

nr 4/2012

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Die symbolische Qualität des Rechts

recht & gesellschaft

Globalisierung von Gerechtigkeit  
Datenschutzdiskurs und -recht in der Kritik  
EuGH und soziale Auftragsvergabe  
Landrechte in Australien

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

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

VERLAG  
ÖSTERREICH

# Drei Stufen? Zwei Klassen, viele Hürden und ein immer tieferer Graben

Joachim Stern

---

Seit unter der schwarz-blauen Regierung 2005 das Staatsbürgerschaftsgesetz geändert wurde, sind die Verleihungszahlen dramatisch zurückgegangen. Mit nunmehr sechs- bis siebentausend Personen jährlich befinden sie sich auf dem Stand der frühen 1970er Jahre. Die Quote im Verhältnis zur ausländischen Wohnbevölkerung liegt mit weniger als 1% gänzlich auf einem historischen Tiefststand. Im Herbst 2012 lebten erstmals mehr als eine Million Menschen oder nahezu 12% der Bevölkerung ohne österreichische Staatsbürgerschaft, ohne volle Gleichberechtigung und insbesondere ohne Wahlrecht. In Wien sind dies 23,3% aller Menschen, in einigen Bezirken noch weit mehr.<sup>1</sup>

Die Staatsbürgerschaft ist für viele unerreichbar, auch der Großteil der ÖsterreicherInnen könnte die Kriterien nicht erfüllen: lange und formalistisch starr berechnete Fristen von sechs bis 30 Jahren, die mit einem einzigen Tag Unterbrechung in der Aufenthaltstitelkette neu zu laufen beginnen, sind dafür ebenso maßgeblich wie ein pauschaler Ausschluss beim bloßen Verdacht, Straftaten oder auch nur Verwaltungsstraftaten begangen zu haben; das strenge Kriterium, die vormalige Staatsangehörigkeit zurückzulegen; nach dem Bildungshintergrund selektierende Wissenstests, die neben kulturchauvinistischen Banalitäten zudem wissenschaftlich falsche Fragen enthalten; sowie nicht zuletzt stetig zunehmende Anforderungen an Deutschkenntnisse. In einem Land, in dem öffentliche Sprachförderung nur punktuell angeboten wird und regelmäßig Kurskosten von mehreren tausend Euro aufgebürdet werden, ist der indirekte soziale Ausschluss unverkennbar. Er tritt aber in den Schatten der noch viel stärker wirkenden direkten sozialen Exklusion: Seit 2006 darf ausnahmslos nicht mehr eingebürgert werden, wer in den letzten drei Jahren Sozialhilfe bzw Mindestsicherung bezogen hat oder auch sonst kein Einkommen in Höhe von regelmäßig mehr als € 1.000 netto monatlich alleine für eine einzige Person nachweisen kann. Schaffen schon 60–70% der alleinstehenden Arbeiterinnen und 30–40% der Arbeiter in Österreich die Hürden nicht, wird der Gendergap mit Kindern noch größer – eine Alleinerzieherin hat kaum Chance auf Einbürgerung. Europaweit einzigartig hohe Verfahrensgebühren von € 875,70 bis € 2.469,50 für

---

1 [http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/bevoelkerung/bevoelkerungsstand\\_und\\_veraenderung/bevoelkerung\\_zu\\_jahres\\_quartalsanfang/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/bevoelkerungsstand_und_veraenderung/bevoelkerung_zu_jahres_quartalsanfang/index.html) (5.11.2012).

eine Person vertiefen den Graben zwischen dem Status als „FremdeR“ und als StaatsbürgerIn, als Rechtsobjekt und als Rechtssubjekt, schließlich weiter.

Realitätsfremd mutet es an, wenn vor diesem Hintergrund ein Staatssekretär für Integration via Kronen Zeitung kürzlich verkündet: „Die Staatsbürgerschaft ist ein hohes Gut. Bisher wurde sie verschenkt, manchmal auch verkauft – ab jetzt kann man sie sich verdienen.“<sup>2</sup> Dass damit zum ersten Mal eingestanden wird, dass sich, nach einer in Europa sonst nur in Montenegro bestehenden Regelung, InvestorInnen in den Staatsverband einkaufen können, ist nahezu der einzige Fortschritt am Vorschlag. So soll sich künftig „die Vergabe nach dem Fortschritt der Integration richten“ und zwar über ein „Drei-Stufen-System [...]“: Wer ausgezeichnet integriert ist, bekommt die Staatsbürgerschaft schon nach sechs Jahren. Wer ausreichend integriert ist nach zehn Jahren. Wer diese Standards nicht erfüllt, bekommt die Staatsbürgerschaft nicht.<sup>3</sup> Stufe 1: Ironman. Stufe 2: Marathon mit Hürdenlauf. Stufe 3, wie schon bisher: Sperre. Lebenslang.

Ausgezeichnet integriert soll sein, wer sechs Jahre regelmäßig einer Arbeit nachgeht, Steuern und Abgaben zahlt, ohne Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen zu haben, über Deutschkenntnisse auf Maturaniveau verfügt und mindestens drei Jahre lang ehrenamtlich bei einer Freiwilligenorganisation mit Tätigkeitsbereich in Österreich engagiert war. Jener Mehrheit, die schon jetzt zum Scheitern verurteilt ist, wird auch weiterhin dabei zugesehen. Frei nach Marie Antoinette: wenn sie sich keine Stehplätze leisten können, sollen sie doch Business Class fahren. Ehrlicher wäre es da, sich nicht nur verhöhlen zum Zensus zu bekennen sondern gleich Art 1 B-VG zu ändern: „Österreich ist eine Meritokratie. Ihr Recht geht vom deutschsprachigen Steuerzahler aus.“

Die einzige Ausnahme für die Einkommenskriterien soll zukünftig die Berücksichtigung einer „schweren Behinderung“ sein. Ob als schwere Behinderung auch ein Arbeitsmarkt gilt, auf dem Diskriminierung weit verbreitet ist und selbst bei Vollzeitätigkeit kein entsprechendes Gehalt erzielt werden kann, muss trotz Abhängigkeit ganzer Wirtschaftszweige von staatlicher Hilfe wohl bezweifelt werden. Gegenüber Nicht-StaatsbürgerInnen wird ein grenzenloses Leistungsmantra ausgerufen und das Abweichen vom mühsam konstruierten Ideal als persönliches Scheitern sanktioniert. Menschenrechte, pervertiert zum marktformigen Gut das teuer ist und hart verdient werden muss. Aber heißt es nicht eigentlich: Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten *geboren*?

Dr. Joachim Stern, Maî. lehrt an den Universitäten Wien und Klagenfurt und ist National Legal Expert des European Union Democracy Observatory on Citizenship am European University Institute sowie Mitherausgeber des *juridikum*; joachim.stern@univie.ac.at

2 Kronen Zeitung, 28.10.2012

3 [http://www.integration.at/news/staatssekretaer\\_kurz\\_neue\\_kriterien\\_fuer\\_die\\_staatsbuergerschaft/](http://www.integration.at/news/staatssekretaer_kurz_neue_kriterien_fuer_die_staatsbuergerschaft/) (5.11.2012).

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 385 Drei Stufen? Zwei Klassen, viele Hürden und ein immer tieferer Graben  
Joachim Stern

## merk.würdig

- 389 Wer zu früh kommt, den bestraft das Leben  
*Eine rechtshistorische Glosse*  
Klaus Boehnke
- 393 Von Abendroth lernen heißt aus der Geschichte lernen  
Jonas Weber
- 396 Flüchtlingsrechte als „open text“  
Maximilian Pichl
- 400 Das internationale Auge  
*Menschenrechtsbeobachtung in den Philippinen*  
Annelie Kaufmann/Matthias Lehnert

## tat.sache

- 405 Ausschussware  
*12 Punkte zur Reform des Untersuchungsausschusses*  
Brian-Christopher Schmidt

## recht & gesellschaft

- 412 Diskriminierung durch den Sozialkontrakt?  
*Wege zur „Globalisierung“ von Gerechtigkeit in Martha Nussbaums „Frontiers of Justice“*  
Eva Maria Maier
- 421 Datenschutzdiskurs und -recht in der Kritik  
Walter Fuchs/Andrea Kretschmann
- 428 Bahn frei für soziale Auftragsvergabe?  
*Eine Analyse des EuGH-Urteils vom 10.5.2012, C-368/10 Max Havelaar betreffend die Verankerung von Umwelt- und Fair Trade-Gütezeichen im öffentlichen Beschaffungsprozess*  
Alice Wagner
- 439 Die Mabo No. 2 Entscheidung des Australischen Höchstgerichtes aus dem Jahre 1992 – eine späte Abkehr von der terra nullius-Doktrin  
Michael Kreuz

## thema

- 449 Vorwort: Die symbolische Qualität des Rechts  
Walter Fuchs/Ilse Koza/Andrea Kretschmann
- 455 Symbolische (Rechts-)Politik. Eine Begriffs- und Problemanalyse  
Christian Hiebaum
- 465 Symbolische Politik als Ideologieproduktion  
*Ein Kommentar zum Beitrag von Christian Hiebaum*  
Johannes Stehr
- 471 Jugendkriminalität als Ressource symbolischer Politik  
*Episodische Betrachtung einer Diskussion über Jugendkriminalität im Vorfeld der bessischen Landtagswahl am 27.1.2008*  
Daniel Wagner

- 481 Zur Evaluation der sicherheitstechnischen Eignung von Videoüberwachung  
*Regionale Defizite, internationale Standards, methodische Herausforderungen*  
Robert Rothmann
- 494 Emanzipation von oben: Symbolische Qualitäten des Schweizer Integrationsrechts  
Susanne Bachmann/Yvonne Riaño
- 503 Engagierte Bürgerinnen und Bürger statt Mafiosi?  
*Symbolische Aspekte des § 278a StGB (Kriminelle Organisation) und seiner Anwendung*  
Eberhart Theuer/Erwin Lengauer

## nach.satz

- 517 Die Kindes-Obsoberung zwischen Höchstgerichten, Gesetzgebung und Lebensrealität  
Caroline Voithofer

## Impressum

### juridikum

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

### Herausgeber\_innen:

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

### Medieninhaber und Verleger:

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

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 58,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-  
Probebezug: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 16,-  
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

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

### Wissenschaftlicher Beirat:

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

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

### Autor\_innen dieser Ausgabe:

Susanne Bachmann, Klaus Boehnke, Walter Fuchs, Christian Hiebaum, Annelie Kaufmann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Michael Kreuz, Matthias Lehnert, Erwin Lengauer, Eva Maria Maier, Maximilian Pichl, Yvonne Riaño, Robert Rothmann, Brian-Christopher Schmidt, Johannes Stehr, Joachim Stern, Eberhart Theuer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Daniel Wagner, Jonas Weber

## Offenlegung

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

### Layout und Satz:

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at  
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at  
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at  
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at  
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Wer zu früh kommt, den bestraft das Leben

Eine rechtshistorische Glosse

Klaus Boehnke

---

Es begab sich im Jahre 1985 im damaligen West-Berlin. Eine Psychologin und ein frisch promovierter Ebensolcher lebten mit einem 1982 geborenen gemeinsamen Sohn in „wilder Ehe“ zusammen und beschlossen, ein zweites wildes Kind zu haben. Die Tochter wird im Sommer 1986 geboren.

Der Kindsvater lässt sich für die Lebensmonate 3–10 zur Betreuung seiner Tochter nach dem Landesbeamten-gesetz ohne Bezüge beurlauben. Er beantragt beim Bezirksamt Berlin-Kreuzberg Erziehungsgeld nach dem am 1. Jänner desselben Jahres in Kraft getretenen Bundeserziehungsgeldgesetz. Der Antrag wird abgelehnt. Die Zahlung von Erziehungsgeld ist nach damaliger Fassung des Gesetzes an das Personensorgerecht gebunden, das nicht-eheliche Väter nach damals geltendem Recht nicht besitzen. Bei seinem Arbeitgeber beantragt der Kindsvater, ihm seine Beurlaubungszeit als Erziehungsurlaubszeit anzuerkennen. Der Antrag wird abgelehnt. Erziehungsurlaub können nur Personen erhalten, die auch Erziehungsgeld erhalten, Erziehungsgeld können nur Personen erhalten, die das Personensorgerecht für ihr Kind haben.

Die wilden Eltern entschließen sich, für ihre Tochter die Ehelichkeitserklärung nach § 1738 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zu beantragen, einer Rechtsvorschrift aus dem 19. Jahrhundert, die ursprünglich ergangen war, um es verheirateten Vätern zu ermöglichen, Kinder zur linken Hand – etwa aus einer morganatischen Verbindung – in ihre Ehe aufzunehmen, die aber in „modernen“ Zeiten auch nicht-ehelichen Vätern die Option eröffnet, das Sorgerecht für ihre nicht-ehelichen Kinder zu erhalten, genutzt hauptsächlich im Kontext von Erbangelegenheiten. Krux: Die Mutter muss dadurch auf das Sorgerecht verzichten. Das Bezirksamt Berlin-Kreuzberg, dessen Stellungnahme nach geltender Rechtslage eingeholt werden muss – Antragsgegner im Erziehungsgeldverfahren – stimmt zu! Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg hingegen lehnt den Antrag ab. Hauptgrund: Es sei nicht im Sinne des Kindeswohls, wenn das Sorgerecht für die Geschwister (das Paar hat ja noch einen älteren gemeinsamen Sohn) nicht in gleicher Hand sei. Das Paar hingegen will eine Situation, in der beide Kinder mit jeweils mindestens einem Elternteil qua Sorgerecht verbunden sind, besser beide mit beiden, was zum damaligen Zeitpunkt nicht vorgesehen ist. Man legt Beschwerde an das Landgericht ein und scheidert. Man legt weitere Beschwerde an das höchste Berliner Gericht, das Kammergericht, ein und scheidert erneut. Eine Verfassungsbeschwerde kann das wilde Paar

zu diesem Zeitpunkt nicht einreichen, da es seinen Wohnsitz in West-Berlin hat und das Verfassungsgericht in Karlsruhe bei derartigen Fällen im Sinne alliierter Rechtsvorbehalte (wir befinden uns im Jahr 1987) nicht tätig werden darf: Aus völkerrechtlichen Gründen haben die vormaligen Besatzungsmächte und Signatarstaaten des Vierseitigen Abkommens von 1971 (USA, Vereinigtes Königreich, Frankreich und UdSSR) in diesem Abkommen noch einmal festgehalten, das „Berliner Sachen“ nicht der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit unterliegen. Ebenfalls nach alliierten Rechtsvorbehalten wurde bis zu diesem Zeitpunkt ein Paragraf der Westberliner Verfassung, der die Einrichtung eines Landesverfassungsgerichts vorsieht, nicht in Kraft gesetzt. Das rechtliche Gehör des Paares endet.

Der Kindsvater klagt gegen das Bezirksamt Berlin-Kreuzberg wegen Rechtswidrigkeit des Bescheids, mit dem die Zahlung von Erziehungsgeld abgelehnt wird. Er verliert vor dem Sozialgericht Berlin. Die Berufung vor dem Landessozialgericht Berlin endet mit einem Vergleich: Der Kindsvater zieht seine Klage zurück, der Antrag auf Erziehungsgeld bleibt im Verwaltungsverfahren anhängig bis das Bundesverfassungsgericht über einen Vorlagebeschluss eines Hamburger Gerichts entschieden hat, mit dem ein dortiger Richter eine Entscheidung des Karlsruher Gerichts darüber herbeiführen möchte, ob der Ausschluss nicht-ehelicher Väter vom Erziehungsgeld mit der Verfassung vereinbar ist. Die ebenfalls eingereichte Klage gegen seinen Arbeitgeber wegen Nichtgewährung von Erziehungsurlaub beim Westberliner Verwaltungsgericht ruht damit ebenfalls.

Am 30.6.1989 und am 17.12.1990 wird das Bundeserziehungsgeldgesetz novelliert. Nicht-eheliche Väter werden nicht mehr vom Erhalt von Erziehungsgeld ausgeschlossen, wenn sie mit ihrem Kind im gleichen Haushalt leben. Altfälle wie der des wilden Kreuzberger Paares bleiben ausgeschlossen. Das Bundesverfassungsgericht erklärt dies in einem Stichtagsbeschluss für rechtens.

Das Hamburger Gericht hat mittlerweile vor dem Hintergrund einer Besetzungsproblematik der vorliegenden Kammer seinen Vorlagebeschluss zurückgezogen. Am 7. Mai 1991 erklärt dann allerdings das Bundesverfassungsgericht den § 1738 BGB hinsichtlich der Bestimmung für verfassungswidrig, dass die Mutter im Rahmen einer Ehelichkeitserklärung das Sorgerecht verliert. Gerade mit diesem Tatbestand hatten die damit zuvor befassten Berliner Gerichtsinstanzen die Ablehnung des Antrags des wilden Kreuzberger Paares begründet; man wollte nicht, dass die Personensorge für die beiden Kinder des Paares in unterschiedlicher elterlicher Hand liegt. Hätte es für Westberliner vor dem Mauerfall bereits den Zugang zum Bundesverfassungsgericht gegeben, so kann man vermuten, wäre die Beschwerde des Kreuzberger Paares wohl dem Tenor nach in die gleiche Richtung gegangen. Der Kindsvater wäre einem Sorgeberechtigten gleichgestellt worden: wäre, hätte, wenn. Das in Artikel 19 Grundgesetz festgelegte Rechtsstaatsprinzip bleibt im Kalten Krieg eingeschränkt.

Es dauert etwa sieben Jahre, bis im jetzt vereinten Deutschland, unter anderem vor dem Hintergrund des Urteils zur Ehelichkeitserklärung, das Personensorgerecht umfassend

neu geregelt wird. Am 1.7.1998 tritt ein neues Gesetz zur Personensorge in Kraft. Ehe-liche und uneheliche Kinder werden einander gleichgestellt. In einem Haushalt mit ihren Kindern lebende, nicht-eheliche Eltern können über eine notariell beglaubigte Erklärung kundtun, dass sie gemeinsam das Sorgerecht für ihre Kinder ausüben. Das wilde Kreuzberger Paar tut dies unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes. Endlich, die Kinder sind mittlerweile 12 und 16, haben sie beide das Sorgerecht für ihre gemeinsamen Kinder.

Unmittelbar nach der notariellen Beurkundung dieses Tatbestands beantragt der Kindsvater erneut beim nunmehrigen – die deutsche Vereinigung hat 8 Jahre zuvor stattgefunden – Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg die Entscheidung des ruhenden Antrags auf Gewährung von Erziehungsgeld. Das Bezirksamt lehnt zunächst auf Basis einer Verjährungseinrede ab. Ein einziges Mal obsiegt der Antragsteller: Das Sozialgericht Berlin verpflichtet das Bezirksamt auf seine Klage hin zur Entscheidung des Antrags. Dieses lehnt ihn mit gleichbleibender Begründung – fehlende Antragsvoraussetzungen (Sorgerecht) – ab. Der Kindsvater klagt erneut beim Sozialgericht Berlin und lässt auch das Verfahren beim Verwaltungsgericht gegen seinen vormaligen Arbeitgeber wieder aufleben.

Im Jahre 1999 zerbricht die wilde Beziehung; der Kindsvater zieht nach Sachsen. Das Verfahren wird an das Sozialgericht Chemnitz überwiesen. Die Sozialgerichte in den neuen Bundesländern haben andere Sorgen. Ein Urteil ergeht erst im Jahre 2006. Die Tochter ist mittlerweile volljährig. Die zuständige Kammer des Gerichts lässt in der mündlichen Verhandlung erkennen, dass sie das Rechtsempfinden des Klägers durchaus für plausibel hält, aber aus formalrechtlichen Gründen nicht zu Gunsten des Klägers entscheiden kann. Zentrale Begründung: Das Bundesverfassungsgericht hat zwar den Paragraphen des BGB für verfassungswidrig erklärt, auf dessen Basis dem Kläger die Personensorge für seine Tochter verweigert worden ist. Aber nur wenn das Verfassungsgericht den Paragraphen für nichtig erklärt hätte, wäre es möglich, hier rückwirkend festzustellen, dass dem Kläger 1987 das Sorgerecht zugestanden hätte. Das hat es aber nicht. Insofern weist das Chemnitzer Sozialgericht die Klage ab. Die Berufung an das Landessozialgericht Sachsen bleibt ebenfalls erfolglos, ebenso die Beschwerde an das Bundessozialgericht gegen die Nicht-Zulassung der Revision.

Als nächsten Versuch, sein Recht zu bekommen, lässt der Kindsvater (nach über 10 Jahren erstmals wieder mit anwaltlicher Unterstützung) eine Beschwerde an das Verfassungsgericht in Karlsruhe erarbeiten. Die sorgfältig formulierte Beschwerde argumentiert auf der Basis einer gleichzeitigen Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte nach Art 3 (Gleichheitsgrundsatz – Ungleichbehandlung ehelicher und nicht-ehelicher Väter) und Art 19 (Rechtliches Gehör) in Verbindung mit Art 2 (allgemeine Handlungsfreiheit – Unmöglichkeit der Verfolgung verfassungsmäßiger Rechte auf Grund alliierter Vorbehalte) des Grundgesetzes. Das Verfassungsgericht nimmt die Beschwerde ohne Begründung nicht zur Entscheidung an. Der Kindsvater schlüpft danach vollends in die Kohl-

haas-Rolle und formuliert eine Beschwerde zum Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EGMR). Dieser kommt zu dem Schluss, dass die in Art 34 und 35 der Menschenrechtskonvention niedergelegten Voraussetzungen für eine Beschwerde nicht erfüllt sind und erklärt diese für unzulässig. Auch wenn sich dieses – weil nicht explizit ausgeführt – nur vermuten lässt, so liegt es nahe, dass der EGMR der Klage deshalb die Zulässigkeit abgesprochen hat, weil sich materiell-rechtlich ausschließlich ein Vermögensschaden feststellen lässt, ein Tatbestand der in der Regel kein EGMR-Urteil rechtfertigt.

Ende der Fahnenstange? Vernünftigerweise wohl: Zwar gäbe es noch die Option, auch die nach wie vor anhängige Verwaltungsgerichtsklage gegen den vormaligen Arbeitgeber durch die Instanzen zu führen, aber welche Erwartungen sollten dadurch erfüllt werden? Die Tochter ist nunmehr 26 Jahre alt und selbst Psychologin, wie die Eltern; wäre sie erst 20, also 1992 und nicht 1986 geboren, wäre alles ganz anders gekommen. Michail Gorbatschow, einer der Väter der deutschen Einheit, bekommt so auch im deutschen Familienrecht eine nachträgliche spiegelverkehrte Bedeutung: Wer zu früh kommt, den bestraft das Leben.

Prof. Dr. Klaus Boehnke lehrt sozialwissenschaftliche Methodenlehre an der Jacobs University Bremen und ist Prodekan der Bremen International Graduate School of Social Sciences (BIGSSS), einer im Rahmen der deutschen Exzellenzinitiative geförderten Gemeinschaftsinstitution der Jacobs University und der Universität Bremen; k.boehnke@jacobs-university.de

# Von Abendroth lernen heißt aus der Geschichte lernen

Jonas Weber

---

Rezension zu *Fischer-Lescano/Perels/Scholle* (Hg), *Der Staat der Klassengesellschaft – Rechts- und Sozialstaatlichkeit bei Wolfgang Abendroth*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 275 Seiten, € 29,-.

Wer versucht, die Aktualität des Staatsverständnisses Wolfgang Abendroths herauszuarbeiten, sieht sich mit zwei Problemfeldern konfrontiert. Zunächst gestaltet es sich schwierig, bei Abendroth konsistente Positionen auszumachen, was vor allem daran liegt, dass sein Werk kaum Monographien enthält. Außerdem haben sich Abendroths Ansichten im Laufe der Zeit immer wieder gewandelt. Seine rechts- und politikwissenschaftlichen Arbeiten sollten, so der Anspruch, immer auf genauen realhistorischen Analysen basieren. Denn Abendroth war zwar Staatsrechtslehrer und Professor für wissenschaftliche Politik, aber vor allem auch Historiker der Arbeiter\_innenbewegung und veränderte bzw aktualisierte seine Positionen im Laufe der Zeit immer wieder. Die zweite Schwierigkeit schließt daran an, denn die historischen Gegebenheiten, die die Grundlage für seine Analysen und rechtsstaatlichen Argumentationen bildeten, haben sich erheblich verändert. So müssen Aktualisierungen seines Denkens notwendigerweise die historischen Gegebenheiten in Abendroths Zeit berücksichtigen, ebenso wie die aktuellen realhistorischen Umstände.

Der von *Fischer-Lescano/Perels/Scholle* herausgegebene Sammelband „Der Staat der Klassengesellschaft – Rechts- und Sozialstaatlichkeit bei Wolfgang Abendroth“ versucht genau dies und beginnt mit Beiträgen zu Abendroths intellektuellem Lebensweg. Dabei wird seine Entwicklung vom jungen ultralinken Kommunisten aus sozialdemokratischem Elternhaus über die Zeit in der KP-Opposition bis zur Entscheidung, nach dem Krieg in die SPD einzutreten (*Gregor Kritidis*), ebenso rekonstruiert wie sein Verhältnis zum Realsozialismus (*Uli Schöler*). *Frank Deppe* beschäftigt sich mit Abendroths Marxismus und streicht die Bedeutung der Klassendimension für Abendroths Staats- und Rechtsverständnis raus. *Thilo Scholle* beschäftigt sich mit Abendroths Auffassung, dass Recht sowohl die Stabilität der Herrschaft in (kapitalistischen) Gesellschaftsformationen sichert, als auch ein Mittel zur Transformation darstellt, sofern die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse dies zulassen.

*Lena Kreck*, die einzige weibliche Autorin im Sammelband, stellt fest: „Abendroth war kein Feminist!“ Vielmehr war er ein typischer Repräsentant der alten patriarchalisch bestimmten Arbeiterbewegung. Abendroths Konzeption einer sozialen Demokratie be-

dürfe somit unbedingt einer feministischen Bearbeitung und biete gleichsam Ansätze für feministische Fortschreibungen.

Das dritte Kapitel befasst sich mit Abendroths Demokratie und Rechtsverständnis, dem Herzstück des abendrothschen Werks. So zeigt *John Philipp Thurn*, dass Abendroths Exegese unter vielen anderen Staatsrechtslehrern anschlussfähig war. Parallelen zu Abendroths Auffassung des *demokratischen und sozialen Rechtsstaats* (Art 28 Abs 1 GG) als Rechtsgrundsatz finden sich sowohl bei Demokraten, konservativen Etatisten, als auch bei ehemaligen Nazis.

*Joachim Perels* widmet sich der Methode in Abendroths juristischem Denken, dem demokratischen Positivismus, welchen er von Hans Kelsen übernommen hat. Die zugrunde liegende Norm wird dabei zur einzigen Basis der Exegese erhoben. *Perels* expliziert die Methode u.a. anhand Abendroths Position im Streit um die Identität von Deutschem Reich und Bundesrepublik und anhand seiner berühmten Grundgesetzinterpretation. Das Grundgesetz stellte er als einen Kompromiss unterschiedlicher gesellschaftlicher Kräfte dar und stützte sich dabei auf die Analyse der bestehenden Länderverfassungen und der Programme der im Parlamentarischen Rat vertretenen Parteien. Seine Interpretation besagt, dass „das private kapitalistische System nicht festgeschrieben ist (Art 2 Abs 1 iVm Art 14 Abs 1, Art 15 GG), sondern der Disposition des demokratischen Gesetzgebers unterliegt“ (S 144).

*Peter Römer* stellt Abendroths Demokratieverständnis in Abgrenzung zu Carl Schmitt und Hans Kelsen dar, wobei er stark macht, dass Abendroths Demokratieverständnis nicht bloß politische, sondern gesellschaftliche Demokratie, also echte Mitbestimmung und -gestaltung impliziert.

*Hans-Jürgen Urban* verweist auf die Notwendigkeit, die Gewerkschaften als demokratische Akteur\_innen zu revitalisieren. Das Konzept der „Wirtschaftsdemokratie“, welches in den letzten Jahren verstärkt in den deutschen Gewerkschaften diskutiert wird, ist für *Urban* ganz im Sinne einer abendrothschen, demokratischen Perspektive. Gewerkschaften können aufgrund ihrer „politökonomisch-demokratiepolitischen“ Doppelfunktion eine wichtige Rolle in einer „Mosaik-Linken“ spielen (S 195).

*Oliver Eberl* und *David Salomon* beschreiben den Unterschied von Wirtschaftsdemokratie zur sozialen Demokratie und legen den Fokus auf den historischen Kontext der abendrothschen Betrachtung. Sie streichen heraus wie wichtig der Aspekt komplexer Bündnisstrukturen ist, der Gegensätze fruchtbar macht. Soziale Bewegungen dürfen nicht als bloßes Korrektiv politischer Entscheidungsprozesse agieren, sondern müssen als treibende Kraft die progressive Umsetzung von sozialer Demokratie vorantreiben.

Abendroths Internationalismus wird durch *Hans-Jürgen Bieling* sowie *Andreas Fischer-Lescano* und *Gerhard Stuby* behandelt. *Bieling* aktualisiert dabei das abendrothsche Verständnis des europäischen Integrationsprozesses. *Fischer-Lescano/Stuby* behandeln sein Völkerrechtsverständnis aus einer postkolonialen Perspektive.

*Kolja Möller* entfaltet eine „postmoderne Lesart der Verfassungstheorie Wolfgang Abendroths“ (S 258) und lotet die Denkbarkeit der Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in der Weltgesellschaft aus. Er wählt dabei einen Weg, der sich sowohl von einem rechtsoptimistischen Zugang abgrenzt, der die Verwobenheit von öffentlichem Recht und Kapitalismus verkennt, als auch von neomarxistischen Zugängen, die soziale Kämpfe als Kämpfe gegen das (kapitalistische) Recht darstellen. *Möller* bezeichnet Verfassungen mit Abendroth als Hybride und zeigt, dass diese durch einen vorgeschalteten Prozess der Konstitutionalisierung zivilgesellschaftlicher Akteur\_innen beeinflusst sind.

Wer, inspiriert von anderen Bänden aus der Reihe „Staatsverständnisse“ (zB *Hobbes* oder *Poulantzas*), mit der Erwartung an diesen Band herangeht, eine ausformulierte Staatstheorie präsentiert zu bekommen, wird sicherlich enttäuscht werden. Allerdings bietet der Band Abendroth-Einsteiger\_innen Einblicke in juristische Debatten, wie sie heute kaum denkbar erscheinen und vermittelt einen umfassenden Eindruck von Abendroths Denken und seiner interventionistischen Praxis. Auch Fortgeschrittene kommen auf ihre Kosten, denn der Band systematisiert Abendroths auf viele Artikel verteiltes Werk und kann als kleines Nachschlagewerk dienen. Besonders der Artikel von *Uli Schöler* zu Abendroths Haltung zur DDR wird auch manche Abendroth-Kenner\_innen überraschen. Die eingangs erwähnten Unwegbarkeiten meistert der Band somit recht gut, allerdings zum Preis, dass fast jeder Beitrag mit, oft ähnlichen, historischen Vorbemerkungen beginnt. Dies stört einerseits zwar ein wenig den Lesefluss, entpuppt sich aber meist als hilfreich und dürfte auch im Sinne des geschichtsbewussten Abendroth sein.

Dass außer *Lena Kreck* keine weitere Frau im Sammelband vertreten ist und die männlichen Autoren zum Großteil auf geschlechtergerechte Sprache verzichten, zeigt außerdem: *Lena Kreck* hat Recht: „Es wird Zeit, mit der maskulinen Dominanz in der Abendroth-Rezeption zu brechen“ (S 117).

# Flüchtlingsrechte als „open text“

Maximilian Pichl

---

Rezension zu *Klepp, Silja*: Europa zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz. Eine Ethnographie der Seegrenze auf dem Mittelmeer, transcript Verlag Bielefeld (2011).

Der arabische Frühling hat die fragile Struktur des europäischen Grenzregimes offenbart. Mit den Revolutionen in Tunesien und Libyen erhoben sich in denjenigen Ländern Proteste, mit denen die Europäische Union seit geraumer Zeit ein Netz von Abkommen geschlossen hatte, um die Migration aus diesen Transitstaaten weitestgehend einzudämmen.

Die Ethnologin *Silja Klepp* beschäftigt sich in ihrer Studie „Europa zwischen Grenzkontrolle und Flüchtlingsschutz. Eine Ethnographie der Seegrenze auf dem Mittelmeer“, die 2011 im transcript Verlag erschienen ist und auf ihrer Dissertation basiert, mit der Neugestaltung des europäischen Grenzregimes. Da *Klepp* ihre Feldforschung in Italien, Malta und Libyen in den Jahren 2006 und 2007 vorgenommen hatte, wurden ihre Forschungsergebnisse zwar teilweise von den dynamischen Ereignissen in Nordafrika überrollt. Doch ihre Analysen liefern einen beeindruckenden Ausschnitt, wie die Grenzschutzagentur Frontex in ihren Anfängen gearbeitet hat und welche Diskussionen zu Beginn der Abkommen zwischen den nordafrikanischen und den europäischen Staaten stattfanden.

Die Forschungsperspektive von *Klepp* ist gerade für die Rechtswissenschaft erfrischend. Als Ethnologin benutzt sie einen erweiterten Rechtsbegriff, der nicht nur davon ausgeht, dass das Recht von Institutionen gesetzt, sondern durch Akteure vor Ort entscheidend transformiert wird (S 17). Für ihre empirische Arbeit führte sie deshalb vor allem Interviews mit Grenzschutzbeamt\_innen, Anwält\_innen, Vertreter\_innen von NGOs und Migrant\_innen. Damit versucht sie ihrer Forschungsperspektive gerecht zu werden, die die Entscheidungsmacht über die Ausgestaltung des europäischen Grenzregimes nicht nur in Brüssel verortet, sondern in der europäischen Peripherie (S 90). In Anlehnung an bisherige Forschungsarbeiten zu rechtspluralistischen Regimen bezeichnet *Klepp* das EU-Flüchtlingsrecht im Mittelmeer als „multi-sided arena of negotiation“ (S 88). Dies bedeutet, dass unterschiedliche Akteur\_innen an der Produktion des Rechts mitwirken und unterminiert die Vorstellung, mit der Europäisierung ginge eine Schwächung des Nationalstaates einher. *Klepp* insistiert vielmehr darauf, die Transformation des humanitären Seerechts im Mittelmeer aus dem Blickwinkel der von ihr als solche bezeichneten „Frontstaaten“ (S 239) zu sehen (zB Malta oder Italien). Gerade diese

Staaten, die im Zuge der Europäisierung verstärkt zu Zielen der Migration wurden, werden aus der Sicht von Klepp zu den tragenden Akteur\_innen bei der Umgestaltung des Rechts.

### Juridische Kämpfe um das Grenzregime

Ihr empirischer Teil zeigt deutlich, wie sich die Verlagerung des Grenzregimes vom Zentrum in die Peripherie auf das humanitäre Seerecht ausgewirkt hat. Bis zum Anfang der 2000er Jahre galt die unumstößliche Regel des Seerechts, dass alle Menschen gerettet werden sollen, die in Seenot geraten sind, unabhängig von ihrem Rechtsstatus oder ihrer Ethnie. Doch diverse Strafverfahren aus den letzten Jahren sowie die Einsätze von Frontex im Mittelmeer und die Kooperation zwischen den europäischen Peripherie-Staaten und den nordafrikanischen Transitstaaten hat das Seerecht zu einem „open text“ (S 258) werden lassen. Beispielhaft führt *Klepp* die Verfahren gegen tunesische Fischer und die Besatzung des deutschen Schiffs Cap Anamur an, die jeweils Migrant\_innen in Seenot gerettet hatten. Die Kriminalisierung der Seenotrettung durch italienische Gerichte hätte dabei nicht nur dazu geführt, dass andere Seeleute vor ihrer rechtlichen Verpflichtung abgeschreckt wurden, sondern stellte das humanitäre Seerecht insgesamt in Frage. So wurde auf der europäischen Ebene lange Zeit über die Leitlinien für Frontex-Einsätze auf hoher See gestritten. *Klepp* macht deutlich, wie sich der alte Konflikt um die Seerechtsabkommen SAR (Search and Rescue) und Solas (International Convention for the Safety of Life at Sea) in den Konflikt um die Leitlinien verschoben hat. Damals wie heute war vor allem Malta ein entscheidender Akteur bei der Gestaltung der Leitlinien-Debatte (S 313). Da Malta eine sehr große Zone der Seenotrettung umfasst, wehren sich maltesische Politiker\_innen in Brüssel vehement gegen eine automatische Verpflichtung zur Aufnahme von Migrant\_innen, wenn diese in maltesische Gewässer fahren. Dabei werden die spezifischen Erfahrungen aus dem maltesischen Grenzregime als Blaupause für die Transformation des Flüchtlingsrechts benutzt.

Die Interviews und *Klepps* Analysen zeigen deutlich, wie das Flüchtlingsrecht entscheidend durch die militärische und sicherheitspolitische Logik geprägt wird. Gerade in der Anfangsphase von Frontex, in welcher keine verbindlichen Leitlinien für die Einsätze vorlagen, wurde das Seerecht durch Ad-hoc-Komitees von Grenzschutzbeamten\_innen interpretiert und angewendet (S 299). Die Vorrangstellung der Exekutive im Raum der Grenze tritt hier deutlich hervor. Ungewiss ist, wie in Zukunft die Verrechtlichung der Frontex-Einsätze weitergehen wird, schließlich hat das Europäische Parlament, angetrieben durch den maltesischen Abgeordneten *Simon Busutill*, vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) Klage gegen die Frontex-Leitlinien eingelegt und der EuGH hat im Sinne des Parlaments entschieden.<sup>1</sup> Laut EuGH hätten die Frontex-Leitlinien eine we-

---

1 EuGH 5.9.2012, C-355/10, *Parlament/Rat*.

sentliche Änderung des Schengener Grenzkodexes zur Folge gehabt, weshalb das Parlament in die Beschlussfassung über die Leitlinien mit einbezogen hätte werden müssen. Die Kommission hatte jedoch den intransparenten Weg des Komitologie-Verfahrens gewählt, um die Leitlinien am Parlament vorbei zu beschließen.<sup>2</sup> Die seerechtlichen Debatten über Frontex-Einsätze gehen damit in eine zweite, ungewisse Runde.

### Outsourcing der Grenzkontrollen

In dem Schlussteil ihrer Studie formuliert *Klepp* einige theoretische Thesen und Empfehlungen an die EU, die sie aus ihrer empirischen Arbeit ableitet. Sie beschreibt eine „Geographie des Flüchtlingsrechts“ (S 387), die das Mittelmeer in abgestufte Rechtszonen aufteilt. Während früher die Seenotrettung universell im gesamten Mittelmeer gegolten hat, steigt der Rechtsschutz für Migrant\_innen an, wenn diese sich dem europäischen Festland nähern. Die Abkommen zwischen Afrika und der EU führen hingegen dazu, dass die MigrantInnen vor der nordafrikanischen Küste faktisch rechtlos sind. Die EU hat damit ihre Verantwortung und ihre menschenrechtlichen Verpflichtungen „outgesourct“.<sup>3</sup> Zudem untermauert *Klepp* ihre These von der mehrfachen Peripherisierung des Grenzregimes. In der EU gebe es kein eindeutiges Machtzentrum, weshalb auch politische Gegenpol-Bewegungen erschwert würden (S 398). Hier wäre zu fragen, ob *Klepp* nicht allzu schnell die Vorrangstellung der europäischen Zentrumsstaaten verwirft. Zwar sind es periphere Staaten wie Malta, die vorrangig an der faktischen Ausgestaltung des Grenzregimes wirken, doch waren es Staaten wie Deutschland oder Frankreich, die die Europäisierung des Grenzregimes und die Entstehung von Frontex vorangetrieben haben. Die Interessen des Zentrums spiegeln sich auch in der Peripherie wider. Begrüßenswert ist hingegen *Klepps* Darstellung des Grenzregimes, bei der Frontex keine Vorrangstellung einnimmt. Die Grenzschutzagentur galt lange als das Hauptmoment des europäischen Grenzregimes. *Klepp* zeigt hingegen, dass die Etablierung von Rückübernahmeabkommen und nationale Grenzschutzpolitiken oft viel weitreichendere Konsequenzen für die Abwehr der Migration haben.

Etwas unglücklich verfährt *Klepp* mit ihrem Appell an die europäischen Institutionen. Am Ende ihrer Arbeit fordert sie von der EU die Einhaltung der universellen Werte und Menschenrechte ein. Europa müsse eine „Vorreiterrolle“ im Flüchtlingsrecht einnehmen (S 403). Dabei hatte sie selbst in ihrer Studie darauf hingewiesen, dass die Menschenrechte auf dem Mittelmeer mit der unvereinbaren Logik der Sicherheit und der Staatensouveränität konfrontiert sind. Ihre Bezugnahme auf die Arbeiten von *Giorgio*

2 Darstellung des Komitologie-Verfahrens etwa bei *Möllers/Achenbach*, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, *Europarecht* 1/2011, 39–60.

3 Vgl *Buckel*, Das spanische Grenzregime. Outsourcing und Offshoring, *Kritische Justiz* 3/2011, 253–261.

*Agamben* (S 106) zeigt gerade, dass dem europäischen Recht sowohl die Menschenrechte als auch das repressive Moment der Flüchtlingsabwehr unversöhnlich inhärent sind. Mit einem Appell an die EU wäre dementsprechend nichts gewonnen, vielmehr müsste eine radikale Kritik darauf abzielen, die Europäisierung der Migrationspolitik insgesamt neu zu verhandeln.

Dennoch ist die Fülle von kritischen Interventionen in der Migrationsforschung mehr als begrüßenswert. Während andere Arbeiten ihren Schwerpunkt auf die Autonomie der Migration<sup>4</sup> bzw diskursanalytische und staatstheoretische Erläuterungen des Grenzregimes gelegt haben<sup>5</sup>, stellt *Klepp* den Forschungsgegenstand von den Füßen auf den Kopf. Ihr Blick auf die Akteur\_innen an den Grenzen und nicht auf die Staatsapparate in Brüssel bringt spannende Erkenntnisse über die Produktion des Rechts ans Licht. Gerade aus der heutigen Perspektive hat *Silja Klepp* eine wichtige Studie vorgelegt, um die Krise des Grenzregimes im Zuge der arabischen Revolten zu verstehen. Um diese Arbeit werden zukünftige Analysen jedenfalls nicht herum kommen.

Maximilian Pichl studiert Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main und ist Mitarbeiter im Forschungsprojekt „Staatsprojekt Europa“ am Institut für Sozialforschung; max.pichl@t-online.de

---

4 Vgl *TRANSIT MIGRATION Forschungsgruppe* (Hrsg), *Turbulente Ränder. Neue Perspektiven auf Migration an den Grenzen Europas*, Bielefeld (2005/2007).

5 Vgl *Hess/Kasperek* (Hrsg), *Grenzregime. Diskurse, Praktiken, Institutionen in Europa* (2010); *Kannankulam/Georgi*, *Die europäische Integration als materielle Verdichtung von Kräfteverhältnissen. Hegemonieprojekte im Kampf um das „Staatsprojekt Europa“* (2012).

# Das internationale Auge

## Menschenrechtsbeobachtung in den Philippinen

Annelie Kaufmann und Matthias Lehnert im Gespräch mit Jan Pingel vom International Peace Observers Network (IPON)

---

### **Einleitung: Das Comprehensive Agrarian Reform Program (CARP)**

Die Philippinen befanden sich bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts unter spanischer, dann unter US-amerikanischer Kolonialherrschaft. Seit 1946 ist der südostasiatische Staat formell unabhängig. Ein großer Teil der landwirtschaftlichen Flächen ist jedoch nach wie vor im Besitz einiger Großgrundbesitzer\_innen, sogenannten Landlords, die oft mächtigen Clans angehören. Die Regierung betreibt seit 1988 mit dem „Comprehensive Agrarian Reform Program“ (CARP) ein Landumverteilungsprogramm, mit dem öffentliche und private Landflächen an landlose Bauern und Bäuerinnen verteilt werden sollen. Private Großgrundbesitzer\_innen können dafür enteignet werden und erhalten vom Staat eine Entschädigung. Die Farmer\_innen, denen das Land zugesprochen wird, müssen im Gegenzug die Entschädigung innerhalb von dreißig Jahren in Raten an den Staat zurückzahlen. Die Zahlungspflicht kann reduziert werden, wenn sie nicht genügend Geld erwirtschaften. Voraussetzung für eine Umverteilung ist, dass die Farmer\_innen das Land bereits selbst, als Pächter\_innen oder Landarbeiter\_innen, bewirtschaftet haben.

Das CARP läuft Ende 2014 aus, doch viele Flächen sind noch nicht verteilt. Die Umsetzung der Landreform scheitert häufig an bürokratischen Hürden. Manche Landlords wehren sich gegen die Enteignung, teilweise mit illegalen Mitteln. Immer wieder kommt es zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Security-Kräften der Großgrundbesitzer\_innen und Farmer\_innen. Das International Peace Observers Network (IPON) ist ein unabhängiger Zusammenschluss von derzeit gut 20 Aktiven. Der sich 2005 zusammengefunden hat, um ein Menschenrechts-Beobachtungsprojekt aufzubauen. Die Organisation sitzt in Hamburg. Finanziert wird die Arbeit durch öffentliche Gelder etwa des deutschen Auswärtigen Amtes oder des Ministeriums für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung. Die Menschenrechtsbeobachter\_innen sind ehrenamtlich tätig und in der Regel sieben Monate im Einsatz, die Tätigkeit steht allen Personen offen. Seit 2006 entsendet IPON Menschenrechtsbeobachter\_innen in die Philippinen. Unter anderem arbeitet IPON dort mit der „Task Force Mapalad“ zusammen, einer der einflussreichsten Bauernorganisation mit 25.000 Mitgliedern. *Jan Pingel* ist seit 2011 Projekt- und Länderkoordinator von IPON in den Philippinen.

### **1. IPON entsendet seit 2006 internationale Peace Observer in die Philippinen, um dort Farmer\_innen zu unterstützen, die sich für ihre Landrechte einsetzen. Warum?**

Das Landumverteilungsprogramm der Regierung, das sogenannte CARP, spricht den bisher landlosen Bauern und Bäuerinnen eigentlich Landrechte zu. Oft steht das jedoch nur auf dem Papier, die Reform wird nur unzureichend umgesetzt, vor allem wegen des großen Widerstands der Landbesitzer\_innen. Das reicht von bürokratischer Verschleppung der Landverteilung bis hin zu verbalen und physischen Bedrohungen und Morden. Da werden Verfahren in die Länge gezogen, die Landbesitzer\_innen lassen ihre Beziehungen zu den lokalen Behörden spielen. Oder die Bäuer\_innen werden bedroht und eingeschüchtert, viele Landbesitzer\_innen unterhalten bewaffnete Sicherheitskräfte, die den Bäuer\_innen den Zugang zu ihrem Land verweigern.

### **2. Werden diese Bedrohungen und Gewalttaten nach dem philippinischen Strafrecht nicht verfolgt?**

Natürlich sind solche Taten nicht erlaubt, und bis zu einem gewissen Grad werden sie auch verfolgt. Aber der Staat kommt seinen Pflichten nicht genügend nach. Das liegt vor allem daran, dass die landbesitzende Elite nicht nur ökonomische Macht, sondern auch politische Macht hat – und das führt zwangsläufig zu Konflikten.

### **3. Wie wird dieser Konflikt nun zu einer menschenrechtlichen Problematik?**

Der Staat hat aus menschenrechtlicher Sicht verschiedene Verpflichtungen, der philippinische Staat hat sich den internationalen Menschenrechtsabkommen unterworfen, und hat auch selbst den Anspruch, diese Verpflichtungen zu erfüllen. Dabei geht es mit Blick auf die Landreform um alle menschenrechtlichen Dimensionen: Erstens die Achtungspflicht, wenn beispielsweise die Polizei oder das Militär die Bäuer\_innen bedrohen; zweitens die Schutzpflicht gegenüber den eigenen Bürger\_innen, die massiv verletzt wird, wenn ein Landbesitzer systematisch Bäuer\_innen bedroht und angreift und der Staat dies nicht verhindert – es existieren Gebiete, wo staatliches Recht kaum Geltung hat oder nicht durchgesetzt wird. Und drittens Gewährleistungspflichten, wenn der Staat keine hinreichenden bürokratischen und gerichtlichen Strukturen schafft, damit jeder Filipino und jede Filipina seine bzw ihre Menschenrechte und damit auch seine bzw ihre Landrechte durchsetzen kann.

### **4. Auf welche internationalen Abkommen und Menschenrechte beziehen sich die Peace Observer bei ihrer Arbeit?**

IPON bezieht sich auf die einschlägigen internationalen bindenden Abkommen, dazu gehören insbesondere der Pakt über bürgerliche und politische Rechte und der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Beide wurden von den Philippinen unter-

schrieben und ratifiziert. Darüber hinaus beruft sich IPON auf das Konzept der Menschenrechtsverteidiger\_innen. Dabei geht es um Personen oder Gruppen, die sich gewaltfrei für ihre Menschenrechte einsetzen und deshalb besonders gefährdet sind – sowohl die EU als auch die UN haben in mehreren Deklarationen die besondere Rolle von Menschenrechtsverteidiger\_innen an der Schnittstelle zwischen Staat und Zivilgesellschaft betont und ihre Schutzbedürftigkeit anerkannt. Dem haben sich auch die Philippinen angeschlossen.

**5. Gibt es nicht auch im nationalen Recht der Philippinen Grundrechte, die einschlägig wären?**

Die philippinische Verfassung hat tatsächlich, nicht zuletzt weil sie sich aus historischen Gründen stark an der US-amerikanischen Verfassung orientiert, einen sehr starken Fokus auf individuellen Rechten. Und natürlich berufen sich Menschen, die sich hier für ihre Rechte einsetzen, vor allem auf philippinische, nationale Rechte. Wir aber, als eine internationale Organisation, konzentrieren uns auf die internationalen Rechte, denn es gibt hierzulande Organisationen und Anwält\_innen, die sich viel besser mit dem nationalen Recht auskennen, wir selbst haben gar nicht diese lokale Expertise. Und außerdem haben wir als internationale Organisation auch nicht die Legitimation, uns für philippinisches Recht einzusetzen.

**6. IPON zieht also vor allem die klassischen Freiheits- und Justizrechte heran. Sind das Recht auf Land oder das Recht auf Ernährung, auf die ja die Landreform abzielt, nicht auch Menschenrechte, die rechtlich durchgesetzt werden können?**

Natürlich haben viele Bäuer\_innen ein Recht auf Land, natürlich gibt es auch ein Recht auf Ernährung. Wir haben aber in unserer Arbeit einen anderen Fokus: Die Gruppen, mit denen wir zusammen arbeiten, sind die lokalen Expert\_innen. Diese Menschen kämpfen oft schon ihr Leben lang für ihr Land und haben eine Expertise, die wir nie erreichen können. Deshalb konzentrieren wir uns auf die Forderung, dass diese Gruppen bei ihrer Arbeit geschützt werden. Aber natürlich kann man die unterschiedlichen Menschenrechte nicht völlig getrennt voneinander betrachten. Natürlich hat unsere Arbeit mittelbare Auswirkungen auch auf andere Menschenrechte – wenn die klassischen Freiheitsrechte gewährt und geschützt werden, hat dies eine Ausstrahlungswirkung auf soziale und politische Partizipationsrechte.

**7. Was können die Peace Observer denn konkret tun, um die Menschenrechte der Farmer\_innen zu schützen?**

Zunächst versuchen wir, Menschenrechtsverletzungen im Vorhinein zu verhindern. Ein wichtiger Teil unserer Arbeit ist es, Präsenz zu zeigen, um allein dadurch gewalttätige

Akteure abzuschrecken. Beispielsweise begleiten wir Personen zu Behörden- und Gerichtsterminen, wenn sie sich bedroht fühlen. Daneben dokumentieren wir Menschenrechtsverletzungen. Diese Dokumentationen nutzen wir zum einen, um damit innerhalb der Philippinen Advocacy-Arbeit zu leisten, ein Bewusstsein auf den verschiedenen politischen Ebenen und in der Zivilgesellschaft zu schaffen und Druck auszuüben. Zum andern gehen wir damit in den internationalen Bereich. Das heißt wir sprechen deutsche Politiker\_innen an, wie beispielsweise den Menschenrechtsausschuss des Bundestages, oder auch zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland. Die können unsere Erkenntnisse dann für ihre Arbeit nutzen. Durch unsere Internationalität wird signalisiert, dass die Welt zuschaut und der Staat und die lokalen Eliten nicht einfach machen können, was sie wollen, sondern Konsequenzen, nicht zuletzt für ihr Image, befürchten müssen. Das wollen wir uns zunutze machen, und damit ein internationales Auge sein.

**8. IPON wird nicht allein auf eigene Initiative tätig, sondern nur auf eine Anfrage einer philippinischen Organisation. Wie genau kommen diese Partnerschaften zustande, und wie läuft die Zusammenarbeit ab?**

Wenn Organisationen sich bedroht fühlen, etwa bei ihrem Kampf um Landrechte, können sie uns anfordern. Dafür gibt es ein vorgefertigtes „request sheet“. Dieses Prozedere ist uns sehr wichtig, wir wollen nicht einfach als deutsche Organisation in ein bestimmtes Gebiet einfallen, ohne vorher gefragt zu werden. Nach einer Anforderung führen wir dann, etwa über ein Jahr, eine Durchführbarkeitsstudie durch, in der wir die soziale Situation und die regionalen Konflikte analysieren, um zu sehen, ob wir mit unseren Instrumenten der Partnerorganisation helfen können. Wenn wir zu dem Schluss kommen, dass es passt und wir einen positiven Einfluss haben können auf die Menschenrechtssituation, wird ein Mandat erstellt. Darin wird dann genau festgelegt, was wir machen und was wir nicht machen. Normalerweise gilt ein solches Mandat für ein Jahr. Nach einem Jahr wird dann wieder entschieden, ob und wie es weitergeht. Natürlich ist durch ein Mandat nicht alles geklärt, sondern wir versuchen, auch sonst permanent in Kontakt mit der Partnerorganisation zu stehen, denn diese kann viel besser entscheiden, wo wir gebraucht werden und was gerade aktuell wichtig ist.

**9. Die genannten Menschenrechte, vor allem diejenigen aus den internationalen Menschenrechtspakten, entstammen einem westlichen Rechtsverständnis, sind westliche Ideen. Kann der Bezug auf diese Rechte durch eine westliche Organisation als – gewissermaßen neokoloniale – Bevormundung aufgefasst werden?**

Für uns spielt dieses Problem intern immer eine große Rolle. Bis zu welchem Grad schützen wir nur die Menschenrechtsverteidiger\_innen, und ab welchem Punkt verfolgen wir vielleicht auch eigene Interessen, die aus unserem eigenen ideologischen Ver-

ständnis resultieren – das sind Fragen, die wir uns ständig auf unseren Treffen in Deutschland stellen. Speziell die Philippinen machen es uns aber sehr leicht, die Philippinen sind sehr westlich orientiert, sehr stark am US-amerikanischen Rechtsverständnis ausgerichtet, bezeichnen sich selbst als „Menschenrechtsstaat“. Die neue Regierung unter Benigno Aquino III. hat es als eines ihrer wichtigsten Ziele ausgegeben, Menschenrechte zu erfüllen und zu schützen. Wir wurden daher auch noch nie beschuldigt, westliche Idee zu importieren. Ohnehin hat der Kampf um Menschenrechte auch eine interne philippinische Geschichte, beim Kampf gegen die Diktatur unter Ferdinand Marcos in den achtziger Jahren sind die Menschen für Freiheiten, Menschenrechte, für Meinungsfreiheit und politische Partizipation auf die Straße gegangen. Dieses Umfeld macht es uns also erst einmal – von den vielen bürokratischen Hürden abgesehen – einfach, für Menschenrechte einzutreten. Aber natürlich müssen wir unsere Arbeit und deren Legitimation permanent überprüfen.

Annelie Kaufmann ist Journalistin und lebt in Hamburg. Matthias Lehnert ist Rechtsreferendar und lebt in Berlin. Beide waren im Februar/März 2012 in den Philippinen und haben dort die IPON-Projekte besucht. Weitere Informationen zur Arbeit von und bei IPON: <http://www.ipon-philippines.org/10.html>.

# Ausschussware

## 12 Punkte zur Reform des Untersuchungsausschusses

Brian-Christopher Schmidt

---

Dass mit dem „Untersuchungsausschuss zur Klärung von Korruptionsvorwürfen“ abermals ein Untersuchungsausschuss beendet wurde, ohne bis zu einem umfassenden schriftlichen Abschlussbericht arbeiten zu können, ließ viele an der demokratischen Kultur Österreichs zweifeln. Darüber hinaus machte der Ausschuss, nicht nur in seinem Ende, erneut den dringenden Reformbedarf dieses zentralen Elements parlamentarischer Kontrolle offenkundig. Aus den Erfahrungen in der etwa einjährigen Arbeit des Ausschusses sollen hier, auch unter Bezugnahme auf das oft als Vorbild angeführte deutsche Modell, zwölf Reformpunkte aufgezeigt werden:

1. Zweifelsohne ist die Ausgestaltung des Untersuchungsausschusses als Minderheitsrecht einer der wichtigsten Schritte in der Neugestaltung. Wenngleich dies im internationalen Vergleich selten der Fall ist,<sup>1</sup> und in den vergangenen Jahren mehrfach auch von der Opposition geforderte Untersuchungsausschüsse durchgesetzt wurden – etwa im Unterschied zu den vier Jahren der Regierung Schüssel II ohne einen einzigen U-Ausschuss –, wäre eine dahingehende Neugestaltung ein Gewinn für den Parlamentarismus. Sinnvollerweise muss dieses Recht über die Einsetzung hinaus auch die Möglichkeit der Aktenanforderungen und der Ladung von Auskunftspersonen sowie die Mitgestaltung des Zeitplans im Ausschuss betreffen, um eine effektive Kontrolle auch durch die Minderheit zu ermöglichen. Ein etwaiger Missbrauch des Minderheitsrechts kann durch die im Weiteren angeführten Änderungen der Verfahrensordnung, sowie insbesondere durch die Einrichtung einer innerparlamentarischen Kontrollinstanz unterbunden werden.<sup>2</sup>
2. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass die Arbeitsfähigkeit des Ausschusses wie auch des Parlaments im Allgemeinen sichergestellt bleiben. Eine Mehrzahl von parallel laufenden Untersuchungsausschüssen, wie bei den Ausschüssen „Eurofighter“ und „Banken“ der Fall, führt diese Arbeitsfähigkeit an die Grenzen. Regiert werden könnte darauf entweder durch die schlichte numerische Begrenzung

---

1 Lediglich fünf EU-Staaten sehen ein Minderheitsrecht auf Einsetzung vor („U-Ausschuss: Meist bestimmt die Mehrheit“, in: Die Presse, 1.10.2011).

