findet das noch in Bezug auf den Strukturwandel der Öffentlichkeit statt). Das hängt unter anderem damit zusammen, dass auf eine gesellschaftstheoretische Vergewisserung der analytischen Perspektiven in der empirisch ausgerichteten Bewegungsforschung weitgehend verzichtet wird (Teune 2008: 529). Die wichtigen Einsichten in die Konstitutionsmomente, Handlungsformen und Wirkungen des heterogenen Global Justice Movement werden daher kaum systematisch auf die strukturellen Handlungsbedingungen bezogen, die ja selbst diffizil und theoriegeleitet zu ergründen sind. Es dominiert eine Art Modell, demzufolge (transnationale) soziale Bewegungen in den öffentlichen Raum hinein agieren und damit mehr oder weniger starke Resonanzen im politisch-institutionellen System schaffen oder dieses zumindest versuchen.

Um zu einem Zwischenfazit zu kommen: Die beiden dargestellten Perspektiven – die heterogene Erforschung des Strukturwandels internationaler Politik und der internationalen politischen Ökonomie wie auch die Untersuchungen zum sich dynamisch entwickelnden Phänomen transnationaler sozialer Bewegungen – beziehen sich zum einen kaum aufeinander. Zum anderen gibt es wenige Reflexionen zum Verhältnis kritischer Akteure und

ihrem notwendig ambivalenten Bezug auf die sich verändernden politisch-institutionellen Strukturen und Prozesse. Das Buch „Empire“ von Hardt und Negri stellt hier eine wichtige Ausnahme dar; doch auch hier bleiben emanzipatorische Kämpfe und Institutionen weitgehend unvermittelt nebeneinander stehen, da das Empire als überall präsente biopolitische Netzwerkmacht begriffen wird.

2. Jüngere politische Erfahrungen

Das spiegelt sich in gewisser Weise in den jüngsten politisch-praktischen Entwicklungen emanzipatorischer Ansätze. Es ist natürlich ungeheuer schwierig, derart heterogene politische Erfahrungen wie sie im Rahmen der globalisierungskritischen Bewegung gemacht werden zu systematisieren (vgl. ansatzweise Brand 2005, Leggewie 2003). Ich beziehe mich daher vor allem auf meine Eindrücke von sechs Weltsozialforen, an denen ich teilgenommen habe, auf andere zentrale politische Ereignisse der globalisierungskritischen Bewegung, auf meine Forschungen zu internationaler Umweltpolitik und auf viele Diskussionen – es besteht dabei ein nordwestlicher Erfahrungshintergrund.

In den radikalen Teilen der Bewegungen wird das Terrain staatlicher und intergouvernementaler Politik schlicht ausgeblendet, es werden die eigenen Konstitutionsmomente und -bedingungen fokussiert. Der Staat wird per se negativ eingeschätzt als Instrument der Herrschenden bzw. kapitalistischer-patriarchaler-rassistischer Herrschaft, den es zu bekämpfen gilt. Das wurde exemplarisch deutlich an den Mobilisierungen gegen den G8-Gipfel im Juni 2007 in Heiligendamm. In den zahlreichen Vorbereitungstexten gab es kaum eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Dynamiken und Widersprüchen der G8-Regierungen. Es wurde eine Art antagonistisches und auf Autonomie pochendes sozialbewegtes und radikales Gegenüber zu den herrschenden Politiken konstituiert. In gewisser Weise wiederholte sich das vor und während der hochgradig politisierten 15. Vertragsstaatenkonferenz der Klimarahmenkonvention im Dezember 2009 in Kopenhagen. Die Ambivalenzen von Recht und Politik zu sehen, nämlich als zuvorderst herrschaftliche Strukturen und Prozesse, die aber auch der partiellen Einhegung von Macht und Herrschaft dienen können, wird zumindest implizit mit dem Stigma eines naiven Reformismus bedacht. Erfahrungen in Fragen der (Frauen-)Menschen- oder Arbeitsrechte werden nicht bedacht. Bewegungen sind jene sich antagonistisch zu den vielfältigen Formen von Herrschaft verstehenden Kräften.

Wenn theoretische Überlegungen für die politische Praxis eine Rolle spielen, dann am ehesten mit den Foucault'schen Begriffen der Gouvernementalität, also des mehr oder weniger gelingenden Selbstregierens durch Aktivierung und Passivierung der Subalternen (Adolphs/Karakayali 2007), und der Biomacht als einem Typus von Herrschaft, der über das Leben entscheidet und eben dieses für kapitalistische Gesellschaften produktiv macht. Politisch-institutionelle Dimensionen und in Auseinandersetzungen aufeinandertreffende oder sich verlinkende Strategien spielen dabei kaum eine Rolle. Zugespitzt wird das

in der Theorie John Holloways (2002), in der politisch-institutionelle Prozesse per se als herrschaftlich abgetan werden und fast ein Verbot ausgesprochen wird, diese Dimensionen zu bedenken.

Eine ganz andere Art der Bezugnahme auf die herrschende Politik findet sich in Teilen des NGO-Spektrums, in linken Parteien und Verbänden wie etwa in Gewerkschaften, aber auch in Teilen von Attac als wichtigem Akteur der globalisierungskritischen Bewegung. Sie sind in spezifischer Weise affirmativer Natur. Der Staat wird – bei aller Kritik – als potentieller Verbündeter und Adressat gegen die Macht der Märkte und Unternehmen, gegen Männerbünde und gesellschaftlichen Rassismus, gegen Naturzerstörung verstanden. Es werden zwar bestimmte Inhalte unterschiedlicher Politiken – seien sie weltwirtschaftlicher, entwicklungspolitischer oder eben klimapolitischer Art – kritisiert, aber die Formen der Politik, nämlich das Primat staatlicher und intergouvernementaler Akteure und Strukturen und die damit verbundenen rechtlichen Formen, werden nicht hinterfragt. Es „muss“ einfach eine Klimarahmenkonvention geben, so die Annahme, sonst wird sich in diesem Feld gar nichts bewegen. Und auch wenn die WTO oder die Gruppe der 8 als Institutionen kritisiert werden, so wird eine Entwicklung in Richtung Gruppe der 20 gut geheißen; die WTO und die Kritik des Freihandels sind derzeit eher Nicht-Themen.

Meines Erachtens bedarf es der gründlichen theoretischen wie politisch-strategischen Arbeit, um ein genaueres Verständnis der Spielräume emanzipatorischen Handelns zu entwickeln.

3. Globalisierungskritik mit Gramsci und Poulantzas denken

Eine Ausweitung der Perspektive setzt bereits daran an, was als relevant erachtet wird. „Globalisierungskritik“ bezieht sich aus meiner Sicht nicht nur auf jene sozialen Bewegungen, die selbstorganisiert mit praktischer Herrschaftskritik wie öffentlichen Kampagnen oder gelebten Alternativen das Motto der Sozialforumsbewegung „Eine andere Welt ist möglich!“ realisieren wollen. Der Begriff ist viel breiter zu verstehen und impliziert konzeptionell-theoretische Beiträge, Analysen gesellschaftlicher Entwicklungen und Reflexionen strategischen und nicht-strategischen Handelns wie auch institutionelle Praxen innerhalb der Wissenschaft (akademisch und nicht-akademisch), von Bildung und Ausbildung, in den Medien und Unternehmen wie auch in den staatlichen Apparaten und ihren Vorfeldern wie Parteien oder Verbänden. Entsprechend vielfältig sind die Ansätze und Handlungsmöglichkeiten.

Meine eigenen Überlegungen gehen dahin, mit den Theorien von Antonio Gramsci und Nicos Poulantzas den Handlungsrahmen emanzipatorischer sozialer Bewegungen zu denken (Gramsci 1991ff., Poulantzas 2002; zur Aktualisierung Buckel/Fischer-Lescano 2007, Marchart/Weinzierl 2006, Demirovic/Adolphs/Karakayali 2010). Diese Theorien dienen als Ausgangspunkte, müssen aber aktualisiert und vielfältig ergänzt werden – etwa mit Einsichten von Michel Foucault oder aus kritisch-feministischen und postkolonialen

Diskussionen oder aus der kritischen Psychologie (vgl etwa Adolphs/Karakayali 2007, Purkarthofer 2009, Brensell 2009).

