

nr 4/2013

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Jurist_innen

recht & gesellschaft

Demotografiebegriff des EGMR
20 Jahre Weltkonferenz für Menschenrechte
Israel und UN-Menschenrechtsrat
Immer noch Guantánamo
Autoritärer Wettbewerbsetatismus in Spanien

debatte refugée protest

Zugang zu adäquater Grundversorgung

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl
und Brian-Christopher Schmidt

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH



Für ein
erfolgreiches Studium
zählt die richtige Lektüre.

Über 60 Lehrbücher

versandkostenfrei bestellen unter:

www.verlagoesterreich.at/studium

VERLAG
ÖSTERREICH

Die Rechtspolitik-Keule

Ines Rössl

Ende September fand in Innsbruck der Grundrechtstag der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter statt, der sich diesmal der „Zukunft der Geschlechter“ widmete.¹ In die aufmerksame und offene Stimmung der Debatten mischte sich an seltenen Stellen, und daher vielleicht umso auffälliger, eine altbekannte Redefigur: Die Diskreditierung progressiven Rechtsdenkens mit dem in Nebensätzen versteckten Hinweis auf den Unterschied zwischen Rechtspolitik und Rechtsdogmatik. Typischerweise sind es bei diesem Manöver immer die anderen, die angeblich rechtspolitisch argumentieren, während sich der oder die Redner_in selbstredend die Kandare der Rechtsdogmatik anlegt, um sich im Sinne von Objektivität und Sachlichkeit im Zaum zu halten. Oft schwingt dabei ein Ton von Selbstaufopferung mit.

Das Impulsreferat von *Peter Rosza* (Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Jugendwohlfahrt) beim Grundrechtstag war ein Beispiel für den genannten rhetorischen Gestus. Es ging darum, ob gleichgeschlechtliche Paare als Pflegeeltern zugelassen werden können, was von vielen Bundesländern in der Praxis bereits so gehandhabt wird.² Nicht hingegen in Niederösterreich. Dort wird gleichgeschlechtlichen Paaren die Pflegeelternschaft verwehrt. Ein Beschwerdeverfahren eines Paares ist derzeit beim VwGH anhängig,³ wobei es die Ironie des Falles will, dass die Antragstellerinnen als Sozialpädagogin bzw Kinderkrankenschwester tätig sind und somit geradezu ein Paradebeispiel für „geeignete“ Pflegeeltern abgeben würden.⁴

Anschließend an den Bericht von *Gabriele Herlitschka* (Magistrat der Landeshauptstadt Innsbruck, Amt für Jugendwohlfahrt), welche die Praxis gleichgeschlechtlicher Pflegeelternschaft in Innsbruck schilderte, begann *Peter Rosza* seinen Vortrag mit einem lapidaren, aber vielsagenden Hinweis darauf, dass *er* sich an das geltende Recht gebunden fühle.⁵ – Wollte er damit zum Ausdruck bringen, seine Vorrednerin tue das nicht, sei vielleicht gar fühllos gegenüber der Bindungskraft des geltenden Rechts, während er selbst sich als Hüter wertungsfreier Rechtsanwendung inszenierte? Man konnte sich

1 www.richtervereinigung.at/images/Texte/grundrechtstag%202013.pdf (12.11.2013), siehe auch den Tagungsbericht von *Kozal/Voithofer* in *juridikum* 3/2013.

2 Vgl auch *Brnada*, Nicht von schlechten Eltern, *Die Zeit*, 9.11.2013, <http://www.zeit.de/2013/46/adoption-pflegekinder-homosexuelle-oesterreich> (12.11.2013).

3 VwGH 2011/11/0173.

4 Vgl *Kurier*, Lesbischem Paar wird Pflegeelternschaft verwehrt, 28.1.2013, <http://kurier.at/chronik/oesterreich/nieder-oesterreich-lesbischem-paar-wird-pflegeelternschaft-verwehrt/2.928.892> (12.11.2013).

5 Mangels Tonaufnahme paraphrasiere ich.

dieses Eindrucks nicht recht erwehren. Dabei strotzt der von ihm zitierte § 184 ABGB nicht vor Eindeutigkeit.⁶ Was ist im Lichte des Kindeswohls, das als oberstes Prinzip im Obsorge- und Pflegschaftsrecht gilt, „eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung“? Wird damit wirklich auf das Geschlecht und die sexuelle Identität der leiblichen Eltern bzw Pflegeeltern abgestellt? Oder geht es schlichtweg um die Qualität der Beziehung zwischen den Pflegepersonen und dem Kind, also um die Frage, ob diese stabil und von Verantwortlichkeit geprägt ist?⁷ Man könnte sich trefflich streiten.

Dass juristische Methoden nicht zu eindeutigen Auslegungsergebnissen führen, ist auch hartgesottenen Rechtspositivist_innen bewusst. Ansonsten müssten die in Aufsätzen und Lehrbüchern beliebten Wertungskürzel wie „anderer Ansicht“ oder „völlig verfehlt“ nachhaltige Irritationen des gesamten Berufsstands herbeirufen. Es gibt sie also, die unterschiedlichen Sichtweisen auf die Dinge. Allerdings kommt bei *diesen* Meinungsverschiedenheiten niemand auf die Idee, den Diskussionsteilnehmer_innen Unwissenschaftlichkeit oder rechtspolitische Argumentationsweise vorzuwerfen. Bei aller Unterschiedlichkeit der Argumente und Ergebnisse wird ohne weiteres als Prämisse akzeptiert, dass sich alle im rechtswissenschaftlichen Sprachspiel befinden und würdig sind, ihre Argumente einzubringen.

Wenn unterschiedliche Auslegungsergebnisse noch keinen Ausschluss aus der Gemeinschaft rechtsdogmatischer Wissenschaft bedeuten, was ist es dann, das die „Rechtspolitik-Keule“ zum Schwingen bringt? Der Verdacht liegt nahe, dass dies vor allem in politisch umkämpften Themenfeldern geschieht, in denen Veränderungen im Gange oder zumindest denk- und sagbar geworden sind, wie beispielsweise bei Fragen der Anerkennung von queeren Lebensformen. Jene, die diese Veränderungen scheuen, disqualifizieren andere als „undogmatisch“, eine Strategie, die als Argumentations- und Reflexionsstopp fungiert, um sich gar nicht erst auf die unerwünschten Debatten einlassen zu müssen. Sie selbst hingegen heften sich das Etikett rechtswissenschaftlicher Objektivität an.⁸ Es ist leicht, das Bestehende als „neutral“ zu verkaufen, denn seine politische Natur verschwindet in seiner Alltäglichkeit, entgeht unserem Blick, während Argumente, die auf eine Veränderung hinauslaufen, irritierend und damit „politisch“ wirken. Die feministische Theoretikerin *Catherine MacKinnon* formuliert pointiert: „If rationality is measured by point-of-viewlessness, what counts as reason will be that which corresponds to the way things are. Practical will mean that which can be done without changing anything.“⁹

6 Im vorliegenden Beitrag geht es natürlich weder um § 184 ABGB, noch um *Peter Rosza*, dessen Vortrag (mehr oder minder zufällig) lediglich als Beispiel herhalten muss.

7 So hält es *Haberl* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ (2011) § 186 Rz 3 jedenfalls für möglich, dass der/die eingetragene gleichgeschlechtliche PartnerIn eines leiblichen Elternteils Pflegeperson ist.

8 Im Übrigen sind auch RechtswissenschaftlerInnen, die sich dieses Etikett anheften, nicht davor gefeit, sich in den Dienst totalitärer Ideologien zu stellen. Vgl *Rössl*, Die gefährliche „Neutralität“ der JuristInnen, *juridikum* 2/2011.

9 *MacKinnon*, Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence (1983), in *Bartlett/Kennedy* (Hrsg), *Feminist Legal Theory* (1991) 181 (186).

Anders ausgedrückt: Was „neutral“ („point-of-viewless“) ist, entscheidet das herrschende Normengefüge.¹⁰

Was sind mögliche Antworten auf die „Rechtspolitik-Keule“? Eine Antwort ist kritische Rechtswissenschaft im engeren Sinn, die sich durch Reflexion der Disziplin selbst und ihres Gegenstandes auszeichnet.¹¹ Dazu gehören gerade auch Methodenkritik und die Frage nach den Selbsttäuschungsmechanismen der Rechtswissenschaft.¹² Die kritische Rechtswissenschaft ist sohin in der Lage, das scheinbar gesicherte Fundament dogmatischer Rechtsauslegung gehörig zu erschüttern.

Kritische Rechtswissenschaftler_innen können das Spiel allerdings auch mitspielen. Bei aller Zwiespältigkeit dieses Unterfangens – es ist eine Option. Und sie sollte – neben Methodenkritik und Metaebenen-Reflexion – durchaus ergriffen werden, um das Feld der Rechtsdogmatik nicht jenen Kräften zu überlassen, die auf die Beibehaltung des Status Quo drängen. Die Anliegen emanzipatorischer Rechtswissenschaft lassen sich in vielen Fällen in rechtsdogmatisch geformte Argumente gießen, dies zeigen gerade auch die Erfolge engagierter Anwaltschaft. Es gilt, in das gesellschaftliche Ringen um Bedeutung, das unter anderem mit Mitteln der Rechtsdogmatik ausgetragen wird, jene Stimmen und Perspektiven einzubringen, die für gewöhnlich übertönt oder überhört werden.

Die Verwendung rechtsdogmatischer Argumente im Sinne gesellschaftskritischer Ansätze hat zudem eine implizit methodenkritische Dimension. Denn wenn herrschaftskritischer Rechtsdogmatik vorgeworfen wird, sie sei „politisch“, so kann entgegnet werden, dass dieser Vorwurf, wenn er denn schon erhoben wird, logischerweise *alle* Teilnehmer_innen im rechtsdogmatischen Sprachspiel treffen muss. Also nicht nur jene, die bisherige Bastionen der Gewissheit anzweifeln, sondern ebenso die Fürsprecher_innen des Status Quo. Angesichts dieses Boomerang-Effekts der „Rechtspolitik-Keule“ beginnen die Konzepte von Neutralität und Objektivität zu bröseln; sie machen Platz für pragmatischere Kriterien „guter“ Rechtswissenschaft, die beispielsweise (darüber gilt es im Detail nachzudenken) in Transparenz der Argumentation und Berücksichtigung einer Vielzahl von Gründen und Perspektiven liegen könnten.

Mag.² Ines Rössl ist Mitherausgeberin des *juridikum* und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Legal Gender Studies der Johannes-Kepler-Universität Linz; ines.roessler@jku.at

10 Im Grunde ist es ähnlich wie mit laizistischen Staaten, die behaupten, der öffentliche Raum sei in weltanschaulicher Hinsicht neutral. Vgl. *Galeotti*, Zu einer Neubegründung liberaler Toleranz, in *Forst* (Hrsg.), *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend* (2000) 231–256 (238–245). *Galeotti* spricht von der „diskreten Normalität“ der Mehrheit, während Merkmale minorisierter Gruppen als „aufdringlich und auffällig“ gelten und daher aus der öffentlichen Sphäre ausgeschlossen werden (245).

11 Vgl. *Baer*, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung* (2011) 46.

12 Vgl. dazu beispielsweise *Alexander Somek* treffende und unterhaltsame Analyse der „gelungenen Methode“ und ihrer Suche nach dem Willen des Gesetzgebers: *Somek*, *Gesetzesbindung, in ders., Rechtliches Wissen* (2006) 53–106 (53–75).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 401 Die Rechtspolitik-Keule
Ines Rössl

merk.würdig

- 406 Kylie Again!
Zur sexuellen Ausrichtung im Asylrecht. EuGH, X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel
Petra Sußner
- 409 Telefonauskünfte zur vermuteten Unmöglichkeit von Barrierefreiheit
Marianne Schulze

recht & gesellschaft

- 412 Der Demokratiebegriff des EGMR
Florian Oppitz
- 424 Von der Wiener Weltmensenrechtskonferenz zu einem Weltgerichtshof für Menschenrechte
20 Jahre nach der Weltkonferenz über Menschenrechte 1993
Anna Müller-Funk / Manfred Nowak
- 432 Der Menschenrechtsrat zwischen Universalität und Gleichbehandlung und Politisierung
und Selektivität
Die Nichtteilnahme Israels an der Universellen Regelmäßigen Überprüfung
Herwig Wutscher
- 442 A Retrospective on the Continuing, Indefinite Detention of Muslim Men and Boys at
Guantánamo Bay
J. Wells Dixon
- 453 Verlangt das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit die Einschränkung der politischen Freiheiten?
*Spanien und die Neuzusammensetzung von Zwang und Konsens im autoritären
Wettbewerbsetatismus*
Imayna Caceres / Lukas Oberndorfer

debatte refugee protest

- 464 Zugang zu adäquater Grundversorgung für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive
Michael Frahm

thema

- 475 Vorwort: Jurist_innen
Ronald Frühwirth / Maria Sagmeister
- 478 In der Schreckstarre – Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium
Maria Sagmeister / Andreas Wöckinger
- 488 Die Suche nach der Lucona
Personalauswahl und Ausbildung in der Justiz
Oliver Scheiber
- 496 Richterinnen in Österreich
Gabriele Schneider
- 506 In Anzug und Krawatte – Geschlechterverhältnisse in der juristischen Praxis
Theresa Hammer
- 514 Verbesserung der Welt...
Zum Rollenverständnis einer Rechtsanwältin
Nadja Lorenz

- 516 Strukturen, Muße, Wesentliches
Ein Versuch über den Umgang mit Zeit in der Juristerei
Ronald Frühwirth
- 520 Lasst euch nicht unterkriegen!
Ein Aufruf, sich der Rechtswissenschaft anzunehmen
John Philipp Thurn

nach.satz

- 524 Gender Mainstreaming in der Legistik?
Anforderungen und Wirklichkeit am Beispiel des KindNamRÄG 2013
Julia Hellmair

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, Eva Pentz, Ines Rössl und Brian-Christopher Schmidt

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 Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
m.peckary@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

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/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Imayna Caceres, J. Wells Dixon, Michael Frahm, Theresa Hammer, Julia Hellmair, Ronald Frühwirth, Nadja Lorenz, Anna Müller-Funk, Manfred Nowak, Lukas Oberndorfer, Florian Oppitz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Oliver Scheiber, Gabriele Schneider, Marianne Schulze, Petra Sußner, John Philipp Thurn, Andreas Wöckinger, Herwig Wutscher

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.fruhwirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Kylie Again!

Zur sexuellen Ausrichtung im Asylrecht.

EuGH, X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel

Petra Sußner

Zweifelsohne geht es bei *X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel*¹ um eine grundlegende Entscheidung des EuGH. Verwundert hat das (breite) mediale Echo trotzdem: Sexuelle Orientierung sei jetzt als asylrechtlicher Verfolgungsgrund anerkannt; Homosexuellen stehe entsprechender Schutz offen. Bemerkenswert ist diese Rezeption insofern, als schon vor dieser Entscheidung eine entsprechende Praxis der Mitgliedstaaten verbucht worden war.² Der um Vorabentscheidung ersuchende *Raad van State* war im Jahr 1981 überhaupt das weltweit erste Höchstgericht, das sexuelle Orientierung vom asylrechtlichen Schutz umfasst sah.³ In Österreich fand der Verfolgungstatbestand erstmals in den Materialien zum Asylgesetz 1991 Erwähnung. Geschuldet ist das mediale Echo wohl der ersten Vorlagefrage, ob „Ausländer mit einer homosexuellen Ausrichtung eine bestimmte soziale Gruppe im Sinne von Art. 10 Abs. 1 lit. d der Richtlinie“ 2004/38/EG (Qualifikationsrichtlinie) bilden.

Bevor ich auf deren Dynamik innerhalb der Entscheidung zu sprechen komme, einige Anmerkungen zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt: Zu Grunde liegen dem gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahren die Asylanträge von X, Y und Z, die jeweils Verfolgungsgefahr aufgrund von ihrer Homosexualität geltend machten. In allen Fällen wurde die Homosexualität der Antragsteller für glaubwürdig befunden. Festgestellt wurde darüber hinaus, dass homosexuelle Handlungen in den jeweiligen Herkunftsstaaten mit Freiheitsstrafe bedroht werden. Offen war für den *Raad van State* die Frage, ob diese beiden Elemente einen Anspruch auf internationalen Schutz im Sinn der Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie) begründen. Die erste in diesem Zusammenhang aufgeworfene und bereits angesprochene Frage beantwortet der EuGH – ihrer relativen Unumstrittenheit entsprechend – einzelfallbezogen. Gleichzeitig nutzt er sie, um das in der Qualifikationsrichtlinie gepflegte und international nicht unbestrittene

1 EuGH, 7.11.2013, C-199/12 bis C-201/12.

2 *Jansen/Spijkerboer*, Fleeing Homophobia. Asylanträge mit Bezug zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa, online abrufbar unter: www.rechten.vu.nl/nl/Images/web2_110098_FH-DE_tcm22-241574.pdf (26.11.2013).

3 Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1981, 5, Gids Vreemdelingenrecht (oud) D 12–51.

Verständnis des Begriffs der sozialen Gruppe zu festigen. So spricht er aus, dass „die sexuelle Ausrichtung einer Person ein Merkmal darstellt, das so bedeutsam für die Identität ist, dass sie nicht gezwungen werden sollte, auf sie zu verzichten. [Daneben erlaube] das Bestehen strafrechtlicher Bestimmungen wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden [...] die Feststellung [...], dass diese Personen als bestimmte soziale Gruppe anzusehen sind.“ (Rz 46 und 49) Damit bringt der EuGH einen Zugang zur Anwendung, der die Qualifikation als soziale Gruppe vom kumulativen Vorliegen zweier Voraussetzungen abhängig macht: dem Bestehen eines gemeinsamen, grundlegenden Identitätsmerkmals und einer korrespondierenden abgegrenzten Wahrnehmung innerhalb der Gesellschaft des Herkunftsstaates. In jedem Fall sei Homosexualität als ein solches Merkmal zu qualifizieren, die Wahrnehmung im Herkunftsstaat sei umgekehrt einzelfallbezogen zu ermitteln; im vorliegenden Fall sei sie durch die Kriminalisierung erfüllt. Mit diesem Prüfungsschema bewegt sich der EuGH in einem Widerspruch zur Lesart des *United Nations High Commissioner of Refugees (UNHCR)*, der die beiden Voraussetzungen zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken alternativ angewandt wissen will.⁴

In einem weiteren Schritt setzt sich der Gerichtshof mit der Frage auseinander, ob eine Kriminalisierung von homosexuellen Handlungen automatisch mit einer Verfolgungshandlung iSd Art 9 der Qualifikationsrichtlinie gleichzusetzen sei. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass das Bestehen derartiger Strafnormen nach einer vor Jahrzehnten etablierten Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)⁵ eine Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben iSd Art 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) darstellt. Bereits die Generalanwältin hat diesen Aspekt in ihren Schlussanträgen aufgegriffen und die Ansicht vertreten, „[d]as Ziel [bestehe] nicht darin, diese Standards zu exportieren.“ (Rz 41) Der EuGH selbst hat davon Abstand genommen, diese Formulierung zu übernehmen. Im Ergebnis ist jedoch auch für ihn maßgeblich, dass das Recht auf Privat- und Familienleben nicht eingriffresistent ausgestaltet ist und Art 9 der Qualifikationsrichtlinie einen gewissen Grad an Intensität voraussetze. Vor diesem Hintergrund seien Freiheitsstrafen nur dann anspruchsbegründend, wenn diese in der Praxis des Herkunftsstaates auch verhängt würden.

4 Vgl. *UNHCR*: Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 2: Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe im Zusammenhang mit Art. 1 A (2) GFK, online abrufbar unter: www.unhcr.at/recht/i1-internat-fluechtlingsrecht/11-voelkerrecht.html (26.11.2013). Explizit hingewiesen hat der UNHCR auf diese Diskrepanz im Kommentar des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) zur Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, OJ L 304/12 vom 30.9.2004, online abrufbar: www.unhcr.at/recht/i2-europ-fluechtlingsrecht/22-asyl.html?L=#c4958 (26.11.2013). Zur Günstigkeitsklausel des Artikel 3 Qualifikationsrichtlinie vgl. in diesem Zusammenhang, EuGH, C-57/09 und C-101/09 vom 9.11.2010, Rz 113–121.

5 Vgl. erstmals EGMR, 22.10.1981, 7525/76, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*.

Abschließend setzt sich der EuGH mit einer Frage auseinander, die im letzten Jahrzehnt dogmatische und politische Wellen geschlagen hat, nämlich mit der Anforderung, die eigene Sexualität zu verbergen, um Verfolgung zu vermeiden (*discretion requirement*). Bereits im Jahr 2004 hat das neuseeländische Berufungsgericht in Asylsachen diese Spruchpraxis als potentielle Kompliz_innenschaft mit Verfolger_innen eingestuft und für unzulässig erklärt.⁶ Exakt sechs Jahre später hat der *British Supreme Court* in einer ebenso beachteten wie launigen Entscheidung nach einem globalen Recht auf *Kylie Minogue*-Konzerte und bunte Cocktails verlangt.⁷ Mit der Entscheidung *X, Y, Z/Minister voor Immigratie en Asiel* ist nun auch der EuGH auf diese Spruchpraxis eingeschwenken. Dabei nimmt er Bezug auf Art 10 der Qualifikationsrichtlinie, der sexuelle Ausrichtungen nur dann aus dem Schutzbereich der Richtlinie ausnimmt, wenn diese in den Mitgliedstaaten kriminalisiert sind. Darüber hinausgehende Einschränkungen des Schutzbereichs – wie das *discretion requirement* – stuft der Gerichtshof in erkennbarer Weiterführung der in den Rechtssachen C-71/11 und Z C-99/11⁸ entwickelten Entscheidungslinie als unionrechtswidrig ein. In anderen Worten: Dass Verfolgung unter Umständen durch ein Verbergen der eigenen Sexualität vermieden werden könnte, ist für die Beantwortung der Frage, ob begründete Furcht vor asylrelevanter Verfolgung besteht, unerheblich.

Für die österreichische Rechtsprechung ist diese Entscheidung durchaus bedeutsam. Der ab dem 1.1.2014 in Asylsachen wieder entscheidungsbefugte Verwaltungsgerichtshof hat sich zu Verfolgung und Homosexualität bisher nicht geäußert. Der Asylgerichtshof wiederum erachtet (gerade) bei Verfolgung aufgrund von Bisexualität, ein (partiell) Hintanhalten der eigenen Sexualität für zumutbar.⁹ Aber auch auf europäischer Ebene ist das letzte Wort nicht gesprochen: Die beim EGMR unter 71398/12 anhängige Rechtssache *M.E./Sweden* befasst sich just mit dem *discretion requirement* und es bleibt zudem abzuwarten, welche Maßstäbe der EuGH in der noch ausstehenden Entscheidung in der Rechtssache C-148/13¹⁰ für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer im Asylverfahren vorgebrachten sexuellen Orientierung entwickelt.

Mag.^a Petra Sußner war zuletzt im Rahmen des Initiativkollegs *Gender, Violence and Agency in the Era of Globalization* an der Universität Wien beschäftigt. Derzeit ist sie als rechtswissenschaftliche Mitarbeiterin am Verwaltungsgerichtshof tätig und schließt ihre Dissertation ab, die sich mit sexueller Orientierung im Asylrecht auseinandersetzt; petra.sussner@univie.ac.at

6 New Zealand Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal Nr 74665/03, 7.2004.

7 British Supreme Court, UKSC 31, 7.7.2010. Dieser Entscheidung zu Folge ist die Anforderung, die eigene Sexualität zu verbergen, um Verfolgung zu vermeiden, mit der Genfer Flüchtlingskonvention nicht in Einklang zu bringen. Allerdings will der British Supreme Court diesen Ansatz nur auf die Fälle angewandt wissen, in denen bisherige Geheimhaltung im Herkunftsstaat nicht freiwillig und/oder aufgrund von sozialem und familiären Druck erfolgte. Diese Einschränkung ist umstritten und wurde vom EuGH nicht übernommen.

8 EuGH, *Bundesrepublik Deutschland/Y, Z*, 5.9.2012.

9 Asylgerichtshof, E2 405216-1/2009, 14.7.2009.

10 EuGH, *A/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

Telefonauskünfte zur vermuteten Unmöglichkeit von Barrierefreiheit

Marianne Schulze

Das Schlagwort „Barrierefreiheit“ hat sich soweit etabliert, dass – durchaus analog dem Nationaltrainer¹ der Fußballnationalmannschaft – die meisten Menschen zu wissen meinen, „worum es da geht“. Angesichts der vielschichtigen Marginalisierung von Menschen mit Behinderungen ist es eine positive Entwicklung, dass es ein weit verbreitetes Schlagwort („Barrierefreiheit“) gibt, mit dem die notwendige Inklusion von Menschen mit Behinderungen assoziiert wird. Aber Barrierefreiheit hat mit dem Fußball unter anderem gemein, dass die Erkenntnis, dass „der Ball rund ist“ circa so aussagekräftig ist, wie jene, wonach „Rampen“ – egal welcher Beschaffenheit – ein Synonym für oder gar ein Garant von Barrierefreiheit sind.

Barrierefreiheit ist ein Sammelbegriff für die Abschaffung von Hürden, die vor allem, aber nicht nur,² Menschen mit Behinderungen an der gleichberechtigten Teilhabe in der Gesellschaft hindern. Diese Hürden haben mehrere Dimensionen. *Einstellungsbedingte Barrieren* wie Stereotype, Vorurteile und diskriminierende Verhaltensweisen werden auch als „Barrieren in den Köpfen“ oder aber soziale Barrieren bezeichnet. Übersehen zu werden oder kraft paternalistischer Verhaltensweisen nicht gefragt zu werden ist eine Auswirkung dieser Blockaden. Die *kommunikative Barrierefreiheit* nimmt die Bedürfnisse von sinnesbeeinträchtigten Menschen (Blinde, Gehörlose), aber auch von non-verbalen Menschen und jenen mit Lernschwierigkeiten, die man auch als intellektuelle Beeinträchtigungen bezeichnet, in den Blick.³ Die *ökonomische Dimension* („affordability“) von Barrierefreiheit hat für stark marginalisierte Gruppen ebenso Relevanz wie die *institutionelle Barrierefreiheit*, die auf die Minimierung der vorgenannten Hürden in Abläufen und Strukturen abzielt.

Die *bauliche Dimension* von Barrierefreiheit ist jene, die öffentlich die meiste Resonanz erzeugt, wohl weil sie bis dato die sichtbarste ist und vielleicht auch, weil sie praktisch überdeutlich macht, dass Barrierefreiheit allen zugute kommt.⁴ Die landesgesetzlichen

1 Die für gewöhnlich genderneutrale Formulierung dieser Funktion widerstrebt der Autorin.

2 Personen, die mit Kinderwagen oder Koffern unterwegs sind oder eine temporäre Fußverletzung haben, wissen bauliche Barrierefreiheit zu schätzen, die kommunikative Barrierefreiheit, mittels der Raumorientierung in Gebäuden und an Plätzen optimiert wird, kommt, so wie andere Dimensionen der Barrierefreiheit „allen“ zugute.

3 Der Ausdruck „geistige Behinderung“ wird von SelbstvertreterInnen als diskriminierend abgelehnt.

4 Siehe FN 2.

Bauvorschriften sehen verschiedene Maßnahmen zum barrierefreien Bauen, aber auch Renovieren vor; sie werden auf Bundesebene durch das Behindertengleichstellungsgesetz und allgemein durch die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen unterstrichen. Die praktische Umsetzung endet zumeist bei gefälligen Plänen, deren geduldete Änderungen faktisch nur auf dem Papier bestehen. Die verbreitete Praxis des Abgehens von eingereichten Bauplänen wird gerade bei Maßnahmen zur Barrierefreiheit zur „Königsdisziplin“. Vor allem die vielfach notwendige Adaptierung von historischem Gemäuer, insbesondere von Denkmälern, zieht Achselzucken mit variierendem Bedauern nach sich: Man würde ja zu gerne, aber leider sei die Installierung von Rampen, Handläufen, Aufzügen und Ähnlichem nicht möglich.⁵

Der mangelnde Wille, sich mit tatsächlichen Alternativen auseinanderzusetzen verbrämt sich mit einer paternalistischen Grundhaltung – „was brauchen ‚die Behinderten‘ schon ins Museum gehen ...“, die sich aus mangelnder Interaktion mit Menschen mit Behinderungen, aber auch völligem Fehlen von praktischen Erfahrungen speist. Folgeschwer ist diese vorausseilende Zementierung von Hürden im Zugang zu öffentlichen Gebäuden, die unter Denkmalschutz stehen: Anstatt – auf Anregung von SelbstvertreterInnen oder (seltener) aus eigenem Antrieb – einen Antrag beim Bundesdenkmalamt auf Anpassungsmaßnahmen zu stellen, beschränken sich MuseumsvertreterInnen und BetreiberInnen anderer denkmalgeschützter Orte vielfach auf das Einholen von Telefonauskünften beim Bundesdenkmalamt. In diesen wird regelmäßig – oft ohne nähere Ortskenntnis in „Ferndiagnose“ – behauptet, dass die Barrierefreiheit herzustellen unzumutbar sei, und von einem entsprechenden Verfahren der BetreiberInnen von denkmalgeschützten Orten wegen Aussichtslosigkeit abgeraten. Diese gängige Vorgehensweise⁶ verhindert eine adäquate Abwägung der Umstände, des tatsächlichen Adaptierungsbedarfs, faktischer Umsetzungsmöglichkeiten und damit der Möglichkeiten, Barrierefreiheit zu sichern. In Ermangelung eines Bescheids kann nicht nachvollzogen werden, welche Gründe für oder gegen Maßnahmen zur Verbesserung der Barrierefreiheit sprechen. Anstatt einer ausformulierten Güterabwägung werden die Anliegen mit einer mehr oder weniger begründeten Absage konfrontiert, die in weiterer Folge wie ein Quasi-Bescheid verwendet wird. Praktisch bedeutet das, dass in den Schlichtungsverfahren – eine verpflichtende Vorgehensweise des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes (BGStG), um außergerichtlich Lösungen zur Sicherstellung von Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen zu finden⁷ – die Telefonauskunft einzementiert wird. Scheitert die Schlichtung und kommt es zu einem Zivilverfahren, dann werden Vertre-

5 Erfahrungsberichte werden regelmäßig von BIZEPS – INFO, dem online Nachrichtenportal des Behindertenzen-trums für Selbstbestimmtes Leben in Wien, unter www.bizeps.or.at dokumentiert, wo auch Ergebnisse von Schlichtungen archiviert werden.