2 Siehe unten Punkt 12.

auf maximal zwei Ausschüsse insgesamt. Als sinnvolle Variante zeigt sich auch die Überlegung, ähnlich den anderen Ausschüssen auch einen ordentlichen Untersuchungsausschuss zu Beginn jeder Gesetzgebungsperiode einzurichten, dem dann durch Beschluss des Nationalrates bei Bedarf ein Untersuchungsauftrag zugewiesen wird.

3. Eng damit verbunden ist die thematische Konzentration. Im vergangenen Untersuchungsausschuss wurden sieben teils höchst unterschiedliche Beweisthemen behandelt, von denen alleine das Thema „Telekom“ selbst in sechs weitere, umfassende Punkte unterteilt war. Derartige Vorgaben stellen die Mitglieder eines Ausschusses nicht nur bei Aktenlieferung und Zeitplan vor Schwierigkeiten, die kaum einvernehmlich zu lösen sind. Eine Konzentration auf ein einzelnes, klar abgestecktes Beweisthema scheint daher unerlässlich und kann zugleich unsachlichen Junktimierungen vorbeugen.
4. Ist der Untersuchungsauftrag des Ausschusses in diesem Sinn konzise formuliert, sollte auch die verbindliche Gestaltung eines Zeitplans möglich werden. Zwar ist dieser bereits jetzt in § 10 der Verfahrensordnung<sup>3</sup> vorgesehen. Die Tragweite dieser Bestimmung war im vergangenen Untersuchungsausschuss jedoch umstritten, und bis kurz vor Ende des Ausschusses wurden lediglich kurzfristige Einteilungen im Rahmen der meist zeitgleich beschlossenen Ladungen getroffen. Dies hatte unter anderem zur Folge, dass wiederholt große Aktenlieferungen kurz vor einzelnen Befragungen – die in einem Fall deswegen sogar abberufen wurden – eintrafen. Der Beschluss eines verbindlichen Zeitplans, der die Abfolge von Befragungen ebenso regelt wie die An- und Nachlieferung von Akten sollte daher von Beginn des Ausschusses verpflichtend notwendig sein, um eine effektive Untersuchung zu gewährleisten. Im Lichte der bisherigen Erfahrungen erscheint bei Beschränkung auf ein einzelnes Thema auch eine prinzipielle zeitliche Beschränkung der Tätigkeit eines Ausschusses, etwa auf ein Jahr, sinnvoll.<sup>4</sup>
5. Eine langfristige, verbindliche Zeitplanung würde auch positive Auswirkungen auf die Ladung von Auskunftspersonen und Sachverständigen haben. Im Untersuchungsausschuss zur Klärung von Korruptionsvorwürfen kam es, aus politischen aber auch aus sachlichen Gründen, etwa aufgrund verspäteter Aktenlieferung, wiederholt zu Ladungen mit wenigen Werktagen Vorlaufzeit. Eine rechtsstaatlich haltbare Zustellung war oft nicht möglich. Die öffentlichen Androhungen von Ordnungsstrafen und polizeilichen Vorführungen waren daher zwar politisch nachvollziehbar und erhöhten den Druck auf die Auskunftspersonen dermaßen, dass diese

---

3 Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse (VO-UA), Anlage zum Geschäftsordnungsgesetz 1975.

4 Zum Vergleich ist in Deutschland etwa die Tätigkeit der/des Ermittlungsbeauftragten auf höchstens sechs Monate zu beschränken (§10 Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (Untersuchungsausschussgesetz – dPUAG)).

auch kurzfristigen Ladungen nachkamen. Blieben Personen aber dennoch dem Ausschuss fern und beantragte der Ausschuss die Verhängung von Ordnungsstrafen, so wurden diese Anträge, wie auch schon in früheren Ausschüssen, regelmäßig von dem zuständigen Gericht abgelehnt. Ein Verweis auf die Regelungen des Zustellgesetzes wäre geeignet, rechtsstaatlich abgesicherte Ladungen sicherzustellen und würde gemeinsam mit einer vernünftigen zeitlichen Vorplanung das Erscheinen von Auskunftspersonen auch ohne „Kampfrhetorik“ seitens der Ausschussmitglieder gewährleisten.

6. Noch bevor es zu den ersten Ladungen kommt, sind bereits mit der Anforderung und Lieferung von Akten persönliche Rechte betroffen. Während etwa in Deutschland die Pflicht zur Aktenvorlage ausdrücklich „vorbehaltlich verfassungsrechtlicher Grenzen“<sup>5</sup> besteht, haben die Abgeordneten des österreichischen Parlaments in den vergangenen Ausschüssen klargestellt, dass sie keinerlei Schwärzungen, insbesondere etwa auch im Bereich von Steuerakten, akzeptieren. Es ist schwer vorstellbar, dass diese Haltung etwa gegenüber einer Kontrolle des Verfassungsgerichtshofs, die von manchen gefordert wird,<sup>6</sup> standhalten würde. Zugleich sieht die Pflicht zur umfassenden Vorlage in Österreich nach Art 53 B-VG keine Einschränkung vor. Auf der anderen Seite stieß das Parlament dort an seine Grenzen, wo ausgegliederte Unternehmen betroffen waren, die lediglich freiwillig (und unter Gefährdung aktienrechtlicher Pflichten) und in Quantität und Qualität höchst unterschiedlich Akten an den Ausschuss übermittelten. Eine Neuregelung muss daher diesen Bereich ebenso klarstellen wie den Schutz persönlicher Daten. Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass meiner Meinung nach eine generelle Neuausrichtung hin zur Informationsfreiheit an Stelle der Amtsverschwiegenheit und einem Modell der Steuertransparenz nach schwedischem Vorbild ein System darstellen würden, in dem auch die Detailfragen des Untersuchungsausschusses effektiver gelöst werden können.
7. In einzelnen Fragen der Ausgestaltung des Zeitplans ebenso wie in der Korrespondenz mit Akten liefernden Behörden oder der ermittelnden Justiz erschiene es zweckmäßig, umfassendere Kompetenzen der/des Vorsitzenden in der Verfahrensordnung festzuhalten, die bisher lediglich bei den Befragungen<sup>7</sup> ausführlich geregelt sind. So fußte bislang die Koordinationstätigkeit des Vorsitzes zum größten Teil auf parlamentarischer Praxis. Die Möglichkeiten waren daher im Einzelfall vom Klima zwischen dem Vorsitz und den einzelnen Fraktionen abhängig, was etwa im vergangenen Ausschuss zu einer wochenlangen Blockade führte. In einer derartigen Situation würde auch die Abwählbarkeit des Vorsitzes ein rascheres Voranschreiten gewährleisten und sachferne Debatten hintanhalten. Eine genauere Ausgestaltung der

---

5 § 18 dPUAG.

6 Siehe dazu Punkt 12.

7 Insb § 12 VO-UA.

- Kompetenzen und Pflichten der/des Vorsitzführenden und die Möglichkeit der Abwählbarkeit wären weitere Garantien für einen effektiven Ablauf des Ausschusses.
8. Ebenso ist die Rolle der Verfahrensanwältin/des Verfahrensanwalts in einigen Punkten näher zu klären. Zwar kann diese/r auf mutmaßliche Verletzungen der Verfahrensordnung und Eingriffe in die Grund- oder Persönlichkeitsrechte der Auskunftsperson hinweisen,<sup>8</sup> die Entscheidung etwa über die Zulässigkeit von Fragen obliegt im Streitfall dem Ausschuss. Wird eine Kontrollinstanz mit Entscheidungskompetenz über derartige Fragen eingerichtet,<sup>9</sup> so sollte unter Umständen auch der Verfahrensanwältin/dem Verfahrensanwalt das Recht auf Einholung einer solchen Entscheidung eingeräumt werden.
  9. Diese Thematik führt uns zu den Rechten der Auskunftsperson vor dem Ausschuss, die im vergangenen Jahr in einzelnen Fällen auch medial umfassend diskutiert wurden. Insbesondere dort, wo parallel zu einem Untersuchungsausschuss auch Ermittlungen der Justiz geführt werden, aber generell immer, wenn strafrechtlich relevante Themen im Ausschuss behandelt werden, bekommt das Recht auf Verweigerung der Beantwortung einzelner Fragen<sup>10</sup> große Bedeutung für die Arbeit des Ausschusses. Während rechtlich geschützte Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse zum Auslassen ganzer Themenkomplexe berechtigen,<sup>11</sup> ist die Auskunftsverweigerung im Sinne des Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>12</sup> lediglich in Ansehung einzelner Fragen zulässig. In Zusammenhalt mit der gerichtlichen Strafbarkeit von Falschaussagen<sup>13</sup> ergibt sich eine überaus schwierige Position für Auskunftspersonen. Zwar vermag dies unter günstigen Umständen der Wahrheitsfindung hilfreich zu sein – jedoch kann der Schuss oft auch nach hinten losgehen. Gut (und teuer) beratene Auskunftspersonen nutzen das Recht auf Entschlagung tendenziell sehr umfassend (teils gut begründet, teils ans Absurde grenzend). Jedoch obliegt die Klärung der Antwortpflicht nach geltendem Recht der Mehrheit des Ausschusses, was je nach Interessenlage entsprechende Auswirkungen haben kann. Eine Klärung durch eine Schiedsinstanz<sup>14</sup> unter besonderer Berücksichtigung der Stellungnahme der Verfahrensanwältin/des Verfahrensanwalts scheint hier am ehesten geeignet, die heikle Balance zwischen Aufklärungsbedarf und Grundrechten zu finden.
  10. Auch darüber hinaus sind die Befragungen in einem Untersuchungsausschuss von einem massiven Ungleichverhältnis zwischen den befragenden Abgeordneten und der geladenen Auskunftsperson geprägt. Zwar ist nachvollziehbar, dass den Aus-

---

8 § 20 Abs 1 VO-UA.

9 Siehe unten Punkt 12.

10 § 7 Abs 1 Z 1 VO-UA.

11 § 7 Abs 1 Z 5 VO-UA.

12 Verbot der Pflicht zur Selbstbelastung, etwa in Art 14 Abs 3 lit g des Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) sowie allgemein in Art 6 EMRK, Art 48 EU-Grundrechtecharta geschützt.

13 § 288 StGB.

14 Siehe Punkt 12.

kunftspersonen nicht dieselben umfassenden Rechte zustehen können wie einer/m Angeklagten vor Gericht. Gerade in Hinblick auf die öffentliche Wahrnehmung zeigt sich aber etwa das Problem, das schon die Inanspruchnahme des Rechts auf Auskunftsverweigerung vielfach als Schuldeingeständnis dargestellt wird. Zugleich steht es den Abgeordneten im Sinne der parlamentarischen Redefreiheit<sup>15</sup> offen, umfassende und teils unüberprüfbare Anschuldigungen zu formulieren. Derartige Behauptungen können auch von den Medien ohne jegliche inhaltliche Prüfung wiedergegeben werden.<sup>16</sup> Dieses erhebliche Ungleichgewicht scheint in Hinblick auf die persönlichen Rechte der Auskunftspersonen bedenklich. Zugleich erscheint die Rechtfertigung dieses Zustands in Hinblick auf eine sachliche Aufklärung schwierig, da etwa das Vorhalten von Fakten, Aktenstücken oder auch die Äußerung von vermuteten Zusammenhängen auch ohne verleumdende Formulierungen möglich sind. Die freie Rede der Abgeordneten ist ein hohes Gut und zentrale Bestimmung der parlamentarischen Demokratie. Dennoch sollte überdacht werden, ob Sie in diesem konkreten Zusammenhang in ein Gleichgewicht zur Situation der Auskunftspersonen gebracht werden kann. Auch der öffentlichen Debatte würde eine Versachlichung sicherlich zu Gute kommen.

Darüber hinaus sei auch das in Deutschland allen durch Feststellungen des schriftlichen Berichts betroffenen Personen zustehende Recht auf (in den Bericht aufzunehmende) Stellungnahme erwähnt.<sup>17</sup> Ebenfalls gestärkt wird die Position der Auskunftsperson im deutschen Modell durch die Möglichkeit der Erstattung von Kosten eines rechtlichen Beistandes.<sup>18</sup> In der österreichischen Praxis sind es zwar in den meisten Fällen auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die als Vertrauensperson<sup>19</sup> die Auskunftsperson begleiten, ein Kostenersatz ist jedoch nicht vorgesehen.<sup>20</sup> Dies verstärkt die Situation, dass finanzstarke Auskunftspersonen vor dem Ausschuss wie auch in der öffentlichen Diskussion über ungleich mehr Möglichkeiten verfügen als andere. Wenngleich ein Kostenbeitrag dieses Ungleichgewicht nicht gänzlich beheben kann, so gäbe er zumindest allen Auskunftspersonen gleichermaßen die Möglichkeit der Begleitung durch einen professionellen Beistand.

11. Unter in diesem Sinn verbesserten Voraussetzungen erschiene auch ein anderes Thema, das vor allem zu Beginn des letzten Untersuchungsausschusses diskutiert wurde, in neuem Licht: die Öffentlichkeit und (Live-)Übertragung von Befragungen. Nach der geltenden Rechtslage sind die Sitzungen des Untersuchungsausschusses

---

15 Art 57 Abs 1 B-VG.

16 § 6 Abs 2 Z 1 MedienG.

17 § 32 dPUAG.

18 § 35 Abs 2 dPUAG.

19 § 3 Abs 6 VO-UA.

20 Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang auf den überaus dringenden Reformbedarf beim Kostenersatz im Strafprozess und die grundlegenden Lücken im Verfahrenshilfesystem hingewiesen.

(mit Ausnahme von Geschäftsordnungssitzungen) „medienöffentlich“. Vertreter der Presse sind zugelassen, während die allgemeine Öffentlichkeit keinen Zugang zu Ausschuss-Sitzungen hat. Bild- und Tonaufnahmen sind hinaus explizit verboten.<sup>21</sup> Gerne wird in diesem Zusammenhang auf die Liveübertragungen in Deutschland verwiesen, wobei zu beachten ist, dass diese nur ausnahmsweise durch 2/3-Mehrheit und mit Zustimmung der Auskunftsperson zugelassen wird.<sup>22</sup> Auftritte wie jener von Joschka Fischer<sup>23</sup> sind daher Ausnahme und nicht Regel; auch die Befragung von Bundeskanzlerin Angela Merkel<sup>24</sup> fand ohne TV-Übertragung statt.

Jedoch kann eine Direktübertragung des Geschehens im Ausschuss für Auskunftspersonen unter Umständen auch von Vorteil sein. Tatsächlich wird das Geschehen durch die anwesende Presse in Form unzähliger Aussendungen und oft mehreren Live-Tickern ohnehin ausführlich wiedergegeben. Der moderierende Effekt tritt dabei aufgrund des Zeitdrucks der (Online-)Redaktionen vielfach in den Hintergrund. Auf der anderen Seite versuchen die Abgeordneten, ihre Versionen des Gehörten den Journalistinnen und Journalisten nahezulegen, wogegen die Auskunftspersonen in der Regel auf keine vergleichbaren Netzwerke zurückgreifen können. Tatsächlich kann also eine Direktübertragung für Auskunftspersonen von Vorteil sein, während die Transparenz der demokratischen Kontrolle erweitert wird. Im Sinne dieser Transparenz wäre auch die allgemeine Zugänglichkeit der Sitzungen nur logische Konsequenz und explizit zu begrüßen.<sup>25</sup>

12. Der letzte Punkt, die Frage einer Entscheidungsinstanz in Streitfällen, stellt nach wie vor eine der größten Hürden in der Neugestaltung der Verfahrensordnung dar. Denn während manche, unter Bezugnahme auf das deutsche Vorbild<sup>26</sup>, die Gerichtsbarkeit bzw den Verfassungsgerichtshof als Kontrollinstanz (etwa für Entscheidungen zur Zulässigkeit von Einsetzungs- und Beweisbeschlüssen einbinden wollen), wird dies von anderen unter Verweis auf die Unabhängigkeit des Parlaments kategorisch abgelehnt.

Wer dahinter nur das Bestreben vermutet, durch parlamentarische Mehrheitsverhältnisse das Verfahren weiter zu kontrollieren, verkennt dabei die Problematik und ignoriert darüber hinaus die, bei allem Respekt für die gelebte Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter, äußerst mehrheitsfreundliche Besetzung des Verfassungsgerichtshofs in der österreichischen (Real-)Verfassung<sup>27</sup>. Tatsächlich ist im Sinne der Gewaltenteilung die Kontrolle der Exekutive durch einen Untersuchungsausschuss

---

21 § 4 VO-UA.

22 § 13 Abs 1 dPUAG.

23 Als amtierender Außenminister (im Jahr 2012) befragt zur „Visa-Affäre“.

24 Als ehemalige Umweltministerin (im Jahr 2012) befragt zum Atommülllager Gorleben.

25 Die praktischen (räumlichen) Herausforderungen, die eine solche Öffnung mit sich bringt, könnten mit der Sanierung des Parlamentsgebäudes gelöst werden.

26 So zB §§ 2, 18, 36 dPUAG.

27 Art 147 Abs 2 B-VG.

ohne Zweifel Aufgabe und Recht der Legislative. Zugleich ist gerade in diesem Kernbereich der parlamentarischen Demokratie die prinzipiell bedenkliche Tendenz zur vermeintlichen Entpolitisierung durch die Gerichtsbarkeit umso stärker abzulehnen.

Aus den oben angesprochenen Punkten ergibt sich dennoch ein deutlicher Bedarf an grundrechtsorientierter Kontrolle der Ausschusstätigkeit. Als weitere Stärkung des Parlamentarismus sollte diese durch ein im Hohen Haus angesiedeltes, gemischtes Gremium übernommen werden. Dieses könnte neben gewählten Abgeordneten auch Mitglieder der Höchstgerichte umfassen. Für einen transparenten Entscheidungsprozess sollte dabei auch die Zulässigkeit von Stellungnahmen bzw die Pflicht zur deren Einholung (etwa der Bundesministerien oder des Verfassungsdienstes, wenn es um Aktenanlieferungen geht) durch die Verfahrensordnung geregelt werden.

Schon aus einem kurzen Abriss wird klar, dass eine gelungene Reform des Untersuchungsausschusses ein umfassendes Projekt darstellt. Zugleich ist der Großteil der hier angesprochenen Probleme seit Jahren evident. Es ist davon auszugehen, dass die politischen Fraktionen ihrerseits bereits entsprechende Reformmodelle erarbeitet haben. Am Beispiel der Diskussion um die Klubgründung des „Team Stronach“ zeigt sich, wie offensichtliche Problemstellen der parlamentarischen Geschäftsordnung schnell in Vergessenheit geraten, auch weil die Behandlung von „Sachthemen“ in der medialen Darstellung oft lohnender scheint. Jedoch tut sich die repräsentative Demokratie keinen Gefallen, wenn offene Fragen des Parlamentarismus nicht mit der notwendigen Priorität behandelt und einer Lösung zugeführt werden. Ein öffentlicher, transparenter Diskurs zu diesem Thema könnte dennoch das notwendige Klima schaffen, eine Reform des Untersuchungsausschusses zu einer starken und sachorientierten Kontrollinstitution durchzusetzen. Gewaltenteilung und Parlamentarismus sollten uns das wert sein.

Mag. Brian-Christopher Schmidt ist Redaktionsmitglied des juridikum und war juristischer Mitarbeiter im Untersuchungsausschuss zur Klärung von Korruptionsvorwürfen; [brian.schmidt@univie.ac.at](mailto:brian.schmidt@univie.ac.at)

# Diskriminierung durch den Sozialkontrakt?

Wege zur „Globalisierung“ von Gerechtigkeit in Martha Nussbaums  
„Frontiers of Justice“

Eva Maria Maier

---

## 1. Einleitung: An den Grenzen prozeduraler Legitimation oder: Wieviel Konsens braucht die Demokratie?

Gravierende Umweltbedrohungen, weltweite wirtschaftliche Krisenszenarien sowie das Auftreten interkultureller Spannungen auch innerhalb demokratischer Gesellschaften selbst lassen zunehmend die Frage nach den rechtsethischen, sozialen und unmittelbar partizipatorischen Bedingungen und den Grenzen prozeduraler Legitimation in den Fokus demokratiepolitischer Debatte aufrücken.

Will man in diesen Fragen nicht einseitig dem Diktat ökonomischer Zwänge oder aber gar einer Renaissance vormoderner Politikkonzeptionen Vorschub leisten, stellt sich die Frage nach der Lösung grundlegender Gerechtigkeitsforderungen auch im Hinblick auf Modelle konkreter sozialer Identifikation, praktizierter Partizipation und Solidarität als Basis des demokratischen Konsenses selbst. Dabei handelt es sich um Herausforderungen, denen nicht zuletzt in Hinblick auf monierte demokratische Defizite in der Europäischen Union bzw im Hinblick auf deren Demokratiefähigkeit besonders aktuelle Bedeutung zukommt.<sup>1</sup> Eine der Kernfragen bildet derzeit zweifelsohne das Erfordernis der Verhältnisbestimmung von ökonomischer Rationalität einerseits und politischer Legitimation bzw sozialpolitischen Herausforderungen andererseits auch in gesamteuropäischer Perspektive.<sup>2</sup>

Auf der Ebene fundamentaler Begründungsanforderungen von Staat und Recht, insbesondere hinsichtlich der Fundierung des staatlichen Machtmonopols und daraus resultierender zentraler Schutzpflichten, kommt Theorien des Gesellschaftsvertrags seit den Anfängen modernen Staatsverständnisses eine tragende Bedeutung zu. Dieses kontraktualistische Legitimationsmodell findet seinen Niederschlag auch in essentiellen institutionell-prozeduralen Bindungen der Staatsgewalt, wie Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit und der Gewährleistung fundamentaler Freiheitsgarantien.

Besondere Bedeutung wird in aktuellen Gerechtigkeitsdiskursen der Neuformulierung vertragstheoretischer Begründungsanliegen durch John Rawls zugeordnet, die freilich die klassischen kontraktualistischen Anforderungen der Begründung von Staat und

---

1 Vgl *Habermas*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte der Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in ders, Zur Verfassung Europas. Ein Essay (2011) 56 f.

2 Vgl *Habermas*, Krise 40 ff; 76 ff.

Recht auf die Formulierung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien der Gesellschaft hin überschreitet.<sup>3</sup> Dabei sind nicht nur in der Ausgestaltung rechtsstaatlicher Institutionen und der Distribution grundlegender sozialer Güter prozedurale Praktiken entscheidend, sondern bereits auf der Ebene der hypothetisch-theoretischen Legitimation dieser Einrichtungen bzw Prinzipien.<sup>4</sup>

Dieses für die Moderne bis zur Gegenwart paradigmatische Modell der Legitimation – und Limitierung – von Staat und Politik hat aber von Anfang an auch vehementen Widerspruch aus der Perspektive republikanischer Konzeptionen, insbesondere eine prinzipielle Kritik seiner Begründung des Staates nach dem Modell vertraglicher „Tauschrationalität“, erfahren, etwa durch Rousseau<sup>5</sup> und Hegel<sup>6</sup>. Darin artikulieren sich grundsätzliche Vorbehalte, die auch in der amerikanischen Liberalismus-Kommunitarismus-Debatte eine facettenreiche aktuelle Fortsetzung gefunden haben.<sup>7</sup>

Der Hauptfokus der Kritik lag dabei von jeher auf der ungeschichtlichen Abstraktheit konstitutiver Bezugspunkte und Ergebnisse dieses Ansatzes, wie insbesondere des Subjektbegriffs und des Verständnisses formal-liberaler Rechtsstaatlichkeit – sowie auf der tendenziell entpolitizierenden Orientierung am Modell ökonomischen „Tausches“, dessen Struktur auch hinsichtlich der Verteilung grundlegender Rechtsgarantien die Sphäre des Warenverkehrs abbilde.

Mit dem Aufweis der mangelnden qualitativen Unterschiedenheit staatlich-politischer Funktionen gegenüber dem bloßen „System der Bedürfnisse“<sup>8</sup> verbindet sich in der Regel auch die Kritik an einem einseitig ökonomischen Menschenbild, das – zwar als zentralen Schritt der Ablösung von vormodernen Bindungen des Menschseins – den „homo oeconomicus“, den primär durch rationalen Eigennutz geleiteten „Besitzbürger“, zum allgemeinen politischen Subjekt habe aufrücken lassen.<sup>9</sup> Wie schon zuvor Rousseau und Hegel fordern kommunitaristische Autoren daher seit längerem die Reflexion auf die vorrechtlichen bzw vorprozeduralen spezifisch politisch-solidarischen Bedingungen „lebendiger Demokratie(n)“<sup>10</sup> ein.

## 2. Alte Defizite und neue Grenzen der Vertragstheorie

Martha Nussbaum greift dieses Anliegen nun spezifisch im Hinblick auf drei besonders nachhaltig verdrängte Fragen der Gerechtigkeit auf, an denen ein klassischer vertragstheoretischer Ansatz von vornherein zum Scheitern verurteilt zu sein scheint, ja die ihre

3 Vgl *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1996) 262 f.

4 Vgl *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1979) (zit TG) 34 ff; 223 ff.

5 Vgl *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, hg v *Brockard* (2010) I/6; ders., 2. Disc, hg v *Meier* (1984) 239 ff.

6 Vgl *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts,<sup>6</sup> hg v *Moldenhauer/Michel* (2000) § 75.

7 Vgl etwa *Taylor*, Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate in: *Rosenblum* (Hg), Liberalism and the Moral Life (1989) 165 ff.

8 *Hegel*, Grundlinien §§ 189 ff.

9 Vgl *Rousseau*, 2. Disc 213 ff.

10 *Taylor*, Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie?, in ders., Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie? Aufsätze zur politischen Philosophie (2002) 24.

Marginalisierung möglicherweise gerade den charakteristischen ideologischen Implikationen des liberalen Subjektbegriffs in seiner nur scheinbaren Allgemeinheit verdanken. In besonderer Weise richtet sich Nussbaums Kritik gegen „blinde Flecke“ in der Theorie John Rawls', mit der sie freilich gleichwohl dessen dezidiert anti-utilitaristische Ausrichtung sowie dessen spezifisch kantianische Akzentsetzungen – hinsichtlich einer den Ausgleich partikulärer Interessen prinzipiell auch überschreitenden ethischen Universalisierung – teilt.<sup>11</sup> Vor allem moniert Nussbaum, dass Rawls die ideologischen Voraussetzungen klassischer liberaler Vertragstheorie, wie sie insbesondere durch Locke, Hobbes, in gewissem Umfang auch durch Kant, nicht jedoch etwa durch Rousseau repräsentiert würden, weiterführt.<sup>12</sup> Subjekte vertraglich organisierter Gerechtigkeit müssten demnach – allem Pathos von ursprünglicher natürlicher Freiheit und Gleichheit auf der Grundlage allgemeiner Vernunftsubjektivität zum Trotz – dennoch drei zentrale Voraussetzungen erfüllen: Neben der zumindest als speziestypische bzw potentielle „Eigenschaft“ geforderten Fähigkeit zu vernunftgeleiteter moralischer Verantwortlichkeit spiele insbesondere der uneingestandene Voraussetzungscharakter eines ungefähren Gleichgewichts von sozialer Macht, Ressourcen, aber auch realer Bedürfnisse und Tüchtigkeiten eine zentrale Rolle. Dieses finde seinen weiteren konsequenten Niederschlag in der Annahme symmetrischer Sozialbeziehungen unabhängiger Individuen, die Lebenssituationen asymmetrischer Abhängigkeiten von vornherein ausblende.<sup>13</sup> Dabei ist hervorzuheben, dass Nussbaum nicht nur einseitig materiell-ökonomische Unterschiede problematisiert, sondern auch das herkömmliche Konzept von Chancengleichheit gleichsam zu pluralisieren und individualisieren sucht. Von ihrem neo-aristotelischen Ansatz her zielt sie nicht nur auf eine ausgewogene Verteilung ökonomischer Güter und materieller Chancen, sondern auf die möglichst differenzierte institutionelle und sozial-kommunikative Gewährleistung vielfältiger elementar-vitaler und sozialer *Fähigkeiten* in ihrer jeweils speziestypischen, gruppenspezifischen und individuellen Ausprägung und Gewichtung.<sup>14</sup> Mit der bei Rawls nachwirkenden Grundorientierung gerechter Sozialbeziehungen am Modell des – männlichen – unabhängigen Besitzbürgers westlich-kultureller Prägung ohne überdurchschnittliche gesundheitliche Beeinträchtigung verbindet sich weiters der Voraussetzungscharakter wechselseitiger Vorteilsmaximierung als maßgeblicher und tragfähiger Impuls sozialer Kooperation. Ja die rationale und konsequente Verfolgung des wohlverstandenen Eigeninteresses gehört geradezu zu den Funktionsbedingungen „vollkommener Verfahrensgerechtigkeit“<sup>15</sup> nach Rawls. Ähnlich wie vor ihm bei Locke bleiben dagegen Motive des Wohlwollens, Mitleids – ja selbst der wechselseitigen Anerkennung, soweit sie über die Koordinierung gleicher Interessenverfolgung und Eigentumssicherung hinausge-

---

11 Nussbaum, Die Grenzen der Gerechtigkeit. Behinderung, Nationalität und Speziestugehörigkeit (2010) (zit GG) 44 ff; 155 ff; 246 ff.

12 GG 48 ff.

13 Vgl GG 49 ff.

14 Vgl Nussbaum, Creating Capabilities. The Human Development Approach (2011) 18.

15 Vgl TG 105 ff.

hen – ausgeblendet. Wie Nussbaum weiters überzeugend hervorhebt, enthält die bei Hobbes und Locke gleichermaßen vorausgesetzte natürliche Kräfte- und Interessengleichheit der Menschen damit nicht nur maßgebliche emanzipatorische Impulse der Aufklärung, sondern enthüllt gleichzeitig deren zentralen ideologischen Ballast.<sup>16</sup> Dieser wurde bislang primär in seinen genderpolitischen Konsequenzen – hinsichtlich der Verdrängung der traditionell in der Sphäre der Produktion und Öffentlichkeit benachteiligten Frauen in jene der „Privatheit“ – thematisiert.<sup>17</sup> Nunmehr weitet sich der Blickwinkel hinsichtlich der ausgrenzenden Wirkungen vertraglicher Gerechtigkeitskonzeptionen auf drei weitere Gruppen Betroffener bzw. „ungelöste Probleme“. Dies betrifft zum einen die offene oder verdeckte Ausgrenzung von „Menschen mit starken oder atypischen körperlichen oder geistigen Beeinträchtigungen“,<sup>18</sup> die auch innerhalb des geschichtlichen Prozesses der Entwicklung rechtsstaatlicher Garantien „zu keinem Zeitpunkt ... als Teil der Öffentlichkeit betrachtet“<sup>19</sup> wurden, ein Umstand, der den sozialen und politischen Horizont kontraktualistischer Theorien von vornherein mit absteckt und begrenzt.

Als zweiten ausgrenzenden Faktor benennt Nussbaum „Nationalität“ bzw. „Geburtsort“. Damit sind nicht so sehr ungelöste Fragen der Integration kultureller Minderheiten angesprochen als die Herausforderungen internationaler Verteilungsgerechtigkeit zwischen armen und reichen Nationen. In besonderer Weise sei hier die Anwendung kontraktualistischer Gerechtigkeitsatheorien zum Scheitern verurteilt, da diese von jeher ausschließlich auf die Legitimation souveräner Einzelstaaten und die egalitäre Organisation ihrer Binnenstrukturen gerichtet sei, das Verhältnis zu anderen Staaten aber kaum als Frage der Gerechtigkeit, ja eines Rechtsverhältnisses überhaupt, in den Blick bringe.<sup>20</sup> Vielmehr ähnele dieses aus der Sicht Kants oder Rawls' weiterhin zunächst dem eines „Naturzustands“.<sup>21</sup> Danach komme die Anwendung des Vertragsmodells auf internationaler Ebene allererst „auf einer zweiten, abgeleiteten Ebene“<sup>22</sup> zur Sprache, deren weiterhin durchgehaltene strukturelle Analogie zum einzelstaatlichen Zuschnitt klassischer kontraktualistischer Legitimationstheorien sodann erhebliche Probleme aufwirft. Zwar sei vertragstheoretischen Modellen aus Nussbaums Sicht auch auf internationaler Ebene allemal der Vorzug gegenüber bloßen utilitaristischen Wohlfahrtstheorien zu geben, da diese massive interne Einkommensunterschiede im Hinblick auf die Gesamtbilanz des BIP völlig ausblenden. Auch wären bereits die klassischen Theoretiker des Gesellschaftsvertrags mit Herausforderungen zwischenstaatlicher Gerechtigkeit im Zuge von Handel, Kriegen und Kolonisation konfrontiert gewesen. Traditionell umfassen diese internationalen kontraktualistischen Anstrengungen jedoch nur eine vergleichsweise „dünne“ Schicht zu reglementierender Bereiche, wie jene von Kriegsrecht

---

16 Vgl GG 55 ff.

17 Vgl Nussbaum, *Women and Human Development*<sup>13</sup> (2008) 252 ff.

18 Vgl GG 33 ff; 315 ff.

19 Vgl GG 33 f.

20 GG 38 ff.

21 GG 39.

22 GG 39.

oder Friedenssicherung, nicht jedoch Fragen internationaler ökonomischer Gerechtigkeit, Entwicklungschancen ärmerer Länder oder auch der universellen Durchsetzung grundlegender Menschenrechte.<sup>23</sup> Aktuelle Adaptionen internationaler Vertragsgerechtigkeit, wie das von Rawls im „Recht der Völker“ vorgestellte zweistufige Vertragsmodell,<sup>24</sup> schreiben diese Defizite fort, ja übertragen weiterhin die traditionellen kontraktualistischen Voraussetzungen etwa gleich starker, handlungsmächtiger und unabhängiger Vertragsparteien selbst noch auf das Verhältnis reicher und armer Staaten untereinander. Sie blenden damit nicht nur völlig unterschiedliche Positionen internationaler Machtentfaltung und Einflussnahme von Staaten (wie etwa der US-Außenpolitik oder der Macht der G8-Staaten) aus, sondern auch das gerade für Bürger und Bürgerinnen ärmerer Länder unmittelbar existentiell bedeutsame wirtschaftspolitische Regiment von Weltbank, IWF und multinationalen Konzernen als zentraler globaler Machtträger.<sup>25</sup> Neben der geforderten Überwindung des exklusiven Souveränitätsmodells enthält das Anliegen einer umfassenden „Globalisierung“ von Gerechtigkeitsansprüchen<sup>26</sup> darüber hinaus aber auch das Erfordernis der Überschreitung einer auf die bloße Selbstvergewisserung aller konkret Handlungsmächtigen gerichteten *Interessengemeinschaft* in Richtung auf eine *Solidargemeinschaft*. Damit sind freilich rechtsethische Universalisierungsbemühungen angesprochen, wie sie dem Reziprozitätsmodell vertragstheoretischer Ansätze kaum abzugewinnen scheinen. Gilt doch die – zumindest als potentielle Qualität reklamierte – Fähigkeit zu moralischer Verantwortlichkeit bzw die Eignung zur Teilnahme an dieser Form von Tauschrationalität als zentrale ideologische Engführung kontraktualistischer Modelle.<sup>27</sup> Dies führt nicht nur zur möglichen Benachteiligung bestimmter Gruppen von Menschen, sondern insbesondere auch zum Ausschluss nicht menschlicher, tierischer Lebewesen von allen Ansprüchen auf Achtung und Gerechtigkeit.

### 3. Der „Capabilities Approach“

Im Hinblick auf alle diese besonders sensiblen Anwendungsbereiche herkömmlicher Gerechtigkeitstheorien befürwortet Nussbaum einen grundlegenden Paradigmenwechsel politischer Gerechtigkeit. Dieser wendet sich gegen das utilitaristische Diktat ökonomischer Gesamtnutzenrechnung, soll aktuelle kulturalistische Sackgassen vermeiden, aber auch die liberal-prozeduralistischen Engführungen klassischer Vertragstheorien überwinden, die eben einseitig die Freiheit umfassend Handlungsmächtiger unterstützten. Demgegenüber schlägt die Autorin die Garantie „grundlegender menschlicher Ansprüche, die von allen Regierungen als von der Menschenwürde gefordertes absolutes (soziales) Minimum geachtet und umgesetzt werden sollten,<sup>28</sup> vor. Sie bilden nach Nussbaum auch die

---

23 GG 41.

24 Vgl Rawls, Das Recht der Völker (2002) 33 ff.

25 Vgl GG 312 ff; 319 ff.

26 GG 133.

27 Vgl GG 133 ff.

28 GG 104.

Grundlage der leitenden „politischen Prinzipien für eine liberale pluralistische Gesellschaft“, die solcherart auch zum Gegenstand eines „overlapping consensus“<sup>29</sup> zwischen Vertretern unterschiedlicher Konzeptionen des gesellschaftlichen „Guten“ gemacht werden könnten.<sup>30</sup> In der Folge entwirft sie eine – freilich als offen und entwicklungsfähig vorgestellte – Liste von zehn zentralen menschlichen „Fähigkeiten“, die das zugrundeliegende Würdemodell konkretisieren. Sie umfassen inhaltlich neben klassischen Schutzbereichen elementarer Grundrechte, wie Leben, körperliche Integrität, Gesundheit, weiters reproduktiven Rechten, Diskriminierungsverboten und zentralen politischen Rechten – systematisch eng mit diesen grundrechtsanalogen Formulierungen verschränkt – auch das Projekt der Absicherung fundamentaler vitaler, emotionaler und sozialer Kompetenzen, wie elementarer Gefühlsreaktionen, „verschiedener Formen sozialer Interaktion“ ua.<sup>31</sup> Darin kommen primär als positive Gestaltungsanforderungen verstandene Ansprüche zum Ausdruck, die auch einer gender-, minderheiten-, kultur-, ja speziesspezifischen Pluralisierung von Praxisformen und Lebensentwürfen Rechnung tragen.

Welche Konsequenzen zieht Nussbaum bezüglich der von ihr behandelten – durchaus heterogenen – besonders verdrängten Problembereiche?

Insbesondere hinsichtlich der gleichen Gewährleistung von Handlungs- und Entwicklungschancen für behinderte Menschen insistiert Nussbaum auf einer einzelfallgerechten sensiblen Wahrnehmung und umfassenden Optimierung kognitiver, sozialer und emotionaler persönlicher Potentiale mit dem Ziel eines gegen bestehende soziale Barrieren gerichteten „empowerment“. Der Fokus liegt dabei etwa auf der Förderung qualifizierter schulischer Ausbildung<sup>32</sup> und dem Ausbau konkreter Modelle möglichst flexibler, durch strikte Kriterien der Erforderlichkeit begrenzter „Mentorenschaft“, die kommunikative und soziale Kompetenzen unterstützen, keineswegs aber Bürgerrechte einschränken.<sup>33</sup>

In internationaler Perspektive konkretisiert sich der Fähigkeitenansatz sodann in zehn leitenden Prinzipien,<sup>34</sup> deren relative pluralistische Offenheit für unterschiedliche kulturelle Traditionen und nationalstaatliche Entwicklungen an die „Achtung für Personen“<sup>35</sup> und die Förderung individueller Autonomie rückgebunden und durch diese begrenzt sei. Diese Weltordnung ist nur zT durch eine „dünne dezentralisierte und dennoch starke“ Schicht insbesondere auf globale „Umweltrichtlinien“ und „Arbeitsrichtlinien“ sowie die Kontrolle ungehemmter wirtschaftlicher Globalisierung ausgerichteten „global governments“ zu verwirklichen.<sup>36</sup> Nussbaum nimmt daneben auch einzelstaatliche Strukturen hinsichtlich des Zusammenhangs von Demokratisierung und Armutsbekämpfung in die Pflicht, beschränkt deren Relevanz aber etwa durch die Fokussierung internationaler Ge-

---

29 GG 105 mit Bezug zu *Rawls*, Politischer Liberalismus (1998) 231 ff.

30 Vgl GG 105.

31 Vgl GG 112 ff.

32 GG 285.

33 Vgl GG 270 ff.

34 Vgl GG 430 ff.

35 GG 406.

36 Vgl GG 436.

rechtigkeitsstandards auf Minderheiten und benachteiligte Gruppen. Den Schutz familiär-kultureller Institutionen relativiert sie hinsichtlich der Bekämpfung von Diskriminierungen und Menschenrechtsverletzungen in der Sphäre der „Privatheit“. Wohlhabenden Staaten erlegt sie eine Verpflichtung zur Aufstockung ihrer Hilfsleistungen auf 2% des BIP, multinationalen Unternehmen die Verantwortung zur Förderung von Bildung und Umweltschutz durch einen „substantiellen Teil“<sup>37</sup> des in der betreffenden Region erzielten Gewinns auf. In weiterer Folge votiert Nussbaum dezidiert auch für die Öffnung des „capabilities approach“ gegenüber den verdrängten Achtungsansprüchen, „Fähigkeiten“ und Lebenspotentialen tierischer Lebewesen, denen sie einen modifizierten Katalog „gerechtigkeitsbasierte(r) Ansprüche“ auf jeweils artspezifische zentrale Lebensaktivitäten widmet.<sup>38</sup> Im Gegensatz zu der in der Tierrechtsdebatte dominierenden utilitaristischen Fokussierung von Lust und Schmerz kommt darin eine von der aristotelischen Wertschätzung aller „natürlichen Organismen“<sup>39</sup> inspirierte analoge, jeweils artspezifisch differenzierte Würdekonzepzion zum Ausdruck. Deren praktische Konsequenzen reichen etwa vom Erhalt des Lebensraums von Wildtieren über ein „Vormundschaftsmodell“ für Haustiere<sup>40</sup> bis hin zur Problematisierung der Tötung von – in der Regel jungen – Nutztieren und der Forderung nach einer ethischen Kennzeichnungspflicht von Fleischprodukten hinsichtlich der Tierhaltungsstandards.<sup>41</sup>

#### 4. Aristoteles vs Kant – „Fähigkeiten“ vs Rechte?

Wodurch unterscheidet sich diese auffällig plurale, etwas heterogenen, ja gelegentlich auch zufällig erscheinende Liste von „Fähigkeiten“ gegenüber herkömmlichen Rechtekonzeptionen? Welche leitenden systematischen Anliegen verfolgt der „capabilities approach“? Am Anfang der Einführung des „Fähigkeitenansatzes“ steht Armatya Sen globalisierungskritische Zurückweisung einseitig ökonomisch-ressourcenorientierter und vor allem diesbezüglich am rechnerischen Durchschnittsertrag des pro Kopf/BIP bemessener Kriterien internationaler Entwicklungspolitik. Adäquate Ansätze zur Bemessung – und Steigerung – von *Lebensqualität* in Entwicklungsprogrammen hätten demgegenüber eine Vielzahl unterschiedlicher Parameter, wie „Freiheit, ökonomisches Wohlergehen, Gesundheit“<sup>42</sup> etc, zu berücksichtigen, die nicht ausschließlich durch finanzielle Unterstützung zu gewährleisten sind und va im Hinblick auf konkrete Lebenssituationen von Bevölkerungsgruppen, nicht zuletzt von Frauen, ganz unterschiedliche Maßnahmen erforderten.<sup>43</sup> Von diesem Ausgangspunkt her verschiebt sich der Fokus sozialpolitischer Zielsetzungen generell von der bloßen Bereitstellung ausreichender „Mengen von Ressourcen“ zur konkreten Einräumung

---

37 GG 433.

38 Vgl GG 528 ff.

39 GG 472; vgl *Aristoteles*, De part an. I 5, 645a 7–28.

40 Vgl GG 507 ff.

41 Vgl GG 519 ff.

42 GG 107.

43 Vgl Sen, *Der Lebensstandard* (2000) 38 ff.

von „Möglichkeiten des Tätigseins“.<sup>44</sup> Zur Abkehr vom offensichtlich die Struktur des „Warenaustausches“ abbildenden Gesellschaftsvertragsmodell kommt auch die Distanzierung von einem einseitig ökonomischen Güterbegriff. Dieser ist nicht zuletzt auch in der Gerechtigkeitstheorie Rawls' – vor allem hinsichtlich der notwendigen Berechenbarkeit des sozialen Minimums – präsent, prägt dabei freilich nicht nur das ökonomisch akzentuierte – nachrangige – „Differenzprinzip“.<sup>45</sup> Im Zuge einer umfassenden Hierarchisierung *aller* Güter werden selbst noch die dezidiert priorisierten Freiheitsrechte diesem allgemeinen ökonomischen Deutungsmodell – eben als „Güter“ unter anderen – unterworfen.<sup>46</sup>

Nunmehr fordert Nussbaum die konzeptionelle Neuorientierung von grundlegenden politischen Prinzipien im Hinblick auf die konkrete institutionelle Ermöglichung vielfältigen aktiven „Entscheidens und Tätigseins“<sup>47</sup> in der Welt. „Zwei Menschen mit einer ähnlichen Ressourcenausstattung können sich in den für soziale Gerechtigkeit entscheidenden Hinsichten tatsächlich erheblich unterscheiden,“ was besonders exemplarisch bei Menschen „mit Beeinträchtigung und Behinderung“ zu Tage trete.<sup>48</sup> Es bedürfe daher generell einer „substantielle(n) Konzeption von wesentlichen Fähigkeiten und Chancen“ mit Bezug auf je konkrete Lebenskontexte, um dem Grundprinzip selbstzweckhafter (Menschen)Würde wirksam „Gestalt und Gehalt (zu) verleihen.“<sup>49</sup> Das von Nussbaum „intuitiv“<sup>50</sup> reklamierte Würdeprinzip findet seinen normativen Kern in der Kantschen Formel, immer auch „als Zweck an sich selbst“ anerkannt zu werden. Seine Umsetzung wird jedoch systematisch unmittelbar im Zeichen ihres dezidiert „ergebnisorientierten“ Ansatzes an die tatsächliche Möglichkeit der Entfaltung zentraler Lebensaktivitäten – im Sinne eines „wahrhaft menschlichen Tätigseins“<sup>51</sup> – rückgebunden.

Ohne Zweifel tun sich an dieser Stelle massive systematische Differenzen zu der etwa in der deutschsprachigen ethischen und verfassungsrechtlichen Debatte vertretenen transzendentalen Menschenwürdekonzeption auf und zu deren Stellenwert als in der allgemeinen (menschlichen) Vernunftsubjektivität verankertes apriorisches Rechtsprinzip. Das mag Verständigungsprobleme im Hinblick auf europäische Menschenrechtsdiskurse aufwerfen, ja Bedenken gegenüber einer vorgängig „eudaimonistischen“ Vereinnahmung von Freiheit und Menschenwürde wecken – in die dann doch allen Pluralismus- und Diversitätsanstrengungen zum Trotz einseitig paternalistische bzw kulturalistische Vorstellungen vom „guten Leben“ einzudringen vermögen. Dazu kommen weiters Bedenken hinsichtlich einer möglichen institutionellen Umsetzung dieser Prinzipien – abseits des geschichtlich entwickelten main-streams der Artikulierung und Konstitutionalisierung elementarer Rechtegarantien. Spannungen zum apriorischen Charakter des Kantschen Freiheitsprinzips – der ja

---

44 GG 110.

45 Vgl TG 96 ff.

46 Vgl Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte (1998) 99 f.

47 GG 109.

48 GG 110 f.

49 GG 109 ff.

50 GG 110.

51 GG 110 mit Verweis auf Marx, Ökonomisch-philosophische Manuskripte (1844) XXXI.

dessen Universalität und Unteilbarkeit gewährleisten soll – verursacht ohne Zweifel der Anspruch gleichsam empirisch-unmittelbarer „Ergebnisorientiertheit“ von Nussbaums Würdegebot. Das mag auch Argwohn bezüglich einer systematischen Nähe zu geläufigen utilitaristisch-konsequentialistischen Ausschlusskategorien erzeugen, welche den Personenstatus bekanntlich (in der Tradition Lockes) speziesübergreifend an den Aufweis eines Mindestmaßes an aktuellen kognitiven Fähigkeiten binden. Im Anschluss daran wird die als prinzipiell messbar reklamierte Lebensqualität aus dieser Sicht „nicht-personaler“ Wesen überindividuellen Nutzenüberlegungen unterworfen.<sup>52</sup>

Freilich enthält Nussbaums Konzept im Kern geradezu einen Gegenentwurf zu allen Ansätzen und Restbeständen der „Ökonomisierbarkeit“ menschlich-politischer Ziele und menschlicher Lebenschancen, wie sie ihrer Meinung nach noch in klassisch liberalen Konzeptionen durchscheinen, utilitaristische Theorien aber von Grunde auf aufbauen und strukturieren. Nicht zuletzt gehört die Bewahrung von konkreten Räumen kommunikativ-politischer Freiheit vor der Herrschaft unmittelbar ökonomischer Paradigmen, etwa vor dem Diktat deregulierter Kapitalmärkte, zu den genuinen Kernanliegen eines an Aristoteles orientierten Politikverständnisses.

Zu den unbestreitbaren Verdiensten dieses Ansatzes gehört wohl auch der Versuch, vernachlässigte Dimensionen von Körperlichkeit, Emotionalität und Sozialität hinsichtlich des Würdebegriffs einzuholen,<sup>53</sup> denen insbesondere für die in den herkömmlichen Rechtekonzptionen vernachlässigten Gruppen gesteigerte Relevanz zukommt. Im Gegensatz zu jenen versucht der neoaristotelische Ansatz Nussbaums, über die aufklärerische Orientierung an der Vernunftsubjektivität hinaus auch grundlegende Bedürfnis- und Gefühlsstrukturen integrativ in die Sicherung menschenwürdiger Daseinsbedingungen miteinzubeziehen,<sup>54</sup> die sich auch nicht auf bloß ökonomisch-materielle Voraussetzungen einschränken lassen.

Die genuin aristotelisch-strebensethische Perspektive des „Sein-Könnens“, wie sie in Nussbaums Fähigkeitenliste zum Ausdruck kommt, vermag wohl einen Beitrag dazu zu leisten, Tendenzen eines möglichen „Wirklichkeitsverlusts“ liberal-prozeduraler Gerechtigkeitsmodelle gegenzusteuern. Da diese im Grunde selbst häufig eine einseitig ökonomische Rationalität forcieren, laufen sie Gefahr, sich als gender-, kultur- und minderheitenblind herauszustellen. Demgegenüber versucht der „capabilities approach“ ethisch-politische Diskurse im Hinblick auf mögliche rationalistische oder ökonomische Engführungen dergestalt zu öffnen und zu pluralisieren, dass sie die Rechte strukturell diskriminierter Gruppen verstärkt in den Blick bringen, letztlich aber auch den Respekt für nicht-menschliche Lebewesen einschließen.

---

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

---

52 Exemplarisch *Singer*, *Praktische Ethik*<sup>2</sup> (1994) 123 ff.

53 Vgl. GG 221 ff.

54 Vgl. GG 391.

# Datenschutzdiskurs und -recht in der Kritik

Walter Fuchs/Andrea Kretschmann

---

Rezensionsessay zu *Reinhard Kreissl* und *Lars Ostermeier* (2011): Wer hat Angst vorm großen Bruder? Datenschutz und Identität im elektronischen Zeitalter, in: Hempel, Krasmann, Bröckling (Hg): Sichtbarkeitsregime. Überwachung, Sicherheit und Privatheit im 21. Jahrhundert, *Leviathan Sonderheft* 25, 27–52, sowie zu *Gregor Wiedemann* (2011): Regieren mit Datenschutz und Überwachung. Informationelle Selbstbestimmung zwischen Sicherheit und Freiheit, Berlin.

## Einleitung

*Ilija Trojanow* und *Juli Zeh* beschreiben am Anfang ihres Bestsellers „Angriff auf die Freiheit“ (2009) die düstere Situation eines Alltags, in dem jeder Schritt bäugt und sogleich von einer panoptischen Erzählerstimme peinlich befragend kommentiert wird. „Warum sind Sie so nervös? [...] Wozu brauchen Sie so viel Bargeld? [...] Haben Sie nicht neulich gegen den G8-Gipfel demonstriert?“<sup>1</sup> Der aufkommende Gänsehautfaktor wird schließlich noch durch den Hinweis gesteigert, man mache sich durch den Kauf des Buches womöglich selbst verdächtig: So bekommt das Lesen nonfiktionaler Populärliteratur den Anhauch des Subversiven. Offen bleibt freilich, wer da überhaupt spricht: Ist es der große Bruder? Das Autor\_innenduo? Oder das Über-Ich der Überwachten? Thesen aus diesem Buch lässt *Zeh* auch Figuren ihres erfolgreichen Theaterstücks „Der Kaktus“ aufsagen, das 2009 am Münchner Volkstheater aufgeführt wurde und bis heute auf den Bühnen der deutschsprachigen Stadttheaterlandschaft präsent ist. Das Drama handelt davon, dass tumbe Polizisten eine stachelige Pflanze des Terrorismus verdächtigen – so wird Kritik an überzogenen Sicherheitsmaßnahmen zur volkspädagogischen Boulevardkomödie.

Beiträge wie die von *Trojanow* und *Zeh* sind kulturelle Verarbeitungen einer allgegenwärtig gewordenen gesellschaftspolitischen Debatte um Privatheit und Sicherheit. In ihnen werden dystopische Narrative einer drohenden Welt totaler Überwachung transportiert. Dies verweist darauf, dass der Kampf um Datenschutz und Privatsphäre derzeit immer schon längst entschieden zu sein scheint – und zwar zu Lasten der „Freiheit“ und zu Gunsten der „Sicherheit“. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht ist das alles andere als abwegig: Szenarien tickender terroristischer Zeitbomben wirken im „versicherheitlichten“ politischen Diskurs wie eine Trumpfkarte, die immer sticht. Gleichzeitig muten

---

1 *Trojanow/Zeh* (2009): Angriff auf die Freiheit. Sicherheitswahn, Überwachungsstaat und der Abbau bürgerlicher Rechte, München (8 f.).

jedoch Überwachungskritiken, wie sie etwa auch im Werk von *Trojanow* und *Zeh* artikuliert werden, bisweilen eigentümlich verschwörungstheoretisch, dramatisierend und zielungenau an. So sehr ihnen das Verdienst zukommt, eine breitere Öffentlichkeit für Fragen des Umgangs mit persönlichen Daten zu sensibilisieren, so sehr arbeiten sie auch mit suggestiven Orwellschen Gesellschaftsentwürfen, denen als kulturindustrielle Produkte zwar durchaus ein gewisser Unterhaltungswert zukommen kann, die aber der Komplexität gegenwärtiger Entwicklungen nicht immer gerecht werden. Forderungen an mitunter falsche Adressat\_innen – in der Regel aus dem staatlichen Bereich – und eine seltsam eingeschränkte Wahl der politischen Mittel lassen manchmal Zweifel an der Aktualität der Analysen und Positionen aufkommen. „Old school“ wäre wohl der Begriff dafür, würden wir, wie *Trojanow* und *Zeh*, einen Pop-Thriller schreiben.

So scheint mitunter merkwürdig ausgeblendet zu bleiben, dass Überwachung nicht nur durch den Staat ausgelöst wird, sondern dass diese Bühne – vor allem in den letzten Dekaden – massiv von der Ökonomie bespielt wird. Das Interesse an der Allgegenwart von Überwachung hat sich folglich vervielfältigt. Ebenso wenig wird darauf Bezug genommen, dass hiermit eine Privatisierung und Kommerzialisierung von Kontrolle einhergeht, womit sich auch die Überwachungsakteur\_innen vervielfachen und diversifizieren – und zwar ohne dass jede privat installierte Kamera immer schon automatisch mit einer polizeilichen Zentrale verbunden wäre oder auch nur tatsächlich Bilder aufnahme, die regelmäßig betrachtet und ausgewertet werden. Kaum Notiz wird drittens davon genommen, dass so manche Bürger\_innen im Zeitalter des Web 2.0 unter „informationeller Selbstbestimmung“ eher das Anlegen einer lückenlosen „Timeline“-Biographie bei Facebook als den Schutz vor einer Gesellschaftsordnung verstehen, in der – wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem berühmten „Volkszählungsurteil“ ausgedrückt hat – „Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.<sup>2</sup>

### **Kritik der Kritik**

Die sozialwissenschaftlich informierte Kriminologie hat diese Entwicklungen analysiert, sich aber mit einer gesellschaftspolitisch wirksamen Kritik dieser Entwicklungen – und mithin auch einer Kritik der Kritik – ähnlich schwer getan wie die politischen Akteure selbst. Einige aktuelle sozialwissenschaftliche Perspektivierungen auf das Thema machen nun Anstalten, diese Lücke zu schließen. Sie gehen von der Frage nach der Wirkungslosigkeit gegenwärtiger Datenschutzbestrebungen aus und bemühen sich am Rande auch darum, alternative Handlungspotenziale aufzudecken. Betrachtet werden im Folgenden *Gregor Wiedemanns* Buch „Regieren mit Datenschutz und Überwachung.“

---

2 BVerfGE 65, 1 (1983).

Informationelle Selbstbestimmung zwischen Sicherheit und Freiheit“, in dem dieser den politischen Diskurs um Datenschutz und Überwachung in Deutschland anhand der parlamentarischen Debatte zum Thema Datenschutzrecht und Vorratsdatenspeicherung analysiert, sowie der theoretische Aufsatz „Wer hat Angst vorm großen Bruder? Datenschutz und Identität im elektronischen Zeitalter“ von *Reinhard Kreissl* und *Lars Ostermeier*. Ansatzpunkt beider Beiträge – und das macht, um es vorweg zu nehmen, ihren Gewinn aus – ist die theoretisch informierte Beobachtung von Veränderungen im Sozialen. Angelegt werden einerseits eine gouvernementalitätstheoretische Perspektive, andererseits ein rechts- und techniksoziologischer Blickwinkel. Beide Potenziale der Perspektiven werden anhand einzelner Aspekte von Kritik an den hier in den Blick genommenen Kontrollmaßnahmen (vergleichend) diskutiert. *Wiedemann* stellt die Frage nach der Wirkungslosigkeit gegenwärtiger überwachungskritischer Diskurse auf der Achse von Freiheit und Sicherheit in den Mittelpunkt seiner Untersuchung. *Kreissl* und *Ostermeier* loten die engen Grenzen rechtlicher Datenschutzinstrumentarien vor dem Hintergrund des stetigen Ausbaus technischer Möglichkeiten der Datenaggregation aus. Was genau wird von den Autoren nun kritisiert?