Wichtig scheint mir, emanzipatorische Widerständigkeit und Ansätze nicht als den herrschaftlichen Verhältnissen außen oder gegenüber stehend zu konzeptualisieren und gleichzeitig nicht in einen Etatismus oder aufgeklärten Institutionalismus zu verfallen. Das mag banal klingen, ist aber wissenschaftlich und im politischen Handgemenge wenig präsent.

Vor diesem Hintergrund können einige Essentials formuliert werden, um die „Bewegungen im Recht“ im Sinne einer Bezugnahme kritischer Akteur_innen auf herrschende Verhältnisse genauer zu fassen. Das ist natürlich nicht erschöpfend.

Kämpfe um Ordnungen, Selbstverständlichkeiten und akzeptierte Herrschaft finden nicht nur im Staat und der bürgerlichen Öffentlichkeit statt, sondern in sehr vielen gesellschaftlichen Bereichen inklusive der herrschenden Formen der Subjektivierung von Individuen, Kollektiven und sogar von Institutionen. Sie schaffen oder unterlaufen die Akzeptierbarkeit kapitalistischer, patriarchaler oder rassistischer Verhältnisse sowie von regionalen und internationalen Entwicklungsdisparitäten. Akzeptanz muss im Sinne aufrecht zu erhaltender Herrschaft immer wieder aktiv organisiert werden, Verhältnisse müssen lebbar sein; grundlegender Widerstand als unsinnig gerahmt, integriert oder unterdrückt werden. Das hat Antonio Gramsci mit dem Begriff der Hegemonie zu fassen gesucht. Diese vielfältig zisierten Formen politischer, sozio-ökonomischer und kultureller Herrschaft setzen sich nicht einfach so durch, sondern sind auch Resultat von mehr oder weniger erfolgreichen Strategien und Kompromissen wie auch Ausgrenzung. Die instabilen Bündnisse und Koalitionen haben Gramsci und Poulantzas als „Block an der Macht“ bezeichnet. Vor allem sie versuchen zusammen mit dem Staat die vielfältigen Formen sozialer Herrschaft zu organisieren; das ist im Hinblick auf kapitalistische Klassenherrschaft deutlicher zu identifizieren als etwa in Bezug auf maskulinistische Formen der Geschlechterverhältnisse.

Neben diesem Vorfeld oder dem „erweiterten Staat“ spielen der Staat und internationale politische Institutionen im engeren Sinne eine wichtige Rolle als hochgradig herrschaftlich organisierte, aber eben nicht vollständig abgeschlossene Terrains sozialer Kämpfe. Unterschiedliche Kräftekonstellationen und Interessenlagen wie auch gesellschaftlich akzeptierte Orientierungen an Wohlstand und Wirtschaftswachstum, Freiheit und Gerechtigkeit, Geschlechterverhältnissen und Formen der Naturaneignung uvm schreiben sich in die verschiedenen Apparate und Zweige je spezifisch und widersprüchlich ein: über Gesetze, Anerkennung, finanzielle Zuweisungen oder physischen Schutz bzw Repression. Interessen, Normen, Identitäten und Projekte werden in vielen Bereichen erst oder besonders wirksam über ihre „Staatswerdung“, dh über die Absicherung durch Gesetze, staatliche Ressourcen und Legitimität oder die „Panzerung“ mit Zwang (Gramsci 1991ff.: 1560; vgl Brand/Heigl 2006). Mit dem bekannten Begriff von Nicos Poulantzas verdichten sich im Staat gesellschaftliche Kräfteverhältnisse materiell (2002, Demirovic

2006). Die einzelnen Apparate bilden damit mögliche politische Bezugspunkte auch für schwächere Akteur_innen. Kämpfe orientieren sich häufig an inneren Widersprüchen des Staates oder des intergouvernementalen Systems, die ja selbst Ausdruck sich artikulierender gesellschaftlicher Kräfte sind.

Auch emanzipatorische und auf den ersten Blick „staatsferne“ Akteur_innen wirken damit auf die Stabilisierung bzw Veränderung gesellschaftlicher Diskurse und Kräfteverhältnisse und damit auf das soziale Verhältnis Staat hin, denn Auseinandersetzungen schreiben sich in die staatliche Apparatur, Diskurse und Politiken ein. Gleichzeitig prägt der Staat die sozialen Kämpfe und damit die Kräfteverhältnisse.

Mit Gramsci stellt sich zudem die Frage, unter welchen Bedingungen Bewegungen im oben angedeuteten breiten Sinne ihr vielfältiges institutionelles wie nicht-institutionelles Handeln stärker aufeinander beziehen können, wie also die widerständigen Elemente sich mit dekonstruierenden oder konstituierenden verbinden. Das findet meist auf der Ebene ganz alltäglicher Praxen statt, um etwa andere Formen von Mobilität oder Ernährung zu entwickeln, die weniger zerstörerisch und ausbeuterisch sind oder Institutionen wie Hochschulen gegebenenfalls in ihrem Funktionieren zu verändern. Doch diese bestehenden wie alternativen Alltagspraxen sind wiederum eingebettet in Institutionen und politische, ökonomische und kulturelle Machtverhältnisse – um beim Beispiel Mobilität zu bleiben: die Macht der Automobilindustrie samt Gewerkschaften, staatlicher Straßenbau, das gesellschaftliche Ideal von Automobilität etc. Diese Verbindung macht es unerlässlich, das je konkrete Wechselspiel institutioneller wie nicht-institutioneller Praxen, die in sich umkämpft bleiben, in den Blick zu nehmen. Staat und Recht sind dabei hochgradig institutionalisiert und herrschaftlich, aber eben nicht gegenüber emanzipatorischen Ansprüchen per se abgeschottet. Und dennoch bedarf es gleichzeitig eines anderen Politikbegriffs, der Politik eben nicht mit Staat und Recht kurzschließt, sondern auf die mündige und herrschaftskritische Gestaltung der Lebensverhältnisse abzielt.

4. Orientierung für Bewegungen und postneoliberale Strategiekonstellationen

Deutlich wird gerade in der aktuellen Krise, dass es zwar eine Fülle von Einzelvorschlägen gibt, diese aber angesichts der bestehenden Kräfteverhältnisse und dominanten Orientierungen in den nordwestlichen Gesellschaften nicht wirkungsmächtig werden. Die dominante Krisenregulierung ist strukturkonservativ und machterhaltend (vgl etwa Institut für Gesellschaftsanalyse 2009).

Und dennoch bricht an den Rändern etwas auf. Der Begriff der Gerechtigkeit scheint zu einer Art verknüpfendem Band zu werden, das die vielfältigen Erfahrungen und Auseinandersetzungen zulässt und gleichzeitig herrschaftskritisch nach Alternativen sucht. Die letzten Weltsozialforen in Caracas, Nairobi, Porto Alegre und Belem deuten eine solche Verknüpfungsarbeit an. Und nicht zufällig scheint eine Radikalisierung der Klima- und Energiepolitik vom Climate Justice Movement, das sich im Jänner 2009 beim WSF in

Belem konstituierte, intendiert zu werden. Ein anderer Begriff, der im deutschsprachigen Raum vor wenigen Jahren für einige Diskussionen sorgte, ist jener der Globalen Sozialen Rechte (Klautke/Oehrlein 2008).

Allerdings sollten diese Rahmungen möglicher Strategien um die Analyse der strategischen Konstellationen – und damit auch anderer gesellschaftlicher Kräfte – erweitert werden. Mit dem Begriff des Postneoliberalismus soll in den Blick geraten, welche Strategien unterschiedliche Akteur_innen und Allianzen in der aktuellen Krise verfolgen. Mit dem Begriff soll keine neue Phase kapitalistischer Vergesellschaftung und damit das Ende der vorhergehenden indiziert werden. Es geht einerseits um eine Diagnose der aktuellen Kontinuitäten und Brüche, andererseits und vor allem aber um eine Analyse unterschiedlicher Strategien und drittens um eine Blickveränderung von den vermeintlichen Wirkungen von „Großstrategien“ auf mitunter sehr kleinteilig zu verändernde soziale Verhältnisse (Sekler/Brand 2009, vgl auch Candeias 2004).