6 Siehe FN 5, sowie einschlägige Verfahren, die durch den Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskrimi-nierungssopfern geführt wurden.

7 § 14 BGStG.

terInnen des Bundesdenkmalamts als ZeugInnen geladen. Diese beschränken sich in ihren Ausführungen auf die Aussichtslosigkeit einer Antragstellung und bestätigen die knappe de facto begründungslose Telefonauskunft.⁸

Diese Praxis „vorausiegender Unmöglichkeit“ ist mehrfach problematisch, die mangelnde Diskussion darüber macht deutlich, wie groß die strukturellen Herausforderungen für die Verbesserung von Barrierefreiheit und damit der Sicherstellung von Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen sind. Auf der rechtlichen Ebene wird die fachlich-technische Machbarkeit nicht einmal in Ansätzen erhoben und eine darauf basierende gebotene Güterabwägung bleibt völlig aus. Die mangelnde Dokumentation und damit einhergehend die unzulängliche Nachvollziehbarkeit der „Entscheidung“ sind rechtsstaatlich problematisch. Die Vorgaben des Baurechts – die in neun landesgesetzlichen Varianten vorliegen – werden hier ebenso umgangen, wie die sehr klaren Vorgaben des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes. Darüber hinaus gibt es seit gut fünf Jahren auch explizite Vorgaben der Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.⁹ Weiters manifestiert sich in dieser Art Praxis eine Bevormundung, ein Paternalismus vis-a-vis Menschen mit Behinderungen, wonach sich diese mit dem Status-quo „gefälligst“ begnügen sollen und sie es dort, wo sie leben, „eh gut“ haben und „einsehen müssen, dass sie nicht überall hinkönnen“ – dieser Paternalismus ist nicht nur unzeitgemäß, sondern widerspricht auch den Vorgaben auf nationaler und internationaler Ebene.¹⁰

Der verquere Umgang mit Menschen mit Behinderungen in Österreich ist Faktum. Während andernorts MinisterpräsidentInnen im Rollstuhl regieren¹¹ und ein blinder Innenminister für seine Kompetenz geschätzt und seine Amouren bekannt ist,¹² wird hierzulande im Vorfeld des „Fests der Liebe“ für vorgeblich almosenbedürftige Menschen Geld gesammelt. Das sich darin manifestierende Menschenbild wirkt sich entsprechend aus und findet auch in knappen Telefonauskünften mit vorausielegenden Unmöglichkeitsprognosen seinen Ausdruck.

Dr.ⁱⁿ Marianne Schulze, LL.M. ist Mitglied im wissenschaftlichen Beirat des juridikum und Trägerin des Wundsam Hartig-Preis 2012; m.s@humanrightsconsultant.at

8 Einschlägige Erfahrungsberichte und Urteile liegen der Autorin vor.

9 BGBl III 155/2008. Art 30 Abs 1 lit c besagt: Menschen mit Behinderungen müssen „Zugang zu Orten kultureller Darbietungen oder Dienstleistungen, wie Theatern, Museen, Kinos, Bibliotheken und Tourismusdiensten, sowie, so weit wie möglich, zu Denkmälern und Stätten von nationaler kultureller Bedeutung haben.“

10 Die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen hält im Kapitel „Verpflichtungen“ ua fest, dass der Staat „alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken trifft, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen“ (Art 4 Abs 1 lit c).

11 Siehe zB Malu Dreyer, Ministerpräsidentin Rheinland-Pfalz.

12 Siehe zB der frühere britische Minister David Blunkett.

Der Demokratiebegriff des EGMR

Florian Oppitz

1. Einleitung

„Demokratie“ ist ein zentraler Begriff der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg (EGMR). Der Konventionstext selbst spricht an mehreren Stellen von „Demokratie“. Die Präambel bekennt sich zu einem „wahrhaft demokratischen politischen Regime“, und Beschränkungen der Freiheitsrechte der EMRK sind regelmäßig nur zulässig, wenn sie „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sind (vgl. Art 8 bis Art 11 sowie Art 2 4. ZP). In diesen Zusammenhang gehört ebenso das Recht auf freie Wahlen (Art 3 1. ZP). Für den EGMR ist die Demokratie die einzige mit der EMRK vereinbare Staatsform, Demokratie sei ein „wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Ordnung in Europa“¹ und die EMRK selbst sei geschaffen worden, um „die Ideale und Werte einer demokratischen Gesellschaft zu erhalten und zu fördern“².

Die Analyse der Anwendung dieser Texte durch den EGMR und das daraus ableitbare Demokratie-Verständnis bilden den Gegenstand dieses Beitrages. Zunächst wird die Schranken Klausel näher betrachtet (2.), dann das Recht auf freie Wahlen (3.). Abschließend werden die Aussagen des Gerichtshofes zur Demokratie verglichen mit verschiedenen Richtungen der Demokratietheorie (4.).

2. Die demokratische Gesellschaft

Die Rechte auf Schutz des Privat- und Familienlebens, der Religionsfreiheit, der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit und der Freizügigkeit enthalten eine besondere Voraussetzung ihrer Beschränkbarkeit. Eingriffe in diese Rechte sind nicht schon dann zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage in Verfolgung bestimmter öffentlicher Interessen geschehen, sondern diese Eingriffe müssen auch „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein.

In der Rechtsprechung der Straßburger Organe hat dieser Verweis auf die Notwendigkeiten einer demokratischen Gesellschaft jedoch lange Zeit keine große Rolle gespielt.

1 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z. 45. Die Übersetzungen der in diesem Beitrag zitierten Urteile und der Literatur stammen vom Autor.

2 Ebd. sowie EGMR, 7.12.1976, 5095/71 ua, *Kjeldsen ua*, Z. 53.

Es wurde insbesondere nie eine Definition der „demokratischen Gesellschaft“ entwickelt³. In den frühen Entscheidungen zur EMRK kommt diesem Ausdruck überhaupt keine eigenständige Bedeutung bei der Anwendung der Schrankenklauseln zu⁴. Erst mit dem *Handyside*-Urteil des EGMR aus dem Jahre 1976 beginnt eine etwas genauere Beschäftigung mit dem Begriff der „demokratischen Gesellschaft“.

Das Urteil stellt zunächst klar, dass nur solche Maßnahmen „notwendig“ im Sinne von Art 10 Abs 2 sind, die ein „dringendes gesellschaftliches Bedürfnis“ befriedigen. Das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses sei zuerst von den Konventionsstaaten selbst zu beurteilen. Im Zuge seiner nachprüfenden Kontrolle müsse der EGMR „den Prinzipien, die eine ‚demokratische Gesellschaft‘ auszeichnen, höchste Aufmerksamkeit schenken“⁵. Zu diesen zählten im konkreten Fall die Meinungsfreiheit selbst und mit ihr „Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit“⁶.

Zwei Jahre später spricht der EGMR zu Art 8 (Schutz des Privat- und Familienlebens) aus, dass eine staatliche Einschränkung des Grundrechts, die sich im Rahmen der Notwendigkeit im Sinne von Art 8 Abs 2 halten will, „die Werte einer demokratischen Gesellschaft so genau wie möglich beachten muss“. Zu den grundlegenden Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft gehöre auch die Rechtsstaatlichkeit („rule of law“).⁷ 1981 äußert sich der EGMR zur Interpretation von Art 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit). Auch hier bezog er sich auf „Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit“ als „Markenzeichen“ einer demokratischen Gesellschaft und hält fest: „Obwohl sich individuelle Interessen manchmal Gruppeninteressen unterordnen müssen, heißt Demokratie nicht einfach, dass sich die Ansichten der Mehrheit immer durchsetzen müssen: es muss ein Ausgleich erzielt werden, der die gerechte und anständige Behandlung von Minderheiten sicherstellt und den Missbrauch einer beherrschenden Stellung verhindert“⁸.

Im kurz darauf ergangenen Urteil über die Zulässigkeit von homosexuellen Beziehungen zwischen Erwachsenen identifiziert der EGMR die Bedeutung der „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“-Klausel mit dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit: „Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtes kann eine Beschränkung des Konventionsrechts insbesondere nur als „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ – zu

3 Steiner, *Two Sides of the Same Coin? Democracy and International Human Rights*, Israel Law Review 2008/41, 445 (450); Eiffler, *Die „wehrhafte Demokratie“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Kritische Justiz 2003, 218 (219).

4 Garibaldi, *On the Ideological Content of Human Rights Instruments. The Clause „In a Democratic Society“*, in FS Sohn (1984), 23 (37); Vegleris, *Valeur et signification de la clause „dans une société démocratique“ dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Revue des Droits de l'Homme 1968, 219 (231ff).

5 EGMR (GK), 7. 12. 1976, 5493/72, *Handyside*, Z 48 f.

6 Zum Problem der damit eingeführten Reduktion der Grundrechtsfunktionen auf die Lösung eines In-sich-Konfliktes der Demokratie vgl. Oppitz, *Pluralismus, Frieden und Respekt: Die Grundprinzipien der Meinungsfreiheit*, ZÖR 2009/64, 277 (298).

7 EGMR (GK), 6.9.1978, 5029/71, *Klass*, Z 55.

8 EGMR (GK), 13.8.1981, 7601/76 ua, *Young, James and Webster*, Z 63.

deren Markenzeichen Toleranz und Aufgeschlossenheit gehören – angesehen werden, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum mit ihr verfolgten berechtigten Zweck steht“⁹.

Mit diesen Urteilen hat der EGMR eine Richtung eingeschlagen, von der er bis zum heutigen Tag nicht mehr abgewichen ist. Der Ausdruck „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ erfüllt für ihn eine doppelte Funktion. Einerseits dient er als rechtliche Basis für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitsrechten. Andererseits erhalten bestimmte Ausübungsformen dieser Rechte oder Erscheinungsformen ihrer Beschränkungen ein besonderes Gewicht in der grundrechtlichen Güterabwägung, je nachdem, ob sie mit dem, was in der Ansicht des Gerichtes zu den „Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft“ zählt, in einem engen Zusammenhang stehen oder nicht.¹⁰ Was sind nun diese „Prinzipien“? Zu den Bestandteilen der Demokratie zählt der EGMR die Rechtsstaatlichkeit¹¹, die Meinungsfreiheit¹², die Religionsfreiheit¹³, das Prinzip des fairen Verfahrens¹⁴ und das Recht auf freie Wahlen.¹⁵ Andere demokratische Prinzipien seien „Gerechtigkeit und Frieden“¹⁶. Eine demokratische Gesellschaft zeichne sich durch die Möglichkeit aus, „die Probleme eines Landes, auch wenn sie ärgerlich sind, durch Dialog und ohne Rückgriff auf Gewalt zu lösen“¹⁷. In einer Demokratie sei es möglich, „verschiedene politische Programme vorzustellen und zu diskutieren, auch wenn sie die Art und Weise in Frage stellen, wie der Staat derzeit organisiert ist“¹⁸. Deswegen seien „Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit“¹⁹ sowie der „Respekt der Menschenwürde“²⁰ Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft, die „auf dem Geist der Kompromissbereitschaft beruhen muss“²¹. Insgesamt ist der EGMR der Meinung, dass ein Ende der Menschenrechte auch ein Ende der Demokratie bedeuten würde.²²

9 EGMR (GK), 22.10.1981, 7525/76, *Dudgeon*, Z 53.

10 Zu den relativen Gewichten im Recht auf Meinungsfreiheit vgl. *Oppitz*, ZÖR, 2009/64, 295 f. Zur Auslegung der Schranken Klauseln vgl. *Marks*, The European Convention on Human Rights and its „Democratic Society“, *British Yearbook of International Law* 1995, 209 (231); *Garibaldi* in FS Sohn; *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZÖR 1986/37, 71.

11 EGMR (GK), 6.9.1978, 5029/71, *Klass*, Z 55; EGMR, 26.4.1995, 15974/90, *Prager and Oberschlick*, Z 34; EGMR, 11.6.2009, 77568/01 ua, *Petkov*, Z 62.

12 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z 57.

13 EGMR (GK), 13.2.2003, 41340/98 ua, *Refah Partisi*, Z 90.

14 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z 45 unter Verweis auf EGMR, 14.11.1960, 332/57, *Lawless*, Series A no. 1, p. 13.

15 EGMR (GK), 19.2.1998, 24839/94, *Bowman*, Z 42; EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z 45; jeweils unter Verweis auf EGMR (GK), 2.3.1987, 9267/81, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, Z 47.

16 EGMR (GK), 6.1.2011, 34932/04, *Paksas*, Z 88.

17 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z 57; EGMR (GK), 25.5.1998, 21237/93, *Socialist Party*, Z 45.

18 EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 167.

19 EGMR (GK), 7.12.1976, 5493/72, *Handyside*, Z 49.

20 EGMR, 4.12.2003, 35071/97, *Gündüz*, Z 40.

21 EGMR (GK), 10.11.2005, 44774/98, *Leyla Şahin*, Z 108.

22 EGMR (GK), 16.3.2006, 58278/00, *Zdanoka*, Z 99.

Im Anschluss an dieses Bild, das der EGMR von der Demokratie zeichnet, seien hier zwei Versuche aus der rechtswissenschaftlichen Forschung vorgestellt, Inhalt und Funktion des Begriffs der „demokratischen Gesellschaft“ in der EMRK näher zu bestimmen. *Garibaldi* unterscheidet zunächst zwischen drei verschiedenen Funktionen, die die Klausel „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ in der EMRK zu erfüllen vermöge. Sie könne, erstens, einen Standard für die verschiedenen Zwecke des öffentlichen Interesses setzen, sodass, beispielsweise, Anforderungen der Moral oder der nationalen Sicherheit nur insofern für die Legitimation von Beschränkungen der Freiheitsrechte dienen sollen, als diese Anforderungen nicht den Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft widersprechen.²³

Zweitens könne sich die Klausel auf das Verhältnis zwischen der Beschränkung der Freiheitsrechte und den Zwecken, die mit der Beschränkung verfolgt werden, beziehen. In diesem Sinn deutet er die Rechtsprechung des EGMR, der mit dem Erfordernis des „dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses“ eine „politische Rechtfertigung“ der Beschränkungen verlange²⁴.

Garibaldi selbst spricht sich für eine dritte Lesart aus, nach der „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ neben der Verhältnismäßigkeit einen weiteren Standard in die Grundrechtsprüfung einführe: Beschränkungen müssten nicht nur für die Erreichung von bestimmten öffentlichen Zwecken notwendig sein, sie müssten darüber hinaus auch mit den Prinzipien einer demokratischen Gesellschaft übereinstimmen²⁵.

Was den Inhalt dieser Prinzipien betrifft, meint *Garibaldi*, „demokratische Gesellschaft“ beziehe sich auf ein „westliches Verständnis der Demokratie“²⁶, auf eine Gesellschaft, „die Grundsätzen gemäß organisiert ist, die denen des klassischen Liberalismus sehr ähnlich sind“²⁷.

Berka geht einen Schritt weiter und bestimmt als „Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft“ die Prinzipien Freiheit, Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat, was zu seiner Definition führt: „Die demokratische Gesellschaft im Sinne der Konvention ist die soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaates, die Freiheit und Würde des Menschen zu ihrem Höchstwert erhoben hat“²⁸. Inhaltliche Anknüpfungspunkte gewinnt *Berka* dabei mit Blick auf die Konvention selbst, die Europäische Sozialcharta sowie „verfassungsgestaltende Grundentscheidungen“ der Konventionsstaaten.

Der Verweis auf eine „demokratische Gesellschaft“ hat nach *Berka* eine doppelte Funktion. Einerseits solle eine „grenzenlose Auslegung“ der Eingriffszwecke ausgeschlossen werden. Andererseits weise „das Leitbild einer demokratischen Gesellschaft den Abwä-

23 *Garibaldi* in FS Sohn 29.

24 *Garibaldi*, in FS Sohn 37.

25 *Garibaldi* in FS Sohn 40.

26 *Garibaldi* in FS Sohn 65.

27 *Garibaldi* in FS Sohn 67.

28 *Berka*, ZÖR 1986/37, 94 f.

gungsprozessen zwischen der Freiheit und den entgegenstehenden Rechtsgütern eine Bahn. Es stellt den Maßstab dar, das *tertium comparationis*, für die Bewertung der kollidierenden Güter²⁹.

Auch meines Erachtens sind bei der Anwendung der „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“-Klausel alle drei Funktionen zu beachten. Nur demokratische Zwecke können Eingriffe in Freiheitsrechte legitimieren, in einer Demokratie sind nur verhältnismäßige Eingriffe zulässig und bei der grundrechtlichen Güterabwägung ist jenen (öffentlichen oder privaten) Interessen höheres Gewicht beizumessen, die für eine Demokratie von besonderer Bedeutung sind³⁰. Hinsichtlich der Bestimmung dieser demokratischen Grundinteressen, was also den Inhalt des Begriffes „demokratische Gesellschaft“ ausmacht, stimme ich mit *Berka* überein: Es kommt dabei auf die völkerrechtlichen Texte und den Vergleich der Rechtslage der Konventionsstaaten an. Das bedeutet insbesondere, dass auch Aspekte der Sozialstaatlichkeit in den Demokratiebegriff Aufnahme gefunden haben³¹ – was zuletzt auch Titel IV „Solidarität“ der EU-Grundrechtecharta unterstreicht.

3. Das Recht auf freie Wahlen

Art 3 1. ZP lautet: „Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten“. Gemäß der Auslegung, die das Recht auf freie Wahlen in der Rechtsprechung des EGMR erfahren hat, gewährt Art 3 1. ZP ein Recht, gesetzgebende Organe zu wählen und dafür gewählt zu werden (aktives und passives Wahlrecht). Diese Wahlen müssen den Grundsätzen des allgemeinen, gleichen, geheimen und freien Wahlrechts entsprechen und in regelmäßigen Abständen stattfinden.

3.1. Allgemeines

Das Recht auf freie Wahlen gilt als „charakteristisches Prinzip der Demokratie, von höchster Bedeutung im System der Konvention“³², als „entscheidend für die Herstellung und Erhaltung der Grundlagen einer leistungsfähigen und sinnvollen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“³³. Das Recht sei insofern mit der Meinungsfreiheit und der

29 *Berka*, ZÖR 1986/37, 91.

30 Vgl *Marks*, British Yearbook of International Law 1995, 231.

31 Vgl bereits *Hofmann*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und Vorkehrungen gegen Armutsrisiken, in *Hofmann/Holländer/Merli/Wiederin*, Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im Europäischen Vergleich (1998) 3. Zur Ausnahme Österreich vgl *Oppitz*, Armut und Verfassung. Die Rechtslage in Österreich, in *Hofmann/Holländer/Merli/Wiederin* 161.

32 EGMR (GK), 2.3.1987, 9267/81, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, Z 47.

33 EGMR (GK), 6.10.2005, 74025/01, *Hirst (no. 2)*, Z 58.

Versammlungsfreiheit verwandt, als alle diese Bestimmungen dazu dienen, „die Achtung der Meinungsvielfalt in einer demokratischen Gesellschaft durch die Ausübung von bürgerlichen und politischen Freiheiten zu gewährleisten“³⁴. In diesem Sinn seien „freie Wahlen und die Meinungsfreiheit, insbesondere die Freiheit der politischen Diskussion, die Grundlage jeder Demokratie“³⁵. Spielte dieses Grundrecht zunächst eine eher geringe Rolle in der Rechtsprechung des EGMR, haben in der Zeit nach dem Beitritt der osteuropäischen, früher kommunistischen Staaten die Verfahren und Urteile zu Art 3 1. ZP stark zugenommen.

Beschränkungen des Rechts auf freie Wahlen sind nur zulässig, wenn sie einem legitimen Zweck dienen und verhältnismäßig sind. Grundsätzlich hält der EGMR alle Zwecke für legitim, die mit der Rechtsstaatlichkeit und den allgemeinen Grundsätzen der Konvention vereinbar sind.³⁶ Manchen Zwecken kommt nun bei der grundrechtlichen Güterabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besonderes Gewicht zu. Der EGMR orientiert sich hier an zwei Grundprinzipien: Schutz der Funktionsfähigkeit der demokratischen Institutionen und Schutz der freien Entscheidung der Wählerinnen.³⁷

3.2. Schutz demokratischer Institutionen

Die Funktionsfähigkeit demokratischer Institutionen anerkannte der EGMR in den folgenden Fällen als legitimen Zweck einer Beschränkung des Wahlrechts: Schutz der demokratischen Ordnung durch Ausschluss einer terroristischen Organisationen nahestehenden Partei von Parlamentswahlen³⁸ oder durch Aberkennung des passiven Wahlrechts eines korrupten Politikers³⁹, Schutz des Staates gegen illoyale Abgeordnete durch Ausschluss von Personen mit doppelter Staatsbürgerschaft vom passiven Wahlrecht⁴⁰, Schutz der Stabilität der demokratischen Institutionen durch eine 10%-Sperrklausel auf nationaler Ebene⁴¹ oder durch Einhebung von Gebühren von Kandidatinnen⁴², Schutz der Funktionsfähigkeit von staatlichen Behörden durch Aberkennung des passiven Wahlrechts bestimmter höherer Beamtinnen⁴³, Verhinderung von Korruption durch

34 EGMR (GK), 16.3.2006, 58278/00, *Zdanoka*, Z 115.

35 EGMR (GK), 8.7.2008, 10226/03, *Yumak and Sadak*, Z 106.

36 EGMR (GK), 16.3.2006, 58278/00, *Zdanoka*, Z 115.

37 Unter „Grundprinzipien“ verstehe ich hier dasselbe wie in *Oppitz*, ZÖR 2009/64, nämlich die obersten Werte, denen die Auslegung des Grundrechts folgt, „die Eichstelle für alle Gewichte, die bei der grundrechtlichen Abwägung in die Waagschale gelegt werden“ (279).

38 EGMR, 30.6.2009, 35579/03 ua, *Etxeberria et al*, Z 52.

39 EGMR (GK), 6.1.2011, 34932/04, *Paksas*, Z 100.

40 EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 164.

41 EGMR (GK), 8.7.2008, 10226/03, *Yumak and Sadak*, Z 119 ff.

42 EGMR, 28.3.2006, 13716/02, *Sukhovetskyy*, Z 61.

43 EGMR, 2.9.1998, 22954/93, *Ahmed*, Z 49 ff.

staatliche Parteienförderung⁴⁴, Bestrafung von Verbrecherinnen durch Aberkennung des passiven Wahlrechts⁴⁵, oder der friedliche Ausgleich zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen durch Schaffung von auf die einzelnen Gruppen abgestimmten Wahlkreisen.⁴⁶

Der EGMR hält den Standpunkt einer „wehrhaften Demokratie“ („democracy capable of defending itself“) für mit der Konvention vereinbar. Demokratiefeindliche Aktivitäten werden entweder gemäß Art 17 vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen, oder ihre staatliche Bekämpfung gilt als zulässige Beschränkung von Freiheitsrechten. Auch radikale Parteien müssen allerdings toleriert werden, solange sowohl die Mittel, die sie einsetzen, rechtmäßig und demokratisch sind, als auch die Zwecke, die sie erreichen wollen, demokratischen Grundsätzen entsprechen.⁴⁷

Eine politische Partei, von der, nach Ansicht des EGMR, die Gefahr droht, dass sie die Ideale und Werte einer demokratischen Gesellschaft schwächen oder zerstören wird, kann ohne Verstoß gegen Art 11 aufgelöst werden⁴⁸. Der Entzug des passiven Wahlrechts wegen Mitwirkung an einem Versuch, die Entstehung eines unabhängigen und demokratischen Staates (Lettland) zu verhindern, war auch 15 Jahre nach diesen Ereignissen noch mit der Konvention vereinbar.⁴⁹ Ein Staat muss nicht abwarten, bis antidemokratische Kräfte politisch erstarken, sondern kann schon präventiv dagegen vorgehen.⁵⁰

3.3. Schutz der Entscheidungsfreiheit

Im Sinne des zweiten Grundprinzips des Schutzes der individuellen Entscheidungsfreiheit⁵¹ hielt der EGMR folgende Zwecke eines Grundrechtseingriffs für zulässig: Schutz der Parteienvielfalt durch staatliche Parteienfinanzierung oder Wahlkampfbeihilfen⁵², Schutz der Wählerinnen vor Täuschungen durch Einholung von Informationen über Kandidatinnen⁵³ oder durch Ausschluss nicht ernst gemeinter Kandidaturen⁵⁴ oder geis-

44 EGMR, 10.5.2012, 7819/03, *Özgürlük ve Dayanisma Partisi*, Z 37.

45 EGMR (GK), 6.10.2005, 74025/01, *Hirst (no. 2)*, Z 74 f.

46 EGMR (GK), 2.3.1987, 9267/81, *Mathieu-Mobin and Clerfayt*, Z 57.

47 EGMR (GK), 13.2.2003, 41340/98 ua, *Refah Partisi*, Z 98; EGMR, 7.12.2006, 10504/03, *Linkov*, Z 36.

48 EGMR (GK), 13.2.2003, 41340/98 ua, *Refah Partisi*, Z 98. Diese Entscheidung wurde in der Literatur vielfach kritisiert: vgl zB *Macklem*, *Guarding the Perimeter: Militant Democracy and Religious Freedom in Europe* (2010), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660649 (20.10.2013).

49 EGMR (GK), 16.3.2006, 58278/00, *Zdanoka*.

50 EGMR (GK), 13.2.2003, 41340/98 ua, *Refah Partisi*, Z 102 f.

51 Vom Gericht selbst wird „the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature“ als „fundamental principle“ des Art 3 1. ZP bezeichnet: EGMR, 9.4.2002, 46726/99, *Podkolzina*, Z 33 sowie EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 157.

52 EGMR, 10.5.2012, 7819/03, *Özgürlük ve Dayanisma Partisi*, Z 37.

53 EGMR, 19.10.2004, 17707/02, *Melnychenko*, Z 58; EGMR, 11.1.2007, 55066/00 ua, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs*, Z 62; EGMR, 19.7.2007, 17864/04 ua, *Krasnov and Skuratov*, Z 44.

54 EGMR, 28.3.2006, 13716/02, *Sukhovetsky*, Z 62.

teskrankter Kandidatinnen⁵⁵, Schutz der Fairness des Wahlverfahrens oder Schutz der Wählerinnen vor Beeinflussung durch Staatsorgane durch Aberkennung des passiven Wahlrechts für bestimmte staatliche Funktionärinnen.⁵⁶

Der EGMR spricht von der Notwendigkeit des Respekts für „den freien Ausdruck der Meinung des Volkes in der Auswahl des gesetzgebenden Organs“⁵⁷. Aus der Sicht einer Wählerin habe diese Freiheit „zwei Seiten: die Freiheit, eine Meinung zu bilden und die Freiheit, diese Meinung zu äußern“⁵⁸.

Das politische System muss auch für grundsätzliche Änderungen der staatlichen Strukturen und der Verfassungsprinzipien offen sein.⁵⁹ Der parlamentarischen Opposition kommt gerade für die Sicherung dieser Entscheidungsfreiheit eine besondere Bedeutung zu. Durch die grundrechtliche Absicherung regierungskritischer Politikerinnen soll es ermöglicht werden, dass Änderungen der „Meinung des Volkes“ auch tatsächlich zu Änderungen der staatlichen Politik führen.⁶⁰ Gewählte Parlamentsabgeordnete genießen besonderen Schutz. Eine Aberkennung ihres Mandates durch nachträgliche Änderung der Wahlgesetzgebung ist nur bei Vorliegen zwingender Gründe zulässig⁶¹. Von oppositionellen Abgeordneten kann keine Loyalität gegenüber der Regierung verlangt werden, da ihre Aufgabe gerade darin bestehe, die Regierung zu überwachen.⁶²

Die Entscheidungsfreiheit und den daraus resultierenden politischen Pluralismus hat der Staat nicht nur zu respektieren, sondern auch zu fördern.⁶³ Ihn trifft die Pflicht, die Wählerinnen vor Druck („pressure“) zu schützen⁶⁴ und die Medienvielfalt zu erhalten.⁶⁵ Damit die Wählerinnen tatsächlich eine Wahl haben, damit sie ihren Präferenzen gemäß im Parlament repräsentiert sein können⁶⁶, müssen politische Parteien existieren, die diese verschiedenen Präferenzen bündeln und kanalisieren.⁶⁷ Politische Parteien gelten als „wesentlich für das ordnungsgemäße Funktionieren der Demokratie“⁶⁸, ohne sie wäre der „freie Ausdruck der Meinung des Volkes“ unvorstellbar, sie „leisten einen unersetz-

55 EGMR, 20.5.2010, 38832/06, *Alajos Kiss*, Z 38.

56 EGMR, 1.7.1997, 18747/91 ua, *Gitonas*, Z 40.

57 EGMR (GK), 16.3.2006, 58278/00, *Zdanoka*, Z 104.

58 EGMR, 11.1.2007, 55066/00 ua, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs*, Z 71.

59 EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 167: „A fundamental aspect of democracy is that it must allow diverse political programmes to be proposed and debated, even where they call into question the way a State is currently organised, provided that they do not harm democracy itself“.