### Privatheit revisited

Beide Beiträge machen, ganz auf der Höhe der sozialwissenschaftlichen Debatte, die gleiche Ausgangsbeobachtung: Das, was es nach Ansicht der Überwachungskritiker\_innen zu schützen gilt – das Private – habe sich derart verändert, dass weder die herkömmliche Kritik noch die präferierte Wahl der Mittel (traditionell ist dies das Recht) noch greifen (*Kreissl/Ostermeier* 287, 295). Fälschlicherweise würde das Private als ein Raum gedacht, in dem sich das bürgerliche Individuum frei und ohne Blick von Seiten der Öffentlichkeit oder des Staates bewegen könne (*Wiedemann* 145 ff, *Kreissl/Ostermeier* 282); neue Sicherheitsinterventionen würden dementsprechend als unzulässige Eingriffe in die Privatsphäre beklagt. Dieses Verhältnis von öffentlicher Sphäre (verstanden als dem, was sichtbar ist) und privater Sphäre (verstanden als dem, was unsichtbar ist) sei aber, so die Autoren einhellig, nicht länger aufrechtzuerhalten. Mit der Mediatisierung der Lebenswelt schoben sich Privates und Öffentliches ineinander. *Kreissl* und *Ostermeier* stellen dies besonders anschaulich dar: Nutzer\_innen sozialer Netzwerke agieren, so die Autoren, mit Hilfe der verfügbaren technischen Infrastruktur in ihrer Lebenswelt so, wie sie es in der materiellen Welt auch tun; gleichzeitig werde die Datenspur, die durch die Interaktion dieser Personen unter Nutzung elektronischer Medien entsteht, jedoch potenziell einsehbar, ohne dass die Beteiligten davon wüssten. „Datenschutz“, so zeigen die beiden Autoren damit nachvollziehbar auf, betreffe deshalb „immer auch den öffentlichen Raum“ (*Kreissl/Ostermeier* 281), und sei nicht mehr auf Face-to-Face-Interaktionen zu beschränken. So versuchen beide Positionen, die „alt-europäische“ Dichotomie öffentlich/privat, bei der es sich letztlich um ein Relikt der

liberalen Ära des 19. Jahrhunderts handelt, hinter sich zu lassen bzw komplexer zu konzeptualisieren – ein Ansatz, der angesichts der Realität der global vernetzten Gesellschaft im 21. Jahrhundert zu begrüßen ist.

### Technosozialität und Subjektivierung qua Virtualität

Forderungen nach dem Schutz der Privatsphäre entsprächen gegenwärtigen Formen gesellschaftlicher Interaktion – auch darin stimmen *Wiedemann* sowie *Kreissl* und *Ostermeier* überein – aber auch in anderer Hinsicht nicht: Datenschutz, der ja darauf abziele, die Persönlichkeitsrechte zu wahren, bspw indem im Netz zurückgelegte Wege anonymisiert würden, laufe den eingespielten Routinen sozialen Handelns in vielen Hinsichten längst zuwider. Ausgeblendet werde, dass die Identitäten in einer Welt der „Informativierung“ (*Kreissl/Ostermeier* 287) untrennbar mit der Virtualität verbunden seien, ja, mit durch sie hervorgebracht würden (*Wiedemann* 139 ff). *Kreissl* und *Ostermeier* argumentieren hier vor dem Hintergrund der Akteur-Netzwerk-Theorie, deren analytisch-heuristisches Potenzial sie auf Datenschutzfragen anwenden. So gehen sie davon aus, dass „die kategoriale Unterscheidung zwischen sozialen und nicht sozialen Objekten und Prozessen unhaltbar ist“ (*Kreissl/Ostermeier* 292). Auf diese Weise können sie etwa die *technisch vermittelte Sozialität*, die durch soziale Netzwerke ermöglicht wird, von vorneherein als *Technosozialität* begreifen. Folglich müssten auch Identitäten als „Techno-Social Hybrids“ (de)konstruiert werden. Denn das Soziale bestünde „nicht mehr nur aus Individuen, sondern aus einem Ensemble, das Menschen und Maschinen gleichermaßen umfasst“. An diesem Punkt werden Daten begreiflicherweise aber auch zu „Waren, die man profitabel verwerten kann“ (*Kreissl/Ostermeier* 293). Wo *Kreissl* und *Ostermeier* andeuten, dass Subjekte und Technik – mit der Ökonomie als Motor – untrennbar verschmolzen werden, kommt *Wiedemann* vor dem Hintergrund einer gouvernementalitätstheoretischen Perspektive in Anschluss an *Michel Foucault* zu einem ähnlichen Ergebnis: Mit der Mediatisierung der Lebenswelt sei die Selbstrepräsentation in der virtuellen Welt subjektbildend geworden. Virtuelle Partizipation sei insofern kein *surplus*, sondern müsse als Konformitätsmerkmal verstanden werden, angetrieben von dem Versprechen, über die Präsenz im Netz das eigene soziale, kulturelle und letztlich auch ökonomische Kapital zu steigern. Während *Kreissl* und *Ostermeier* aus ihrer techniksoziologischen Perspektive die kaum gerichtet zu sein scheinende soziale Realität des „Ensembles“ aus Mensch und Maschine eindrücklich werden lassen und die Irreversibilität dieser sozialen Realität aufzeigen, macht *Wiedemann* aus einer subjekttheoretischen Perspektive den sich über Subjektanrufungen reproduzierenden Charakter dieser Entwicklung deutlich. Denn Subjekt werden kann nur, wer auch virtuell präsent ist. Ein Beleg hierfür wäre, dass das „Fehlen“ eines Facebook-Accounts bereits als Anzeichen für eine tief sitzende Pathologie gedeutet werden kann, wie die im Sommer entflammte Debatte um den Amokläufer von Aurora, der bei einer „Batman“-

Kinopremiere zwölf Menschen erschoss, zeigt.<sup>3</sup> Zwar konnten „Individualität und Privatheit“ nie „als quasinatürliche Gegebenheiten vorausgesetzt werden“. Heute stünden sie aber – wie Wiedemann aus der Gouvernementalitätsperspektive heraus argumentiert, die keinen Unterschied zwischen Selbst- und Fremddregierung macht – mehr denn je „in unmittelbarer Verbindung zum neoliberalen Zwang, sich selbst als produktives, nützliches Individuum in Wert zu setzen“ (*Wiedemann* 146).

Die Forderung des Datenschutzes nach Anonymität, so lassen sich die beiden Positionen zusammenfassen, rekurriert auf ein analoges Selbst, das dort scheitern muss, wo längst ein digitales Selbstverständnis Einzug gehalten hat. Eine Überwachungskritik, die auf der Einhaltung der Privatsphäre poche, aber keine Antworten darauf habe, warum Menschen im Rahmen der neuen Medien viele ihrer Daten freiwillig offenbaren, verkenne die veränderten Bedingungen sozialer Teilhabe, so die Autoren beider Texte. Moralische Appelle für den Datenschutz hätten es somit schwer, liefen diese doch Subjektivierungsprozessen entgegen (*Wiedemann*, Kap. 6). Deshalb könne auch die Sphäre der Freiheit nicht länger als anzustrebendes Ideal gedacht werden, das von autonom handelnden Bürger\_innen zu verteidigen sei. Freiheit müsse, in der gouvernementalitätstheoretischen Terminologie *Wiedemanns*, vielmehr als eine Regierungstechnik betrachtet werden, mittels derer die Menschen dazu angehalten werden, sich konform zu verhalten.

### Sicherheitsrecht vs Datenschutzrecht

Eine weitere Parallele im Ansatz der beiden hier besprochenen Arbeiten ist ihr Verständnis des Verhältnisses von Sicherheitsrecht und Datenschutzrecht, also von Normen, die Eingriffe in die Privatsphäre einerseits ermöglichen und andererseits begrenzen sollen. Beide deuten es nicht etwa als Widerspruch, sondern als Ausdruck komplementärer Pole der rechtlichen Regulierung des Sammelns und Verwertens personenbezogener Daten. Freiheit und Sicherheit erscheinen bei *Wiedemann* als zwei Seiten der einen Medaille einer (neo-)liberalen Regierungstechnik. *Kreissl* und *Ostermeier* wiederum halten zunächst fest, dass der rechtliche Schutz der Privatsphäre durch Sicherheitsrecht durchlöchert werde, während im Rahmen von Datenschutzrecht versucht werde, „den Zugang zu diesen Löchern für Dritte zu unterbinden“ (282). In *beiden Fällen* stelle sich jedoch die Frage, ob Gesetze überhaupt in der Lage sind, den zugrundeliegenden technischen Prozess und die durch ihn entstehenden Möglichkeiten zu zähmen. Neues Datenschutzrecht beschränke sich in den meisten Fällen auf eine post-hoc-Legalisierung bereits bestehender Praktiken.<sup>4</sup>

---

3 <http://derstandard.at/1342947481926/Fehlender-Facebook-Account-von-Amoklaeuer-loest-absurde-Diskussion-aus> (1.9.2012).

4 Interessant ist es, sich die Effektivitätsschranken rechtlicher Regulierungen nicht nur für das Datenschutz-, sondern auch für das Sicherheitsrecht vor Augen zu führen. Beide Rechtsbereiche hinken technischen Entwicklungen immer hinterher, was in Verbindung mit der prinzipiellen Unstillbarkeit eines jeglichen Sicherheitsversprechens – das sich

## Möglichkeiten politischer Intervention

Hier aber auch wird ein Unterschied der beiden Perspektiven deutlich: Während *Wiedemann* den Datenschutz als ein durchaus nicht unwirksames Element des – im gouvernementalitätstheoretischen Sinn weit zu verstehenden – Regierens von Menschen ansieht, betonen *Kreissl* und *Ostermeier* die engen Grenzen der Fähigkeit des Rechts, Menschen und/oder Algorithmen überhaupt wirksam steuern zu können. Das hat letztlich auch Konsequenzen für die Art möglicher Formen von Kritik und politischer Intervention, wie sie in beiden Beiträgen skizziert wird. Wiedemann geht von der möglichen Wirksamkeit einer Vielheit unterschiedlicher, im Sozialen verstreuter Strategien aus, weshalb er sowohl rechtliche als auch nicht-rechtliche Maßnahmen in den Blick nimmt – etwa ein technisches Datenschutzmanagement, Selbstdatenschutz, Auskunft- und Löschrrechte, eine unabhängige Kontrolle, ein Datenschutzaudit sowie Informationsfreiheitsrechte. Gleichzeitig betont er, dass Ansätze des Selbstdatenschutzes sich vor dem Hintergrund unterschiedlicher sozialer Kompetenzen als sehr voraussetzungsvoll erweisen und somit staatliche Regulierungsversuche unabdingbar bleiben (151). *Wiedemann* weist zudem darauf hin, dass die Mediatisierung der Gesellschaft umgekehrt auch Chancen birgt, den kontrollierenden Blick umzudrehen und auf die Kontrollakteure selbst wie auch auf angebliche Gefahrenlagen zu richten. In dem Maße, in dem Kontrolle heute weniger zentralistisch als horizontal organisiert sei, nämlich in vielen unterschiedlichen, „sich teilweise“ auch „überschneidenden Kontrollregimes“,<sup>5</sup> käme dem kollektiven Gegenblick, organisiert und geäußert über (selbstverwaltete) mediale Kanäle, ein neuer Stellenwert zu. Er könnte bspw zur Entdramatisierung einzelner Bedrohungsnarrative beitragen (*Wiedemann* 167 f). Ein solcher Zugang, das sei hier anzuschließen, birgt in stärkerem Maße die Möglichkeit der Artikulation auch grundlegender Kritik, als dies Forderungen auf dem Rechtsweg vermögen. Denn der Rechtsweg erfordert, um überhaupt vom Rechtssystem verarbeitet werden zu können, die Reduktion der Anliegen auf, und ihre Übersetzung in rechtlich Sagbares, was häufig die „Entradikalisierung“ von Forderungen mit sich bringt.

*Kreissl* und *Ostermeier* fordern vor allem die Fähigkeit, mit Technologien der Verschlüsselung umzugehen, als neue Kulturtechnik ein, die ihren Platz im Repertoire zivi-

---

immer nur auf eine naturgemäß unsichere Zukunft beziehen kann – zu kurzatmigen und stets neuen Ausweitungen kontrollierender Zugriffsmöglichkeiten führt. Damit läuft das Sicherheitsrecht aber auch Gefahr, sich vorprogrammierte Vollzugsdefizite und Probleme des Informationsmanagements einzuhandeln. Schließlich vermag auch ein Zuviel an Daten die Exekutive zu blockieren. Darüber hinaus kann etwa die polizeiliche Ermittlungsarbeit stark von Instrumenten abhängig werden, die anderswo zu anderen Zwecken konzipiert wurden. Ein Beispiel dafür wäre das mittlerweile massenhaft vorgenommene Zugreifen auf erfasste und auf Vorrat gespeicherter Rufdaten von Mobiltelefonen, die ursprünglich Abrechnungszwecken dienten (was jedoch im Zeitalter der Flatrate-Tarife gar nicht mehr erforderlich wäre).

5 *Rammert* (2009): Die Macht der Datenmacher in der fragmentierten Wissensgesellschaft, in: *Gaycken/Kurz* (Hg): 1984.exe. Gesellschaftliche, politische und juristische Aspekte moderner Überwachungstechnologien, Bielefeld, 181 (186).

limatorischer Kompetenzen in zeitgenössischen Gesellschaften haben sollte. Ein Anspruch auf verschlüsselte Kommunikation sollte – hier greifen die beiden Autoren dann doch wieder auf eine juristische Semantik zurück – zum zivilgesellschaftlichen Rechtskanon gehören: Der Status ziviler Bürger wäre als der eines techno-sozialen Hybrids neu zu fassen. Die genannte Kulturtechnik mutet vielversprechend an, könnten doch so Personen, die ihre Daten verschlüsseln, nicht mehr – wie heute so häufig praktiziert (bspw. jüngst im Tierschützerprozess) – unter generalisierten Verdacht gestellt werden. Offen bleibt bei *Kreissl* und *Ostermeier* jedoch, woher das kritische Potenzial kommen soll, das derartigen Handlungsroutrinen zur Durchsetzung verhelfen könnte. Verworfen wird indessen von den Autoren die – in modernen Wohlfahrtsstaaten ohnedies unrealistische – Forderung, im Sinne einer verzichtsethischen Datensparsamkeit auf ausschließlich prä-elektronische Verkehrsformen zurückzugreifen – zu Recht, wie wir meinen: Erforderte doch das „Leben unterhalb des Radars der umfassenden Überwachung“ tatsächlich „einen sehr gebückten Gang“ (*Kreissl/Ostermeier* 297).

Eine „aufrechte“ Haltung und eine zeitgemäße Analyse vermitteln hingegen beide Beiträge, deren Lektüre für alle Jurist\_innen und Sozialwissenschaftler\_innen, die mit Datenschutzfragen zu tun haben, zweifellos gewinnbringend und perspektivenerweiternd sein wird: Beide Ansätze liefern einen differenzierten Blick auf Datenschutzkritik und Recht. Indem sie den Blick auf Veränderungen im Sozialen richten, können sie erklären, warum Datenselbstbeschränkung für die meisten nicht mehr das Mittel der Wahl ist. Zweitens weisen sie darauf hin, dass die traditionelle bürgerrechtliche Kritik in mehrfacher Hinsicht von falschen Prämissen ausgeht – was sie tendenziell unwirksam macht. Beide Perspektiven erhöhen damit die Chance der Entwicklung alternativer Argumentationen, wenn wieder einmal Eingriffsrechte in die „Privatsphäre“ auf der politischen Agenda stehen.

Walter Fuchs (Dr. iur., MA Krim.) ist Redaktionsmitglied des Kriminologischen Journals und derzeit Habilitationsstipendiat (APART) der Österreichischen Akademie der Wissenschaften am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie in Wien; walter.fuchs@irks.at

Andrea Kretschmann (Mag.<sup>a</sup> Soz., MA Krim.) ist Redaktionsmitglied des Kriminologischen Journal und des juridikum. Sie ist Promotionsstipendiatin an der Bielefeld Graduate School in History and Sociology der Universität Bielefeld; andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de

# Bahn frei für soziale Auftragsvergabe?

Eine Analyse des EuGH-Urteils vom 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar* betreffend die Verankerung von Umwelt- und Fair Trade-Gütezeichen im öffentlichen Beschaffungsprozess

Alice Wagner

---

## 1. Einleitung

Ähnlich wie in der Ausgangsrechtssache *Max Havelaar*<sup>1</sup> die Provinz Nord-Holland, verankern in den letzten Jahren immer mehr EU-Mitgliedstaaten sowie Städte und Regionen soziale und ökologische Kriterien in den öffentlichen Beschaffungsprozessen. Auch in Österreich hat der Ministerrat im Juli 2010 einen Aktionsplan zur nachhaltigen Beschaffung angenommen, welcher sowohl ökologische, als auch soziale Kriterien umfasst.<sup>2</sup> In der jüngeren Vergangenheit mehrt sich auch hierzulande die Anzahl der Beschaffungen, bei welchen soziale Erwägungen mitberücksichtigt werden. So führt etwa die Stadt Wien derzeit Pilotprojekte betreffend Frauenförderung und Berücksichtigung von Gender-Aspekten bei der Auftragsvergaben durch,<sup>3</sup> bei der Ausstattung des olympischen Dorfs für die Jugendspiele in Innsbruck wurde die Beschäftigung von langzeitarbeits- oder langzeitbeschäftigungslosen Menschen als Zuschlagskriterien verwendet<sup>4</sup> und immer mehr öffentliche Auftraggeber stellen bei der Beschaffung von Lebensmitteln und Textilien auf fairen Handel entlang der Lieferkette ab.<sup>5</sup>

Bei der Auftragsvergabe auch soziale und ökologische Gründe zu berücksichtigen ist aus diversen Gründen sinnvoll. Etwa kommt dem Bund, den Ländern, Städten und Gemeinden eine Vorbildfunktion zu, bei den eigenen Einkäufen keine arbeitsrechtlichen Verletzungen zu begehen, gute Arbeitsbedingungen auch entlang der Lieferkette sicherzustellen oder ökologisch sinnvolle Produkte einzukaufen, zumal es beim öffentlichen Einkauf ja um den Einsatz von öffentlichen Steuermitteln geht. Geht die öffentliche

---

1 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*.

2 *BMLFUW*, Österreichischer Aktionsplan für nachhaltige Beschaffung, <http://nachhaltigebeschaffung.at> (30.9.2012).

3 *Stadt Wien*, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, <http://wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html> (30.9.2012).

4 *Olympische Jugendspiele Innsbruck 2012*, Meldung 25.8.2011, [http://innsbruck2012.com/presse/zwei\\_osttiroler\\_betriebe\\_im\\_zeichen\\_der\\_olympischen\\_jugend-winterspiele\\_2012](http://innsbruck2012.com/presse/zwei_osttiroler_betriebe_im_zeichen_der_olympischen_jugend-winterspiele_2012) (30.9.2012).

5 Vgl etwa die Good-Practice-Beispiele der *SO:FAIR-Initiative* <http://sofair.at/good-practice-beispiele>, die vom *Südwind Institut* genannten Städte <http://www.fairebeschaffung.at> bzw. die am Landmark Projekt teilnehmenden Behörden <http://www.landmark-project.eu> (30.9.2012).

Hand mit sozial und ökologisch nachhaltigem Einkaufsverhalten voran, kann das nicht nur Vorbildwirkung für private EinkäuferInnen haben, sondern auch Einfluss auf die Lieferkataloge und Produktionsbedingungen der LieferantInnen. Entschließt sich etwa eine Stadt, nur fair gehandelten Kaffee einzukaufen, werden potentielle LieferantInnen ihre Produktlinien umstellen, um sich um Aufträge überhaupt bewerben zu können und die neuen Produktlinien auch auf dem allgemeinen Markt anbieten. Schließlich stellt es eine Frage der Politikkohärenz dar, die ökologischen, sozial- und entwicklungspolitischen Ziele aus anderen Politikbereichen auch mit eigenem Einkaufsverhalten zu verbinden. Denn nicht zuletzt ist dies auch eine wichtige Möglichkeit und Komponente, grundrechtlichen Verpflichtungen und unions- und staatspolitischen Zielsetzungen wie dem umfassenden Umweltschutz,<sup>6</sup> globaler nachhaltiger Entwicklung und fairem Handel,<sup>7</sup> der Integration von Menschen mit Behinderungen,<sup>8</sup> umfassender Nichtdiskriminierung,<sup>9</sup> fairen Arbeitsbedingungen<sup>10</sup> sowie sozialer Gerechtigkeit und Kohärenz insgesamt<sup>11</sup> wirksam Geltung zu verschaffen.

Trotz zahlreicher überzeugender Argumente war soziale Auftragsvergabe lange Zeit weder im österreichischen, noch im europäischen Recht allgemein anerkannt. Im Gegenteil wurden soziale Kriterien regelmäßig als „vergabefremde Kriterien“ bezeichnet. Die Frage, welche sozialen und ökologischen Kriterien auf Grund der europarechtlichen Vorgaben im Beschaffungsprozess überhaupt berücksichtigt werden können, und in welchem Stadium des Vergabeverfahrens, beschäftigt daher schon seit längerer Zeit die nationalen Beschaffungsstellen und europäischen EntscheidungsträgerInnen.

Im aktuellen Urteil zu Umwelt- und Fairtrade-Gütezeichen in der Rechtssache *Max Havelaar* hat der EuGH wichtige Feststellungen getroffen, welche die Möglichkeit bestätigen, soziale und ökologische Kriterien im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Das Urteil kommt zu einem politisch spannenden Zeitpunkt, da derzeit auch die Überarbeitung der EU-Vergaberichtlinien diskutiert wird: im Dezember 2011 legte die Kommission Vorschläge für die Überarbeitung der Vergabe-RL, der Sektoren-RL sowie einen neuen Vorschlag für eine RL zu Konzessionen vor.<sup>12</sup>

In diesem Artikel soll zunächst die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Thema soziale und ökologische Beschaffung dargestellt werden (1) sowie die aktuelle Rechtsansicht der Kommission (2). Nach einer kurzen Erläuterung der Hintergründe der Rechtssache *Max Havelaar* (3) wird dargelegt, welche Möglichkeiten für nachhaltige

---

6 Siehe insb Art 3 Abs 3 UAbs 1, Art 11 AEUV, Art 37 Grundrechtecharta, sowie das BVG über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491.

7 Siehe insb Art 3 Abs 5 EUV.

8 Siehe insb Art 10 AEUV, Art 26 Grundrechtecharta, sowie Art 7 B-VG.

9 Siehe insb Art 2 EUV, Art 10, 19 AEUV, sowie Art 7 B-VG.

10 Siehe insb Art 31 Grundrechtecharta.

11 Siehe insb Art 3 Abs 3 UAbs 2, 3 EUV.

12 *Kom*, Öffentliches Auftragswesen, Reformvorschläge, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/reform\\_proposals\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals_de.htm) (30.9.2012).

Beschaffung der EuGH durch sein Urteil geschaffen hat (4) ehe mit resümierenden Bemerkungen geschlossen wird (5).

### 1. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat sich schon in mehreren Vorgängerjudikaten mit dem Themenkreis der ökologisch und sozial nachhaltigen Auftragsvergabe befasst. Zu nennen sind hier insbesondere

1. die Rs C-31/87 *Beentjes*,<sup>13</sup> in welcher der EuGH entschieden hat, dass die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als Ausführungsbedingung des Auftrags mit den Vergaberichtlinien grundsätzlich vereinbar ist, insofern nicht Bieter aus anderen Mitgliedstaaten diskriminiert werden;
2. die Rs C-225/98 *Nord-Pas-de-Callais*,<sup>14</sup> in welcher der EuGH ein mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängendes „nicht-ausschlaggebendes“ Zuschlagskriterium anerkannt hat, wenn es die wesentlichen Grundsätze des Europarechts beachtet, insbesondere nicht diskriminierend ist und den Publizitätsvorschriften entspricht;
3. die Rs C-513/99 *Concordia Bus*,<sup>15</sup> in welcher der EuGH die Zulässigkeit von Umweltschutzkriterien als Zuschlagskriterien bestätigt hat, insoweit ein Konnex mit dem Auftragsgegenstand vorliegt und dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird;
4. die Rs C-448/01 *Wienstrom*,<sup>16</sup> in welcher der EuGH ein mit 45% gewichtetes Zuschlagskriterium, welches auf die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energien abstellt, für grundsätzlich zulässig erklärt hat sowie zuletzt
5. die Rs C-346/06 *Rüffert*,<sup>17</sup> in welcher der EuGH das niedersächsische Landesvergabegesetz, das vorsah, dass öffentliche Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich schriftlich dazu verpflichten, den ArbeitnehmerInnen mindestens das tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen, für nicht mit der Entsende-RL<sup>18</sup> vereinbar erklärt hat. Im *Rüffert*-Fall prüfte der EuGH nicht die Vereinbarkeit mit der Vergabe-RL.

Durch das *Concordia Bus*- und *Wienstrom*-Urteil gibt es somit sehr klare Judikatur zur Zulässigkeit von ökologisch nachhaltigen Zuschlagskriterien, welche es in dieser Ausdrücklichkeit bislang für die sozialen Kriterien nicht gegeben hat. In *Beentjes* hatte der EuGH den Ausschluss eines Bieters, der „nicht in der Lage [ist], Langzeitarbeitslose zu

---

13 EuGH 20.9.1988, C-31/87 *Beentjes*.

14 EuGH 26.9.2000, C-225/98 *Nord-Pas-de-Callais*.

15 EuGH 17.9.2002, C-513/99 *Concordia Bus*.

16 EuGH 4.12.2003, C-448/01 *Wienstrom*.

17 EuGH 3.4.2008, C-346/06 *Rüffert*.

18 Entsende-RL 96/71/EG.

beschäftigen“ weder als „Prüfung der fachlichen Eignung“, noch als Zuschlagskriterium eingeschätzt,<sup>19</sup> sondern als Bedingung für die Auftragsausführung bewertet und für grundsätzlich zulässig erklärt.

In *Nord-Pas-de-Calais* hat der EuGH zwar ein Zuschlagskriterium anerkannt, das auf den Kampf gegen die Arbeitslosigkeit abzielt, wenn zudem die wesentlichen Grundsätze des Europarechts beachtet werden. Die Reichweite des Urteils ist allerdings nicht bis ins letzte klar, da die vom EuGH verwendeten Formulierungen unterschiedliche Interpretation zulassen. In Rn 47 spricht das Urteil zunächst von einem „zusätzlichen Zuschlagskriterium“, dann von einem Kriterium, dass „kein Hauptkriterium [ist], sondern ein nicht-ausschlaggebendes Zusatzkriterium“.<sup>20</sup> Im Minimalfall könnte der Begriff des „zusätzlichen Zuschlagskriteriums“ so verstanden werden, dass er sich auf ein Kriterium bezieht, welches nur bei Punktegleichstand zweier oder mehrerer BieterInnen zur Anwendung gelangt. In einer Maximalvariante könnte man den Begriff aber auch im Sinne des *Wienstrom*-Urteils verstehen und argumentieren, dass das Kriterium nicht den Ausschlag geben darf: Für ein Kriterium, welches auf die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit abzielt, könnten daher bis zu 49% der erzielenden Punkte vergeben werden. Für die Praxis liegt zwischen der Minimal- und Maximalvariante naturgemäß ein riesiger Unterschied. Während der Minimalvariante kaum praktische Bedeutung zukommt und die öffentliche Hand mit dieser auch kaum Lenkungseffekte erzielen kann, würde die Maximalvariante den öffentlichen Auftraggebern weite Spielräume einräumen, arbeitsmarktpolitische Erwägungen in das Vergabeverfahren einzubringen.

Die schon weit fortgeschrittene Judikatur im Bereich der ökologischen Zuschlagskriterien könnte wegweisend für die sozialen Kriterien sein. Obwohl die damalige Vergabe-RL Umwelteigenschaften noch nicht ausdrücklich als mögliche Zuschlagskriterien nannte, anerkannte der EuGH deren Zulässigkeit: „[U]m das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln“, müsse nicht jedes Kriterium „notwendigerweise rein wirtschaftlicher Natur sein“.<sup>21</sup> Im konkreten Fall ginge es um die Zuteilung zusätzlicher Punkte für geringe Stickoxidemissionen sowie für einen geringen Lärmpegel für städtische Busverkehrsdienstleistungen. Der EuGH hielt im damaligen Verfahren auch fest, dass derartige Zuschlagskriterien nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, wenn zum Zeitpunkt des Ausgangsverfahrens nur *ein* Unternehmen über einen Fuhrpark mit entsprechenden Umwelteigenschaften verfügt. Betreffend der Frage der Gewichtung der Kriterien, hielt der Gerichtshof in *Wienstrom* entschieden fest, dass die „Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei [sind], sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dient“.<sup>22</sup> Weiters – so der EuGH – ist

---

19 Vgl. EuGH 20.9.1988, C-31/87 *Beentjes*, Rn 28.

20 Vgl. EuGH 26.9.2000, C-225/98 *Nord-Pas-de-Calais*, Rn 47.

21 EuGH 17.9.2002, C-513/99 *Concordia Bus*, Rn 55.

22 EuGH 4.12.2003, C-448/01 *Wienstrom*, Rn 55.

es für die Zulässigkeit des Zuschlagkriteriums „unerheblich [...]“, dass sich mit diesem Kriterium das angestrebte Ziel möglicherweise nicht erreichen lässt“.<sup>23</sup> Jedoch hat der EuGH ein Zuschlagskriterium als nicht mit EU-Vergaberecht vereinbar erklärt, welches auf die über die Auftragsmenge hinausgehende Beurteilung der Lieferpotentiale der Bieter abstellt.

## 2. Kommissionsleitfaden zur sozialorientierten Beschaffung

Auch die Kommission ist 2011 ausführlicher auf das Thema soziale Beschaffung eingegangen und hat einen Leitfaden<sup>24</sup> zum Thema veröffentlicht, in welchem sowohl eine Begriffsdefinition enthalten ist, als auch die Einschätzung der Kommission dargelegt wird, in welchem Stadium des Beschaffungsprozesses soziale Kriterien berücksichtigt werden können.

Als „sozialverantwortliches öffentliches Beschaffungswesen“ definiert die Kommission „Beschaffungsmethoden, die auf mindestens einen der folgenden sozialen Belange ausgerichtet sind: Beschäftigungschancen, menschenwürdige Arbeit, Einhaltung von arbeitsrechtlichen und sozialen Bestimmungen, soziale Eingliederung (einschließlich Menschen mit Behinderungen), Chancengleichheit, Barrierefreiheit und Design für alle, Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien, Einbeziehung von fairem Handel und größere freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen zu sozialer Verantwortung (CSR)“.<sup>25</sup>

In dem Leitfaden geht die Kommission dabei auf die unterschiedlichen Ebenen des Vergabeverfahrens ein, diese sind: (1) Festlegung des Auftragsgegenstandes und der technischen Spezifikationen, (2) Auswahl der Warenlieferanten, Dienstleistungserbringer und Bauunternehmen, (3) Auftragsvergabe und (4) Vertragserfüllung.

### Schematische Darstellung der sich aus dem Kommissionsleitfaden ergebenden Möglichkeiten soziale Kriterien in den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens zu verankern:<sup>26</sup>

<p>1) Festlegung des Auftragsgegenstandes und von technischen Spezifikationen</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vorbehalt für <b>geschützte Werkstätten</b> oder Programme für geschützte Beschäftigungsverhältnisse möglich</li> <li>• <b>Technische Spezifikationen</b> müssen im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen (leistungs- oder funktionsbezogen); zB Maßnahmen zu Gesundheit/Sicherheit der ArbeitnehmerInnen bei Bauauftrag, ergonomische Ausgestaltung des Produkts, Zugang von Menschen mit Behinderung</li> </ul>
---	---

<sup>23</sup> EuGH 4.12.2003, C-448/01 *Wienstrom*, Rn 55.

<sup>24</sup> *Kom*, Sozialorientierte Beschaffung: ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen (2011).

<sup>25</sup> *Kom*, Sozialorientierte Beschaffung 7.

<sup>26</sup> *Kom*, Sozialorientierte Beschaffung – Eigene Zusammenfassung der Kernaussagen des Leitfadens.

2) Auswahl von Warenlieferanten, Dienstleistungserbringern und Bauunternehmen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ausschlusskriterien:</b> Nichtzahlung von Sozialbeiträgen; rechtskräftiges Urteil, das berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt schwere berufliche Verfehlung nach nationalem Recht, zB Schwarzarbeit</li> <li>• <b>Technische Leistungsfähigkeit:</b> soziale Erwägungen nur dann, wenn für den Auftrag besondere Fähigkeiten/Ausbildung erforderlich</li> </ul>
3) Auftragsvergabe	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Soziale Kriterien als <b>Zuschlagskriterien?</b> Enge Bindung an Auftragsgegenstand notwendig</li> <li>• Punktegleichstand: „<b>zusätzliches</b>“ Kriterium bei zwei oder mehreren gleichwertigen BieterInnen</li> <li>• Ausschluss von „<b>ungewöhnlich niedrigen Angeboten</b>“</li> </ul>
4) Vertragsbedingungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Vertragserfüllungsklauseln</b> für soziale Kriterien „am besten geeignet“</li> </ul>

Aus Sicht der Kommission können zum einen viele der sozialen Belange „nur in bestimmten Stadien des Beschaffungsprozesses berücksichtigt werden“,<sup>27</sup> zum anderen lässt der Leitfaden eine klare Präferenz zu Vertragserfüllungsklauseln erkennen: „Vertragserfüllungsklauseln sind grundsätzlich am besten geeignet, um bei der Beschaffung soziale Erwägungen hinsichtlich der Beschäftigungs- und der Arbeitsbedingungen einzubringen“.<sup>28</sup>

Vertragserfüllungsklauseln geben den AuftraggeberInnen und nationalen Behörden zwar einen guten Gestaltungsraum für ihre sozialpolitischen Vorstellungen, haben im Unterschied zu den Auswahl- oder Zuschlagskriterien jedoch den Nachteil, dass die sozialen Kriterien gegenüber dem AuftragnehmerInnen nur vertraglich verankert sind. Dieses Modell kann einen nicht unerheblichen zusätzlichen Verwaltungsaufwand für die öffentliche Hand bedeuten, da die Umsetzung durch die AuftragnehmerInnen auch zu überwachen ist, etwa bei säumigen Auftragnehmern durch Verhängung einer Vertragsstrafe. Auch ist der Fall der dauerhaften Nichteinhaltung der sozialen Kriterien für AuftraggeberInnen schwer handhabbar, da eine Vertragsbeendigung und Nicht-Lieferung wohl nicht in deren Sinne des Auftraggebers wäre und zusätzlich Aufwand bedeuten würde. Dies alles mögen Gründe sein, aus welchen AuftraggeberInnen – je nach Auftragsgegenstand – soziale Erwägungen bevorzugt in den Zuschlagskriterien unterbringen möchten.

Die Kommission hat in ihrem Leitfaden die Möglichkeit von sozialen Kriterien als Zuschlagskriterien nicht ausdrücklich ausgeschlossen, sondern nur die notwendige enge Bindung an den Auftragsgegenstand und die Einhaltung der sonstigen europarechtli-

<sup>27</sup> Kom, Sozialorientierte Beschaffung 7.

<sup>28</sup> Kom, Sozialorientierte Beschaffung 49.

chen Bestimmungen betont. Das *Nord-Pas-de-Calais*-Urteil versteht die Kommission in der vorab dargestellten restriktiven Lesart in dem Sinne, als dieses Sozialkriterien nur als „zusätzliche“ Kriterien bei Punktegleichstand zweier oder mehrerer Bietern zulässt.<sup>29</sup> Nach dem *Max Havelaar*-Urteil erscheint der Kommissionsleitfaden zumindest beim Thema der Zuschlagskriterien überarbeitungsbedürftig.

### 3. Der Fall *Max Havelaar*: Ökologische und fair gehandelte Produkte für die Befüllung von Kaffeeautomaten

So wie zahlreiche andere Städte und Regionen in Europa hatte es sich auch die Provinz Nord-Holland zum Ziel gesetzt, verstärkt Kriterien des fairen Handels und der Nachhaltigkeit beim öffentlichen Einkauf zu berücksichtigen. Konkret ging es in dem Fall um den Einkauf von Kaffee und Tee für Automaten. In den Auftragsunterlagen wurde festgehalten, dass der zu liefernde Kaffee und Tee mit dem Gütezeichen *EKO* oder *Max Havelaar* versehen ist sowie der Wunsch geäußert, dass die zu liefernden Zutaten (Kakao, Zucker, Milch) mit denselben Gütezeichen ausgestattet sind.<sup>30</sup>

Das *EKO* Gütezeichen wird für Erzeugnisse vergeben, die zu mindestens 95% aus ökologisch erzeugten Zutaten bestehen, die dem Gütezeichen zu Grunde liegenden Kriterien basieren auf der Öko-VO<sup>31</sup> und das Gütezeichen wird von einer Stiftung nach niederländischem Zivilrecht verwaltet, welche auch die Einhaltung der Kriterien kontrolliert.<sup>32</sup> *Max Havelaar* ist ein privatrechtliches Gütezeichen nach niederländischem Recht, es basiert auf vier Kriterien, die den fairen Handel fördern sollen (kostendeckender Preis, Zuschlag auf den Weltmarktpreis, Vorfinanzierung der Produktion, langfristige Handelsbeziehungen zwischen ErzeugerIn und ImporteurIn) und wird durch die *Fairtrade Labelling Organization* kontrolliert und zertifiziert.<sup>33</sup>

In drei Klagegründen hat die Kommission ausgeführt, dass die niederländischen Ausschreibungsunterlagen gegen diverse Bestimmungen der Vergabe-RL<sup>34</sup> verstoßen: gegen die Bestimmungen (1) betreffend die technischen Spezifikationen (Art 23 Abs 6 und 8), (2) betreffend die Zuschlagskriterien (Art 53 Abs 1) sowie (3) betreffend die Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen (Art 2), die Eignung/Auswahl der TeilnehmerInnen (Art 44 Abs 2) und die technische/berufliche Leistungsfähigkeit (Art 48).<sup>35</sup>

---

29 Vgl *Kom*, Sozialorientierte Beschaffung 40.

30 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 57.

31 Öko-VO 2092/91/EWG.

32 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 34.

33 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 36.

34 Vergabe-RL 2004/18/EG.

35 Diese und alle weiteren Artikel-Angaben beziehen sich auf die Vergabe-RL 2004/18/EG.

## 4. Verankerung von Sozial- und Umweltkriterien nach Max Havelaar

### 4.1. Sozial- und Umweltkriterien in technischen Spezifikationen

Beim ersten Klagegrund, im welchem die Kommission in der Verwendung von Umwelt- und Fair Trade-Gütezeichen einen Verstoß gegen die vergaberechtliche Bestimmung zu den technischen Spezifikationen rügt, ist – so das Urteil – zwischen Umwelt-Gütezeichen (EKO-Gütezeichen) und anderen Gütezeichen (*Max Havelaar*-Gütezeichen) zu unterscheiden.

Art 23 Vergabe-RL ist die einschlägige Bestimmung betreffend technische Spezifikationen in den Auftragsunterlagen. Für Umweltgütezeichen ist die Bestimmung des Art 23 Abs 6 Vergabe-RL anwendbar, welche ausdrücklich vorsieht, dass „detaillierte[] Spezifikationen oder gegebenenfalls Teile [von] europäischen, (pluri-)nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen“ verwendet werden können. Jedoch betont der EuGH im Urteil, dass ein Verweis auf ein bestimmtes Umweltgütezeichen nicht zulässig ist, sondern die jeweiligen dem Gütezeichen zugrundeliegenden Kriterien einzeln aufzuzählen sind.

Das – nicht ganz unrichtige – Argument der Niederlande, wonach für die BieterInnen der Verweis auf ein konkretes Gütezeichen klarer sei als die Aufzählung der zahlreichen Kriterien der VO 2092/91 sowie das Gütezeichen den relevanten Wirtschaftskreisen auch bekannt sei, ließ der EuGH nicht gelten. Das Urteil weist jedoch darauf hin, dass ein Verweis auf EU-Sekundärrecht (im konkreten Fall auf die VO 2092/91) möglich ist, so dies praktisch unvermeidbar sei. Auch ist es gemäß Art 23 Abs 6 Vergabe-RL zulässig, in den Auftragsunterlagen die Vermutung auszusprechen, dass bei Vorliegen eines bestimmten Gütezeichens die festgelegten technischen Spezifikationen erfüllt sind. Jedoch muss den BieterInnen die Möglichkeit offen gelassen werden, den Nachweis auch auf anderem Wege zu erbringen.

Betreffend die Verwendung von Fair Trade-Gütezeichen ist die Rechtslage weniger augenscheinlich. Art 23 Abs 6 Vergabe-RL gilt ausdrücklich nur für „Umwelteigenschaften“. Bezüglich des Abstellens auf das *Max Havelaar*-Gütezeichen rügte die Kommission, dass dies einen Verstoß gegen Art 23 Abs 8 Vergabe-RL darstelle, welcher in den technischen Spezifikationen den Verweis „auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren“ verbietet. In diesem Punkt wies der EuGH die Klage der Kommission jedoch zurück und führte aus, dass die dem *Max Havelaar*-Gütezeichen zu Grunde liegenden Kriterien nicht als „technische Spezifikationen“ einzustufen seien. Die Niederlande – so der EuGH – hätten damit eine „Bedingung für die Auftragsausführung“ gemäß Art 26 Vergabe-RL festgelegt (dazu sogleich).

### 4.2. Sozialkriterien als Bedingungen für die Auftragsausführung

Art 26 Vergabe-RL regelt die Bedingungen für die Auftragsausführung und sieht vor, dass AuftraggeberInnen „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags

vorschreiben“ können und dass diese ausdrücklich auch „soziale und umweltbezogene Aspekte“ umfassen. Schon im *Beentjes*-Urteil hat der EuGH die „Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen“ für mit der Vergabe-RL vereinbar erklärt, wenn dieses Bedingung nicht diskriminierend für BieterInnen aus anderen Mitgliedstaaten ist und entsprechend publik gemacht wird.<sup>36</sup> Mit dem aktuellen Urteil wird eine weitere Facette des Begriffs der „sozialen Aspekte“ vom EuGH bestätigt: „Vorzuschreiben, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, ist ein solcher sozialer Aspekt“,<sup>37</sup> führt der EuGH im aktuellen Urteil aus.

Bedauerlicher Weise geht der Gerichtshof mit seiner Prüfung nur bis zum diesem Punkt und begründet dies damit, dass von der Kommission nur ein Verstoß gegen Art 23 Abs 8 Vergabe-RL und nicht auch gegen Art 26 gerügt wurden. Damit hat der EuGH zwar anerkannt, dass es zulässig ist, die Förderung des fairen Handels als Bedingung für die Auftragsausführung zu verankern. Jedoch hat der EuGH noch keine Rechtmäßigkeitsprüfung vorgenommen, ob die konkret dem *Max Havelaar*-Gütezeichen zu Grunde liegenden Kriterien (kostendeckender Preis, Zuschlag auf den Weltmarktpreis, Vorfinanzierung der Produktion, langfristige Handelsbeziehungen zwischen ErzeugerIn und ImporteurIn) auch einer Rechtmäßigkeitsprüfung gemäß Art 26 Vergabe-RL standhalten würden. Folglich bejaht der EuGH zwar die Möglichkeit, Kriterien zur Förderung des fairen Handels als Bedingungen für die Auftragsausführung zu verwenden, lässt aber noch eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der genauen Ausgestaltung bestehen.

### 4.3. Sozial- und Umweltkriterien als Zuschlagskriterien

Im dritten Klagegrund rügte die Kommission einen Verstoß gegen zwei Aspekte der Bestimmung zu den Zuschlagskriterien (Art 53 Abs 1 Vergabe-RL): zum einen den fehlenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, zum anderen einen Verstoß gegen die Grundsätze des gleichen Zugangs der Bieter, der Nichtdiskriminierung und Transparenz. Art 53 Vergabe-RL sieht zwei Modelle vor: Die Vergabe ausschließlich nach Maßgabe des niedrigsten Preises (Art 53 Abs 1 lit b) oder die Vergabe an den Bieter mit dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“, bei welchem „verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“ (Art 53 Abs 1 lit a) berücksichtigt werden können. Als Kriterien ausdrücklich, aber nicht abschließend, erwähnt werden „Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist“.

---

<sup>36</sup> EuGH 20.09.1988, C-31/87 *Beentjes*, Urteilstenor 2.

<sup>37</sup> EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 78.

Im *Max Havelaar*-Urteil hat der EuGH ausdrücklich festgehalten, dass Sozialkriterien grundsätzlich auch als Zuschlagskriterien herangezogen werden können, da es sich bei der Aufzählung in Art 53 Abs 1 lit a Vergabe-RL um eine nicht abschließende Liste handelt. Zudem entschied der EuGH, dass das Kriterium des fairen Handels sich auf den konkreten Auftrag bezieht und keine Auswirkung auf die allgemeine Einkaufspolitik des Bieters hat.<sup>38</sup> Die Rüge der Kommission bezüglich des fehlenden Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand hat der EuGH daher zurückgewiesen.

Somit steht einem Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass ein Erzeugnis fair gehandelt worden ist, nichts entgegen. Jedoch hat der EuGH im Anlassfall einen Verstoß gegen die Grundsätze des gleichen Zugangs, der Nichtdiskriminierung und Transparenz festgestellt, da auf ein *bestimmtes* Gütezeichen verwiesen wurde. Auch im Rahmen der Zuschlagskriterien kann nicht auf ein bestimmtes Gütezeichen bestanden werden, sondern es müssen dessen einzelne Kriterien angeführt werden. Öffentliche AuftraggeberInnen dürfen lediglich die Vermutung anstellen, dass bei Vorliegen eines bestimmten Gütezeichens die Kriterien erfüllt sind, und müssen den BieterInnen die Möglichkeit geben, den Nachweis auch auf andere Weise zu erbringen.

#### 4.4. Mindestanforderungen für die BieterInnen

Schließlich wurden die Niederlande noch – entsprechend des dritten Klagegrunds der Kommission – dazu verurteilt, dass sie die Kriterien der „Nachhaltigkeit der Einkäufe“ und des „gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ in den Auftragsunterlagen unter „Eignungskriterien/Mindestanforderungen“ angeführt hatten.<sup>39</sup>

Der Einwand der Niederlande, es hätte sich um eine Bedingung für die Auftragsausführung gehandelt, wurde vom EuGH als sachlich nicht richtig abgewiesen. Der EuGH urteilte, dass ein Verstoß gegen Art 44 Abs 2 und Art 48 Vergabe-RL vorliege: Gemäß Art 44 Abs 2 können öffentliche AuftraggeberInnen Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Teilnehmer stellen, die Liste der Nachweise der „technischen Leistungsfähigkeit“ ist jedoch abschließend und sieht die Kriterien „Nachhaltigkeit der Einkäufe“ und „gesellschaftlich verantwortliches Verhalten“ nicht vor. Zudem sah der EuGH einen Verstoß gegen Art 2 Vergabe-RL, da die Kriterien „Nachhaltigkeit der Einkäufe“ und „gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ nicht das erforderliche Maß an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit hätten, um für alle BieterInnen nachvollziehbar zu sein.

---

38 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 90.

39 EuGH 10.5.2012, C-368/10 *Max Havelaar*, Rn 108.

## 5. Resümee

Obwohl die Niederlande im Vertragsverletzungsverfahren in den meisten Punkten unterlagen, zeigt der EuGH dennoch mehrere Möglichkeiten auf, soziale Belange und Umweltkriterien in unterschiedlichen Stadien des Vergabeverfahrens zu verankern: Umwelt-Gütezeichen können im Rahmen der technischen Spezifikation herangezogen werden, wobei die einzelnen Kriterien – eventuell mit Verweis auf EU-Recht – aufzuzählen und andere Nachweise zu akzeptieren sind.

Ausdrücklich vom EuGH festgehalten wurde, dass Kriterien, die das Ziel der Förderung des fairen Handels haben, sowie andere soziale Kriterien als Bedingungen für die Auftragsausführung verwendet werden können. Dies ist ein wichtiges Zeichen für die zahlreichen nationalen, regionalen und lokalen Initiativen in diesem Bereich. Eine gewisse Rechtsunsicherheit bezüglich der Ausgestaltung solcher Kriterien besteht bedauerlicher Weise nach wie vor, da der EuGH die Rechtmäßigkeitsprüfung der einzelnen Kriterien, welche den fairen Handel umschreiben, offen gelassen hat.

Dem dritten Klagegrund des Falles kam insofern besondere Brisanz zu, als im bisherigen Diskurs gerade die Möglichkeit, soziale Kriterien auch als Zuschlagskriterien zu verwenden, immer wieder in Abrede gestellt wurde.<sup>40</sup> Fairer Handel steht – gemäß der EuGH Entscheidung – in einem ausreichend engen Kontext mit dem Auftragsgegenstand, hat keine Auswirkung auf die allgemeine Einkaufspolitik der BieterInnen und ist daher als Zuschlagskriterium zulässig. Dies ist ein wichtiger Impuls für die Diskussion zum neuen EU-Vergaberechtspaket bzw zum österreichischen Aktionsplan zu nachhaltiger Beschaffung. Die Interpretation von *Max Havelaar* lässt durchaus zu, dass auch die Verwendung von anderen soziale Kriterien, zum Beispiel die Einstellung von Langzeitarbeitslosen oder anderen am Arbeitsmarkt benachteiligten Gruppen, als Zuschlagskriterien als zulässig erachtet würden. Ausdrücklich geäußert hat sich der Gerichtshof dazu aber nicht. Auch nicht eingegangen ist der EuGH auf die Frage, ob es einen maximalen Prozent-Anteil der Zuschlagspunkte für soziale Belange gibt. Für die Frage könnte die zu den ökologischen Kriterien vorliegende Judikatur im Sinne von *Wienstrom* auch für soziale Kriterien wegweisend sein und nationalen Beschaffern sinnvolle Gestaltungsspielräume gewähren. Schließlich scheint der niederländische Fall gezeichnet durch diverse Sachverhalts-Streitigkeiten. Ähnliches scheint jedoch relativ leicht vermeidbar zu sein, indem die Terminologie der Vergabe-RL verwendet und jeweils auf die entsprechenden Artikel in der Richtlinie verwiesen wird.

Mag.<sup>a</sup> Alice Wagner, LL.M ist Referentin der Abteilung EU & Internationales der Arbeiterkammer Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; [alice.wagner@akwien.at](mailto:alice.wagner@akwien.at)

---

40 Siehe zur Debatte etwa *B. Schima*, Wettbewerbsfremde Regelungen – falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof? Eine Betrachtung der Rechtsprechung und ihrer Auswirkungen im Kontext, ZVB 2002, 57, mwN.

# Die Mabo No. 2 Entscheidung des Australischen Höchstgerichtes aus dem Jahre 1992<sup>1</sup> – eine späte Abkehr von der terra nullius-Doktrin

Michael Kreuz

---

## 1. Ausgangslage

Als die europäischen Mächte Nord- und Südamerika, Afrika, Australien und Neuseeland im Zuge der Kolonialisierung in Besitz nahmen, gab es im Wesentlichen drei Theorien, um diese Inbesitznahme zu rechtfertigen.<sup>2</sup> Spanien argumentierte vor allem mit der christlichen Missionierung und Erlösung von bestimmten Praktiken mancher einheimischer Völker, die sie als unchristlich, heidnisch oder inhuman qualifizierten. Die britische Kolonialmacht bediente sich unter anderem der nachfolgend noch genauer zu besprechenden *terra nullius-Doktrin*, der zufolge die Inbesitznahme von Gebieten von Völkern ohne (höhere) politische Organisation rechtlich gestattet war. Die Deutschen, die sich erst relativ spät einige Kolonien in Afrika sichern wollten, setzten auf den Abschluss von Schutzverträgen.<sup>3</sup> Dabei tat sich vor allem der als gewissenlos beschriebene *Carl Peters*<sup>4</sup> hervor, der die Verträge als Vertreter der deutsch-ostafrikanischen Gesellschaft mit den jeweiligen politischen Leitern der indigenen Bevölkerungsgruppen abschloss. Diese politischen Leiter wurden unter Übergabe geringwertiger Geschenke zur Unterschrift mit „Kreuzen“ oder sonstigem „Gekritzel“ bewogen. Oftmals waren den politischen Leitern die Konsequenzen des Unterschreibens dieser „Schutzverträge“ gar nicht bewusst. Mit diesen Schutzverträgen verloren die Einheimischen ihr Land, damit es wirtschaftlich durch das Deutsche Reich genutzt werden konnte und erhielten andererseits sogenannten „Reichsschutz“ durch deutsche Truppen.<sup>5</sup>

Diese Vorgehensweisen standen mehrfach auf dem Prüfstand der „modernen“ Gerichte. So etwa hatten sich kanadische, amerikanische, neuseeländische und südafrikanische Gerichte mit der Inbesitznahme von Land durch die Kolonialmächte auseinanderzuset-

---

1 Mabo v Queensland No 2 (1992) 175 CLR 1 (3.6.1992). In der Folge, auch in den Fußnoten, abgekürzt mit „Mabo No. 2“; die angesprochenen Entscheidungen sind beispielsweise abrufbar unter [www.austlii.edu.au](http://www.austlii.edu.au) (30.9.2012).

2 Vgl. dazu *Dörr*, Die Wilden und das Völkerrecht, Verfassung und Recht in Übersee 1991, 374 ff.

3 Verträge mit der indigenen Bevölkerung gab es aber zum Beispiel auch in Neuseeland (Treaty of Waitangi von 1840).

4 *Preuß*, Rassismus und Kolonialismus, in *Essinger* (Hrsg), Erziehung: interkulturell-antirassistisch (1993), 149.

5 *Gründer*, Geschichte der deutschen Kolonien (2004) 85 ff; *Gründer*, Eine Geschichte der europäischen Expansion (1999) 169; *Speitkamp*, Deutsche Kolonialgeschichte (2005) 26 ff.

zen.<sup>6</sup> Nach allgemeiner Bewertung stellt die Entscheidung des Australischen High Courts *Mabo v. the State of Queensland (Mabo No. 2)* aus dem Jahr 1992 wegen ihrer Ausführlichkeit und Tiefe eine der prominentesten Entscheidungen zu diesem Thema dar.<sup>7</sup>

Im Folgenden wird diese Entscheidung kommentiert und bewertet. Ebenso werden die Reaktionen der australischen Öffentlichkeit und die Auswirkungen dieser Entscheidung auf die australische Gesetzgebung kurz besprochen.

## 2. Die Meilensteine zur *Mabo No. 2* Entscheidung

Eine der Entscheidungen, die *Mabo No. 2* vorausging, war der *Gove Land Rights Case*<sup>8</sup>, entschieden durch Richter *Blackburn* als Einzelrichter in erster Instanz, weil das Urteil nicht beim High Court angefochten wurde. Dabei war zu entscheiden, ob *native titles* die Inbesitznahme Australiens durch das Britische Empire „überleben“ und weiter Bestand haben können. Hintergrund der Klage war der Abbau von Bauxit auf dem Gebiet der *Yolngu People* (einem Aborigines Stamm im nördlichen Küstengebiet Australiens).<sup>9</sup> Oftmals sind gerade australische Bergbauunternehmen und Minen von den *land right claims* der Aborigines betroffen. Dementsprechend gilt die Bergbaulobby als scharfe Kritikerin des *Aborigines Land Rights Movement*. In den *findings (facts)* der Entscheidung wird, was für den allgemeinen Umgang mit dem Kolonialismus im Jahr 1971 schon verhältnismäßig fortschrittlich war, ein Sozialwesen der Aborigines anerkannt. So heißt es im Urteil des *Gove Land Right Case*: „The evidence shows a subtle and elaborate system highly adapted to the country in which the people led their lives [...] If ever a system could be called a government of laws, and not of men, it is that shown in the evidence before me.”<sup>10</sup>

In der Sache selbst war der Klage freilich kein Erfolg beschieden. Die Kläger hätten nach Ansicht des Gerichtes die Interessen von Eigentümer\_innen nach dem *common law* nicht ausreichend bewiesen, weil es ihnen nicht gelungen sei nachzuweisen, das Land „unter Ausschluss jedes anderen zu benützen“.<sup>11</sup> Die Kläger hätten bloß eine Art *communal native title* bewiesen, den aber das *common law* nicht kenne. Diese Auffassung des Richters wurde von Historiker\_innen und Anthropolog\_innen als rein proprietär und westlich geprägt abgelehnt. Unberücksichtigt blieb die spezifische kulturelle, wirtschaftliche, emotio-

---

6 *Menzel*, Landrechte der Aborigines und Völkerrecht in Australien, in *Menzel/Pierlings/Hoffmann* (Hg), Völkerrechtssprechung (2005) 259, insb die zu Fußnote 64 angeführten Entscheidungen der kanadischen, südafrikanischen und amerikanischen Gerichte.