Es handelt sich um sehr unterschiedliche Antworten auf den Sachverhalt, dass sich die bisherigen neoliberalen Strategien aufgrund von Kritik und/oder Krisen nicht mehr so einfach durchsetzen lassen. Deren zunehmende gesellschaftliche Bedeutung ist nicht nur eine Folge der Widersprüche und Krisen des neoliberalen Gesellschaftsumbaus, mit denen auch herrschende Institutionen und Akteur_innen umzugehen haben. Es ist auch ein Verdienst von emanzipatorischen sozialen Bewegungen, kritischen Nichtregierungsorganisationen, unabhängigen Medien, kritischen Intellektuellen sowie von Menschen in Gewerkschaften und linken Parteien. Der Begriff umfasst nicht nur emanzipatorische Praxen, sondern auch die Weltbank oder UNDP oder die sozialdemokratischen „Dritten Wege“, die als „post-neoliberal“ bezeichnet werden könnten (Brie 2009). Genau darin liegt die Stärke des Begriffs: Es können unterschiedliche Strategien in den Blick genommen und damit die Kontinuitäten und Brüche gesellschaftlicher Entwicklungen analysiert werden. Im Gegensatz zum Begriff des Postfordismus, der heuristisch eine neue Phase kapitalistischer Vergesellschaftung analysierbar machen soll, nimmt der Begriff des Post-Neoliberalismus eher die strategischen Auseinandersetzungen um sich verändernde politische, ökonomische und kulturelle Entwicklungsmuster, Kräftekonstellationen und sich unter Umständen herausbildende hegemoniale Verhältnisse in den Blick.

Damit kommen wir zu einem Essential emanzipatorischen Handelns, das in den anfangs skizzierten Ansätzen so gut wie keine Rolle spielt: nämlich jenes herrschaftskritischer und auf Alternativen abzielender Strategien. Diese sind wiederum eingebettet in Kräftekonstellationen und ihre Absicherung über politische Institutionen und das Recht in seiner herrschaftlichen Ausprägung, über herrschende Diskurse, über welche Plausibilitäten und Subjektivierungen geschaffen werden und nicht zuletzt über die Anwendung offener oder subtiler Gewalt. Denn in den strategisch geführten Auseinandersetzungen wird entschieden, in welche Richtung sich der globale Konstitutionalismus entwickeln wird.

LITERATUR

Adolphs, Stephan/Karakayali, Serhat (2007): Die Aktivierung der Subalternen. Gegenhegemonie und passive Revolution. In: Buckel, Sonja/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.): Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, Baden-Baden, 121-140.

Brand, Ulrich (2005): Gegen-Hegemonie. Perspektiven globalisierungskritischer Strategien. Hamburg.

Brand, Ulrich (2007): Zwischen Normativität, Analyse und Kritik: Die jüngere Diskussion um Global Governance. In: Journal für Entwicklungspolitik (JEP), 1/2007, 26-50.

Brand, Ulrich/Heigl, Miriam (2006): "Innen" und "Außen". Zu Staat, Bewegung und „radikaler Transformation“ bei Poulantzas. In: Bretthauer, Lars/Gallas, Alexander/Kannankulam, John/Stützle, Ingo (Hg.): Poulantzas lesen. Zur Aktualität marxistischer Staatstheorie. Hamburg, 274-289.

Brand, Ulrich/Sekler, Nicola (Hg., 2009): Postneoliberalism. A beginning debate. Development Dialogue Nr. 51 der Dag-Hammarskjöld-Stiftung. Uppsala.

Brensell, Ariane (2009): Vergessene Dimensionen von Hegemonie: Geschlechterverhältnisse und Subjektstandpunkte. Dissertation angenommen an der Fakultät für Sozialwissenschaften der Universität Wien.

Brie, Michael (2009): Ways out of the crisis of neoliberalism. In: Brand, Ulrich/Sekler, Nicola (Hg.): Postneoliberalism: A beginning debate. Development Dialogue 51, Uppsala, 15-32.

Buckel, Sonja (2003): Global ‚Non-State‘ – Überlegungen für eine materialistische Theorie des transnationalen Rechts. In: Buckel, Sonja/Dackweiler, Regina/Noppe, Ronals (Hg.): Formen und Felder politischer Intervention. Zur Relevanz von Staat und Steuerung. Festschrift für Josef Esser. Münster, 50-68.

Buckel, Sonja/Fischer-Lescano, Andreas (Hg., 2007): Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis. Baden-Baden.

Buckel, Sonja/Oberndorfer, Lukas (2009): Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg. In Fischer-Lescano, Andreas/Rödl, Florian /Schmid, Ulrich (Hg), Europäische Gesellschaftsverfassung, 277-296.

Candeias, Mario (2004): Neoliberalismus, Hochtechnologie, Hegemonie. Grundrisse einer transnationalen kapitalistischen Produktions- und Lebensweise. Hamburg.

Cox, Robert (1981): Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory. In: Millennium 10(2), 126-155.

della Porta, Donatella (Hg., 2007): *The Global Justice Movement. Cross-National and Transnational Perspectives*, Boulder/London.

Demirovic, Alex (2006): *Nicos Poulantzas. Eine kritische Auseinandersetzung*. Münster.

Demirovic, Alex/Adolphs, Stefan/Karakayali, Serbat (Hg., 2010): *Der kapitalistische Staat – ein verdichtetes Machtverhältnis?* Baden-Baden.

Evans, Peter (2005): *Counter-Hegemonic Globalization: Transnational Social Movements in the Contemporary Global Political Economy*. In: Janoski, Thomas/Hicks, Alexander M./Schwartz, Mildred (Hg.): *Handbook of Political Sociology*. Cambridge.

Gill, Stephen (1995): *Theorizing the Interregnum: The Double Movement and Global Politics in the 1990s*. In: Hettne, Björn (Hg.): *International Political Economy. Understanding Global Disorder*. Halifax et al., 65-100.

Gramsci, Antonio (1991 ff.): *Gefängnishefte*. Hg. von Klaus Bochmann und Wolfgang Fritz Haug. Hamburg.

Hartmann, Eva (2009): *Alles was Recht ist – Recht in der IPÖ*. In: Hartmann, Eva/Kunze, Caren/Brand, Ulrich (Hg.): *Globalisierung, Macht und Ökonomie*. Münster, 242-268.

Hardt, Michael/Negri, Antonio (2000): *Empire*. London.

Harvey, David (2004): *Die Geographie des „neuen“ Imperialismus. Akkumulation durch Enteignung*. In: Zeller, Christian (Hg.): *Die globale Enteignungsökonomie*. Münster, 183-215.

Held, David (2002): *Cosmopolitanism: Ideas, Realities and Deficits*. In: Held, David/McGrew, Anthony (Hg.): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*. Cambridge, 305-324.

Holloway, John (2002): *Die Welt verändern, ohne die Macht zu übernehmen*. Münster.

Institut für Gesellschaftsanalyse (2009): *Die Krise des Finanzmarkt-Kapitalismus – Herausforderung für die Linke*. Berlin.

Klautke, Roland/Oehrlein, Brigitte (Hg., 2008): *Globale Soziale Rechte*. Hamburg.

Kolb, Felix (2007): *Protest and Opportunities: The Political Outcomes of Social Movements*. Frankfurt/M.

Leggewie, Claus (2003): *Die Globalisierung und ihre Gegner*. München.

Marchart, Oliver/Weinzierl, Rupert (Hg.), 2006: *Stand der Bewegung? Protest, Globalisierung, Demokratie – eine Bestandsaufnahme*. Münster.

Messner, Dirk (2005): *Global Governance: Globalisierung im 21. Jahrhundert gestalten*. In: Behrens, Maria (Hg.): *Globalisierung als politische Herausforderung*. Wiesbaden, 27-54.

Panitch, Leo/Gindin, Sam (2003): *Euro-Kapitalismus und amerikanischer Imperialis-*

mus. In: Beckmann, Martin/Bieling, Hans-Jürgen/Deppe, Frank (Hg.): „Euro-Kapitalismus“ und globale politische Ökonomie. Hamburg, 113-143.