60 EGMR (GK), 25.5.1998, 21237/93, *Socialist Party*, Z 45; EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 167.

61 EGMR, 15.6.2006, 33554/03, *Lykourazos*.

62 EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*.

63 EGMR, 19.6.2012, 29400/05, *Communist Party of Russia*, Z 125.

64 EGMR (GK), 25.5.1998, 21237/93, *Socialist Party*, Z 45; EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 167.

65 EGMR, 19.6.2012, 29400/05, *Communist Party of Russia*, Z 126.

66 Vgl EGMR (GK), 27.4.2010, 7/08, *Tanase*, Z 166: „(...) the pursuit of different, and at times diametrically opposite, goals is not only acceptable but necessary in order to promote pluralism and to give voters choices which reflect their political opinions“.

67 Vgl EGMR (GK), 8.7.2008, 10226/03, *Yumak and Sadak*.

68 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*; EGMR (GK), 25.5.1998, 21237/93, *Socialist Party*; EGMR (GK), 8.7.2008, 10226/03, *Yumak and Sadak*.

baren Beitrag zur politischen Diskussion“⁶⁹. In Bezug auf politische Parteien sind Beschränkungen des Grundrechts besonders streng zu prüfen.⁷⁰ Nur wenn sie sich gesetzwidriger oder undemokratischer Mittel bedient, oder eine Ideologie vertritt, die mit den grundlegenden Prinzipien der Demokratie nicht vereinbar ist, liegt ein Grund vor, eine politische Partei aufzulösen.⁷¹

4. Demokratietheorien

Im abschließenden Kapitel soll der Versuch unternommen werden, das Demokratie-Bild des EGMR mit den Aussagen der philosophischen und politikwissenschaftlichen Demokratietheorie zu vergleichen. Dieser Versuch steht zunächst vor dem Problem, dass es keinen Kanon der Demokratietheorien gibt, keine allgemein akzeptierte oder verbreitete Auflistung oder auch nur Benennung der einzelnen theoretischen Ansätze⁷². Es wurden deshalb auf der Grundlage von *Held*⁷³ sechs Theorien ausgewählt und mit Hilfe von drei Begriffspaaren einander gegenüber gestellt. Dadurch lassen sich meiner Meinung nach viele Aspekte der laufenden Diskussion abbilden und das Demokratieverständnis des EGMR etwas genauer erklären.

4.1. Schutzdemokratie und Entwicklungsdemokratie

Als Schutzdemokratie („protective democracy“) und Entwicklungsdemokratie („developmental democracy“) bezeichnet *Held*⁷⁴ zwei Demokratiemodelle, die beide den liberalen Traditionen des 18. und 19. Jahrhunderts angehören. Schutzdemokratie ist mit den Namen *Locke*, *Madison* und *Bentham* verknüpft, die Entwicklungsdemokratie fußt auf den Überlegungen von *J. S. Mill*.

In einer „protective democracy“ ist es der Hauptzweck der Politik, die Menschen vor der Staatsmacht und vor einander zu schützen. Zentrum der Gesellschaft ist der einzelne Mensch, der seinen Interessen möglichst ungehindert nachgehen können soll, der homo oeconomicus des Utilitarismus. Die demokratische Herrschaft wird von gewählten Vertreterinnen ausgeübt, deren Macht durch Grundrechte (insbesondere Rede-, Versammlungs- und Religionsfreiheit sowie das Wahlrecht) und ein System institutioneller „checks and balances“ in Zaum gehalten wird. Die Demokratie ist hier ein Mittel, die Verfolgung privater Zwecke zu optimieren.

69 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*, Z 44.

70 EGMR (GK), 30.1.1998, 19392/92, *United Communist Party of Turkey*.

71 EGMR (GK), 13.2.2003, 41340/98 ua, *Refah Partisi*, Z 98.

72 Überblicke bieten *Schmidt*, *Demokratietheorien. Eine Einführung*⁵ (2010); *Meyer*, *Was ist Demokratie? Eine diskursive Einführung* (2009); *Cunningham*, *Theories of Democracy. A Critical Introduction* (2002); *Held*, *Models of Democracy*³ (2006).

73 *Held*, *Models*.

74 *Held*, *Models* 78, 92.

Im Modell der Entwicklungsdemokratie sind die meisten Elemente der Schutzdemokratie aufgehoben, aber durch den Einfluss eines anderen Menschenbildes modifiziert. Für *Mill* ist der Mensch erst dann ganz Mensch, wenn er am politischen Geschehen teilnimmt. Erst das Interesse an öffentlichen Belangen und das Engagement für die Gemeinschaft lassen die vollständige Entwicklung seiner intellektuellen und moralischen Anlagen zu. Der Staat tritt damit, neben seiner Rolle als Beschützer, auch in die Rolle des Erziehers der Bürgerinnen und Bürger, er kümmert sich um Schulen, Krankenhäuser und Arbeitslose.

Beide Demokratiemodelle dürften grundsätzlich mit der EMRK bzw der Rechtsprechung des EGMR vereinbar sein. In beiden Modellen werden elementare Menschenrechte geschützt, es gibt Parteienvielfalt und Wahlen. Es dürfte dem EGMR aber eher das Schutzmodell vor Augen stehen, wenn er über Demokratie urteilt. So wird zwar in der Aufzählung der Schutzzwecke der Meinungsfreiheit betont, dass sie sowohl für politischen Pluralismus als auch für die persönliche Entwicklung des Menschen von großer Bedeutung sei – tatsächlich wird aber nur der erste Aspekt in der Rechtsprechung ausgebaut⁷⁵. Auch der Gedanke, dass die Beteiligung am öffentlichen Leben zum Menschsein dazugehöre, findet sich meines Wissens in der Judikatur nicht. Die Ansätze sozialstaatlicher Aufgaben der *Mill*'schen Theorie werden im Rahmen der Anwendung des Begriffs der „demokratischen Gesellschaft“ ebenfalls nicht übernommen.

4.2. Gesetzesdemokratie und Beteiligungsdemokratie

Das mit den Autoren *Hayek* und *Nozick* sowie mit den Politiken von *Thatcher* und *Reagan* verknüpfte Modell der Gesetzesdemokratie („legal democracy“)⁷⁶ will die Staatstätigkeit auf ein Minimum beschränken. Ausgangs- und Angelpunkt aller Überlegungen ist das Individuum, dessen Bedürfnisse oder Wünsche unhintergehbare Gegebenheiten für jegliches Staatshandeln liefern. Soziale Integration geschieht in Märkten, auf denen die Einzelnen im freien Wettbewerb miteinander ihre auf Tausch beruhenden Beziehungen aushandeln sollen. Der Staat hat demnach nur die Aufgabe, diese Tauschbeziehungen zu stabilisieren, indem er mit Hilfe des Gewaltmonopols die Einhaltung von Verträgen überwacht und durchsetzt. Die Bestellung der Staatsorgane erfolgt durch demokratische Wahlen. Da aber eine auf die Mehrheit gestützte Staatsmacht Gefahr läuft, die Freiheiten der Minderheit zu vernachlässigen oder zu beschränken, muss die Mehrheit selbst wieder an Regeln gebunden werden, die solche Eingriffe verhindern. Es muss ein unabänderliches „Recht“ („law“) geben, das über den mit Mehrheit beschlossenen „Gesetzen“ („legislation“) steht. Mit Hilfe dieser „rule of law“ wird sichergestellt, dass die Demokratie nur dazu dient, die individuellen Freiheiten zu bewahren.

⁷⁵ *Oppitz* 2009/64, 279 und *Marks*, *British Yearbook of International Law* 1995, 232.

⁷⁶ *Held*, *Models* 207.

Auch aus der Perspektive der Theorien der Beteiligungsdemokratie („participatory democracy“)⁷⁷ wird die Staatstätigkeit kritisiert, aber aus einem anderen Grund. Ihnen ist daran gelegen, die Bürgerinnen tatsächlich in die Entscheidungsprozesse einzubeziehen. Kritisiert wird die liberale Auffassung, weil sie eine Trennung von Staat und Gesellschaft voraussetzt, die wegen des Einflusses mächtiger privater Gruppierungen auf das öffentliche Leben gar nicht existiert, und weil sie die Freiheit und Gleichheit der Bürgerinnen bloß postuliert, ohne sich um die systematischen Ausgrenzungen aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen oder der Klassenzugehörigkeit zu kümmern. Dagegen setzen Modelle der Beteiligungsdemokratie auf eine Demokratisierung aller Lebensbereiche, insbesondere auch der politischen Parteien, ohne aber die marktwirtschaftliche Ordnung an sich anzugreifen.

Es ist naheliegend, dass ein Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, auf Grund von Beschwerden von Privatpersonen Grundrechtsverletzungen durch Staaten zu beurteilen, und der sich dabei auf die Rechtsstaatlichkeit als zentrales Prinzip der Konvention beruft⁷⁸, ein Demokratiemodell entwickelt, das viel mit dem Modell der Gesetzesdemokratie gemeinsam hat. Eine Rechtsprechung, die zudem noch wenig Neigung zeigt, Gleichheit materiell zu verstehen⁷⁹, also auf soziale Ungleichheiten Bezug zu nehmen, die nur sehr vorsichtig den Grundrechten staatliche Schutzpflichten entnimmt und die ein Grundrecht auf freie Wahlen anzuwenden hat, das nur für Wahlen zu gesetzgebenden Organen gilt, wird wenig bereit sein oder Gelegenheit haben, den Ideen der Beteiligungsdemokratie praktische Relevanz zu verschaffen.

4.3. Elitendemokratie und Beratungsdemokratie

Mit den Theorien von *Weber* und *Schumpeter* ist der Begriff der „Elitendemokratie“ („competitive elitist democracy“)⁸⁰ verknüpft. Gemeinsam ist diesen Autoren die Ansicht, dass die breite Masse der Bevölkerung ungeeignet sei für die Ausübung oder Kontrolle staatlicher Tätigkeiten. Die Beteiligung des Volkes sei deswegen unnötig oder sogar für das Gemeinwesen schädlich, erforderlich lediglich bei der Wahl der Repräsentantinnen. Diese rekrutieren sich als Eliten aus dem Pool der etablierten politischen Parteien, die um die Vorherrschaft in Parlament und Regierung wetteifern. In Wahlkämpfen sollen die Wählerinnen auf die eine oder andere Seite gezogen werden. Wegen der Angewiesenheit des politischen Prozesses auf die Vermittlung durch Massenmedien kommt dem Recht auf Meinungsfreiheit in diesem System besondere Bedeutung zu.

⁷⁷ *Held*, Models 215.

⁷⁸ Siehe die in FN 11 angeführten Urteile.

⁷⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 535.

⁸⁰ *Held*, Models 157.

Modelle der Beratungsdemokratie („deliberative democracy“)⁸¹ wollen die intellektuelle Entmachtung des Volkes umkehren und setzen stattdessen auf die legitimierende und rationalisierende Kraft öffentlicher Diskussion. Die individuellen Präferenzen seien nicht gegeben (ein Umstand, den die Theorie der Beteiligungsdemokratie ausblendet), sondern ließen sich in der Auseinandersetzung mit den Präferenzen anderer Menschen ändern und neu ordnen. Eine Entscheidung sei nicht schon dann legitim, wenn sie auf der Zustimmung der Einzelnen beruht, sondern erst dadurch, dass diese Zustimmung nach einem Prozess der Reflexion und Argumentation erteilt wurde. Aufgabe des Staates sei es deshalb auch, politische Bildung zu betreiben und Foren zu schaffen, in denen eine freie Diskussion öffentlicher Angelegenheiten stattfinden kann. Das gehe von Umfragen über Methoden des e-government bis zu Bürgerinnen-Beteiligungsverfahren und Volksabstimmungen. Die Abstimmung im Parlament sei dann nur der Endpunkt eines längeren Verfahrens der allgemeinen Debatte.

Ein System nach dem Muster der Elitendemokratie wird den Anforderungen des EGMR wohl Genüge tun. Die Durchführung von regelmäßigen Wahlen, eine Mehrzahl von Parteien und eine freie Medienöffentlichkeit zählen geradezu zu den Kernpunkten des Demokratieverständnisses in Strasbourg. Andererseits steht die Konvention einem Ausbau deliberativer Praktiken nicht im Weg, im Gegenteil: Die Rechtsprechung betont immer wieder den besonderen Schutz, den Diskussionen öffentlicher Angelegenheiten genießen⁸². Von diesem Schutz zivilgesellschaftlich entstandener Formen hin zu staatlichen Handlungspflichten, solche Institutionen zu schaffen, ist es allerdings ein rechtsdogmatisch weiter Weg. Erste Ansätze dafür können vielleicht in der Anerkennung staatlicher Informationspflichten bei wichtigen Ereignissen⁸³ oder in der staatlichen Gewährleistungspflicht für Medien-Pluralismus⁸⁴ gesehen werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine vor allem dem Schutz der Bürgerinnen dienende, von Eliten getragene, rechtsstaatliche Demokratie dem näher kommt, was der EGMR unter „Demokratie“ und „demokratische Gesellschaft“ versteht, als ein die persönliche Entwicklung der Bürgerinnen förderndes, diese in die Entscheidungsverfahren einbeziehendes und auf öffentlicher Diskussion beruhendes Modell. Der EGMR folgt also eher einem konservativen Verständnis von Demokratie. Die EMRK würde aber einer Anreicherung der Interpretation um einige Elemente der moderneren Theorien keine Hindernisse in den Weg legen.

MMag. Dr. Florian Oppitz ist Fachhochschul-Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Fachhochschule Kärnten in Villach; f.oppitz@fh-kaernten.at

81 *Held*, Models 253.

82 Vgl. *Oppitz*, ZÖR 2009/64, 283 f.

83 *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention 144 f.

84 EGMR, 19.6.2012, 29400/05, *Communist Party of Russia*.

Von der Wiener Weltmensenrechtskonferenz zu einem Weltgerichtshof für Menschenrechte

20 Jahre nach der Weltkonferenz über Menschenrechte 1993

Anna Müller-Funk / Manfred Nowak

Der Kalte Krieg war – auch aus menschenrechtlicher Sicht – eine Zeit des Stillstands, geprägt von ideologischen Differenzen hinsichtlich der Definition von Menschenrechten und der damit verbundenen Staatenverpflichtungen, der Präferenz des Westens für politische und bürgerliche Rechte und jener der Staaten des Ostens für soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte. In der Aufbruchsstimmung nach Ende des Kalten Krieges forderten die Vereinten Nationen, 25 Jahre nach der Menschenrechtskonferenz in Teheran 1968, eine zweite Weltmensenrechtskonferenz. Ursprünglich sollte diese in Berlin, Symbol der Wiedervereinigung des Ostens und des Westens, stattfinden. Als Deutschland jedoch das Angebot die Konferenz auszurichten zurückzog, wurde, relativ kurzfristig, ein neuer Tagungsort gesucht. Die Wahl fiel auf Österreich, nicht zuletzt wegen seiner symbolträchtigen geographischen Lage zwischen den ehemaligen Blockstaaten des Kalten Krieges. In nur etwas mehr als einem Jahr, in dem zahlreiche internationale und regionale Vorbereitungstreffen stattfanden,¹ wurde eine Konferenz vorbereitet, an der schließlich über 10.000 VertreterInnen von 171 Regierungen, den Vereinten Nationen und der Zivilgesellschaft teilnahmen. Das kurz zuvor gegründete Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte organisierte das parallel zur Weltmensenrechtskonferenz stattfindende NGO-Forum, an dem mehr als 3.000 VertreterInnen von mehr als 1.500 Nichtregierungsorganisationen (NGOs) teilnahmen. Das Institut koordinierte dabei auch über 400 Parallelveranstaltungen von NGOs, die wesentlich zum Erfolg der UN-Weltmensenrechtskonferenz beitrugen.² Die Verabschiedung des Abschlussdokuments der Konferenz der *Vienna Declaration and Programme of Action* (Wiener Erklärung und Aktionsprogramm, kurz VDPA)³ im Juni 1993 kann durchaus als ein solcher bezeichnet werden. Der damalige Generalsekretär der Vereinten Natio-

1 Boyle, Stock-taking on Human Rights: The World Conference on Human Rights, Vienna 1993, Political Studies 1995/43, 81.

2 Nowak/Schwarz, The Contribution of Non-Governmental Organizations, in Nowak (Hrsg), World Conference on Human Rights. The Contributions of NGOs, Reports and Documents (1994) 1–11.

3 UN-Dok. A/CONF.157/23, ins Deutsche übersetzt von der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V. Die Übersetzung steht unter: www.wienplus20.de/data/user/img/weitere_Bilder/2.1_Wiener_Erklarung_und_Aktionsprogramm_web.pdf (13.10.2013) online zur Verfügung.

nen *Boutros Boutros-Ghali* attestierte den TeilnehmerInnen der Konferenz, dass sie mit der Verabschiedung der VDPA das Bekenntnis der internationalen Staatengemeinschaft zum Schutz der Menschenrechte erneuert, und so eine „neue Vision für einen globalen Prozess für Menschenrechte“⁴ geschaffen hätten. Das Abschlussdokument der Konferenz wurde im Dezember 1993 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen⁵ bestätigt.

1. Eine „neue Vision für einen globalen Prozess für Menschenrechte“

Eines der wichtigsten Ergebnisse der knapp dreiwöchigen Konferenz war zweifellos die *Bestätigung der Universalität und der Unteilbarkeit der Menschenrechte* sowie die Anerkennung nicht nur der Förderung der Menschenrechte, sondern auch deren internationalen Schutz als legitime Aufgabe von Staaten.⁶ Erstmals gab es substantielle Zugeständnisse der westlichen Staaten hinsichtlich der Bedeutung wirtschaftlicher und sozialer Rechte, so zum Beispiel hinsichtlich der Wichtigkeit des Rechts auf Entwicklung für Demokratisierungsprozesse sowie eine breite Anerkennung politischer und bürgerlicher Rechte durch die südlichen und östlichen Staaten. Dieser internationale Kompromiss, also die Feststellung der Interdependenz von Menschenrechten, Demokratie und wirtschaftlicher Entwicklung,⁷ führte so zu einem menschenrechtlichen Paradigmenwechsel von dem Wettstreit von bürgerlichen und politischen Rechten mit sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen während des Kalten Krieges, hin zu einem gemeinsamen Verständnis, dass Menschenrechte allgemein gültig, unteilbar, sich wechselseitig bedingend und miteinander verknüpft sind.

Die wesentliche institutionelle Errungenschaft der Konferenz war die Schaffung des *Hochkommissariats für Menschenrechte der Vereinten Nationen*, die in der VDPA von den KonferenzteilnehmerInnen empfohlen wurde.⁸ Das Hochkommissariat wurde knapp sechs Monate später, im Dezember 1993, mit der UN Resolution 48/141 errichtet. Der ecuadorianische Jurist und Diplomat *José Ayala Lasso*, der auf UN-Ebene auch bei der Implementierung der Empfehlungen der Weltkonferenz eine maßgebliche Rolle spielte, wurde erster UN Hochkommissar für Menschenrechte.⁹ Heute hat die über 1.000 MitarbeiterInnen starke Einrichtung, die in über 50 Staaten weltweit vertreten ist, die Oberhoheit über die Menschenrechtsagenden der Vereinten Nationen und unterstützt die Arbeit des Menschenrechtsrats der Vereinten Nationen.¹⁰ Die damit verbun-

4 Siehe www.ohchr.org/EN/ABOUTUS/Pages/ViennaWC.aspx (13.10.2013).

5 UN-Dok. A/RES/48/121.

6 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil I, Art 5).

7 Boyle, Stock-taking on Human Rights: The World Conference on Human Rights, Vienna 1993 (1993) 80.

8 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 18).

9 Die aktuelle Hochkommissarin für Menschenrechte ist *Navanethem Pillay*, südafrikanische Richterin und ehemalige Richterin am ICC.

10 www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx (14.10.2013).

dene Erhöhung des Menschenrechtsbudgets der Vereinten Nationen hat auch die Gewichtung der drei Hauptaufgaben der UNO – die Förderung internationaler Entwicklung, die Sicherung von Frieden und Sicherheit und der Schutz der Menschenrechte – etwas verbessert: Während das Menschenrechtsprogramm vor 1993 knapp zwei Prozent des Gesamtbudgets der Vereinten Nationen betrug, ist dieses seit der Schaffung des Hochkommissariats, inklusiver freiwilliger Beiträge, bis 2012 auf US\$ 184 Millionen, etwa sieben Prozent des Gesamtbudgets,¹¹ angestiegen.

Ein weiterer institutioneller menschenrechtlicher Meilenstein, dessen Grundstein in der VDPA gelegt wurde, war der *Internationale Strafgerichtshof*¹², der nur fünf Jahre später mit dem Römischen Statut 1998 etabliert wurde.¹³ Das Statut trat 2002 in Kraft und wurde seither von 122 Staaten ratifiziert. Der Gerichtshof wurde in Den Haag errichtet und stellt einen wichtigen Schritt im Kampf gegen die Straflosigkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen dar.

Während die Empfehlung der Konferenz, „koordinierte Anstrengungen“¹⁴ zur breiten Ratifizierung bestehender Menschenrechtsübereinkommen und -protokolle zu unternehmen, deutlich Gehör fand und zu einem Anstieg von Ratifikationen von 30%¹⁵ führte, waren die Schritte zur *Reform des UN Systems* weitaus zögerlicher. Die Konferenz empfahl die „Durchleuchtung der bestehenden Menschenrechtsorgane und der verschiedenen Mechanismen und Verfahren“¹⁶ sowie die „Weiterführung der Arbeiten an der Verbesserung des Funktionierens der Vertragsorgane, einschließlich ihrer Überwachungsaufgaben“.¹⁷ Obwohl einige Verbesserungen vorgenommen wurden, so zum Beispiel die Vereinheitlichung des UN Berichtswesens, verlief der Reformvorschlag der ehemaligen Hochkommissarin für Menschenrechte, *Louise Arbour*, alle Vertragsorgane der Vereinten Nationen mit einer einzelnen, dauerhaften Institution zu ersetzen, im Sand.¹⁸ Bedeutend erfolgreicher entwickelten sich die Anstrengungen zur Verbesserung der *Sonderverfahren der Vereinten Nationen*: auf Empfehlung der VDPA wurden seit 1993 zahlreiche Mandate für Arbeitsgruppen und – sowohl thematische als auch länderspezifische – SonderberichterstatteInnen eingeführt.

Ein weiteres Augenmerk der KonferenzteilnehmerInnen lag auf der nationalen Ebene und wie diese zu einer besseren Umsetzung von Menschenrechten beitragen könne. So empfahl die VDPA die Stärkung der nationalen Umsetzungsstrukturen, unter anderem die Erarbeitung nationaler *Menschenrechtsaktionspläne* sowie die *Schaffung unabhän-*

11 www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12675&LangID=E (14.10.2013).

12 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 92).

13 A/CONF.183/9.

14 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 4).

15 www.amnesty.org/en/united-nations/treaty-bodies/reform (20.10.2013).

16 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 88).

17 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 89).

18 The United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR Plan of Action: Protection and Empowerment (2005) www2.ohchr.org/english/planaction.pdf (20.10.2013).

giger, nationaler Menschenrechtsinstitutionen (NHRI), die Menschenrechtsverletzungen verhindern, bekämpfen und beobachten sollen.¹⁹ Letztere wurden mit der Verabschiedung der Pariser Prinzipien²⁰ im März 1994 eingeführt, heute gibt es über 100 solcher NHRI, von denen 69 die Pariser Prinzipien erfüllen, und damit vom Internationalen Koordinierungskomitee der nationalen Menschenrechtsinstitutionen mit Status A anerkannt sind.²¹

Neben institutionellen Errungenschaften der Weltmensenrechtskonferenz empfahl die VDPA zahlreiche konkrete Maßnahmen in einzelnen thematischen Bereichen. Neben den bereits erwähnten wichtigen Impulsen zur *Stärkung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte* spielte die Weltkonferenz eine zentrale Rolle bei der Stärkung einzelner Rechte, so zB *indigener Rechte*. Während das fehlende „s“ im Wort „peoples“, aufgrund des Widerstands einzelner Staaten im Abschlussdokument der Konferenz für viele TeilnehmerInnen, vor allem jene die für indigen Rechte eintraten, enttäuschend war – man hätte so aus der VDPA das Recht auf Selbstbestimmung indigener Gruppen ableiten können²² –, so trug die Weltkonferenz dennoch dazu bei, die Rechte indigener Völker in den Fokus der internationalen Staatengemeinschaft zu rücken und wichtige Impulse zur Stärkung indigener Rechte zu setzen.

Auch im Bereich der *Kinderrechte* wurden 1993 wichtige Schritte gesetzt, die KonferenzteilnehmerInnen forderten die Errichtung von weiteren Instrumenten zur Stärkung und dem Schutz der Menschenrechte von Kindern: der Schaffung zweier Zusatzprotokolle zur Kinderrechtskonvention (CRC).²³

Für die *Stärkung der Menschenrechte von Frauen* stellte die Konferenz wohl den bedeutendsten Fortschritt dar. Dank intensiver Vorbereitungs- und Koordinierungsarbeit von FrauenrechtsexpertInnen und -aktivistInnen aus aller Welt wurden die Menschenrechte von Frauen durch die internationale Staatengemeinschaft im Abschlussdokument der Konferenz erstmals als „ein unveräußerlicher, integraler und unabtrennbarer Bestandteil der allgemeinen Menschenrechte“²⁴ anerkannt, darüber hinaus wurde in der VDPA die Schaffung eines Zusatzprotokolls zur CEDAW (Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau) gefordert, das Individualbeschwerde- und Prüfungsmechanismen etablieren sollte. Dieses trat 1999 in Kraft und wurde von 104 Staaten ratifiziert.²⁵ Außerdem empfahl die VDPA die Errichtung eines Sonderverfahrens über Gewalt gegen Frauen. Schon im Folgejahr wurde die srilankische Juristin *Radhika*

19 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art. 66–71 und Teil II, Art 83–86).

20 UN-Dok. A/RES/48/134.

21 nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/HistoryNHRIs.aspx (20.10.2013).

22 Schmidt, What happened to the Spirit of Vienna. Follow-up to the Vienna Declaration and Program of Action and the Mandate of the UN High Commissioner for Human Rights, Nordic Journal of International Law, 1995/64/4, 598.

23 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil II, Art 45–47).

24 UN-Dok. A/CONF.157/23, (Teil I, Art 18).

25 UN-Dok. A/RES/54/4.

Coomaraswamy als erste Sonderberichterstatlerin der Vereinten Nationen zu Gewalt gegen Frauen bestellt.

Auch die *Rolle der Zivilgesellschaft*, deren Bedeutung bei der Rechtssetzung und -durchsetzung seit den 1970ern stetig zugenommen hatte, wurde bei und durch die Weltkonferenz 1993 weiter gestärkt.²⁶ Auf Druck verschiedener nicht-staatlicher AkteurInnen im Vorfeld der Konferenz wurde den NGOs 1993 eine aktive Rolle zuteil: Bei der zweiten Weltmenschrechtskonferenz wurde die internationale Zivilgesellschaft damit zum ersten Mal aktiv in UN-Belange involviert und konnte dadurch auch maßgeblich zum Ergebnis der Konferenz beitragen.²⁷

Auch wenn die Empfehlungen der Menschenrechtskonferenz die unmittelbar danach begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, ab 1992 im ehemaligen Jugoslawien, den Völkermord in Ruanda 1994 und das Massaker in Srebrenica 1995, nicht verhindert haben, so war die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs bei der Weltmenschrechtskonferenz 1993 dennoch eine wichtige Ergänzung zu den Ad-hoc Strafgerichtshöfen und ein bedeutender Schritt im Kampf gegen die Straflosigkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen.

Die Weltmenschrechtskonferenz 1993 war so in vieler Hinsicht ein Meilenstein in der Weiterentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes – auch weil heute, 20 Jahre später, tatsächlich die meisten der in der VDPA formulierten Empfehlungen umgesetzt sind.²⁸ Doch in den vergangenen zwei Jahrzehnten sind neue menschenrechtliche Herausforderungen entstanden, andere wie die Frage der Straflosigkeit und die mangelnden rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten von Menschenrechten sind nach wie vor ungelöst. Um diesen Fragen nachzugehen und entsprechende Empfehlungen zur Lösung selbiger zu formulieren, fand 2013 am 20. Jahrestag der Weltmenschrechtskonferenz von Wien eine ExpertInnenkonferenz statt.

2. 20 Jahre später: Empfehlungen für den Menschenrechtsschutz im 21. Jahrhundert

Anlässlich des zwanzigsten Jubiläums der Weltmenschrechtskonferenz luden das Hochkommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen und das Österreichische Außenministerium gemeinsam mit dem Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und dem Europäischen Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie (ETC) zu einer hochkarätig besetzten ExpertInnenkonferenz. Ziel dieser, von *Navi Pillay* und *Michael Spindelegger* eröffneten Konferenz, war es, auf Basis

²⁶ *Lochbihler*, Die Einflussnahme von Nichtregierungsorganisationen auf die internationale Menschenrechtspolitik, in *Willems* (Hrsg.), Demokratie auf dem Prüfstand (2002) 141–150.

²⁷ *Nowak/Schwarz* in *Nowak* 4–11.