7 *Menzel*, Landrechte 259.

8 *Milirrpu v. Nabalaco Pty Ltd* (1971) 17 FLR 141.

9 *Greimel*, From Mabo to the Native Title Act. Australian business and Aborigines fighting for land (1996) 23.

10 *Milirrpu v. Nabalaco Pty Ltd* (1971) 17 FLR 141, 267.

11 *Graham*, Mabo: Life of an Island Man (1996) 2.

nale und spirituelle Beziehung der Aborigines zu ihrem Land als ihrem Territorium,<sup>12</sup> die sich von dem uns bekannten okzidentalern Zugang stark unterscheidet und die der Historiker *Reynolds* so zusammenfasst: „Settlers who had spent any time with Aborigines came to appreciate that they had a deep emotional bond with their own country. They missed it when away from it and rejoiced when they returned. They were a most bigoted race of people to the ground on which they were born. They were patriotic, proudly telling Europeans where they came from and about the special virtues of their homeland.“<sup>13</sup>

Ähnliche Überlegungen zum spezifischen Zugang vieler indigener Völker zu Land und Natur werden auch in der separate opinion des Richters *Ammoun* im Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofes zur West Sahara<sup>14</sup> angestellt: „... a spiritual notion: the ancestral tie between the land, or ‘mother nature’, and the man who was born there from, remains attached thereto, and must one day return thither to be united with his ancestors. This link is the basis of the ownership of the soil, or better, of sovereignty.“<sup>15</sup> Den nächsten entscheidenden Schritt im Kampf um die Landrechte der australischen Ureinwohner\_innen setzte *Edward (Eddie) Mabo*. *Eddie Mabo* war Angehöriger der *Meriam People*. Die von den Meriam People bewohnte Inselgruppe befindet sich in der Torres Straße, einer Meerenge zwischen Neuguinea und Australien. *Eddie Mabo* war allgemein politisch sehr aktiv. So war er auch in der Kampagne für die Einführung eines allgemeinen Wahlrechts für Aborigines engagiert.<sup>16</sup> Er lebte ganz in den Traditionen seiner *Meriam People*,<sup>17</sup> war zuletzt Schuldirektor einer *Independent Black Community School*<sup>18</sup> und Gärtner der *James Cook University* in Townsville.<sup>19</sup> Dort kam er offenbar auch in Kontakt mit allen einflussreichen Persönlichkeiten, die seinen Kampf für die Rechte der *Meriam People* später noch unterstützen sollten.<sup>20</sup>

Seine persönliche Einstellung fasste er einmal so zusammen: „My family has occupied the land here for hundreds of years before Captain Cook [Anm: der britische Entdecker Australiens] was born. They are now trying to say I cannot own it. The present Queensland Government is a friendly enemy of the black people, as they like to give you the Bible and take away your land. We should stop calling them ‘Boss’. We must be proud to live in our own palm-leaf houses like our fathers before us.“<sup>21</sup>

---

12 *McNeil*, Common Law Aboriginal Title (1989) 292 ff; *Harris*, An Aboriginal Treaty. Within Australia between Australians (1979) 22 ff.

13 *Reynolds*, The Law of the Land (1992) 65.

14 International Court of Justice, Western Sahara, Advisory Opinion, 16.10.1975, I.C.J. Reports 1975, 12 ff.

15 International Court of Justice, Western Sahara, Separate Opinion of Vice-President Ammoun, 16.10.1975, I.C.J. Reports 1975, 85 f.

16 *Graham*, Mabo: Life of an Island Man, 24.

17 *Sharp*, No Ordinary Judgment (1996) 63 ff, insb 67.

18 *Graham*, Mabo: Life of an Island Man, 32.

19 Er war also niemals Rechtsanwalt, wie unrichtig dargestellt bei *Menzel*, Landrechte 261; *Mabo* hatte aber ein Auftreten und Wissen, das manche Leute zur Annahme verleitet, er wäre Anwalt.

20 *Reynolds*, Why weren't we told (2000) 185 ff.

21 *Reynolds*, Why weren't we told 2.

Diese Einstellung veranlasste ihn, am 20.5.1982 eine Klage einzubringen, die das Commonwealth of Australia und den australischen Bundesstaat Queensland dazu verpflichten sollte, die schon zur Zeit der Annexion seiner Inseln bestehenden Landrechte seines Volkes anzuerkennen. Um diese gefährliche Klage „abzuwehren“ beschloss Queensland am 2.4.1985 den *Queensland Coast Islands Declaratory Act 1985*. Dieses Gesetz bestimmte, dass mit der Annexion der küstennahen Inseln von Queensland jeglicher *native title* erloschen war. Das Gesetz sah keine Kompensation für die ausgelöschten Rechte (*extinguished titles*) vor.

Um über das Klagebegehren *Eddie Mabos* entscheiden zu können, musste das Gericht zunächst die Rechtsgültigkeit dieses Gesetzes prüfen. Am 8.12.1988 erging daher die Entscheidung *Mabo No. 1*. Das Australische Höchstgericht beschloss mit einer knappen Mehrheit von 4:3 dass der *Queensland Cost Islands Declaratory Act 1985* dem (*federal*) *Racial Discrimination Act (RDA) 1975* widerspreche. Es war dies der erste große Erfolg *Eddie Mabos*. Damit war der Weg frei, um über das eigentliche Klagebegehren entscheiden zu können.<sup>22</sup>

### 3. Die *Mabo No. 2* Entscheidung

#### 3.1. Die Ausgangslage für *Mabo No. 2*

Der Erfahrung mit der Nichtanerkennung eines *communal native title* im bereits angesprochenen *Gove Land Rights Case* der *Yolngu People* Rechnung tragend, wurde die Klage nicht auf einen *communal native title*, sondern auf einen *individual native title* gestützt.<sup>23</sup> Das im Jahre 1982 angestrebte Verfahren sollte mehr als 10 Jahre dauern – rund 1000 Seiten *pleadings* und rund 4000 Seiten an Urkunden und Zeug\_innenaussagen sollten schließlich die Grundlage des Urteiles bilden.<sup>24</sup> Das Ende des Verfahrens, seinen wohl größten Erfolg, konnte *Eddie Mabo* nicht mehr erleben. Er verstarb am 21.1.1992 an Krebs. Rund fünf Monate nach seinem Tod sollte der High Court seiner Klage stattgeben.

Die Kläger betonten ihren gegenüber anderen indigenen Völkern eher individualistischen Zugang zu Land, der auch in entsprechend individualistischen Besitzformen Ausdruck fand.<sup>25</sup> Sie führten aus, dass ihr Volk vor allem Fischfang und „gardening“ betrieb. Es gab und gibt für die landwirtschaftlichen Grundstücke eindeutige Grenzen. Das Land sei zwar nicht vermessen, wohl aber durch natürliche Grenzmarken (Bäume, Steine, etc) individuell aufgeteilt.<sup>26</sup> Niemandem sei es erlaubt, das Land eines anderen zu betreten. „Hands off is automatic for the Meriam People, therefore trespass does not

22 Zum chronologischen Ablauf des gesamten Gerichtsverfahrens siehe *Sharp*, No Ordinary Judgment XI ff.

23 *Sharp*, No Ordinary Judgment 103.

24 *Sharp*, No Ordinary Judgment 11.

25 Vgl auch *Sharp*, No Ordinary Judgment, 58.

26 *Mabo No. 2*, Mason J and McHugh J, Rz 3.

usually occur.“<sup>27</sup> Oftmals waren von den Zeug\_innen der *Meriam People* Sätze zu hören wie: „My father told me that this land would belong to me when he died.“<sup>28</sup> Eingeklagt wurde die Feststellung, dass die *Meriam People* bis zur und seit der Annexion ihrer Inseln durch die Britische Krone seit 1879<sup>29</sup> berechtigt waren, ihre Inseln mit einer Fläche von rund 9 km<sup>2</sup> als Eigentümer\_innen, Besitzer\_innen, Inhaber\_innen oder Fruchtnießer\_innen zu nützen<sup>30</sup>. Der Anspruch wurde daher sehr weit formuliert und auf zahlreiche Rechtsgründe gestützt. Die Souveränität der Britischen Krone in Australien wurde – wie schon im Fall *Gove Land Rights Case* – nicht in Frage gestellt.<sup>31</sup>

### 3.2. Die Aufgabe der *terra nullius*-Doktrin

Zunächst beschäftigte sich das Höchstgericht mit der *terra nullius*-Doktrin. Unter der *terra nullius*-Doktrin ist nach der im 18. Jhd herrschenden Auffassung ein Gebiet zu verstehen, das zum Zeitpunkt der Inbesitznahme verlassen und/oder unkultiviert war oder in dem sich nur Menschen ohne soziale oder politische Organisation aufhielten.<sup>32</sup> *John Stuart Mill* drückte das so aus: „Barbarians have no right as a nation.“<sup>33</sup>

Das Gericht hielt fest, dass zum Zeitpunkt der Inbesitznahme durch die Krone keineswegs eine „terra nullius-Situation“ vorlag: „One thing is clear. The Islands were not terra nullius.“<sup>34</sup> Ganz abgesehen davon, dass der Gerichtshof es ablehnt, Australien im Jahre 1789<sup>35</sup> als „Niemandes Land“ anzusehen, lehnt er es auch ausdrücklich ab, sein Urteil mit antiquierten Rechtsvorstellungen zu begründen: „Whatever the justification advanced in earlier days for refusing to recognise the rights and interests in a land of indigenous inhabitants of settled colonies, an unjust and discriminatory doctrine of that kind can no longer be accepted.“<sup>36</sup>

Dass die Richter\_innen mehrheitlich die *terra nullius*-Doktrin verwarfen, war zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidung sensationell. Sie erschütterte die Grundfesten der bisherigen Rechtfertigung der Besiedelung Australiens. Denn: „The claim that

---

27 *Sharp*, No Ordinary Judgment 21.

28 *Stephenson/Ratnapal*, Mabo. A Judicial Revolution (1993) 187.

29 Durch den *Queensland Cost Islands Act of 1879* und die Proklamation durch den Gouverneur von Queensland am 21.7.1879 wurde festgestellt: „... from and after the first day of August, in the year of our Lord one thousand eight hundred and seventy-nine, the Islands described in the Schedule (which followed the Letters Patent and the Act) shall be annexed to and become part of the Colony of Queensland, and shall be and become subject to the laws in force therein.“

30 *Strohscheidt*, Auswirkungen der britischen Eroberung auf das Leben von Aborigines and Torres Strait Islanders, in *Bader* (Hrsg), Australien. Eine interdisziplinäre Einführung (2002) 82.

31 *Greimel*, From Mabo to the Native Title Act 31.

32 *Dörr*, Verfassung und Recht in Übersee 1991, 378.

33 Zitiert in *Dörr*, Verfassung und Recht in Übersee 1991, 379.

34 *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 17.

35 Vgl *Dörr*, Verfassung und Recht in Übersee 1991, 378.

36 *Mabo No. 2*, Mason J and McHugh J, Rz 42.

the British were the first occupiers was the fundamental moral and legal foundation for the settlement in Australia.”<sup>37</sup>

Etwa zeitgleich zum Urteil *Mabo No. 2* zeigte aber auch der Historiker *Reynolds* auf, dass nicht einmal zur Kolonialzeit davon ausgegangen wurde, dass es sich bei der neuen Kolonie Australien um ein Gebiet handelte, welches niemandem gehörte.<sup>38</sup> Er zitierte dazu etwa ein Memo an den Minister für Kolonialangelegenheiten von 1840 mit dem Inhalt: „It is an important and unsuspected fact that these tribes had proprietary rights in the Soil – that is, in particular sections of it which were clearly defined or well understood before the occupation of their country.”<sup>39</sup> Weiters zitierte *Reynolds* einen Eintrag aus dem *Colonial Office* über ein Zusammentreffen der *Torres Strait Islanders*, den Ureinwohner\_innen auf den Inselgruppen zwischen der Nordspitze Australiens und Neuguinea zu denen auch die *Meriam People* zählen, mit dem für Kolonialangelegenheiten zuständigen *Lord Glenelg*, in dem den Islanders mitgeteilt wurde, „that the Commissioners were to prepare a plan for securing the rights of the Aborigines which plan should include the appointment of a Colonial Officer to be called Protector of Aborigines and arrangements for purchasing the lands of the natives.”<sup>40</sup> Man dachte daher sogar an den Ankauf von Land, was naturgemäß zwingend ein Eigentumsrecht der Aborigines an ihrem Land voraussetzt.

### 3.3 Die Prüfung des Vorhandenseins eines *native title*

In der Folge führte das Gericht aus, dass die Inbesitznahme fremden Landes eine ausschließlich politische Entscheidung im Rahmen des Prärogativs der Krone gewesen sei. Diese Entscheidung nachzuprüfen, entziehe sich der Erkenntnisbefugnis der Gerichte: „Although the question whether a territory has been acquired by the Crown is not justiciable before municipal courts, those courts have only jurisdiction to determine the consequences of an acquisition under municipal law.”<sup>41</sup> Damit trifft das Höchstgericht die Unterscheidung, dass zwar die staatsrechtliche Inbesitznahme des Landes durch die Krone juristisch unangetastet bleiben müsse, aber die Auswirkungen der Inbesitznahme zivilrechtlich (eigentumsrechtlich) geprüft werden können. Es müsse daher untersucht werden, ob bereits vor der Inbesitznahme *native titles* bestanden haben, ob diese Titel, aus welchen Gründen auch immer, untergegangen wären und ob sie vom *common law* anerkannt würden. Für die Beantwortung dieser Frage nimmt das Gericht auf die kanadische Entscheidung *Hamlet of Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*<sup>42</sup> Bezug. Daraus wird zitiert: „The elements which the plaintiffs must prove to establish an aboriginal title cognizable at common law are:

---

<sup>37</sup> *Reynolds*, The Law of the Land 28.

<sup>38</sup> *Reynolds*, Why weren't we told, (2000) 197.

<sup>39</sup> *Reynolds*, Why weren't we told 198.

<sup>40</sup> *Reynolds*, Why weren't we told 199.

<sup>41</sup> *Mabo No. 2*, Mason J and McHugh J, Rz 32.

<sup>42</sup> Federal Court of Canada, 1979 (107 DLR).

1. That they and their ancestors were members of an organized society.
2. That the organized society occupied the specific territory over which they assert the aboriginal title.
3. That the occupation was to the exclusion of other organized societies.

That the occupation was an established fact at the time sovereignty was asserted by England".<sup>43</sup>

Nach Bewertung der Lebensweisen der *Meriam People* vor, zu und nach dem Zeitpunkt der Inbesitznahme kommt das Höchstgericht mit lediglich der Gegenstimme von Richter *Dawson* (6:1) zu dem Ergebnis, dass ein solcher *native title* der *Meriam People* vorliege. Die Entscheidung besagt im Wesentlichen „that the Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation, use and enjoyment of the island.“ Sie legt weiters fest: „... the title of the Meriam people is subject to the power of the Parliament of Queensland and the Governor of Queensland.“<sup>44</sup>

Bei der dogmatischen Einordnung des *native title* in das *common law* haben die Richter\_innen freilich Schwierigkeiten. Alle sechs zustimmenden Richter\_innen kommen zu dem Schluss, dass es unangemessen wäre, den *native title* in die existierenden Kategorien der Titel des *property law* einzuordnen. Richterin *Gaudron* und Richter *Deane* halten fest: „...to recognise the inappropriateness of forcing the native title to conform to traditional common law concepts and to accept it as sui generis or unique.“<sup>45</sup> Am besten sei es, den Ausdruck *native title* als Bündel von Rechten und nicht als ein einzelnes Recht anzusehen. *Brennan* definierte den *native title* als Interessen und Rechte der Ureinwohner\_innen des Landes gemäß den traditionellen Rechtsvorschriften und Bräuchen. Diese Rechte können das Recht, das Land zu besitzen, zu betreten, zu fischen und zu jagen oder das Land für Zeremonien zu benutzen, umfassen.<sup>46</sup>

### 3.4 Die abweichende Meinung des Richters *Dawson*

Was aber bewog den einzig nicht zustimmenden Richter *Dawson*, die Existenz eines *native titles* abzulehnen? Kurz gesagt: Althergebrachtes. Denn seine *dissenting opinion* fußt noch ganz auf der alten kolonialistischen Rechtfertigungsdoktrin.

So hält *Dawson* zunächst fest, dass die Kläger die Souveränität der Krone über die Inseln nicht bestreiten. Mit der Annexion der Inseln der *Meriam People* erhielt die Krone absolute Macht über das Land.<sup>47</sup> Daraus ergebe sich, dass die Krone sogenannte traditionelle Landrechte anerkennen oder auch beseitigen kann.<sup>48</sup> Wenn die Kläger ein Bestehen ihrer Rechte behaupten, so müsste das Weiterbestehen ihrer Rechte ausdrücklich anerkannt

43 *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 34.

44 *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 129.

45 *Mabo No. 2*, Deane J and Gaudron J, Rz 22.

46 *Twomey*, Background Paper 15, July 1993, 6; MvQ, 42-43, zit in *Greimel*, From Mabo to the Native Title Act 40.

47 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 6.

48 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 3.

worden sein. Dass sie seit 1879 das Land benutzen durften, wäre kein ausdrückliches Anerkennnis ihres Titels, sondern nur ein Benützen des Landes unter Duldung der Krone. Die Krone verfüge über den „Wurzeltitel“ (*radical title*).<sup>49</sup> Aufgrund dieses Titels könne die Krone die Duldung dieser Benützung jederzeit wieder zurückziehen.<sup>50</sup> Im Übrigen sei der Ausdruck „*native title*“ nur eine Irreführung. In Wahrheit handle es sich nicht um einen „*title*“, sondern um eine bloße Duldung der Nutzung durch die Krone.<sup>51</sup> In seiner Begründung führt *Dawson* eine Reihe von ähnlichen Entscheidungen aus dem Commonwealth an, in denen sogenannte „*native titles*“ nicht anerkannt wurden. In den wenigen Fällen, wo anders entschieden wurde, weist *Dawson* darauf hin, dass diese Entscheidungen keinen „*counterpart*“ darstellten, da etwa die amerikanischen Entscheidungen auf ganz anderen Voraussetzungen beruhten. So weist *Dawson* insbesondere darauf hin, dass die indigenen Einwohner\_innen der USA verschiedene Verträge mit den USA abgeschlossen hätten. Ihre Rechtsstellung sei aus diesem Grunde eine ganz andere.<sup>52</sup> Auf diese zahlreichen Verträge der USA mit deren indigen Einwohner\_innen weist auch *Dörr* hin.<sup>53</sup> Jedenfalls aber kenne das *common law* keinen von den Klägern behaupteten „*native title*.“ Daran könne auch der Umstand eines unzeitgemäßen Ergebnisses nichts ändern. Dies wird von Richter *Dawson* wie folgt gerechtfertigt: „There may not be a great deal to be proud of this history of events. [...] The policy which lay behind the legal regime was determined politically and, however insensitive the politics may now seem to have been, a change in view does not itself mean a change in the law. It requires the implementation of a new policy to do that and that is a matter for government rather than the courts.”<sup>54</sup> Zusammenfassend: Nach Meinung des Richters *Dawson* wäre daher die Politik, nicht aber die Rechtsprechung am Zuge.

### 3.5 Die Folgen von *Mabo No. 2*: Die implizite Ausdehnung des Urteiles von den Torres Strait Islanders (Meriam People) auf die Aborigines

Bemerkenswert an der *Mabo No. 2* Entscheidung ist, dass sie von der bis zu diesem Zeitpunkt gelegentlich vorgenommenen rassistisch angelegten Unterscheidung zwischen einer Art sehr primitiven Wilden und einer Art weniger primitiven Wilden abrückt, aus der unterschiedliche Rechtsfolgen abgeleitet wurden. Eine derartige Sichtweise kommt zB in der im Urteil zitierten Entscheidung des *Privy Council* aus dem Jahre 1919 zum Ausdruck, in der es heißt: „Some tribes are so low in the scale of social organization that their usages and conceptions of rights and duties are not be reconciled with the institutions or the legal ideas of civilized society. Such a gulf cannot be bridged [...]“

---

49 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 110.

50 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 34.

51 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 34.

52 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 20.

53 *Dörr*, Verfassung und Recht in Übersee 1991, 381.

54 *Mabo No. 2*, Dawson J, Rz 48.

(they do not know such) rights of property as we know them. On the other hand, there are indigenous peoples whose legal conceptions, though differently developed are hardly less precise than our own.”<sup>55</sup>

Auch die australischen indigenen Völker wurden üblicherweise in zwei unterschiedlich „entwickelte“ Gruppen aufgeteilt:

1. Die *Torres Strait Islanders* (dazu gehören auch die *Meriam People* des *Eddie Mabo*):<sup>56</sup> Sie sind dank der guten klimatischen Bedingungen, der Nähe zum Meer und des fruchtbaren Bodens in der Lage Fischfang und Gartenbau betreiben zu können. Sie sind sesshaft. Ihr Lebensgebiet ist die klimatisch günstigere Torres Straße, eine nur rund 145 km schmale Meerenge zwischen Neuguinea und Australien.
2. Die *Aborigines*:<sup>57</sup> Das sind die indigenen Völker des Festlandes. Sie führten aufgrund ungünstigerer Lebensbedingungen ein nomadenhaftes Leben.<sup>58</sup>

Bezugnehmend auf diesen kulturellen Unterschied der sesshaften *Torres Strait Islanders* (*Meriam People*) und der nomadenhaften *Aborigines* des Festlandes führte das Gericht aus: „This aspect of occupancy need not be pursued further since the economy of the Meriam people on the Islands was [...] settled and intensive. It is clear, however, that a nomadic lifestyle is not inconsistent with occupancy. This is not to say that a nomadic lifestyle cannot amount of possession at common law”.<sup>59</sup>

Diese kulturellen Unterschiede vermögen aber an der (gleichen) Rechtsposition dieser unterschiedlich entwickelten indigenen Völker Australiens nichts zu ändern. Denn: „The Meriam People are in culturally significant ways different from the Aboriginal peoples of Australia, who in turn differ from each other. But, as will be seen, no basic distinction need to be made for the purposes of determining what interests exist in ancestral lands of indigenous peoples of Australia, between the Meriam People and those who occupied and occupy the Australian mainland. The relevant principles are the same.”<sup>60</sup> Es sind gerade diese Ausführungen des Höchstgerichtes, die dem Urteil über die konkrete Entscheidung hinaus weitreichende Bedeutung zukommen lassen, indem die *Aborigines* des Festlandes den *Torres Strait Islanders* (*Meriam People*) gleichgestellt werden.

Diese Ausdehnung der Entscheidung auch auf die *Aborigines* des Festlandes wurde zunächst in der australischen Öffentlichkeit gar nicht wahrgenommen. So erklärte *Geoffrey Ewing*, Direktor des Australian Mining Industry Council, dass die Angehörigen des Bergbaus nicht alarmiert zu sein bräuchten, weil sich die *Mabo 2* Entscheidung nur auf einen Anspruch auf eine winzige Insel von lediglich 9 km<sup>2</sup> bezö-

55 Zit n *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 30.

56 *Greimel*, From *Mabo* to the Native Title Act 28.

57 Beim Ausdruck „Aborigines“ handelt es sich um eine europäische Sammelbezeichnung für insgesamt ca 500 verschiedene Stämme des Festlandes; siehe dazu: *Strohscheidt*, Auswirkungen der britischen Eroberung auf das Leben von Aborigines und Torres Strait Islanders 63.

58 *Greimel*, From *Mabo* to the Native Title Act, 28.

59 *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 42.

60 *Mabo No. 2*, Toohey J, Rz 11.

ge.<sup>61</sup> Vier Monate später war die Bergbaulobby dann aber doch wachgerüttelt. *Hugh Morgan*, Vorsitzender der *Western Mining Corporation* und Gegner des *Aboriginal Land Rights Movement*, meinte: „Mabo has put risk at the whole legal framework of property rights throughout the whole community.“<sup>62</sup>

Von den Aborigines und *Torres Strait Islanders* wurde die Entscheidung überwiegend positiv aufgenommen.<sup>63</sup> Es gab aber auch Stimmen, wie jene von *Mick Dodson*, Direktor des späteren Northern Land Councils, die die Sache sehr nüchtern bewerteten: „For the vast majority of indigenous Australians, the Mabo decision is a belated act of sterile symbolism. It will not return the country of our ancestors, nor will it result in compensation for its loss. It merely confirms the injustice of that loss and describes the shame of that loss beyond words.“<sup>64</sup>

Die darauf folgende Debatte in der australischen Öffentlichkeit versuchte das Australische Bundsparlament durch den *Native Title Act* im Jahre 1993 zu beenden. Mit diesem Gesetz sowie verschiedenen Nachfolgegesetzen wird geregelt, unter welchen Bedingungen Aborigines und *Torres Strait Islanders* Anspruch auf einen *native title* für bestimmte Gebiete erheben können.<sup>65</sup>

#### 4. Resümee

Einem radikalen Wandel in der Beurteilung derartiger Rechtsfragen geht in der Regel ein Wandel im gesellschaftlichen Denken voraus. Dieses gesellschaftliche Umdenken dürfte in Australien – aus welchen Gründen auch immer – erst in jüngerer Zeit stattgefunden haben. So war noch bis 1990 im Buchladen der Regierung Queensland eine kleine Ausstellung mit Büchern und Gegenständen zu sehen, die den vielsagenden Titel trug: „Die Fauna, die Flora und die Aborigines Australiens.“<sup>66</sup> Derartiges wäre im Jahre 1990 beispielsweise in den USA, in denen die Bürger\_innenrechtsbewegung spätestens in den 60er Jahren eine signifikante Bewusstseinsbildung herbeiführte, undenkbar gewesen.

Es war daher längst an der Zeit, den Aborigines, die ihnen gebührende Wertschätzung entgegenzubringen, wie sie ohnehin jeder Bevölkerungsgruppe, völlig unabhängig von deren Lebensweise, gebührt. Dafür war die Entscheidung *Mabo No. 2* ein wichtiger juristischer Schritt.

Dr. Michael Kreuz ist Rechtsanwalt in Wien und Lektor am Studiengang Europäische Wirtschaft und Unternehmensführung; m.kreuz@fh-vie.ac.at und office@kreuzlaw.com

61 *The Australian*, 4.6.1992, 14.

62 *The Sydney Morning Herald*, 13.10.1992, 7.

63 *Greimel*, From Mabo to the Native Title Act 55.

64 *Dodson*, in *Land Rights News*, Vol 2, No 25, 1992, 11.

65 *Strobscheidt*, Auswirkungen der britischen Eroberung 82; zur kritischen Würdigung vgl insb *Triggs*, Australia's Indigenous People and International Law, in *Anaya* (Hrsg), *International Law and Indigenous People* (2003) 409 ff.

66 *Strobscheidt*, Auswirkungen der britischen Eroberung 64.

# Thema: Die symbolische Qualität des Rechts

## Vorwort

Walter Fuchs/Ilse Koza/Andrea Kretschmann

---

Die gesellschaftliche Sphäre des Rechts – darin stimmen viele neuere sozial- und kulturwissenschaftliche Standpunkte überein – ist in hohem Maße symbolisch bestimmt. Als soziales Phänomen zeichnet sich das Recht dadurch aus, „dass es in gesellschaftlich geprägte Vorstellungen und Wertungen eingebettet ist, die in sozialen Kollektiven insbesondere in symbolischer Form etabliert sind“.<sup>1</sup> Schon etymologisch betrachtet besteht zwischen „Recht“ und „Symbol“ eine enge Beziehung. Das altgriechische *symbolon* bedeutet „etwas Zusammengeworfenes“ und meinte ursprünglich eine spezifische Art von Erkennungszeichen im sozialen Verkehr: Durch das Zusammenfügen der Stücke zuvor entzweigebrochener Gegenstände wie Knochen, Muscheln oder Tonringe konnten sich Vertreter\_innen bestimmter Kollektive oder Vertragsparteien als solche erkennen und frühere Kontakte oder Berechtigungen beweisen.<sup>2</sup> Für die Entwicklung rechtlicher Formen dürfte diese Möglichkeit der Identifizierung eine wichtige Rolle gespielt haben.

Rechtliche Praktiken „werfen“ dann aber auch in einem abstrakteren Sinne Menschen, Dinge oder Ereignisse „zusammen“, indem sie auf mitunter durchaus prekäre Weise Verbindlichkeiten, Befugnisse, Zugehörigkeiten und Haftungen – kurz: Rechte und Pflichten – konstruieren und damit soziale Ordnung mit hervorbringen. Bildhaft deutlich zeichnet sich dies noch im archaischen Ritual der *vindicatio* des altrömischen Eigentumsprozesses ab, in dem die Parteien durch das Berühren der begehrten Sache mit einem Stab eine symbolische Beziehung zu dieser herstellten, um ihren Anspruch zu behaupten. Dieses Verfahren ist als eine Art symbolischer „Kampf ums Recht“ gedeutet worden, in dem zwischen Gewalt (*vis*) und Sprechen (*dicere*) vermittelt wird.<sup>3</sup>

Einen ganz besonderen Vorrat an Symbolen im Sinne von Zeichen, „die außeralltägliche Bedeutungen beinhalten bzw solche im Denken der wahrnehmenden Menschen

---

1 Dreher, Zur Wirkungsweise von Kollektivsymbolen im Recht – Symbolische Macht und „Klassenjustiz“, in Cottier/Estermann/Wrase: Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen (2008/2010) 323 (324).

2 Soeffner, Überlegungen zur Soziologie des Symbols und des Rituals, in Wulf/Zirfas: Die Kultur des Rituals. Inszenierungen. Praktiken. Symbole (2004) 149 (163).

3 Fögen, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems (2002) 101.

auslösen“<sup>4</sup> und ebenfalls auf die dem Recht immer auch eingeschriebene Gewalt verweisen, hält das Strafrecht bereit, mit dem Staaten ihre Souveränität markieren. Dies äußert sich etwa im Festhalten an der Todes- oder lebenslangen Freiheitsstrafe als Relikt des souveränen Anspruchs, „sterben zu machen oder leben zu lassen“<sup>5</sup> genauso wie in den Statusdegradierungszeremonien des gerichtlichen Strafverfahrens<sup>6</sup>, die zwar längst kein „Theater des Schreckens“<sup>7</sup> mehr aufführen, in denen aber wie in keinem anderen Rechtsbereich staatliche Macht rituell inszeniert wird. Damit produziert das Strafrecht ein *Kollektivsymbol*, dessen Bedeutung „in der sozialen Reaktion, die es hervorruft, in seinem Einfluss auf kollektive Wahrnehmung, Orientierung und auf kollektives Handeln“ liegt.<sup>8</sup> So sah bekanntlich *Durkheim* die Funktion der Strafe nicht primär in der Verhaltenssteuerung, sondern darin, „den sozialen Zusammenhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewusstsein seine volle Lebensfähigkeit erhält“.<sup>9</sup> Die symbolische Kraft des Strafrechts diene somit nicht der Abschreckung, sondern dem Stärken eines moralischen Gemeinschaftsgefühls.

Mit der Auseinandersetzung um die Effekte der Strafe ist die Frage angesprochen, ob und wie denn rechtspolitische Steuerungsbemühungen überhaupt wirken. In diesem Zusammenhang hat es sich im Anschluss an *Edelman*<sup>10</sup> und *Gusfield*<sup>11</sup> eingebürgert, „symbolische“ von „instrumentellen“ Funktionen der Gesetzgebung zu unterscheiden.<sup>12</sup> Dieses Begriffspaar war zwar gar nicht als Gegensatz gemeint – also nicht so, als ob ein Gesetz stets nur entweder (manifeste) strategische oder aber (latente) expressive Qualitäten aufweise.<sup>13</sup> Dennoch wurde und wird es häufig zur Kritik eines „bloß symbolischen“ Rechts herangezogen, das vorrangig politisch motivierten expressiven Zielsetzungen zu dienen scheint, denen gegenüber ein tatsächlicher Nutzen der Rechtspraxis nicht zu erwarten ist. In der deutschsprachigen Diskussion auf dem Gebiet des Strafrechts hat *Hassemer* eine solche Position in seiner vielbeachteten Arbeit „Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz“ vertreten.<sup>14</sup> Darin problematisiert er ein Strafrecht, das sein Zuständigkeitsgebiet unreflektiert auf alle möglichen aktuell wahrgenommenen Missstände erweitert, während es seine tatsächliche Wirkkraft weit überschätzt und damit massive Vollzugsdefizite produziert, das aber für den Gesetzgeber gleichwohl

---

4 *Dreher*, Kollektivsymbole 329.

5 *Foucault*, Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit 1 (1977) 165.

6 *Garfinkel*, Conditions of Successful Degradation Ceremonies, *American Journal of Sociology* 61, 420.

7 *Van Dülmen*, Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit (1985).

8 *Soeffner*, Überlegungen 163.

9 *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften (1992) 159.

10 *Edelman*, The Symbolic Uses of Politics, Urbana, Ill (1964).

11 *Gusfield*, Symbolic Crusade, Urbana, Ill (1963).

12 *Hegenbarth*, Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1981, 201; *Kindermann*, Symbolische Gesetzgebung, in *Grimm/Maihofer*: Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1988) 222.

13 *Sack*, Symbolische Kriminalpolitik und wachsende Punitivität, in *Dollinger/Schmidt-Semisch*: Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog (2010) 63 (67).

14 *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989, 553.

„symbolischen“ politischen Gewinn abwirft – nämlich die Möglichkeit, sich als präsent, entschlossen und prompt handlungsfähig darzustellen.

An diesem Verständnis von symbolischem Strafrecht wurde kritisiert, dass es implizit von einer fragwürdigen Dichotomie ausgehe: Auf der einen Seite stehe dabei das „wahre“ instrumentelle Strafrecht, das Rechtsgüter wirksam zu schützen vermag, auf der anderen Seite das problematische symbolische Strafrecht, das nur so tut, als ob es reale Effekte entfalten könnte. Eine Kritik des letzteren legitimiert in dieser Sichtweise das erstere und „lässt es nur umso heller erstrahlen“,<sup>15</sup> was zu einer „Verklärung des Strafrechts“<sup>16</sup> insgesamt beiträgt. Sozialwissenschaftlich gesehen ist es wohl tatsächlich wenig sinnvoll, eine „bloß“ symbolische von einer „echten“ Realität zu unterscheiden. Aus einer interaktionistischen oder wissenssoziologischen Perspektive „kann Recht schwerlich ausschließlich als ‚objektive‘ Wirklichkeit untersucht werden, da Individuen Recht in einem symbolisch etablierten Kollektivzusammenhang Bedeutungen zuschreiben und so auch die Wirklichkeit des Rechts prozesshaft etablieren und aktualisieren“.<sup>17</sup> Damit ist auch die durch das Strafrecht konstituierte Kriminalität „in sich eine symbolisierte Kategorie, die nicht nicht-symbolisiert thematisiert und adressiert werden kann. Es existieren demnach nicht etwa ‚echte‘ gegenüber ‚nur symbolisierten‘ Kriminalitätswirklichkeiten, sondern differente symbolische ‚Welten“.<sup>18</sup>

Ein solch weites Symbolverständnis hat Röhl polemisch als „Pansymbolismus“<sup>19</sup> bezeichnet, der – indem er das Soziale im Symbolischen aufgehen lasse – alle Strukturen auflöse und deswegen für eine soziologische Erforschung des Rechts wenig hilfreich sei. Auch wenn man diesen kritischen Befund nicht teilen mag, ist das Thema einer Gesetzgebung, die wenig verhaltenssteuernde Kraft zu entfalten vermag und dies auch gar nicht beabsichtigt, mit dem Hinweis auf die stets symbolische Qualität der sozialen Welt nicht erledigt. Ein Konzept von symbolischem Recht im engeren Sinne, das sich für die empirische Analyse der Effektivität konkreter Normen fruchtbar machen lässt, vertritt Newig, indem er zwischen einer (jeweils antizipativ verstandenen) „rechtsnormativ-sachlichen“ und „symbolisch-politischen“ Dimension der Effektivität gesetzgeberischen Handelns unterscheidet.<sup>20</sup> Symbolische Gesetze wirken demnach stark im letzteren und schwach im ersteren Sinn.

---

15 Müller, Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes, *Kriminologisches Journal* 1993, 82 (83).

16 Lehme, Symbolische Politik mit dem Strafrecht – Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolisches Strafrecht, *Kriminologisches Journal* 1993, 210 (210).

17 Dreher, Kollektivsymbole 327.

18 Dollinger, Punitivität in der Diskussion. Konzeptuelle, theoretische und empirische Referenzen, in *Dollinger/Schmidt-Semisch: Gerechte Ausgrenzung?* (2011) 25 (42).

19 Röhl, Die Macht der Symbole, in *Cottier/Estermann/Wrase: Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen* (2008/2010) 267 (268).

20 Newig, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, in *Cottier/Estermann/Wrase: Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen* (2008/2010) 301.

Die konkurrierenden Konzeptualisierungen des Symbolischen im (Straf-)Recht mit- und gegeneinander zu diskutieren, ist ebenso Anliegen dieses Schwerpunkts, wie die empirischen Ausprägungen rechtlicher Symboliken zu sondieren. Wenn es stimmt, was *Heinz Steinert* und *Helga Cremer-Schäfer* sagen, nämlich, dass die Politikform der Produktionsweise des Neoliberalismus der Populismus ist,<sup>21</sup> dann kommt der Frage nach Lesarten des Symbolischen im Recht seit der Krise des Fordismus eine stetig wachsende gesellschaftspolitische Bedeutung zu. Es ist dabei eine Binsenweisheit, dass Recht unterschiedliche soziale Bereiche innerhalb der Gesellschaft in unterschiedlichem Maße fokussiert, adressiert und berührt. Es bleibt daher eine empirische Frage, wo und in welchem Ausmaß sich symbolische Rechtspolitiken und Gesetze finden lassen, wo sie sich möglicherweise bündeln und wie sie neben, mit und gegen anderes Recht wirken. Wie interagiert rechtliche Symbolik zwischen einzelnen Rechtsbereichen, wie mit anderen gesellschaftlichen Feldern?

Um den interdisziplinären Dialog zu stärken, ist dieser Themenschwerpunkt aus einer Kooperation des Kriminologischen Journals (KrimJ) und des *juridikum* (zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft) entstanden. Mittels sozial- und rechtswissenschaftlicher Perspektiven und Methoden greifen die Beiträge deshalb unterschiedliche Aspekte des Symbolischen in verschiedenen Bereichen des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts auf. Die Beiträge nehmen hierbei Rechtsentwicklungen im deutschsprachigen Raum in den Blick. Abonnent\_innen des Kriminologischen Journals oder des *juridikum* können das jeweils andere Heft kostenlos beziehen. Einen entsprechenden Hinweis auf die Bestellmöglichkeit finden Sie auf den Websites der Zeitschriften [www.krimj.de](http://www.krimj.de) bzw. [www.juridikum.at](http://www.juridikum.at).

In einer gemeinsamen essayistischen Einführung stellt der Grazer Rechtsphilosoph *Christian Hiebaum* (*juridikum* und KrimJ) die Frage, was unter „symbolischen Effekten“ von Gesetzen zu verstehen ist und warum eigentlich eine Politik, die vorrangig darauf abzielt, Unbehagen erregt. Mit Symbolpolitik sei, so der Autor, regelmäßig Pseudopolitik gemeint. Rechtsnormen, die nur „Problembewusstsein“ schaffen wollen, definieren und verteilen in seiner Sicht gar keine Rechte und Pflichten und ziehen gerade deshalb keine nennenswerten symbolischen Effekte im Sinne kollektiver Absichten nach sich. Gleichzeitig habe eine Rechtspolitik, die primär oder ausschließlich symbolische Effekte anstrebt, besonders gute Chancen, in Pseudopolitik zu enden.

Die Schweizer Historikerin *Andrea Iseli* (KrimJ) setzt sich in ihrem Beitrag anhand der frühneuzeitlichen „Policygesetzgebung“ mit der Frage auseinander, inwiefern im Alten Europa das Setzen und Anwenden von Recht nicht „bloß symbolischen“ Charakter hatte – eine Ansicht, die angesichts der regelmäßig lückenhaften Vollziehung dieser Reglements vertreten worden ist. Die Autorin zeigt auf, dass Gesetzgebung und Nor-

---

21 *Cremer-Schäfer/Steinert*, Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie (1998); *Steinert*, Gegen-Institutionen und Gegen-Wissen im Strafrecht: am Beispiel des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, *juridikum* 2010, 37 (42).

menimplementierung mit dem vertikalen Schema von obrigkeitlichem Befehl und untertänigem Gehorsam nur ungenügend erfasst werden können. Die „Gute Policy“ war für die Obrigkeiten ein Instrument, sich als aktive Herrscher mit Sinn für das Gemeinwohl darzustellen. Obwohl diese Gesetzgebung damit tatsächlich als symbolisch – im Sinne von *Newig*<sup>22</sup> – bezeichnet werden kann, blieb sie alles andere als wirkungslos, da die Untertanen die neuen Rechtsinstrumente für eigene Zwecke nutzten.

Um das Bild einer „guten Herrschaft“ im historischen Rückblick geht es auch im Aufsatz von *Bernd Dollinger, Matthias Rudolph, Hennig Schmidt-Semisch* und *Monika Urban* (KrimJ), die die suggestive Vorstellung eines – im Hinblick auf den Umgang mit Jugendkriminalität – „goldenen“ Zeitalters der Integration in den 1970er Jahren hinterfragen. Mittels einer Interdiskursanalyse praxisnaher Jugendhilfe- und Polizeizeitschriften aus diesem Jahrzehnt, das häufig als Kontrastfolie für latent verfallstheoretisch gerahmte Diagnosen aktueller sozial- und kriminalpolitischer Entwicklungen herangezogen wird, vermag das Autor\_innenteam darzulegen, welche professionsspezifisch unterschiedlichen und konkurrierenden Kollektivsymboliken damals vorherrschten. Da Jugendkriminalität somit auch in den 1970er Jahren ein hochgradig umstrittenes Thema war, erscheint die Annahme einer glänzenden Vergangenheit aus Sicht der seinerzeitigen Akteure wenig plausibel.

Dass die soziale Kontrolle junger Menschen ein stets umkämpftes Feld ist, verdeutlicht auch der Beitrag von *Nikolaus Dimmel* (KrimJ), der – am Beispiel der Situation in Österreich – den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe durch eine immer symbolischer werdende Rechtsanwendung gekennzeichnet sieht. Dabei werden nicht nur Inklusions- und Integrationsbestrebungen zurückgenommen, sondern auch Disziplinierungsansprüche aufgegeben. Dadurch wird, so der Autor, das Jugendwohlfahrtsrecht zu einem zunehmend widersprüchlichen Instrument, dessen symbolisch-generalisierter Steuerungsanspruch dadurch aufrechterhalten wird, dass seine Anwendung einem gleichzeitig sozial-technischen und ökonomischen Kalkül folgt.

*Johannes Stehr* (juridikum) wirft in seinem theoretischen Beitrag zur „Politik mit der Strafe“ die Frage auf, wie das Strafrecht von seinen symbolischen Effekten entlastet werden kann. Er formuliert seine Überlegungen unter anderem als Erwiderung auf *Christian Hiebaums* Essay, legt seinen Fokus aber auf eine ideologiekritische Konzeption von Recht, das sich vor dem Hintergrund unterschiedlicher Interessen „instrumentell“ einsetzen lässt. In diesem Sinne verdeckte Pseudopolitik als Ausdruck strategischer Rationalität bestehende Machtkämpfe und Interessenskonflikte. Die Politik mit der Strafe sei daher Ideologieproduktion, wie *Stehr* kritisch anmerkt, und erfordere eine alternative Konzeption.

Der Rückgriff auf Symbole scheint insbesondere in Zeiten des Wahlkampfes an Bedeutung zu gewinnen. Dies verdeutlicht *Daniel Wagner* (juridikum) in einer kritischen Re-

---

22 *Newig*, Symbolische Gesetzgebung (2010).

flexion deutscher Wahlkampfretorik zum Thema Jugendkriminalität. Dass allerdings nicht jede symbolische Rechtspolitik, also nicht jeder Versuch politischer Instrumentalisierung, schließlich auch in symbolische gesetzgeberische Aktivitäten mündet, gibt Aufschluss über die Komplexität rechtlicher Diskurse, aber auch über die Dynamik politischer Debatten.

*Robert Rothmann* (juridikum) analysiert in seinem Beitrag den symbolpolitischen Charakter der Evaluation von Videoüberwachungsmaßnahmen. Anhand empirischer Belege zeigt er auf, wie sehr die verfassungsrechtliche Eignungsprüfung solcher Grundrechtseingriffe durch methodisch schwache Studien unterlaufen werden kann.

Der dem Recht inhärente symbolische Gehalt zeigt sich neben dem Strafrecht auch in Rechtsbereichen wie dem Fremdenrecht. *Susanne Bachmann* und *Yvonne Riaño* (juridikum) nehmen in ihrem Beitrag aktuelle Entwicklungen des Schweizer Integrationsrechts kritisch in den Blick. Mittels einer gouvernementalitätstheoretischen Perspektive auf die betroffenen Bestimmungen zeigen die Autorinnen die symbolische Funktion der Integration auf, die sich als Konstruktion einer individuellen Verpflichtung der Zugewanderten darstellt. Diese Tendenz ist überdies auch in anderen europäischen Staaten – darunter auch Österreich und Deutschland – ablesbar.

Symbolisch-politische Aspekte rechtlicher Normen treten mitunter erst in der Rechtsanwendung umso deutlicher hervor. Dies führen die Autoren *Eberhart Theuer* und *Erwin Lengauer* (juridikum) am Beispiel des österreichischen Tierschützer\_innenprozesses im Jahr 2010 aus, mit dem eine Neudeutung des § 278a StGB (Kriminelle Organisation) verbunden war. Eine Strafrechtsbestimmung, die ursprünglich zur Bekämpfung mafios organisierter Kriminalität gedacht war, nimmt – plötzlich um eine andere politische Dimension erweitert – nunmehr die Züge eines Repressionsinstruments gegen zivilgesellschaftliche Protestbewegungen einer bestimmten Ausrichtung an.

Die vorliegende Schwerpunktkooperation will theoretische Auseinandersetzungen und praktische Auswirkungen der symbolischen Qualität des Rechts aufzeigen und daran erinnern, dass der interdisziplinäre Dialog zwischen rechts- und sozialwissenschaftlichen Perspektiven nicht nur in diesem Bereich für beide Disziplinen von großem Nutzen ist und weiter forciert werden sollte.

Walter Fuchs (Dr. iur., MA Krim.) ist Redaktionsmitglied des Kriminologischen Journals und derzeit Habilitationsstipendiat (APART) der Österreichischen Akademie der Wissenschaften am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie in Wien; walter.fuchs@irks.at

MMag.<sup>a</sup> Ilse Koza ist Redaktionsmitglied des juridikum und derzeit tätig als Lektorin an den Fakultäten für Rechtswissenschaften und Politikwissenschaften der Universität Wien, ilse.koza@univie.ac.at

Andrea Kretschmann (Mag.<sup>a</sup> Soz., MA Krim.) ist Redaktionsmitglied des Kriminologischen Journal und des juridikum. Sie ist Promotionsstipendiatin an der Bielefeld Graduate School in History and Sociology der Universität Bielefeld; andrea.kretschmann@uni-bielefeld.de

# Symbolische (Rechts-)Politik

Eine Begriffs- und Problemanalyse

Christian Hiebaum

---

Symbolische Politik wird oft als etwas ausgesprochen Fragwürdiges angesehen. Mit einer Politik, die es hauptsächlich auf „symbolische Effekte“ abgesehen hat, könne etwas nicht stimmen. Das gelte umso mehr für die symbolische *Rechtspolitik*, und dabei wiederum ganz besonders für die *Strafrechtspolitik*. Doch was sind symbolische Effekte überhaupt und was genau erregt Unbehagen an einer Politik, die vorrangig darauf abzielt? Und inwiefern unterscheidet sich die symbolische (Straf-)Rechtspolitik von politischen Aktivitäten, die der Rechtsetzung weit vorgelagert sind oder gar nicht in Gesetzgebung bzw deren Rechtfertigung münden sollen?

## Symbolisierung und Gesellschaft

Beginnen wir mit dem scheinbar Trivialen, jedenfalls aber Unumstrittenen. Soziale Entitäten wie Geld oder Recht können nur bestehen, weil wir zu Symbolisierungen imstande sind, dh weil wir in der Lage sind, Dinge für etwas anderes stehen zu lassen. Ob ein Stück Papier Geld ist oder nicht, hängt letztlich davon ab, ob es als Geld angesehen wird. Ob ein Text eine Rechtsnorm darstellt, hängt davon ab, ob wir ihn als solche betrachten, und nicht bloß als eine beliebige Äußerung von irgendjemandem oder gar als bedeutungslose grafische Struktur. Jedoch hängt das nicht einfach von individuellen Überzeugungen ab, sondern von Überzeugungen mehrerer Menschen. Es kommt auf *kollektive* Intentionalität an. „Intentionalität“ bezeichnet allgemein das Gerichtet-sein mentaler Zustände auf irgendetwas. Durch ihre Intentionalität unterscheiden sich Überzeugungen, Hoffnungen, Wünsche, Absichten und Befürchtungen von diffuser Unruhe, Niedergeschlagenheit oder Hochstimmung.<sup>1</sup>

Was die Kollektivität betrifft, so lässt sich „Wir betrachten die Norm N als gültige Rechtsnorm“ nicht reduzieren auf „Ich betrachte N als gültige Rechtsnorm wissend, dass der Andere N als gültige Rechtsnorm betrachtet wissend, dass ich N als gültige Rechtsnorm betrachte wissend, dass ...“ Kollektive Intentionen im Sinne von Absichten wiederum existieren nur, soweit sie die Form haben „Wir beabsichtigen, Handlung H

---

1 Siehe *Searle*, Intentionalität. Eine Abhandlung über die Philosophie des Geistes (1987) 15-19.

zu setzen.“ Ich beabsichtige nicht für mich allein, H zu setzen; und ich beabsichtige auch nicht, H zu setzen, weil ich glaube, dass der Andere dasselbe beabsichtigt und darüber hinaus glaubt, dass ich es beabsichtige. Nur deshalb ist nach Searle schon der gemeinsame Spaziergang eine gesellschaftliche Tatsache und nicht bloß ein Fall von paralleler Fortbewegung zweier oder mehrerer Individuen.<sup>2</sup> Der gemeinsame Spaziergang impliziert bereits diese Wir-Intention. Wenn also die soziale Wirklichkeit etwas Materielles an sich hat, dann resultiert dieses aus intentionalen Zuständen von Menschen, nicht zuletzt aus Überzeugungen. Deshalb kann der Versuch, das zu beeinflussen, was Menschen über die Gesellschaft oder einzelne soziale Institutionen denken, ein politisches Unternehmen sein. Jedenfalls ist es ein solches, wenn auf die Schaffung einer neuen oder die Veränderung einer bestehenden Wir-Intention abgezielt wird.

### Die symbolische Struktur der Politik

Die Politik wiederum ist nicht bloß in dem Sinne symbolisch, dass sie auf Sprache, also ein Symbolsystem, angewiesen ist. Sie ist auch insofern ein symbolisches Unternehmen, als es, ganz abstrakt gesprochen, darum geht, zunächst partikulare Interessen für das Allgemeininteresse und einzelne soziale Probleme für ein Problem der Organisation umfassenderer gesellschaftlicher Zusammenhänge stehen zu lassen – oder gerade zu verhindern, dass dies anderen gelingt. Man könnte auch sagen: Die symbolische Struktur der Politik ergibt sich aus dem Rechtfertigungsbedarf kollektiv verbindlicher Entscheidungen, wobei die spezifisch *politische* Rechtfertigung eines Entscheidungsvorschlags die „Konstruktion“ ihrer eigenen Kriterien des Gelingens und Misslingens einschließt. Soziale Gerechtigkeit etwa ist kein Set von unstrittigen, klar definierten Regeln, unter deren Tatbestände das gesellschaftliche Leben einfach zu subsumieren wäre, sodass es im Prinzip lediglich ausreichend sozialtechnologische Expertise bräuchte, um die richtigen Gesetze zu erhalten. Der Unterschied zwischen politischer und juristischer Begründung ist freilich nur graduell. Letztere nimmt zwar auf mehr oder minder fest etablierte Konventionen (Gesetze etc) und Prinzipien Bezug, kann sich aber auch nicht auf deren Bedeutungsgehalt als etwas zur Gänze Vorgegebenes stützen, sondern muss diesen zugleich (*re-*)*konstruieren*. Die für die Rechtsanwendung maßgebliche Perspektive weist (zumindest in schwierigen Fällen) naturgemäß Element sowohl der *de-lege-lata* als auch der *de-lege-ferenda*-Betrachtungsweise auf.<sup>3</sup> Wo bestimmte Gruppen oder Personen die längste Zeit *de-facto*-Immunität genossen haben und straflos tun konnten, was sie wollten, kann sogar ein ganz simpler Akt der Rechtsanwendung, dessen juristische Begründung vollkom-

2 Siehe dazu Searle, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen (1997) 34–37; zur Diskussion über kollektive Intentionen Schmidt/Schweikard (Hrsg), Kollektive Intentionalität. Eine Debatte über die Grundlagen des Sozialen (2009).

3 Zu den Verschränkungen der Perspektiven Hiebaum, Unrecht als Institution, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2009, 395 (403 f).

men unumstritten ist, ein nennenswerter politischer Akt sein, nämlich dann, wenn er auf die Etablierung rechtsstaatlicher Verhältnisse abzielt und auch so verstanden wird. Eine solche Entscheidung repräsentiert die Selbstbehauptung des Rechtsstaates.

Doch der Zusammenhang zwischen Politik und Symbolisierung zeigt sich nicht erst in der unmittelbaren Legitimation verbindlicher gesetzgeberischer oder rechtlicher Entscheidungen. Zuvor braucht es nicht selten noch „Problematisierung“, zB die überzeugende Darstellung sozialer Ungleichheiten als Probleme der sozialen, insbesondere der Verteilungsgerechtigkeit. Solange etwa die Vorstellung vorherrscht, die Gesamtgesellschaft sei in wirtschaftlicher Hinsicht eher ein großer Marktplatz, auf dem sich mehr oder weniger rationale Tauschparteien zu Geschäftsabschlüssen treffen, als ein großes kooperatives Unternehmen, in dem viele individuelle und kollektive Akteure arbeitsteilig und also interdependent zusammenwirken, um gemeinsam Wohlstand zu erwirtschaften, wird die Mehrheit wirtschaftliche Gerechtigkeit weitgehend mit Tauschgerechtigkeit im oberflächlichsten Sinne identifizieren.<sup>4</sup> Fragen der gerechten Verteilung von Einkommen und Vermögen sowie deren rechtlicher Implementierung stellen sich ihr dann gar nicht. Die Ergebnisse des Marktes sind für sie im Großen und Ganzen kein Gegenstand vernünftiger Kritik.

Ebenso ist es beispielsweise von großer Relevanz (auch für die rechtspolitische Reaktion darauf), wie gehäuft auftretender Vandalismus von Jugendlichen in Großstädten gedeutet wird: als Ausdruck moralischer Verwahrlosung Einzelner bzw als Folge allzu laxer sozialer Kontrolle und Disziplinierung oder als Symptom eines tieferliegenden Problems der Marginalisierung und miserabler Zukunftsaussichten. Allgemein hängt viel davon ab, wie soziale Konflikte beschrieben werden. Tendieren wir zu kulturalistischen Interpretationen, werden wir uns in weiterer Folge hauptsächlich über Toleranz, ihre Grenzen und ihre Institutionalisierung streiten. Sehen wir die Konflikte (auch) als Folge diverser Ungleichheiten (hinsichtlich Bildungs- und Erwerbssaussichten, politischer Teilhabe etc), drängen sich uns andere, typischerweise komplexere, rechtspolitische Strategien auf.

Aber was taugt der Begriff der Symbolpolitik noch, wenn politisches Handeln *wesentlich* in Symbolisierung besteht, dh im Versuch, ein bestimmtes Verständnis sozialer Probleme zu etablieren und Ansätze der kollektiv verbindlichen Lösung unter Verweis auf höhere Standards zu rechtfertigen?

### Symbolpolitik und Pseudopolitik

Der Begriff der Symbolpolitik wird verschieden gebraucht, hauptsächlich aber kritisch, um auf das absehbare Ausbleiben nennenswerter Auswirkungen von bestimmten politischen Interventionen hinzuweisen, die über die Schaffung, Veränderung und Befestigung von kollektiven Bewusstseinszuständen hinausgehen. Mit „Symbolpolitik“ ist regelmäßig Pseudo-

---

4 Siehe Koller, Gesellschaftsauffassung und soziale Gerechtigkeit, in *Frankenberg*, Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft (1994) 129–150.

politik gemeint. Wobei weniger die schlichte Wirkungslosigkeit selbst den Vorwurf begründet, als vielmehr die Erweckung des falschen Anscheins eines echten Gestaltungswillens oder Verantwortungsgefühls, eine Art politischer Unernst also. Bezeichnenderweise wird der Vorwurf der Symbolpolitik hauptsächlich im Kontext der Rechtspolitik vorgetragen. Denn mehr als Bewusstseinsbildung erwartet man sich vom Recht Verhaltenssteuerung.