Plebwe, Dieter/Walpen, Bernhard/Neunhöffer, Gisela (Hg., 2006): Neoliberal Hegemony. A Global Critique. New York.

Poulantzas, Nicos (2002): Staatstheorie. Hamburg.

Purkarthofer, Petra (2009): Rassismus, Maskulinismus und Eurozentrismus als materielle Praxen postkolonialer Hegemonie. In: Hartmann, Eva/Kunze, Caren/Brand, Ulrich (Hg.): Globalisierung, Macht und Ökonomie. Münster, 43-69.

Rucht, Dieter (1996): Multinationale Bewegungsorganisationen. Bedeutung, Bedingungen, Perspektiven. In: Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen 9(2), 30-41.

Seibert, Thomas (2009): Krise und Ereignis. Siebenundzwanzig Thesen zum Kommunismus. Hamburg.

Sekler, Nicola (2007): Stichwort „Postneoliberalismus“. In: Brand, Ulrich/Lösch, Bettina/Thimmel, Stefan (Hg.): ABC der Alternativen, Hamburg.

Silver, Beverly (2005): Forces of Labor. Arbeiterbewegungen und Globalisierung seit 1870. Hamburg.

Smith, Jackie/Johnston, Hank (2002): Globalization and resistance: transnational dimensions of social movements. Lanham.

Teune, Simon (2008): „Gibt es so etwas überhaupt noch?“ Forschung zu Protest und sozialen Bewegungen. In: Politische Vierteljahresschrift 49(3): 528-547.

...“ We have chosen to break that silence.“¹

Zur Bedeutung von Schwarzen² sozialen Bewegungen im Kontext von institutionellem Rassismus

Araba Evelyn Johnston-Arthur

0. Eingangsbemerkungen

„Die Ausgangslage [...] in Österreich kann dahingehend zusammengefasst werden, dass der Bewußtseinsprozess der bloßen Realisierung von Rassismus im allgemeinen und von seinen institutionalisierten Formen im speziellen in Österreich erst am Anfang steht.“ (Johnston-Arthur/Görg 2000: 21).

Diese, ein Jahr nach dem gewaltvollen Tod von Marcus Omofuma in Gewahrsam dreier Polizisten, getroffene Einschätzung besitzt selbst heute, 10 Jahre später noch absolute Gültigkeit. Auch vor diesem Hintergrund kann der von Amnesty International im April 2009 veröffentlichte Bericht zu rassistischer Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizsystem hinsichtlich der breiteren Wahrnehmung dieser Realität als Durchbruch gewertet werden. Die darin dargelegte Erkenntnis, dass institutioneller Rassismus in der österreichischen Exekutive und im Justizapparat eine Realität darstellt, ist dabei keineswegs neu. Das Bewusstsein über die institutionalisierte Ebene von Rassismus im Zusammenspiel unterschiedlicher, im weit möglichsten Sinn gefassten Institutionen wie Medien, Polizei, Justiz und Politik stand Anfang des Jahres 1999 im Kern des politischen Protestes, den die afrikanischen Communities in Wien gegen rassistische Polizeiübergriffe mobilisierten.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den in Schweigen gehüllten, tiefgreifenden Wirkweisen und Realitäten von institutionellem Rassismus. Es sind verdrängte Realitäten, von denen nach wie vor hartnäckig behauptet wird, sie würden nicht existieren, während ihre vielschichtigen, mitunter tödlichen Folgen gleichzeitig im Leben Schwarzer Menschen omnipräsent sind. Vor dieser Ausgangslage fragt der Beitrag nach den Gegenwarten der Geschichten von Widerständen Schwarzer emanzipatorischer Bewegungen gegen institutionellen Rassismus und ihrer Bedeutung.

Die hier verfolgte Perspektive basiert auf einer Auseinandersetzung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis. Meine transdisziplinären auf sozial- wie auch kulturwissenschaftlichen Perspektiven beruhende wissenschaftliche Arbeit zum Thema des institutionellen Rassis-

1 Zitiert aus A. Sivanandan, *Deadly silence: black deaths in custody (introduction)*, <http://www.irr.org.uk/1991/january/ak000003.html> (28.01.2010).

2 Schwarz wird im folgenden Beitrag als Form einer politischen Selbstdefinition bewusst groß geschrieben.

mus in Österreich ist mit meiner aktivistischen Praxis in Schwarzen sozialen Bewegungen in Wien gegen institutionellen Rassismus verbunden. Viele der hier dargelegten Überlegungen bauen zum Teil auf der im Rahmen meiner Diplomarbeit (Über die Konstruktion des m[...] und der m[...] im Kontext epistemischer Gewalt und den traumatischen Charakter neokolonialer Erfahrungen in der modernen afrikanischen Diaspora in Österreich. Universität Wien, 2004) erarbeiteten transdisziplinären Analyse historisch tradierter Repräsentationsmuster Schwarzer Menschen in Österreich und ihrer Institutionalisierung auf.

1. Zu den vielschichtigen Realitäten des institutionellen Rassismus

Wie ich noch zeigen werde, sind Kämpfe um die gesamtgesellschaftliche Benennung und Sichtbarmachung strukturell verankerter Dimensionen rassistischer Unterdrückung untrennbar mit der Gegenwart der Geschichte emanzipatorischer Schwarzer Bewegungen verbunden.

1.1. Ansätze und Konfliktlinien

Die Konfliktlinien der unterschiedlichen Definitionen und der damit einhergehenden Zugänge zu Rassismus spiegeln sich im Konzept des institutionellen Rassismus selbst wieder. Wie ich im folgenden Abschnitt noch näher erläutern werde, stellte das von *Kwame Ture* (vormals *Stokely Carmichael*) und *Charles V. Hamilton* nicht zuletzt in ihrem 1967 veröffentlichten Werk „Black Power. The Politics of Liberation“ geprägte Konzept des institutionellen Rassismus auch eine Kritik an den in dieser Zeit im US-amerikanischen Kontext vorherrschenden individualisierenden und psychologisierenden Zugängen zu Rassismus dar.

Gegensätzliche Zugänge reflektieren sich auch im österreichischen Kontext. Ein, wie ich meine, anschauliches Beispiel hierfür bietet mitunter auch der Xenophobie- bzw Fremden- oder Ausländerfeindlichkeitsdiskurs (Johnston-Arthur 2004: 25-32). *May Ayim* stellt in diesem Zusammenhang auf Deutschland Bezug nehmend auch für Österreich zutreffend fest:

„Hier findet nämlich keine wirkliche Diskussion über Rassismus statt. Es wird von ‘Ausländerfeindlichkeit’ gesprochen, selten von Rassismus. Mit diesem langen Wort wird versucht, den tatsächlichen Grad und die Strukturen des Rassismus zu verschleiern.“ (1997: 46)

Es sind gerade individualisierte, psychologisierte Gesichtspunkte auf die sich der Xenophobie- bzw Fremden- oder Ausländerfeindlichkeitsdiskurs unter Ausblendung von historisch gewachsenen Strukturen und Machtverhältnissen fokussiert. Eine als ahistorisch, neutral

3 Die im Zuge unserer Rechercharbeit in der *Recherchegruppe zu Schwarzer österreichischer Geschichte und Gegenwart* entwickelte Interventionsstrategie, ausgeschriebene rassistische Termini – auch in Zitaten – durch entsprechende Auslassungen zu markieren, lässt sich mit folgenden Beweggründen erklären: „Wir sind hier noch mit dem ganz eigenen Muster einer expliziten Verharmlosungstradition konfrontiert, und auf diesem Mist ist die von uns entwickelte Strategie, sich hier zu weigern, das N-Wort und das M-Wort auszusprechen und so sprechend oder schreibend zu reproduzieren, gewachsen. Es ist so täglich hörbar, auf den Häuserwänden in diesen Strassen lesbar, in Kinder- und Schulbüchern – so normalisiert.“ (Johnston-Arthur, 2007, 438).

menschlich und natürlich konstruierte Angst vor „den Fremden“, „den AusländerInnen“ wird in den Mittelpunkt gerückt.