²⁸ *Ayala-Lasso*, Translating the VDPA into Reality – the Creation of the Office of the High Commissioner for Human Rights, in *Benedek* et al (Hrsg.), Global Standards – Local Actions, Studienreihe des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte XV (2009) 95–100.

der Errungenschaften der Weltmensenrechtskonferenz 1993 konkrete, handlungsorientierte Empfehlungen zur Verbesserung des internationalen Menschenrechtssystems zu entwickeln. Über 200 ExpertInnen aus aller Welt, MenschenrechtsverteidigerInnen, VertreterInnen internationaler Organisationen, WissenschaftlerInnen, NGO-VertreterInnen und RegierungsvertreterInnen trafen im Juni 2013 zusammen, um in drei thematischen Arbeitsgruppen die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts an den internationalen Menschenrechtsschutz zu erörtern. Gegenstand der Beratungen waren dabei zum einen *Rechtsstaatlichkeit* und die Frage, wie der *Zugang zu Recht* von Opfern von Menschenrechtsverletzungen sowie die (strafrechtliche) Verfolgung der TäterInnen verbessert werden kann, vor allem dort, wo nationale Gerichtssysteme versagen. Die Arbeitsgruppe, unter dem Vorsitz von *Philippe Kirsch*, dem ehemaligen Präsidenten des Internationalen Strafgerichtshofs, konzentrierte ihre Diskussionen auf den Schutz von Opfern von Menschenrechtsverletzungen und wie ein effektiver Zugang zu Rechtsmitteln und adäquater Entschädigung gewährleistet werden kann. Die Empfehlungen der Arbeitsgruppe reichten von Verbesserungsvorschlägen innerhalb des Systems der Vereinten Nationen, zu Empfehlungen zu Verbesserungen auf regionaler und nationaler Ebene. Außerdem wurde ein Vorschlag, der bereits 1947 zum ersten Mal von Australien vorgebracht wurde,²⁹ wiederholt: die Forderung nach der Errichtung eines Weltgerichtshofs für Menschenrechte: Die TeilnehmerInnen der Konferenz „unterstüt[t]en die Idee der Errichtung eines Weltgerichts für Menschenrechte als ein zusätzliches Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes“³⁰, eine Empfehlung, die auch wiederholt von der internationalen Zivilgesellschaft formuliert wurde.

Eine zweite Arbeitsgruppe beschäftigte sich – unter dem Vorsitz von *Marcia V. J. Kran*, der Direktorin der Abteilung für Forschung und dem Recht auf Entwicklung des Hochkommissariats für Menschenrechte – mit dem *Schutz der Menschenrechte von Frauen im öffentlichen und politischen Leben*. Die ExpertInnen erörterten dabei das Umsetzungsdefizit bei der Realisierung der Menschenrechte von Frauen und empfahlen eine universelle Ratifizierung der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und deren effektiver Implementierung in der nationalen Gesetzgebung. Diese wurde von den TeilnehmerInnen als ein „solides und rechtsverbindliches System zur Verwirklichung der vollen Bandbreite der Rechte von Frauen und zur Integration eines Geschlechtergleichstellungsansatzes auf allen Ebenen, rechtlich wie praktisch“ befunden.³¹ Außerdem erarbeitete die Arbeitsgruppe Empfehlungen, wie Hindernisse für die Teilhabe von Frauen in politischen Prozessen und in der Öffentlich-

29 Siehe zum Beispiel UN Doc. E/1371 v. 23.6.1949; siehe auch *McGoldrick*, *The Human Rights Committee (1991)* 13 und FN 124; *Devereux*, *Australia and the International Scrutiny of Civil and Political Rights: An Analysis of Australia's Negotiating Policies, 1949–1966*, *Australian Yearbook of International Law*, 22. Jg, 48/2002, 47–75.

30 *Kozma/Müller-Funk/Nowak* (Hrsg), Annex: Vienna+20: Advancing the Protection of Human Rights – Achievements, Challenges and Perspectives 20 Years after the World Conference (Outcome Document), in: *Vienna+20 – Advancing the Protection of Human Rights (2013)* 379–393.

31 *Kozma/Müller-Funk/Nowak* (Hrsg), Annex: Vienna+20, 379–393.

keit, beispielsweise als Journalistinnen, Menschenrechtsaktivistinnen oder AkteurInnen in Friedensprozessen, beseitigt werden können.

Die *zukünftige Entwicklungsagenda der Vereinten Nationen* – die Frist für die Erreichung der *Millennium Development Goals* der Vereinten Nationen wird 2015 auslaufen – war das dritte Thema, das bei der Konferenz behandelt wurde. Ein zentrales Anliegen der Arbeitsgruppe, die von dem mexikanischen Diplomaten *Luis Alfonso De Alba*, dem ersten Präsidenten des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen geleitet wurde, war die Verankerung von Menschenrechten in allen Aktivitäten der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, im Sinne des Menschenrechtsansatzes (*human rights-based approach*) sowie die bessere Verankerung der Verantwortlichkeit von nicht-staatlichen AkteurInnen, wie multinationalen Konzernen oder internationalen Finanzinstitutionen. Im Vorfeld der Konferenz fand ein *internationales NGO Forum* unter dem Titel „*Menschenrechte in der Krise*“ statt, bei dem rund 140 VertreterInnen der internationalen Zivilgesellschaft unter dem Titel „*Reclaiming the Primacy of Human Rights Vienna+20*“ eine NGO Erklärung verabschiedeten, die auch bei der Konferenz präsentiert wurde³² und so Eingang in die Konferenzempfehlungen fand.

Eine Forderung, die in allen Arbeitsgruppen der Konferenz sowie bei dem NGO Forum durchaus kontroversiell diskutiert wurde, war der Ruf nach einer dritten Menschenrechtskonferenz, bei der die menschenrechtlichen Weichen für die nächsten Jahrzehnte gelegt werden könnten. Ein wichtiges Thema wäre dabei zweifellos die Schließung der grundlegenden Lücke des internationalen Menschenrechtsschutzes: dem enormen Unterschied zwischen dem Anspruch und der Wirklichkeit der Menschenrechte und der Schaffung einer universelle Instanz, die nach dem Vorbild des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte den Opfern von Menschenrechtsverletzungen effektiven Rechtsschutz garantiert – vor allem dann, wenn die nationalen Instanzen diesen nicht gewähren (können) – einen Weltgerichtshof für Menschenrechte.

Die Empfehlungen der KonferenzteilnehmerInnen wurden im Herbst 2013 von der österreichischen Bundesregierung vor dem Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen sowie der Generalversammlung präsentiert. Wie erfolgreich diese Empfehlungen umgesetzt werden und welche Bedeutung sie damit mittel- und langfristig haben werden, wird letztlich vom (politischen) Willen ihrer InitiatorInnen, also der österreichischen Regierung, den Geist der Weltmensenrechtskonferenz weiter zu tragen und so eine Vorreiterrolle bei der Verbesserung des internationalen Menschenrechtsschutzes zu spielen, abhängen.³³

Eine Weiterentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes ist – besonders im

32 *Kümmemmann et al*, Recommendations resulting from the Civil Society Conference: Human Rights in Times of Crises, Strengthening the Global Human Rights Movement, in *Kozma/Müller-Funk/Nowak* (Hrsg), Vienna+20 – Advancing the Protection of Human Rights (2013) 393–418.

33 Die Konferenz „Vienna+20 – Advancing the Protection of Human Rights“ war keine Staatenkonferenz, sondern eine ExpertInnentagung, die vom österreichischen Außenministerium initiiert und finanziert wurde.

Lichte einer neoliberalen Agenda der radikalen Deregulierung und Privatisierung – jedenfalls unbedingt notwendig. Sowohl die 1993 formulierten Visionen einer neuen Weltordnung, die auf einer pluralistischen Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten basiert, als auch die globale Agenda für Frieden sowie das gemeinsame, in den Millennium-Entwicklungszielen festgelegte Bestreben, Armut weltweit zu beseitigen, wurde von einer neoliberalen Vision von Globalisierung und dem „Globalen Kampf gegen den Terror“ vereinnahmt. Anstatt Armut global effizient zu bekämpfen und das 1993 vom NGO-Forum formulierte Ziel „all human rights for all“ zu realisieren, kämpft die Welt unter anderem mit den Folgen einer Wirtschafts- und Finanzkrise, einer globalen Nahrungsmittelkrise, einer zunehmenden Schere zwischen Arm und Reich, einer weltweiten ökologischen Krise und den Folgen von Klimawandel und zunehmend brutalen Konflikten. Nationalstaatliche Regierungen haben die Kontrolle über „die Marktkräfte“ verloren und betätigen sich bestenfalls im Krisenmanagement, anstatt sich mit den Ursachen dieser Krisen zu beschäftigen und diese zu bekämpfen. Gleichzeitig fehlt es ebendiesen nationalstaatlichen Regierungen an politischem Willen und Mut, Strukturen einer *Global Governance* zu schaffen, die dringend notwendig wäre, um die globalen Probleme und Herausforderungen des 21. Jahrhunderts zu bewältigen. – Ein Weltgerichtshof für Menschenrechte wäre ein erster, wichtiger Schritt in diese Richtung.

Prof. Dr. Manfred Nowak ist Professor für Völkerrecht an der Universität Wien, Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte sowie der transdisziplinären Forschungsplattform „Human Rights in the European Context“ und österreichisches Mitglied des Verwaltungsrats der EU Grundrechte Agentur. Von 2004 bis 2010 hatte er das Mandat des UN Sonderberichterstatters über Folter inne; manfred.nowak@univie.ac.at

Anna Müller-Funk, BSc MSc ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und an der Forschungsplattform „Human Rights in the European Context“ der Universität Wien; anna.mueller-funk@univie.ac.at

Der Menschenrechtsrat zwischen Universalität und Gleichbehandlung und Politisierung und Selektivität

Die Nichtteilnahme Israels an der Universellen Regelmäßigen Überprüfung

Herwig Wutscher

1. Einleitung

Im Jahr 2006 wurde die Menschenrechtskommission (MRK) der Vereinten Nationen (VN), welche über mehr als ein halbes Jahrhundert die bedeutendste universelle Institution zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte dargestellt hatte, durch den Menschenrechtsrat (MRR) ersetzt. Mit dieser weitreichenden Reform wollte man nicht zuletzt die bestehenden politischen und institutionellen Defizite der MRK beseitigen und somit der ihr gegenüber geäußerten Kritik Einhalt gebieten. Mitglieder des MRR sind nunmehr 47 Staaten, die durch die Generalversammlung (GV) der VN gewählt werden.

Neben zahlreichen Änderungen auf organisatorischer Ebene stellt die Schaffung der Universellen Regelmäßigen Überprüfung (UPR)¹, mit der die Erfüllung von menschenrechtlichen Verpflichtungen aller Mitgliedstaaten (MS) der VN und zuvorderst der in den MRR gewählten Staaten² überprüft werden soll, wohl eine der wesentlichsten Neuerungen dar. Die bisherige Bilanz der UPR ebenso wie die des MRR im Allgemeinen fällt dabei ambivalent aus.³ Jüngstes Negativbeispiel ist die im März 2012 erfolgte Bekanntgabe Israels, jegliche Kooperation mit dem MRR einzustellen. Begründet wurde dieser Schritt mit der Selektivität und Politisierung des MRR, derer sich Israel bereits zu Zeiten der MRK ausgesetzt sah. In der Folge nahm Israel auch nicht an seiner für Jänner 2013 vorgesehenen UPR teil, weshalb man sich im MRR dazu entschied, die Überprüfung Israels mittels Beschluss vom 29. Jänner 2013⁴ zu verschieben.

Die Vorwürfe Israels an den MRR beziehen sich vor allem darauf, dass die Handlungsweise des MRR in einem eindeutigen Spannungsverhältnis zu jenen Werten steht, von

1 Im Englischen Universal Periodic Review. Die gewählte Übersetzung entspricht der Übersetzung des Deutschen Übersetzungsdienst der VN der GV-Res 60/251 vom 15.3.2006 A/RES/60/251, Z 5 lit e.

2 Vgl Anl zu MRR-Res 5/1 vom 18.6.2007 A/HRC/5/1, Z I lit C Z 8–9.

3 Rathgeber, Ambivalenz als Eigenschaft. Der Menschenrechtsrat im dritten Jahr, in Bielefeldt et al (Hrsg), Kinder und Jugendliche – Jahrbuch Menschenrechte (2010), 248.

4 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1.

denen er sich laut seiner Gründungsresolution leiten lassen will.⁵ Daher stellt sich die Frage, ob der MRR wie schon seine Vorgängerinstitution mit einer (Über)politisierung⁶ zu kämpfen hat. Diese Frage soll im Folgenden beantwortet werden. Dabei soll zunächst auf die Behandlung Israels im MRR eingegangen und exemplarisch einige Spezifika herausgearbeitet werden. Sodann wird im zweiten Teil des Beitrags die Nichtteilnahme Israels an der UPR näher betrachtet. Da es sich hiebei um ein Novum⁷ im MRR handelt, soll insb auf die einschlägige Bestimmung zur Nichtteilnahme eines Staates an der UPR eingegangen werden. Dabei soll auch untersucht werden, ob die UPR ihrem Universalitätsanspruch unter diesen Umständen gerecht werden kann. Schließlich soll eine Synthese der in beiden Teilen gewonnenen Erkenntnisse eine Antwort auf die Frage ermöglichen, ob sich der MRR in seiner Gesamtheit von den Werten der Universalität und der Gleichbehandlung leiten lässt, oder ob Selektivität und Politisierung seine Arbeit dominieren.

2. Der Menschenrechtsrat und Israel

2.1. Von der Menschenrechtskommission zum Menschenrechtsrat

1946 wurde die MRK als Unterorgan des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen (ECOSOC) gegründet.⁸ Trotz der bedeutenden Rolle, die sie bei der Förderung und beim Schutz der Menschenrechte spielte, konnte sie sich einer gewissen Kritik nicht erwehren.⁹ So war in den letzten Jahren ihrer Aktivität die MRK mehr mit der Debatte um ihre eigenen Defizite als mit menschenrechtlichen Problemen beschäftigt.¹⁰ Der Ruf nach einer Reform der MRK wurde daher immer lauter. Bald rief der VN-Generalsekretär die VN-MS zur Schaffung eines Menschenrechtsrats samt Mechanismus zur Überprüfung der Einhaltung ihrer menschenrechtlichen Verpflichtungen auf.¹¹ Der Beschluss zur Schaffung des MRR fiel schließlich im „2005 World Summit Outcome Document“¹², in dem auch erste Grundzüge seines Mandats vorgezeichnet wurden.¹³ Das Ergebnis der darauf folgenden, teils schwierigen Verhandlungen¹⁴ war schließlich

5 Es sind dies ua Universalität, Unparteilichkeit, Objektivität und Nichtselektivität; vgl GV-Res 60/251 vom 15.3.2006 A/RES/60/251, Z 4.

6 Zur Problematik der Politisierung in den VN vgl *Lyons/Baldwin/McNemar*, The „Politization“ Issue in the UN Specialized Agencies, Proceedings of the Academy of Political Science 1977, 81.

7 Der bisher einzige weitere Fall betraf Haiti, dieser war allerdings den verheerenden Erdbeben im Jänner 2010 geschuldet und ist daher kaum vergleichbar.

8 ECOSOC-Res 9 (II) vom 21.6.1946 E/RES/9 (II).

9 *Scanella/Splinter*, The United Nations Human Rights Council: A Promise to be Fulfilled, Human Rights Law Review 2007, 41 (42).

10 *Karrenstein*, Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (2011) 7.

11 GV-Res 59/2005 vom 21.3.2005 A/59/2005, Z 183; Anl zu GV-Res 59/2005 vom 21.3.2005 A/59/2005/Add.1, Z 6–8.

12 GV-Res 60/1 vom 24.10.2005 A/RES/60/1.

13 GV-Res 60/1 vom 24.10.2005 A/RES/60/1, Z 157–160.

14 Vgl *Karrenstein*, Menschenrechtsrat 19 ff.

die Gründung des MRR am 15. März 2006 durch Resolution der GV.¹⁵ Im ersten Jahr der Tätigkeit des MRR wurde sodann mit der Verabschiedung des *institution building package*¹⁶ der institutionelle Rahmen abgesteckt.

Mit der Schaffung des MRR wollte man vor allem der steigenden Politisierung und der Selektivität in der MRK Einhalt gebieten.¹⁷ So galt etwa die Behandlung von Ländersituationen in der MRK als besonders problematisch, da sich hierbei oftmals der Fokus weg vom Schutz und der Förderung der Menschenrechte hin zu einem politischen Fingerzeig verlagerte. Auch wurden schwere Menschenrechtsverletzungen in einigen Ländern erst gar nicht behandelt, während die volle Aufmerksamkeit der MRK einzelnen, von vielen BeobachterInnen als weniger besorgniserregend wahrgenommenen Menschenrechtssituationen zukam.¹⁸ Unter anderem um diese Probleme nicht in den MRR weiterzutragen, wurde auch die UPR geschaffen.¹⁹

2.2. Die Behandlung Israels im Menschenrechtsrat

Bereits zu Zeiten der MRK wurde immer wieder die Art und Weise kritisiert, wie die Kommission mit Israel umging. Auch im Fall des MRR entsteht der Eindruck, dass dessen Arbeitsschwerpunkt auf den durch Israel begangenen Menschenrechtsverletzungen liegt. Eine Aufstellung der Länderresolutionen, die im Rahmen der MRK bzw. des MRR in den Jahren 1992–2008 angenommen wurden, zeigt etwa, dass in beiden Fällen die Resolutionen, die sich mit Israel befassen, überwiegen.²⁰ So wurden in den Jahren 1992–2005 durch die MRK 79 Resolutionen zu Israel verabschiedet, was ungefähr 24% der in diesem Zeitraum angenommenen Länderresolutionen entspricht. Ein ähnliches Bild ergibt sich für die durch den MRR angenommenen Länderresolutionen in den Jahren 2006–2008. In diesem Zeitraum betrafen 19 der 41 angenommenen Resolutionen Israel, somit also beinahe die Hälfte aller Länderresolutionen. Auch im Jahr 2012 befasste sich der MRR vorwiegend mit von Israel begangenen Menschenrechtsverletzungen. So betrafen ungefähr 30% aller vom MRR angenommenen Länderresolutionen²¹ Israel. Die Resolutionen werden darüber hinaus unter einem eigenen Tagesordnungspunkt verabschiedet und nicht unter dem allgemeinen Tagesordnungspunkt 4 („Human rights situations that require the Council’s attention“). Für Israel wurde nämlich bereits unter der MRK der spezielle Tagesordnungspunkt „Human rights situation in Palestine

15 GV-Res 60/251 vom 15.3.2006 A/RES/60/251.

16 Anl zu MRR-Res 5/1 vom 18.6.2007 A/HRC/5/1.

17 GV-Res 60/251 vom 15.3.2006 A/RES/60/251, Präambularabsatz 9.

18 *Scanella/Splinter*, Human Rights Law Review 2007, 45.

19 S unten 3.1.

20 Eine derartige Aufstellung findet sich bei *Seligman*, Politics and Principle at the UN Human Rights Commission and Council (1992–2008), Israel Affairs 2011, 520 (526 f).

21 Nicht berücksichtigt werden hierbei allerdings Resolutionen zur technischen Unterstützung einzelner Länder sowie Sondersitzungen, wie etwa zu Syrien.

and other occupied Arab territories“ geschaffen. Dieser wurde auch durch das *institution building package* in den MRR übernommen.²²

Vor dem Hintergrund des Prinzips der Gleichbehandlung kann die Existenz eines speziellen Tagesordnungspunkts, verbunden mit einem erhöhten Maß an Publizität, wohl nur schwerlich gerechtfertigt werden, könnten die Resolutionen doch ebenso gut unter Tagesordnungspunkt 4 behandelt werden. Dem kann selbstverständlich entgegengehalten werden, dass sich die Resolutionen unter Tagesordnungspunkt 7 nicht mit Israel per se, sondern mit der Menschenrechtssituation in den von Israel besetzten Gebieten, also einer Region, beschäftigen. Klar ist aber auch, dass sich alle einschlägigen Resolutionen direkt auf Israel (als Besatzungsmacht) beziehen und somit de facto Israel betreffende Länderresolutionen darstellen. Außerdem zeigt schon ein Blick auf die bei der letzten Märztagung des MRR verabschiedeten Resolutionen, dass diese zumeist lediglich die durch Israel begangenen Menschenrechtsverletzungen verurteilen und nicht im Sinne einer ausgeglichenen Betrachtung einer regionalen Menschenrechtssituation ausgestaltet sind.

Auch das Mandat eines/einer eigenen SonderberichterstatterIn²³ für die Menschenrechtssituation in den besetzten palästinensischen Gebieten wurde bereits durch die MRK geschaffen und in den MRR übernommen. Dieses Mandat soll bis zum Ende der israelischen Besatzung dieser Gebiete bestehen bleiben,²⁴ was insofern unüblich ist, als idR Ländermandate regelmäßig verlängert werden müssen, zumeist jährlich. Israel hat also im Gegensatz zu anderen Staaten, für die ein solches Mandat geschaffen wurde, nicht die Möglichkeit, auf dessen frühzeitige Beendigung hinzuwirken. Zwar wurde mitunter vorgebracht, dass der/die SonderberichterstatterIn kein Ländermandat im eigentlichen Sinne inne hat, da er/sie sich mit der Situation eines besetzten Volkes beschäftigt und sich somit fundamental von den anderen LänderberichterstatterInnen unterscheidet.²⁵ Dies würde im Umkehrschluss aber bedeuten, dass der/die SonderberichterstatterIn für die Menschenrechtssituation in den besetzten palästinensischen Gebieten ein thematisches Mandat ausübt, da dem MRR lediglich zwei Kategorien von Mandaten, nämlich thematische und länderspezifische, bekannt sind. Raum für einen/eine SonderberichterstatterIn sui generis scheint es nicht zu geben. Da sich der/die Sonderbe-

22 Anl zu MRR-Res 5/1 vom 18.6.2007 A/HRC/5/1, Z V lit B; nunmehr Tagesordnungspunkt 7. Zum politischen Hintergrund s *Rathgeber*, Beredtes Schweigen und schiefe Bahnen: Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen, in *Bielefeldt et al* (Hrsg), Religionsfreiheit – Jahrbuch Menschenrechte 2009, 251.

23 SonderberichterstatterInnen zählen zu den sogenannten Sonderverfahren (*special procedures*) des MRR. Sie befassen sich entweder mit der Menschenrechtssituation in gewissen Ländern, wie etwa im Iran oder Myanmar oder mit allgemeinen Fragen eines spezifischen Menschenrechtsbereichs, wie etwa dem Schutz der Menschenrechte bei der Terrorismusbekämpfung. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben können sie ua Länderbesuche durchführen, Staaten auf Missstände hinweisen oder Berichte verfassen, wobei sich ihre Kompetenzen aus der jeweiligen Resolution ergeben, mit der ihr Mandat geschaffen wird.

24 MRK-Res 1993/2 vom 19.2.1993 E/CN.4/RES/1993/2 (A+B), Z 4 lit c.

25 Vgl die Erklärung Chinas im Namen der Like Minded Gruppe bei der zweiten Sitzung des MRR am 3.10.2006, www.extranet2.ohchr.org/Extranets/HRCExtranet/portal/page/portal/HRCExtranet/2ndSession/OralStatements/031006/Tab16/Tab/China.pdf (10.7.2013).

richterstatteIn aber nie mit allgemeinen Fragen der menschenrechtlichen Auswirkungen von Besetzungen im Sinne eines thematischen Mandats beschäftigt hat, leuchtet diese Argumentation nicht ein.

2.3. Zwischenergebnis

Auch wenn die Kritik an Israel, insb hinsichtlich der Missachtung der Menschenrechte und der Verletzung des humanitären Völkerrechts in den besetzten palästinensischen Gebieten sicherlich dem Grunde nach gerechtfertigt ist, so ist die Art und Häufigkeit mit der diese im MRR zur Sprache gebracht wird, mit dem Anspruch des MRR, ein nicht selektives Organ zu sein, nicht vereinbar. Wie zu demonstrieren versucht wurde, zeigt sich der MRR bei der Behandlung Israels einseitig und scheint zur Austragung eines regionalen Konflikts durch einen Teil seiner Mitgliedstaaten instrumentalisiert zu werden. Dies gefährdet die Glaubwürdigkeit des MRR.

3. Die UPR und Israel

3.1. Struktur und Grundsätze der UPR

Um ein geeignetes Instrument zur Überprüfung der von allen VN-MS eingegangenen menschenrechtlichen Verpflichtungen zu schaffen, wurde gemeinsam mit der Gründung des MRR die Einführung der UPR beschlossen.²⁶ Folglich wurden in einem ersten Durchgang, der bereits im Jahr 2011 abgeschlossen wurde, alle 193 VN-MS überprüft. Bei der seit Juni 2012 dreimal jährlich stattfindenden UPR handelt es sich demnach bereits um die zweite Runde, bei der bei jeder Sitzung idR 14 Staaten behandelt werden. Der Fokus liegt dabei auf der Überprüfung der Umsetzung von Empfehlungen und der Entwicklung der Menschenrechtssituation seit der ersten Runde.²⁷

Die grundsätzlichen Modalitäten betreffend die UPR wurden bereits ein Jahr nach der Gründung des MRR im *institution building package* festgelegt.²⁸ Demnach erfolgt die Überprüfung eines Staates im Rahmen der Sitzung einer Arbeitsgruppe bestehend aus den 47 MRR-MS, welche einen Abschlussbericht erstellt. Grundlage hierfür sind ein Staatenbericht, der durch den zu überprüfenden MS zu verfassen ist sowie eine Zusammenfassung der Empfehlungen von Vertragsorganen und anderen nichtstaatlichen Akteuren, welche das Büro der Hochkommissarin für Menschenrechte (OHCHR) vornimmt. Die UPR ist somit bereits im Vorfeld auf die umfassende Kooperation des zu überprüfenden MS angewiesen. Ohne dessen Mitwirkung wird eine sinnvolle Überprüfung nur schwerlich möglich sein. Im Rahmen der Arbeitsgruppensitzung findet schließ-

26 GV-Res 60/1251 vom 3. April 2006 A/RES/60/251, Z 5 lit e.

27 MRR-Res 16/21 vom 25. März 2011 A/HRC/16/21.

28 Anl zu MRR-Res 5/1 vom 18.6.2007 A/HRC/5/1.

lich ein interaktiver Dialog zwischen dem zu überprüfenden MS und dem MRR statt. Dabei hat jeder der 47 MS die Möglichkeit, Fragen an den betreffenden Staat zu stellen und Empfehlungen zur Verbesserung der Menschenrechtssituation abzugeben. Den Abschluss bildet die Annahme des Berichts der Arbeitsgruppe im Plenum des MRR.²⁹ Die UPR soll damit nicht zuletzt auch zu einer Beseitigung der Selektivität bei der Behandlung von Ländersituationen beitragen und die unter der MRK verbreitete Praxis der Flucht in die Mitgliedschaft unterbinden.³⁰ Der Erfolg des MRR steht und fällt daher gewissermaßen mit der UPR.

Gemäß Teil I Z 3 lit b und g der Anlage zu VN-GV Res 5/1 wurde die UPR ausdrücklich als kooperativer Mechanismus ausgestaltet, der in einer objektiven, transparenten, nicht selektiven und konstruktiven Art und Weise abgehalten werden soll. Dies bedeutet eine Abkehr von dem konfrontativen Stil, der noch die Arbeit der MRK prägte.³¹ Der gewählte Wortlaut sowie die Eigenschaft der Resolution als ein dem *soft law* zuzuordnendes Instrument sprechen dafür, dass grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung der MS besteht, an der UPR teilzunehmen.³² Für eine Verpflichtung zur Teilnahme könnte aber einerseits die Tatsache sprechen, dass bisher alle VN-MS an der Überprüfung teilgenommen haben³³ und dass gemäß Art 56 VN-Charta alle VN-MS dazu verpflichtet sind, mit der Organisation zusammenzuarbeiten. Auch die Aufgabe der UPR Staaten, die nicht den höchsten Menschenrechtsstandards genügen, von einer Kandidatur für einen Sitz im MRR abzuhalten, könnte dafür sprechen, dass zumindest solche Länder, die im MRR sitzen, sich mit ihrer Kandidatur zur Teilnahme an der UPR verpflichtet haben. Ob Staaten auch zur Durchführung eines *follow up* zur UPR verpflichtet sind, darf jedenfalls bezweifelt werden, da im Rahmen der UPR nur rechtsunverbindliche Empfehlungen abgegeben werden.

3.2. Nichtteilnahme Israels an der UPR

3.2.1. Wie es zur Nichtteilnahme kam

Während der 19. Tagung des MRR wurde die bereits traditionelle Resolution³⁴ zu den israelischen Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten verabschiedet. Eine brisante Neuerung im Resolutionstext war die Einsetzung einer internationalen Mis-

29 Eine derart umfassende Überprüfung wäre unter der MRK nicht denkbar gewesen; *Rathgeber in Bielefeldt et al* 247 (261).

30 Vgl GV-Res 59/565 vom 2.12.2004 A/59/565, Z 283; *Karrenstein*, Menschenrechtsrat 209.

31 *Gaer*, A Voice not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System, *Human Rights Law Review* 2007, 109 (130 ff).

32 Vgl *Thomuschat*, Universal Periodic Review: A New System of International Law with Specific Ground Rules, in *Fastenrath et al* (Hrsg), *From Bilateralism To Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (2011) 609 (611).

33 *Thomuschat in Fastenrath et al* 610 f.

34 Bereits während der zweiten Sitzung des MRR wurde eine entsprechende Resolution verabschiedet; vgl MRR-Res 2/L.12 vom 2.10.2006 A/HRC/2/L.12.

sion, die mit der Untersuchung der Auswirkungen der israelischen Siedlungsaktivitäten auf die Menschenrechtssituation in den besetzten palästinensischen Gebieten betraut werden sollte.³⁵ Noch vor der Annahme der Resolution hatte der israelische Botschafter bereits seinen Unmut über die mögliche Einsetzung der Untersuchungsmission in einer Erklärung gegenüber dem MRR geäußert. Einmal mehr betonte er auch den Mangel an Unabhängigkeit, die Selektivität und die Politisierung, mit denen sich Israel im MRR konfrontiert sehe.³⁶ Am 14. Mai 2012 folgte ein Brief des israelischen Botschafters an die Präsidentin des MRR, in dem Israel die Suspendierung jeglicher Beziehungen mit dem MRR und dem Hochkommissariat für Menschenrechte (OHCHR) bekannt gab.³⁷ Was folgte, waren diplomatische Bemühungen, um Israel auch außerhalb des MRR wieder zur Kooperation zu bewegen.³⁸ Als jedoch klar wurde, dass Israel die Kooperation bis zu seiner für Ende Jänner 2013 angesetzten UPR nicht wieder aufnehmen würde, wurde anlässlich einer organisatorischen Sitzung des MRR am 14. Jänner 2013 ein Beschluss hinsichtlich der Nichtkooperation Israels gefasst, welcher im Lichte seiner Rahmenbedingungen im Folgenden untersucht werden soll.