Insbesondere dann, wenn ein Problem die Struktur eines Gefangenendilemmas aufweist, ist es mit der richtigen Gesinnung üblicherweise nicht getan. Dass allseitige Kooperation für alle besser wäre, schafft noch keinen hinreichenden Anreiz für den Einzelnen zu kooperieren. Lauter rationale Egoisten müssen wir dabei gar nicht voraussetzen. Wenn viele Gesellschaftsmitglieder stärker egoistisch als moralisch motiviert sind, werden einzelne moralisch zur Kooperation Motivierte wenig bis nichts ausrichten. Ja, es ist sogar zweifelhaft, ob überhaupt noch eine moralische Pflicht zur Kooperation besteht, wenn man sich nicht darauf verlassen kann, dass hinreichend viele andere ebenfalls kooperieren. Und selbst wenn man davon ausgeht, dass die einzelnen Gesellschaftsmitglieder eine moralischen Verantwortung tragen und dieser auch gerne gerecht würden, ist oft nicht klar, worin genau die Verantwortung besteht, sodass es Rechtsnormen und Institutionen braucht, die Pflichten definieren und allozieren. Rechtsnormen, die *lediglich* „Problembewusstsein“ schaffen sollen, erfüllen diese Funktion nicht und zeitigen, wie ich noch zeigen möchte, oft gerade deshalb auch keine nennenswerten *symbolischen* Effekte. Mit anderen Worten: Rechtspolitik, die primär oder gar ausschließlich symbolische Effekte anstrebt, hat besonders gute Chancen, in Pseudopolitik zu enden.

Andererseits besteht kein Zweifel daran, wie *wichtig* es ist, neue „Diskurse“ zu initiieren, politische Maßnahmen in die richtigen Diskurse einzubetten oder sich gut zu verkaufen, wenn man etwas erreichen will. Auch erhebt niemand den Vorwurf der Symbolpolitik, wenn Paradigmen konstruiert werden: die eiskalte egoistische „Karrierefrau“, auf die Abtreibungsgegner gerne zumindest implizit verweisen; der gierige Währungsspekulant als Verkörperung eines zunehmend unproduktiven und gefährlichen Finanzkapitalismus; der in der Südsee urlaubende Sozialhilfeempfänger sowie der schwarze Drogendealer. Sie alle sollen für einen mehr oder weniger fundamentalen Defekt der Gesellschaft stehen. Was immer an solchen symbolpolitischen Manövern auszusetzen ist, um *Pseudopolitik* handelt es sich dabei nicht.

Nicht jede Handlung oder Äußerung, die es nicht (einigermaßen direkt) auf die Gestaltung von sozialen Institutionen abgesehen hat, ist also eine pseudopolitische. Und selbst wenn wir es im Einzelfall tatsächlich mit Politik zu tun haben, die politische Ernsthaftigkeit bloß vortäuscht, müssen nicht unbedingt Fremdtäuschungsmotive im Spiel sein. Bisweilen täuschen sich die Akteure selbst über ihren Unernst und verwechseln den Ausdruck ihrer ethischen Gesinnung mit politischem Handeln.<sup>5</sup>

---

5 Es gibt aber auch noch einen anderen, polemischeren Begriff der Pseudopolitik. So werden mitunter durchaus ernsthafte, nicht einmal primär symbolpolitische Handlungen und ihre Rechtfertigungen von ihren Kritikern als pseudo-

Strafrechtspolitik scheint sehr anfällig für diese Form der Selbsttäuschung. Zum einen tendiert das Strafrecht dazu, auf die Symptome und nicht die Ursachen sozialer Probleme zu fokussieren; und zum anderen lässt die Bereitschaft zur Bestrafung auf besonders starke Wertungen schließen. Bevor ich aber etwas näher auf die Probleme der symbolischen Strafrechtsgesetzgebung und der Anwendung des Strafrechts zu symbolpolitischen Zwecken eingehe, möchte ich noch kurz bei der Frage der Legitimität und Effektivität von Symbolpolitik sowie symbolischer Rechtspolitik im Allgemeinen verweilen.

### Legitimität und Effektivität der Symbolpolitik

Symbolische Effekte sind nicht nichts. Doch, so meine These, viele dieser Effekte stellen sich überhaupt nur ein, wenn man es nicht in erster Linie auf sie abgesehen hat. Oft lassen sich Veränderungen im Symbolischen nur dadurch erzielen, dass man (noch) etwas anderes anstrebt. Im Fall von Rechtsnormen geht es typischerweise darum, das Verhalten der Adressaten zu beeinflussen bzw Institutionen im Wege der Allokation von Rechten und Pflichten zu gestalten.<sup>6</sup> Aber was genau sollen wir unter „Veränderungen im Symbolischen“ oder „symbolischen Effekten“ verstehen?

Der Begriff der „Veränderung im Symbolischen“ bereitet keine großen Schwierigkeiten. Darunter fallen, wenigstens in diesem Kontext, die Entstehung, das Verblässen und das Verschwinden von Zeichen, anhand derer wir uns verständigen und um deren Bedeutung wir streiten. Der Begriff der „symbolischen Effekte“, wiewohl der Ausdruck gerne verwendet wird, mutet etwas mysteriöser an. Symbole kommen in der bewussten Natur nicht als Symbole vor. Auf sie sind die Gesetze der Kausalität nicht ohne weiteres anwendbar, sodass der Begriff der symbolischen Effekte auf den ersten genaueren Blick etwas von einem Oxymoron an sich hat. Damit die Rede von symbolischen Effekten einen vernünftigen Sinn ergibt, muss man Bewusstsein als empirische Gegebenheit ins Spiel bringen. Da dem Symbolischen unabhängig von menschlichen Symbolisierungsleistungen (inkl Verstehen) keine Existenz zukommt, empfiehlt es sich, es im Wesentlichen mit der Sphäre der intentionalen Zustände gleichzusetzen. Ist vom Politisch-Symbolischen die Rede, dann geht es um die Sphäre der auf umfassende soziale Zusammenhänge bezogenen Wir-Intentionen. Bewusst müssen solche Zustände, die sich wie Überzeugungen, Wünsche und Hoffnungen, und im Gegensatz zu bloßen Schmerzen, Nervosität, Unruhe oder Hochstimmung, auf etwas anderes beziehen, nicht sein. Wie wir noch sehen werden, kann es sich dabei sogar um durchschaute Illusionen handeln. Als symbolische Effekte von Politik kommen insbesondere die Veränderung oder Festigung von Werthaltungen, Problemwahrnehmungen und (kollektiven) Identitäten infrage.

---

politisch bezeichnet, die lediglich von „wahren Problemen“, um die man sich politisch kümmern sollte, sowie von „politischer Handlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit“ ablenken würden. Nach Pfaller (Die Wochenzeitung v 15.7.2010, siehe <http://www.woz.ch/1028/zeitgeist/das-ist-pseudopolitik>) trifft dies zB auf Anti-Raucher-Politik zu.

6 Mitunter handelt es sich bei ihnen also um so etwas wie Zustände, die wesentlich Nebenprodukt sind. Siehe Elster, Subversion der Rationalität (1987), Kap III.

Solche Effekte auch mit Mitteln der *Rechtspolitik* anzustreben, ist keineswegs illegitim, zumal soziale Institutionen auf entgegenkommende Einstellungen angewiesen sind. Kein demokratischer Rechtsstaat kann auf Dauer funktionieren, wenn die Mehrzahl der Bürgerinnen und Bürger nicht über ein Mindestmaß an Rechtsstaatsbewusstsein, Gerechtigkeitsinn, Solidarität und sonstige bürgerliche Tugenden verfügt. Die Schaffung positivrechtlicher Verpflichtungen und Institutionen kann durchaus ein probates Mittel sein, um nicht nur das äußere Verhalten der Einzelnen zu beeinflussen, sondern auch die zugrundeliegenden Einstellungen. Ob das gelingt und ob der Preis dafür angemessen ist, darüber lässt sich im Einzelfall natürlich streiten. Zumindest empfiehlt es sich, bei der Rechtsetzung auch an etwaige symbolische Effekte zu denken. So spricht etwa einiges für die Schaffung der Möglichkeit, die Stimme bei Parlamentswahlen vom Computer zu Hause aus abzugeben. Ein – vielleicht nicht zutreffender oder hinreichend gewichtiger, gleichwohl bedenkenswerter – Einwand dagegen lautet, dass auf diese Weise die staatsbürgerliche Wahlentscheidung an die Kaufentscheidung im Internet assimiliert und der Bürgersinn ausgehöhlt würde.

Bisweilen scheinen rechtspolitische Debatten sogar hauptsächlich von den zu erwartenden symbolischen Effekten zu handeln. So dürfte es wenig vernünftigen Zweifel daran geben, dass eine Öffnung der Institution Ehe für Homosexuelle keinen signifikanten Einfluss auf die Heirats- und Familiengründungsbereitschaft von Heterosexuellen hätte, aber wichtiges Zeichen der Anerkennung von Homosexuellen als Gleiche wäre.<sup>7</sup> Damit hätten selbst jene Homosexuellen einen guten Grund, sich dieser Forderung anzuschließen, die aus ideologischen oder persönlichen Gründen, mögen sie gut oder schlecht sein, der Ehe nichts abgewinnen können. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung ist es auch nebensächlich, wie verbreitet der Verhelichungswunsch unter Homosexuellen tatsächlich ist. Dementsprechend scheint es mir kaum mehr als ein fundamentales Ungleichheitsurteil zu sein (und weniger die Sorge um das Schicksal der Institutionen Ehe und Familie), das nach wie vor viele erbitterten Widerstand leisten lässt.

Wie andere Politik auch, erzielt symbolische Politik aber nicht unbedingt die Effekte, die sie anstrebt. Manchmal erweist sich Symbolpolitik gar als kontraproduktiv. So könnten „geschlechtergerechte“ Formulierungen Frauen durchaus „sichtbarer“ machen und Stereotype aufweichen. Sie könnten aber auch dazu führen, dass ein falscher Anschein von Chancengleichheit und ausgewogener Repräsentation der Geschlechter entsteht. Klarer liegen die Dinge bei etwas, das man reflexive Symbolpolitik nennen könnte. Ein Symbol, das nur für sich selbst steht, ist kein Symbol mehr. Wer ein Zeichen setzen möchte, tut gut daran, nicht *bloß* ein Zeichen (oder *ein* Zeichen) setzen zu wollen – insbesondere wenn man das Zeichen mit einer Gesetzesnorm setzen möchte. So wird man der Feststellung des Gesetzgebers, dass Tiere keine Sachen seien (§ 285a ABGB), kaum symbolische Wirksamkeit attestieren können, solange, wie es in derselben Be-

---

7 Ausführlich Nussbaum, *A Right to Marry?*, California Law Review 2010, 667-696.

stimmung weiter heißt, gilt, dass Tiere grundsätzlich wie Sachen zu behandeln sind. Gerade weil nichts Handfestes aus dieser Deklaration folgt, kann sie schwerlich eine veränderte Einstellung gegenüber Tieren zum Ausdruck bringen oder gar generieren. Damit ist nicht gesagt, dass primär symbolische Gesetze *notwendig* symbolisch unwirksam seien. Normen, die – wenn auch unmittelbar kaum durchsetzbar – eine Rolle spielen bei der Anwendung bzw Interpretation anderer Normen (etwa Programmsätze und Staatszielbestimmungen, sofern sie nicht überhand nehmen, oder völkerrechtliches *Soft Law*), können durchaus einen symbolischen Mehrwert aufweisen, nicht zuletzt indem sie Erwartungen in Bezug auf die Weiterentwicklung des Rechts zum Ausdruck bringen und erzeugen.<sup>8</sup> Der erwähnte § 285a ABGB unterscheidet sich von solchen symbolischen Normen dadurch, dass das Symbol in weiterer Folge explizit konterkariert wird. Nicht nur dürfte die Bestimmung deshalb kaum einen Einstellungswandel bewirken, sie bringt einen solchen auch nicht wirklich zum Ausdruck. Allenfalls steht sie für die zunehmende Neigung zu glauben, dass sich schon mit dem Sprachgebrauch die Welt nennenswert verändert. Gänzlich absurd ist dieser Glaube nicht. Immerhin lassen sich für ihn viele Fälle ins Treffen führen, wo die Wahl der Worte zweifellos einen großen Unterschied macht. Gleichwohl manifestiert sich im Sprachfetischismus, wie er bisweilen das Bemühen um „politische Korrektheit“ kennzeichnet, etwas, das man einen ontologischen Fehlschluss nennen könnte: von der Tatsache, dass Sprache eine notwendige Bedingung für alle sozialen Institutionen ist, darauf, dass soziale Institutionen *identisch* seien mit dem, was die Menschen mehrheitlich über sie sagen oder denken.<sup>9</sup> Doch auch der durchschaute Schein kann wirksam sein.<sup>10</sup> Wer sich schon einmal von einem Spielfilm zu Tränen rühren hat lassen, wird keinen Zweifel daran haben. Vor allem aber kann der Schein des Respekts und der Achtung ein kooperationsförderndes soziales Klima schaffen. Um diesen Schein zu erzeugen, genügt es aber typischerweise nicht, lediglich zu sagen, man respektiere den Anderen. So wie es, um eine Diskriminierung Homosexueller im Familienrecht auszuschließen, nicht genügt zu versichern, man sei gegen deren Diskriminierung und betrachte sie als gleich („Es geht nicht um Diskriminierung, sondern um den Wert und den Schutz der Ehe.“). Umgekehrt würden mit einem Recht auf Ehe auch für Homosexuelle derzeit existierende Abneigungen keineswegs prompt verschwinden. Und doch wäre ein solches Recht für den sozialen Status Homosexueller von großer Bedeutung. Denn was immer sozialer Status in einer modernen Massengesellschaft genau sein mag, er hängt mehr von Rechtspositionen ab als vom affektiven Innenleben der füreinander ohnehin überwiegend fremden Gesellschaftsmitglieder. Rechtspolitik, die hauptsächlich auf symbolische Effekte abzielt oder mit solchen gerechtfertigt wird, ist also nicht *unbedingt* etwas Fragwürdiges. Symbolisches Strafrecht scheint sich aber von anderem symbolischen Recht zu unterscheiden – vielleicht nicht

---

8 Vgl *Boehme-Nefler*, BilderRecht. Die Macht der Bilder und die Ohnmacht des Rechts (2010) 121 ff.

9 Siehe *Hiebaum*, Bekenntnis und Interesse. Essay über den Ernst in der Politik (2008) 213–216.

10 Siehe *Pfaller*, Die Illusionen der anderen. Über das Lustprinzip in der Kultur (2003).

qualitativ, aber jedenfalls graduell. Genauer gesagt: Das Risiko von Legitimitätsdefiziten und Effektivitätsproblemen erscheint hier deutlich erhöht.

### **Das Problem des symbolischen Strafrechts**

Das Strafrecht verfügt einerseits über hohe symbolische Wirksamkeit und andererseits über eine vergleichsweise bescheidene Kapazität, soziale Probleme effizient und gerecht zu lösen. Wenn der Gesetzgeber zum Strafrecht greift, um ein soziales Problem in den Griff zu bekommen, signalisiert er, dass es ein wirklich ernstes Problem ist. Immerhin erwarten wir uns für strafrechtliche Sanktionierung von Verhaltensweisen eine besonders gute Rechtfertigung. Je stärker der Zwang, desto besser und gewichtiger müssen die Gründe dafür sein. Gleichwohl kann es bei nüchterner Betrachtung der Dinge wenig Zweifel daran geben, dass sich der Beitrag des Strafrechts zur Lösung wirklich ernster sozialer Probleme allzu oft in recht engen Grenzen hält.<sup>11</sup>

Noch weniger trägt es zur Lösung von Problemen bei, wenn man es vor lauter Vertrauen bzw Hoffnung auf symbolische Effekte unterlässt, Tatbestände verständlich und präzise zu fassen, sodass die Normen schwer anwendbar werden oder ihre Anwendung kaum diejenigen trifft, die sie in erster Linie treffen sollte. Denn irgendwen trifft es fast immer, und die gerichtlich verhängte Strafe greift besonders massiv in die Interessen der Betroffenen ein, nicht zuletzt im Wege der Stigmatisierung. Noch das ineffektivste Anti-Terrorgesetz wird zu der einen oder anderen Verurteilung führen, und oft genug werden solche zum Handkuss kommen, von denen eine vergleichsweise geringe Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht, weil sie ihrerseits mehr durch symbolischen Radikalismus als durch handfestere Aktivitäten auffallen. Letzteres begründet auch ein Gleichheitsproblem, vielleicht – da es kein legales Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt – nicht im rechtsdogmatischen, aber jedenfalls im politisch-ethischen Sinne. Die kleinen Fische gehen ins Netz, während die großen es umschwimmen oder sich mitsamt dem Netz davonmachen.

Die symbolische Wirksamkeit des Strafrechts leidet besonders unter dem Ausbleiben jener Folgen (allen voran Präventionseffekte), die man sich sonst oder in erster Linie von Strafgesetzen erwartet. Genauer gesagt: Sie würde in einer hinreichend aufgeklärten Öffentlichkeit darunter leiden. Das gilt freilich nicht notwendigerweise. So kann eine Verschärfung von Strafen für Kindesmissbrauch, von der – unwahrscheinlich genug – jeder weiß, dass sie keine nennenswerten zusätzlichen Präventionseffekte zeitigt, durchaus symbolisch wirksam sein – insbesondere dann, wenn die angedrohten Strafen davor ausgesprochen moderat waren. Gleichwohl kann man eine Tendenz vermuten: Je weniger Verurteilungen es trotz augenscheinlichen Weiterbestands der anlassgebenden Problematik gibt bzw je öfter „die Falschen“ ins Visier der Justiz geraten, desto schwächer

---

11 *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989, 553 (558).

das Vertrauen in die Strafrechtspflege und den Staat, der sich doch mit dem Strafrecht am nachdrücklichsten behaupten sollte. Das heißt, hier scheint die symbolische Wirksamkeit besonders eng verknüpft zu sein mit der verlässlichen und als gerecht empfundenen Rechtsdurchsetzung.<sup>12</sup>

Das Ausbleiben der Folgen kann seinerseits mit für überzogen gehaltenen Strafraumen zu tun haben, die vor allem Laienrichter bisweilen von Schuldsprüchen abhalten. Noch schlimmer aber ist es unter dem Gesichtspunkt der symbolischen Effektivität, wenn die Strenge des Strafrechts zu Solidarisierungen mit den Verurteilten und zu Märtyrermymen führt. Zudem ist es möglich, dass ein Strafgesetz, das sich gegen eine Gefahr richtet, den Eindruck einer signifikanten Bedrohung erst entstehen lässt und damit die Funktionstüchtigkeit des politischen Systems untergräbt. So rechtfertigt nicht jede Artikulation einer antidemokratischen Gesinnung den Ruf nach Strafverfolgung. Ein paar unbelehrbare Stalinisten, Maoisten, Nazis und religiöse Eiferer sollte jedes demokratische System aushalten. Eine Demokratie, die sich permanent in akuter Gefahr wähnt, ist schon allein deswegen in Gefahr.

Dennoch ist die Bekräftigung symbolischer Ausschlüsse vom öffentlichen Diskurs auch mit Mitteln des Strafrechts nicht *prinzipiell* illegitim, zumal ein demokratisches System ohne den Schein einer entsprechenden hegemonialen Gesinnung nicht auskommen kann. Das heißt, manche Überzeugungen sollten nicht ernsthaft zur Debatte stehen dürfen, da schon die Diskussion darüber leicht den demokratischen *Common Sense* untergräbt. Doch das oben angesprochene Risiko der Kontrafinalität bleibt. Und es scheint mir mehr Gewicht zu haben als das deontologisch angelegte Argument der Meinungsfreiheit. Denn welcher intrinsische Wert kommt der Möglichkeit zu, Überzeugungen auszudrücken, die nicht nur falsch sind, sondern überdies gefährliche antidemokratische Affekte schüren?

Auch die Debatte um die strafrechtliche Behandlung der Beschneidung von Buben weist ausgeprägte Züge eines symbolpolitischen Kampfes auf, in dem einiges auf dem Spiel steht. Weit davon entfernt, nur von der vernünftigen Sorge um das Kindeswohl inspiriert zu sein, scheint die Forderung nach einem Beschneidungsverbot bei vielen auf einer grundsätzlichen Skepsis in Bezug auf religiösen Traditionen und Riten bzw deren Ablehnung zu beruhen – und auf dem Wunsch, die Grenzen der Toleranz gegenüber Religionen und kulturelle Identität stiftenden Praktiken neu zu ziehen.<sup>13</sup> Ginge es bloß um sozialrechtliche Fragen der Finanzierung solcher Eingriffe, wäre alles etwas weniger

---

12 Bisweilen liegt das Problem aber weniger in den Rechtsnormen selbst als in der mangelnden Bereitschaft, für eine effiziente Strafverfolgung durch mit personellen und finanziellen Ressourcen hinreichend gut ausgestattete Behörden zu sorgen.

13 Die meisten leugnen gar nicht, dass hier ein „Kulturkampf“ stattfindet. Diejenigen, die darauf bestehen, dass es ihnen nur um die Kinder gehe, möchte man fragen, weshalb diese Sorge bei ihnen in aller Regel nicht zu einer ähnlich leidenschaftlichen Kritik an der eklatant ungleichen Verteilung von Lebenschancen für Kinder und dem „normalen“ Elend führt, in das viele Kinder hineingeboren werden.

dramatisch. Was immer man von einem Beschneidungsverbot halten mag: Dass die Religionsfreiheit davon gar nicht betroffen sei, „da man *selbstverständlich* seinen Glauben leben kann, ohne andere Menschen zu verletzen“<sup>14</sup> (Hervorhebung C.H.), ist jedenfalls säkular-liberales Wunschdenken. Zumindest Juden und Muslime sehen das typischerweise anders. Inwieweit man religiöse Praktiken tolerieren sollte, die von Gläubigen für essenziell gehalten werden, einem selbst aber unverständlich oder gar zuwider sind, das ist eben die Frage, um die es in diesem Streit geht. Klar scheint mir nur, dass ein Beschneidungsverbot symbolisch wirksamer wäre, als es das Leben der Kinder in Österreich materiell verbessern würde.

Mit Risiken behaftet ist aber auch die Anwendung von an sich völlig unproblematischen Strafgesetzen zu primär symbolischen Zwecken – heute etwa: um zu zeigen, dass der Rechtsstaat nicht in die Knie geht vor einflussreichen Finanzmanagern. Das Risiko der besonders harten Bestrafung liegt hier weniger in einer möglichen Kontrafinalität als in der Vermittlung bzw. Bestätigung eines verzerrten Bildes von den Ursachen der Finanz- und Wirtschaftskrise. Individuelle Gier und Skrupellosigkeit mögen eine Rolle gespielt haben, doch die Wurzel des Übels sind durch Nicht- und Fehlregulierungen geschaffene Anreiz- und Gelegenheitsstrukturen, zu denen strafrechtliche Regeln einen relativ kleinen Beitrag leisten. Dieses Risiko lässt sich allerdings nicht leicht vermeiden, da moderatere Strafzumessungen ebenfalls wenig wünschenswerte symbolische Effekte zeitigen und das Vertrauen in (sowie die Wertschätzung für) den Rechtsstaat aushöhlen können. Zumindest gilt das dann, wenn sich die Bevölkerung insgesamt durch einen starken Hang zum Moralisieren auszeichnet bzw. von einem Bild der Gesellschaft gefangen gehalten wird, das untugendhafte Einzelne und deren Entscheidungen auf dem Markt als Hauptursache für große soziale Probleme ausweist. Zu hoffen bleibt also nur, dass sich ein vernünftiger Sinn für die Grenzen des Strafrechts durchsetzt – die Überzeugung, dass es in der Regel eben nicht das Strafrecht ist, mit dem man am besten auf Problemlagen reagiert. Das gilt für die Strafrechtspolitik wie für Strafrechtspraxis. Damit sich diese Überzeugung durchsetzt, braucht es aber einiges an vernünftiger Politik der Symbole im Rahmen re-demokratisierter Institutionen. Und dafür kann definitiv nicht das Strafrecht sorgen. Vertreterinnen und Vertreter der Strafrechtswissenschaft sowie der Kriminologie könnten aber durchaus einiges dazu beitragen – vorausgesetzt, sie lassen sich bei der rechtspolitischen Analyse nicht allzu sehr von neurowissenschaftlich aufgepeppten Spekulationen über „das Böse“ inspirieren.<sup>15</sup>

Dr. iur. Christian Hiebaum ist Universitätsdozent für Rechts- und Sozialphilosophie sowie Rechtssoziologie am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik an der Universität Graz; Arbeitsschwerpunkte: Politische Philosophie, Ethik, Rechtstheorie; Jüngste Veröffentlichung: Bekenntnis und Interesse. Essay über den Ernst in der Politik. Berlin: Akademie Verlag 2008; christian.hiebaum@uni-graz.at

---

14 Fuchs, Beschneidung: Religionsfreiheit erlaubt nicht alles, Die Presse v 30.7.2012.

15 Siehe Strasser, Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen (2005), 229–245.

# Symbolische Politik als Ideologieproduktion

Ein Kommentar zum Beitrag von Christian Hiebaum

Johannes Stehr

---

In seiner „Begriffs- und Problemanalyse“ von symbolischer (Rechts-)Politik fragt Christian Hiebaum nach den Dimensionen und Effekten wie auch nach der Legitimität des Symbolischen in der Politik. Dabei versteht er Politik auch als „symbolisches Unternehmen, als es (...) darum geht, zunächst partikulare Interessen für das Allgemeininteresse und einzelne soziale Probleme für ein Problem der Organisation umfassender gesellschaftlicher Zusammenhänge stehen zu lassen – oder gerade zu verhindern, dass dies anderen gelingt“. In dieser Perspektive benennt er „insbesondere die Veränderung oder Festigung von Werthaltungen, Problemwahrnehmungen und (kollektiven) Identitäten“ als „symbolische Effekte“ von Politik und diskutiert die widersprüchlichen Folgen einer Symbolpolitik, deren Wirksamkeit er insbesondere daran misst, ob es – im Falle von Rechtspolitik – darüber hinaus gelingt, das Verhalten der Adressat\_innen bzw die Gestaltung von Institutionen zu beeinflussen. Seine zentrale These besagt, dass symbolische Effekte eher dann eintreten werden, wenn die Politik „es nicht in erster Linie auf sie abgesehen hat“. Nur wenn Politik als gestaltende und problemlösende Politik organisiert ist, so Hiebaum, ist auch mit „symbolischen Effekten“ zu rechnen, die nicht in „Pseudopolitik“ münden.

Aus einer kritischen rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Perspektive, die Hiebaum einnimmt, stellt eine rein symbolisch orientierte Rechtspolitik eine Gefährdung der Legitimität des Rechts dar. In der Verfolgung dieser Kritikvariante, so meine These, geht allerdings der Blick für soziale Konflikte, die aus unterschiedlichen Interessen heraus (auch) mit dem Instrument des Rechts ausgetragen werden, und damit der Blick für Macht- und Herrschaftsprozesse in der theoretischen Konzipierung von Symbolpolitik weitgehend verloren. Denkt man nicht in der Logik des Rechts, sondern aus der Perspektive der gesellschaftlichen Widersprüche und Konflikte, die unsere Gesellschaftsformation kennzeichnen, dann ist es mE sinnvoll und notwendig von einem Begriff des Symbolischen auszugehen, der Bedeutung und Macht zusammenbringt. Analytisch wäre zu untersuchen, wie Bedeutungen von (kollektiven) Akteur\_innen und Institutionen mobilisiert und verwendet werden. Diese Untersuchungsperspektive fängt der Ideologie-Begriff ein, wie ihn etwa Thompson (1988) definiert: „Ideologie zu untersuchen heißt, die Art und Weise zu untersuchen, in der Bedeutung dazu dient, Herrschaftsbeziehungen aufrechtzuerhalten“ (ebd, S 26) – oder herzustellen, ließe sich ergänzen.

### **Symbolische Politik als Instrument der Herrschaftskritik**

Murray Edelmans (1976) Konzept der symbolischen Politik kann hier weiterhelfen. Er hat den Begriff als herrschaftskritisches Analysewerkzeug entwickelt, um damit auf eine doppelte Realität des Politischen hinweisen zu können: auf eine Ebene der Austragung und Entscheidung von Interessenkonflikten und Machtkämpfen auf der einen Seite und auf eine symbolische bzw expressive Ebene auf der anderen Seite, auf der dieselben Auseinandersetzungen für eine von den Entscheidungsarenen entfernte Öffentlichkeit zu einer „Szenerie von Ausdruckswerten“ aufbereitet werden, die bestimmten Gruppen Vorteile verschafft und über die Loyalität mit dem politischen System und mit den bestehenden Herrschaftsstrukturen herzustellen versucht wird.

Die symbolische Ebene der Politik erfüllt insofern ideologische Funktionen, als über die Produktion symbolischer Formen (von Mythen, Metaphern, Rhetorik, Identitäten) und über die Inszenierung von Ritualen System- und Gesellschaftskritik abgewehrt und politische Herrschaft legitimiert wird. Edelman hat gerade dem Recht attestiert, für die Etablierung von „Verdichtungssymbolen“ – über die Emotionen geweckt werden und diskrepante Erfahrungen zum Zwecke der Moralisierung und Skandalisierung auf eine Situation gebündelt werden – und damit für symbolische Politik besonders geeignet zu sein. Symbolische Politik ist bei Edelman folglich nicht „Pseudopolitik“, sondern eine mit der instrumentellen Politikebene verbundene Ebene der Moral- und Identitätspolitik, die auf die Herstellung von Konsens ausgerichtet ist. Dieses herrschaftskritische Verständnis von symbolischer Politik ist, wie einige Autoren bereits Anfang der 90er Jahre herausgearbeitet haben (vgl Müller 1993, Lehne 1994), in der Debatte um das symbolische Strafrecht weitgehend verloren gegangen. Für kritische Strafrechtswissenschaftler\_innen wird das symbolische Strafrecht, das gar nicht mehr beansprucht, instrumentelle Wirkungen zu entfalten, zum Problem, da befürchtet wird, dass die Bevölkerung durch diese „Entgrenzung des Strafrechts“ das Vertrauen in den Rechtsstaat verliert: Symbolisches Recht wird als ineffektives und damit zugleich als rechtsstaatsgefährdendes Recht problematisiert.

### **Problematisierung eines „jurizentrischen Gesellschaftsmodells“**

Christian Hiebaum entfaltet seine Ausführungen zum Konzept der symbolischen (Rechts-)Politik von einem Denkmodell aus, das Heinz Steinert vor längerer Zeit als das „jurizentrische Gesellschaftsmodell“ (1980) bezeichnet hat und das sich durch eine „unglaubliche Überschätzung des Juristischen in der Gesellschaft“ auszeichnet. In diesem Modell wird gesellschaftliche Ordnung durch das Recht gestiftet und behauptet, dass Recht, insbesondere Strafrecht, notwendig und unverzichtbar sei, um der Gesellschaft Moral beizubringen und damit Verhaltenssteuerungen zu ermöglichen. Der einzelne Bürger bzw die Bürgerin wird direkt dem Staat gegenübergestellt. Geht man dagegen nicht von einem Modell aus, in dem Gesellschaft durch gemeinsame Werthaltungen

und durch Sanktionierungen von Abweichungen zusammengehalten wird, sondern durch die vielfältigen Bearbeitungsweisen von gesellschaftlichen Widersprüchen und Konflikten, ergeben sich andere Sichtweisen auf die Funktionen des Rechts. Dann werden vor allem gesellschaftliche Institutionen relevant, die durch ihre materiellen und sozialen Arrangements unmittelbar soziale Abhängigkeiten und Disziplin herstellen und zugleich spezifische Formen der Konfliktbearbeitung nahelegen (wie etwa die Einrichtungen von Arbeit und Bildung, die Formen des gesellschaftlichen Zusammenlebens von Geschlechtern und Generationen). Im „jurizentrischen Gesellschaftsmodell“ werden diese zentralen Mechanismen, Gesellschaft herzustellen und zu gewährleisten, allerdings in der Regel entweder nicht wahrgenommen oder als unbedeutend definiert.

Nun weist Hiebaum sehr wohl darauf hin, dass Rechtspolitik unterschiedliche Formen annehmen kann, je nachdem, welche Form von Problematisierung sich durchsetzt und je nachdem, wie soziale Konflikte beschrieben werden, doch gilt sein Interesse vor allem der Effektivität des Rechts und der Funktionstüchtigkeit des politischen Systems und weniger der Analyse von Macht- und Herrschaftsstrukturen, bei der sich die Fragen stellen würden, wer denn eigentlich ein Interesse an einer Symbolpolitik mit dem Recht hat, wer sich mit seiner Problemdefinition behaupten und (gegen welche anderen Problemdefinitionen) mit welchen Folgen durchsetzen kann. In der von ihm geführten Argumentation werden Interessensgegensätze und Konfliktverhältnisse nicht thematisiert. Der Hinweis auf „die Sphäre der auf umfassende soziale Zusammenhänge bezogenen Wir-Intentionen“ als Kern des „Politisch-Symbolischen“ lässt den Machtkampf um die Erringung von gesellschaftlicher Hegemonie im vermeintlichen moralischen Konsens verschwinden.

Edelmans Konzept der symbolischen Politik hat genau auf dieses politische (und wissenschaftliche) Manöver aufmerksam gemacht: Verdichtungssymbole verdecken Konflikte und sie vernebeln die Sicht auf die Partikular- und Eigeninteressen, die sich als Sorge für „das Große und Ganze“ ausgeben. Die vielfältigen empirischen Untersuchungen zu Moral-Paniken und Moralunternehmungen haben deutlich zeigen können, dass in den Auseinandersetzungen um gesellschaftliche Hegemonie soziale Konflikte in Fragen der Moral transformiert werden und dass gerade auch das Strafrecht mit den Kategorien von Abweichung, Kriminalität und Gewalt Verdichtungssymbole zur Verfügung stellt, mit deren Mobilisierung bei der Bevölkerung um Zustimmung und Folgebereitschaft gerungen wird. Aus anderen empirischen Arbeiten, wie zB aus der Untersuchung zu den „Ärgernissen und Lebenskatastrophen“ (Hanak/Steinert/Steinert 1989), geht deutlich hervor, dass das (Straf-)Recht von der Bevölkerung „instrumentell“ benutzt wird zur Bearbeitung ihrer eigenen Konflikt- und Schadenssituationen, und dass „das große obrigkeitstaatliche Moralierungs- und Erziehungsprogramm“ (Steinert 1997) des Strafrechts ins Leere geht, weil die Leute andere Interessen haben – vor allem das Interesse an Konfliktbearbeitung, Schadensausgleich und störungsarmer Alltagsgestaltung. Die Moralkampagne mit dem Strafrecht ist ein Sonderfall, der allerdings gegenwärtig

extensiv „von oben“ und von der Politik praktiziert wird. Die aktuellen Analysen zur wachsenden Punitivität und zum „Regieren über Kriminalität“ (vgl etwa Sack 2010) lassen deutlich erkennen, dass das, was als „symbolisches Strafrecht“ kritisiert wurde und wird, die instrumentelle Benutzung des Strafrechts als Ressource von Interessengruppen und kollektiven Akteuren darstellt, denen daran gelegen ist, über die Politik mit der Strafe Ungleichheitsverhältnisse beizubehalten bzw auszubauen und Macht- und Herrschaftspositionen zu etablieren, zu verteidigen oder zu festigen. Die Politik mit der Strafe wird gegenwärtig gerade deshalb so ausgeweitet, weil sie einer Interessenspolitik Legitimationsgewinne verspricht, die die soziale Spaltung und Prozesse sozialer Ausschließung vorantreibt und gerade nicht auf Integration oder Teilhabe zielt. Während auf der Ebene von Macht- und Interessenpolitik Menschen ökonomisch „überflüssig“ gemacht werden, dient die Politik mit der Strafe der Legitimation dieses Überflüssigmachens. Die symbolischen Dimensionen des Strafrechts, das Konzept der Kriminalität wie auch die Denkfigur der Strafe enthalten Eigenschaften, die als Legitimationsressourcen von Herrschaft geeignet sind.

Die Unterscheidung von instrumentellen und symbolischen Funktionen des Strafrechts, wie sie – zumindest implizit – auch von Christian Hiebaum vorgenommen wird, und die damit zusammenhängende Auslotung von „symbolischen Effekten“ und „symbolischen Wirksamkeiten“ kann als Versuch interpretiert werden, die Legitimität des staatlichen Strafens zu retten. Hiebaum sieht sehr wohl die „bescheidende Kapazität (des Strafrechts), soziale Probleme effizient und gerecht zu lösen“ und argumentiert sowohl für einen zurückhaltenden Gebrauch wie auch für eine materielle Begrenzung des Strafrechts. In seiner Kritik des symbolischen Strafrechts und der symbolischen Verwendung des nicht-symbolischen Strafrechts zeigt er den ideologischen Mechanismus auf, mit dem das Strafrecht gesellschaftliche Konflikte entpolitisiert und individualisiert und dabei „auf die kleinen Fische“ zielt. Dieser Mechanismus aber gilt für das Strafrecht insgesamt, auch das von Hiebaum als „völlig unproblematisch“ bezeichnete Strafrecht folgt dieser Logik und das Verdichtungssymbol „Kriminalität“ wird entlang den gesellschaftlichen Herrschafts- und Ungleichheitsstrukturen als „negatives Gut“ (Fritz Sack) systematisch den sozial benachteiligten und ausgeschlossenen Gruppen zuerteilt.

### **Ideologische Funktionen des Strafrechts**

Was Hiebaum am Beispiel des Versuchs einer strafrechtlichen Bearbeitung der Finanz- und Wirtschaftskrise als ideologisches Manöver herausstellt, die Produktion eines „verzerrten Bildes von den Ursachen der Finanz- und Wirtschaftskrise“ darüber, dass „individuelle Gier und Skrupellosigkeit“ von einzelnen Finanzmanagern zu Ursachen des Problems gemacht werden, gilt ja ebenso für das nicht-symbolische Strafrecht. Regelmäßig und systematisch – darauf hat die kritische Kriminologie empirisch begründet hingewiesen – reproduziert das Strafrecht das Bild von mittellosen Menschen, deren

Mittellosigkeit sie vermeintlich gefährlich mache und die etwa als „soziale Sprengsätze“ eine Bedrohung für die Gesellschaft darstellen würden. Die vorherrschenden Kriminalitätsbilder, die durch die Praktiken des Strafrechts (re-)produziert werden, erzeugen eine Furcht vor den Marginalisierten und Ausgeschlossenen, nicht vor den Herrschenden. In diesem Zusammenhang ist auch gegenüber der Argumentation von Hiebaum festzuhalten, dass sich die Bevölkerung nicht per se durch einen „starken Hang zum Moralisieren auszeichnet bzw von einem Bild der Gesellschaft gefangen gehalten wird, das untugendhafte Einzelne und deren Entscheidungen (...) als Hauptprobleme für große soziale Probleme ausweist“, sondern dass dieses entpolitisierte und individualisierte Bild von Problemen und Konflikten gerade vom Strafrecht erzeugt und aufrechterhalten und mittels Kriminalitäts- und Sicherheitspaniken gesellschaftlich verbreitet wird. Der Hang zum Moralisieren bei der Bevölkerung ist da, wo sie selbst von Schädigungen und Konflikten betroffen ist, eher gering. Gegen wen sie sich – auch mit Strafforderungen – entrüsten darf, das wird ihr „von oben“ über die Mobilisierung und beharrliche Aufdrängung von Verdichtungssymbolen mitgeteilt. Hiebaums objektivistischer Blick auf „soziale Probleme“ – anfänglich ist zwar noch von „Problematisierung“ die Rede, dann aber wird von „wirklich ernstesten sozialen Problemen“ gesprochen, die bearbeitet werden sollen – kann diese ideologischen Mechanismen und herrschaftlich strukturierten Prozesse nicht fassen.

Es ist folglich sinnvoll, den Charakter der symbolischen Funktionen des Strafrechts als ideologische Funktionen herauszustellen. Gesellschaftliche Ereignisse und Konflikte als Kriminalität zu bezeichnen und sie entsprechend über das Instrumentarium der staatlichen Kontrollinstanzen zu bearbeiten, führt zu ihrer Enteignung; die betreffenden Ereignisse werden in einer Art und Weise zugerichtet, dass die Kontrollinstanzen sich legitimiert für zuständig erklären können. Die ideologischen Dimensionen der Kategorie Kriminalität liegen in den Momenten der Personalisierung, Moralisierung und Ausschließung. Ein Ereignis mit dieser Kategorie zu belegen, heißt, es zu individualisieren, die Beteiligten moralisch – in unschuldiges Opfer und schuldigen Täter – aufzuspalten und dem Täter Verantwortlichkeit zuzuschreiben und ihm die Mitgliedschaft in der Gesellschaft abzusprechen: Der Täter darf moralisch legitimiert ausgeschlossen werden. Auf der symbolischen Ebene propagiert das Strafrecht damit die „eliminatorische Phantasie“ (Steinert 2005), die Idee, dass gesellschaftliche Probleme dadurch zu lösen sind, dass Personen entfernt werden, und dass dies autoritär und gewaltsam organisiert werden darf. Diese eliminatorische Phantasie bietet sich als Thema und Mittel für populistische Politik an, da sie hilft, die gesellschaftlichen Interessenkonflikte zu verdecken und stattdessen über Moral, Bedrohungsanalysen und gemeinsame Feinderklärungen Identität zu stiften. Beide Momente, die Bilder von Kriminalität als „das ganz andere“, wie auch die Propagierung der staatlichen Strafe, sind geeignet, als Mittel von populistischen Diskursen zu fungieren, über die sich die hegemonialen Institutionen von Anforderungen nach Reduzierung der sozialen Ungleichheit und Verhinderung von sozialer

Ausschließung entlasten und ihre Herrschaftspositionen darüber festigen und ausbauen können, dass sie gesellschaftliche Kontrollmaßnahmen ausdehnen und Paria-Gruppen konstruieren, auf die moralische Empörung über Herrschafts- und Ungleichheitsverhältnisse verschoben werden kann.

Eine Konsequenz aus dieser Analyse ist dann nicht das Betreiben „einer vernünftigen Politik der Symbole“, wie Hiebaum es empfiehlt, sondern die kontinuierliche Analyse und grundsätzliche Kritik von symbolischer Politik als Verdeckung von Interessenskonflikten und Machtprozessen.

Dr. phil. Johannes Stehr, Professor für Soziologie an der Evangelischen Hochschule Darmstadt, Fachbereich Sozialarbeit/ Sozialpädagogik; Arbeitsschwerpunkte: Soziologie sozialer Ausschließung, Kritische Kriminologie und kritisches Forschen in der Sozialen Arbeit; stehr@eh-darmstadt.de

#### Literatur:

Edelman, Murray, Politik als Ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns, Frankfurt/Main 1976.

Hanak, Gerhard/Stehr, Johannes/Steinert, Heinz, Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität, Bielefeld 1989.

Lehne, Werner, Symbolische Politik mit dem Strafrecht, in: Kriminologisches Journal 26, Heft 3, 1994, S 210–224.

Müller, Jens Christian, Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes, in: Kriminologisches Journal 25, Heft 2, 1993, S 82–97.

Sack, Fritz, Symbolische Kriminalpolitik und wachsende Punitivität, in: Dollinger, Bernd/Schmidt-Semisch, Henning (Hg), Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog, Wiesbaden 2010, S 63–89.

Steinert, Heinz, Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom „Strafbedürfnis der Bevölkerung“ (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hg), Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Frankfurt/Main, S 302–357.

Steinert, Heinz, Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht, in: Frehsee, Detlev/Löschper, Gabi/Smaus, Gerlinda (Hg), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden 1997, S 101–116.

Steinert, Heinz, „Die Kriminologie hat keine Fehler, sie ist der Fehler.“ Kulturindustrielles Wissen über Kriminalität und populistische Politik, in: Pilgram, Arno/Prittowitz, Cornelius (Hg), Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Über das schwierige Verhältnis der Wissenschaft zu den Verwaltern der Sicherheit, Baden-Baden 2005, S 265–280.

Thompson, John B., Sprache und Ideologie, in: kultuRRvolution, Heft 17/18, 1988, S 25–32.

# Jugendkriminalität als Ressource symbolischer Politik

Episodische Betrachtung einer Diskussion über Jugendkriminalität  
im Vorfeld der hessischen Landtagswahl am 27.1.2008<sup>1</sup>

Daniel Wagner

---

## 1 Innere Sicherheit in der Demokratie

Während der Verlust nationalstaatlicher Gestaltungskraft in den westlichen Demokratien in vielen Bereichen weit fortgeschritten scheint und die Einschränkungen des politischen Handlungsspielraums mit Verweisen auf Verflechtungen und Sachzwänge teils ausdrucksvoll zelebriert werden, finden Politiker\_innen im Feld der Inneren Sicherheit einen der wenigen Bereiche, in dem souveränes Handeln noch möglich und plausibel erscheint: „Innere Sicherheit ist eines der wenigen Ziele staatlicher Führungspolitik, über die es keinen Dissens gibt“<sup>2</sup>.

In diesem verbliebenen, wichtig(st)en Reservat des Staates als Garant von Sicherheit vor inneren und äußeren Angreifer\_innen (Kriminelle und Terrorist\_innen) bemühen sich die darin Agierenden nicht nur, die Bedrohungen und Bedrohenden zu beschreiben und zu kennzeichnen, sondern auch Triumphe und Niederlagen im Kampf gegen diese Personen(-gruppen) klar zuzuschreiben. Gegen die entsprechenden Unsicherheiten kann mit besonders expressiven und repressiven Methoden vorgegangen werden, mit Mitteln also, die bei der Bearbeitung etwa ökonomischer, ökologischer oder sozialer Risiken nicht ohne Weiteres zur Verfügung stehen oder jedenfalls in einer Demokratie nicht so leicht zu legitimieren sind. Aus einer strategischen Perspektive kann es entsprechend naheliegen, soziale Probleme bevorzugt als Kriminalitätsprobleme zu behandeln oder einen Kontext zu schaffen, der es erlaubt, sie mit Methoden der Kriminalitätsbekämpfung zu bearbeiten.

Vorstellungen über Kriminalität und die zu ihrer Bearbeitung geeigneten und zulässigen Methoden stellen sich als durch politische und mediale Darstellungen beeinflussbar dar. Somit kann ein politischer Erfolg schon errungen werden, indem man Kriterien erfüllt,

---

1 Dieser Aufsatz basiert in Teilen auf meiner an der Universität Regensburg verfassten Masterarbeit: *Wagner, Symbolische Politik per Strafrecht und das politisch vermittelte Bild der Jugendkriminalität* (2009).

2 *Reichert, Mediatisierung der Sicherheitspolitik oder: Die Medien als selbständige Akteure in der Debatte um (mehr) Sicherheit*, in *Groenemeyer* (Hrsg), *Wege der Sicherheitsgesellschaft* (2010) 40.

die nicht unbedingt realen Sicherheitsgewinn bedeuten, aber doch zumindest Entschlossenheit oder Fähigkeit zum Handeln demonstrieren; „relativ unzweideutig [wird] ein Interesse auf Seiten von Politikern sichtbar, sich als ‚hart‘ auftretende Garanten einer zu gewährleistenden ‚Inneren Sicherheit‘ zu inszenieren“<sup>3</sup>. Die öffentliche Perzeption ist jedoch bei weitem nicht so schlicht oder berechenbar, dass sich sämtliche soziale Unsicherheiten auf Kriminalität projizieren und entsprechend per Strafrecht und -verfolgung bearbeiten ließen<sup>4</sup>. Die Beziehung von Politik und Kriminalität erreicht also, zumindest außerhalb des angelsächsischen Raumes, nicht unbedingt die Dimension einer Gesellschaftsdiagnose wie der „Kultur der Kontrolle“<sup>5</sup> oder eines „Governing Through Crime“<sup>6</sup> als Staatsräson. Ausbrüche von „Moral Panics“<sup>7</sup> und damit verbundenem Moralunternehmertum finden aber durchaus statt.

Als regelmäßiger Austragungsort besonders ausgeprägter Diskussionen mit deutlichen Zügen einer „Moral Panic“ tritt besonders die Jugendphase in Erscheinung. Sie bildet einen Bereich, in dem gesellschaftliche Ängste und Hoffnungen besonders deutlich hervortreten und in dem in symbolischer Verdichtung um gemeinsame Wertvorstellungen, die Zukunft des „Standorts Deutschland“ oder ähnliches gerungen wird. So war auch in den sechs Wochen vor den Landtagswahlen in Hessen (Wahltermin: 27.1.2008) deutschlandweit ein extremes Medieninteresse und eine ausgeprägte politische Auseinandersetzung um das Thema Jugendkriminalität zu beobachten, va in Hinblick auf die Frage, ob härtere Strafen das richtige (und notwendige) Mittel sind, um die angeblich steigende Jugendgewalt zu „bekämpfen“ bzw ihr vorzubeugen. Insbesondere der damalige hessische Ministerpräsident Roland Koch und eine Reihe von CSU/CDU-Politiker\_innen, die sich seinen die Geeignetheit und Notwendigkeit von disziplinierenden und repressiven Ansätzen bejahenden Forderungen anschlossen, ernteten in diesem Zusammenhang nicht nur vom politischen Gegner und Teilen der Medien, sondern auch von Vertreter\_innen der Soziologie, Kriminologie, Psychologie, Rechtswissenschaft und Erziehungswissenschaft Kritik für Inhalt und Form ihrer Darstellungen. Die Inhalte und Ansatzpunkte dieser Kritik gibt ua eine von Wolfgang Heinz verfasste Resolution vom

---

3 Dollinger, Punitivität in der Diskussion. Konzeptionelle, theoretische und empirische Referenzen, in *Dollinger/Schmidt-Semisch* (Hrsg), Gerechte Ausgrenzung? Wohlfahrtsproduktion und die neue Lust am Strafen (2011) 55.

4 Zur Kritik an entsprechenden Annahmen siehe *Dollinger*, Punitivität oder *Scherr*, Innere Sicherheit und soziale Unsicherheit. Sicherheitsdiskurse als projektive Bearbeitung gesellschaftsstrukturell bedingter Ängste? in *Groenemeyer* (Hrsg), Wege der Sicherheitsgesellschaft (2010).

5 *Garland*, Kultur der Kontrolle – Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart (2008).

6 *Simon*, Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear (2007).

7 Laut *Stanley Cohen*, *Folk Devils and Moral Panics* (1972), 17 zeichnet die Berichterstattung über deviantes Verhalten ein Bild, das Handlungsbedarf impliziert: „[...] the media might leave behind a diffuse feeling or anxiety about the situation: ‚something should be done about it‘ [...]. Such vague feelings are crucial in laying the ground for further enterprise [...]“. „Moral entrepreneurs“ fördern und instrumentalisieren auf dieser Grundlage eine moralisch geprägte, oft unsachliche und auf bestimmte Gruppen zielende Diskussion über soziale Probleme („Moral Panic“), mit dem Ziel, öffentliche Zustimmung zu gewinnen und eigene Interessen durchzusetzen.

12.1.2008 wieder, die von fast 1000 Hochschullehrer\_innen und Praktiker\_innen der Jugendstrafrechtspflege unterstützt wurde<sup>8</sup>.

Der vorliegende Beitrag nimmt diese auf wenige Wochen konzentrierte Debatte zum Anlass, Erscheinungsformen symbolischer Politik und politischer Symbolisierungen im Kontext von Jugendkriminalität zu analysieren, ihre latenten und manifesten Funktionen kritisch zu hinterfragen und zu betrachten, inwiefern Jugendkriminalität als Ressource symbolischer Politik gelten kann. Nach einer kurzen Beschreibung der Umstände und des Verlaufs der damaligen Diskussion wird auf Merkmale und Erscheinungsformen symbolischer Politik eingegangen und schließlich betrachtet, inwiefern sich entsprechende Elemente seinerzeit in den Aussagen von Politikern wiederfinden und wie sie einzuordnen sind.

## 2 Eine intensive Diskussion – über Jugendkriminalität?

Anlass der öffentlichen Diskussion über Jugendkriminalität war ein Vorfall, der sich am 20.12.2007 in München ereignete. Ein Jugendlicher und ein Heranwachsender nicht-deutscher Herkunft überfielen in einer U-Bahn-Station einen älteren Mann, nachdem sie mit diesem schon im Waggon in verbalen Konflikt geraten waren. Das Geschehen wurde von einer Überwachungskamera gefilmt, die Aufnahmen wurden zu Ermittlungszwecken veröffentlicht. Am 23.12.2007 waren die Verdächtigen bereits gefasst. Für eine besonders hohe Resonanz in der Öffentlichkeit sorgte dabei wohl eine Kombination von Faktoren: Das Opfer war ein älterer Mann, der von hinten angegriffen und lebensgefährlich verletzt wurde, die Tat geschah kurz vor Weihnachten und an einem Ort, der vielen Menschen vertraut ist. Zentral war auch die Verfügbarkeit von Bildern, welche das Geschehen eindrücklich vergegenwärtigen konnten.

Am 28.12.2007 erschien in der BILD-Zeitung das erste Interview mit Roland Koch zum Thema (Schlagzeile: „Wer in Deutschland lebt, hat die Faust unten zu lassen“). Es rief hohe Resonanz hervor. Kochs Aussagen darin – für „Null Toleranz“ und gegen „Verständnispädagogik“ – und in einem von ihm selbst verfassten Artikel mit seinen Thesen zu Recht, Ordnung und Tugend (Schlagzeile: „Lieber drei Tage Gefängnis als lebenslänglich kriminell!“ , BILD 3.1.2008), waren für einen großen Teil der Debatte prägend, haben die Diskussion in dieser intensiven Form angestoßen und thematisch weitgehend strukturiert<sup>9</sup>. Roland Koch geriet nach einer kurzen Phase jedenfalls massenmedialer Zustimmung in die Defensive und konnte schließlich die Entwicklung der Diskussion nicht mehr zum für ihn Positiven beeinflussen. Interessanterweise betont auch eine von

---

8 *Heinz*, Stellungnahme zur aktuellen Diskussion um eine Verschärfung des Jugendstrafrechts, <http://www.dvjj.de/artikel.php?artikel=989> (12.08.2012).

9 Auch Hajo Funke bezieht sich bei seiner Beschreibung des Ablaufs der Diskussion und des Wahlkampfes auf „Roland Kochs Kampagne“. Siehe *Funke*, Vom Landesvater zum Polarisierer. Eine Nachlese der Landtagswahlergebnisse in Hessen 2008, in *Brumlik* (Hrsg.), Ab nach Sibirien? Wie gefährlich ist unsere Jugend? (2008).

der CDU-nahen Konrad-Adenauer-Stiftung veröffentlichte Analyse die zentrale Rolle Kochs und nennt ähnliche Gründe für das Scheitern der CDU: „Der nach Weihnachten mit einem Interview des Ministerpräsidenten Koch in der Bildzeitung entbrannte Wahlkampf hat das politische Meinungsklima innerhalb kurzer Zeit stark verändert. Das Thema Jugendgewalt stieß auf große Resonanz, die politischen Lösungsansätze überzeugten weniger. [...] Einbußen in der Wahrnehmung der Problemlösungskompetenzen und ein Glaubwürdigkeitsdefizit führten am Ende zu den starken Verlusten der CDU“<sup>10</sup>.

### 3 Symbolische Politik im Kriminalitätsdiskurs

Auch wenn die Debatte sich aus den eben beschriebenen Gründen nicht an der Wahlurne auszahlte, so war jedenfalls das Agendasetting erfolgreich. Was unter dem Label Jugendkriminalität verhandelt wurde, verdrängte weitestgehend andere mögliche Wahlkampfthemen. Die enorme Intensität und Dichte der Auseinandersetzung und die Menge an beteiligten Akteuren machen deutlich, wie stark das Thema Jugendgewalt medialen Aufmerksamkeitsregeln entspricht und wie entsprechend attraktiv es ist, Deutungshoheit darüber zu erlangen. Um diese zu gewinnen, wurde von politischen Akteuren bei der Begründung des Handlungsbedarfs wie auch bei den geforderten Maßnahmen zu Praktiken gegriffen, die sich als symbolische Politik begreifen lassen.

Symbolische Politik<sup>11</sup> ist inhaltlich nicht folgenlos. Weder ist sie reine Darstellungspolitik, die sich von Entscheidungspolitik systematisch trennen ließe, noch lässt sie sich als reines Surrogat begreifen<sup>12</sup>. Natürlich beinhaltet sie mitunter, dass man sich politisch an Stellvertreterthemen und -gruppen oder Scheinlösungen abarbeitet, darauf ist sie aber nicht beschränkt. Man muss berücksichtigen, dass jedes soziale Handeln immer (zumindest auch) symbolisch ist und entsprechend auch und gerade Politik mit Symbolen, Ritualen und Inszenierungen operiert, ja operieren muss, um die ihr zugeschriebenen Funktionen zu erfüllen oder mitunter eben auch gänzlich andere Zielsetzungen zu verfolgen. Bezogen auf punitive politische Rhetorik bemerkt zB auch Dollinger, „dass eine Trennung symbolischer Artikulationen und faktisch implementierter Praxen nicht sinnvoll ist, da auch Praxis stets symbolbezogen operiert [...]. Kriminalität ist in sich eine

10 Neu, Landtagswahlen in Hessen und Niedersachsen am 27. Januar 2008 – Wahlanalyse, [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_12893-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_12893-544-1-30.pdf) (12.8.2012).