Kernelement der daraus resultierenden Ansätze ist es, ausgehend von der Annahme, das Fremdenfeindlichkeit auf Unwissenheit und der Angst vor dem Unbekannten basiert, Berührungspunkte durch Begegnungen abzubauen (vgl. Johnston-Arthur 2004: 25ff; Raburu 1999:16f). Es ist ein Ansatz der sich auch in den speziellen Maßnahmen der Exekutive widerspiegelt, die nach dem gewaltvollen Tod von Marcus Omofuma ins Leben gerufen wurden⁴.

Da eine tiefgreifendere Analyse der unterschiedlichen Ansätze und Zugänge zu Rassismus den Rahmen dieses Beitrags vollends sprengen würde, beschränke ich mich auf Folgendes: Zum einen auf die kurze Darlegung des hier verfolgten Ansatzes und zum anderen auf eine Zusammenfassung der im österreichischen Kontext formulierten Kritik an individualisierten und psychologisierenden Zugängen zu Rassismus respektive Antirassismus. Die Kritik an diesem bis heute noch sehr gängigen, als moralischer Antirassismus⁵ bezeichneten Zugang formierte sich konzentriert Anfang der 2000er Jahre im Kontext migrantischer, Schwarzer Selbstorganisationen und politischer AkteurInnen in Allianz mit mehrheitsösterreichischen AkteurInnen im Rahmen des *politischen Antirassismus*. In ihrem Text „Projekt des politischen Antirassismus“ fassen *Ljubomir Bratić* und *Andreas Görg* die Kernkritikpunkte am *moralischen Antirassismus* auf folgende Weise zusammen:

„Der moralische Antirassismus zeichnet sich dadurch aus, dass er

1. rassistisch Diskriminierte zu machtlosen Opfern stilisiert und damit das HelferInnenunwesen legitimiert,
2. Rassismus individualisiert, EinzeltäterInnen zuschreibt und somit die strukturellen Wurzeln des Rassismus negiert, sich über rassistische Artikulation empört, ohne am Prinzip der Illegalisierung zu rütteln und
3. Rassismus psychologisiert, d.h. als Krankheit abtut, als Anomalie statt als Normalität begreift. Rassismus wird irgendwelchen eigentlich bedauernswerten Geschöpfen („ModernisierungsverlierInnen“) zugeschrieben, deren „Ängste“ dann wiederum „ernst zu nehmen“ sind, woraus eine TäterInnen-Opfer-Umkehr resultiert. Sozialwissenschaftlich äußert sich das in der Wiederentdeckung der Armen und Arbeitenden als gefährliche Klasse. Nur diesmal sind sie nicht ein Hort der Kriminalität und Verwahrlosung sondern eine Brutstätte des Rassismus. Das Erkennen der „eigenen“ Rassismen wird überhaupt verunmöglicht.“ (Bratić/Görg 2003: 11)

4 Hier allen voran der Verein *Fair & Sensibel -AfrikanerInnen und Polizei*. Der Verein beschreibt sich selbst auf seiner Homepage auf folgende Weise: „Der Verein 'Fair und Sensibel – Polizei und AfrikanerInnen' wurde im Jahr 2000 als Pilotprojekt vom Generaldirektor für Öffentliche Sicherheit, Dr. Erik Buxbaum, und vom damaligen Polizeipräsidenten, Dr. Peter Stiedl, ins Leben gerufen. Unter der Leitung von Obstdt. Josef Böck vom Landeskriminalamt Wien arbeiten rund 25 Menschen, darunter Polizisten und Polizistinnen, ÖsterreicherInnen afrikanischer Herkunft, StudentInnen und AsylwerberInnen am Abbau von gegenseitigen Vorurteilen. Bei den Begegnungen wird auf Dialog gesetzt, denn Feindbilder gedeihen am besten dort, wo es keine Kommunikation gibt.“ Siehe: www.fairundsensibel.at (28.01.2010).

5 Im Kontext des Projektes des politischen Antirassismus.

Der Darlegung von *Bratić* und *Görg* folgend, zementiert der, wie die Benennung schon verdeutlicht, moralische Antirassismus einen moralisierenden, stark paternalistisch gekennzeichneten Ansatz. Ebendiese hier ausgeklammerte strukturelle Ebene des institutionellen Rassismus war es, die 1999 im Kern der Proteste der afrikanischen Communities gegen rassistische Polizeiiübergriffe stand.

Der strukturelle – historisch gewachsene Machtverhältnisse mit einschließende – Zugang zu Rassismus stellt, wie ich im folgenden Abschnitt zeigen werde, gleichzeitig auch die Grundlage für das Konzept des institutionellen Rassismus dar. Denn losgelöst von jeglichen gesellschaftlichen Verhältnissen, historisch tradierten Ausschluss-Diskriminierungsmechanismen und Stereotypen können die Dimensionen und Gewaltmuster eines einzelnen Übergriffes nicht erfasst werden.

Um diesen Abschnitt mit der Darlegung des für diesen Beitrag zentralen Ansatzes zu schließen, möchte ich *Philomena Esseds* zitieren:

„Der Rassismus ist ein strukturelles Phänomen⁶. Das bedeutet, dass ethnisch spezifizierte Ungleichheit in ökonomischen und politischen Institutionen, im Bereich der Bildung und Erziehung und in den Medien wurzelt und durch diese Strukturen reproduziert wird. [...] Um Ausmaß und Verbreitung des Rassismus in der Gesellschaft benennen zu können, muß man die hauptsächlichen gesellschaftlichen Indikatoren untersuchen: die Medien, den Bildungsbereich, den Arbeitsmarkt, die Politik, das Rechtssystem und die Polizei.“ (2000: 266)

Hier verdeutlicht sich die zentrale Bedeutung, die Institutionen in der Reproduktion und Aufrechterhaltung rassistischer Strukturen zukommt. Ihre Aufrechterhaltung wird auch von der unsichtbaren Normalität gespeist, in der sich diese Strukturen eingebettet sehen. Umso fundamentaler sind Prozesse des Benennens, Sichtbarmachens und Schweigenbrechens um diese Realitäten aufzubrechen.

1.2. Zur Geschichte der Benennung von institutionellem Rassismus

„Black Power. The Politics of Liberation“ von *Kwame Ture* und *Charles V. Hamilton* und der darin formulierte Status Quo des institutionellen Rassismus ist untrennbar mit den Schwarzen emanzipatorischen Bewegungen dieser Zeit verbunden. Der Politik der Befreiung sowohl auf lokaler wie auch globaler Ebene gewidmet, wurde „Black Power“ zu einer Zeit veröffentlicht, in der die Schwarze BürgerInnenrechtsbewegung auf der Ebene der Bekämpfung der gesetzlich verankerten rassifizierten Segregation und Diskriminierung eine ganze Reihe von Erfolgen verzeichnen konnte. Die Unabhängigkeitsbewegungen der Länder Afrikas erzielten in vielen Ländern das vermeintliche Ziel⁷ der Unabhängigkeit.

Trotz dieser Erfolge blieb die „defacto Diskriminierung“ (Desol 2006: 10) jedoch aufrecht. *Kwame Ture* und *Charles V. Hamilton* widmen sich gleich zu Beginn des ersten Kapitels einer Definition von Rassismus und halten folgendes fest:

6 Vgl beispielsweise die Ethnisierung des österreichischen Arbeitsmarktes.

7 Vermeintlich weil sich die erzielte Unabhängigkeit auf eine formale Unabhängigkeit beschränkte.

“Racism is both overt and covert. (...) We call these individual racism and institutional racism. The first consists of overt acts by individuals, which cause death, injury or the violent destruction of property. This type can be recorded by television cameras; it can frequently be observed in the process of commission. The second type is less overt, far more subtle, less identifiable in terms of specific individuals committing the acts. But it is no less destructive of human life. The second type originates in the operation of established and respected forces in the society, and thus receives far less public condemnation than the first type.” (Ture/Hamilton, 1967/1992: 24)

Ebendiese Benennung, Artikulation und Sichtbarmachung der, durch Fernsehkameras nicht einfangbaren, mitunter auch tödlichen Dimensionen von institutionalisiertem Rassismus, die durch „established and respected forces in the society“ hervorgebracht werden, waren und sind Bestandteil der Kämpfe Schwarzer und anderer sozialer Bewegungen.⁸ Jenseits einer auf rassistische Handlungen einzelner Individuen beschränkten Perspektive, trug Tures und Hamiltons Arbeit wesentlich zu einem tiefgreifenderen Verständnis der noch immer viel zu unbenannten gesellschaftlichen Verankerung von Rassismus und seinen Wirkweisen bei.