3.2.2. Der (rechtliche) Rahmen und die getroffenen Maßnahmen

Die zentrale Bestimmung im Falle der Nichtkooperation eines MS mit der UPR findet sich in Z 38 der Anlage zu MRR-Res 5/1, welche Folgendes bestimmt: „After exhausting all efforts to encourage a State to cooperate with the universal periodic review mechanism, the Council will address, as appropriate, cases of persistent non-cooperation with the mechanism“. Z 38 positiviert somit ein eindeutiges Primat diplomatischer Bemühungen, um einen Staat zur Wiederaufnahme der Kooperation zu bewegen. Der äußerst weit gefasste Wortlaut lässt dabei aber gänzlich offen, wann derartige Bemühungen als gescheitert anzusehen sind, wann also der Fall durch den MRR aufgegriffen werden soll. Unklar ist weiters, in welcher Form dies zu geschehen hat, da Z 38 keine konkreten Maßnahmen vorsieht. Eine weitere terminologische Unschärfe ergibt sich auch aus dem Begriff der beharrlichen Nichtkooperation (persistent non-cooperation), da nicht klar ist, wann die Grenze zur Beharrlichkeit überschritten ist.

Mit dem am 14. Jänner 2013 gefassten Beschluss des MRR³⁹ wurde nunmehr klargestellt, wie zukünftig mit Fällen von Nichtkooperation zu verfahren ist, da der gewählte

35 MRR-Res 19/17 vom 10.4.2012 A/HRC/19/17, Z 9.

36 Israeli Ministry of Foreign Affairs, Presseaussendung, „Response to UNHCR decision to establish a commission on settlements“, www.mfa.gov.il/MFA/PressRoom/2012/Pages/Response_UNHCR_commission_settlements_22-Mar-2012.aspx (27.6.2013).

37 Verfügbar unter www.blog.unwatch.org/index.php/2012/05/15/letter-to-un-israel-tells-head-of-rights-council-its-suspending-all-ties/ (27.6.2013).

38 Vgl Rat der Europäischen Union, Presseaussendung, „Eleventh Meeting of the EU-Israel Association Council. Statement of the European Union“, www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/d-il/dv/eu-israelassociationcouncilstatement/eu-israelassociationcouncilstatementen.pdf (27.6.2013).

39 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1.

Zugang *expressis verbis* als Präzedenzfall dienen soll.⁴⁰ Zentrales Element des Beschlusses ist die Verschiebung der Überprüfung Israels auf die 17. Sitzung der UPR⁴¹, welche von Oktober bis November 2013 stattgefunden hat und bei der Israel schlussendlich am 29. Oktober 2013 überprüft wurde. Bis zu diesem Termin sollte der Präsident des MRR alle Maßnahmen treffen, um Israel zur Kooperation zu bewegen.⁴² Was folgte, war also eine weitere Runde diplomatischer Bemühungen, diesmal aber offiziell im Wege des MRR. Ein Vorgehen, das im Einklang mit dem Wortlaut von Z 38 steht. Wären aber die diplomatischen Bemühungen bis zu dem festgelegten Termin gescheitert, wovon wohl bei einer abermaligen Nichtteilnahme ausgegangen hätte werden müssen, so wäre unklar geblieben, welche Maßnahmen in der Folge zu treffen gewesen wären, da der Beschluss diesen Punkt offen lässt.⁴³ Denkbar wäre etwa die Befassung der VN-GV mit der Situation oder eine Abhaltung der UPR in absentia gewesen, wobei letztere Option angesichts des kooperativen Charakters der UPR wenig sinnvoll erschienen wäre. Ebenso wenig aufschlussreich ist der Beschluss hinsichtlich der Frage, wann ein Fall der Nichtkooperation als beharrlich anzusehen ist, da Israel bis zur Beschlussfassung jegliche Kooperation verweigert hat, die Situation somit klar war und daher im Beschluss nicht erörtert wurde. Es wurde aber etwa von NGOs vorgeschlagen, dass von einer beharrlichen Nichtkooperation dann auszugehen sei, wenn ein Staat drei der fünf von ihnen identifizierten, für eine erfolgreiche UPR notwendigen Handlungen unterlässt.⁴⁴ Dieser Vorschlag ist aufgrund seiner objektiven Kriterien und der Tatsache, dass der Wortlaut der Z 38 wohl ein gewisses quantitatives Element⁴⁵ beinhaltet, grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings sollte mE auch die Qualität der Kooperationsverweigerung berücksichtigt werden, indem darauf abgestellt wird, ob eine Unterlassung vorsätzlich und schuldhaft erfolgt ist. So kann es etwa nicht angehen, dass ein Staat, der auf Grund von Naturkatastrophen an der Kooperation gehindert wird, mit negativen Konsequenzen rechnen muss.⁴⁶

3.3. Zwischenergebnis

Israel hat mit seiner Nichtteilnahme an der UPR dessen Universalität ernstlich in Frage gestellt, da es bisher kaum denkbar schien, dass ein MS die Kooperation mit der UPR

40 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1, Z 6.

41 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1, Z 5.

42 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1, Z 2.

43 MRR-B 7/1 vom 29.1.2013 A/HRC/OM/7/1, Z 4.

44 Vgl UPR Info, Presseaussendung, „Non-cooperation with the UPR: Paving the way“, www.upr-info.org/+Non-cooperation-with-the-UPR+.html (10.7.2013).

45 Zu diskutieren wäre allerdings, ob die Grenze genau bei drei Handlungen zu ziehen ist und welche Schritte tatsächlich seitens des zu überprüfenden Staates zu setzen sind.

46 Diese Überlegung wurde vom MRR auch entsprechend berücksichtigt, als Haiti im Mai 2010 aufgrund des verheerenden Erdbebens, welches das Land im Jänner 2010 erschütterte, nicht dazu in der Lage war seinen Länderbericht fristgerecht fertigzustellen. Der MRR verschob folgerichtig im Rahmen einer Sondersitzung die Überprüfung auf spätestens Dezember 2011; vgl MRR-Res S-13/1 vom 27.10.2010 A/HRC/S-13/1, Z 10.

verweigert. Israel hat nunmehr aber gezeigt, dass ein derartiges Verhalten nicht nur möglich ist, sondern zunächst auch kaum negative Konsequenzen zeitigt. Die Hemmschwelle für eine Nichtteilnahme ist somit deutlich gesunken. Vor diesem Hintergrund mag der Beschluss des MRR daher zwar seitens einiger NGOs Enttäuschung hervorgeufen haben⁴⁷, weil er bloß diplomatische Schritte vorsieht, doch entspricht ein solches Vorgehen den Rahmenbedingungen der UPR. Positiv hervorgehoben werden muss auch, dass der Beschluss nicht bloß für Israel, sondern auch für alle weiteren Fälle der Nichtkooperation gilt, was dem Anspruch von MRR und UPR auf Gleichbehandlung aller Staaten Genüge tut. Letztlich bleibt offen, ob die im Beschluss grundlegende Interpretation von Z 38 auch bei anderen Staaten gewählt worden wäre, oder ob hierbei spezifische politische Erwägungen ausschlaggebend waren.⁴⁸

4. Ergebnis und Ausblick

Im Ergebnis kann der MRR nicht gänzlich vom Vorwurf der Einseitigkeit freigesprochen werden. Ein wesentliches Problem hiebei ist, dass der MRR wie schon die MRK an einer starken Politisierung seiner Arbeit leidet. Der Fall Israels ist dabei nur eines von zahlreichen Beispielen. Dieser Befund trifft teilweise auch auf die UPR zu. So dient diese den Staaten mitunter dazu „[...] sich gegenseitig auf die Schulter zu klopfen [...]“.⁴⁹ Auch der vom MRR gefällte Beschluss betreffend die Nichtteilnahme eines Staates an der UPR dürfte zT politische Hintergründe haben, entspricht allerdings auch dem kooperativen Charakter der UPR und dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Staaten im MRR. Er steht somit im Einklang mit den Rahmenbedingungen der UPR. Ob der MRR auch dazu in der Lage wäre, härtere Maßnahmen zu ergreifen, hätte sich nur dann gezeigt, wenn Israel auch an dem im Beschluss festgelegten Termin für seine UPR nicht teilgenommen hätte.

Freilich darf man sich nicht der Illusion hingeben, ein völlig objektiver und entpolitisiertes Menschenrechtsrat sei überhaupt möglich.⁵⁰ Zwar soll der MRR Fälle schwerer Menschenrechtsverletzungen aufgreifen, dies geschieht jedoch nur in Form von rechtsunverbindlichen Resolutionen. Die Staaten sind dabei nicht durch unabhängige ExpertenInnen, sondern durch weisungsgebundene DiplomatenInnen vertreten, die naturgemäß die Interessen und außenpolitischen Schwerpunkte der jeweiligen Entsendestaaten repräsentieren.⁵¹ Dass dieser Umstand aber nicht notwendigerweise dazu führen muss,

47 Vgl UPR Info, Presseaussendung, „Non-cooperation with the UPR: Paving the way“, www.upr-info.org/+Non-cooperation-with-the-UPR+.html (10.7.2013).

48 So etwa die Wahlen zur Knesset am 22.1.2012.

49 Rathgeber in Bielefeldt et al 247 (260).

50 Vgl Thomuschat in Fastenrath et al 609.

51 Tichy/Doujak/Häusler, Die Teilnahme Österreichs an der Umfassenden periodischen Menschenrechtsüberprüfung durch den Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (UPR-Prozess), in Hafner et al (Hrsg), *Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte. Liber Amicorum Wolfram Karl* (2012) 292 (309).

dass der MRR zu einer einseitigen Institution verkommt, in der mit dem Finger auf einzelne Staaten gezeigt wird oder der von „diplomatic battles“⁵² gezeichnet ist, sollte auch klar sein. Vielmehr müssen die MS darauf hinarbeiten, dass sich der MRR zu einer universellen und ausgewogenen Institution entwickelt, um seine Glaubwürdigkeit zu wahren.

Mag. Herwig Wutscher, BA ist EU-Trainee in der Wirtschaftskammer Österreich; herwig.wutscher@wko.at

52 *Thomuschat*, Human Rights Between Idealism and Realism² (2008) 144.

A Retrospective on the Continuing, Indefinite Detention of Muslim Men and Boys at Guantánamo Bay

J. Wells Dixon

1. Introduction

Amnesty International was right to declare the U.S. Naval Station at Guantánamo Bay, Cuba, “the gulag of our times.”¹ For many in the United States and internationally, the prison evokes disparate thoughts and images – the Twin Towers falling, hooded men chained and kneeling in orange jumpsuits under a relentless tropical sun, and the filth and stench of torture deemed legal by government attorneys who ignored or twisted precedent to achieve desired conclusions. It also raises questions that individuals and governments grapple with frequently – how to stop terrorism and balance security and civil liberties. Yet now, in its twelfth year of operation, there is little doubt that Guantánamo is a failure. It is notorious among modern and developing nations alike for “entrenching the practice of arbitrary detention in violation of international law,” and its “mockery of justice and due process.”² It is a prison that in practice, if not by design, has been reserved exclusively for Muslim men and boys who have been so vilified as to be deemed unworthy of the protections of U.S. and international law.

The prison fits an unfortunate pattern in U.S. history in which marginalized groups with the fewest protections and least access to resources are dehumanized as “others” – Native Americans through forced relocation and extermination, African Americans through slavery, segregation and disenfranchisement, and Japanese Americans through internment. It is only through this process of identifying and circumscribing those who we do not understand and fear as different from – and less human than us – that it becomes possible to torture and abuse, indefinitely detain, and otherwise persecute them on a broad scale under a veil of secrecy. Guantánamo likewise takes its place in history among other off-shore penal colonies such as Devil’s Island and Robben Island, reserved for politically and socially unpopular groups often labeled as “terrorists” unfit to coexist among the rest of “civilized” society.

1 Amnesty International Report 2005: The State of the World’s Human Rights, Index No. POL 10/001/2005 (May 25, 2005) (Foreword by Irene Khan, Secretary General).

2 *Id.*

2. Guantánamo Bay as a Law-Free Zone

To understand the xenophobia that underlies Guantánamo, it is helpful to recall the immediate aftermath of September 11th. Seven days after the attacks on New York and Washington, the U.S. Congress passed the Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No. 107-40, § 2(a), 115 Stat. 224, 224 (2001), a resolution authorizing the President to “use all necessary and appropriate force” against those responsible for the attacks. The resolution paved the way for military action in Afghanistan. On October 7, 2001, U.S. ground forces invaded Afghanistan with the goal of capturing or killing Osama Bin Laden, dismantling Al Qaeda and stopping the Taliban government that had sheltered Bin Laden and Al Qaeda for several years. Shortly thereafter, the U.S. military began to round up hundreds of suspected fighters and terrorists, and questions arose about what to do with these men and boys.

The United States chose Guantánamo Bay as the location for a prison to detain individuals captured during military operations in Afghanistan, or, as was more often the case, outcasts and refugees sold by Pakistani forces to U.S. forces for substantial bounties, because it was thought to be a place where U.S. federal courts were unlikely to exercise jurisdiction to consider legal challenges by detainees held without charge or trial. The architects of the administration’s detention policies thought the courts would not intervene because the detainees were non-citizens held outside the formal sovereign territory of the United States.³ They chose Guantánamo because it was thought to be a “legal black hole,” or “the legal equivalent of outer space.” Indeed, the prison was designed to be “a place where no laws applied,” where military, intelligence and law enforcement officials could detain and interrogate suspected fighters or terrorists without scrutiny or interference from the courts or the public.⁴

Guantánamo was a prison that operated on three fundamental principles: isolation, secrecy and dependency. Detainees were isolated thousands of miles from the world most of them knew, held and interrogated in strict secrecy, and thus made entirely dependent on their jailers and interrogators for everything from fulfillment of their most basic human needs (food and water) to so-called comfort items and luxuries (toilet paper and family letters) to their ultimate release from custody. Everything depended on a detainee’s cooperation with his captors. There were no laws to constrain the government, only executive fiat.⁵

The idea that America would purposefully attempt to create a law-free zone was unprecedented in the nation’s history. It reflected a profound cynicism about the role of the

3 Memorandum for William J. Haynes, II, General Counsel, Department of Defense, re: Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba, from Patrick F. Philbin and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorneys General, Office of Legal Counsel, U.S. Department of Justice (Dec. 28, 2001).

4 Joseph Margulies, *Guantánamo and the Abuse of Presidential Power* 11, 45 (2006).

5 *Id.*, chs. 1, 2.

courts in our democracy. It manifested a deep mistrust and fear of judicial review of executive action, a mainstay of our constitutional system of separation of powers among the three branches of the federal government (Executive, Legislative and Judicial) since at least the early 19th Century. Judges with lifetime tenure simply could not be trusted to consider and decide whether detainees at Guantánamo were properly detained under U.S. and international law, or, more to the point, whether the Executive's rough treatment of the detainees crossed the line into torture or other unlawful abuse – a matter now beyond dispute. The creation of an off-shore prison operating outside the constraints of law also reflected a breathtaking view of executive power. Never before had any U.S. president argued so clearly and so forcefully that he could do whatever he wanted, to whomever he wanted, without the limitations of the Constitution and laws of the United States, let alone international law.⁶

Among the starkest examples of this regression was the decision to deny captured Taliban detainees the protections of the Third Geneva Convention applicable to prisoners of war. On January 25, 2002, White House Counsel Alberto Gonzales wrote a memorandum to President George W. Bush advising that, contrary to the recommendation of U.S. Secretary of State (and former Chairman of the Joint Chiefs of Staff) Colin Powell, the protections of the Third Geneva Convention should not be applied to captured Taliban detainees. Amid references to prior determinations that Afghanistan was a “failed state” and that “the Taliban and its forces were, in fact, not a government” – debatable issues in their own right – the protections of the Third Geneva Convention should not be extended to the Taliban because such a decision would “[p]reserve[] flexibility.”⁷ Gonzalez wrote that “the war against terrorism is a new kind of war” that “places a high premium on other factors, such as the ability to quickly obtain information from captured terrorists and their sponsors.”⁸

More strikingly, he explained that “this new paradigm renders *obsolete* Geneva's strict limitations on questioning of enemy prisoners and renders *quaint* some of its provisions requiring that captured enemy be afforded” certain privileges and protections.⁹ He further explained that non-application of the Third Geneva Convention would “[s]ubstantially reduce[] the threat of domestic criminal prosecution under the War Crimes Act ... for any grave breach of [the Geneva Conventions] or any violation of common Article 3 thereof (such as ‘outrages against personal dignity’).”¹⁰ The memorandum thus clearly contemplated the prospect of future criminal prosecutions of U.S. officials for

6 *Id.* at 13; see also Eric M. Freedman, *Who's Afraid of the Criminal Law Paradigm in the “War on Terror”?*, 10 N.Y. City L. Rev. 201 (2007) (discussing policy decision to abandon criminal law approach to terrorism).

7 Memorandum for the President, re: Decision re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban, from Alberto R. Gonzales at 1 (Jan. 25, 2002).

8 *Id.* at 2.

9 *Id.* (emphases added).

10 *Id.*

violations of the Geneva Conventions arising from aggressive detainee interrogations, including torture, and counseled against application of the Conventions specifically to avoid accountability.

The desire to evade the protections of the Geneva Conventions and the War Crimes Act in connection with detainee interrogations was telling of the way the government regarded the prisoners at Guantánamo. Looking back at the early rhetoric surrounding the prisoners at Guantánamo, the public was told that the men held there were the “worst of the worst,” and “the gloves come off” in our fight against terrorism.¹¹ Secretary of Defense Donald Rumsfeld proclaimed that the detainees were “the best-trained, vicious killers on the face of the earth.”¹² Chairman of the Joint Chiefs of Staff General Richard Myers cautioned that these men would “gnaw hydraulic lines in the back of a C-17 [military airplane] to bring it down.”¹³ And Vice President Richard Cheney said that we would operate on “the dark side.”¹⁴ We were told the President needed the power and flexibility to do whatever he wanted, to whomever he wanted, without the limitations of our Constitution and laws because these detainees were so dangerous and unlike anything we had encountered before.

3. Guantánamo Bay from 2002 to 2008

The perception of detainees as unlike ordinary criminals and possessing super-human powers enabling them to launch spectacular attacks against the United States and its allies, and the attendant need to abandon established legal constraints in order to stop and punish these “others” effectively, prevailed at least throughout the first half of Guantánamo’s existence. But it did not go unchallenged. Almost from the date that the prison opened on January 11, 2002, the Center for Constitutional Rights (CCR) and others challenged in court and through other advocacy the notion that the United States could create a law-free zone anywhere in the world. In 2004, the U.S. Supreme Court held in the case *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), filed by CCR, that detainees have a statutory right to challenge their detention in court, which paved the way for attorneys to travel to the base and meet with the detainees, learn how they had ended up there and what had happened to them, and counter the public narrative that these men were intent on killing us all if given any opportunity.

11 Jason Leopold, *Ten Years of Guantanamo: What Bush, Cheney and Rumsfeld Knew*, Truth-out.org, Jan. 8, 2012; Transcript, Top Secret America, Frontline, PBS, Sept. 6, 2011, available at <http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/iraq-war-on-terror/topsecretamerica/transcript-6/>.

12 Gerry J. Gilmore, *Rumsfeld Visits, Thanks U.S. Troops at Camp X-Ray in Cuba*, American Forces Press Service, Jan. 27, 2002.

13 Secretary Donald H. Rumsfeld and Gen. Richard B. Myers, DoD News Briefing, Jan. 11, 2002, available at <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2031>.

14 Frontline, *supra* note 11.

For the next several years, the U.S. Congress sought unsuccessfully to undo *Rasul* and strip away judicial power to hear detainee challenges to the legality of their detention. Congress enacted the Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. No. 109–148, § 1005(e), 119 Stat. 2680, 2741, in part to strip courts of jurisdiction over detainee cases, but that effort was rejected by the Supreme Court in *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). Undeterred, Congress responded by enacting the Military Commission Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, § 7(a), 120 Stat. 2600, 2635, which included another jurisdiction-stripping provision. That provision was likewise invalidated by the Supreme Court in *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). *Boumediene* held that the detainees’ access to the courts in order to challenge their detention is rooted in the Constitution and therefore cannot be stripped away by congressional legislation.

4. Guantánamo Bay from 2008 to the Present

Not long after *Boumediene*, many of the detainees aggressively pursued individual legal challenges to their detention – at that time, most men had been detained without charge for about six years. Around the same time, both Democratic and Republican leadership in Congress came to recognize the need to close Guantánamo as both a moral imperative and a necessity to safeguard the national security and foreign policy interests of the United States. As President Obama later explained in a May 2009 speech at the National Archives in Washington, “instead of serving as a tool to counter terrorism, Guantánamo became a symbol that helped al Qaeda recruit terrorists to its cause. Indeed, the existence of Guantánamo likely created more terrorists around the world than it ever detained.”¹⁵ President George W. Bush had also ultimately recognized the need to close Guantánamo toward the end of his presidency, as did Senator John McCain, who, campaigning against then-Senator Obama for the presidency in 2008, stated that he “strongly” favored closing Guantánamo because it is a negative “symbol” of U.S. torture and abuse of prisoners that serves as a recruiting tool for terrorists.¹⁶

Thus, it is not surprising that when Barack Obama was elected President and assumed office in January 2009, he started out strongly on Guantánamo, issuing an order on his second day in office that mandated closure of the prison within one year. He also established the Guantánamo Review Task Force to review and determine the status of each detainee, and appointed a U.S. State Department special envoy to negotiate detainee transfers. The Task Force completed its work in 2010, and approved more than half of

15 Remarks by the President on National Security, National Archives, Washington, D.C., May 21, 2009, available at http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09/.

16 Senator John McCain, Conversation with Walter Isaacson, The Aspen Institute, Aug. 14, 2008, available at <http://www.youtube.com/watch?v=Rp7YdDXo2Rc>; see also Report, Senate Armed Services Committee, Inquiry into the Treatment of Detainees in U.S. Custody, Nov. 20, 2008, available at http://armed-services.senate.gov/Publications/Detainee%20Report%20Final_April%202009.pdf.

the detainees for transfer.¹⁷ Further, during the first two years of Mr. Obama's presidency, about 75 detainees were transferred from Guantánamo, including about half to their home countries and about half to third-countries for resettlement, mostly in Europe.¹⁸ Regrettably, President Obama has since lost the initiative and surrendered closure issues to his political opponents who have made it difficult – but not impossible – for him to transfer additional men and close the prison.

How this happened is a classic illustration of a leader who refuses to engage and advocate personally in support of his policy initiatives, and who is unable or unwilling to fight for what he believes when confronted with unforeseen circumstances and relentless resistance from those who would seek to harm him politically. Indeed, in his May 2009 speech at the National Archives, President Obama reaffirmed his promise to close the prison at Guantánamo, but embraced military commissions and indefinite detention apparently in order to try to mollify his opponents in Congress. At the same time, he lost his nerve and abandoned a plan to bring several of the Uighur detainees from Guantánamo into the United States when news of the plan leaked publicly – a plan that would have helped to facilitate the repatriation of other detainees to their home countries, or, in cases where they feared persecution, the resettlement of detainees in other third-countries, by showing the world that these men are not too dangerous to release and live peacefully among us.¹⁹ President Obama has scarcely looked back on Guantánamo since.

On December 25, 2009, Umar Farouk Abdulmatallab, a Nigerian man reportedly trained in Yemen attempted to bomb an airliner bound for America. Shortly thereafter, President Obama suspended all detainee transfers to Yemen in response to the attempted bombing.²⁰ At the same time, the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit issued an opinion in the case *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010), rejecting a detainee's appeal from a lower court ruling upholding his detention at Guantánamo. The first appeals court opinion to review the merits of a detainee challenge to the legality of his detention, it broadly concluded that international law-of-war principles are not binding on U.S. courts, and held that detainees may be held indefinitely on the thinnest of evidence that they were "part of" Al Qaeda, the Taliban or associated forces engaged in hostilities against the United States. The decision was soon followed by other court of appeals decisions concluding, for example, that hearsay evidence is always admissible against detainees (*Al Odah v. United States*, 611 F.3d 8 [D.C. Cir. 2010]), that the appeals court can substitute its own judgment for that of the

17 Exec. Order 13,492, § 4(c)(2), 74 Fed. Reg. 4897, 4899 (Jan. 22, 2009); Final Report of the Guantanamo Review Task Force 7 (Jan. 22, 2010).

18 Michelle Shephard, *Gitmo's Fallen Czar*, Foreign Policy, May 22, 2013.

19 Daniel Klaidman, *Kill or Capture* 95-116 (2012) (discussing failed effort to bring Uighur detainees into the United States).

20 Shephard, *supra* note 18.

trial court concerning the credibility of witnesses and evidence (*Al Adabi v. Obama*, 613 F.3d 1102 [D.C. Cir. 2010]), and that the government's evidence should be afforded a presumption of accuracy (*Latif v. Obama*, 666 F.3d 746 [D.C. Cir. 2011]). Indeed, in a concurring opinion in the case *Esmail v. Obama*, 639 F.3d 1075, 1077-78 (D.C. Cir. 2011), an appeals court judge candidly admitted that he and his colleagues would not order a detainee released over the government's objections almost regardless of the evidence against him. These decisions have had the effect of substantially broadening the government's authority to hold detainees indefinitely, potentially for life, based on little more than government say-so that they were terrorists at some point in the past,²¹ and the Supreme Court so far has declined to review any detainee case since *Boumediene*.²²

Congress has also arguably chosen for the first time in U.S. history to legislate obstacles to the President's ability to implement his discretionary decisions to transfer detainees held in military custody. Although President Obama likely had enough support among his Democratic allies in Congress to defeat these efforts, he made a political calculation that it was better to accede to Congress's interference with his efforts to close Guantánamo than risk upsetting legislators who he hoped might support his domestic priorities, including health care reform. Thus, Congress passed the National Defense Authorization Act (NDAA) for 2011, which President Obama signed into law in January 2011, and which included onerous certification requirements restricting his ability to transfer men from Guantánamo. The provisions were extended in the 2012 NDAA, and again in the 2013 NDAA, also with President Obama's acquiescence, although those laws added a waiver provision to allow the President to sidestep some of the specific certification provisions. In particular, the NDAA includes transfer restrictions limiting the government's ability to use funds allocated by Congress to transfer a detainee to a foreign country unless the Secretary of Defense issues a multi-part certification attesting to the transferee country's capacity to accept the detainee. If certain certification requirements are impossible to satisfy, the Secretary of Defense may issue a national security waiver of those requirements. But the certification and waiver provisions have been invoked only once as of this date to transfer two detainees from Guantánamo.

It is not surprising that since the NDAA restrictions went into effect in January 2011, there have only been six men transferred from Guantánamo.²³ This is the fewest num-

21 Mark Denbeaux et al., *No Hearing Habeas: D.C. Circuit Restricts Meaningful Review*, Seton Hall L. Sch. 11 (May 1, 2012), available at <http://law.shu.edu/ProgramsCenters/PublicIntGovServ/policyresearch/upload/hearing-habeas.pdf>.

22 Linda Greenhouse, *Goodbye to Gitmo*, N.Y. Times, May 16, 2012 (discussing intermediate appeals court's disdain for Supreme Court and its refusal to intervene post-*Boumediene*); Richard Brust, *The Guantanamo Quagmire*, ABA Journal, Oct. 5, 2012 (same).

23 In addition to two Algerians recently certified for transfer under the NDAA, two Uighurs who won their court case in 2008 were resettled in El Salvador in 2012, and two detainees convicted before military commissions at Guantá-

ber of transfers in any comparable period of time since the prison opened in 2002. By comparison, in the same period of time three detainees died, including Yemeni detainee Adnan Latif, who had been approved for transfer four times, and who reportedly killed himself in despair when the Supreme Court refused to intervene and order his release.²⁴ Nine men have died in total since 2002, including four since President Obama took office. At this rate, absent another solution the men who remain at Guantánamo are more likely to die there from suicide or old age than be released by President Obama or by court orders.

It should also come as no surprise that in response to the confluence of President Obama's surrender of Guantánamo closure issues to his political opponents, Congress's use of its spending powers to successfully delay or prevent the closure of the prison, and the Supreme Court's apparent indifference to the human tragedy that continues to unfold at Guantánamo, the detainees have become desperate and utterly hopeless that they will be released from Guantánamo alive. They have also taken matters into their own hands and seized the only manner of control that they retain over their own lives by engaging in a widespread hunger strike starting in February 2013. At its height during mid-summer 2013, more than one hundred men were participating in the strike – about two-thirds of the remaining prison population – and more than 45 were being force-fed through plastic tubes shoved up their noses and into their stomachs like veal calves. The hunger strike has since ebbed somewhat, but it has achieved what no amount of litigation or other outside advocacy could – it has drawn renewed attention to the plight of the men held there indefinitely, and potentially for life. It has prompted international human rights observers to renew their demands for closure of the prison as a legal imperative under international law.²⁵ Indeed, as the death of Mr. Latif exemplifies, the detainees' knowledge that they have been approved for transfer but are not actually being transferred has caused them physical and psychological harm so great that it constitutes cruel, inhuman and degrading treatment in violation of Common Article 3 of the Geneva Conventions – a war crime.²⁶ The hunger strike has also noticeably

namo were repatriated to Canada and Sudan (notably a state sponsor of terrorism) upon completing their sentences in 2012.

24 See AR 15-6 Investigation Report, Nov. 8, 2012, available at <http://www.documentcloud.org/documents/719195-latif-ar-15-6-investigation-final.html>.