11 Die Bestimmung des Begriffes symbolische Politik und die im Folgenden aufgeführten Elemente bauen va auf die Arbeiten von Deichmann, Edelman, Meyer, Sarcinelli und Voß auf. Zur Kritik am Begriff der symbolischen Politik siehe Reichertz, der sich dem Konzept figurativer Politik von Soeffner und Tänzler anschließt. *Deichmann*, Symbolische Politik und politische Symbolik (2007). *Edelman*, Politik als Ritual (1976). *Meyer*, Die Inszenierung des Scheins – Voraussetzungen und Folgen symbolischer Politik (1992). *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland (2005). *Voß*, Symbolische Politik im Wahlkampf – eine vergleichende Analyse der Bundestags-Wahlkämpfe 1998 und 2002 von CDU und SPD (2007). *Reichertz*, Mediatisierung. *Soeffner/Tänzler* (Hrsg), Figurative Politik. Zur Performanz der Macht in der modernen Gesellschaft (2002).

12 Dazu *Sarcinelli*, Kommunikation 137.

symbolisierte Kategorie, die nicht nicht-symbolisiert thematisiert und adressiert werden kann. Es existieren demnach nicht etwa ‚echte‘ gegenüber ‚nur symbolisierten‘ Kriminalitätswirklichkeiten, sondern differente symbolische ‚Welten‘<sup>13</sup>.

Die im Untersuchungsmaterial gesuchten Phänomene sind zwar teils auf andere Politikfelder übertragbar, im Wesentlichen aber auf die Auseinandersetzung mit Jugendkriminalität zugeschnitten. Hierbei sind zwei Dimensionen zu unterscheiden, die in der Realität regelmäßig ineinandergreifen, ja oft erst in Kombination ihre Wirkung entfalten (können), aber je eigene analytische Betrachtungswinkel eröffnen: symbolische Gesetzgebung und Symbolisierungen zur Erlangung von Deutungsmacht.

### 3.1 Symbolische Gesetzgebung

Mit welcher Intention Gesetzesänderungen gefordert werden, lässt sich nur schwer feststellen. Um also analysieren zu können, ob politische Akteur\_innen zB eine Strafraumenerhöhung aus Aktionismus heraus fordern, zur Selbstprofilierung oder um andere als die nach außen artikulierten Ziele zu verfolgen, ist es notwendig, eine Annäherung zu finden, die sich abseits der intentionalen Ebene am Geforderten (und dessen Begründung) selbst festmachen lässt. Dementsprechend können folgende Kriterien angelegt werden, um zu beurteilen, ob ein (gefordertes) Gesetz oder eine (geforderte) Gesetzesänderung als Akt symbolischer Gesetzgebung begriffen werden kann:

Dies trifft etwa auf Gesetzesänderungen zu, die gar nicht nötig sind, da das darin (neu) zu Regelnde bereits von bestehenden Gesetzen mitumfasst ist. Im Extremfall kann ein Gesetz sogar nicht verabschiedungsfähig sein, bspw weil es offensichtlich Grundrechte verletzt oder gar nicht in der Gesetzgebungskompetenz der angerufenen Instanz liegt. Weiter fallen darunter geforderte Gesetze, bei denen fundierter Zweifel besteht, ob diese überhaupt geeignet wären, den behaupteten Zweck erfüllen zu können. Das kann schon bei der Begründung ansetzen, etwa wenn der zugrunde gelegte Handlungsbedarf nicht real ist bzw falsch dargestellt wird. Es kann auch sein, dass der Gegenstand und der Anwendungsbereich des Gesetzes mit den Mitteln des Rechts (und nach rechtsstaatlichen Prinzipien, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot) kaum zu erfassen sind. Abschließend kann das Beispiel eines Gesetzes genannt werden, das nicht (nur) auf den in ihm festgeschriebenen Anwendungsbereich abzielt, sondern zumindest mittelbar oder latent (auch) auf etwas Anderes, andere Bereiche, Adressat\_innen oder Interessen. Eine geforderte Gesetzesänderung ist vielleicht sogar als diskriminierend aufzufassen, kriminalisiert übermäßig oder sogar gezielt bestimmte Bevölkerungsgruppen oder Lebensstile. Damit verbunden, aber auch in anderen Zusammenhängen, kann eine Gesetzesforderung auf rein moralischen oder ideologischen Vorstellungen basieren.

---

13 Dollinger, Punitivität 42.

### 3.2 Symbolisierungen zur Erlangung von Deutungsmacht

Symbolische Politik kann sich auf Ebenen und in Arten äußern, die nicht (unbedingt oder unmittelbar) in Form von Gesetzesforderungen oder -entwürfen auftreten. Die im Folgenden genannten Strategien sind allerdings oft wesentlicher Bestandteil – ob als ermöglichendes oder begleitendes Phänomen – der soeben dargestellten Merkmale symbolischer Gesetzgebung. Im Wesentlichen zielen diese Akte symbolischer Politik auf die Vergegenwärtigung einer bestimmten (Handlungs-)Situation und den Gewinn von Deutungsmacht über diese Situation ab. Zum guten Teil lassen sie sich als Strategien zur Aufmerksamkeits- und Unterstützungsgenerierung und Arten von Personalisierungen und Verantwortungskonstruktionen begreifen. Sie sind also eher über ihre Form und Rahmung als über ihren Inhalt zu fassen. Derartige Elemente symbolischer Politik können zB in folgenden Handlungen und Darstellungsmustern politischer Akteur\_innen vermutet werden:

Zunächst ist auf die Darstellung positiver Entwicklungen als Erfolge des eigenen Handelns einzugehen. Um zu verdeutlichen, dass die eigene Position und die eigenen Konzepte Positives auch für die Zukunft garantieren, werden zB Expert\_innen demonstrativ als angebliche Fürsprecher\_innen herangezogen. Die Verwendung von Visualisierungen und Inszenierungen und die Besetzung positiv konnotierter Begriffe und Werte verdeutlichen die eigene Sichtweise und stellen im Idealfall einen günstigen Kontext her. Der positiven Darstellung der eigenen Rolle steht die Suche nach Verantwortlichen für (drohende) negative Entwicklungen (und bedrohte Werte) gegenüber. Dies bezieht sich sowohl auf die Markierung von unerwünschten Gruppen und Verhaltensweisen als auch die von unzureichend arbeitenden Politiker\_innen oder sonstigen Zuständigen. Das kann so weit gehen, dass Druck ausgeübt wird oder sogar Feindbilder bedient werden. Auch unabhängig davon wird die Diskriminierung einer bestimmten Gruppe manchmal in Kauf genommen, um Zustimmung bei einer anderen (Wähler\_innen-)Gruppe hervorzurufen. Bisweilen ganz direkt wird die Bevölkerung in Aussagen eingebunden, um den Eindruck eines Mitspracherechts der Öffentlichkeit zu erwecken bzw darzustellen, dass man deren Bedürfnisse, Rechte oder Ängste artikuliert. Ein teils damit zusammenhängendes Element gerade von Sicherheitsdiskursen sind zB Symbolisierungen, die sich auf (öffentliche) Räume beziehen, die den Adressat\_innen bekannt sind und die sie ggf mit Unsicherheitsgefühlen verbinden.

## 4 Elemente symbolischer Politik

Mithilfe der eben beschriebenen Kriterien wird nun betrachtet, inwieweit Darstellungen und Forderungen aus den Wahlkampfwochen (20.12.2007 bis 27.1.2008) als symbolische Politik zu verstehen sind, und wie und an welche Vorstellungen und Bedürfnisse sie anschließen (sollen).

Die von Unionspolitiker\_innen in der Debatte zentral aufgestellten Forderungen nach Straferhöhungen, „Warnschussarrest“, „Erziehungscamps“ und Ähnlichem waren aus früheren Diskussionen zum Thema bekannt, waren aber ua in den Koalitionsverhandlungen zwischen CDU/CSU und SPD im Jahr 2005 verworfen worden. Selbst der von der Bundesregierung herausgegebene Zweite Periodische Sicherheitsbericht erklärte ausdrücklich, dass kein Änderungsbedarf beim rechtlichen Instrumentarium in Hinblick auf die Jugendkriminalität bestehe<sup>14</sup>. Dieser Bericht gab im Wesentlichen kriminologische Erkenntnisse wieder, die sowohl den Handlungsbedarf, nämlich eine drastische Verschärfung der Problematik Jugendgewalt, als auch die Eignung und Begründung der vorgeschlagenen Mittel, also die abschreckende Wirkung von Strafmaßerhöhungen und eine heilsame Wirkung von freiheitsentziehenden Maßnahmen, nicht bestätigen und ihnen teilweise klar widersprechen<sup>15</sup>. Dass dennoch härtere Strafen gefordert wurden, deutet auf eine ideologische Komponente und/oder ein Hoffen auf Zuspruch in der Bevölkerung hin.

In der Wiesbadener Erklärung der CDU<sup>16</sup> wurde auch die Erleichterung der Ausweisung „ausländischer“ Straftäter\_innen angestrebt. In diesem Thesenpapier wurde also, wohl gemerkt in einem Themenblock, der mit „Jugendkriminalität: Vorbeugen – Hinsehen – Eingreifen“ überschrieben ist, eine Forderung aufgestellt, die über den Adressatenkreis „Jugendliche“ hinausgeht: Die geforderte Gesetzesänderung zur Erleichterung der Ausweisung schließt auch Erwachsene mit ein. An dieser Stelle wurde Jugendkriminalität also zum Träger eines Anspruchs, der nicht speziell auf „ausländische“ Jugendliche, sondern auf Nicht-Deutsche insgesamt abzielte. Dies deckt sich mit der Beobachtung, dass das Thema Jugendkriminalität Vehikel für eine Diskussion über „Ausländerkriminalität“ war. Bereits mit dem ersten BILD-Interview mit Roland Koch wurde dieser Rahmen gesetzt. Er sprach von Gruppen, „die bewusst als ethnische Minderheiten Gewalt ausüben“. In seinem späteren BILD-Beitrag verweist Koch auf „Schlachten in der Wohnküche“ und „ungewohnte Vorstellungen zur Müllentsorgung“. Neben solchen diskriminierenden Darstellungen ist von „unserer Hausordnung“ und „unsere[n] Sitten und Gebräuche[n]“ die Rede, die dem gegenübergestellt werden.

Ebenfalls in der BILD-Zeitung formulierte Peter Gauweiler (CSU) kurz darauf einen Angriff in kriegerischer Rhetorik: „Deutschland wird in der Münchner U-Bahn verteidigt, am Bahnhof Zoo in Berlin und in der Frankfurter Innenstadt“ (BILD 7.1.2008). Und: „Es wird zu wenig abgeschoben und zu viel undifferenziert hereingelassen. Jeder weiß das“. Dass er von einer Verteidigung Deutschlands redet, konstruiert das Bild eines von außen kommenden Feindes. Sein Hinweis, dass dies jeder wisse, unterstellt

---

14 BMI/BMJ (Hrsg), Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (2006) 407.

15 Stellvertretend *Heinz*, Stellungnahme und *Ostendorf*, Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität, in *Dollinger/Schmidt-Semisch* (Hrsg), Handbuch Jugendkriminalität (2010).

16 CDU, Deutschland stärken. Politik der Mitte fortsetzen. Wiesbadener Erklärung der CDU Deutschlands vom 5. Januar 2008, <http://www.cdu.de/doc/pdf/080105-wiesbadender-erklaerung.pdf> (12.8.2012).

nicht nur eine breite Zustimmung gegenüber dieser Äußerung, sondern auch deren Richtigkeit. Dieses Miteinbeziehen angeblicher oder tatsächlicher Anhänger\_innen der eigenen Ansichten in der Bevölkerung oder bei maßgeblichen Berufsgruppen findet sich im untersuchten Zeitraum häufiger.

Die Konzentration auf „Ausländer“ als auffällige Tätergruppe ist eine politisch praktische, denn sie erlaubt es, ein Problem als von außen kommend darzustellen. Der zweite „Vorteil“ von „Ausländerkriminalität“ ist, dass sie eine so simple wie populäre Lösung nahe legt – die Ausweisung. Roland Koch führte als Argument für eine Absenkung der Hürden für eine Ausweisung sogar an: „Damit wäre für den Jugendlichen nicht mehr sicher, ob er nicht abgeschoben wird“ (BAMS 13.1.2008). Dies kann man als Forderung nach einer rechtlichen Situation verstehen, die Unsicherheit über die Folgen einer Straftat herstellen soll. Damit würde man bei einer besonderen Dimension symbolischen Rechts landen, die in einem Rechtsstaat entsprechend den Prinzipien der Rechtssicherheit eigentlich ausgeschlossen ist: Gesetze (sollen) wirken, nicht obwohl, sondern gerade weil sie Unklarheit über die Folgen einer rechtswidrigen Handlung herstellen. Demgegenüber wurden gerade im Bereich der Jugendkriminalität mehrmals auch Richter\_innen für ihre angeblich zu weiche Gangart kritisiert. So im Untersuchungszeitraum zB Peter Ramsauer (CSU): „Meine Erfahrung ist, dass entrückte Richter vom Rechtsempfinden der Bevölkerung oft Lichtjahre entfernt sind“ (FAZ 8.1.2008).

Eine oft anzutreffende Forderung war die nach Erziehungscamps. Dabei schien aber kaum jemand zu wissen (oder gar erklären zu wollen), was diese sein und leisten sollten und was sie von existierenden Formen (geschlossener) Unterbringung unterscheidet. Anscheinend bewusst wurde dies offen gelassen, um eine Assoziation mit amerikanischen „Boot Camps“ oder anderen „Lagern“ frei wirken zu lassen<sup>17</sup>. In den Erziehungscamps zeigt sich ein sehr direkter Anschluss an (vermeintliche) punitive Bedürfnisse bzw. „Straf lust“ und Kontrollwünsche in der Öffentlichkeit. In dieser Hinsicht sind im Untersuchungszeitraum auch noch die Forderung nach einer Verankerung des Fahrverbots als eigenständiges Sanktionsmittel (anwendbar bei allen Arten von Straftaten, nicht nur straßenverkehrsbezogenen) und nach anderen „uncoolen Strafen“ (Günther Öttinger, CDU, zitiert nach FAZ 9.1.2008), zB der Wegnahme von Konsumartikeln wie Handys und Mofas, zu nennen.

## 5 (Indirekte) Effekte symbolischer Politik?

Bei der Betrachtung (symbolischer) politischer Forderungen kann nicht unmittelbar geklärt werden, welche Folgen diese nach sich ziehen, und welche Auswirkungen sie auf die Einstellungen der Empfänger\_innen oder die Praxis der Rechtsprechung haben – es

---

17 *Brumlik*, Die ‚Ausschaffung‘ – Einführung in die wissenschaftliche Kritik einer populistischen Kampagne, in Ders (Hrsg), Ab nach Sibirien? Wie gefährlich ist unsere Jugend? (2008) 9 ff.

kann aber sehr wohl in Grundzügen das Bild rekonstruiert werden, das sich Innenpolitiker\_innen von der Öffentlichkeit machen, indem man betrachtet, wie und womit sie diese erreichen wollen und von welchen Darstellungsmustern sie sich positive Resonanz versprechen. Doch welche Effekte nun eine solche Debatte über Jugendkriminalität hat, lässt sich schwer beantworten. Auch ohne ähnlich heftige öffentliche Auseinandersetzungen<sup>18</sup> wurden im Bereich des Jugendstrafrechts von 2008 bis 2012 (Stand: 20.10.2012) einige Modifikationen vorgenommen. Mit Inkrafttreten am 1.1.2008 (aber schon vor der hier beschriebenen Diskussion ausgearbeitet und verabschiedet) wurde das Jugendgerichtsgesetz ua dahingehend geändert, dass der in der Praxis zuvor schon anerkannte Erziehungsgedanke festgeschrieben wurde. Mitte 2008 wurde die Möglichkeit der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung auch bei nach Jugendstrafrecht Verurteilten eingeführt<sup>19</sup>. Außerdem wurden mehrere Landesjugendstrafvollzugsgesetze, die ebenfalls teils „Strafverschärfungen durch die Hintertür“ beinhalten, sowie andere „strafverschärfungsgeneigte Rechtsänderungen“ eingeführt. Zudem ist zu beachten, dass auch Änderungen im allgemeinen Strafrecht Jugendliche und Erwachsene betreffen<sup>20</sup>. Im Jahr 2009 wurden im Koalitionsvertrag der an der aktuellen Bundesregierung beteiligten Parteien die Anhebung der Höchststrafe für Heranwachsende und die Einführung des „Warnschussarrests“ für Jugendliche vereinbart, zwei Forderungen, die auch bei der oben beschriebenen Debatte und immer wieder in Thesenpapieren und Programmen prominent zu finden waren. Zumindest der Warnschussarrest fand sich sowohl im Wahlprogramm der CDU/CSU als auch dem der FDP. Insofern handelte es sich bei der kürzlich geschehenen Umsetzung der Änderungen um eine Verwirklichung von Wahlversprechen und Koalitionsvertrag. Was aber den Ausschlag gab, erst bzw ausgerechnet Anfang des Jahres 2012 („ohne konkreten fachlichen Anlass“<sup>21</sup>) diese Vereinbarung zu realisieren, kann mit den oben gezeichneten Erklärungsmustern nicht befriedigend erklärt werden. Strategisch gesehen hat sich die (konservative) Politik somit ohne Not einer Ressource beraubt, die ansonsten bei einer erwartbar in nicht ferner Zukunft wiederkehrenden Jugendgewalt-Moralpanik hätte abgerufen werden können. Fragen wirft also nicht in erster Linie die Durchführung dieser Maßnahmen trotz deren regelmäßig kritischer Beurteilung durch Praxis und Wissenschaft auf<sup>22</sup>, sondern warum diese gerade zu einem Zeitpunkt geschieht, in dem keine Stimmung besteht, in der sich

---

18 Gemeint sind hier einige Vorfälle von Gewalttaten durch Jugendliche in den letzten Jahren, die mit denen von Ende 2007/Anfang 2008 vergleichbar waren.

19 Dies stellt allerdings eine „freilich anhaltend auch in ihrer Verfassungsmäßigkeit und EMRK-Vereinbarkeit umstrittene“ Regelung dar, meint auch *Arthur Kreuzer*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. Mai 2012 zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/22\\_Erw\\_jugendger\\_Handlungsmgl\\_/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Kreuzer.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/22_Erw_jugendger_Handlungsmgl_/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Kreuzer.pdf) (20.10.2012).

20 *Ostendorf*, Strafverschärfungen 91-94.

21 *Mollik*, Jugendstrafrecht, Jugendhilferecht, Kriminologie. So gelingt Jugendhilfe im Strafverfahren (2012) 35.

22 Stellvertretend *Kreuzer*, Stellungnahme.

aus einer Verschärfung des Jugendsanktionsrechts positive Aufmerksamkeit oder gar politischer Gewinn ziehen lassen würde – im Gegenteil sind diese Änderungen augenscheinlich gezielt stillschweigend eingeführt worden (wenn man betrachtet, welche Präsenz das Thema zu anderen Zeiten erreichte). Als mögliche Erklärungen muss man also ins Auge fassen, dass tatsächlich ein Glaube an die Wirksamkeit der Reform besteht und/oder ideologische Gründe bzw. Motive allein ausreichend waren, um sie durchzuführen. Jedenfalls wurde kaum Widerstand, oder auch nur Interesse laut, was eine Bekräftigung der Feststellung Albert Scherrs darstellt: „Veränderungen im Bereich des Strafrechts, des Jugendstrafrechts und der justiziellen Praxis kommen [...] gegenwärtig weitgehend ohne legitimierende Kampagnen aus. Sie scheinen der öffentlichen Rechtfertigung kaum zu bedürfen und finden in der Öffentlichkeit eher geringe Beachtung“<sup>23</sup>.

Ist Jugendkriminalität nun eine Ressource symbolischer Politik? Wie die vorliegende Betrachtung zeigt, ist sie dies jedenfalls nicht, wenn man unter Ressource ein Potential versteht, das Akteur\_innen gezielt abrufen und planmäßig einsetzen können. Wenn die passenden Umstände gegeben sind, ist sie jedoch ein überaus geeigneter Treibstoff für eine Moral Panic, die in Wahlkampfzeiten andere Themen verdrängen kann. Das allein kann schon einen enormen Wert darstellen, insbesondere wenn man diesbezüglich Luhmanns Annahme für plausibel hält, dass das politische System, soweit es auf öffentlicher Meinung beruht, nicht über Entscheidungsregeln, sondern in erster Linie über Aufmerksamkeitsregeln integriert ist<sup>24</sup>. Die hier beschriebenen Ereignisse verdeutlichen aber, dass dies nicht automatisch einer bestimmten Partei zugute kommen muss, selbst wenn es sich um Themen handelt, die tendenziell deren Kompetenzbereich zugeschrieben werden.

Daniel Wagner M.A. (Soziologie/Politikwissenschaft) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster und Doktorand an der Universität Hamburg; danielwagner1981@gmail.com

---

23 Scherr, Sicherheit 30.

24 Luhmann, Öffentliche Meinung, in Ders, Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung (1971).

# Zur Evaluation der sicherheitstechnischen Eignung von Videoüberwachung

Regionale Defizite, internationale Standards, methodische Herausforderungen

Robert Rothmann

---

Der vorliegende Beitrag thematisiert die Begebenheit, dass die sicherheitstechnische Eignung von Videoüberwachung nicht ausreichend systematisch evaluiert wird. Dies sollte vor allem über die Geltendmachung des grundrechtlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit erfolgen, weshalb sich die Frage stellt, inwiefern es sich hierbei um ein symbolisches Rechtskonstrukt ohne wesentliche materielle Durchsetzungskraft handelt. In den nachfolgenden Zeilen werden aktuelle empirische Defizite aufgezeigt, internationale Standards für Evaluationen vorgestellt und methodische Herausforderungen in der Umsetzung quasi-experimenteller Studiendesigns im Feld besprochen. Abschließend wird das Übergehen eines empirischen Effektivitätsnachweises in seiner rechtswissenschaftlichen und sicherheitspolitischen Bedeutung diskutiert.

## 1. Rechtlicher Rahmen

Als situationsbezogene Sicherheitsmaßnahme verarbeitet Videoüberwachung in vielen Fällen personenbezogene Bilddaten, wodurch ein Eingriff in die bestehenden Grundrechte auf Privatsphäre (Art 8 Abs 1 EMRK) und Datenschutz (§ 1 Abs 1 DSGVO) vorliegt. Jeder grundrechtliche Eingriff bedarf einer expliziten rechtlichen Ermächtigung und ist darüber hinaus auch nur dann zulässig, wenn er dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entspricht und keine andere Lösung verfügbar ist, die ein gelinderes Mittel zur Zweckerfüllung darstellt.<sup>1</sup> Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird weiter in die Grundsätze der *Eignung*, *Erforderlichkeit* und *Notwendigkeit* (als der Verhältnismäßigkeit *ieS*) unterteilt. Gerade der Begriff der *Eignung* bietet einen Anknüpfungspunkt für empirische Analysen und die wissenschaftliche Überprüfung der tatsächlichen Wirkung der Technologie in den verschiedenen Settings.<sup>2</sup> Die Praxis zeigt aber, dass Tauglich-

---

1 ZB robuste Gestaltung gegen Vandalismus, elektronische Warensicherung oder ein temporärer Einsatz der Videoüberwachung; vgl *König*, Videoüberwachung und Datenschutz – Ein Kräftemessen, in *Jahnel/Sieewart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 109 (147).

2 Vgl *Heißl* (Hg), Handbuch Menschenrechte. Allgemeine Grundlagen – Grundrechte in Österreich – Entwicklungen – Rechtsschutz (2009), insb *Lehner*, Recht auf Datenschutz 211 ff; vgl *König*, Videoüberwachung. Fakten, Rechtslage und Ethik (2001) 77 ff.

keitsprüfungen weitgehend ausbleiben. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit kommt lediglich in Form einer *Abwägung überwiegender berechtigter Interessen* zur Anwendung und steht vor der Herausforderung interdisziplinärer Kooperation. So gibt es in Österreich, trotz kostenintensiver Installationen, der sukzessiven Ausweitung privater wie staatlicher Systeme, sowie der Lockerung verschiedener datenschutzrechtlicher Bestimmungen im Laufe der letzten Jahre,<sup>3</sup> nach wie vor keinen haltbaren empirischen Nachweis in Form einer offiziellen Evaluation der prognostizierten sicherheitserhöhenden Wirkung. Bedenkt man, dass das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Normhierarchie weit oben angesiedelt ist, stellt sich die Frage, was dieses Forschungsdefizit in der Prüfung der Eignung begünstigt.<sup>4</sup> Ist es das fehlende methodische Know-how der EntscheidungsträgerInnen, die breite Akzeptanz der Maßnahme in der Bevölkerung (welche wiederum durch fragwürdige Erfolgsmeldungen genährt wird),<sup>5</sup> oder handelt es sich im Fall der Verhältnismäßigkeit lediglich um ein symbolisches Rechtskonstrukt ohne materielle Durchsetzungskraft, das je nach politischer Zielsetzung strategisch instrumentalisiert wird?<sup>6</sup>

## 2. Empirische Defizite und Pseudoevaluationen

Wird die österreichische Literaturlandschaft durchsucht, lassen sich einige Studien finden, die im ersten Moment den Anschein erwecken, die Frage der sicherheitstechnischen Effektivität von Videoüberwachung adäquat zu beantworten. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese aufgrund verschiedener methodischer Unzulänglichkeiten eher als *Pseudoevaluationen* zu bezeichnen sind.<sup>7</sup> Es scheint notwendig klarzustellen, dass nicht jede Studie, die sich mit dem Begriff der Evaluation schmückt, auch den methodischen Kriterien einer solchen genügt. Meinungsumfragen geben lediglich Auskunft über die subjektive Einstellung der RespondentInnen, sowie auch einmalige

---

3 Siehe bspw die Zugriffsberechtigung der Exekutive auf privates Videomaterial gem § 53 Abs 3 SPG, die Ausdehnung der Speicherdauer im Zuge der DSGVO-Novelle 2010 (von 48 auf 72 und in Ausnahmefällen bis zu 120 Stunden), die Ausnahme der Echtzeitüberwachung von der Meldepflicht gem § 50a Abs 4 Z 3 DSGVO oder auch die Einführung der Standardanwendung „SA032“, die nunmehr kein Melde- und Registrierungsverfahren für Banken, Juweliere, Antiquitäten- und Kunsthandel, Gold- und Silberschmiede, Trafiken, Tankstellen sowie bebaute Privatgrundstücke vorsieht.

4 Vgl Newig, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, in Cottier/Estermann/Wrase (Hg): *Wie wirkt Recht? Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen (2008/2010)* 301.

5 Vgl Rothmann, Videoüberwachung als Instrument der Kriminalprävention. Eine quantitative Analyse von Akzeptanz und Sicherheitsgefühl auf ausgesuchten Wiener Kriminalitätsbrennpunkten. Unveröffentlichte Masterarbeit (2009).

6 Vgl Newig, *Symbolische Gesetzgebung (2008/2010)*.

7 Vgl Stuffbeam, *Evaluation Models. New Directions for Evaluations (2001)*. Für die nachfolgende Diskussion sind alle österreichischen Studien ausgewählt, die sich in ihrer empirischen Ausrichtung zumindest in Teilen der Analyse der Effektivität und Wirkung von Videoüberwachung widmen oder dies zumindest von sich behaupten. Empirische Studien mit anderer Fragestellung, sowie juristische Abhandlungen, werden hier aus Platzgründen nicht berücksichtigt.

Querschnitterhebungen nicht dazu geeignet sind, kausale Zusammenhänge nachzuweisen. Es sieht zudem so aus, als würden sich viele Untersuchungen nicht um eine realistische Einschätzung und Analyse bemühen, sondern lediglich die gewünschten Argumente für die politische Legitimation der Überwachung liefern.<sup>8</sup>

Im Zuge von Recherchen stößt man bspw auf die telefonische Umfrage des Markt- und Meinungsforschungsinstituts *Makam* aus dem Jahr 2005. Aus dem zugehörigen Tabellenband lässt sich entnehmen, dass rund 57% der RespondentInnen der Aussage „Ich fühle mich durch die Videoüberwachung allgemein sicherer“ zustimmen.<sup>9</sup> In der Medienberichterstattung wird daraus die Formulierung: „Mehr als die Hälfte der Wiener fühlt sich seit der Einführung von Videoüberwachungssystemen an öffentlichen Plätzen sicherer.“<sup>10</sup> Auf diese Weise wird aus der telefonisch erhobenen Meinung ein Beleg für den positiven Zusammenhang zwischen der Verbesserung des subjektiven Sicherheitsgefühls und der Videoüberwachung auf öffentlichen Plätzen in Wien konstruiert. Derartige Annahmen sind jedoch methodisch nicht zulässig, da weder auf den besagten öffentlichen Plätzen erhoben wurde, noch in der Frage darauf verwiesen wird. Darüber hinaus handelt es sich lediglich um eine Meinungsumfrage ohne Berechnung einer Korrelation.

Ganz ähnlich verhält es sich auch mit der Befragung von *Trawniczek* auf den Bahnhöfen der Stadt Linz und Salzburg.<sup>11</sup> So wird auf Basis einer keinesfalls repräsentativen Erhebung eine positive Auswirkung von Videoüberwachung auf das Sicherheitsgefühl der Befragten postuliert. Der empirische Nachweis eines derartigen Zusammenhangs wird aber schlichtweg nicht erbracht.

Anderes Datenmaterial lässt sich in der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage aus dem Frühjahr 2008 finden.<sup>12</sup> Die darin veröffentlichten Prozentangaben über den Rückgang der Kriminalität durch polizeiliche Videoüberwachung zeigen zB für den Wiener Schwedenplatz rund 2 Jahre nach der Installation der Videoüberwachung einen Rückgang von 91,7% der Gesamtkriminalität. In der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage wird dazu näher erklärt: „Der starke Rückgang im Jahr 2007 gegenüber dem Vergleichsjahr 2006 ist auf eine detailliertere Datenerfassungs-Abfrage und Auswertungsmethodik zurückzuführen. Damit kann nunmehr der videoüberwachte Bereich präziser ausgewertet werden.“ Die veröffentlichten Prozentwerte lassen demnach keinen Rückschluss auf das Kriminalitätsaufkommen und die Wirkung der Videoüber-

---

8 *Hempel*, Zur Evaluation von Videoüberwachung. Methoden, Standards und Beispiele aus der Bewertungspraxis, in *Zurawski*, Surveillance Studies. Perspektiven eines Forschungsfeldes (2007) 117 (148).

9 *Makam Market Research*, Videoüberwachung. Exklusiv für die Presse. Ergebnisse einer repräsentativen Konsumentenbefragung (2005). Stichprobe n = 1000, repräsentativ für Wien.

10 *ORF online*, Sicherheitsgefühl durch Videoüberwachung (Beitrag vom 9.11.2005), <http://wiev1.orf.at/stories/69311> (1.11.2012).

11 *Trawniczek*, Videoüberwachung im öffentlichen Raum. Der Einfluss der Videoüberwachung auf die Sicherheit am Beispiel der Hauptbahnhöfe Linz und Salzburg, unveröffentlichte Masterarbeit (2010). Stichprobe (n = 100) 50 Personen je Bahnhof.

12 Vgl Parlamentarische Anfrage: 3124/AB 23. GP – Anfragebeantwortung vom 7.3.2008.

wachung zu, sie spiegeln vielmehr die vorgenommene Veränderung der Messmethode wider. Darüber hinaus stellt sich die Frage, weshalb nicht bereits im Vorfeld und begleitend, sondern erst zwei Jahre nach der Installation des Videoüberwachungssystems mit einer „detaillierten Datenerfassung und Auswertung“ begonnen wurde.

Ein Versuch, die methodische Schiefe in der Testung der sicherheitstechnischen Effektivität von Videoüberwachung auszugleichen, wurde im Jahr 2008 auch von mir unternommen.<sup>13</sup> Dabei erfolgte eine Überprüfung des statistischen Zusammenhangs zwischen subjektivem Sicherheitsgefühl (*fear of crime*) der PassantInnen auf den Örtlichkeiten Schwedenplatz und Karlsplatz und deren Wahrnehmung von der örtlichen Videoüberwachung. Diverse Korrelationskoeffizienten (wie zB *Cramers V* und *Spearman's Rho*) zeigen diesbezüglich jedoch keine (signifikanten) Werte. Ungeachtet des ausbleibenden Zusammenhangs kann aber auch auf Basis dieses Studiendesigns keine Schlußfolgerung über die kausale Wirkungsbeziehung zwischen den getesteten Variablen gezogen werden. Eine Korrelation zwischen zwei Variablen ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für kausale Abhängigkeit, da ein statistisch (signifikanter) Zusammenhang zwischen zwei Variablen (x und y) auf verschiedene Arten wirken kann. So ist es grundsätzlich möglich, dass entweder x die Variable y beeinflusst, oder y auf x wirkt, sowie x und y sich auch wechselseitig beeinflussen oder von einer dritten weiteren Variable beeinflusst werden können.<sup>14</sup>

Einen anderen interessanten Beitrag zur Frage der kriminalpräventiven Effektivität von Videoüberwachung liefert die „Bankraub-Studie“ des Kuratoriums für Verkehrssicherheit. Die Studie setzt sich mit der subjektiven Sicht der TäterInnen auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass Überwachungskameras von einer überwältigenden Mehrheit der befragten BankräuberInnen (94%) nicht als abschreckende Maßnahme angesehen wird. Dies wird vor allem auf die Maskierung und den impulsiven Tathergang zurückgeführt.<sup>15</sup> Doch auch diese Studie ist methodisch gesehen kein adäquater Ersatz für eine Evaluation, sondern nur die Befragung einer speziellen Population, die zudem in der Stichprobe nur jene TäterInnen berücksichtigt, die auch inhaftiert wurden.<sup>16</sup>

Weitere Ansätze zur Analyse der Effektivität von Videoüberwachung lassen sich in Bescheiden der Datenschutzkommission finden. Als zuständige Behörde für privatrechtliche Videoüberwachung erteilt diese Auflagen zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit und *Eignung*. Die Auflagen für die Einführung von Videoüberwachung in den Stationen der Wiener Linien lauten bspw wie folgt:

In [einem bestimmten] Zeitraum sind für alle U-Bahn-Stationen, in welchen Videoüberwachung stattfindet, Aufzeichnungen zu führen über

13 Rothmann, Sicherheitsgefühl durch Videoüberwachung? Argumentative Paradoxien und empirische Widersprüche in der Verbreitung einer sicherheitspolitischen Maßnahme. *Neue Kriminalpolitik* 2010, 103 (107). Stichprobe n = 318.

14 Vgl Bortz, *Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler* (2005) 235ff.

15 Zetinig, Videoüberwachung aus der Sicht der Täter: Auszüge aus Interviews mit Bankräubern, in *Seböck/Huber* (Hg), 8. Sicherheitskonferenz Krems. Sicherheitsforschung – eine Notwendigkeit für Prävention (2010) 83ff.

16 Stichprobe n = 41. Die Stichprobe umfasst 40% aller zum Zeitpunkt der Interviews inhaftierten BankräuberInnen.

- a) Anzahl, Art (einschließlich ungefährer Schadenssumme), Datum und Tageszeit, der Ereignung der Vorfälle, die [...] zur Kenntnis gelangt sind und eine Auswertung der Video-Aufzeichnungen notwendig gemacht haben;
- b) Anzahl der [...] zur Anzeige gebrachten Vorfälle und Anzahl jener Fälle, in welchen der Verursacher ausgeforscht wurde.

Für diesen Zeitraum sind für eine Anzahl von U-Bahn-Stationen, die gegenüber den [videoüberwachten] U-Bahn-Stationen hinsichtlich Art und Größe vergleichbar sind und in welchen **keine** Videoüberwachung stattfindet, Aufzeichnungen über jene Art von Vorfällen vorzunehmen, die bei vorhandener Videoüberwachung zur Auswertung der Video-Aufzeichnungen führen würde.<sup>17</sup>

Die Videoüberwachung der Wiener Linien durfte zu Beginn lediglich in Form eines zeitlich befristeten Probetriebs durchgeführt werden. Aufgrund des mittlerweile (auf Basis der genannten Auflagen) vorgelegten statistischen Zahlenmaterials ist die Datenschutzkommission jedoch zur Auffassung gelangt, dass der Einsatz von Videoüberwachung einen positiven Einfluß auf die Schadensverhütung im Bereich der U-Bahn-Garnituren besitzt. Damit wurde eine zeitlich unbegrenzte Registrierung der Videoüberwachung in den Fahrzeugen der Wiener Linien gerechtfertigt.<sup>18</sup> Paradoxerweise werden aber weder die Berechnungen noch die Ergebnisse, mit Rücksicht auf die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Wiener Linien (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse), wiedergegeben bzw. veröffentlicht.<sup>19</sup> Soweit ersichtlich, handelt es sich bei den Analysen auf Basis dieser Auflagen um die elaboriertesten Versuche zur Prüfung der sicherheitstechnischen Eignung von Videoüberwachung in Österreich. Dennoch genügt das methodische Vorgehen, vor allem aufgrund einer fehlenden Vorher-Nachher-Messung, nicht den internationalen Standards wissenschaftlicher Evaluationen zum Nachweis kausaler Wirkungszusammenhänge.<sup>20</sup> Zudem werden die angeführten Auflagen zur Überprüfung der Eignung aus Zeit- und Kostengründen nur vereinzelt im Fall großer BetreiberInnen durchgeführt.

### 3. Internationale Standards und quasi-experimentelles Studiendesign

Eine Evaluation ist grundsätzlich definiert als systematische Untersuchung des Nutzens oder Werts eines Gegenstandes oder einer Maßnahme. Die lateinische Herkunft des Begriffs zeigt die Zusammensetzung aus dem Wort „valor“ (Wert) und der Vorsilbe „e“ bzw. „ex“ (aus), was inhaltlich auf einen bewertenden Prozeß und die Auswertung von Ergebnissen deutet.<sup>21</sup> Generell erheben Evaluationen den Anspruch, den intendierten

---

17 Vgl DSK-Bescheid: K507.515-023/0002-DVR/2007.

18 Vgl DSK, Datenschutzbericht 2010–2011 (2012).

19 Vgl DSK-Bescheid: K507.515-021/0003-DVR/2008.

20 Vgl *Shadish/Cook/Campbell*, Experimental and quasi-experimental Designs for generalized Causal Inference (2002); vgl *Sherman/Gottfredson/MacKenzie/Eck/Reuter/Bushway*, Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising (1998).

21 *Stockmann*, Handbuch der Evaluation. Eine praktische Handlungsanleitung (2007).

Zweck einer Maßnahme in Form eines kausalen Zusammenhangs zwischen Ursache und Wirkung von potentiell alternativen Erklärungen zu isolieren, um dadurch die Präzision der Messung zu erhöhen.<sup>22</sup> Um eine derartige Messung, Überprüfung bzw. Bewertung einer Maßnahme durchführen zu können, ist es notwendig, das Ziel der Maßnahme als Bewertungsgrundlage eindeutig zu operationalisieren. Auf AnwenderInnen- und BetreiberInnenseite kursieren jedoch oft diffuse Vorstellungen darüber, was Videoüberwachung leisten soll und wie diese wirkt. Der Wortlaut Videoüberwachung legt nahe, dass darunter jegliche Bildverarbeitung bezogen auf ein Objekt bzw. eine Person zu verstehen ist, ganz unabhängig vom damit verbundenen Zweck, weshalb auch von Seiten der DSK angeregt wird, den Videoüberwachungsbegriff zu spezifizieren.<sup>23</sup> Wirft man einen Blick auf die relevanten Gesetzestexte, so findet sich im DSG unter § 50a Abs 2 als Definition des rechtmäßigen Zwecks einer Videoüberwachung der Schutz des überwachten Objekts, der überwachten Person und/oder die Erfüllung rechtlicher Sorgfaltspflichten. Für polizeiliche Videoüberwachung wird gem § 54 Abs 6 SPG als Ziel und Zweck die Abwehr und Aufklärung gefährlicher Angriffe gem § 16 Abs 2, an öffentlichen Orten gem § 27 Abs 2 genannt. Von kriminalsoziologischer Seite werden der Maßnahme Videoüberwachung wiederum (a) die Reduktion von Straftaten durch Abschreckung potentieller StraftäterInnen (präventiver Effekt), (b) die verbesserte Aufklärung durch gespeichertes Bildmaterial (repressiver Effekt), sowie (c) die Steigerung des subjektiven Sicherheitsgefühls (bzw die Senkung der Kriminalitätsfurcht – *fear of crime*) zugeschrieben.<sup>24</sup>

Für die weitere Umsetzung einer Evaluation gilt es, das offizielle Effektkriterium auf Basis der rechtswissenschaftlichen und kriminalsoziologischen Definitionen zu operationalisieren, und den interessierenden Kausalzusammenhang zwischen Maßnahme und Effekt so gut wie möglich freizustellen, also von potentiellen Störfaktoren zu isolieren. Der Kausalzusammenhang wird im Weiteren überprüft, indem eine der Untersuchungseinheiten einem Einfluß (der Maßnahme) ausgesetzt wird (Experimental-Setting), die andere Untersuchungseinheit jedoch nicht (Vergleichs-Setting). Im Verlauf der Evaluation sollte die Situation bzw das Effekt-Kriterium in beiden Settings auf dieselbe Weise mit denselben Instrumenten vor und nach der Intervention gemessen werden (Vorher-Nachher-Messung). Ein derartiges Studiendesign ermöglicht die Kontrastierung bzw die kontrafaktische Gegenüberstellung der Situationen entsprechend der Frage, was passiert wäre, wenn man nicht interveniert hätte.<sup>25</sup> Die Annahme eines Ursache-Wirkungs-

---

22 Meyer, Evaluationsdesigns, in Stockmann, Handbuch zur Evaluation (2007) 143.

23 Vgl DSK, Datenschutzbericht 2010–2011 (2012).

24 Vgl Müller, Zur Kriminologie der Videoüberwachung. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. (2002) 34ff; vgl Bornewasser/Schulz, Systematische Videoüberwachung am Beispiel einer Maßnahme in Brandenburg, in Bücking, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Räume (2007) 75 (117). In ihrer Wirkung lassen sich die Effekte jedoch nicht gänzlich voneinander trennen. So kann die Speicherung des Bildmaterials bspw den präventiven Effekt verstärken und somit wiederum Auswirkung auf die Kriminalitätsfurcht der PassantInnen haben.

25 Vgl Shadish/Cook/Campbell, Experimental and quasi-experimental Designs (2002); was hier skizziert wird, ist die

zusammenhangs gilt als nicht bewiesen, solange sich die Ergebnisse von Experimental- und Vergleichs-Setting nicht signifikant unterscheiden, der Unterschied also statistisch gesehen auch zufällig zustande gekommen sein könnte. In diesem Sinne verlangen Evaluationen die Einhaltung besonderer Standards, Vorgehensweisen und Praktiken.<sup>26</sup> Neben der Klärung der Evaluationszwecke sowie der eindeutigen Operationalisierung der Indikatoren für die Wirkungsfeststellung sei hier zudem (exemplarisch) auf die unparteiische Durchführung (interne vs externe Evaluation), und, wie oben bereits erwähnt, die Vollständigkeit der Berichterstattung und Offenlegung der Ergebnisse hingewiesen.<sup>27</sup> Bisherige Evaluationen im Feld der Videoüberwachung orientieren sich ua am methodischen Ansatz der *realistischen Evaluation* nach Pawson und Tilley,<sup>28</sup> sowie der *Maryland Scientific Methods Scale*.<sup>29</sup> Der *realistischen Evaluation* liegt das CMO-Modell zugrunde, wobei die Abkürzung CMO für die Gleichung *Context + Mechanism = Outcome* steht und der Frage nachgeht: „... what works, for whom and in what circumstances.“<sup>30</sup> Unter *Context* wird das spezifische sozial-räumliche Umfeld der Implementierung verstanden. Unter *Mechanism* ist die Wirkungsweise zu verstehen, durch die das Videoüberwachungssystem das erhoffte Ziel erreichen soll.<sup>31</sup> Mit *Outcome* ist schließlich der tatsächlich gemessene positive bzw negative Effekt gemeint.

Die *Maryland Scientific Methods Scale* ist wiederum als Richtlinie zur Bewertung der methodischen Qualität einer Evaluation zu verstehen. Die Skala baut maßgeblich auf den Überlegungen von Cook und Campbell<sup>32</sup> auf und ordnet Evaluationen hierarchisch von eins bis fünf anhand von Kriterien zur Beurteilung der internen Validität. Sie ist nicht nur von methodischem Interesse, sondern erleichtert auch die Kommunikation der wissenschaftlich-empirischen Vorgehensweise gegenüber StakeholderInnen und der Öffentlichkeit. Die Stufen der Klassifizierung lauten wie folgt:<sup>33</sup>

**Level 1:** Correlation between a crime prevention program and a measure of crime or crime risk factors at a single point in time.

**Level 2:** Temporal sequence between the program and the crime or risk outcome clearly observed, or the presence of a comparison group without demonstrated comparability to the treatment group.

---

methodische Reinform. Im Fall einer praktischen Umsetzung wären mehrere weitgehend sozial und funktional identische Experimental- und Vergleichsörtlichkeiten anzustreben.

26 Vgl Meyer, *Evaluationsdesigns* (2007).

27 Vgl *DeGEval – Gesellschaft für Evaluation*, *Standards für Evaluation* (2008) 10 (13).

28 Pawson/Tilley, *Re-Evaluation: Rethinking Research on Corrections and Crime*. *Yearbook of Correctional Evaluation* (1992) 1 (31). Pawson/Tilley, *Realistic Evaluation* (1997).

29 Sherman/Gottfredson/MacKenzie/Eck/Reuter/Bushway, *Preventing Crime* (1998).

30 Pawson/Tilley, *Realistic Evaluation* (1997). Gill/Turbin, *Evaluating „Realistic Evaluation“: Evidence from a Study of CCTV*, in Painter/Tilley (Hg), *Surveillance of Public Space: CCTV, Street Lighting and Crime Prevention*. *Crime Prevention Studies*, Volume 10. (1999) 179 (199) 180ff.

31 ZB durch Echtzeitbeobachtung, mittels Software zur Detektion verdächtiger Verhaltensweisen, durch Speicherung der Bilddaten zur nachträglichen Aufklärung und Strafverfolgung, durch auffällige Ankündigung und Abschreckung etc.

32 Cook/Campbell, *Quasi-Experimentation: Design and Analysis for Field Settings* (1979).

33 Sherman/Gottfredson/MacKenzie/Eck/Reuter/Bushway, *Preventing Crime* (1998) 4.

**Level 3:** A comparison between two or more comparable units of analysis, one with and one without the program.

**Level 4:** Comparison between multiple units with and without the program, controlling for other factors, or using comparison units that evidence only minor differences.

**Level 5:** Random assignment and analysis of comparable units to program and comparison groups.

Wie die Skala zeigt, wird dem Studiendesign in Form eines Experimentes die höchste methodische Qualität zugesprochen. Im Gegensatz zu Studien mit Laborbedingungen dominieren bei Feld-Evaluationen (wie im Fall von Videoüberwachung) quasi-experimentelle Versuchsanordnungen, in denen die Auswahl bzw Zuweisung der Messeinheiten (zB die befragten PassantInnen, oder die gemessenen Deliktfallzahlen auf den analysierten Örtlichkeiten) ohne Randomisierung erfolgt. Dies würde Level 3 oder 4 der Skala entsprechen. Soweit jedoch Vorher-Nachher-Messungen vorliegen und die Kontextbedingungen weitgehend konstant gehalten werden, bestehen in der Designqualität kaum Unterschiede zum Experiment.<sup>34</sup> Zudem erhöht sich durch Feldexperimente wiederum die externe Validität, also die potentielle Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse.<sup>35</sup>

#### 4. Verdrängungseffekte und andere empirische Herausforderungen

Grundsätzlich liegt interne Validität dann vor, wenn die Veränderung der abhängigen Variable statistisch eindeutig auf die Variation der unabhängigen Variable zurückgeführt werden kann und alternative Erklärungsszenarien weitgehend ausgeschlossen werden können. Um dies zu gewährleisten, müssen Störvariablen kontrolliert bzw durch verschiedene Methoden wie Elimination, Konstanthaltung und Parallelisierung ausgeschaltet werden.<sup>36</sup> Bei der Kontrolle von Kontextfaktoren und Störeinflüssen ist im Fall von Videoüberwachung neben der Medienberichterstattung bspw auch an verschiedene Maßnahmen der räumlich-architektonischen Umweltgestaltung (CPTED), die Ausrufung einer Schutzzone oder verstärkte Polizeipräsenz, bzw den Einsatz privater Sicherheitsdienste zu denken. Weiters sollten die Phasen vor und nach der Einführung der Maßnahme einen angemessen langen Zeitraum umfassen (zB vollständiger Jahreszyklus), um Varianzen aufgrund saisonaler Effekte und langfristige Trends im Kriminalitätsaufkommen beurteilen zu können. Außerdem sollte eine differenzierte Erfassung der

---

34 Vgl Meyer, Evaluationsdesigns (2007).

35 Für weitere methodische Informationen zur Evaluation von Videoüberwachung anhand von Deliktfallzahlen, Sicherheitsgefühl (*fear of crime*) und ökonomischen Aspekten sei hier auf den *Technical Annex Report* von Gill et al verwiesen; vgl Gill/Spriggs/Argomaniz/Bryan/Waples/Allen/Kara/Kilworth/Little/Smith/Swain/Jessiman, Technical Annex: methods used in assessing the impact of CCTV. Home Office Online Report 17/05 (2005); weitere Erläuterungen zu quasi-experimentellen Studiendesigns und wissenschaftlichen Methoden zum Nachweis kausaler Wirkungszusammenhänge finden sich bei Shadish/Cook/Campbell, Experimental and quasi-experimental Designs (2002).

36 Vgl Meyer, Evaluationsdesigns (2007).

verschiedenen Delikttypen und die Angabe der tatsächlichen Delikthäufigkeit in absoluten Zahlen erfolgen, da Prozentzahlen einer relativen Verzerrung unterliegen.<sup>37</sup> *Welsh* und *Farrington*<sup>38</sup> weisen auch darauf hin, dass Videoüberwachung die schwerpunktmäßige Interventionsform im analysierten Setting sein muss. Zudem sollte die Fallzahl der erfassten Delikte vor der Intervention mindestens 20 betragen, um statistische Veränderungen adäquat beobachten und messen zu können.

Ein Großteil der bisherigen Evaluationsstudien zum Thema Videoüberwachung baut primär auf der Messung von Deliktfallzahlen auf,<sup>39</sup> dh es wird die Veränderung der angezeigten Straftaten in einem bestimmten Setting vor und nach Implementierung des Videoüberwachungssystems gemessen. Bei Evaluationen auf dieser Datenbasis ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht alle Delikte gleichermaßen genau in der Anzeigestatistik aufscheinen (Dunkelfeld, Anzeigeverhalten). So gilt Drogenhandel bspw als Kontrolldelikt, was bedeutet, dass die Zahl der angezeigten Fälle mit Zunahme polizeilicher Ermittlungsarbeit steigt. Es ist die spezifische Interessensgemeinschaft zwischen HändlerInnen und KonsumentInnen, die dazu führt, dass Drogendelikte einem anderen Anzeigeverhalten unterliegen als Einbruchs- oder Diebstahlsdelikte, die gerne auch aufgrund bestehender Versicherungsansprüche gemeldet werden. Ein Erfolg von Videoüberwachung muss demnach nicht zwangsläufig mit einem Absinken der Deliktfallzahlen im überwachten Bereich einhergehen. In der Praxis kann es zudem vorkommen, dass der Ort der Anzeigenerstattung vom Tatort verschieden ist, sowie Anzeigen in letzter Instanz auch als Freispruch enden können.

Ähnliche methodische Herausforderungen birgt auch die Messung des subjektiven Sicherheitsgefühls. In der Literatur wird wiederholt postuliert, dass die Beeinflussung des Sicherheitsgefühls nach Wahrnehmung eines Überwachungs- bzw Kontrollinstruments nicht unbedingt positiv ausfallen muss. Der Manager eines britischen Einkaufszentrums meint hierzu beispielsweise, „... that siting the cameras too prominently may instil undue concern in the minds of general public that the shopping centre [is] a dangerous place.“<sup>40</sup> Ähnliche Ergebnisse berichten auch *Gill* und *Spriggs*: „Those respondents who were aware of the cameras actually worried more often about crime than those who were not.“<sup>41</sup> Videoüberwachung kann demnach auch als Hinweis für potentielle Gefahren und Unsicherheiten interpretiert werden und das subjektive Sicherheitsempfinden verschlechtern. Demnach wäre auf jeden Fall eine zweiseitige Hypothesentestung vorzunehmen.

---

37 Vgl *Ditton/Short*, Does CCTV Affect Crime? *CCTV Today* (1995) 10 (12); vgl *Hempel*, Zur Evaluation von Videoüberwachung (2007) 117 (148).

38 *Welsh/Farrington*, Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review (2002).

39 Vgl *Phillips*, A Review of CCTV Evaluations: Crime Reduction Effects and Attitudes towards its use, in *Painter/Tilley*, Surveillance of Public Space: CCTV, Street Lighting and Crime Prevention. *Crime Prevention Studies*, Volume 10 (1999) 123 (155); vgl *Welsh/Farrington*, Crime prevention effects (2002).

40 *Honess/Charman*, Closed Circuit Television in Public Places: Its Acceptability and Perceived Effectiveness. *Police Research Group. Crime Prevention Unit Series: Paper No. 35* (1992) 7.

41 *Gill/Spriggs*, Assessing the impact of CCTV. *Home Office Research Study 292* (2005) 48.

Im Zusammenhang mit kriminalpräventiven Maßnahmen sind zudem Verdrängungs- bzw. Verlagerungseffekte (*Displacement*) als methodisch schwer kontrollierbares Phänomen zu berücksichtigen. Dabei kann grundsätzlich zwischen (1) zeitlicher Verlagerung, (2) taktischer Verlagerung (Straftaten werden auf andere Weise ausgeführt), zwischen (3) Verlagerung im Bezug auf das Zielobjekt, sowie zwischen (4) örtlicher und (5) funktioneller Verlagerungen (andere Straftaten werden ausgeführt) unterschieden werden.<sup>42</sup> Auch positive Ausstrahlungseffekte (*Diffusion of Benefits*) sind bekannt.<sup>43</sup> Bei Verdrängungseffekten stellt sich auch die wesentliche Frage, ob diese als positive Wirkung einer Maßnahme oder als nicht intendierter Nebeneffekt klassifiziert werden sollen.<sup>44</sup> Interessant ist diesbezüglich wiederum die Stellungnahme in der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage, die konstatiert „... dass die bloße Verdrängung von bestimmten Kriminalitätsformen aber durchaus ebenfalls ein strategisches Ziel der Videoüberwachung sein kann. Dies in erster Linie dann, wenn es gilt, eine Drogenszene von einer Jugendszene abzudrängen“.<sup>45</sup> Gruber hat diese Argumentationslogik bezüglich Verdrängungseffekten auch in österreichischen Tageszeitungen gefunden.<sup>46</sup> Diverse kriminalsoziologische Studien sehen eine örtliche Verlagerung von Delikten aber als problematisch an.<sup>47</sup> Abgesehen davon, dass man sich nicht den zugrundeliegenden sozialen Problemen annimmt, sondern an bestimmten Orten Bevölkerungsgruppen als unerwünscht definiert, vertriebt und unsichtbar macht, ist hier mE der springende Punkt, dass es keine strategisch gezielte Verdrängung gibt. In welche Richtung sich (um bei diesem Beispiel zu bleiben) eine Drogenszene mit ihren Aktivitäten verlagert, und welche weiteren Komplikationen sich daraus ergeben, ist nicht gezielt beeinflussbar. Die Szene zeigt sich mobil, wandert weiter und taucht letztlich an Orten wieder auf, die, denkt man an die Geschäftsabwicklung in U-Bahn-Waggons, nicht besser sind als jener vor der Verdrängung (siehe auch *Junkie-Jogging*).<sup>48</sup> Ditton und Short empfehlen in methodischer Hinsicht jedenfalls die Beobachtung und analytische Kontrolle benachbarter Gebiete auf positive wie negative Effekte.<sup>49</sup>

42 Repetto, Crime Prevention and the Displacement Phenomenon. *Crime and Delinquency* 22, 1976, 166 (177).

43 Vgl. Clarke/Weisburd, Diffusion of crime control benefits: Observations on the reverse of displacement, in Clarke, *Crime prevention studies* 1994, 165 (184).

44 Vgl. Eifler/Brandt, Videoüberwachung in Deutschland. Theorie und Praxis situationsbezogener Kriminalprävention. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2005, 157 (159, 173).

45 Beantwortung der Parlamentarischen Anfrage 4659/AB 22. GP 2006: 6 vom 17.11.2006.

46 Gruber, Videoüberwachung und Kontrollwandel. Neue Tendenzen sozialer Kontrolle und die Etablierung elektronisch-visueller Überwachungsmechanismen. unveröffentlichte Diplomarbeit (2007).

47 Vgl. Brown, CCTV in Town Centres: Three Case Studies. *Police Research Group Crime Detection and Prevention Series: Paper NO 68*. (1995); vgl. Welsh/Farrington, Crime prevention effects (2002); vgl. Gill/Spriggs, Assessing the impact of CCTV (2005); vgl. Gras, Überwachung und Aufklärung durch Kameras, in Northhoff (Hg), *Handbuch der Kriminalprävention (1997–2007)*, Kapitel: 4.2.1. (2005).

48 Vgl. Stummvoll, Junkie-Jogging am Karlsplatz. Die Schutzzone und der verrechtlichte öffentliche Raum. *Dérive*, Heft 24, 2006, 20 (23); vgl. *Die Presse*, „Wiens Drogenszene wandert weiter“ (Beitrag vom 28.12.2011), <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/719999/Wiens-Drogenszene-wandert-weiter> (1.11.2012).