1.3. “We taught Macpherson and Macpherson taught the world”

“The lessons of the past, not least in the events leading up to the Lawrence Inquiry itself, are that it requires constant vigilance and campaigning from the black community to ensure even the most limited accountability of official institutions on issues of racism.”¹⁰

Der, dem britischen Parlament im Februar 1999 vorgelegten, *Stephen Lawrence Inquiry* von *Sir William Macpherson*, war ein sechs Jahre dauernder, von den Eltern *Doreen* und *Neville Lawrence* angeführter Kampf vorausgegangen. Ihr damals 18 jähriger Sohn Stephen Lawrence wurde am 22. April 1993 von fünf rassistischen, weißen Jugendlichen erstochen. Dreien der Hauptverdächtigen wurde 1996 in einer Privatanklage der Prozess gemacht, der mit einem Freispruch der Angeklagten endete.

Ein Jahr nach dem Urteil im Juli 1997 richtete der damalige Innenminister *Jack Straw* auf urgieren von Mrs. und Mr. Lawrence die Stephen Lawrence Inquiry ein. Ziel der Untersuchung war:

„To inquire into the matters arising from the death of Stephen Lawrence on 22. April 1993 to date, in order particularly to identify the lessons learned for the investigation and prosecution of racially motivated crimes.“ (SLI 1999: 6)

8 Beispielsweise die *Sans Papiers* Bewegung in Frankreich und ihre Forderung nach Papieren für alle. Siehe Cissé, 2002.

9 Zitat einer Schwarzen Aktivistin nach Bekanntwerden des Stephen Lawrence Reports, zitiert nach Sivanandan, *Macpherson and after*, www.irr.org.uk/2000/february/ak000001.html (27.01.2010).

10 Institute for Race Relations: Evidence submitted for Part 2 of the Lawrence Inquiry into the Matters Arising from the Death of Stephen Lawrence, 19 February 1999, <http://www.irr.org.uk/1999/february/ak000001.html> (26.01.2010).

Die Stephen Lawrence Inquiry von *Sir William Macpherson* kam zum Ergebnis, dass institutioneller Rassismus in der Polizei bei ihren Ermittlungen rund um den Tod von Stephen Lawrence ein determinierender Faktor für ua. den Freispruch war. Die Untersuchung nimmt dabei explizit auch auf das von *Ture* und *Hamilton* geprägte Konzept des institutionellen Rassismus Bezug und zitiert aus ihrer Arbeit „Black Power“ folgende teilweise schon im vorangegangenen Abschnitt zitierte Stelle. Demnach basiert institutioneller Rassismus. “[...] in the operation of established and respected forces in the society. It relies in the active and pervasive operation of anti-black attitudes and practices. A sense of superior group position prevails: whites are ‘better’ than blacks and therefore blacks should be subordinated to whites. This is a racist attitude and it permeates society on both the individual and institutional level, covertly or overtly.” (Ture/Hamilton 1967/1992: 20f, zit in: SLI 1999: 23)

Dieser erstmals vom Staat und einer offiziell einberufenen Untersuchungskommission geteilten Analyse waren in Großbritannien lange Kämpfe sozialer Bewegungen der Schwarzen Communities vorausgegangen. Gerade auch vor dem Hintergrund des angesichts der sogenannten „Brixton Riots“ 1981 veröffentlichten Scarman Reports, der zum Ergebnis kam, dass institutioneller Rassismus in Großbritannien nicht existiere (Desol 2006: 23), stellte der Stephen Lawrence Report einen Durchbruch hinsichtlich der Thematisierung dieses omnipräsenten Phänomens dar.

1.4. Amnesty International Bericht über rassistische Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizsystem

Der im April 2009 veröffentlichte Amnesty International Bericht übernimmt die dem Stephen Lawrence Report zugrunde gelegte Definition¹¹. Der Bericht, der laut Amnesty International „Fälle von rassistischem Verhalten und Misshandlungen durch die österreichische Polizei ebenso dokumentiert wie das Versagen des gesamten Justizapparates“ kommt zu folgendem Schluss:

„Diese Fälle sind weder Einzelfälle noch das Resultat eines Fehlverhaltens einiger weniger BeamtInnen. Die Häufigkeit solcher Fälle deutet viel mehr auf ein strukturelles Versagen in Teilen der österreichischen Strafverfolgungsbehörden hin, ihre Tätigkeit ohne Diskriminierung auszuüben. Amnesty International ist der Meinung, dass dieses Versagen die Folge von institutionellem Rassismus bei der österreichischen Polizei und anderen Behörden des Justizapparates ist.“ (AI 1999: 8)

Das ausbleibende große Medienecho auf die im Rahmen einer Pressekonferenz präsentierten Berichtsergebnisse kann als symptomatisch für den österreichischen Status Quo gesehen werden.

11 Siehe SLI 1999: S 28.

2. Zum Kontext der Afrikanischen Diaspora in Österreich

Der hier gewählte Fokus auf die afrikanische Diaspora in Österreich soll keineswegs implizieren, dass es ausschließlich Schwarze Menschen sind, die sich mit institutionellem Rassismus konfrontiert sehen – ganz im Gegenteil. Vielmehr entspringt der Fokus meiner transdisziplinären Beschäftigung mit den für diesen Kontext spezifischen Mustern in ihrer historischen Dimension, die es aus meiner Sicht im Zusammenhang und zum Teil auch in Interdependenz mit einem darüber hinaus gehenden Gesamtbild herauszuarbeiten gilt.¹² Dieser Zugang ermöglicht es unter anderen auch, den Blick für, auch im österreichischen Kontext wirkende, historische Gegenwarten von Versklavung und Kolonisierung zu öffnen.¹³

2.1. Präsenze und zugleich marginalisierte historische Gegenwarten

Die Tode von Ahmed F., Marcus Omofuma, Seibane Wague, Yankuba Ceesay, Edwin Ndupu, Richard Ibekwe in Gewahrsam von Polizei (und Rettung) stehen nicht im Vakuum von „unglückseligen Einzelgeschichten“¹⁴. Vielmehr veranschaulichen sie auf vielschichtige Weise Realitäten von institutionellen Rassismus (vgl Hall in RSFC 1989: 13; Johnston-Arthur 2004: 22). Diese Realitäten stehen im Kontext einer gemeinhin als nicht existent geltenden gesamtgesellschaftlichen historischen Gegenwart, die keineswegs allein im Bereich der Exekutive wirkmächtig ist.

„Rassistische Übergriffe seitens der Exekutive sind bisweilen hierzulande schon an die Öffentlichkeit vorgedrungen und lassen sich nicht mehr vollends vertuschen. Doch sie stehen im Kontext einer eigenen Geschichte und Entwicklung mit einer langen Reihe von komplexeren, nicht so plakativen rassistischen Diskriminierungsmechanismen. Diese Realitäten sind bislang *nicht* in eine breite Öffentlichkeit vorgedrungen, eignen sich die vielschichtigen Prozesse, die ihnen zugrunde liegen, doch nicht für eine sensations- und quotenhungrige Medienlandschaft. Aus dem Blickfeld der Mehrheitsbevölkerung gedrängt, werden diese Realitäten auf diesem Weg ghettoisiert.“ (Johnston-Arthur/Görg, 2000, S 26)

Entgegen der im vorangegangenen Abschnitt dargelegten Unwissenheitstheorie realisiert sich ein (neo)kolonial und rassistisch strukturiertes Wissen über die „Schwarzen“, das sich in Diskriminierungsmustern, gegenwärtigen Konstruktionen des Schwarzen kriminellen Objektes (etwa des Drogendealers oder der pathologisiert promiskuitiven Schwarzen Prostituierten) reflektiert und Grundlage für gesellschaftlich organisierte weiße Ängste ist. Zudem kann Österreich auch auf eine in einen größeren weißen „westlichen“ und

12 Die beinhaltet auch jeweils spezifische historisch tradierte Diskriminierungsmuster anderer ethnisierte und rassifizierte Bevölkerungsgruppen wie etwa von Roma und Romni oder die Ethnisierung von Terrorismus.