25 Statement of U.N. High Commissioner for Human Rights, Apr. 5, 2013 (“the continuing indefinite incarceration of many of the [cleared] detainees amounts to arbitrary detention and is in clear breach of international law”), available at <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13212&LangID=E>; Statement of the Inter-American Commission on Human Rights and U.N. Rapporteurs, May 1, 2013 (same), available at https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2013/029.asp; IACHR Precautionary Measures 259/02 EXTENSION, July 23, 2013 (Guantánamo detainees cleared for transfer should be transferred immediately to countries in observance of human rights guarantees, including principally non-refoulement obligations), available at <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>.

26 Physicians for Human Rights, *Punishment Before Justice: Indefinite Detention in the US* (June 2011) (indefinite detention can rise to the level of torture); ADM Patrick Walsh, USN, Vice Chief of Naval Operations, *Review of Department Compliance with President's Executive Order on Detainee Conditions of Confinement 74* (2009) (in-

drawn renewed attention to Guantánamo by President Obama, compelling him to reaffirm his commitment to closing the prison and, importantly, to lift the blanket ban on detainee transfers to Yemen imposed after the attempted bombing of the U.S.-bound airline in December 2009.²⁷ Certain members of Congress have also responded by again calling for the closure of the prison.²⁸ But whether this renewed momentum will achieve tangible results remains to be seen.

5. The Present Situation at Guantánamo

Currently, 164 detainees remain at Guantánamo, detained indefinitely and potentially for the rest of their lives. Those men are grouped into three categories:

- 84 have been cleared for transfer unanimously by all relevant military, law enforcement and intelligence agencies comprising the Guantánamo Review Task Force, which determined they pose no threat to the United States or its allies. 56 are from Yemen.
- 46 men are purportedly held under “law of war detention,” indefinitely and without charge, based on a determination that they pose a continuing threat but prosecution is “not feasible.”
- 34 have been charged by military commission or are designated for prosecution.

The countries with the most citizens still detained are Yemen (89), Afghanistan (17), Saudi Arabia (11), Algeria (5), Pakistan (6), Tunisia (5), Libya (4) and Syria (4).²⁹ Indeed, notwithstanding President Obama’s renewed commitment to closing Guantánamo and his lifting of the ban on transfers to Yemen, and given the paucity of transfers since enactment of the NDAA, the statistical breakdown of detainees remaining at Guantánamo reflects a prison not just for Muslim men and boys, but one specifically for *Yemeni* men and boys; it is in this respect a prison for detainees based on their *citizenship*.

In any case, most men simply want to go home, and many countries have demanded the return of their citizens, including Yemen. Countries such as Tunisia and Kuwait have also established programs to help facilitate the reintegration of their citizens into society, and Yemen is reportedly contemplating the creation of such a program.³⁰ But in the five months since President Obama’s renewed commitment to closing the prison, only

definite detention of cleared detainees impacts the long-term ability to comply with Common Article 3 of the Geneva Conventions).

27 Text of President Obama’s May 23 Speech on National Security (Full Transcript), Wash. Post, May 23, 2013, available at http://articles.washingtonpost.com/2013-05-23/politics/39467399_1_war-and-peace-cold-war-civil-war.

28 Eg, Feinstein, McCain, McDonough Statement on Guantanamo, June 7, 2013, available at http://www.mccain.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=PressOffice.PressReleases&ContentRecord_id=20e4f0e5-0de9-2b71-cba2-8dbba62dad4.

29 Guantánamo Review Dispositions, available at <http://www.lawfareblog.com/wp-content/uploads/2013/06/Detainee-Disposition-List.pdf>.

30 U.S. Secretary of State John Kerry, Remarks With President of Yemen Abdo Rabbo Mansour Hadi Before Their Meeting, July 29, 2013, available at <http://www.state.gov/secretary/remarks/2013/07/212533.htm>.

two detainees have been transferred from Guantánamo.³¹ These men were voluntarily returned to Algeria in August, pursuant to NDAA certifications, but their release has not generated sufficient momentum to release other men to other countries, and is unlikely to do so anytime soon. Indeed, Algeria appears anecdotally to be the only country the Obama Administration believes is capable of being certified for the very reason other detainees fear return there, *ie*, because it is an authoritarian regime willing to accede to U.S. demands that it monitor and restrict the rights of former detainees.

To that point, among the 164 remaining men about a dozen require safe resettlement based on past persecution or credible fears of future persecution in their home countries. These men include three remaining Uighurs from China, a Tajik, a Russian, a Moroccan, four Syrians and at least two Algerians. One of the Algerians fearing return to his home country is CCR client Djamel Ameziane. Mr. Ameziane fled the civil war in Algeria more than twenty years ago and lived and worked for many years in Vienna, Austria and Montreal, Canada, where he sought permanent refuge but was ultimately denied. Like the Yemeni Adnan Latif, Mr. Ameziane has been approved for transfer from Guantánamo for many years. As the U.S. government conceded in court filings in 2008, it has determined that there are no “military rationales” for his continued detention; his detention is “no longer at issue”; “the only issue truly remaining is the country to which [he] should be sent”; and “steps are [being] taken to arrange for the end of such custody.”³² But Mr. Ameziane cannot safely return to Algeria because he fears persecution based on several factors including his non-Arab, Berber minority status.³³ And although Mr. Ameziane is an ideal candidate for resettlement based on factors such as his university education, lack of criminal record, proven employment history, language fluencies (French, English and some German), and other factors, he is destined to remain at Guantánamo indefinitely, and potentially forever, unless another country agrees to offer him refuge.

6. Conclusion

Guantánamo is unquestionably a U.S. problem that demands a U.S. solution. America created the prison and ought to resettle the small number of men like Mr. Ameziane who cannot safely return to their home countries. But the reality is that the United States will not accept these men, and they will not be released unless or until another country agrees to resettle them. That has been clear since the failed attempt to bring the

31 Press Release, U.S. Department of Defense, Detainee Transfer Announced, Aug. 29, 2013, available at <http://www.defense.gov/releases/release.aspx?releaseid=16235>.

32 Appellant’s Appendix in *Ameziane v. Obama*, No. 09-5236 (D.C. Cir.), also available at www.ccrjustice.org/ameziane.

33 His forced transfer to Algeria was blocked by the federal court in October 2008 based on his fear of persecution. *Id.* For more information about Mr. Ameziane, visit CCR’s website at www.ccrjustice.org/ameziane.

Uighur detainees into the United States in 2009. Even if it were possible to bring Mr. Ameziane into the United States, it would be unfair to require that he or the other men at Guantánamo who have been so vilified and abused by the United States be resettled in this country. These men have been so stigmatized and persecuted for so long that what they need above all else is a fresh start in a safe third-country where they will not be perceived as “others,” and can live in peace and finally begin the slow process of rebuilding their lives after Guantánamo. The central question remaining therefore is whether additional countries in Europe or elsewhere will come forward and offer these men safe refuge. For as much as Guantánamo may be a U.S. problem, its closure requires an international solution.

Postscript: Six men were transferred from Guantánamo in December 2013, including Mr. Ameziane, who was forcibly returned to Algeria and placed in secret detention. He was eventually released but is gravely ill. 158 men remain to Guantánamo, including 79 cleared for transfer.

J. Wells Dixon is a senior attorney at the New York-based Center for Constitutional Rights, and represents detainees in federal court and before the military commissions at Guantánamo Bay; WDixon@ccrjustice.org

Verlangt das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit die Einschränkung der politischen Freiheiten?

Spanien und die Neuzusammensetzung von Zwang und Konsens im autoritären Wettbewerbsetatismus¹

Imayna Caceres / Lukas Oberndorfer

„Darum muss man so eingerichtet sein, dass, wenn sie nicht mehr glauben wollen, man mit Gewalt sie kann glauben machen.“ Diesen Ratschlag, rechtzeitig Zwangsapparate in Stellung zu bringen, gibt *Niccolò Machiavelli* in seinem Handbuch für neuzeitliche Herrschaft (*Der Fürst*) für den Fall, dass der Konsens für ein gesellschaftliches Entwicklungsmodell schwindet.

Dass sich das europäische Institutionengefüge, dessen Teil die nationalstaatliche Ebene bildet, in einer solchen Hegemoniekrise befindet, wird unter anderem in Spanien immer offenkundiger: Nachdem der „europäische Frühling“ 2012 wiederum zuerst in Spanien angebrochen war und diesmal auch ein Generalstreik die Verwertungsprozesse unterbrach, ließ die spanische Regierung mit einem Gesetzesentwurf aufhorchen. Mittels einer „Reform“ des Strafgesetzbuches sollen künftig unangemeldete Demonstrationen oder Protestcamps als „Anschlag auf die Staatsgewalt“ geahndet werden können. Wer über soziale Medien zur Störung der öffentlichen Ordnung aufruft, riskiert sogar eine Haftstrafe von bis zu zwei Jahren.² Und als hätte *Felip Puig* angesichts der Zunahme sozialer Kämpfe den Fürsten erneut zur Hand genommen, kommentiert der katalonische Innenminister den offenkundig gegen die Grundrechte auf Versammlungs- und Meinungsäußerungsfreiheit (Art 10 und 11 EMRK) verstoßenden Gesetzesentwurf mit den Worten: „Wir brauchen ein System, das den Demonstranten Angst macht.“³

1. Das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit

Da das spanische Gerichtssystem allerdings dem in dieser Aussage offenkundig werden den Wunsch nach Repression der sozialen Proteste bisher in seiner judikativen Praxis nicht eins zu eins folgte, kündigte die spanische Regierung Ende November 2013 ein

1 Man denkt und schreibt nicht alleine: Für Anregungen und Diskussionen danken wir dem Arbeitskreis kritische Europaforschung der AkG.

2 *Wöhl*, Die „Krise“ der repräsentativen Demokratie in Europa, *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 2013, 64.

3 *Moll*, „Wir brauchen ein System, das den Demonstranten Angst macht“, *Süddeutsche*, 21.4.2012.

weiteres „Reformvorhaben“ an⁴ – dies erfolgte, obwohl die „Reform“ des Strafrechts bisher noch nicht umgesetzt wurde. Mit dem *Ley de Seguridad Ciudadana* (Gesetz der bürgerlichen Sicherheit) sollen sechzehn neue *Verwaltungsstraftatbestände*⁵ eingeführt werden, die sich gegen die Suchbewegungen nach „echter Demokratie“⁶ richten und eine tiefe Einschränkung der Grundrechte nach sich ziehen würden. *Margarita Robes*, Richterin am Obersten Gerichtshof, sieht das Gesetz in einer Linie mit bisherigen Versuchen zur Beschränkung von politischen Freiheiten, welche die konservative Regierung seit dem Gewinn der Wahlen vor zwei Jahren unternommen hat.⁷ Dass dieser weitere Vorstoß zur Errichtung eines „institutionellen Präventivdispositivs“⁸ gegen die sozialen Bewegungen gleichzeitig versucht, die *Entscheidungsmacht der Exekutive* abseits der relativ autonomen Gerichte auszuweiten, wird darin deutlich, dass ein Großteil der angedachten *Verwaltungsstraftatbestände* bereits existierenden Tatbeständen im Strafgesetzbuch gleicht.⁹

Das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit gliedert die neuen Verwaltungsstraftatbestände in leichte (Geldstrafe bis zu 1000 €), schwere (Geldstrafe bis zu 30.000 €) und sehr schwere Vergehen (Geldstrafe zwischen 30.000 und 600.000 €). Den Plänen der Exekutive zufolge soll eine unangemeldete Demonstration vor parlamentarischen Einrichtungen und den Höchstgerichten in Zukunft mit bis zu 600.000 € bestraft werden. Mit einer Strafe in ebensolcher Höhe werden Escraches¹⁰ belegt. Auch die Organisator_innen einer Demonstration sollen mit der Höchststrafe belegt werden können, wenn es dabei zu gewalttätigen Auseinandersetzungen kommt. Ebenso als sehr schweres Vergehen gilt die Aufnahme und das Verbreiten von Bildern von Polizeibeamt_innen, welche deren Ehre oder Sicherheit gefährden. Ein schweres Vergehen, das mit bis zu 30.000 € geahndet wird, begeht, wer „nicht mit dem Beamten zusammenarbeitet, gewaltfreien Widerstand leistet – oder einen Polizisten beleidigt, bedroht oder es am Respekt fehlen lässt“¹¹. In diese Kategorie fällt auch das Abseilen von öffentlichen Gebäuden, um Protesttransparente anzubringen.

Viele der neuen Verwaltungsstrafen stellen genau jene neuen Protestformen der sozialen Bewegungen unter Strafe, deren Strafbarkeit die Gerichte – trotz einer massiven Anzeigenwelle der Exekutive – bisher verneint haben. So sprach das für besonders schwere Straftaten zuständige oberste Gericht Demonstrant_innen, die versucht hatten den Kon-

4 *Wandler*, Demonstrieren wird bald teuer, taz, 21.11.2013

5 Die Verwaltungsstrafe bzw Ordnungswidrigkeit (so der bundesdeutsche Begriff) wird durch Polizei- oder andere Verwaltungsbehörden und nicht durch Gerichte verhängt.

6 So lautet eine der zentralen Losungen der Proteste ¡Democracia real YA! (Echte Demokratie jetzt!).

7 www.publico.es/483307/el-pp-instaura-con-su-ley-mordaza-el-derecho-administrativo-del-enemigo (26.11.2013).

8 *Poulantzas*, Staatstheorie (2002) 238.

9 www.publico.es/483195/los-escraches-y-protestas-frente-al-congreso-se-castigaran-con-hasta-600-000-euros (26.11.2013).

10 Siehe für eine Erklärung weiter unten.

11 *Wandler*, taz, 21.11.2013.

gress einzukreisen, um ihren Forderungen nach einem verfassunggebenden Prozess und einer Neugründung der Europäischen Union Ausdruck zu verleihen¹², von dem durch das Innenministerium erhobenen Vorwurf einer „strafbaren Handlung mit terroristischem Hintergrund“ frei.¹³ *Joachim Bosch* von den *RichterInnen für Demokratie (Jueces para la Democracia)* erkennt daher im Gesetz einen weiteren Schritt in Richtung Autoritarisierung, der darauf zielt, den Protest gegen die massiven Einschnitte in das Sozialsystem zu kriminalisieren. Da die Gerichte bisher nicht den Wünschen der Regierung nach der Etablierung eines Feindstrafrechts¹⁴ entsprechen, so Bosch, solle jetzt die Exekutive ermächtigt werden.

Nachdem auch die spanische Gewerkschaftsbewegung in der Krise eine gewisse Renaissance erlebt¹⁵ und im November 2013 erstmals Sparmaßnahmen durch einen Streik abwehren konnte, überraschte die konservative Regierung außerdem mit nicht näher konkretisierten Plänen zur Einschränkung des Streikrechts.¹⁶

2. Hegemoniekrise: Die Neuzusammensetzung von Zwang und Konsens

Die sich in diesen Entwicklungen emblematisch verdichtende Neuzusammensetzung des „dialektischen Verhältnisses von Zwang und Konsens“ (*Antonio Gramsci*) charakterisiert Hegemoniekrise.¹⁷ Verfolgt man den Verlauf der Krise in Europa, wird zunehmend deutlich, dass die *hegemoniale*, das heißt die auf Zwang *und* Konsens beruhende Phase des Neoliberalismus nun auch in den Zentren des Weltsystems an ihr Ende zu kommen scheint.¹⁸ Zur Aufrechterhaltung der herrschenden Macht- und Verteilungsverhältnisse soll notfalls Zwang die wegbrechende Zustimmung ersetzen. Die im Rahmen der EU durchgesetzten, zumindest auf passivem Konsens beruhenden, zentralen Projekte des Neoliberalismus – der Binnenmarkt (einschließlich der Deregulierung der Finanzmärkte und des Kapitalverkehrs), die Währungsunion und die *periphere* wirtschaftliche Integration der süd- und osteuropäischen Staaten –, die sich als im Allgemeininteresse stehende Lösung dringlicher gesellschaftlicher, ökonomischer und politischer

12 *Candeias*, Die konstituierende Macht muss organisiert werden – Gesellschaftliche Mobilisierung in Spanien, *arranca* 47, 2013, 36 (39).

13 Audiencia Nacional, 4.8.2012, *Diligencias Previas* 105/2012.

14 Dieser Begriff, welcher für die partielle Aufhebung der Grundrechtsbindung des Staates gegenüber „Feinden der gesellschaftlichen Grundordnung“ steht, wurde von *Günther Jakobs* (Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, 751) unter impliziten Rückgriff auf *Carl Schmitt* entwickelt. Zur Kritik siehe etwa *Brunkborst*, *Folter vor Recht – Das Elend des repressiven Liberalismus*, *Blätter* 2005, 75.

15 *Huke*, „Die Kriminellen sind auf der anderen Seite“. Zur Normalisierung von Ungehorsam in den spanischen Krisenprotesten, in *Burschel/Kahrs/Steinert* (Hg), *Ungehorsam – Disobedience!* (im Erscheinen).

16 http://elpais.com/elpais/2013/11/21/inenglish/1385057654_709726.html (26.11.2013).

17 Siehe dazu einführend *Opratko*, *Hegemonie. Politische Theorie nach Antonio Gramsci* (2012).

18 Siehe für eine Darlegung der Begrifflichkeiten und eine Beschreibung der Verdichtung der Krisenmomente *vor* der Finanzkrise *Candeias*, *Neoliberalismus, Hochtechnologie, Hegemonie*² (2009).

Probleme in Szene setzten konnten¹⁹, haben massiv an Unterstützung verloren. Denn die sich gerade in der Union zunehmend entfaltende, größte Krise des Kapitalismus seit den 1930er-Jahren lässt die imaginativen Bilder des Neoliberalismus verblassen und die Ausstrahlungskraft seiner Projekte schwinden.

Aber die Krise lässt nicht nur die Ausarbeitung einer „Weltauffassung“ und von „Europabildern“ ins Stocken geraten, sondern durchzieht auch das *zweite Moment* konsensualer Herrschaft: Entgegen der dominanten Erzählung haben – ganz besonders in Spanien – *erst* die Bankenrettungspakete und die sinkenden Einnahmen durch die Rezession die Schuldenstände explodieren lassen²⁰ und damit die Spielräume für „materielle Zugeständnisse“ an die Subalternen (lat subalternus = untergeordnet) massiv verkleinert. Die Akteure des dominanten „Reformbündnisses“, bestehend aus Unternehmerverbänden, Finanzindustrie, EU-Kommission, nationalen Finanzministerien, neoliberalen Staatschefs und der EZB sind allerdings nicht zu einer Ausweitung der Spielräume durch eine *europäische* Umverteilung des gesellschaftlichen Reichtums bereit. Daher geraten die Subalternen der EU-Mitgliedstaaten zunehmend in den Fokus einer Austeritäts- und Restrukturierungspolitik, die durch das im europäischen Staatsapparate-Ensemble²¹ dominante „Reformbündnis“ verordnet wird.

Die ökonomische Krise, die Austeritätspolitik, der Widerstand dagegen und die damit verbundene Neuzusammensetzung von Konsens und Zwang sind dabei von einer starken Ungleichzeitigkeit geprägt: In Ländern, in denen sich kämpferische Traditionen mit den ungleichen Entwicklungen der europäischen Wirtschaft überschneiden, kam es zu einer Renaissance sozialer Auseinandersetzungen und in der Folge zu Staatskrisen (insbesondere in Griechenland und Spanien), denen mit massiver staatlicher Zwangsgewalt entgegengetreten wurde. Vergleichsweise ruhig blieb es in den „Exportweltmeisterländern“, denen es durch Lohnzurückhaltung und Arbeitsmarktflexibilisierung gelang, ihre Nachfrageproblematik zu externalisieren – auch wenn selbst hier eine Konjunktur sozialer Auseinandersetzungen zu beobachten ist. Wenngleich in viel geringerem Ausmaß als im peripherisierten Süden, wird auch im Zentrum des finanzmarktgetriebenen Akkumulationsregimes zunehmend mit Zwang Politik gemacht: Dafür steht etwa der Versuch der deutschen Exekutive, anlässlich von „Blockupy Frankfurt“ grundgesetzwidrig das Recht auf Versammlungsfreiheit aufzuheben. Das Verbot aller Protestaktionen und hunderte, pauschal ausgesprochene Aufenthaltsverbote 2012 sowie eine stundenlange Einkesselung der Demonstration mit massiven Polizeieüber-

19 *Bieling/Steinbilber*, Hegemoniale Projekte im Prozeß der europäischen Integration, in *dies* (Hg), Die Konfiguration Europas (2000) 102.

20 Die Verschuldung Spaniens liegt im europäischen Vergleich immer noch im Mittelfeld, hat sich aber von unter 40% im Jahr 2008 mittlerweile auf rund 90% des BIP erhöht.

21 *Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel*, Kräfteverhältnisse in der europäischen Krise, in *dies* (Hg), Die EU in der Krise (2012) 11.

griffen 2013²² deuten auf den Versuch einer „Normalisierung des Ausnahmezustandes“ hin.²³

3. Der autoritäre Wettbewerbsetatismus

Um die Entwicklungen in Spanien und Europa in einen gesellschaftstheoretischen Rahmen einordnen zu können, schlagen wir das Konzept des autoritären *Wettbewerbsetatismus*²⁴ vor, welches versucht, die in der Krise der 1970er Jahre entstandene Arbeit des Juristen und Staatstheoretikers *Nicos Poulantzas* für die gegenwärtigen Umbrüche in der EU fruchtbar zu machen.

Angesichts der sich aufstufenden Instabilitäten und des schmelzenden Konsenses, scheint es zu einem massiven Eingreifen der Staatsapparate in Ökonomie und Politik zu kommen, welches drauf zielt, die wettbewerbliche „Integration“ Europas vor ihrer Infragestellung zu bewahren und gleichzeitig zu vertiefen. Der sich darüber herausbildende autoritäre Wettbewerbsetatismus richtet sich dabei vor allem gegen die Kämpfe der Subalternen. Er bietet eine Lösung der ökonomischen und politischen Krise durch repressive Herrschaftstechniken an, die mit einem Verfall der repräsentativen Demokratie, der Errichtung und Neuzusammensetzung von „institutionellen Präventivdispositiven“, mit einer Aufwertung der Exekutiven gegenüber den Parlamenten, einer Verringerung der relativen Autonomie des Rechts und mit vielfältigen Einschränkungen der Grundrechte verbunden ist. Rechte, „die man erst wirklich schätzen lernt, wenn sie einem genommen werden.“²⁵ Diese Entwicklungen lassen sich derzeit in ganz Europa beobachten, sind aber in jenen Ländern besonders weit fortgeschritten, in denen sich die Hegemoniekrise der neoliberalen Integrationsweise²⁶ – wie etwa in Spanien – zu einer Staatskrise verdichtet hat.

Herrschaft lässt sich jedoch weder in der EU noch in den anderen Zentren des Weltsystems auf Dauer ohne Konsens aufrechterhalten. Dass die Suche nach neuen Ressourcen populärer Zustimmung bereits begonnen hat, kann man im autoritären Wettbewerbsetatismus daran erkennen, dass offen chauvinistische und rassistische Diktionen und Narrative vermehrt in den *offiziellen* Diskurs Einzug halten – etwa dann, wenn die brutal peripherisierten Länder als PIGS (Portugal, Irland, Griechenland, Spanien) bezeichnet werden. Das Begehren nach einem guten Leben, das angesichts der allgegenwärtigen Spar- und Restrukturierungsprogramme immer weniger möglich und wahr-

22 Blockupy: Polizei gerät nach Einsatz in Erklärungsnot, FAZ, 2.6.2013.

23 *Pichl*, Normalisierung des Ausnahmezustands, *juridikum* 2012, 3.

24 Siehe dazu ausführlich *Oberndorfer*, Hegemoniekrise in Europa – Auf dem Weg zu einem autoritären Wettbewerbsetatismus?, in Forschungsgruppe Staatsprojekt Europa (Hg), *Die EU in der Krise* (2012) 50; auch online unter <http://homepage.univie.ac.at/lukas.oberndorfer>

25 *Poulantzas*, *Staatstheorie* (2002) 232.

26 *Ziltener*, Strukturwandel der europäischen Integration – Die Europäische Union und die Veränderung von Staatlichkeit (1999) 132 f.

scheinlich wird, soll Ersatzbefriedigung in der Identifikation mit dem „Ganzen“ finden.²⁷

In Spanien äußert sich dies derzeit durch eine von Regierungsseite verstärkt vorangebrachte Konstruktion von Migrant_innen als „kriminell, kostspielig und überschüssig“. Präventivdispositive werden in diesem Zusammenhang nicht gegen reale Bedrohungen der Herrschaftsverhältnisse errichtet, sondern zielen auf ein „Othering“²⁸ der Migrant_innen, um die Staatsapparate durch das darüber angestoßene „Wuchern der Gefahr“²⁹ zu legitimieren. So soll etwa durch die angesprochene „Reform“ des Strafrechts auch der Straßenverkauf von zB kopierten Filmen, der vor allem von Migrant_innen ohne Arbeitserlaubnis mangels Alternative betrieben wird, mit einer Gefängnisstrafe belegt werden.³⁰ Die darüber als Verbrecher_innen gelabelten Migrant_innen wären in der Folge mit Abschiebung bedroht. Durch Notstandsverordnung (!) hat Ministerpräsident *Rajoy* darüber hinaus bereits den Ausschluss aller undokumentierten Migrant_innen vom Gesundheitssystem verfügt.³¹ Denn Migrant_innen, so die Begründung, würden die Krankenhäuser „überfluten“ und hohe Kosten verursachen.³² Der Einsatz von Notstandsverordnungen zur Umsetzung solcher „Sparmaßnahmen“ stieß dabei auf die unterschiedene Kritik von Verfassungsjurist_innen: Notstandsverordnungen seien ein Mittel für den Ausnahmezustand. Ihr wahlloser Einsatz unterminiere die Stellung des Parlaments, so *Luis Aguiar de Luque*, Professor für Verfassungsrecht. Darüber hinaus sei die gerichtliche Überprüfung von Notstandsverordnungen wesentlich erschwert.³³

Wofür dieser, den autoritären Wettbewerbsetatismus kennzeichnende „Wandel des Gesetzes“³⁴, der eine Erosion und Umgehung rechtlicher Verfahren beinhaltet³⁵, steht, brachte die Regierungssprecherin in der Verteidigung der Maßnahmen auf den Punkt: Diese seien ein Weg zur Bearbeitung der tiefen Krise, nach deren Lösung würden sich die Verhältnisse wieder normalisieren.³⁶

Während mit der Neoliberalisierung und Versicherheitlichung aller Gesellschafts- und Lebensbereiche ab Anfang der 1980er Jahre eine schleichende Erosion der erkämpften Momente substantieller Demokratie einherging – von *Colin Crouch* auch als Postdemokratie bezeichnet – verdichtet sich dieser Prozess in der Krisenbearbeitung zu einer autoritären Wende, die auch mit Elementen formaler Demokratie bricht. Der damit

27 *Adorno*, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in *ders*, GS 10.2 (2003) 563.

28 *Spivak*, The Rani of Sirmur, in *Barker et al* (eds), *Europe and its Others* (1985) 128.

29 *Kretschmann*, Das Wuchern der Gefahr. Einige gesellschaftstheoretische Anmerkungen zur Novelle des Sicherheitspolizeigesetzes, *juridikum* 2013, 320.

30 http://www.eldiario.es/sociedad/persona-negra-mochila-delincuente_0_198080577.html (26.11.2013).

31 Real Decreto-ley 16/2012 v 20.4.2013.

32 <http://www.ipsnews.net/2013/05/health-care-for-immigrants-crumbling-in-spain> (26.11.2013).

33 *Buck/Johnson*, Spain rules by decree to drive reform, *Financial Times*, 7.3.2013.

34 *Kannankulam*, Autoritärer Etatismus im Neoliberalismus (2008) 22ff.

35 Siehe dazu auch die im nächsten Absatz mit dem Begriff des autoritären Konstitutionalismus bezeichneten Entwicklungen auf der europäischen Maßstabsebene.

36 *Buck/Johnson*, *Financial Times*, 7.3.2013.

einhergehende Eingriff in die Grundrechte, erfolgt nicht mehr „nur“ – wie in der post-demokratischen Phase – zur Sanktionierung von sogenannten „incivilities“³⁷, sondern betrifft zusehends immer breitere Teile der Bevölkerung.

Aufgrund der Anfang der 1980er verstärkenden Internationalisierung und Europäisierung von Staatlichkeit, die dazu geführt hat, dass sich innerhalb der EU nationalstaatliche Herrschaft als *eine* Ebene des europäischen Staatsapparate-Ensembles rekonfiguriert hat, sind die institutionellen Präventiv-Dispositive mittlerweile auf unterschiedlichen Maßstabsebenen angesiedelt. Es überrascht daher nicht, dass die *ökonomischen* Bausteine der Krisenpolitik (New-Economic-Governance, Fiskalpakt, Wettbewerbspakt, Europäischer Stabilitätsmechanismus und die mit ihm verbundene Politik der Troika) im Wege eines *autoritären Konstitutionalismus* auf der *europäischen* Ebene des Gesamtensembles eingerichtet werden.³⁸ Denn die strukturellen Selektivitäten dieses Terrains erschweren es den Bewegungen und den Gewerkschaften diese Politiken zu beeinflussen bzw. in Frage zu stellen.³⁹ Umgekehrt sind die *direkt-repressiven* Instrumente gerade auf der nationalstaatlichen Ebene des Europäischen Staatsapparate-Ensembles angesiedelt, da diese immer noch das zentrale Terrain von Protestbewegungen bildet.⁴⁰ So erfolgt auch die Neuzusammensetzung und Neuaufrichtung dieser Dispositive im Wesentlichen auf dem Terrain der Nationalstaaten und im Wechselverhältnis zur Tiefe der sie kennzeichnenden Staatskrisen.