49 Vgl. Ditton/Short, Does CCTV Affect Crime (1995).

## 5. Bisherige Ergebnisse und Befunde

Es ist nicht Ziel des vorliegenden Aufsatzes, die Frage der sicherheitstechnischen Eignung von Videoüberwachung abschließend zu beantworten. Dennoch sei zur Vollständigkeit exemplarisch auf wissenschaftlich anerkannte Studien verwiesen, deren Design weitgehend auf den vorgestellten Standards aufbaut. Allen voran sind hier die im Auftrag des Home Office durchgeführte und mittlerweile vielzitierte Meta-Evaluation von *Welsh* und *Farrington*<sup>50</sup> sowie die Studienreihe von *Gill* und *Spriggs*<sup>51</sup> zu nennen. Weitere Wirkungsanalysen und zusammenfassende Literaturdiskussionen finden sich bei *Ditton*<sup>52</sup> sowie *Phillips*.<sup>53</sup> Zudem sei auf die deutsche Wirkungsevaluation von *Bornewasser* und *Schulz*<sup>54</sup> sowie die kritischen Aufsätze von *Eifler* und *Brandt*<sup>55</sup> sowie *Hempel*<sup>56</sup> aufmerksam gemacht. All die angeführten Studien und Abhandlungen zeichnen ein auffällig differenziertes Bild davon, ob und wie Videoüberwachung wirkt, und äußern sich hinsichtlich der kriminalpräventiven und sicherheitstechnischen Effektivität tendenziell vorsichtig. Unter bestimmten Umständen und für spezielle Delikttypen kann Videoüberwachung hilfreich sein, sie ist dies aber nicht notwendigerweise. Pauschale Diagnosen und Urteile über die Wirkung von Videoüberwachung sind angesichts der Vielschichtigkeit und Wandlungsfähigkeit des Phänomens grundsätzlich zurückzuweisen.<sup>57</sup> Zweifel an der Funktionsfähigkeit der Maßnahme werden auch von technischer Seite erkannt, wenn auf die begrenzte menschliche Wahrnehmung zur Bildschirmübersicht und Datenauswertung in Kontrollräumen verwiesen wird. Interessanterweise führt dies aber weniger zu einem Hinterfragen videotechnischer Sicherheitsstrategien und Investitionen, sondern dient vielmehr als Argument für den Ausbau der Systeme sowie der Entwicklung und Anwendung von Computerprogrammen zur automationsunterstützten Ereignis- und Gesichtserkennung.

Die tendenziell schwachen Erfolgsnachweise werfen auch die Frage auf, ob der Einsatz von Videoüberwachung nicht nur Symbolpolitik ist. Sind Kameras und Hinweisschilder vielleicht nur eine sichtbare Inszenierung der Bemühung um Sicherheit? *Töpfer* verneint dies und verweist diesbezüglich auf die Funktion von Videoüberwachung als potentielle Ressource für die Ermittlungsarbeit.<sup>58</sup> Wenn auch nicht immer als Beweis vor Gericht,

---

50 *Welsh/Farrington*, Crime prevention effects (2002).

51 *Gill/Spriggs*, Assessing the impact of CCTV (2005).

52 *Ditton/Short*, Yes, It Works, no, It Doesn't: Comparing the Effects of Open Street CCTV in Two Adjacent Scottish Town Centres, in *Painter/Tilley* (Hg), Surveillance of Public Space (1999) 201 (223); *Ditton*, Crime and the City. Public Attitudes towards Open-Street CCTV in Glasgow. *British Journal of Criminology* (2000) 692 (709).

53 *Phillips*, A Review of CCTV Evaluations (1999).

54 *Bornewasser/Schulz*, Systematische Videoüberwachung (2007).

55 *Eifler/Brandt*, Videoüberwachung in Deutschland (2005).

56 *Hempel*, Zur Evaluation von Videoüberwachung (2007).

57 Vgl. *Töpfer*, Videoüberwachung – eine Risikotechnologie zwischen Sicherheitsversprechen und Kontrolldystopien, in *Zurawski* (Hg), Surveillance Studies. Perspektiven eines Forschungsfeldes (2007) 33 (46).

58 Vgl. *Töpfer*, Videoüberwachung als Kriminalprävention? Plädoyer für einen Blickwechsel. *Kriminologisches Journal* 2009, 272 (282).

so liefert das gespeicherte Bildmaterial aus polizeilicher Sicht hilfreiche Indizien, Hinweise oder Anhaltspunkte, die auf die richtige Fährte führen und Verdächtige eher geständig machen können. Geht man aber davon aus, dass der eigentliche Nutzen von Videoüberwachung in der Einsatzkoordination und Strafverfolgung liegt, ist fragwürdig, ob Videoüberwachung überhaupt noch als *präventive Maßnahme* bezeichnet werden kann. Nach Töpfer ist Videoüberwachung vielmehr ein repressiv genutzter Machtverstärker. Doch auch für diese Zweckausrichtung fehlen in Österreich systematische Aufzeichnungen über Erfolge, die wiederum in Relation zur eigentlichen Kamerazahl, dem überwachten Setting sowie den Anschaffungs- und Betriebskosten zu setzen wären.<sup>59</sup>

## 6. Ausblick

Die Beurteilung der sicherheitstechnischen und kriminalpräventiven Effektivität von Videoüberwachung steht vor verschiedenen methodischen und organisatorischen Schwierigkeiten. Neben der erforderlichen Differenzierung in der Deliktanalyse, der problematischen Reflexivität bei der Generierung des subjektiven Sicherheitsgefühls sowie der Kontrolle und Interpretation von Verdrängungseffekten, ist es vor allem die Organisation und Umsetzung quasi-experimenteller Studiendesigns im Feld, die eine Herausforderung darstellt.<sup>60</sup> Entscheidend für die methodische Umsetzung einer Evaluation ist neben der Auswahl geeigneter Erhebungsortlichkeiten (Experimental- und Vergleichs-Setting), die zeitliche Organisation der Vorher-Nachher-Messung und damit verbunden, die enge Kooperation mit den eigentlichen InhaberInnen der Videoüberwachungsanlage. Die Kommunikation zwischen Forschungseinrichtung und SystembetreiberInnen kann durch partizipatives Vorgehen im Forschungsprozess gefördert werden, letztlich müssen die BetreiberInnen der Anlage die Durchführung der Studie aber zumindest genehmigen. Doch hier liegt ein zentrales Problem, da die Evaluation möglicherweise ein Ergebnis hervorbringt, das den grundrechtlichen Eingriff der Videoüberwachungsmaßnahme als unverhältnismäßig bewertet. Dies müsste im äußersten Fall den Abbau der Anlage zur Folge haben und würde das sicherheitstechnische Vorhaben als Fehlinvestition enthüllen. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus denkbar, dass das derzeitige Forschungsdefizit und das gerne praktizierte Zurückhalten von (potentiell schädlichen) Informationen, bewusst zur Legitimierung mitunter kostenintensiver Überwachungssysteme und der Förderung wirtschaftlicher Interessen dienen.<sup>61</sup> Das Zurückhalten von Informationen über das Überwachungssystem ist nicht zuletzt auch zentrales Prinzip

---

59 Vgl hierzu auch Burgstaller/Pühringer, Vom Rechtsschutzbeauftragten kontrollierte Ermittlungen im Jahr 2011, Journal für Strafrecht (JSt) 2012, 49 (58).

60 Vgl Eißler/Brandt, Videoüberwachung in Deutschland (2005); vgl Hempel, Zur Evaluation von Videoüberwachung (2007).

61 Siehe Pseudoevaluationen bei Stofflebeam, Evaluation Models (2001); vgl hierzu auch „security by obscurity“ bei Kammerer, Bilder der Überwachung (2008) 83ff.

des Panoptismus, welches auf der Scheidung des Paares Sehen/Gesehenwerden aufbaut und davon ausgeht, dass Macht für die Überwachten sichtbar, aber uneinsehbar sein muß.<sup>62</sup> Dem kann jedoch die oft im Kontext von Diskussionen rund um Privatsphäreingriffe vorgebrachte Argumentation – *wer nichts zu verbergen hat, der hat auch nichts zu befürchten* – entgegengehalten werden. Wenn Videoüberwachung, wie so oft behauptet wird, tatsächlich ein wirkungsvolles Instrument zur Herstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit ist, dann wäre ein wissenschaftlicher Nachweis dieser Wirkung in Form einer Evaluation sicher vorteilhaft. Durch die Realisierung und Veröffentlichung von Evaluationen nach internationalen Standards, könnten sich SystembetreiberInnen auch als verantwortungsbewußte AkteurInnen positionieren, und nachhaltig-positive Reputation erwerben.

Der Artikel zeigt, dass die sukzessive Ausbreitung und Implementierung von Videoüberwachung in Österreich scheinbar weitgehend losgelöst von wissenschaftlichen Nachweisen über ihre tatsächliche sicherheitstechnische Eignung stattfindet. Vor dem Hintergrund dieses Forschungsdefizits präsentiert sich Videoüberwachung einmal mehr als neoliberale Trendtechnologie, die allzuoft unhinterfragt in diversen Settings als Allheilmittel zur Herstellung von Sicherheit eingesetzt wird. Ob wirkungsvoll oder nicht, der diffuse Ruf nach Sicherheit und Risikominimierung macht den Einsatz der Überwachungstechnik auf pragmatische Weise verhältnismäßig. In diesem Licht erscheint die Prüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Notwendigkeit (im Fall von Videoüberwachung) vielmehr als symbolischer Akt zur Demonstration von Rechtsstaatlichkeit denn als konkrete grundrechtliche Schranke mit realpolitischen Folgen.<sup>63</sup> Wäre dies der Fall, würde man wohl öfter vom Abbau einer Anlage hören.<sup>64</sup> Ein realistischer Weg zur systematischen Umsetzung von Evaluationen führt jedenfalls über das Erteilen von Auflagen, wie es von seiten der DSK bereits in Einzelfällen bei größeren SystembetreiberInnen erfolgt ist. Diese gilt es methodisch zu vertiefen und auf verschiedene Settings auszuweiten, um der Heterogenität der Einsatzfelder und Zwecke gerecht zu werden. In fachlicher Hinsicht könnte sich die interdisziplinäre Kooperation der Rechtswissenschaften mit externer Expertise aus dem Bereich der Evaluationsforschung als zielführend erweisen. Zur Gewährleistung eines effizienten Grundrechtsschutzes und der tatsächlichen Anwendung und Durchsetzung des im Verfassungsrang stehenden Prinzips der Verhältnismäßigkeit ist es aber vor allem auch notwendig, die entsprechenden finanziellen und personalen Ressourcen in den entscheidungsbefugten Institutionen zu schaffen.

Robert Rothmann (MA) ist Soziologe in Wien; robert\_rothmann@gmx.at

---

62 Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1994, 1976) 251ff.

63 Vgl. Newig, Symbolische Gesetzgebung (2008/2010).

64 Zum Thema Abbau von Videoüberwachungssystemen vgl. auch König, Videoüberwachung. Fakten, Rechtslage und Ethik (2001) 233ff, sowie Kammerer, Bilder der Überwachung (2008) 69f.

# Emanzipation von oben: Symbolische Qualitäten des Schweizer Integrationsrechts

Susanne Bachmann/Yvonne Riaño

---

Eine Frau mit Kopftuch steht an der Wandtafel. Mit unbeholfenen Buchstaben schreibt sie „Integration“. Dieses Bild illustriert einen Zeitungsartikel über das neue Integrationsgesetz des Schweizer Kantons Bern (Berner Landbote vom 30. Mai 2012). Die Frau auf dem Foto scheint Mühe mit dem Schreiben zu haben, das Kopftuch steht als Sinnbild für traditionelle Religiosität und Frauenunterdrückung.

Bilder wie diese sind gesellschaftspolitisch relevant, denn die darin enthaltenen Vorstellungen und Werthaltungen formen politisches Handeln und prägen soziale Chancen. Welche Auffassungen von Integration und welche Bilder über Zugewanderte lassen sich in legislativen Regelungen zur Integration von AusländerInnen in der Schweiz finden? Und welche symbolischen Funktionen soll das Integrationsrechts – dh sowohl der symbolischen Konstruktionen im Recht wie auch der symbolischen Funktion des Rechts – erfüllen?

Ziel des Beitrags ist es, durch die Dokumentation impliziter Leitbilder, Zuschreibungen und Vorstellungen in rechtlichen Bestimmungen zur Integration von Zugewanderten in der Schweiz das wissenschaftliche Verständnis dafür zu verbessern, inwiefern soziale Ungleichheiten durch Recht reproduziert oder modifiziert werden. Am Beispiel der sogenannten Integrationsvereinbarungen wird aufgezeigt, welche Implikationen sich für die Rechtspraxis ergeben, wenn Integration als individuelle Verpflichtung der Zugewanderten konzipiert wird.

## 1. Integration als Instrument der Migrationspolitik

Gesellschaftliches Wissen ist in Form von Diskursen organisiert. Diskurse sind institutionalisierte Sinnzusammenhänge, die gesellschaftliches Handeln organisieren (vgl Jäger/Jäger 2007, Foucault 1974). Diskurse manifestieren sich über gesellschaftlich geteilte Symbole (vgl Link 1978). Symbole sind Sinnbilder, die in verdichteter und vereinfachter Form Bedeutungen transportieren. So ist etwa das Symbol des Kopftuchs mit Vorstellungen von traditionellen Geschlechterbeziehungen der Muslime verbunden. Diskurse sind daher ein hilfreiches Konzept, um die symbolischen Dimensionen des Integrationsrechts zu analysieren, denn Diskurse vermitteln Bedeutungen, Normen und Erwartungen – etwa darüber, welche Eigenschaften MigrantInnen kennzeichnen, was ihre Rolle

in der Gesellschaft ist und wie MigrantInnen sich zu verhalten haben. In Medien, Politik und Forschung herrscht ein defizitäres Bild von unqualifizierten, armen und rückständigen MigrantInnen vor (vgl Kofler/Fankhauser 2009), das sich auch in der Migrationsgesetzgebung niedergeschlagen hat.

Die Frage nach dem symbolischen Gehalt des Rechts impliziert nicht nur die Frage nach den im Recht enthaltenen symbolischen Bildern und Vorstellungen, sondern auch die Frage danach, wofür bestimmte Rechtsinhalte symbolisch stehen, also nach der Funktion des Rechts. In den bisherigen wissenschaftlichen Forschungsarbeiten zu Integrationspolitik und -recht wird zwar meist die Frage nach dem zugrunde liegenden Verständnis von Integration diskutiert, nicht jedoch nach der symbolischen Funktion der Integration gefragt. So untersuchen verschiedene sozialwissenschaftliche und juristische Arbeiten die Praxis und Rechtslage der schweizerischen Integrationspolitik und beleuchten dabei den Begriff der Integration<sup>1</sup>. Einzelne Studien zeichnen die symbolische Konstruktion des Ausländers bzw. der Ausländerin in der Migrationsgesetzgebung nach (Riaño 2012a, Bachmann 2012, Riaño/Wastl-Walter 2006a, 2006b). Eine umfassende Untersuchung des symbolischen Gehalts des Integrationsrechts, – dh sowohl der symbolischen Konstruktionen im Recht wie auch der symbolischen Funktion des Rechts –, steht noch aus.

Um diese Lücke zu schließen, sind Studien hilfreich, welche die Migrations- bzw Integrationspolitik aus einer gouvernementalitätstheoretischen Perspektive analysieren, da dieser Ansatz die Rolle von Diskursen für staatliches Regierungshandeln spezifisch fokussiert. Im Anschluss an die Machtanalyse Foucaults (2004) beschreibt das Konzept der Gouvernementalität eine moderne Form des Regierens, die eine indirekte, proaktive Lenkung der Subjekte ins Zentrum stellt. Techniken individueller Selbstführung und von außen auferlegter Fremdführung werden so verbunden, dass die Subjekte sich selbst führen. Ihre individuellen Einstellungen und Interessen werden dabei über Diskurse in Subjektivierungsprozessen hervorgebracht. Für die Migrationspolitik heißt das, Handlungsmöglichkeiten so zu strukturieren, dass MigrantInnen selbstständig entsprechend der gewünschten Logik handeln. Über Anreize soll das Verhalten von erwünschten MigrantInnen gelenkt werden, unerwünschte, bisher unkontrollierte Migration wird hingegen der staatlichen Repression unterworfen.

Diese moderne Regierungsweise findet ihren Ausdruck in einer gelenkten, koordinierten Migration, des sogenannten Migrationsmanagements, das die Agenda der europäischen Migrationspolitik seit einigen Jahren bestimmt und seit den 1990er Jahren auch in der Schweiz angekommen ist (Meyer/Purtschert 2008). Migrationspolitiken zielen danach nicht auf eine völlige Abwehr von Migration, sondern auf die gezielte Steuerung und Kontrolle von grenzüberschreitenden Bewegungen zwecks ihrer ökonomischen Ver-

---

1 Etwa Piñeiro/Bopp/Kreis 2009, Achermann 2007, D'Amato/Gerber 2005, Fibbi ua 2005, Wicker/Fibbi/Haug 2003, Kälin 2003, Bianchi 2003.

wertbarkeit (Mezzadra 2009: 183). Integration ist dabei ein Schlüsselkonzept dieser „aktiven Migrationspolitik“ (Castro Varela 2007: 18).

Für die Schweiz gibt es erst einzelne gouvernementalitätstheoretische Arbeiten, die diese Perspektive auf das Feld der Migrationspolitik beziehen (Piñeiro/Haller 2009, Meyer 2009, Meyer/Purtschert 2008). Ausgehend von diesen Vorarbeiten und stärker als diese auf das Recht fokussiert, beleuchtet der Beitrag die zugrundeliegenden Prinzipien und Logiken der rechtlichen Regelungen zur Integration in der Schweiz und fragt danach, wie sie die Handlungsoptionen der Zugewanderten strukturieren. Grundlage zur Beantwortung dieser Frage bilden Analysen derjenigen legislativen Texte, in denen Ziele und Inhalte der Integrationspolitik der Schweiz auf Bundesebene festgelegt sind, namentlich das Ausländergesetz AuG<sup>2</sup>, die Integrationsverordnung VintA<sup>3</sup>, die dazugehörige Weisung IV<sup>4</sup>, die Verordnung VZAE<sup>5</sup> und die Botschaft zum AuG<sup>6</sup>.

## 2. Fördern und Fordern: Rechtliche Regelungen zur Integration in der Schweiz

Nach geltendem Schweizer Recht wird unter Integration die Partizipation von AusländerInnen an der schweizerischen Gesellschaft verstanden (Art 4 Abs 2 AuG, Art 2 Abs 1 VintA, Botschaft AuG: 3758 f.). Gelingen ist die Integration der AusländerInnen dann, „wenn sie in den verschiedenen Integrationsbereichen (zB Bildung, Erwerbstätigkeit, Straffälligkeit) vergleichbare statistische Werte aufweisen wie Schweizerinnen und Schweizer, die sich insbesondere im Hinblick auf das Alter, das Geschlecht, die gesellschaftliche und wirtschaftliche Lage, die Familiensituation sowie die berufliche Ausbildung in ähnlichen Lebenssituationen befinden“ (Ausf 2.1 Weisung IV). Entsprechend haben Bund, Kantone und Gemeinden eine Verpflichtung zur Integrationsförderung, die als Querschnittsaufgaben bei allen staatlichen Aufgaben zu berücksichtigen ist (Art 53 Abs 1 AuG). Zur Unterstützung dieses Zieles stellt der Bund finanzielle Mittel in Höhe von jährlich rund 63 Millionen Franken für die Förderung der Integration zur Verfügung.<sup>7</sup>

Integration wird im geltenden Recht als gegenseitiger Prozess gesehen, an dem sowohl die SchweizerInnen als auch die Zugewanderten ihren Anteil haben (Art 4 Abs 3 AuG).

2 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) v 16.12.2005, Stand 1.1.2009, SR 142.20.

3 Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VintA) v 24.10.2007, Stand 1.1.2008, SR 142.205.

4 Weisung IV Integration, Version 1.1.08, Stand 15.11.09.

5 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) v 24.10.2007, Stand 24.1.2011, SR 142.201.

6 Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer v 8.3.2002, SR 02.024.

7 Für Integrationsprojekte in Gemeinden und Kantonen vergibt der Bund gemäß Art 55 AuG Fördermittel in Höhe von jährlich rund 18 Mio. Franken, welche die Kantone verwalten und mit Geldern in etwa gleicher Höhe ergänzen. Den Schwerpunkt bildet dabei Sprachförderung (vgl BFM 2007a). Außerdem zahlt der Bund den Kantonen gemäß Art 18 Abs 1 VintA für als Flüchtling anerkannte oder vorläufig aufgenommene Personen einmalige Integrationspauschalen für die berufliche Integration und Sprachförderung. 2010 waren das rund 45 Millionen Franken (BFM 2011).

Allerdings wird „die Bedeutung der Bereitschaft zur Integration von Seiten der Ausländerinnen und Ausländer“ (Botschaft AuG: 3733) betont. Der Beitrag der AusländerInnen besteht im Erlernen einer Landessprache, in der „Respektierung der rechtsstaatlichen Ordnung und der Werte der Bundesverfassung“ sowie im „Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung“ (Art 4 VintA, vgl Art 4 Abs 4 AuG). Die JuristInnen Spescha, Kerland und Bolzli bringen Integration im Gesetz auf die „Kurzformel: Sprache, Arbeit und Gesetzestreue“ (2010: 241 f.).

Integration ist zudem ein Kriterium bei der Vergabe von Aufenthaltsrechten. So soll der Grad der Integration bei der Erteilung und Verlängerung von ausländerrechtlichen Bewilligungen berücksichtigt werden (Art 96, 23 Abs 2, 84 Abs 5, 34 Abs 4 AuG). Bei erfolgreicher Integration kann die Niederlassungsbewilligung bereits nach fünf statt zehn Jahren Aufenthalt erteilt werden. Dies soll einen „Anreiz für persönliche Integrationsanstrengungen“ schaffen (Botschaft AuG: 3750). Die Erteilung oder Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen kann neu an den Besuch eines Integrations- oder Sprachkurses geknüpft werden, die Behörden können mit den betreffenden Personen sogenannte Integrationsvereinbarungen abschließen, in denen Maßnahmen und Sanktionen festgehalten sind. Somit werden Rechtsfolgen an die „erfolgreiche Integration“ gekoppelt, obwohl nicht explizit festgelegt ist, was darunter zu verstehen ist (vgl Achermann 2007). Indem Rechte an die Bedingung der erfolgreichen Integration geknüpft werden, rückt der Aspekt der Verpflichtung zur Integration in den Vordergrund, wie vor allem bei den sogenannten Integrationsvereinbarungen deutlich wird. Daran wurde von verschiedenen Seiten Kritik geäußert (Eser 2012, Eser/Tov 2011, Prodoliet 2009, Achermann 2007). Hingewiesen wird dabei unter anderem auf die Gefahr, dass die Behörden durch die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs Integration bei Bewilligungsentscheiden einen zu großen Ermessensspielraum erhalten. Außerdem wird die Rechtsungleichheit zwischen EU-/EFTA-BürgerInnen und Angehörigen weiterer Staaten (sogenannte Drittstaatsangehörige) kritisiert: So unterliegen EU-BürgerInnen dem gesetzlichen Imperativ der Integration nicht<sup>8</sup>, ihre Aufenthaltsbewilligungen sind nicht an das Kriterium der Integration gebunden und sie können nicht zum Besuch eines Sprach- oder Integrationskurses verpflichtet werden. Die verpflichtenden Regelungen zur Integration gelten daher faktisch nur für Drittstaatenangehörige. Da Hochqualifizierte keinen Integrationskurs besuchen müssen (BFM 2007b: 4), wird die Kategorie der Drittstaatsangehörigen im Bereich der Integration nochmals unterteilt in hoch und niedrig qualifizierte Personen. Gut ausgebildete, privilegierte MigrantInnen geraten nicht in den Fokus der Integrationsförderung, Zielgruppe der Schweizer Integrationspolitik sind damit schlecht qualifizierte MigrantInnen aus Drittstaaten.

---

8 Für BürgerInnen der EU-/EFTA-Staaten gilt das Personenfreizügigkeitsabkommen FZA (s Spescha/Kerland/Bolzli 2010: 63–66). Die Bestimmungen im Bereich Integration sind auch auf EU-/EFTA-Staatsangehörige anwendbar, sofern sie vorteilhafter als die Regelungen im FZA sind (Ausf 1 Weisung IV).

### 3. Selbstverantwortung zur Integration

Neben der Förderung der Integration steht die Forderung nach Integration: Dieses Integrationsverständnis lässt sich mit der Formel „Fordern und Fördern“ fassen (TAK 2007: 2, BFM 2007b: 1). Damit hat sich eine Konzeption von Integration durchgesetzt, die davon ausgeht, dass Teilhabe „ein ausschließlich willentlich zu beeinflussender Prozess sei, eine Leistung, die jede und jeder erbringen kann, wenn sie oder er sich nur genügend Mühe gibt“ (Kabis 2004: 95). So ist ein zentrales Kriterium, um den Grad der Integration im Einzelfall zu bestimmen, der sogenannte „Wille zur Teilnahme am Wirtschaftsleben“, der sich in der Erwerbstätigkeit zeigt. Erwerbslosigkeit und Sozialhilfebezug können damit als mangelndes Bemühen um Integration ausgelegt werden und ein Grund für den Widerruf von Bewilligungen sein. Somit legitimiert das Kriterium der erfolgreichen Integration Ein- und Ausschluss und wird zugleich zu einem Instrument der Steuerung und Kontrolle von Migration.

Das Prinzip „Fordern und Fördern“ steht im Kontext der sogenannten aktivierenden Sozialpolitik (vgl. Nadai 2006, Wyss 2007, Mäder 2009). Danach sind EmpfängerInnen wohlfahrtsstaatlicher Leistungen zu Gegenleistungen verpflichtet. Zentrales Element der aktivierenden Politik ist die Zuschreibung von Eigenverantwortung. Damit wird die Verantwortung für die Absicherung von Problemlagen vom Wohlfahrtsstaat auf die Individuen verschoben, die in dieser Logik für ihr Schicksal weitgehend selbst verantwortlich sind. Dies wird nicht nur bei sozialen Sicherungssystemen wie Arbeitslosenversicherung oder Sozialhilfe praktiziert, sondern auch in der Integrationspolitik: „Unübersehbar ist die marktliberale Konfiguration der Leistungsaktivierung und der gleichzeitigen Responsibilisierung von Migranten, die das Signum des aktivierenden Staates bilden“ (Piñeiro/Haller 2009: 141).

Indem Rechte an das Kriterium einer erfolgreichen Integration geknüpft werden, wird Integration zum Gegenstand von Disziplinierungsmaßnahmen. Es wird suggeriert, dass Einwanderung ein wohlwollendes Entgegenkommen der Aufnahmegesellschaft wäre, welche als Gegenleistung die Integration der Zugewanderten erfordert. Dadurch, dass der „Wille“ und die „Bereitschaft“ der Zugewanderten zur Integration vom Gesetzgeber angesprochen werden, wird die Eigenverantwortung der MigrantInnen betont, während strukturelle Integrationshürden aus dem Blick geraten – etwa die Schwierigkeiten bei der Anerkennung von im Ausland erworbenen Diplomen. Zugleich kann sich der Gesetzgeber im Zuge der aktuellen öffentlichen Debatten um integrationsunwillige AusländerInnen als durchsetzungsfähig inszenieren. Indem „Integration als ‚Bring-schuld‘ deklariert wird“ (Eser/Tov 2011: 12), erscheinen Sanktionen bei „Integrationsverweigerung“ als angemessen und gesellschaftlich notwendig – ohne rechtlich verbindlich Verpflichtungen der Aufnahmegesellschaft festzuhalten, wie etwa, den Zugang zu Sprachkursen zu ermöglichen.

Dieses Spannungsfeld wird besonders deutlich bei den sogenannten Integrationsvereinbarungen (IntV). Die Erteilung und Verlängerung von Aufenthalts- oder Kurzaufent-

haltsbewilligungen sowie Bewilligungen im Rahmen des Familiennachzugs können gemäß Art 54 AuG an den Besuch eines Sprach- oder Integrationskurses geknüpft werden, was in einer IntV festgehalten wird. Achermann (2007) diskutiert detailliert problematische Aspekte dieser Integrationsverpflichtungen, die er als rechtlich fragwürdige Eingriffe in die persönliche Freiheit einschätzt. Er stellt daneben die Frage, warum der Gesetzgeber Integration mit einer „Vereinbarung“ einfordern will, statt die Form einer Verfügung zu wählen. Die Form der Vereinbarung unterstellt, dass ein Handlungsspielraum für beide VertragspartnerInnen besteht und beim Abschluss des Vertrags ein Konsens erzielt wurde – was bei der IntV fraglich ist, wie Achermann ausführt. Mit dem Begriff „Vereinbarung“ wird implizit die Bereitschaft und damit Verantwortung der Betroffenen angesprochen, sich zu integrieren. Da bei der Regelung der IntV noch viele Fragen ungeklärt sind, sehen Achermann und Künzli die Gefahr, dass die Politik hier „im symbolischen Bereich bleibt“ (2009: 15), weil die verfügbaren Verpflichtungen nicht durchsetzbar sind. Eine Untersuchung der Regelungen in anderen europäischen Staaten zeigt, dass sich Integrationsvereinbarungen in der Praxis kaum als wirksam erweisen (Houmard/Schoch 2007).

Lutz und Huth-Hildebrandt (1998) haben gezeigt, dass für die Konstruktion des Anders-Seins der MigrantInnen die Konstruktion des Geschlechterverhältnisses konstitutiv ist: Die Differenz zwischen Einheimischen und Zugewanderten wird immer wieder am Geschlechterverhältnis festgemacht, wobei traditionelle, patriarchal dominierte Strukturen der MigrantInnen den modernen und gleichgestellten Geschlechterbeziehungen der Aufnahmegesellschaft gegenübergestellt werden. Diese polaren und stereotypen Denkfiguren finden sich auch in den schweizerischen Regelungen zur Integration und werden bei der Umsetzung des Rechts erneut wirksam: Nicht nur werden Frauen als besonders unterstützungsbedürftig wahrgenommen, indem ihre „besonderen Anliegen“ bei der Integration betont werden (Art 53 Abs 4 AuG; Art 2 Abs 3 VintA) und sie zur prioritären Zielgruppe von Integrationsprogrammen gemacht werden (Bachmann 2012, 2006), Frauen werden auch bei der Anwendung der IntV fokussiert: Wie Tov u.a. (2010) in einer Evaluation zeigen, werden in der Schweiz 75 Prozent der IntV mit Frauen abgeschlossen.

Das liegt einerseits daran, dass Frauen im Familiennachzug einen Großteil der Neuzugezogenen bilden. Andererseits ist diese Schwerpunktsetzung mit dem Anliegen der Frauenförderung verbunden. So erhoffen sich die verantwortlichen Behördenmitglieder vom Besuch der Sprach- und Integrationskurse „mehr Gleichberechtigung von Mann und Frau“ (Ebd: 62) Die IntV tragen nach Ansicht der befragten Zuständigen dazu bei, dass „insbesondere Frauen einen Schritt in Richtung Gleichberechtigung und Ausweitung ihres Bewegungsradius machen können“ (Ebd: 81). Wirkungen der IntV werden darin gesehen, dass Frauen in den Kursen Selbstvertrauen entwickeln und sich gegenüber ihren Ehemännern besser durchsetzen könnten, zudem würde ihnen durch die IntV vermittelt, was in der Schweiz unter Gleichberechtigung verstanden wird (Ebd: 85). In dieser Koppelung von repressivem Zwang mit Maßnahmen zur Lenkung individueller

Verhaltensweisen und Einstellungen wird der gouvernementale Charakter der IntV deutlich.

Eser und Tov (2011: 11) identifizieren hinter den gut gemeinten Zielsetzungen der Behörden teilweise „eine paternalistische Haltung“, bei der zugewanderte Frauen als handlungsunfähig, isoliert und ungebildet erscheinen. Damit kann gleichzeitig die Aufnahmegesellschaft als aufgeklärt, fortschrittlich und säkular dargestellt werden (Riaño 2012b). Integration wird so zum Feld einer behördlich verordneten Emanzipation.

Heikel ist hierbei nicht nur der pädagogische und moralische Impetus dieser Emanzipation von oben. Ein Verständnis von Integration, die als Pflicht der Zugewanderten definiert wird, steht grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum gesetzlich verankerten Anspruch der Förderung von Chancengleichheit.

#### **4. Fazit: Symbolische Dimensionen der Integrationspolitik im Recht**

Die rechtlichen Regelungen zur Integration in der Schweiz weisen zwei Kernelemente auf, die in einem widersprüchlichen Verhältnis zueinander stehen: Einerseits wird im Gesetz die Chancengleichheit zwischen AusländerInnen und SchweizerInnen angesprochen, die mit der Integrationsförderung angestrebt werden soll. Neben der Förderung der Integration steht auf der anderen Seite die Forderung nach Integration, an die Rechte geknüpft sind. Integration erscheint so als eine Pflicht und eine von den Zugewanderten zu erbringende Leistung. Dieses Verständnis von Integration geht davon aus, dass Teilhabe vorrangig in der Verantwortung des Einzelnen liegt. Strukturelle Hindernisse für die Integration geraten so aus dem Fokus.

Das Prinzip „Fördern und Fordern“ verweist auf die diskursive Konstruktion der zu integrierenden AusländerInnen, die sowohl als unterstützungsbedürftig als auch als tendenziell integrationsunwillig erscheinen und daher mit Druck zur Integration gebracht werden sollen. Dieser Diskurs basiert auf der Annahme individueller Defizite sowie kultureller Differenzen der Zugewanderten zur Mehrheitsgesellschaft, wofür symbolisch die vermeintlich anderen Geschlechterverhältnisse der Zugewanderten stehen. Deutlich zeigt sich dies am Beispiel der sogenannten Integrationsvereinbarungen (IntV), durch welche Integration zum Gegenstand von Disziplinierungsmaßnahmen wird.

Der Beitrag arbeitet exemplarisch drei symbolische Qualitäten von Integration im Schweizer Recht heraus: Indem Integration gesetzlich eingefordert und mit dem Entzug von Aufenthaltsrechten sanktioniert werden kann, erhält Integration eine Funktion im Migrationsmanagement: durch den Ausschluss unerwünschter Zuwanderung mit dem Argument der mangelnden Integration. Durch den Einsatz der IntV kann sich zudem der Gesetzgeber als durchsetzungskräftig und handlungsfäh inszenieren. Die Resultate zeigen, dass mit IntV die Härte des Gesetzgebers demonstriert und unerwünschte Zuwanderung kontrolliert und gesteuert werden kann. Somit lassen sich IntV als gouvernementales Instrument im Ausländerrecht interpretieren. Mit den IntV werden dar-

über hinaus Emanzipationsanliegen verbunden, wobei auf das Bild der unterdrückten fremden Frau und des unterdrückenden fremden Mannes zurückgegriffen wird – in Kontrast zu den modernen und aufgeklärten Einheimischen. Somit wird Integration zum Vehikel einer von oben angeordneten Emanzipation.

Der im Recht verankerte Diskurs zu Integration unterstützt somit die Zuweisung von Verantwortung für soziale Problemlagen an die Individuen, dient der Bestätigung der eigenen Gesellschaft als emanzipiert und fortschrittlich und bildet ein Themenfeld, in dem sich der Staat als durchsetzungsfähig darstellen kann.

Integration ist ein komplexes Politikfeld. Die Verankerung der Integration im Ausländergesetz verleiht der Integrationsförderung mehr politisches und finanzielles Gewicht. Zur Förderung der Integration im Sinne der im Gesetz angesprochenen Chancengleichheit gehört neben dem Abbau struktureller Hürden, der Gewährung politischer Rechte und dem Diskriminierungsschutz auch die Dekonstruktion und Korrektur von stereotypen, defizitären Bildern und Denkfiguren im Recht. Dafür soll der vorliegende Artikel ein Beitrag sein.

Dipl.Soz. Susanne Bachmann, Doktorandin am Geographischen Institut der Universität Bern,  
susanne.bachmann@izfg.unibe.ch

PD Dr. Yvonne Riaño, Privatdozentin am Geographischen Institut der Universität Bern und Projektleiterin am Maison d'analyse des processus sociaux (MAPS) der Universität Neuenburg, riano@giub.unibe.ch

#### Literatur

- Achermann, Alberto (2007): *Integrationsverpflichtungen*. In: Achermann, Alberto (Hg): *Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007*. Bern: Stämpfli: 107–138.
- Achermann, Alberto und Künzli, Jürg (2009): *Zum Umgang mit den neuen Sprachminderheiten. Schlussbericht des NFP 56 «Sprachenvielfalt und Sprachkompetenz in der Schweiz»*. Bern: SNF.
- Bachmann, Susanne (2006): *Analyse der städtischen Integrationspolitik von Bern und Zürich aus geschlechtsspezifischer Perspektive*. In: Wastl-Walter, Doris und Riaño, Yvonne (Hg): *Migration und Integrationspolitik aus der Geschlechterperspektive*. Bern: GIUB: 49–68.
- Bachmann, Susanne (2012): *Kampf um Teilhabe: Geschlechtsspezifische Implikationen der Gesetzgebung im Bereich der Integration von Zugewanderten*. In: *Der Kampf ums Recht – Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung*. Beckenried: Orlux: 209–229.
- BFM, Bundesamt für Migration (2007a): *Schwerpunktprogramm für die Jahre 2008 bis 2011*. Bern: BFM.
- BFM, Bundesamt für Migration (2007b): *Bericht zum Entwurf der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (Integrationsverordnung VIntA)*. Bern: BFM.
- BFM, Bundesamt für Migration (2011): *Integrationsförderung des Bundes und ihre Auswirkungen in den Kantonen. Jahresbericht 2010*. Bern: BFM.
- Bianchi, Doris (2003): *Die Integration der ausländischen Bevölkerung. Der Integrationsprozess im Lichte des schweizerischen Verfassungsrechts*. Zürich: Schulthess.
- Castro Varela, María do Mar (2007): *Aktuelle Integrationsdiskurse und ihre Folgen*. In: *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit*, Heft 3: 18–29.
- D'Amato, Gianni und Gerber, Brigitta (Hg) (2005): *Herausforderung Integration. Städtische Migrationspolitik in der Schweiz und Europa*. Zürich: Seismo.
- Eser Davolio, Miryam (2012): *Integration auf gesetzlichem Weg verlangen? Risiken einer Integrationspolitik im Zuge des „Fördern und Fordern“-Prinzips*. In: *Der Kampf ums Recht – Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung*. Beckenried: Orlux: 230–242.
- Eser, Miryam und Tov, Eva (2011): *„Die Guten ins Körbchen, die Schlechten raus“ – Erfüllung der Integrationsvereinbarung als Messlatte für die Beurteilung von Integrationswilligkeit*. In: *Asyl* 26/1: 8–14.

- Fibbi, Rosita; Lerch, Mathias; Wanner, Philippe; Mey, Eva; Rorato, Miriam und Voll, Peter (2005): *Die Integration der ausländischen zweiten Generation und der Eingebürgerten in der Schweiz*. Neuchâtel: BfS.
- Foucault, Michel (1974): *Die Ordnung des Diskurses*. München: Hanser.
- Foucault, Michel (2004): *Geschichte der Gouvernementalität*. Bd. 1: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Houmar, Serge und Schoch, Sabine (2007): *Zwischen Verpflichtung und Förderung. Integrationspolitik in den Niederlanden, Dänemark, Schweden, Schottland und England*. Bern: SFH.
- Jäger, Margarete und Jäger, Siegfried (2007): *Deutungskämpfe: Theorie und Praxis kritischer Diskursanalyse*. Wiesbaden: VS.
- Kabis, Veronika (2004): *Die aktuelle Zuwanderungspolitik*. In: Ross, Bettina (Hg): *Migration, Geschlecht und Staatsbürgerschaft*. Wiesbaden: VS: 89–101.
- Kälin, Walter (2003): *Grundrechte in der Einwanderungsgesellschaft. Integration zwischen Assimilation und Multikulturalismus*. In: Wicker, Hans-Rudolf; Fibbi, Rosita; und Haug, Werner (Hg): *Migration und die Schweiz. Ergebnisse des Nationalen Forschungsprogramms „Migration und interkulturelle Beziehungen“*. Zürich: Seismo: 139–160.
- Kofler, Andrea und Fankhauser, Lilian (2009): *Frauen in der Migration. Das Bild der Migrantin in der öffentlichen und politischen Wahrnehmung und in der aktuellen Forschung*. Hg v der Eidg. Kommission für Migrationsfragen EKM. Bern: EKM.
- Link, Jürgen (1978): *Die Struktur des Symbols in der Sprache des Journalismus. Zum Verhältnis literarischer und pragmatischer Symbole*. München: Fink.
- Lutz, Helma und Huth-Hildebrandt, Christine (1998): *Geschlecht im Migrationsdiskurs*. In: *Das Argument* 40/224: 159–173.
- Mäder, Ueli (2009): *Draussen im Drinnen: Integration durch Ausschluss?* In: Kessel, Fabian und Otto, Hans-Uwe (Hg): *Soziale Arbeit ohne Wohlfahrtsstaat? Zeitdiagnosen, Problematisierungen und Perspektiven*. Weinheim: Juventa: 35–52.
- Meyer, Katrin und Purtschert, Patricia (2008): *Migrationsmanagement und die Sicherheit der Bevölkerung*. In: Purtschert, Patricia; Meyer, Katrin und Winter, Yves (Hg): *Gouvernementalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault*. Bielefeld: Transcript.
- Mezzadra, Sandro (2009): *Bürger und Untertanen: Die postkoloniale Herausforderung der Migration in Europa*. In: Hess, Sabine; Binder, Jana; und Moser, Johannes (Hg): *No integration?! Kulturwissenschaftliche Beiträge zur Integrationsdebatte in Europa*. Bielefeld: transcript: 207–223.
- Meyer, Katrin (2009): *Kritik der Sicherheit. Vom gouvernementalen Sicherheitsdenken zur Politik der „geteilten Sorge“*. In: *Traverse*, Heft 1: 25–40.
- Nadai, Eva (2006): *Auf Bewährung. Arbeit und Aktivierung in Sozialhilfe und Arbeitslosenversicherung*. In: *Sozialer Sinn* 7/1: 61–77.
- Piñero, Esteban; Bopp, Isabelle und Kreis, Georg (Hg) (2009): *Fördern und Fordern im Fokus. Leerstellen des schweizerischen Integrationsdiskurses*. Zürich: Seismo.
- Piñero, Esteban und Haller, Jane (2009): *Neue Migranten für die Integrationsgesellschaft. Versuch einer gouvernementalen Gegenlektüre des Prinzips „Fördern und Fordern“*. In: Piñero, Esteban; Bopp, Isabelle; und Kreis, Georg (Hg): *Fördern und Fordern im Fokus*. Zürich: Seismo: 141–170.
- Prodolliet, Simone (2009): *Welche Integrationskultur? Zum gegenwärtigen Diskurs der Integrationsförderung*. In: Piñero, Esteban; Bopp, Isabelle und Kreis, Georg (Hg): *Fördern und Fordern im Fokus*. Zürich: Seismo: 48–60.
- Riaño, Yvonne (2012a): *„He’s the Swiss Citizen, I’m the Foreign Spouse“: Transnational Marriages and the Impact of Family-Related Migration Policies on Social Integration and Gender Relations*. In: Kraler, Albert; Kofman, Eleonore; Kohli, Martin und Schmoll, Camille (Hg): *Gender, Generations and the Family in International Migration*. Amsterdam: Univ. Press: 265–283.
- Riaño, Yvonne (2012b): *Zwangsheirat. Generationenkonflikte und geschlechtsspezifische Handlungsspielräume*. In: Bereswill, Mechthild; Rieker, Peter; und Schnitzer, Anna (Hg): *Migration und Geschlecht. Theoretische Annäherungen und empirische Befunde*. Weinheim: Juventa: 163–191.
- Riaño, Yvonne und Wastl-Walter, Doris (2006a): *Immigration policies, state discourses on foreigners, and the politics of identity in Switzerland*. In: *Environment and Planning A* 38/9: 1693–1713.
- Riaño, Yvonne und Wastl-Walter, Doris (Hg) (2006b): *Migration und Integrationspolitik aus der Geschlechterperspektive*. Bern: GIUB.
- Spescha, Marc; Kerland, Antonia und Bolzli, Peter (2010): *Handbuch zum Migrationsrecht*. Zürich: Orell Füssli.
- Steiner, Pascale und Wicker, Hans-Rudolf (2004): *Paradoxien im Bürgerrecht: Sozialwissenschaftliche Studien zur Einbürgerungspraxis in Schweizer Gemeinden*. Zürich: Seismo.
- TAK, Tripartite Agglomerationskonferenz (2007): *Rechtliche und institutionelle Integrationshemmnisse. Umsetzungsempfehlungen der TAK*. Bern: TAK.
- Tov, Eva; Piñero, Esteban; Eser, Miryam und Schnorr, Valentin (2010): *Evaluation Pilotprojekt zur Einführung der Integrationsvereinbarungen in den fünf Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn und Zürich*. Olten: HSA-FHNW.
- Wicker, Hans-Rudolf; Fibbi, Rosita und Haug, Werner (Hg) (2003): *Migration und die Schweiz. Ergebnisse des Nationalen Forschungsprogramms „Migration und interkulturelle Beziehungen“*. Zürich: Seismo.
- Wyss, Kurt (2007): *Workfare. Sozialstaatliche Repression im Dienst des globalisierten Kapitalismus*. Zürich: Edition 8.

# Engagierte Bürgerinnen und Bürger statt Mafiosi?

Symbolische Aspekte des § 278a StGB (Kriminelle Organisation) und seiner Anwendung

Eberhart Theuer/Erwin Lengauer

---

## 1. Einleitung

Die symbolische Komponente des Rechts ist diesem in mehrfacher Weise eingeschrieben.<sup>1</sup> Recht zeichnet sich dadurch im wörtlichen Sinne aus, dass es sich selbst als Recht bezeichnet. Diese Selbstzuschreibung des Rechts als Recht unterscheidet es von anderen Normensystemen. Ein über dieser Ebene befindlicher Symbolgehalt des materiellen Strafrechts liegt darin, dass es in seiner Tatbestandsstruktur Verbots- und Strafnorm unmittelbar verknüpft und damit sehr anschaulich verheißt, dass tatbestandsmäßiges, also kriminelles Verhalten existiere, dieses aber bestraft werde. Insofern bietet es reale oder bloß symbolische Lösungen für reale oder scheinbare Sicherheitsprobleme an, was durch die ebenfalls symbolisch transportierte Stigmatisierungsfunktion des gerichtlichen Strafrechts noch verstärkt wird – und läuft damit Gefahr, als billiges, aber nur scheinbares Problemlösungsmittel von politischen Akteuren und Akteurinnen instrumentalisiert zu werden (symbolische Gesetzgebung<sup>2</sup>). Davon zu unterscheiden, aber damit uU in Zusammenhang stehend, sind zumeist nicht intendierte Nebenwirkungen von Straftatbeständen: Handlungsweisen werden ungewollt kriminalisiert, sei es weil sich dies bereits aus der Formulierung des Straftatbestandes selbst ergibt, sei es weil dessen Anwendung extensiv oder fehlerhaft erfolgt.

Tatbestände, die Terrorismus und organisierte Kriminalität erfassen sollen, Vorfeld- und Organisationsdelikte, weisen eine besonders starke symbolische Komponente auf. Die Anwendung des § 278a StGB (Kriminelle Organisation) gegen Tierschutzaktivisten und -aktivistinnen sowie protestierende Studierende hat dem eine neue Außenwirkung

---

1 Vgl zu den grundlegendsten Ebenen Johannes *Saurer*, Das Recht als symbolische Form und Gegenstand der praktischen Philosophie: Zur Rechts- und Staatsphilosophie Ernst Cassirers, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2010, 490 mwN sowie Deniz *Coskun*, Law as Symbolic Form: Ernst Cassirer and the Anthropocentric View of Law (2009) 179ff.

2 Statt vieler: José Luis *Díez Ripollés*, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, *ZStW* 2001, 516; Marcelo *Neves*, Von der symbolischen Gesetzgebung zur symbolischen Konstitutionalisierung: Ein Überblick, *IfS-Nachrichten* Nr 16 (1999) 6 jeweils mwN; Jens *Newig*, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung in *Cottier/Estermann/Wrase*, *Wie wirkt Recht?* (2010), auch online: [www.rechtssoziologie.info/literatur/upload1](http://www.rechtssoziologie.info/literatur/upload1), 301 mwN.

gegeben: Nicht mehr der „typische Mafiosi“ ist Symbolfigur der Anwendung, sondern der protestierende Bürger oder die protestierende Bürgerin – und damit ein Teil der Zivilgesellschaft<sup>3</sup>. Diese Entwicklung kann analytisch, wie in der öffentlichen Meinung als signifikant für eine überzogene Anwendung solcher Straftatbestände, für deren ausufernde Struktur oder auch für Repressions- und Kontrollbedürfnisse des Staates stehen, aber auch eine Stigmatisierung bestimmter Protestformen bewirken.

Als bisher wohl am meisten von der Öffentlichkeit rezipierte Anwendung des § 278a StGB bietet der Tierschutz- oder Tierschützerprozess<sup>4</sup> reiches Anschauungsmaterial für einige der vorhin skizzierten Facetten rechtlicher Symbolik, in ihm traten die unterschiedlichen symbolischen Aspekte dieses umstrittenen Paragraphen und seiner Anwendung besonders deutlich zu Tage. Der Beitrag beschreibt im Folgenden diese symbolischen Aspekte und behandelt dabei vor allem drei Themen: Die Frage, ob § 278a Ergebnis symbolischer Gesetzgebung ist, den Symbolgehalt des § 278a und symbolische Handlungen im Rahmen des Tierschutzprozesses.

## 2. Einführung, Neufassungen und Novellierungen des § 278a StGB: Kampf gegen organisiertes Verbrechen

Will man den Tatbestand im Hinblick auf symbolische Gesetzgebung untersuchen, ist es notwendig, auf seine spezifische Entwicklungsgeschichte einzugehen.<sup>5</sup> § 278a wurde mit der Strafgesetznovelle 1993 (BGBl 527/1993) eingeführt, trat am 1.10.1993 in Kraft<sup>6</sup> und wurde seither dreimal geändert bzw. neugefasst. In all seinen Varianten verweist § 278a auf den achtmal novellierten § 278 StGB (vormals „Bandenbildung“, seit 1.10.2002 „Kriminelle Vereinigung“)<sup>7</sup>. Gehalt und Entwicklung des § 278a kann man daher nicht ohne § 278 und dessen Genesis erfassen. Bemerkenswert ist, dass die Regierungsvorlage der Strafgesetznovelle 1993 § 278a noch gar nicht enthielt, sondern als Reaktion auf organisierte Kriminalität bloß Änderungen bzgl Geldwäscherei vorsah. Erst der Justizausschuss erstattete einen entsprechenden Vorschlag, der auf eine Anregung des Strafrechtsprofessors Diethelm *Kienapfel* zurückging. *Kienapfel* hatte die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes zur Erfassung der spezifischen Gefährlich-

3 Vgl Peter *Kampits*/Emil *Brix* (Hg), *Zivilgesellschaft zwischen Liberalismus und Kommunitarismus* (2003). Für weitere Nachweise siehe auch Eberhart *Theuer*/Erwin *Lengauer*, Forschungsprojekt zur Frage der Einschränkung zivilgesellschaftlichen Engagements durch Organisationsstrafatbestände am Beispiel des Tierschützer-Prozesses in Wiener Neustadt. Stand: 15.5.2011, <http://ethik.univie.ac.at/forschungsprojekt-theuer-lengauer-zivilgesellschaft-organisationsstrafatbestaende-tierschuetzerprozess> (9.9.2012).

4 Die zwischen 2008 und 2011 erfolgte Strafverfolgung von elf Tierschützern und zwei Tierschützerinnen durch die StA Wiener Neustadt (sowie die entsprechende Hauptverhandlung am LG Wiener Neustadt) wurde in der Öffentlichkeit als Tierschutzprozess, Tierschützerprozess oder Tierschutzcausa bekannt. Seltener kommt der Begriff *Tierrechtsprozess* vor. Von Ermittlungen in dieser Sache waren allerdings wesentlich mehr Personen betroffen als die 13 Angeklagten. Auch ist das Verfahren noch nicht für alle zu Ende (siehe dazu später).

5 Vgl dazu auch Otto *Triffterer* in *SbgK* § 278a Rz 1 bis 5.

6 Artikel II Strafgesetznovelle 1993.

7 Zu Anwendungsbeispielen für beide vgl Sophie *Uitz*, „Warum tun Sie nicht irgend etwas Legales?“, *juridikum* 2011, 316.

keit<sup>8</sup> krimineller Organisationen empfohlen.<sup>9</sup> In etwas abgeänderter Form wurde dieser Vorschlag Gesetz.<sup>10</sup> In der parlamentarischen Debatte<sup>11</sup> wurde herausgestrichen, dass durch den neuen Tatbestand „starke Akzente (...) in Richtung einer wirksameren Bekämpfung des organisierten Verbrechens“ gesetzt worden seien (Michael *Graff* [ÖVP] StProt 14756), dass nun „klargestellt“ sei, „dass kriminellen Verbindungen der Kampf total – wenn ich das so sagen darf – angesagt wird“ (*Riedl* [ÖVP] StProt 14787) und eine taugliche Grundlage, wenngleich auch nur ein erster Schritt geschaffen sei, die „Geißel der organisierten Kriminalität zu bekämpfen“ (Annemarie *Reitsamer* [SPÖ] StProt 14789).

Die geschilderte Entstehungsgeschichte, insbesondere der Umstand, dass ein maßgeblicher Impuls zur Einführung des § 278a von einem renommierten Strafrechtswissenschaftler kam, legen es nahe, dass mit dem Tatbestand wirklich nur typische organisierte Kriminalität erfasst werden sollte und dass er weder als rein symbolische Gesetzesbestimmung, noch als Repressionsmittel gegen unbequeme gesellschaftliche Gruppen gedacht war, etwa um gegen Tierschützer und Tierschützerinnen oder NGOs zur Anwendung zu kommen. Dass es Straftaten mit Tierschutzhintergrund gibt, war damals vermutlich weder der Öffentlichkeit noch den legislatischen Akteuren und Akteurinnen bewusst.<sup>12</sup>

Mit der Neufassung im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetzes 1996<sup>13</sup> wurde § 278a weitgehend in seine heutige Form gebracht. Ziel war es, ua „deutlicher das qualifiziert Eigenständige der kriminellen Organisation zum Ausdruck zu bringen“.<sup>14</sup> Dabei wurden allerdings in hohem Maße unbestimmte Begriffe wie „unternehmensähnlich“ oder „Einfluss auf Politik und Wirtschaft“ verwendet. Sofern sich die Rechtsprechung mit diesen Präzisierungen bereits deckte, wurde die Rechtslage nicht geändert, aber immerhin gegenüber möglichen Judikaturänderungen immunisiert. Auch die darauf folgenden Novellierungen verschafften dem Delikt „Kriminelle Organisation“ nur wenig schärfere Kontur. Durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2002<sup>15</sup> wurde § 278 StGB neugefasst und der Mitgliedschaftsbegriff neu und qua Verweis für § 278a identisch geregelt.<sup>16</sup> Nach dieser extensiven<sup>17</sup> Legaldefinition reichte es nun aus, dass man sich an Aktivitäts-

---

8 Vgl dazu die Überlegungen von Eva Maria *Maier*, „Organisierte“ Kriminalität oder Ziviler Ungehorsam? Methodische und rechtsphilosophische Anmerkungen zur rechtsstaatlichen Problematik der Strafverfolgung von TierschutzaktivistInnen gemäß § 278a StGB, *juridikum* 2010, 46 (47f).

9 Diethelm *Kienapfel*, Bildung einer kriminellen Organisation (§ 278a Abs 1 StGB), *JBl* 1995, 613 (614ff).

10 Etwa wurde die bloße Unterstützung als Tatbestandsmerkmal weggelassen (vgl *Kienapfel*, *JBl* 1995, 615, wo beide Versionen abgedruckt sind).

11 StProtNR 18. GP 129. Sitzung (im Folgenden: StProt), 2. Punkt der TO, Debatte unter einem durchgeführt mit Punkten 1-3.

12 Dem Staatsschutzbericht 1997 zufolge wurden „Aktivitäten militanter Tierschützer“ erstmals 1997 statistisch erfasst: *BMI* (Hg), Staatsschutzbericht 1997 [1998] 37; Im Staatsschutzbericht 1998 werden „militante Tierschutzaktivitäten“ als neuere Entwicklungen bezeichnet, aber nicht als „akute Gefahr“ angesehen: *BMI* (Hg), Staatsschutzbericht 1998 (1999) 13; siehe [www.bmi.gv.at/cms/BML\\_Verfassungsschutz/](http://www.bmi.gv.at/cms/BML_Verfassungsschutz/) (28.12.2012).

13 BGBl 762/1996. Die Neufassung erfolgte durch Art 1 Z 27a StrÄG 1996.

14 AB 409 BgNR 20. GP 11.

15 BGBl I 134/2002. Die Änderung erfolgte durch Art 1 Z 24 StrÄG 2002.

16 Siehe dazu die ErlRV 111 BgNR 21. GP 34ff.

17 Petra *Velten*, Die Organisationsdelikte haben Konjunktur, *JSt* 2009, 55 (57f) mwN; *Maier*, *juridikum* 2010, 47.

ten der kriminellen Organisation „durch die Bereitstellung von Informationen oder Vermögenswerten oder auf andere Weise in dem Wissen beteiligt“, dadurch die Organisation „oder deren strafbare Handlungen“ zu fördern.<sup>18</sup> Auf diese Weise wurde die ursprünglich von *Kienapfel* vorgeschlagene sonstige Unterstützung als Tatbestandsmerkmal<sup>19</sup> letztlich weitgehend verwirklicht. Und diesmal war die Änderung nicht vom Justizausschuss ausgegangen, sondern schon in der Regierungsvorlage enthalten.<sup>20</sup> Die weiten Auslegungsspielräume des § 278a ermöglichten ein Strafverfahren, das den Symbolwert des § 278a verändern sollte: den Tierschutzprozess.