13 Siehe Johnston-Arthur 2008.

14 Vgl AI, 2009, S 8 und im Gegensatz dazu der Wortlaut des in Der Standard: „Thema Abschiebung. Eine „unglückselige Geschichte.“ (7.5.1999) in Bezug auf Marcus Omofuma zitierten Generaldirektors für die Öffentliche Sicherheit Michael Sika: „diese unglückselige Geschichte“.

europäischen Kontext eingebettete, weitzurückreichende Darstellungstradition Schwarzer Menschen zurückgreifen¹⁵.

Diese beispielsweise auch in die Welt der Opern, Mehlspeisen und Kinderspiele integrierte österreichische Darstellungstradition des Schwarzen *Anderen* kommt jedoch gleichzeitig auf vielerlei Weise eine zentrale Bedeutung zu. *Fatima El-Tayeb* hält zwar auf den deutschen Kontext bezugnehmend, jedoch auch auf Österreich zutreffend, Folgendes fest:

„Wie allen MuttersprachlerInnen bekannt – jedoch nicht unbedingt bewusst – spielen Schwarze eine zentrale Rolle in der Vorstellungswelt der Deutschen. Von den ‘Zehn kleinen N[...]lein’ über den ‘M[...]enkopf’ zu zeitgenössischen ‘N[...]witzen’ ist die negative Symbolfunktion, die Schwarze auf der diskursiven Ebene erfüllen, nicht zu übersehen.“ (El-Tayeb 2001: 9)

Elemente dieses (neo)kolonial, rassistisch strukturierten Wissens reflektierten sich beispielsweise auch in medialen, politischen und polizeilichen Diskursen rund um den gewaltvollen Tod Marcus Omofumas. Die Kronenzeitung vom 5.5.1999 berichtete unter der Schlagzeile: „Original-Polizeibericht: So randalierte der Nigerianer“ über den Tod Marcus Omofumas im Gewahrsam der Exekutive. Im Kurier desselben Tages wurde unter der Überschrift: „Verklebter Mund auch als Schutz vor Beiß-Attacken“ ein wie es hieß „Beamter aus der Praxis“ zitiert: „Ein verklebter Mund habe auch einen anderen Grund als schreiende Delinquenten zum Schweigen zu bringen: ‘Bekanntlich pflegen vor allem Schwarzafrikaner kräftig zu beißen’, berichtet ein Beamter aus der Praxis.“ In dem mit „Tierische Laute“ betitelten Artikel im Falter 45/99 wird aus dem Polizeiakt folgende Stelle zitiert, die Marcus Omofumas Verhalten beschreiben soll: „Er springt, tobt und gab tierische Laute von sich.“

Eine ausführliche Analyse dieser, in die genderspezifische Darstellungstradition Schwarzer Männer eingebundenen Elemente der Animalität und damit verbundenen pathologisierten Aggressivität¹⁶ und Gefährlichkeit würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Diesen Abschnitt abschließend möchte ich festhalten, dass die hier nur skizzierten Bilder ihre Wirksamkeit durch ihre Institutionalisierung aufrechterhalten. So ist eben dieses auf unterschiedliche ethnisierte und rassifizierte Menschen angewandte jeweils spezifische Wissen Grundlage für Polizeipraxen wie Ethnic Profiling¹⁷.

15 Johnston-Arthur 2004.

16 Ein anschauliches Beispiel bietet die folgende von der damaligen Richterin und Justizsprecherin der FPÖ im Rahmen einer Sondersitzung des Nationalrates am 10. Mai. 1999 getätigte Aussage: „Erkundigen Sie sich doch einmal bei den Beamten über die Art der Schwarzafrikaner! Sie schauen nicht nur anders aus [...] sondern sie sind auch anders, und zwar sind sie ganz besonders aggressiv. Das liegt offensichtlich in der Natur dieser Menschen. Sie sind meistens illegal da, sie sind meistens Drogendealer, und sie sind ungeheuer aggressiv, wenn sie von Exekutivbeamten beanstandet werden.“ Zitiert aus dem Stenographischen Protokoll 168/NRSITZ (XX. GP) am 10. Mai 1999.

17 Zum Zusammenhang zwischen der Konzeptionalisierung Schwarzer Menschen und Polizeipraktiken im Kontext Großbritanniens vgl. Gilroy 1982/1993: 143ff; zu Ethnic Profiling in Österreich vgl. AI 2009: 59f.

2.2. Tatbestand Widerstand

Während das Jahr 1999 einen politischen Aufbruch des Widerstandes der afrikanischen Communities gegen rassistische Polizeigewalt darstellte¹⁸, markierte es zugleich auch eine neue, systematisierte Dimension seiner Kriminalisierungen.

Nur wenige Wochen nach dem Tod von Marcus Omofuma und wenige Tage nach Erscheinen ganzseitiger Zeitungsinserate des damaligen FPÖ-Chefs Hilmar Kabas¹⁹ waren ca 850 PolizistInnen in Wien, Niederösterreich, Graz und Linz im Einsatz um, wie es hieß, einen „internationalen Drogenring“ zu „sprengen“²⁰. Im Zuge dieser als Operation Spring betitelten Polizeiaktion wurde zum ersten Mal der „große Lauschangriff“ und im darauf folgenden Prozess „anonymisierte“ Zeugen eingesetzt. Medial wurde die Operation Spring als bahnbrechender Schlag gegen die organisierte Schwarze Kriminalität inszeniert (Johnston-Arthur/Ofoedu, 2005: 26). Die Tatsache, dass es sich damals um die größte kriminalpolizeiliche Aktion der zweiten Republik handelte, verdeutlicht die Dimensionen der Kriminalisierung.

An den vorangegangenen Abschnitt anschließend, möchte ich mich hier jedoch auf eine Skizze der vielschichtigen Diskriminierungsmuster der Kriminalisierung Schwarzen Widerstandes beschränken.

Im Standard von 28. 5. 1999 war unter der mit: „*Dealer bei der Mahnwache*“²¹ betitelten Zwischenüberschrift Folgendes zu lesen:

„Sicherheitsgeneral Michael Sika schwenkte wegen der ‘unerfreulichen’ Polarisierung zwischen Schwarzen und der Polizei indes dennoch ins Politische: Die Lauschangriffe dokumentieren, dass die Drogenbosse ihre Laufburschen angewiesen hätten, sich bei Polizeikontrollen auf ‘rassistische Behandlung’ zu berufen. ‘Wir wissen, dass sie aufgefordert waren bei den Demonstrationen und Mahnwachen für Omofuma teilzunehmen.’“ Im Kurier des selben Tages heißt es dazu etwa: „Als kürzlich Afrikaner wegen des Todes von Marcus Omofuma protestierten und Mahnwachen abhielten, wies ‘Sir’ Charles O., 39, seine Leute an, sich vom Drogengeschäft ‘freizunehmen’ – um zu demonstrieren. ‘Dieses Tonband wird vor Gericht zu hören sein’, hofft Sika.“

Kurz und grob zusammengefasst zementieren sich hier zwei Ebenen der Kriminalisierung:

- a. auf der individuellen Ebene von Schwarzen Opfern rassistischer Polizeiübergriffe: Die Diskreditierung des Vorwurfes des rassistischen Übergriffes als umgesetzte kriminelle Strategie
- b. auf der Ebene des organisierten Schwarzen Widerstandes: Die Diskreditierung der Pro-

18 Johnston-Arthur 2009: 2.

19 In diesen Inseraten war folgendes zu lesen: „Machtlos gegen 1.000 Nigerianer. Handeln Sie endlich, Herr Minister Schlögl!“.