In jenen Ländern, die eine solche Form der politischen Krise durchlaufen, beobachtet *Poulantzas* das Entstehen von Forderungen nach neuen Formen substanzieller Demokratie, die gerade in Reaktion auf die Autoritarisierung erhoben werden. So könne man das Experimentieren mit neuen Praxen beobachten, die auf die Ausübung einer materiellen, direkten und nicht nur repräsentativen Demokratie zielen: „Diese Kämpfe [...] manifestieren sich in der Ausbreitung von Selbstverwaltungszentren und Netzen der direkten Intervention der Massen in sie betreffende Entscheidungen: von Bürgerkomitees bis zu Stadtteilkomitees und den verschiedenen Dispositiven der Selbstverteidigung und Kontrolle durch das Volk [...]. Dem autoritären Etatismus misslingt nicht nur die Einfassung der Massen in disziplinarische Ketten [...]. Er provoziert vielmehr eine generelle Forderung nach direkter Basisdemokratie, d.h. eine wahrhaftige Explosion demokratischer Ansprüche.“⁴¹ Im Anschluss an *Antonio Negri*⁴² lassen sich diese Suchbewegungen als *konstituierender* Prozess verstehen, der die erstarrten Formen der

37 *Kretschmann*, Facets of Control. Criminal Justice Regimes in Analysis, *InterDisciplines* 2/4 2013, 7.

38 *Oberndorfer*, Vom neuen, über den autoritären zum progressiven Konstitutionalismus? – Pakt(e) für Wettbewerbsfähigkeit und die europäische Demokratie, *juridikum* 2013, 7; auch online unter <http://homepage.univie.ac.at/lukas.oberndorfer>

39 *Horn/Wigger*, Ungleiche Entwicklung und politischer Widerstand, *Das Argument* 301/302, 2013, 200 (202f).

40 *Konecny*, Die Herausbildung einer neuen Economic Governance als Strategie zur autoritären Krisenbearbeitung in Europa, *PROKLA* 2012, 50.

41 *Poulantzas*, *Staatstheorie* (2002) 277.

42 *Negri*, *Insurgencias – Constituent Power and the Modern State* (1999).

formalen Demokratie (konstituierte Macht) herausfordert und dabei gleichzeitig neue nicht-neoliberale Lebens- und Subjektivierungsweisen entwickelt und verallgemeinert.⁴³

4. ... und seine Entfaltung in Spanien

In diesem Zusammenhang überrascht es nicht, dass es gerade Spanien ist, in dem das oben angesprochene Gesetz der bürgerlichen Sicherheit zur Diskussion steht. Die Wirtschaftskrise hat sich in Spanien auf besonders dramatische Art und Weise entfaltet: 2013 lag die Arbeitslosenquote bei rund 27% (plus 3,5 Millionen Menschen seit 2008), mehr als 55% der Jugendlichen sind ohne Lohnarbeit – eine massive Zuspitzung der schon weit vor der Krise einsetzenden Prekarisierung der Arbeit. Die drastischen Spar- und Restrukturierungsprogramme, welche Ministerpräsident *Rajoy* auf Weisung der EZB⁴⁴ teilweise in Form von Notstandsverordnungen verfügt hat⁴⁵, führen darüber hinaus zu einem weiteren Wegbrechen der Inlandsnachfrage und sorgen dafür, dass die spanische Wirtschaft seit 2009 nicht aus der Rezession kommt.⁴⁶

Im Kern der *spezifischen* Verlaufsform der spanischen Krise steht eine Immobilienblase, die sich aufgrund der Deregulierung der europäischen Finanzmärkte und des Kapitalverkehrs gigantisch aufblähen konnte und 2008 durch den massiven Abzug von – vor allem *europäischem* – Kapital platzte⁴⁷: Seither stehen rund 3,5 Millionen Wohneinheiten (bei einem Gesamtbestand von rund 25 Millionen) leer.⁴⁸ Trotz des gigantischen Leerstandes sind seit der Krise mehr als 400.000 Wohnungen zwangsgeräumt worden.⁴⁹ In diesem gesellschaftlichen Kontext entwickelte sich in Spanien ab 2011 eine facettenreiche Bewegung. Am 15. Mai (daher auch der Name *15M*) besetzen die *Indignad@s* – die Empörten – die *Puerta del Sol*. Auf die daran anschließende erfolgreiche Mobilisierung in ganz Spanien, reagierten die staatlichen Apparate mit Gewalt und Kriminalisierung: „Nach der brutalen Räumung der Plätze streute die Bewegung in die Barrios (die Nachbarschaften) – ohne zu zerstreuen.“⁵⁰ In den Stadtteilen finden seither immer wieder Versammlungen (*Asambleas*) statt, in denen die Suchprozesse nach Praxen für die Erringung einer „echten“ Demokratie fortgesetzt werden und Strategien des weiteren Protestes, aber auch zur Organisation der sozialen Reproduktion, die durch die Krise

43 Lorey, Präsentische Demokratie als konstituierender Prozess, *arranca* 47, 2013, 48 (48).

44 Phillips, Archive for category rule by decree, *Euobserver*, 21.1.2013.

45 Für eine Kontextualisierung von Wirtschaftspolitik im Modus der Notstandsgesetzgebung siehe Oberndorfer, Die Renaissance des autoritären Liberalismus? – Carl Schmitt und der deutsche Neoliberalismus vor dem Hintergrund des Eintritts der „Massen“ in die europäische Politik, *PROKLA* 2012, 413; auch online unter <http://homepage.univie.ac.at/lukas.oberndorfer>

46 <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/> (25.11.2013).

47 Demirović/Sablowski, Finanzdominierte Akkumulation und die Krise in Europa, *PROKLA* 2011, 77 (86).

48 Martínez, España tiene 3,4 millones de viviendas vacías, *El País*, 18.4.2013.

49 Buck, EU court strikes down Spain's eviction law, *Financial Times*, 15.3.2013.

50 Candeias, *arranca* 2013, 36 (36).

und die Sparmaßnahmen zunehmend in Frage gestellt wird⁵¹, entwickelt werden. Damit ist angesprochen, dass die Bewegung sich nicht nur gegen die durch das europäische Staatsapparate-Ensemble verordneten Eingriffe⁵² in das Sozialsystem⁵³ zur Wehr setzt, sondern unter dem Slogan *¡Democracia real YA! (Echte Demokratie jetzt!)* den sich immer schneller öffnenden „Zwiespalt zwischen Repräsentierten und Repräsentanten“⁵⁴ adressiert.

Mit dieser Kritik der repräsentativen Demokratie ist auch die massive Legitimationskrise der beiden ehemaligen Volksparteien verbunden, welche für die Krise und ihre Verschärfung verantwortlich gemacht werden. Nachdem die bis 2011 regierende „sozialistische“ PSOE bei den Wahlen ein Debakel erlitt und die rechts-konservative PP eine absolute Mehrheit erringen konnte, liegt die PP in Umfragen bei nur noch 25%.⁵⁵ Die Erosion der bisherigen Staatsapparteien, die auch in Griechenland beobachtet werden kann, ist in der gramscianischen Hegemonietheorie ein untrügliches Zeichen für eine Staatskrise: „An einem bestimmten Punkt [...] lösen sich die gesellschaftlichen Gruppen von ihren traditionellen Parteien, [da sie diese] nicht mehr als [...] Ausdruck ihrer Klasse oder Klassenfraktion [anerkennen].“ Das führt dazu, dass breite Bevölkerungsschichten „urplötzlich von der politischen Passivität zu einer gewissen Aktivität [übergehen] und Forderungen stellen, die in ihrer unorganischen Komplexität eine Revolution darstellen. Man spricht von ‚Autoritätskrise‘, und das eben ist die Hegemoniekrise oder Krise des Staates in seiner Gesamtheit.“⁵⁶ Eine Staatskrise, welche die Regierung *Rajoy* als derzeitiger Player des dominanten „Reformbündnisses“ im Wege des autoritären Wettbewerbsetatismus zu bearbeiten sucht.

Wie das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit als institutionelles Präventivdispositiv gegen die konstituierenden Prozesse in Stellung gebracht wird, lässt sich anhand eines der erfolgreichsten Projekte veranschaulichen, das sich in den Suchprozessen um Praxen zur Erringung „echter“ Demokratie herausgebildet hat: Die „*Plataforma de Afectados por la Hipoteca*“. Die „*Plattform der Betroffenen der Hypothek*“ (PAH) ist ein Kollektiv, welches aus hunderten lokalen Gruppen aufgebaut ist, die nach dem *Asamblea-Prinzip* funktionieren und Menschen unterstützt, die aufgrund der Krise von Zwangsräumungen bedroht sind.⁵⁷

51 *König/Jäger*, Reproduktionsarbeit in der Krise und neue Momente der Geschlechterordnung, in *Demirović/Dück/Becker/Bader* (Hg), *VielfachKrise* (2010) 147 ff.

52 Für die „Rettung“ von Italien und Spanien durch den mittelbaren Ankauf von Anleihen legt die EZB strikte Bedingungen zugrunde. 2011 druckte die *Corriere della Sera* einen entsprechenden Brief ab, der die Umsetzung der Restrukturierung durch Notstandsverordnungen verlangte: www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0-ae06-4da866778017.shtml (26.11.2013).

53 Siehe für einen Überblick *Hermann/Hinrichs*, Die Finanzkrise und ihre Auswirkungen auf Sozialstaaten und Arbeitsbeziehungen. Ein europäischer Rundblick (2012).

54 *Gramsci*, *Gefängnishefte*, Bd 7 (1996) 1577.

55 <http://www.sueddeutsche.de/politik/korruption-in-rajoys-regierungspartei-spanische-sumpflandschaft-1.1736006>.

56 *Gramsci*, *Gefängnishefte*, Bd 7 (1996) 1577f.

57 Einige der damit angesprochenen, äußerst restriktiven und bankenfreundlichen, Bestimmungen des Gesetzes zur Zwangsvollstreckung hob sogar der EuGH am 14.3.2013 in der Rs C-415/11, *Mohamed Aziz / CatalunyaCaixa* auf (noch nicht in den Slg abgedruckt).

Neben der gewaltfreien Verhinderung von Räumungen und der rechtlichen und strategischen Beratung von Betroffenen hat die Initiative 2013 auch eine Gesetzesvorlage im Wege eines „Volksbegehrens“ eingebracht. Das mit 1,4 Millionen Unterstützer_innen zweiterfolgreichste Volksbegehren in der spanischen Geschichte zielt auf ein Räumungsmoratorium für Betroffene, die andernfalls sozial gefährdet wären, möchte eine Gesamtilgung der Schulden, wenn die entsprechende Immobilie der Bank übertragen oder zwangsgeräumt wird und die Vergabe von leerstehenden Immobilien gegen eine Sozialmiete, sofern diese Immobilien von Banken besessen, aber nicht genutzt werden.⁵⁸

Da die Umsetzung der Gesetzesvorlage aber verwässert wurde, ging die PAH seit dem Frühjahr 2013 verstärkt dazu über, durch öffentlichen Protest den Druck auf die Regierungspartei PP zu erhöhen. Eines ihrer zentralen Mittel dazu ist der *Escrache*. Dabei handelt es sich um eine in Lateinamerika entwickelte Protestform gegen Personen, die für politische Verhältnisse oder Verbrechen – oft gegen die Menschenrechte – verantwortlich gemacht werden. Beim *Escrache* werden durch Sprechchöre, Flashmobs oder andere kreative Aktionen die Arbeits- und Lebensabläufe der betreffenden Personen gestört. Dass die PAH *Escraches* gegen Abgeordnete einsetzt, die sich öffentlich gegen den Gesetzesvorschlag stemmen und die Interessen der Banken verteidigen, hat die PP dazu veranlasst, die *Escraches* als kriminelle Handlungen zu bezeichnen. Die Plattform solle ihren antidemokratischen Protest einstellen und sich besser als Partei gründen. In einem Radiointerview beantwortete dies die Sprecherin der PAH *Ada Colau* damit, dass die Bewegung sich nicht als Partei konstituieren werde. Denn das „Zweiparteiensystem und das Parteiensystem funktionieren nicht und man muss die Demokratie neu begründen. [...] Wir müssen die Demokratie zurückgewinnen und sie als Personen selbst wahrnehmen.“⁵⁹

Dass Grundrechte, vor allem das Recht auf Versammlungsfreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit, gerade solche konstituierende Prozesse zur Neubegründung der Demokratie schützen, hielt der Präsident des Obersten Gerichtshofs *Gonzalo Moliner* im April 2013 fest: Die *Escraches* seien eine Form der Ausübung von Grundrechten. Zwar werde die Privatsphäre der betroffenen Politiker eingeschränkt, allerdings wäre dieser Eingriff durch das Recht auf Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit gerechtfertigt.⁶⁰ Obwohl diese Rechtsansicht im Mai 2013 auch gerichtlich bestätigt wurde⁶¹, will das *Gesetz der bürgerlichen Sicherheit* die *Escraches* mit einer Geldstrafe von bis zu 600.000 € belegen.

58 <http://afectadosporlahipoteca.com/2013/02/12/iniciativa-legislativa-popular-ilp> (26.11.2013).

59 www.cadenaser.com/espana/articulo/ada-colau-movimiento-ciudadano-tiene-convertirse-partido-politico/csrsrpor/20130515csrsrnac_5/Tes (26.11.2013).

60 www.publico.es/454249/el-presidente-del-supremo-dice-que-los-escraches-son-un-ejemplo-de-la-libertad-de-manifestacion (26.11).

61 Juzgado de Instrucción v 10.5.2014, No 1186/2013.

Nachdem der *nicht* in das Staatsapparate-Ensemble der Union eingebundene Europarat schon im Herbst die spanische Polizei aufgrund ihres unverhältnismäßigen Einsatzes von Gewalt gegen die Protestbewegungen kritisiert hatte⁶², sah sich Anfang Dezember 2013 sein Menschenrechtskommissar erneut zu einer Stellungnahme veranlasst. Das Gesetz der bürgerlichen Sicherheit sei mit dem Recht auf Vereinigungsfreiheit unvereinbar, so *Nils Muiznieks*. Die EU-Kommission ließ hingegen verlautbaren, dass sie die Entwicklungen in Spanien nicht kommentieren könne, da es sich um eine nationale Angelegenheit handle.⁶³

Dass mit dem Gesetz der bürgerlichen Sicherheit passgenau jene Protestformen kriminalisiert und mit einer hohen Geldstrafe belegt werden sollen, welche die Bewegung in Spanien in ihren Suchprozessen entwickelt hat, ist kein Zufall, sondern mit der Herausbildung eines autoritären Wettbewerbsetatismus verknüpft. Es geht dabei aber nicht nur um die die Bewahrung „bürgerlicher Sicherheit“ und der damit verbundenen Verteilungs- und Eigentumsverhältnisse, sondern auch um die Eindämmung der „wahrhaftigen Explosion demokratischer Ansprüche.“⁶⁴

Imayna Caceres, Aktivistin; arbeitet als Künstlerin und Soziologin an der Universität de Barcelona und der Akademie der bildenden Künste Wien; imayna.caceres@gmail.com

Lukas Oberndorfer, Wissenschaftler in Wien; aktiv in der Redaktion des *juridikum* und im Arbeitskreis kritische Europaforschung der AkG; lukas.oberndorfer@univie.ac.at

62 Report by *Nils Muiznieks*, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to Spain, from 3 to 7 June 2013, CommDH(2013)18, 9. October 2013.

63 *Nielsen*, Austerity stripping away Europe's human rights, watchdog says, EUobserver, 3.12.2013.

64 *Poulantzas*, Staatstheorie (2002) 277.

Zugang zu adäquater Grundversorgung für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive

Michael Frahm

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte hat eine Schriftenreihe zu den Forderungen des Refugee Protest Camp, zu den Forderungen der Geflüchteten und ihrer UnterstützerInnen ins Leben gerufen. Als menschenrechtliche Argumentationsgrundlage und Aufforderung an PolitikerInnen, in Verhandlungen mit den Protestierenden zu einer Verbesserung der Situation von Flüchtlingen in Österreich und Europa beizutragen. Das Juridikum unterstützt diese Initiative und freut sich, ausgewählte Beiträge aus dieser Initiative (in leicht abgeänderter Form) veröffentlichen zu dürfen.

1. Das System „Grundversorgung“

In Österreich leben derzeit circa 20.000 Asylsuchende. Die meisten dieser Menschen verfügen über kein Geld, sie dürfen nicht arbeiten, um selbst für sich zu sorgen,¹ und sind so auf Unterstützung des Staates angewiesen. Österreich hat die Pflicht, die grundlegenden Menschenrechte der hier aufhältigen Menschen zu schützen, woraus sich eine Verantwortung für die Gewährleistung grundlegender Versorgung hilfsbedürftiger Personen wie der Asylsuchenden ableitet. Während für Österreicher_innen² insoweit die Mindestsicherungsgesetze Regelungen enthalten, soll die Versorgung mit dem Notwendigsten für Menschen, die in Österreich um Asyl ansuchen, durch die sogenannte Grundversorgung sichergestellt werden.

Grundversorgung erfolgt durch Sach- oder Geldleistungen; und zwar entweder vom Bund oder vom zuständigen Bundesland (siehe Grundversorgungs-Vereinbarung, GV-Vereinbarung).³ Zur Grundversorgung zählt laut GV-Vereinbarung die Unterbringung

1 Siehe Ammer, Zugang zum Arbeitsmarkt für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, Juridikum 1/2013, 28.

2 Die Mindestsicherungsgesetze gelten ua auch für Personen, denen Flüchtlingsstatus oder subsidiärer Schutz zuerkannt wurde.

3 Bund und Länder teilen sich diese Aufgabe entsprechend der zwischen ihnen 2004 geschlossenen Grundversorgungs-Vereinbarung; Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich BGBl I 2004/80 (GV-Vereinbarung).

in geeigneten Unterkünften, die Versorgung mit angemessener Verpflegung, die Gewährung eines monatlichen Taschengeldes, die Sicherung der Krankenversorgung und der notwendigen Bekleidungshilfe.⁴

Hilfsbedürftigkeit⁵ ist Voraussetzung für die Leistungsgewährung, weshalb diejenigen ausgeschlossen sind, die über eigene Mittel zur Bedarfsdeckung verfügen. So schließt zB der Besitz von Fernsehgeräten, anderen Wertgegenständen oder eines Pkw die Hilfsbedürftigkeit aus. Sämtliche Einkünfte durch ausgeübte Tätigkeiten sind anzurechnen und vermindern den monatlich ausgezahlten Grundversorgungsbetrag.⁶ Laut GV-Vereinbarung kann die Grundversorgung ua eingeschränkt oder eingestellt werden, wenn eine Person „die Aufrechterhaltung der Ordnung in einer Unterkunft fortgesetzt und nachhaltig gefährdet“.⁷ Daneben enthalten die meisten Landes-GV-Gesetze weitere – unterschiedlich weit reichende und zum Teil problematische – Einschränkungsmöglichkeiten.⁸

Über diese Regelungen hinaus existieren keine fixierten Standards, was zu einer unterschiedlichen Praxis der Leistungsgewährung und Leistungsverweigerung führt.⁹ In der GV-Vereinbarung sind lediglich Kostenhöchstsätze für die Bund/Länder-Kostenteilung,

4 § 2 Abs 1 Grundversorgungs-Gesetz Bund BGBl 1991/405 idF BGBl 2013/68 in Verbindung mit Art 6 GV-Vereinbarung (für die Bundesbetreuung). Es gibt entsprechende Regelungen der Länder für die Länderbetreuung (Länder Grundversorgungs-Gesetze bzw Landesbetreuungsgesetz Burgenland, Betreuungsgesetz Steiermark, Mindestsicherungsgesetz Vorarlberg). Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden nur auf die GV-Vereinbarung verwiesen; die genannten Gesetze des Bundes und der Länder enthalten regelmäßig entsprechende Regelungen.

5 Hilfsbedürftig ist, wer den Lebensbedarf für sich nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann, Art 2 Abs 1 GV-Vereinbarung.

6 Bei Bewohner_innen von Gemeinschaftsunterkünften kann es – aufgrund der geringeren Barleistungen der GV (dh keine Geldleistungen für die Unterkunft) – schnell dazu kommen, dass diese von etwaig erzielten eigenen Einkünften Kostenbeiträge für die gestellte Unterkunft abzuführen haben. Vgl *Schumacher/Peyrl/Neugschwendtner*, Fremdenrecht (2012) 277.

7 Art 6 Abs 3 GV-Vereinbarung. Weiters kann danach die Grundversorgung eingestellt werden, wenn eine Wegweisung und Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen gemäß § 38a Sicherheitspolizeigesetz vorliegt. Gemäß Art 2 Abs 4 GV-Vereinbarung kann diese außerdem ausgeschlossen werden, wenn Ausschlussgründe für die Gewährung internationalen Schutzes nach der Genfer Flüchtlingskonvention (§ 6 Abs 1 lit 2 AsylG) oder wegen Verurteilung wegen eines besonders schweren Verbrechens vorliegen (§ 6 Abs 1 lit 4 AsylG).

8 ZB GV-Gesetz (Bund): ua Ausschluss für Asylwerber_innen, die nicht an der Feststellung ihrer Identität oder ihrer Hilfsbedürftigkeit mitwirken (§ 3 Abs 1 Z 2); die nach rechtskräftigem Abschluss ihres Asylverfahrens binnen 6 Monaten einen Folgeantrag einbringen (§ 3 Abs 1 Z 3); die nicht an der Feststellung des für die Asylverfahrensführung notwendigen Sachverhalts mitwirken (§ 3 Abs 1 Z 4). GV-Gesetz (NÖ): Einstellung oder Einschränkung ua wenn kein Nachweis, dass Asylantrag binnen 4 Wochen nach Einreise in Österreich gestellt wurde (§ 8 Abs 1 Z 1); wenn eine erteilte Auflage, Bedingung oder Anordnung nicht befolgt wurde (§ 8 Abs 1 Z 7); wenn gewährte Geldleistungen nach dem GV-Gesetz wiederholt zweckwidrig verwendet wurden (§ 8 Abs 1 Z 8) oder das Bundesland nicht nur vorübergehend verlassen wurde (§ 8 Abs 1 Z 9). GV-Gesetz (OÖ): Verweigerung, Einschränkung oder Entziehung der GV ua wenn eine Person eine angebotene Leistung ablehnt (§ 3 Abs 2 Z 1); das Zuweisungsverfahren in einer Erstaufnahmestelle nicht abgewartet hat (§ 3 Abs 2 Z 2) oder die Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung ablehnt (§ 3 Abs 2 Z 10).

9 Die fehlenden Standards wurden bereits bei Abschluss der GV-Vereinbarung im Jahr 2004 von Parlamentarier_innen kritisiert, vgl *König/Rosenberger* in *Rosenberger* (Hrsg), Asylpolitik in Österreich (2010) 29. In der Folge wiesen NGOs immer wieder darauf hin und forderten einheitliche Standards, siehe Grundsatzpapier der Agenda Asyl zur Grundversorgung, 2012, www.asyl.at/fakten_2/gv_agenda_asyl_lv_juni12.pdf.

die bei einem Verhältnis von sechzig zu vierzig Prozent liegt, vorgesehen.¹⁰ In der Realität sind die Bedingungen in den einzelnen Bundesländern „höchst unterschiedlich“.¹¹ Es gibt keine festen Vorgaben, wofür im Einzelnen die Träger_innen der Einrichtungen den Tagessatz, der ihnen für jede Person in Grundversorgung bezahlt wird, verwenden müssen.¹²

Sachleistungen umfassen regelmäßig organisierte Unterkünfte, oftmals mit Vollversorgung.¹³ Bei Bezug von Sachleistungen wird pro Person ein monatliches Taschengeld in Höhe von € 40 gezahlt.¹⁴ Die Gesundheitsversorgung entspricht zwar auf dem Papier dem Standard der Versorgung der Österreicher_innen, da insoweit die Krankenversicherungsbeiträge nach dem ASVG für jede Person in Grundversorgung gezahlt werden.¹⁵ Allerdings gibt es hier faktische Zugangsschranken, oftmals verursacht durch die geographische Lage der Gemeinschaftsunterkünfte sowie schlechte Transportmöglichkeiten für die Bewohner_innen.

1.1. Wer bekommt überhaupt Grundversorgung?

Die Grundversorgung soll für die Dauer des Asylverfahrens¹⁶ sowie, bei einer rechtskräftig negativen Entscheidung über den Asylantrag, auch darüber hinaus gewährt werden, soweit die betroffenen Personen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind.¹⁷ Weiters ist sie an sogenannte subsidiär Schutzberechtigte, denen gemäß § 8 AsylG eine befristete Aufenthaltsberechtigung erteilt wurde, sowie an „Fremde ohne Aufenthaltsrecht“, die „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind“, zu leisten.¹⁸ Insbesondere bei der letzten Gruppe kommt es teilweise zu sehr restriktiven Auslegungen durch die Behörden, so dass immer wieder Personen, die faktisch nicht abgeschoben werden können, die Grundversorgung verweigert wird.¹⁹

10 Wobei die Bundesländer hieran jedoch intern nicht gebunden sind und auch weitergehende Leistungen, die insoweit von ihnen selbst getragen werden müssen, vorsehen können. ZT sehen die GV-Gesetze der Länder explizit vor, dass (jedenfalls) im Einzelfall auch über die Kostenhöchstsätze hinausgehende Leistungen erbracht werden können.

11 Rosenberger (Hrsg), Asylpolitik in Österreich (2010) 3.

12 Berghaller/Moser in Rosenberger (Hrsg), Asylpolitik in Österreich (2010) 208.

13 Die für diese Leistungen vorgesehenen Kostensätze für die Betreiber_innen der Unterkünfte betragen bisher € 17 pro Tag, rückwirkend zum 1. Jänner 2012 können € 19 pro Tag geltend gemacht werden. Siehe GV-Vereinbarung und Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Artikel 15a B-VG über eine Erhöhung ausgewählter Kostenhöchstsätze des Art 9 der Grundversorgungsvereinbarung BGBl I 2013/46.

14 Art 9 lit 4 GV-Vereinbarung. Dieses wurde bei der Neuregelung der Kostensätze nicht erhöht, ebenso wenig wie die Bekleidungs Hilfe.

15 Art 6 Abs 1 lit 5 GV-Vereinbarung.

16 Art 2 Abs 1 lit 1 GV-Vereinbarung.

17 Art 2 Abs 1 lit 1–6 GV-Vereinbarung.

18 Art 2 Abs 1 lit 2–5 GV-Vereinbarung.

19 So wird etwa als zusätzliche Bedingung gefordert, dass die Fremdenpolizei eine Karte für Geduldete ausstellt, da dies als konstitutiv für die Feststellung, dass die Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, gesehen wird.

1.2. Gemeinschaftsunterkünfte oder individuelle Unterbringung

Die Unterbringung von GV-Berechtigten kann in Gemeinschaftsunterkünften oder individuell in einer Privatwohnung erfolgen. Die Entscheidung darüber obliegt dem zuständigen Bundesland (bzw dem Bund); Asylsuchende haben kein Wahlrecht. Dies bedeutet, dass in der Praxis Asylsuchende weit überwiegend in Gemeinschaftsunterkünften eines privaten Trägers untergebracht und von dem Träger (gegen Kostenerstattung durch das Land) auch gepflegt werden. Daneben erhalten sie ein Taschengeld in Höhe von € 40 monatlich. Soweit Personen individuell untergebracht sind, stehen diesen nach der Neuregelung seit 2012²⁰ maximal € 120 für Mietkosten (vorher € 110)²¹ und maximal € 200 pro Monat für Verpflegung (vorher € 180) zur Verfügung, wobei für Minderjährige in einer Familie nur € 90 (vorher € 80) für die monatliche Verpflegung bezahlt wird.²² Die Bekleidungshilfe beträgt pro Person maximal € 150 pro Jahr. Vom Taschengeldbezug werden individuell untergebrachte Personen in den meisten GV-Gesetzen ausgeschlossen.²³

2. Grundversorgung und Menschenrechte

Die Sicherung des (Über-)Lebensnotwendigen, und damit auch die Grundversorgung, gründet sich auf die bereits in der 1948 verabschiedeten Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) als grundlegendes Menschenrecht anerkannte und universell geltende Achtung der Menschenwürde (Art 1) sowie das Recht auf Leben (Art 3).²⁴ Eine menschenwürdige Unterkunft und angemessene Ernährung als grundlegende Voraussetzungen, um am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben, sowie medizinische Versorgung sind Rechte, die jedem Menschen zustehen (siehe zB Art 11 und Art 12 des UN-Sozialpaktes²⁵). Gleichmaßen enthält auch die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) Regelungen bezüglich Wohnraum und öffentlicher Fürsorge (siehe Art 21 und 23 GFK).

„Die Würde des Menschen ist unantastbar“, besagt Art 1 der EU-Grundrechtecharta (GRC). Diese statuiert weiters den Anspruch aller Kinder auf „den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind“ (Art 24) und enthält das Recht auf so-

20 Siehe zur Neuregelung FN 13.

21 Bzw bei Familien (ab 2 Personen) insgesamt € 240 für Mietkosten (vorher € 220).

22 Unbegleitete Minderjährige erhielten hingegen bis zur Neuregelung mit € 180 den gleichen Höchstsatz wie Erwachsene. Bei der Neuregelung wurde dieser Satz allerdings – ohne dass eine Begründung dafür ersichtlich wäre – nicht erhöht und verbleibt somit bei € 180 pro Monat.

23 In der GV-Vereinbarung ist eine Einschränkung des Taschengeldes auf Personen in organisierten Unterkünften nicht enthalten. Hingegen enthält § 3 Abs 1 lit 3 GV-Gesetz (Wien) eine solche Beschränkung; entsprechende Regelungen sind auch in den GV-Gesetzen von Niederösterreich, Burgenland, Kärnten, Salzburg und der Steiermark enthalten. Der § 1 Abs 1 GV-Gesetz (Oberösterreich) verweist pauschal auf die Leistungen der GV-Vereinbarung, einen entsprechenden Verweis gibt es auch in § 7 Abs 1 Mindestsicherungsgesetz (Vorarlberg) – in diesen Ländern gibt es daher keine gesetzliche Einschränkung der Taschengeldgewährung.