### 3. Der Tierschutzprozess<sup>21</sup>

Die gesetzlich bzw durch mangelnde Vollziehung tolerierten Haltungsbedingungen in österreichischen Tierhaltungsbetrieben (beispielsweise 110 kg-Schweine mit einem zulässigen Platz von bloß 0,7m<sup>2</sup> pro Tier<sup>22</sup>) und das durch die Pelzproduktion hervorgerufene Tierleid machen Tierschutz in Österreich zu einem politischen Thema.<sup>23</sup> Viele lehnen einen solchen Umgang mit Tieren ab, doch nur wenige tun etwas dagegen. Zu letzteren gehörten fraglos die Beschuldigten des Tierschutzprozesses in Wiener Neustadt. Mit Strafantrag vom 6. August 2009<sup>24</sup> legte die Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt neun Tierschützern und einer Tierschützerin die Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation iSd § 278a StGB zur Last, sieben von ihnen wurden zusätzlich Einzelstraftaten wie schwere Sachbeschädigung und schwere Nötigung vorgeworfen.<sup>25</sup> Der Drittbeschuldigte wurde auch wegen Tierquälerei angeklagt. Eine angeblich von ihm durchgeführte Nerz- und Schweinebefreiung hätte den Tieren Leid zugefügt. Besonders solche Handlungen erreichen symbolische Qualität, die Bezüge zu Vorstellungen wie Gerechtigkeit, Gleichheit und Verantwortung herstellen und insofern die alltägliche Wirklichkeit transzendieren.<sup>26</sup> Einen Tierschützer als Tierquäler anzuklagen hat insofern Symbolcharakter. Glaubt man dem Tierquälereivorwurf, schwingt in ihm die Vorstellung von Hypokrisie mit: Der vorgebliche Tierschützer wird als das Gegenteil ent-

18 Vgl dazu *Velten*, JSt 2009, 58f u 61f; *Plöchl* in WK<sup>2</sup> § 278 Rz 17 u 37f; *Triffterer* in SbgK § 278a Rz 58; *Bertel/Schwaighofer*, BTH § 278 Rz 1.

19 *Kienapfel*, JBl 1995, 615; dazu *Velten*, JSt 2009, 61f, insb FN 36, auf Unterschiede hinweisend.

20 RV 1166 BlgNR 21. GP 4f.

21 Die folgende Darstellung muss platzbedingt verkürzt, teilweise vereinfachend sein. Für ausführliche Darstellungen der Tierschutzcausa sowie aktuelle Entwicklungen sei auf künftige Publikationen im Rahmen des diesbezüglichen Forschungsprojekts der FEWD hingewiesen, über die auf [www.tierschuetzerprozess.at](http://www.tierschuetzerprozess.at) informiert wird. Für Literaturhinweise siehe auch *Theuer/Lengauer*, Organisationsstraftatbestände (2011).

22 Anlage 5, 5.2. 1. Tierhaltungsverordnung.

23 Vgl allg zum Vorrang ökonomischer Interessen gegenüber dem Tierschutz und der Verdinglichung der Nutztiere *Maier*, juristikum 2010, 53ff mwN, sowie *dies*, Zwischen Verdinglichung und Personenwürde? Das Tier in der aktuellen rechtsethischen Diskussion, JRP 2006, 196, insb 201f.

24 6 St 172/09h (aus 6 St 519/06h).

25 *Theuer*, JSt 2011 206 FN 7.

26 Vgl *Jochen Dreher*, Zur Wirkungsweise von Kollektivsymbolik im Recht – Symbolische Macht und „Klassenjustiz“, in *Cottier/Estermann/Wrase*, Wie wirkt Recht? (2010) 323, insb 329 ff u 334 ff mwN.

larvt. Glaubt man ihm nicht, erscheint der Vorwurf der Tierquälerei gegenüber einem engagierten Tierschützer absurd und es wird die Willkür des staatlichen Handelns gegen die Aktivistinnen und Aktivistinnen offenbar. Die besondere symbolische Bedeutung des Tierquälereivorwurfs gegen einen Tierschützer liegt somit darin, dass, gleich wie man die Stichhaltigkeit des Vorwurfs bewertet, in jedem Fall Assoziationen zum Konzept der Gerechtigkeit evoziert werden.

Der Strafantrag im Tierschutzprozess war 218 Seiten lang – allein der Anklagesatz erstreckte sich über 45 Seiten – und listete 110 Zeugen und Zeuginnen und 5 Sachverständige auf. Recht kurzfristig, mit Schriftsatz vom 1. Februar 2010, wurde die Anklage gegen den Erstbeschuldigten ausgeweitet; gegen weitere drei Personen (zwei Männer und eine Frau, alle Angestellte des VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN [VGT]) wurde Strafantrag ausschließlich wegen § 278a gestellt.<sup>27</sup> Symbolwirkung des umfänglichen Strafantrages und der über hundert Zeugen und Zeuginnen, die ihn stützen sollten, mochte wohl sein: Gegen die Angeklagten liegt umfangreiches Beweismaterial vor. Unterstützung fand diese Assoziation durch das martialische Vorgehen der Polizei bei der Festnahme: In den Morgenstunden des 21. Mai 2008 waren schwer bewaffnete Spezialeinheiten teilweise gewaltsam in 23 Häuser und Wohnungen eingedrungen und hatten neun Tierschützer sowie eine Tierschützerin festgenommen.<sup>28</sup> Die Festgenommenen waren für rund drei Monate in Untersuchungshaft gewesen.

Tatsächlich war das Anklagesubstrat ausgesprochen dünn, der Strafantrag trotz seines Umfangs vielfach unkonkret, die sich aus ihm ergebenden Vorwürfe schwer verständlich. Und zwar auch für Journalisten und Journalistinnen, wodurch in der öffentlichen Wahrnehmung die inkriminierende Wucht des dicken Anklageschriftsatzes abgedefert wurde. Hinzu traten Zeichen der Solidarität mit den Beschuldigten. Die Grünen setzten den Erstangeklagten noch während seiner Untersuchungshaft auf die Bundeswahlliste, an unwählbarer aber „sichtbarer“ Stelle<sup>29</sup>, als „Symbolkandidat[en]“, wie Van der Belen es in der Pressestunde formulierte.<sup>30</sup>

Am 2. März 2010 begann die Hauptverhandlung vor dem LG Wiener Neustadt im Schwurgerichtssaal. Schwurgerichtssäle symbolisieren eine gewisse Macht und Hierarchie: Am höchsten ist der Richtertisch, auf dem auch die Staatsanwaltschaft ihren Platz findet, etwas darunter jener für die Verteidigung. Die Stühle hinter beiden Tischen sind gepolstert, wie auch die der Geschworenen. Am weitesten unten ist die harte Beschuldigtenbank platziert, ungepolstert, aus Holz. Ihre Verteidigung zwar hinter sich, aber nach vorne hin ungeschützt, sitzen die Angeklagten ohne Tisch und haben Schwierig-

---

27 Nachtragstrafantrag hinsichtlich des Erstbeschuldigten bzw Strafantrag hinsichtlich der drei weiteren (6 St 26/10i aus 6 St 519/06h).

28 Näheres siehe *Theuer*, Darf die Polizei Entlastendes verschweigen? Zu Irrlehren aus dem Tierschützerprozess, *Journal für Strafrecht (JSt)* 2011, 205 mwN.

29 Phillip *Aichinger*, Grüne: Vorzugsstimme unmöglich. Wahlrecht kommt Tierschützer Balluch in die Quere, *Die Presse* 6.9.2008.

30 *Die Presse*, 1.9.2008.

keiten, sich Notizen zu machen oder mit umfangreichen Akten zu hantieren. Die Position der Angeklagten in dieser Sitzordnung vermittelt den Eindruck: Viele Rechte haben sie nicht, sie mögen sich möglichst ruhig verhalten und sitzen wohl nicht zu Unrecht auf ihrem Platz. Eine bildliche Darstellung der Unschuldsvermutung sieht anders aus. Doch auch wenn es nicht dem Standardmobiliar entspricht: Tische sollten nach einem Erlass des Justizministeriums vor der Anklagebank platziert sein.<sup>31</sup> Etwa in der zweiten Hälfte des Prozesses beriefen sich die Beschuldigten darauf und bekamen schließlich ihre Tische. Der optische Eindruck von Menschen auf der Sünderbank wurde zugunsten einer Büroatmosphäre abgeschwächt. Die Beschuldigten erschienen nun viel eher wie Personen, die versuchen, gemeinsam mit den anderen Beteiligten ein Problem zu bearbeiten. Wie das vorige Beispiel illustriert, war (und ist<sup>32</sup>) der Tierschutzprozess auch ein Stück Kampf ums Recht, ein Kampf der Beschuldigten und ihrer Verteidiger und Verteidigerinnen vor allem um die Einhaltung der StPO. Manchmal trat dies symbolhaft zutage, zweimal ging es sogar um Symbole als solche: das Kreuz im Schwurgerichtssaal des LG Wiener Neustadt und den dort angebrachten Wandteppich mit der monarchistisch anmutenden Buchstabenfolge „A.E.I.O.U.“. Beide Symbole sind gesetzlich nicht vorgesehen, ihre Zulässigkeit im Gerichtssaal einer säkularen Republik somit mehr als fraglich. Stattgegeben wurde den Anträgen nicht. Andere symbolische Gesten sind dem Aktionismus zu verdanken, der die Tierschutzcausa begleitet hat und der auch vor dem Verhandlungssaal nicht Halt machte. Personen etwa, die sich unter den Zuschauerreihen befanden, sich nach einiger Zeit Clownnasen aufsetzten, und stumm (insofern also sitzungspolizeikonform) pantomimisch tätig wurden – um schließlich von der Polizei gewaltsam entfernt zu werden. Mit solchen Formen der Symbolik, welche die Absurdität, vielleicht auch das Kafkaeske des Tierschutzverfahrens deutlich machen sollten, wusste die Justiz nicht umzugehen.

Zwei recht unterschiedliche Gruppen saßen auf der Anklagebank des Schwurgerichtssaals: Angestellte bzw Personen im Umfeld des VGT, einem rund 20.000 Förderer aufweisenden Verein, und Angehörige der Basisgruppe Tierrechte (BaT), einem Grüppchen von guten Bekannten ohne Budget oder Struktur. Gemeinsam ist diesen beiden unterschiedlichen Gruppierungen das Eintreten für Tierrechte<sup>33</sup> und konkret das Engagement gegen Pelzhandel, wobei die BaT im Gegensatz zum VGT (der sich als unpolitisch präsentiert) ideologische Bezüge zum Anarchismus herstellt. Wie aus Abhörprotokollen und abgefangenen E-Mails ersichtlich, traten zu den strukturellen und ideologischen

31 Erlaß BMJ 30.10.1992, JMZ 146.00-49-III/92, zitiert in Michael *Danek* in WK-StPO (2004) vor § 228 Rz 6.

32 Wegen des Berufungsverfahren und diverser Folgeverfahren (siehe Kapitel 4) ist der Tierschutzprozess iwS noch nicht abgeschlossen.

33 Vgl zum Begriff bzw den rechtsphilosophischen Grundlagen sowie zu den für die Tierrechtsszene wohl tlw identitätsstiftenden, vielleicht sogar symbolischen Unterschieden zum Tierschutz Erwin *Lengauer*/Jörg *Luy*, Tierethik, in Hans Jörg *Sandkühler* (Hg) Enzyklopädie Philosophie<sup>2</sup> (2010) mit zahlreichen wN. Im Folgenden werden die Betroffenen des Tierschutzprozesses ihrer Tierrechtsforderung und wohl auch ihrem Selbstverständnis entsprechend auch als Tierrechtlerinnen und Tierrechtler bezeichnet.

Unterschieden auch persönliche Animositäten. Schon deshalb schien ein kriminell-organisiertes Zusammenwirken beider Gruppen mehr als unwahrscheinlich.<sup>34</sup> Die StA schrieb der angeblichen kriminellen Tierschutzorganisation zahlreiche ungeklärte Einzelstraftaten mit Tierschutzbezug zu, beispielsweise das Einbringen stinkender Flüssigkeit in Pelz führende Geschäfte. Eine konkrete Täter- bzw Täterinnenschaft der Beschuldigten diese Einzeldelikte betreffend behauptete die StA aber nur in ganz wenigen Fällen und nur bei wenigen Beschuldigten. Stattdessen diente § 278a als Klammer, Sachbeschädigungen durch unbekannte Täter mit bekannten Tierrechtlern und Tierrechtlerinnen zu verbinden. Die vielen Tatbestandselemente schienen darüber hinwegzutäuschen, dass auch beim Vorwurf der kriminellen Organisation eine Beweiskette zwischen (zumindest grundsätzlich in Aussicht genommenen) Straftaten und Personen, die als Mitglieder zu der Organisation zählen, notwendig ist.<sup>35</sup> Die StA begnügte sich im Wesentlichen mit dem Versuch, die Existenz der Straftaten mit einem (mutmaßlichen) Tierschutzhintergrund durch Unbekannte nachzuweisen und den Beweis zu führen, dass die Angeklagten eine ähnliche Ideologie hatten und mit ihren Kampagnen gleiche Ziele verfolgten (zB die Beendigung des Pelzverkaufs bei Kleider Bauer). Die Existenz der kO als solche wurde mehr behauptet, als dass dafür Indizien oder gar Beweise angeboten wurden. Der Nachweis näherer Strukturen beschränkte sich im Wesentlichen auf den knappen Hinweis zur angeblichen Arbeitsteilung, wonach der Erstbeschuldigte (aber auch einer der BaT-Beschuldigten) eine Führungsposition inne habe, und andere wiederum Computerexperten seien. Widersprüche zwischen den Gruppen BaT und VGT sowie die vom StA behauptete für hierarchisch strukturierte organisierte Kriminalität völlig atypische Doppelspitze der angeblichen kriminellen Tierrechtsorganisation wurden nicht ernsthaft auszuräumen versucht. Die langen massiven Ermittlungsmaßnahmen, verbunden mit dem Gewicht des angeklagten Organisationstatbestandes und dem wuchtigen Strafantrag signalisierten: die Anklage ist fundiert. Die denkbare Außenwirkung: Wer sich zu intensiv mit Tierschutz beschäftigt, den könnte es auch treffen. Doch wie weit man § 278a auch auslegen will: Irgendeine Verbindung der Organisation, das heißt ihrer Mitglieder, zu zumindest allgemein angestrebten Straftaten ist erforderlich. Daran scheiterte der Strafantrag fundamental. Die verdeckte Ermittlerin mit dem Aliasnamen „Danielle Durand“, auf welche die Verteidigung durch einen zufälligen Hinweis in einem Aktenstück aufmerksam wurde und die samt ihrer Erkenntnisse und Berichte von Polizei und Staatsanwalt aus allen Akten, aus Abschlussberichten und Strafantrag herausgehalten worden war, lieferte für die Beschuldigten einen umfassenden

---

34 Ähnlich Maier, juridikum 2010, 50f.

35 Umso mehr dann, wenn man die Ausrichtung anhand begangener Straftaten belegen möchte, was bei seit mehreren Jahren bestehenden Organisationen (wie es dem Strafantrag zufolge die kriminelle Tierschutzorganisation war) naheliegend ist. Grundsätzlich kann eine kO mit entsprechend tatbestandsmäßiger Ausrichtung bestehen, ohne konkrete Straftaten geplant oder gar begangen zu haben (vgl Maier, juridikum 2010, 46f; Velten, JSt 2009, 56f insb 58f; Plöchl in WK<sup>2</sup> § 278 Rz 14). Aber nach Jahren ohne Straftaten kann wohl von einer Ausrichtung nicht mehr gesprochen werden.

den Entlastungsbeweis. Sie hatte sich fast eineinhalb Jahre lang im nächsten Umfeld der VGT-Beschuldigten befunden und konnte bloß über eine offene, demokratische, legal agierende Tierschutzorganisation berichten, deren Mitglieder kaum bis keinen Kontakt zur BaT hatten und bei ihren Aktionen allenfalls Verwaltungsnormen übertraten.<sup>36</sup> In Kontrastierung mit dem Verwaltungs(straf)recht wurde die spezifische symbolisch-stigmatisierende Qualität des gerichtlichen Strafrechts im Tierschutzprozess wiederholt aktualisiert, etwa wenn von den Beschuldigten sinngemäß darauf hingewiesen wurde, Verwaltungsübertretungen nehme man bei Aktionen als Akt zivilen Ungehorsams uU in Kauf, aber das Strafrecht sei die Grenze. *Durand* hinterließ mediale Spuren. In einem Interview für das Radio Orange-Format „Tierrechtsradio“ hatte sie sich als Aktivistin *Dani* über unverhältnismäßige Polizeipräsenz bei einem internationalen Tierrechtstreffen beschwert. Auf einem Foto sieht man sie vor dem Straflandesgericht Wien für die Enthftung der Tierrechtsgefangenen demonstrieren. Diese verdeckten „Ermittlungs“-handlungen mögen aus polizeitaktischer Sicht durchaus zweckmäßig gewesen sein. Aber sie sind – vor allem aus Sicht Betroffener und Sympathisierender – geeignet, den Eindruck einer Staatsgewalt zu erwecken, die das Unrecht ihres Handelns (übertriebene Polizeipräsenz, unrechtmäßige Inhaftnahme der Beschuldigten) erkennt, dies in verdeckter Form sogar mitteilt, aber zynisch darüber hinweggeht und damit stellvertretend für die Haltung des Staates gegenüber Tierschutzaktivistinnen und -aktivisten steht, wie sie auch im tierschutzrechtlichen Vollzugsdefizit, gegen das diese in ihrer täglichen Arbeit ankämpfen, deutlich wird. Das Foto schließlich, auf dem fünf Aktivistinnen und Aktivistinnen zu sehen waren, von denen fast die Hälfte vom Staat beauftragt war – nämlich *Durand* und eine im Polizeiauftrag spitzelnde ehemalige Aktivistin – kann als bildhafter Ausdruck der Unverhältnismäßigkeit polizeilicher Verfolgungs- und Ermittlungsmaßnahmen gesehen werden. Auf polizeilicher Ebene für die Ermittlungen verantwortlich war die offiziell so genannte „Soko Bekleidung“. Bekleidung stand natürlich für Pelz, gegen dessen Verkauf die Angeklagten seit vielen Jahren demonstrierten. Die Gründung der Soko Bekleidung ist unmittelbares Resultat einer Intervention der Geschäftsführer der Pelz verkaufenden Kette Kleider Bauer beim Innenminister, wie einer der Geschäftsführer als Zeuge in der Hauptverhandlung unumwunden erklärte.<sup>37</sup> Kleider Bauer ist schon seit mehreren Jahren im Fokus der Antipelzkampagne des VGT. Die Außenwirkung der Geschäftsführerintervention ist, zugespitzt formuliert: Wer Einfluss hat, kann veranlassen, dass eine Soko gegründet wird, die unbequeme Kritiker und Kritikerinnen verfolgt. Ein Signal, das wohl nicht nur auf Tierschutzbewegte, sondern auf die Zivilgesellschaft insgesamt wirkt.

Dogmatisch wurde die Anwendung des § 278a auf Tierschutzaktivisten und -aktivistinnen stark kritisiert.<sup>38</sup> Der OGH, angerufen mittels Grundrechtsbeschwerde, trat der

---

36 Näheres *Theuer*, JSt 2011, 208f.

37 *Theuer*, JSt 2011, 205 FN 3 mwN.

38 *Maier*, juridikum 2010, 46; *Velten*, JSt 2009, 55 insb 60ff.

Annahme eines Tatverdachts in Richtung § 278a jedoch nicht entgegen.<sup>39</sup> Er kannte aber auch nur die einseitig vorgefilterten und teilweise manipulierten Teile der Beweise und Indizien. Die Wirkung der lange vor Hauptverhandlungsbeginn ergangenen OGH-Entscheidung auf das Erstgericht war beträchtlich. „Es ist eh schon alles entschieden“, soll die Einzelrichterin sinngemäß vor Beginn zu einem der Anwälte gesagt haben.

Am 2. Mai 2011, über ein Jahr nach dem ersten Verhandlungstag, folgte der Freispruch aller Angeklagten von allen Anklagepunkten. Die Berichte und Zeugenaussage *Durands* hatte die Wende im Verfahren gebracht.<sup>40</sup> In ihrer Urteilsbegründung übte die Einzelrichterin deutliche Kritik am polizeilichen Vorgehen.<sup>41</sup> Vor dem Gerichtgebäude feierten Tierschützerinnen und Tierschützer sowie Sympathisierende den Freispruch. Dabei kam es zu einer im Wortsinn symbolischen Geste, die erst unlängst bekannt wurde. Auf einem ORF-Video ist ein Mann zu sehen, der von einem Fenster des Gerichts aus mit einer zur Pistole geformten Hand auf die Gruppe der Feiernden zielt.<sup>42</sup> Es handelte sich dabei um einen Staatsanwalt und stellvertretenden Behördensprecher.<sup>43</sup> Die Geste enthält noch eine weitere unmittelbare symbolische Verknüpfung zum Tierschutzprozess: Dem Zweitbeschuldigten wurde genau so eine Geste als gefährliche Drohung vorgeworfen – er hatte diese immer bestritten. Bildmaterial gab es in diesem Fall keines. Die in einer pistolenähnlichen Haltung geformte Hand ist bereits für sich genommen ein Symbol, da sie für etwas anderes steht als sie selbst ist. Die Geste des StA im gegebenen Zusammenhang ist in verschiedener Hinsicht interpretierbar – von einem Zeichen bloßen Ärgers über die Feiernden bis hin zum Symbol dafür, dass der Staat die Aktivistinnen und Aktivisten mit Waffengewalt verfolgt. Die Geste lässt nicht bloß einen Bias des StA vermuten, sie steht auch für den Verstoß von Staatsanwaltschaft und Polizei gegen den Objektivitätsgrundsatz (§ 3 StPO) in der Tierschutzcausa überhaupt. Verstärkt wird dies durch den Umstand, dass es sich um den stellvertretenden Behördensprecher handelte, von dem besondere Korrektheit nach außen hin zu erwarten wäre.

Wie die obigen Beispiele zeigen, war der Tierschutzprozess vergleichsweise reich an Handlungen bzw Gesten mit Symbolwert, die darauf hindeuten, wie umstritten dieser Prozess war, wie sich hier gesellschaftliche Bruchlinien manifestierten und dass die Vorgehensweise von Staatsanwaltschaft und Polizei gegen die Tierschützer und Tierschützerinnen, aber auch die Verhandlungsführung der Richterin auf breite Ablehnung stieß.<sup>44</sup>

---

39 15 Os 116/08k. Die Entscheidung erging allerdings zeitlich *vor* den erwähnten Beiträgen *Maiers* und *Veltens*. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der OGH seine Rechtsauffassung revidiert.

40 Vgl auch *Theuer*, Im Zweifel gegen die Angeklagten, *Der Standard* 3.8.2011, 31 sowie *ders*, Was die Polizei verschweigen darf, *derStandard.at* 2.8.2011, <http://derstandard.at/1311802550070>.

41 41 Hv 68/09z (= 41 Hv 3/10t). Zu Medienberichten zum Urteil siehe *Theuer*, *JSt* 2011, FN 20 mwN.

42 Die Filmsequenz wurde gezeigt in den Sendungen *Heute in Österreich* und *Am Schauplatz* (ORF 2, 31.8.2012, 17:08 bzw 20:14).

43 <http://kurier.at/nachrichten/4510207-staatsanwalt-zielte-mit-pistolenhand.php>.

44 Dies ergibt sich ua aus einer Betrachtung der Medienberichte, Leserinnen- und Leserbriefe, und Foreneinträge. Auch von Polizei- und Justizangehörigen hört man durchaus auch kritische Stimmen. Eine repräsentative Umfrage oder

#### 4. Evaluierungen, Verfahrenseinstellungen, Novellierungspläne

Trotz der von fachlicher Seite und von der Allgemeinheit geäußerten Kritik am Verfahren ist fraglich, ob es in absehbarer Zeit zu einer maßgeblichen Änderung der Rechtslage kommen wird. Zwar war seitens des Justizministeriums als Reaktion auf den Tierschutzprozess eine Evaluierung desselben und des § 278a angekündigt worden. Doch ist erstere bislang nicht erfolgt und letztere rein dogmatisch. Den Tierschutzprozess, dem sie sich zu verdanken hat, erwähnt sie mit keinem Wort.<sup>45</sup> Es werden einige Vorschläge für mögliche Änderungen des § 278a erstattet, von denen das Justizministerium, so die Ankündigung der Ministerin, einen zu übernehmen gedenkt:<sup>46</sup> Das alternative Erfordernis der Einflussnahme auf Politik oder Wirtschaft soll ersatzlos gestrichen werden, womit die bisher andere Alternative – Bereicherungsstreben in großem Umfang<sup>47</sup> – zur notwendigen Tatbestandsvoraussetzung würde. Für eine solche Halbsatzstreichung hätte es einer aufwändigen Evaluierung nicht bedurft, Vorschläge in diese Richtung machten schon lange vorher die Runde und wurden auch vom Erstautor dieses Artikels angesprochen.

Die von der Justizministerin angekündigte, als Reaktion auf den Tierschutzprozess erfolgte Novelle des § 278a wäre keine rein symbolische Gesetzgebung, wenngleich eine solche mit Symbolcharakter. Es darf allerdings bezweifelt werden, ob ein im Sinne des Novellenvorhabens gefasster § 278a die Staatsanwaltschaft im Tierschutzprozess von ihrer Anklage abgehalten hätte. Der VGT verfügt über ein Jahresbudget von rund 600.000 Euro. Bereicherungsstreben in großen Umfang hätte mit der Behauptung ins Treffen geführt werden können, die kriminelle Tierschutzorganisation strebe danach, Kampagnen mittels im Hintergrund begangener Straftaten für sich zu entscheiden und durch diese Erfolge Spenden zu lukrieren. Die Soko Bekleidung war tatsächlich noch fantasievoller und nahm die Bemühungen des VGT, Supermarktketten für das Gütesiegel „Tierschutz geprüft“ zu gewinnen, zum Anlass, in Richtung Schutzgelderpressung zu ermitteln. Das Führen des Sigels ist mit einer Gebühr verbunden, die va Kosten für damit zusammenhängende Kontrollen durch die Tierschutzorganisationen abdecken soll. Bei dieser Gebühr könnte es sich um Schutzgelder handeln, so die Überlegungen der Soko. Das Beispiel illustriert: Die von der Ministerin in Aussicht gestellte Halbsatzstreichung wäre eine Minimal-Reform, die zu kurz greift. Eva Maria *Maier* weist darauf hin, dass ziviler Ungehorsam (der, wie *Maier* betont, nicht selten symbolbehaftete Aktionen beinhalte, mitunter auch „relativ geringfügige symbolische Rechtsbrüche“ wie „symbolische Tierbefreiungen“) ein wichtiges, geradezu notwendiges Instrument der Tierschutzbewegung ist, ohne den Erfolge wie das Verbot von Legebatterien oder das Verbot von Versuchen an Menschenaffen (§ 3

---

umfassende Medienanalyse liegt derzeit soweit ersichtlich nicht vor. Vgl zur Kritik an der Verhandlungsführung *Velten*, Ein Prozesstag am Landesgericht Wiener Neustadt, JSt 2010, 211. Die Kritik replizierte die Richtervereinerung mit einer Strafanzeige gegen die Autorin. Siehe *Theuer*, JSt 2011, 206 FN 16 mwN.

45 Bericht III-348 BlgNR 24.GP, verfasst von Susanne *Reindl-Krauskopf/Farsam Salimi*.

46 Irene *Brickner*, Justizministerin Karl ändert „überschießenden“ Antimafiaparagraphen, Der Standard 20.7.2012. Ein Ministerialentwurf liegt derzeit (1.11.2012) dazu noch nicht vor.

47 Dazu *Fabrizy*, StGB<sup>10</sup> § 278 Rz 7.

Abs 6 TVG) nicht gelungen wären.<sup>48</sup> Auch das Pelzfarmverbot (§ 25 Abs 5 TSchG) ist hier beispielhaft zu nennen. Der Rechtsstaat muss gerade gegenüber solchen Handlungen zurückhaltend sein.<sup>49</sup> Ist eine solche Zurückhaltung von den Behörden nicht zu erwarten (wie am Beispiel des Tierschutzprozesses anschaulich wurde) muss legislativ nachgeschärft werden. Die angekündigte Novelle ist dafür nicht ausreichend.

Nicht bloß auf legislativer Ebene hatte bzw hat der Tierschutzprozess ein der Vehemenz der Kritik seitens Öffentlichkeit und Fachwelt wenig gerecht werdendes Nachspiel. Mehrfach wurde die Soko Bekleidung angezeigt, am ausführlichsten vom Grünen Justizsprecher Mag. Albert *Steinhauser*, ua wegen Missbrauchs der Amtsgewalt und Urkundenunterdrückung.<sup>50</sup> Soko-Beamte hatten mit den verdeckten Ermittlungsergebnissen den ultimativen Entlastungsbeweis der Tierrechtlerinnen und Tierrechtler verheimlicht, sowie weitere Beweisergebnisse manipuliert und falsch dargestellt, wie sich aus der Anzeige ergab. Die Korruptionsstaatsanwaltschaft stellte das Verfahren ein. Sie behauptete, die Polizei hätte einen Spielraum zu beurteilen, was sie als entlastend sehe und folglich weiterleiten müsse; und die verdeckten Ermittlungsergebnisse als neutral zu sehen (und folglich nicht weiterzuleiten bzw offenzulegen) sei vertretbar.<sup>51</sup> Der Rechtsstandpunkt sorgte für Empörung und sandte fatale Signale in Richtung Kriminalpolizei. Entlastendes kann ungestraft verschwiegen werden, war der an Polizeibehörden und -organe gerichtete Subtext. Die Tierschutzaktivisten und -aktivistinnen beantragten die Fortführung des Verfahrens. Das Straflandesgericht Wien folgte dem nicht (wenngleich der staatsanwaltschaftliche Ansatz zu polizeilicher Beweismündigung keine Zustimmung fand).<sup>52</sup> Auch diese Entscheidung war von Symbolen begleitet. Eine Richterin des zur Entscheidung berufenen Dreiersenates soll Pelzträgerin sein. Als solche hat sie mitentschieden, die Soko Pelz (wie die Soko Bekleidung auch genannt wurde) vor Verfolgung zu bewahren. Das von ihr getragene Statussymbol steht allgemein für nach außen zur Schau gestellten Wohlstand und Luxus, mit Bezug auf Tiere für Indifferenz gegenüber Tierleid. Im konkreten Zusammenhang mit der gegenständlichen Entscheidung wurde der Pelz zudem zum Zeichen von Voreingenommenheit aufgrund persönlichen Lebensstils. Und damit zum genauen Gegenteil dessen, wofür der Talar stehen sollte: Objektivität und Äquidistanz zu allen Gesellschaftsschichten und Weltanschauungen.<sup>53</sup> Das polarisierende Thema Pelz eignet sich wenig für Zwischenpositionen oder neutrale Haltungen. Wer keinen Pelz trägt, muss deshalb nicht gegen Pelz sein. Doch wer einen trägt, nimmt nach außen sichtbar in eindeutiger Weise Stellung und befindet sich zudem im Widerspruch zu Wertungen des Gesetzgebers, der Pelzfarmen verbietet (§ 25 Abs 5

---

48 *Maier*, *juridikum* 2010, 53ff.

49 Siehe auch Jürgen *Habermas*, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in *Glötz* (Hg), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat* (1983), insb 40 ff.

50 Näher dazu *Theuer*, *JSt* 2011, 207 u 2012 mwN.

51 Näher dazu sowie zum Folgenden *Theuer*, *JSt* 208 ff mwN.

52 132 Bl 168/11a.

53 Vgl *Danek* in *WK-StPO* vor § 228 Rz 10.

TSchG). Betrachtet man diese Außenwirkungen, hätte der Kleidungsstil der erwähnten Richterin kaum unpassender sein können.

Wo die Tierschützer und Tierschützerinnen sich auch hinwandten, sie drangen mit ihren Eingaben nicht durch. Der UVS erklärte sich für unzuständig und leitete die Beschwerde – nachdem er ein Jahr untätig verstreichen ließ – an die DSK weiter, wodurch ein Verfristungsproblem auftrat. Die VA wiederum schloss ihr Prüfverfahren ohne Missstandsfeststellung ab<sup>54</sup>.

Einen Ausgleich für die enormen Kosten des Tierschutzprozesses, aber auch für das psychische und körperliche Leid in der Untersuchungshaft, erhielten die Freigesprochenen bislang nicht. Der maximale Pauschalbetrag zu den Verteidigungskosten in Höhe von 1.250 Euro (§ 393a StPO) ist ein fast zu vernachlässigender Bruchteil der tarifmäßigen Kosten, die mit über 400.000 Euro je Verteidigerin bzw Verteidiger und Mandantin bzw Mandanten angesetzt werden.<sup>55</sup> Und eine Haftentschädigung von rund 100 Euro pro Tag<sup>56</sup> steht in keinem Verhältnis zu den potentiell traumatischen Erfahrungen, welche die Tierschützer und die Tierschützerin aufgrund von Festnahme und Untersuchungshaft durchlebten. Just zu jener Zeit, in der die Medien über die zu erwartende bescheidene Haftentschädigung der Tierschutzaktivistinnen und -aktivisten berichteten, kam eine Meldung aus England, wonach der österreichische Waffenlobbyist und Jäger Alfons *Mensdorff-Pouilly* von Großbritannien umgerechnet etwa 430.000 Euro für eine Woche in England verbrachter Untersuchungshaft erhielt<sup>57</sup> – eine bloße Koinzidenz, aber sie bringt stratifikatorisch differenzierte, strukturell bedingte Ungerechtigkeiten in der Rechtsanwendung plakativ zum Ausdruck.

Was den freigesprochenen Tierschützerinnen und Tierschützern bleibt, ist ein Amtshafungsverfahren mit all seinen Unwägbarkeiten. Ein solches wird derzeit vorbereitet. Vorbereiten müssen sich fünf der Freigesprochenen auch auf das Berufungsverfahren im Tierschutzprozess. Den Vorwurf des § 278a ließ die StA fallen; wegen Nötigung, Sachbeschädigung und Tierquälerei hat sie hingegen berufen. Im erstinstanzlichen Verfahren hatte die StA noch versucht, die Tatbestandsmäßigkeit des Nötigungsvorwurfs durch einen (sehr weit hergeholt)en Bezug zu Sachbeschädigungen herzustellen: Ein Mail des Zweitangeklagten an Kleider Bauer hatte den Hinweis auf eine vergangene Kampagne (gegen Peek & Cloppenburg) beinhaltet, außerhalb derer (was im Mail nicht erwähnt wurde) es durch Unbekannte zu Sachbeschädigungen gegen das Unternehmen gekom-

54 Schreiben der VA (Mag.<sup>a</sup> Terezija Stoitsits) vom 2.5.2011, GZ VA-BD-I/0663-C/1/2010.

55 Vgl die Aussage Mag. Stefan Traxlers (Verteidiger von vier Beschuldigten) in der Sendung *Am Schauplatz* (aaO) sowie <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/721433>. Dabei ist freilich zu beachten, dass drei der fünf (bzw später der sechs) Rechtsanwälte und -anwältinnen mehrere Beschuldigte vertraten.

56 Dies war die von der Rsp entwickelte Obergrenze, welche freilich in Sonderfällen – der Tierschutzprozess wäre fraglos ein solcher – überschritten wurde (Georg Kodek/Petra Leupold in WK<sup>2</sup> StEG § 5 Rz 35 u 36 mwN). Nach § 5 StEG idgF ist der Höchstbetrag 50 Euro. Kodek/Leupold sprechen von einem „nur symbolischen Betrag“ und halten diesen jedenfalls in Fällen gesetzwidriger Haft mit guten Gründen für verfassungsrechtlich bedenklich (Kodek/Leupold in WK<sup>2</sup> StEG § 5 Rz 41).

57 <http://derstandard.at/1304552812714> (9.9.2012).

men war. Diesen Hinweis deutet die StA als Drohung. In Ihrer Berufungsschrift genügt für die StA mittlerweile bereits das regelmäßige (ordnungsgemäß angemeldete) Demonstrieren vor einem Geschäft wie Kleider Bauer, damit der Tatbestand der Nötigung hergestellt ist.<sup>58</sup> Die StA hat damit ein Anklagekonstrukt geschaffen, das vom Wortlaut des Gesetzes kaum weiter entfernt sein könnte und einen Angriff auf die Versammlungsfreiheit darstellt, der in seiner Öffentlichkeitwirkung sehr deutlich ist: Wer demonstriert riskiert Strafverfolgung. Während die Staatsanwaltschaft aber immerhin das völlige Zusammenbrechen des Konstrukts einer kriminellen Tierschutzorganisation zu Kenntnis nahm, scheint der Freispruch am Verfassungsschutz spurlos vorübergegangen zu sein. Obwohl weder das Ergebnis des Tierschutzprozesses noch die intensive Beobachtung der Tierrechtsszene seitens des Verfassungsschutzes einen solchen Schluss zulässt, wird der VGT nach wie vor als radikale, gefährliche Tierschutzorganisation dargestellt.<sup>59</sup> Die vom VGT-Obmann diesbezüglich eingebrachte Anzeige wird wohl im Ergebnis das gleiche Schicksal teilen wie jene gegen die Soko.

Dies alles – eine verfolgungsunwillige Korruptionsstaatsanwaltschaft, ein gegenüber polizeilichem Fehlverhalten sehr mildes Gericht, unzureichende gesetzliche Grundlagen für einen angemessenen Ersatz der durch die Tierschutzcausa entstandenen Schäden, eine Evaluierung des § 278a, die, bloß rechtsdogmatisch und ohne den Tierschutzprozess auch nur zu erwähnen, mit viel Aufwand zu wenig legislativem Output führte, eine ausständige Evaluierung des Tierschutzprozess als solches, eine Berufung, die den Nötigungstatbestand als Substitut zum § 278a missbraucht, ein Verfassungsschutz, der die Ergebnisse des Freispruchs ignoriert – repräsentiert einen Rechtsstaat, der wenig bereit ist, Fehler, die bei bzw mit der Verfolgung der Tierschutzaktivisten und -aktivistinnen begangen wurden, aufzuarbeiten und dafür einzustehen. Dies kann als signifikant für eine wenig menschenrechtssensible Rechtskultur in Bezug auf behördliches und gerichtliches Fehlverhalten gesehen werden bzw wirft die Frage auf, inwieweit sich hier überhaupt von nichtintendierten Fehlern sprechen lässt.

## 5. Conclusio

Im Tierschutzprozess wurden die Angeklagten einem Strafverfahren unterzogen, das mit Symbolen stark aufgeladen war. Zwar sind moderne Gerichtsverfahren vergleichsweise arm an symbolischen Handlungen. Die Beispiele aus dem Tierschutzprozess haben aber verdeutlicht, dass Handlungen mit symbolischen Komponenten bei Gerichtsverfahren auch heute noch eine Rolle spielen können, besonders dann, wenn die Öffentlichkeit an solchen Verfahren Anteil nimmt. Selbst in einem stark normierten Setting wie jenem des Gerichtsprozesses hängt damit die Frage, wieweit symbolische Aspekte an Bedeutung gewinnen ei-

---

<sup>58</sup> Berufung vom 29.6.2012 (6 St 172/09h) Seite 3 f.

<sup>59</sup> BMI (Hg), Verfassungsschutzbericht 2012 (2012) 26ff. Zwar wird der VGT nicht namentlich erwähnt, aber es ist unzweifelhaft, wer gemeint ist.

nerseits von den Akteuren und Akteurinnen, andererseits von den konkreten Umständen ab. Symbolische Aspekte treten dabei sowohl während der Prozesshandlung selbst als auch außerhalb dieser zu Tage, etwa im Rahmen aktionistischer Vorgehensweisen.

Die Einführung des § 278a war kein intendierter Akt symbolischer Gesetzgebung. Novellen zur Präzisierung des § 278a könnte man aufgrund ihrer eingeschränkten Effektivität als semi-symbolische Gesetzgebung bezeichnen. Die mangelnde Präzisierung erlaubte es der StA Wiener Neustadt im Tierschutzprozess eine Klammer zwischen Straftaten durch Unbekannte und bekannten Tierschutzaktivistinnen und -aktivisten auf Ideologieebene zu konstruieren. Der Strafantrag war insofern rein symbolisch (und ist mit symbolischer Gesetzgebung vergleichbar) als er sich kaum auf belastbares Beweismaterial stützen konnte und Scheinschlussfolgerungen enthielt. In seinen Auswirkungen war er freilich sehr real.

§ 278a weist damit eine große Differenz auf zwischen dem, was er seiner Zielsetzung gemäß deklariert, und dem, wie er in seiner Anwendung wirksam wurde. Ursprünglich als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität geschaffen, ist er mittlerweile eher zum Symbol eines fehlgeschlagenen, falsch angewendeten, geradezu missbrauchten Straftatbestandes geworden, mit dem gegen unbequeme Bürgerinnen und Bürger vorgegangen wird. Der ohnehin breite und unbestimmte Auslegungsspielraum des § 278a könnte – in Verbindung mit einer schwer zu antizipierenden, Willkürelemente aufweisenden Anwendungspraxis und weiteren Rechtsunsicherheiten – für diejenigen Bürgerinnen und Bürger, die auf der sicheren Seite sein wollen, bedeuten, legales zivilgesellschaftliches Engagement einschränken zu müssen. Der Tierschutzprozess könnte das Bestreben des Staates symbolisieren, unangenehmen Protest mit allen – eventuell auch illegalen – Mitteln zu bekämpfen. Die Wirkungsmacht dieses (auch) symbolischen Aspekts wird ua davon abhängen, ob der Tierschutzprozess und vor allem behauptete Rechtswidrigkeiten bei den Ermittlungen rechtsstaatlich seriös aufgearbeitet werden. Bislang ist eine solche Aufarbeitung nicht gelungen. Die Evaluierung des § 278a war grundsätzlich eine sinnvolle Maßnahme, doch sie beschränkte sich auf Rechtsdogmatik, setzte sich mit dem Tierschutzprozess nicht auseinander und resultierte in einem unzureichenden Mini-Novellierungsvorhaben des Justizministeriums. Paradigmatisch für die bislang völlig unzureichende rechtsstaatliche Aufarbeitung des polizeilichen Fehlverhaltens in der Tierschutzcausa steht insbesondere die voreilig vorgenommene, bedenklich begründete Verfahrenseinstellung der Korruptionstaatsanwaltschaft sowie die sie bestätigende Entscheidung des Straflandesgerichts Wien.

Eberhart Theuer ist Jurist und hat den Tierschutzprozess jeden Verhandlungstag beobachtet; eberhart.theuer@univie.ac.at

Erwin Lengauer ist Philosoph und spezialisiert auf Rechts- und Tierethik; erwin.lengauer@univie.ac.at

Beide beschäftigen sich im Rahmen eines Forschungsprojekts der Forschungsstelle für Ethik und Wissenschaft im Dialog (FEWD) an der Universität Wien mit Organisationsstrafrecht konkret am Beispiel des Tierschutzprozesses (siehe [www.tierschuetzerprozess.at](http://www.tierschuetzerprozess.at)).

# Die Kindes-Obsorge zwischen Höchstgerichten, Gesetzgebung und Lebensrealität

Caroline Voithofer

---

Die Regelungen über die Kindes-Obsorge stehen spätestens seit dem Jahr 2010 immer wieder auf der rechtspolitischen Tagesordnung. Während die Väterrechtsbewegung es versteht, politischen Druck aufzubauen, schaffen es feministische Aktivist\_inn\_en mit differenzierten Ansichten nicht, breit zu mobilisieren. Die rechtliche Anerkennung von Lebensentwürfen jenseits des biologischen Vater-Mutter-Verhältnisses ist in der Diskussion unter- und die Diskriminierung von biologischen Vätern überrepräsentiert. Unter diesen Vorbedingungen lud die ehemalige Justizministerin *Bandion-Ortner* im Juni 2010 zu einer Obsorge-Enquete. Auch nach der Enquete ging sie von folgender Prämisse aus: „Die gemeinsame Obsorge ist einfach der natürliche Zustand. Der unnatürliche ist, wenn sie einem Elternteil entzogen wird.“<sup>1</sup> Während der letzten zwei Jahre wurde in den Ministerien an Gesetzesvorschlägen gearbeitet. Zur Aussendung eines Begutachtungsentwurfs kam es aber erst am 10.10.2012.<sup>2</sup> Die politische Absicht, Änderungen im Kindschaftsrecht nun tatsächlich durchzuführen, wird ua damit begründet, dass diese Änderungen aufgrund der höchstgerichtlichen Judikatur unvermeidbar sind.<sup>3</sup>

## 1. Was bisher vor den Höchstgerichten geschah

Vor allem die zentrale Bestimmung der Obsorge unehelicher Kinder – § 166 ABGB – genießt seit dem Jahr 2010 die Aufmerksamkeit der Höchstgerichte. § 166 Satz 1 ABGB lautet: „Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut.“ Noch im Jahr 2010 hielt der OGH diese Bestimmung für verfassungsrechtlich unbedenklich, obwohl im Verfahren ein Aufhebungsantrag nach Art 89 (2) iVm Art 140 B-VG mit Verweis auf die EGMR Entscheidung im Fall *Zaunegger gg Deutschland* angeregt wurde.<sup>4</sup> Der OGH ging davon aus, dass die österreichische Bestimmung konventionskonform sei, obwohl die durch den EGMR als konventionswidrig erkannte deutsche Rechtslage mit der österreichischen ident war. Der OGH argumentierte inhaltlich, dass der EGMR die vorläufige Zuweisung der alleinigen Obsorge an die Mutter mit Art 14 iVm Art 8

---

1 <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c94848525f84a63012aec64a6ff201d.de.html>, 3.11.2012.

2 Entwurf für ein Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012, 423/ME 24. GP.

3 Vgl Erl zu 423/ME 24. GP, 1.

4 OGH 22.4.2010, 2Ob66/10k Rz 2.

EMRK grundsätzlich anerkenne.<sup>5</sup> Nach dem Grundsatz *mater semper certa est* sei durch § 166 Satz 1 ABGB die rechtliche Vertretung eines unehelichen Kindes sofort ab der Geburt sichergestellt.<sup>6</sup> Einige Monate später stellte das LGZ Wien einen Aufhebungsantrag von § 166 Satz 1 ABGB an den VfGH. Das LGZ Wien ging vor dem Hintergrund einer weiteren Entscheidung des EGMR davon aus, dass „[...] das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichbehandlung von Müttern und Vätern einerseits sowie von Vätern unehelicher Kinder und Vätern ehelicher Kinder andererseits [...]“<sup>7</sup> durch die angefochtene Bestimmung verletzt werde. Bei dem EGMR-Fall auf den sich das LGZ Wien stützte, handelte es sich diesmal aber um einen Fall gegen Österreich, nämlich *Sporer gg Österreich*.<sup>8</sup> Die Rechtsprechungslinie des EGMR hatte sich inhaltlich nicht geändert, jedoch wurde mit der Entscheidung gegen Österreich die konventionswidrige Rechtslage unübersehbar und damit das Instanzgericht zur Antragstellung verpflichtet.<sup>9</sup> Der VfGH hob – wie zu erwarten war – am 28.6.2012 die angefochtene Bestimmung wegen Verstoßes gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK als verfassungswidrig auf.<sup>10</sup> Die Konventionswidrigkeit der aufgehobenen Bestimmung besteht nicht im Wortlaut,<sup>11</sup> sondern in einer möglichen Wirkung der automatisierten alleinigen Obsorge der biologischen Mutter. Der biologische Vater eines unehelichen Kindes ist zur Erlangung der Obsorge entweder darauf angewiesen, dass die Mutter dieser zustimmt oder dass die Mutter das Kindeswohl derart gefährdet, dass ihr die Obsorge durch das PflEGSgericht entzogen wird.<sup>12</sup> Wenn kein Einvernehmen der Eltern erzielt wird, muss das PflEGSgericht nach § 176 ABGB die Obsorge einem Elternteil allein zuweisen, selbst wenn die Obsorge beider Eltern dem Kindeswohl besser entsprechen würde.<sup>13</sup> Damit zwingt die österreichische Gesetzgebung die Eltern allerdings bislang nicht gegen ihren Willen zur gemeinsamen Obsorge. Für die aufgehobene Bestimmung ergibt sich aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, dass sie in ihrem Wortlaut bestehen bleiben kann, wenn „[...] dem Vater die Möglichkeit [gegeben wird], die Obsorge – unter maßgeblicher Beachtung des Kindeswohls [...] zu erlangen [...]“<sup>14</sup> Da die Aufhebung erst mit 1.2.2013 wirksam wird, hat der Gesetzgeber noch die Möglichkeit entsprechende Regelungen zu treffen.<sup>15</sup>

---

5 OGH 22.4.2010, 2Ob66/10k Rz 2.

6 EGMR 3.12.2009, *Zaunegger gg Deutschland* Rz 63; EGMR 3.2.2011, *Sporer gg Österreich* Rz 85. Als Mutter gilt gemäß § 137b ABGB die Frau, die das Kind geboren hat.

7 Zitiert nach VfGH 28.6.2012, G 114/11 I.4.

8 EGMR 3.2.2011, *Sporer gg Österreich*, 35637/03.

9 Ebenda III.4.

10 VfGH 28.6.2012, G 114/11, BGBl I 68/2012.

11 EGMR 3.12.2009, *Zaunegger gg Deutschland*, 22028/04 Rz 55; EGMR 3.2.2011, *Sporer gg Österreich*, 35637/03 Rz 85.

12 EGMR 3.12.2009, *Zaunegger gg Deutschland* Rz 60 u 63; EGMR 3.2.2011, *Sporer gg Österreich* Rz 81 und 90.

13 OGH 30.8.2011, 10Ob68/11i.

14 VfGH 28.6.2012, G 114/11, III.6.1.

15 Ob eine verfassungskonforme Interpretation des Satzes möglich gewesen wäre, kann in diesem Beitrag dahingestellt bleiben.

## 2. Was sein könnte: Begutachtungsentwurf

Im nun ausgesandten Begutachtungsentwurf ist die Obsorge beider biologischer Eltern als Leitbild verankert.<sup>16</sup> An der Unterscheidung zwischen verheirateten und nicht verheirateten Eltern wird, entgegen anderer Absichtserklärungen, festgehalten. Die Obsorge beider Eltern soll automatisch in Kraft treten, wenn die Eltern im Zeitpunkt der Geburt verheiratet sind oder einander später ehelichen.<sup>17</sup> Solange die Eltern nicht verheiratet sind, soll weiterhin die Mutter zunächst allein mit der Obsorge betraut sein.<sup>18</sup> Die Obsorge beider Eltern können diese durch übereinstimmende Willenserklärung vor einem Standesbeamten/einer Standesbeamtin unabhängig davon, ob sie im gemeinsamen Haushalt leben, bestimmen. Ein konventionskonformer Zustand wird über die Bestimmungen zur Änderung der Obsorge – geregelt in § 180 ABGB idF des Entwurfs – hergestellt. Diese Bestimmung soll für jede Änderung der bereits bestehenden Obsorgeregelung zur Anwendung kommen. Der Entwurf verabschiedet sich damit von dem Grundsatz, dass bei Fehlen der Einvernehmlichkeit die Obsorge einem Elternteil allein zuzusprechen ist und schlägt einen für das österreichische Familienrecht gänzlich neuen Weg vor: Die bisherige Obsorgeregelung bleibt für einen Zeitraum von sechs Monaten aufrecht, ein\_e Obsorgeberechtigte\_r hat die hauptsächliche Betreuung des Kindes im eigenen Haushalt zu übernehmen und dem/der anderen wird ein Kontaktrecht in dem Ausmaß zugesprochen, das diesem/dieser ermöglicht an der Pflege und Erziehung des Kindes mitzuwirken. Im Entwurf heißt es: „Für diesen Zeitraum sind im Einvernehmen der Eltern oder auf gerichtliche Anordnung die Details des Kontaktrechts, der Pflege und Erziehung sowie der Unterhaltsleistung festzulegen.“<sup>19</sup> Die biologischen Eltern werden für einen Zeitraum von sechs Monaten verpflichtet eine gemeinsame Obsorge in der light-Version zu leben. Dieser Zeitraum kann, um es noch einmal zu wiederholen, durch einen bloßen Antrag zur Änderung der bisherigen Obsorgeregelung ausgelöst werden. Sollte freilich das Kindeswohl gegen diese Probezeit sprechen, ist sie hinfällig. „Nach Ablauf des Zeitraums hat das Gericht auf der Grundlage der Erfahrungen in der Phase [...] und nach Maßgabe des Kindeswohls über die Obsorge endgültig zu entscheiden.“<sup>20</sup> Dabei kann das Gericht auch die Obsorge beider Eltern bestimmen. Es wäre aber eine aufgezwungene gemeinsame Obsorge, die sowohl die Eltern, das Kind als auch das Außerstreitgericht in Folgekonflikte verstricken kann, wenn die Eltern in Erziehungsfragen kein Einvernehmen erzielen. Ein erneuter Antrag, der wieder die skizzierte Probezeit in Gang setzt, kann nach maßgeblicher Änderung der Verhältnisse jederzeit gestellt werden. Von einer endgültigen Entscheidung kann also keine Rede sein. Durch die Unsicherheit, welche Änderungen maßgeblich genug sind, um einen Antrag

---

16 § 137 Abs 2 1 Satz 3 ABGB idF 423/ME 24. GP.

17 § 177 Abs 1 ABGB idF 423/ME 24. GP.

18 § 177 Abs 2 Satz 1 ABGB idF 423/ME 24. GP.

19 § 180 ABGB idF 423/ME 24. GP.

20 § 180 ABGB idF 423/ME 24. GP.

zur Änderung der Observe nach § 180 ABGB zu begründen, ist wohl gerade für die ersten Jahre nach dem Inkrafttreten der Bestimmung eine große Anzahl an Anträgen zu erwarten.

### 3. Der Entwurf als Lösung?

Mit dem vorliegenden Entwurf wären die Konventionswidrigkeiten beseitigt und jedem biologischen Elternteil wäre es möglich, an der Observe beteiligt zu werden. Die Umsetzung ist allerdings insofern überschießend, als auch jenen biologischen Vätern ein Antragsrecht zukommt, die nicht vom Schutzbereich des Art 8 EMRK erfasst sind. Art 8 EMRK setzt eine tatsächliche familiäre Verbindung mit dem Kind voraus.<sup>21</sup> Andere Personen, die sehr wohl in einem Familienverhältnis nach Art 8 EMRK zu dem Kind stehen, werden selbst nicht in die Lage versetzt, an der Observe der biologischen Eltern beteiligt zu werden und das obwohl sich Bundesministerin Heinisch-Hosek noch im Juli ausdrücklich dafür ausgesprochen hatte.<sup>22</sup> Das biologische Vater-Mutter-Kind-Leitbild wird weiter gestützt und allen, die davon in der Lebenswirklichkeit abweichen, gezeigt, dass ihr Familienverhältnis (rechts-)staatlich nicht gewünscht ist. Lediglich der Personenkreis für die Vertretung eines observeberechtigten Elternteils durch eine mit ihm „[...] nicht nur vorübergehend im gemeinsamen Haushalt lebende volljährige Person, die in einem familiären Verhältnis zum Elternteil steht [...]“<sup>23</sup> wurde erweitert. Diese Vertretung gilt aber nur subsidiär falls auch der allenfalls zweite observeberechtigte biologische Elternteil verhindert ist und der/die Vertreter\_in hat den mutmaßlichen Willen des/der Vertretenen zu erfüllen. Zu kritisieren ist auch, dass die Selbstbestimmung der Eltern dem Kindeswohl absolut untergeordnet und nicht einmal in den Erläuterungen erwähnt wird. Die Vater-/Mutter-Rolle hat das Leben zu dominieren. Dem kann eine Mutter nur entkommen, wenn kein rechtlicher Vater existiert, sei es durch das ihr verbleibende Recht, den Vater nicht zu nennen oder durch andere Varianten.<sup>24</sup> Das mögliche Spannungsverhältnis zwischen dem Kindeswohl und dem Wohl jedes Elternteils sollte wohl in einem geänderten Kindschaftsrecht zumindest bedacht werden. Es bleibt abzuwarten, ob der Entwurf in der vorliegenden Fassung noch heuer im Nationalrat beschlossen wird.

MMag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck und Mitglied der juridikum Redaktion; caroline.voithofer@uibk.ac.at

21 *Zaunegger gg Deutschland*, Rz 37; *Sporer gg Österreich*, Rz 70.

22 <http://diestandard.at/1339639110194/Reform-im-Familienrecht-Unzufriedenheit-bei-Heinisch-Hosek>; 6.11.2012. Vgl auch: *Guerrero*, Jenseits der Kernfamilie. ‚Funktionale Elternschaft‘, eine progressive Alternative aus den USA, *juridikum* 2010, 143–156.

23 § 139 Abs 2 ABGB idF 423/ME 24. GP.

24 § 163b ABGB idF; § 149 Abs 1 ABGB idF 423/ME 24. GP; zu den Varianten im Zusammenhang mit Fortpflanzungsmedizin: *Voithofer/Thöni*, Let’s go sperm shopping. Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten, *juridikum* 2011, 256–257.