20 Vgl Schlagzeile des Titelblattes der Kronenzeitung vom 28. Mai, 1999 lautete: Drogen-Ring der Nigerianer gesprengt.

21 Zu den vom Netzwerk der *Afrikanischen Communities* vor dem Innenministerium organisierten Mahnwachen siehe Johnston-Arthur 2009: 2.

teste (in diesem Fall konkret: Demonstrationen, Mahnwachen) der afrikanischen Communities gegen rassistische Polizeiübergriffe, durch „Freistellung“ von Drogendealern zwecks Teilnahme an Demonstrationen und Mahnwachen.

Ein weiteres in die einzelnen Fälle von rassistischen Übergriffen eingeschriebenes Diskriminierungsmuster ist die Gegenanklage von Opfern rassistischer Polizeiübergriffe wegen Widerstand gegen die Polizeigewalt²².

Das hier zentrale – im vorangegangenen Abschnitt skizzierte – Element pathologisierter Schwarzer Aggressivität wirkt hier auch auf der Ebene der Legitimierung von Polizeigewalt.²³

3. Abschließende Überlegungen

„Man kann ruhig sagen, dass die Bande versucht hat, den Rechtsstaat zu untergraben.“²⁴ meinte der damalige Sicherheitsgeneral Michael Sika bei der Pressekonferenz anlässlich der „Operation Spring“. Als Beleg hierfür führte er die Demonstrationen und Mahnwachen an, zu dessen Teilnahme Drogendealer vom als „Sir Charles O.“²⁵ konstruierten Drogenboss angewiesen worden wären.

Dieses Realitätsfragment führt die gesamtgesellschaftlichen Dimensionen der Kriminalisierung Schwarzen Widerstandes gegen institutionalisierten Rassismus vor Augen. Im Gesamtbild der medialen, politischen, juristischen, polizeilichen (Nicht)Reaktion auf die Proteste der afrikanischen Communities im Jahr 1999 zementieren sich auf vielschichtige Weise Wirkweisen von institutionellen Rassismus. Dies spiegelte sich nicht zuletzt in der absoluten Wirksamkeit der Kriminalisierung und Marginalisierung des politischen Schwarzen Widerstandes wieder.

Doch gerade hier mit den Widerständen gegen institutionellen Rassismus, den marginalisierten Kämpfen von systematisch Diskriminierten gegen „*state malpractice*“ wird der Staat letztlich fortlaufend mit fundamentalen Kernfragen der Demokratie²⁶ konfrontiert.

22 Dazu vgl auch Johnston-Arthur, Schindlauer 1998: 12ff, AI 2009: S 42.

23 Vgl. Sivanandan, *Deadly silence: black deaths in custody (introduction)*, <http://www.irr.org.uk/1991/january/ak000003.html> (27.01.2010)

24 Kurier, 28.05.1999.

25 Eingängig zur Konstruktion des Drogenbosses siehe Ofoedu 2000.

26 Dazu vgl Sivanandan: *Macpherson and after*, www.irr.org.uk/2000/february/ak000001.html (27.01.2010)

LITERATURLISTE

Amnesty International Österreich (2009): Österreich: Opfer oder Verdächtige. Eine Frage der Hautfarbe. Rassistische Diskriminierung im österreichischen Polizei- und Justizsystem. Ein Bericht von Amnesty International.

Ayim, May (1997): Grenzenlos und unverschämt. Berlin.

Brati, Ljubomir/Görg, Andreas (2003): Das Projekt des politischen Antirassismus. In: BUM – Büro für ungewöhnliche Maßnahmen: Brati, Ljubomir/Johnston-Arthur, Araba Evelyn/Görg, Andreas (Hg.): Politischer Antirassismus. Erfahrungen und Perspektiven. Eine Publikation im Rahmen des antirassistischen Archivs, Wien, 10-12.

Cissé, Madjiguène (2002): Papiere für Alle. Die Bewegung der Sans Papiers in Frankreich, Berlin.

Delsol, Rebekah (2006): Institutional Racism, the Police and Stop and Search: A Comparative Study of Stop and Search in the UK and USA. Dissertation, University of Warwick. der modernen afrikanischen Diaspora in Österreich. Diplomarbeit, Wien.

Essed, Philomena (2000): Multikulturalismus und kultureller Rassismus in den Niederlanden. In: Rätzl, Nora (Hg.): Theorien über Rassismus. Hamburg, 264-277.

Gilroy, Paul (1992[1982]): Police and thieves. In: Centre for Contemporary Cultural Studies (Hg.): The Empire Strikes Back. Race and racism in 70s Britain. London/New York, 143-182.

Johnston-Arthur, Araba Evelyn (2004): Über die Konstruktion des m[...] und der m[.....] im Kontext epistemischer Gewalt und den traumatischen Charakter neokolonialer Erfahrungen in

Johnston-Arthur, Araba Evelyn (2007): „... Es ist Zeit der Geschichte selbst eine Gestalt zu geben ...“ Strategien der Entkolonisierung und Ermächtigung im Kontext der modernen afrikanischen Diaspora in Österreich. In: Nghi Ha, Kien/al-Samarai, Nicola Lauré/Mysorekar, Sheila (Hrsg.): re/visionen. Postkoloniale Perspektiven von People of Color auf Rassismus, Kulturpolitik und Widerstand in Deutschland, 423-444.

Johnston-Arthur, Araba Evelyn (2008): „... um die Leiche des verstorbenen M[.]en Soliman ...“ Strategien der Entherzigung, Dekolonisation und Dekonstruktion österreichischer Neutralitäten. In: Kazeem, Belinda/Martinz-Turek, Charlotte/Sternfeld, Nora: Charlotte Martinz-Turek, Nora Sternfeld (Hrsg.): Das Unbehagen im Museum. Postkoloniale Museologien, Wien, 11-41.

Johnston-Arthur, Araba Evelyn (2009): Leitartikel anlässlich des 10. Todestages von Marcus Omofuma. In: Dolmeç. Deutsche Beilage der türkischen Monatszeitung Yeni Hareket,, Nr.04, Mai 2009, Wien, 2. http://www.afrikanet.info/uploads/media/Dolmec_04.pdf

Johnston-Arthur, Araba Evelyn/Ofoedu, Charles (2005): Von kriminellen Objekten zu politischen Subjekten? In: STIMME von und für Minderheiten, Nr.56, 26-27.

Johnston-Arthur, Araba Evelyn/Görg, Andreas (2000): Campaigning against racism. In: Kurswechsel. Zeitschrift für gesellschafts-, wirtschafts- und umweltpolitische Alternativen, Heft 1/2000, Antirassismus. Positionen und Widersprüche. Wien, 21-32.

Know Your Rights / Broschüre (1998) Impressum: F.d.I.v.: Araba E. Johnston-Arthur für PAMOJA, Mag. Dieter Schindlauer, Wien.

Ofoedu, Obiora Cl-K (2000): Morgengrauen. Ein literarischer Bericht, Wien.

Produced by an Independent Committee of Inquiry (1989): Policing in Hackney 1945 – 1984. A Report Commissioned by The Roach Family Support Committee, London, Stuart Hall Foreword 12-18.

Raburu, Maureen (1999): Antirassistische Mädchenarbeit. Sensibilisierungsarbeit bezogen auf Rassismus mit Mädchen und jungen Frauen, Kiel.

The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an Inquiry by Sir William MacPherson of Cluny (1999). Presented to the Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty. February 1999 (incl correction March 1999).

Ture, Kwame (formerly known as Stokely Carmichael)/Hamilton, Charles V. (1967/1992): Black Power. The Politics of Liberation. New York.

Mag.^a phil Araba Evelyn Johnston-Arthur, Studium der Afrikawissenschaften und Fächerkombination aus Politikwissenschaften, Soziologie, Jus und Philosophie an der Universität Wien, der University of Ghana/Legon und der University of London. School for Oriental and African Studies.

Mitbegründerin von Pamoja. Bewegung der jungen afrikanischen Diaspora in Österreich und der Recherchegruppe zu Schwarzer österreichischer Geschichte und Gegenwart.

Arbeitet ua zur Geschichte und Gegenwart der afrikanischen Diaspora mit Schwerpunkt Österreich, institutioneller Rassismus und Dekolonisation, lehrt am Institut für Politik- und Afrikawissenschaften; araba.evelyn.johnston-arthur@univie.ac.at