24 Daneben begründet Art 25 AEMR einen Anspruch auf soziale Fürsorge.

25 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr) BGBl 1978/590.

ziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art 34) sowie auf Gesundheitsschutz (Art 35). Nahezu gleichlautend mit Art 24 GRC, gibt auch Art 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte) jedem Kind „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind“ und fordert, dass bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen das Wohl des Kindes zu beachten sei.²⁶

Die Europäische Sozialcharta²⁷ enthält ua das Recht auf Gesundheit und auf soziale Dienste (Art 11 und 14). Im Kontext drohender Abschiebungen hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wiederholt mit Fällen extremer Armut bei Fehlen jedweder staatlicher Unterstützungsmaßnahmen und bei sehr schlechter (oder fehlender) medizinischer Versorgung im Herkunftsland auseinandergesetzt und geurteilt, dass derartige Umstände in Ausnahmefällen eine Verletzung des Rechts auf Leben und des Verbots der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art 2 und 3 EMRK) darstellen können.²⁸

Das Recht auf adäquate Ernährung ist „unteilbar mit der jeder Person innewohnenden menschlichen Würde“²⁹ verbunden und beinhaltet die „Verfügbarkeit von Nahrungsmitteln in einer ausreichenden Quantität und Qualität, um die Ernährungsbedürfnisse von Individuen zu befriedigen.“³⁰ Das Recht auf Wohnraum umfasst eine „adäquate Unterkunft mit angemessener, verfügbarer Privatsphäre, angemessenem Platz, Sicherheit, Beleuchtung, Belüftung und grundlegender Infrastruktur“.³¹ Weiters statuiert das Recht auf Gesundheit ein Recht auf verfügbare (also für jede_n zugängliche) medizinische Versorgung und auf Gesundheitseinrichtungen, in denen jede_r entsprechend der medizinischen Ethik nach bestmöglichen Standards behandelt wird.³² Diese Rechte sind ohne Diskriminierung jedweder Art zu gewähren (siehe Art 2 Abs 2 UN-Sozialpakt) und sind auf Flüchtlinge und Asylsuchende „unabhängig von ihrem Rechtsstatus und Dokumentierung“ anwendbar.³³

26 BGBl I 2011/4. Eine Einschränkung dieses Rechtes ist gemäß Art 7 BVG Kinderrechte nur zulässig, soweit sie aus Gründen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ruhe und Ordnung, dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, der Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung strafbarer Handlungen, zum Schutz der Gesundheit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

27 Europäische Sozialcharta BGBl III 2011/112, ratifiziert am 1.5.2011.

28 ZB EGMR U (Große Kammer) 27.5.2008, N. gegen Vereinigtes Königreich, Nr 26565/05 und EGMR U (Große Kammer) 21.1.2011, M.S.S. gegen Belgien und Griechenland, Nr 30696/09. So auch der VwGH 13.11.2001, 2000/01/0453 (Eine unmenschliche Behandlung iSv Art 3 EMRK könne vorliegen, wenn im Herkunftsstaat jegliche Unterkunftsmöglichkeit fehle. Dies gelte jedoch nur, wenn auch keine „komplementären Auffangmöglichkeiten“, zB in Massenunterkünften oder Lagern, bestünden).

29 UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment No 12: The Right to Adequate Food (Art 11 IPwskR), Z 4.

30 ebd, Z 8.

31 UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment No 4: The Right to Adequate Housing (Art 11 Abs. 1 IPwskR), Z 7.

32 UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment No 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art 12 IPwskR), Z 12.

33 UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, General Comment No 20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art 11 IPwskR), Z 27 und Z 30.

In einer Zusammenschau der hier dargestellten genannten Menschenrechte³⁴ ist die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums selbst als ein Menschenrecht anzusehen.³⁵

3. Problembereiche der Grundversorgung für Asylsuchende

3.1. Zielgruppe und Grenzen der Beschränkung

Asylsuchende, über deren Asylantrag rechtskräftig negativ entschieden wurde, sind nicht am Tag danach einfach verschwunden. Diese Personen sind, so sie nicht sofort freiwillig ausreisen oder abgeschoben werden, faktisch weiter hier aufhältig und genauso „hilfebedürftig“ wie am Tag zuvor.³⁶ Die GV-Gesetze bezeichnen Personen, die „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind“, als Grundversorgungs-Berechtigte.³⁷ Eine restriktive Auslegung dieser Begrifflichkeit, wie sie in den folgenden zwei Absätzen dargestellt wird, dürfte bereits gegen einfaches Recht verstoßen und ist ein klarer Verstoß gegen menschenrechtliche Erfordernisse, wonach es auch nicht genügt, wenn auf § 46a FPG 2005³⁸ verwiesen und als Voraussetzung der Hilfestellung gefordert wird, dass die Fremdenpolizei zunächst eine entsprechende „Karte für Geduldete“ ausstellen müsse, bevor GV gewährt werden könne.

Zum einen verweist die GV-Vereinbarung nicht ausdrücklich auf die Duldung als Voraussetzung. Zum anderen geht die Fremdenpolizei bei der Anwendung des §46a FPG 2005 sehr restriktiv vor.³⁹ Selbst wenn sie aber, wie es das Gesetz fordert, bei Vorliegen der Voraussetzungen ohne Zögern Duldungskarten ausstellen würde, verginge doch in jedem einzelnen Fall ein nicht unerheblicher Zeitraum zwischen Ausweisungsentscheidung und der abschließenden Feststellung der Fremdenpolizei, dass eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Es ist menschenrechtlich höchst bedenklich, wenn sich der Staat hier auf eine formalistische Interpretation der Gesetze zurückzieht und die bestehende Gefahr drohender Menschenrechtsverletzungen ignoriert. Faktisch hier Aufhältige müssen zu jedem Zeitpunkt versorgt werden. Die zuständigen Bundesländer haben die betreffenden Personen in der Grundversorgung zu belassen. Die Fremdenpolizei ihrerseits hat die Duldungskarte bei Vorliegen der Voraus-

34 Sowie auch der oben genannten Rechtssprechung des EGMR, siehe FN 28.

35 So auch das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG), welches dieses Menschenrecht aus dem Menschenwürde- und Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes entwickelt hat, BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012.

36 Die Gründe für die nicht sofortige Abschiebung sind vielfältig – es mangelt häufig an Reisedokumenten, sogenannte „Heimreisezertifikate“ der Botschaften der Herkunftsstaaten werden nicht oder erst nach längerem Zeitraum ausgestellt etc.

37 Die GV-Vereinbarung spricht von „Fremde[n] ohne Aufenthaltsrecht, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar sind“, diese Formulierung wurde in die GV-Gesetze übernommen.

38 Gem § 46a Abs 1 FPG ist der Aufenthalt von Fremden geduldet, solange deren Abschiebung rechtlich unzulässig ist. Darüber hinaus ist der Aufenthalt gem Abs 1a geduldet, wenn die Behörde von Amts wegen feststellt, dass die Abschiebung „aus tatsächlichen, vom Fremden nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist“.

39 Dies ist vermutlich auch nicht vom Gesetz gedeckt, dieses schreibt ein Tätigwerden „von Amts wegen“ vor.

setzungen von Amts wegen zügig auszustellen. Alles andere stellt eine Verweigerung menschenrechtlicher Verpflichtungen dar, drängt Schutzsuchende in die Kriminalität und stellt den Versuch dar, eine Ausreise über die Verweigerung jeglicher Unterstützung zu erzwingen – statt das vorgesehene rechtsstaatliche Verfahren einzuhalten.

Aber auch Asylsuchenden, die sich noch in einem laufenden Verfahren befinden, wird immer wieder die GV gekürzt oder gestrichen, sie werden, wie es verharmlosend heißt, „aus der Grundversorgung entlassen“. In der GV-Vereinbarung ist (nur) vorgesehen, dass bei Verstößen gegen Vorschriften in einer Unterkunft oder bei Gewalt in Wohnungen gemäß § 38a SPG⁴⁰ eine Einschränkung zulässig ist. Die in den Länder-GV-Gesetzen vorgesehenen weiteren Einschränkungsmöglichkeiten sind teilweise rechtlich fragwürdig. So ermöglicht etwa das GV-Gesetz (NÖ) die Einstellung ua dann, wenn eine erteilte Auflage, Bedingung oder Anordnung nicht befolgt wurde oder wenn gewährte Geldleistungen nach dem GV-Gesetz wiederholt zweckwidrig verwendet wurden. Das GV-Gesetz (OÖ) ermöglicht die Verweigerung der GV ua dann, wenn eine Person die Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung ablehnt. Derartige Bestimmungen haben keine Deckung durch die bindende EU-Aufnahmerichtlinie.⁴¹ Diese sieht in Art 16 gewisse Beschränkungen der Gewährung von Grundversorgung vor, so ua das Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltsortes, Nicht-Nachkommen von Melde- und Auskunftspflichten im Asylverfahren, Folgeantragstellung, kein Nachweis der Asylantragstellung so bald wie nach Ankunft vernünftigerweise möglich, grobe Verstöße gegen Vorschriften in Unterbringungszentren oder grob gewalttätiges Verhalten. Die EU-Aufnahmerichtlinie statuiert jedoch auch die Verpflichtung, dass Entscheidungen hierüber objektiv, unparteiisch und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu treffen und zu begründen sind. Zugang zu Notversorgung ist zu gewährleisten.

Ebenso gibt es für die Regelung in der GV-Vereinbarung, wonach die GV bei Anhaltung einer Person (insbesondere Schubhaft oder gelinderes Mittel) „ruhe“, keine Deckung in der EU-Aufnahmerichtlinie. Bei jeder Einschränkung⁴² sind die menschenrechtlichen Grenzen einer solchen Einschränkung zu beachten. Die ohnehin sehr niedrigen GV-Leistungen liegen noch unter den Leistungen der Mindestsicherungsgesetze (Näheres sogleich unter 3.3.). Bei jeder Einschränkung besteht die Gefahr einer Verletzung grundlegender Menschenrechte – ua des Rechts auf Nahrung und auf angemessenen Wohnraum. Gegen jede Einschränkung muss im Übrigen ein effektives Rechtsmittel gegeben sein.⁴³

40 §38a Sicherheitspolizeigesetz (SPG) regelt Wegweisung und Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen.

41 RL 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von AsylbewerberInnen in den Mitgliedstaaten (EU-Aufnahmerichtlinie).

42 Jede Einschränkung setzt einen förmlichen Bescheid voraus, siehe VfGH B 2024/07 vom 11.6.2008.

43 Dies verlangt bereits Art 16 Abs 5 und 21 Abs 1 der EU-Aufnahmerichtlinie.

3.2. Mindeststandards

Im Bereich der Sachleistungen mangelt es an verbindlichen (Mindest-)Standards für

- die Größe, Einrichtung und Ausstattung von Gemeinschaftsunterkünften,⁴⁴
- die Qualifikationsanforderungen für das einzusetzende Betreuungspersonal,
- angemessene – also ua gesunde, nahrhafte und unter Berücksichtigung der jeweiligen Essgewohnheiten geplante – Verpflegung,
- die Ausstattung mit notwendigen Sanitärartikeln,
- die Gewährung notwendiger Kleidung (entsprechend den Wetterbedingungen in Österreich, notwendige Erstausrüstung etc),
- die interne Organisation der Unterkünfte⁴⁵ und den Umfang wie auch die Grenzen der durch die Betreiber_innen aufstellbaren Hausordnungen.

Die fehlenden Standards können zu Menschenrechtsverletzungen führen. Man denke nur an die zahlreichen Berichte über nicht ausreichend beheizte Wohnräume, vom Schimmel befallene Schlafräume, über die Vielzahl von Personen, die auf sehr engem Raum leben müssen etc.⁴⁶ Bedroht sind das Recht auf angemessenen Wohnraum, auf Nahrung, auf Gesundheit (wie auch auf ausreichende Hygiene) sowie das Recht auf Familien- und Privatleben (Art 8 EMRK). Die Betreiber_innen einer Unterkunft haben das Recht und sollen, auch im Interesse aller Bewohner_innen, Hausordnungen aufstellen.⁴⁷ Diese jedoch müssen, damit die Asylsuchenden nicht vom *goodwill* oder der Willkür der Betreiber_innen abhängen, gewissen Mindestanforderungen genügen und die Rechte der Bewohner_innen achten.⁴⁸ Hierbei muss berücksichtigt werden, dass es für die Asylsuchenden keine Wahlfreiheit hinsichtlich ihrer Unterkunft und kaum Rechtsschutzmöglichkeiten gibt. Neben einer nicht-gesundheitsgefährdenden Unterbringung ist der Zugang zu Gesundheitsversorgung bestmöglich sicherzustellen. Es sollte außerdem die Möglichkeit geben – auch wenn Sachleistungen bereitgestellt werden – die Speisen selbst zuzubereiten und nicht von vorbereiteten Speisen abhängig zu sein. Das eigene Zubereiten der Mahlzeiten gibt Selbstbestimmung, gliedert den Tagesablauf und ermöglicht bestmöglich die Berücksichtigung individueller Ernährungsgewohnheiten.

44 Siehe Grundsatzpapier der Agenda Asyl zur Grundversorgung, 2012, www.asyl.at/fakten_2/gv_agenda_asyl_lv_juni12.pdf, in dem auf den Prüfbericht des Landesrechnungshof Vorarlberg vom Oktober 2009 verwiesen wird, in dem dieser empfiehlt, vom Land müssten hinsichtlich der Flüchtlingsunterkünfte Qualitätsstandards wie der Größenbedarf pro Person und der erforderliche Wohnwert einer Unterkunft definiert werden.

45 Hier seien nur beispielhaft die Verfügbarkeit von heißem Wasser, umfassender Zugang zu Sanitäreinrichtungen oder Mindestraumtemperaturen im Winter genannt.

46 Vgl zB „Asylheim: Schmutzige Klos, undichtes Dach, bröckelnde Wände“, *Der Standard*, 25.7.2012; „UN-Bericht: Österreichs Flüchtlingsgasthöfe mangelhaft“, *Der Standard*, 2.4.2013; „Neue Volksanwälte gegen Schimmel-Asylquartiere“, *Der Standard*, 17.7.2013.

47 NGOs haben idR einheitliche Hausordnungen, in einigen Bundesländern gibt es bereits Standard-Hausordnungen.

48 www.asyl.at/fakten_2/leben_im_fuechtlingsquartier.pdf; „Saaalm-Flüchtlinge: Neue Unterkunft, alte Schikanen“, *Der Standard*, 16.11.2012.

3.3. Geldleistungen

Asylsuchende erhalten erheblich geringere Sozialleistungen als andere Menschen in Österreich.⁴⁹ Die Höhe der Grundversorgung wurde seit Einführung 2004 bis zum Jahr 2012 nicht der Inflation angepasst. Die erfolgten Erhöhungen sind deutlich geringer als die Inflationsrate.⁵⁰ Es ist fraglich, ob die gewährten Leistungssätze ausreichen, den minimalen Lebensstandard, der für ein menschenwürdiges Leben nötig ist, zu gewährleisten. Da die Menschenwürde unteilbar ist, muss das, was der Gesetzgeber für Österreicher_innen als Existenzminimum festlegt, auch für hier Schutzsuchende gelten.⁵¹ Die GV sollte daher an die Leistungen der Mindestsicherungsgesetze angeglichen werden. Die für Mietkosten vorgeschriebenen Zahlungen (bei individueller Unterbringung) sind evident zu niedrig. Dadurch droht die Anmietung menschenunwürdigen Wohnraums, allenfalls mit gesundheitsgefährdender Schimmelbelastung oder ähnlichem. Der Gesetzgeber hat die Leistungen nach den Mindestsicherungsgesetzen als das Minimum zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens angenommen. Jene Sätze liegen aber deutlich über den an Asylsuchende ausgezahlten Sätzen; einen Rabatt bekommen Asylsuchende bei der Wohnungssuche jedoch nicht. Neben einem Verstoß der Sätze gegen die in Art 1 AEMR geschützte Menschenwürde können diese Leistungen ua auch gegen das Recht auf Gesundheit sowie gegen die Rechte von Kindern auf bestmögliche Entwicklung verstoßen.⁵²

Die monatlichen Leistungen für Verpflegung sind mit € 200 (für Erwachsene) sehr niedrig und ermöglichen kaum, sich gesund zu ernähren. Völlig unzureichend sind die Leistungen hingegen für Minderjährige. Ohne jede Differenzierung wird für Minderjährige von 0 bis 18 Jahren, egal ob es sich um ein Baby oder einen Teenager im Wachstumsalter handelt, € 90 (bis 2012: € 80) – und damit knapp die Hälfte der Leistungen für Erwachsene – gezahlt. Mangels sachlicher Rechtfertigung stellt dies eine klare Ungleichbehandlung sowie einen Verstoß gegen die Rechte von Kindern nach der UN-Kinderrechtskonvention und dem BVG Kinderrechte dar. Es ist evident, dass sich ein_e

49 Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat diese Differenzierung bereits 2005 und erneut im Jahr 2013 in seinen Abschließenden Bemerkungen kritisiert (E/C.12/AUT/CO/4, vom 29.11.2013, chapter C Principle subjects of concern, Z 13) und die Empfehlung ausgesprochen, Österreich sollte „take concrete measures to guarantee asylum-seekers’ right to adequate standard of living [...] and to facilitate their access to the means-tested minimum income scheme if they are unable to find work.“

50 Siehe zu den Erhöhungen im Einzelnen FN 13. Laut Wirtschaftskammer Österreich betrug die Inflation zwischen 2004 und 2012 18,4%, die Erhöhungen betragen ca 11%, <http://wko.at/statistik/prognose/inflation.pdf> (Index 2004: 136, 2012 161, 3).

51 Der VfGH hat jüngst zur Menschenwürde ausgeführt: „Aus den angeführten Bestimmungen des Wiener Mindestsicherungsgesetzes in Verbindung mit der Art 15a B-VG-Vereinbarung über die bedarfsorientierte Mindestsicherung ergibt sich die klare Zielstellung der Ermöglichung der Führung eines menschenwürdigen Lebens“, VfGH B 1094/11 ua vom 6.12.2012.

52 Die Lage in Deutschland ist besser: In dem im Sommer 2012 vom deutschen Bundesverfassungsgericht geprüften Asylbewerberleistungsgesetz heißt es zu den Kosten der Unterkunft: „Bei einer Unterbringung außerhalb von Aufnahmeeinrichtungen [...] können [...] Geldleistungen im gleichen Wert gewährt werden. Der Wert beträgt [...] zusätzlich der notwendigen Kosten für Unterkunft, Heizung und Hausrat“.

17-jährige_r mit € 90 nicht einen Monat lang ernähren kann. Der Gesetzgeber hat die Leistungshöhe offensichtlich ohne sachliche Grundlage erstellt, was auch daran deutlich wird, dass ein_e Minderjährige_r gleichen Alters als unbegleiteter Flüchtling nahezu den gleichen Satz wie eine Erwachsene erhält (€ 180).⁵³ Diese unsachliche Differenzierung stellt zusätzlich eine Diskriminierung und Ungleichbehandlung von „Fremden untereinander“⁵⁴ dar. Gleiches gilt für die Nichtanpassung der Leistungen für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Rahmen der allgemeinen Anpassung der Sätze im Jahr 2012 – obschon der Gesetzgeber offensichtlich Gründe sah, die Leistungen für Ernährung für Erwachsene und Kinder (in Familien) nach 8 Jahren ohne Inflationsanpassung um ca 11% zu erhöhen, blieb die Leistung für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ohne sachlichen Grund und damit willkürlich auf dem Stand von 2004 eingefroren. Es drängt sich die Vermutung auf, dass dies mit einer zahlenmäßigen Zunahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in den Jahren 2011 und 2012 in Verbindung steht (ein im Übrigen völlig unsachlicher Erwägungsgrund).

Das Taschengeld, das die Teilhabe am sozialen Leben ermöglichen soll, ist mit € 40 viel zu niedrig und ermöglicht es Asylsuchenden nicht, auch nur in einem Minimalausmaß am kulturellen und sozialen Leben in Österreich teilzuhaben. Es wurde seit 2004 nicht erhöht. Ohne ersichtlichen sachlichen Grund erhalten auch nicht alle Asylsuchenden ein Taschengeld. Jene, die organisiert untergebracht sind, erhalten das Taschengeld. Hingegen werden in den meisten Landes-GV-Gesetzen individuell untergebrachte Personen vom Bezug ausgeschlossen, obschon ein solcher Ausschluss in der GV-Vereinbarung nicht vorgesehen ist. Auch hierdurch werden die „Fremden“ untereinander ungleich behandelt.⁵⁵ Das Recht von Kindern auf kulturelle Teilhabe, welches sich aus Art 1 BVG Kinderrechte ergibt, wird zudem verletzt. Denn jedes Kind hat Anspruch auf „Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung“. Mit einem derart niedrigen Taschengeld sind betroffene Kinder jedoch deutlich benachteiligt, haben einen schwierigeren Start ins Leben und schlechtere Chancen gegenüber anderen Kindern. Dies kann negative Auswirkungen auf ihre allgemeine Entwicklung haben.⁵⁶

Auch die für Kleidung vorgesehene Geldleistung ist evident zu niedrig für eine menschenwürdige Ausstattung, die den unterschiedlichen Jahreszeiten Österreichs gerecht

53 Siehe oben FN 22 – ohne sachliche Rechtfertigung wurde dieser Satz im Rahmen der Anpassung der Leistungssätze nicht angehoben und so eine dritte Kategorie kreiert.

54 Für Ausländer_innen in Österreich gilt das Willkürverbot des Gebots der Gleichbehandlung von Fremden untereinander gem Art 1 Abs 1 BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/390, siehe VfGH 27.4.2009, U159/08 – U136/08 ua; U148/08; U165/08; U249/08; U390/08; U429/08; U544/08; U660/08; U681/08; U685/08; U776/08; U782/08; U873/08; U989/08; U995/08 ua; U1194/08 ua; U27/09.

55 Gedanke beruhend auf Gespräch vom 14.1.2013 mit *Lioba Kasper*, Leiterin der Rechtsberatung im Verein Projekt Integrationshaus (Wien).

56 Eine solche Schlechterstellung ist sachlich auch nicht aus dem Vorbehalt des Art 7 BVG Kinderrechte herleitbar.

wird. Die Asylsuchenden sind daher auf Kleiderspenden angewiesen. Als absolutes Minimum sollten die GV-Gesetze eine zusätzliche „Erstausrüstung“ jeder Person mit ausreichend Bekleidungshilfe für alle Jahreszeiten vorsehen. Wiederum mangelt es hier an sachlicher Differenzierung, wenn das Bekleidungsgeld für jede_n Asylsuchende_n gleich bemessen ist. Denn Minderjährige brauchen entwicklungsbedingt häufig neue Kleider, wohingegen Erwachsene auch mehrere Jahre lang die gleichen Kleider tragen können.

4. Fazit

Dieser Artikel analysiert den Zugang zur sogenannten Grundversorgung für Asylsuchende und Flüchtlinge in Österreich. Die Analyse zeigt, dass das System der Grundversorgung zahlreiche menschenrechtliche Defizite aufweist. Diese Defizite liegen hauptsächlich im Bereich der legislativen Ausgestaltung der Hilfeleistungen; teilweise gibt es zusätzlich Probleme in der praktischen Ausgestaltung der Leistungsgewährung – aufgrund unklarer oder fehlender gesetzlicher Vorschriften. Letztere bilden ein Einfallstor für willkürliches Handeln. Die Vorschriften sind teilweise auch in sich widersprüchlich und inkonsistent – bei Geldleistungen erfolgen willkürlich erscheinende Ungleichbehandlungen vergleichbarer Personengruppen. Insgesamt betrachtet wird die gegenwärtige Grundversorgung fundamentalen menschenrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Das System der Grundversorgung lässt es zu, dass Menschen ohne jegliche staatliche Hilfe sich selbst überlassen werden, und selbst jenen, die Grundversorgung im gesetzlichen Ausmaß erhalten, ermöglicht sie kein Leben ohne Einschränkungen ihrer grundlegenden Menschenrechte. Die Menschenwürde ist in Österreich zweigeteilt – für Österreicher_innen (und Gleichgestellte) und für Asylsuchende.

Michael Frahm, Justiziar des Evangelischen Landeskirchenamtes München, zuvor wissenschaftlicher Mitarbeiter am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Schwerpunkte: Asylrecht, soziale Rechte, Migrationsbewegungen und Ombuds-Institutionen, michael.frahm@humanrights.at

Thema: Jurist_innen

Vorwort

Ronald Frühwirth / Maria Sagmeister

Das *juridikum* ist eine juristische Fachzeitschrift; getragen von einem interdisziplinären Anspruch, doch von Jurist_innen gemacht. So erfolgt der vermittelte Blick auf die Welt in erster Linie durch die juristische Brille. Grund und Anlass genug den Blick einmal zu wenden und auf das eigene Metier zu richten. Diesem Vorhaben widmet sich der vorliegende Schwerpunkt, der mit dem Zeitpunkt beginnt, an dem sich Menschen dafür entscheiden Jurist_innen zu werden: dem Studium.

Die universitäre Ausbildung spielt eine wesentliche Rolle dabei, die juristische Praxis zu gestalten und ihr Funktionieren zu garantieren. Dabei ist das rechtswissenschaftliche Studium von einer inhaltlichen und methodischen Kontinuität gezeichnet, die Veränderungen der gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen größtenteils ignoriert. Die Auffassung des Rechts als politisch neutrales Instrument rechtfertigt diese Starre, in der sich das Studium befindet und bildet gleichzeitig einen der wesentlichen Punkte, den das Studium den Studierenden vermittelt. Dabei wird übersehen, dass sich im Recht stets gesellschaftliche Grundlagen und politische Rahmenbedingungen widerspiegeln. Anhand einer Analyse der Veränderungen der Studienpläne seit 1945 zeigen *Maria Sagmeister* und *Andreas Wöckinger* die das juristische Studium auszeichnende inhaltliche Kontinuität auf, wobei sich zugleich auch die Tendenz zur zunehmenden Verrechtlichung der juristischen Ausbildung sowie zum Einzug von Verwertungsdiskursen in deren rechtliche Grundlagen zeigt. Ausbildung wird dabei nicht nur als Erlernen von Inhalten verstanden, vielmehr spielen in der juristischen Ausbildung auch informelle Mechanismen eine wesentliche Rolle, wenn es um das Einverleiben der Verhaltens- und Redeweisen der juristischen Praxis ebenso wie um das Erlernen der Strukturen des Rechtssystems und seines Vollzugs geht.

Mit einer speziellen Form der juristischen Bildung beschäftigt sich *Oliver Scheiber* in seinem Beitrag über die Richter_innenausbildung. Auch in diesem Bereich hinkt die Ausbildungssituation veränderten Realitäten nach. Das traditionelle Lehrsystem wurde den heutigen Bedürfnissen nur unzureichend angepasst, interdisziplinäre Arbeit kommt

zu kurz und ein didaktisches Konzept ist (im Gegensatz zur Situation in anderen europäischen Staaten) nach wie vor nicht in Sicht. *Scheiber* kritisiert diese Mängel sowie die kurzfristige Ausrichtung darauf, bloßes Fachwissen zu vermitteln und plädiert dafür, auch Augenmerk auf soziale Fähigkeiten, auf Empathie, Kreativität oder Courage als grundlegende Voraussetzungen richterlichen Wirkens, zu lenken.

Auch *Gabriele Schneider* widmet sich der Justiz und zeichnet in ihrem Beitrag die Geschichte der Richterinnen in Österreich nach. Während der Richter_innenberuf bis ins Jahr 1947 ausschließlich von Männern ausgeübt wurde, ist dieser Bereich heute von Frauen dominiert. Zu jener Zeit, als die ersten beiden Richterinnen in Österreich ernannt wurden, herrschte innerhalb der Juristerei ein Diskurs vor, der Frauen die Fähigkeit zu verschiedensten juristischen Berufen absprach. Ideen über die Emotionalität und den Mangel an Objektivität von Frauen prägten diese Debatte bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts und sind bis heute nicht zur Gänze überwunden. *Schneider* zeichnet diesen Diskurs sehr anschaulich nach, indem sowohl Beispiele aus der Lehre als auch aus Rechtsprechung und Praxis herangezogen werden. Sie widmet sich den Biografien einiger Pionierinnen, die zu Beginn Einzelercheinungen in der Justiz blieben. Erst ab den 1980ern beginnt der breite Einzug von Frauen in die Justiz, was einem veränderten Frauenbild in der Gesellschaft ebenso wie gezielten Förderungsmaßnahmen zu verdanken ist. Doch ein Einzug in der Breite ist noch keinem in die Höhe gleichzusetzen, die Spitzenpositionen der Justiz sind nach wie vor männlich dominiert, was nicht zuletzt mit dem ewigen Problem der Teilzeitarbeit und der ungleichen Verteilung von Reproduktionsarbeit zu erklären ist.

Zu diesem Schluss gelangt auch *Theresa Hammer*, die in ihrem Artikel der Frage nachgeht, inwiefern das Recht noch immer als Männerdomäne betrachtet werden kann. Die in der feministischen Tradition vielfach kritisierte Exklusion von Frauen aus dem öffentlichen Bereich prägte auch die Entwicklung der juristischen Praxis und des Rechts, als einem der wesentlichen Pfeiler gesellschaftlicher Organisation. Während etwa in der Justiz ein immer größer werdender Frauenanteil zu verzeichnen ist, zeigt sich, dass dies in anderen klassischen juristischen Berufsfeldern, wie dem Notariat oder der Anwaltschaft, noch lange nicht so ist. Die Autorin analysiert das Einbringen weiblicher Lebensrealitäten (in all ihrer Pluralität) in den Rechtsdiskurs als Beitrag zur Weiterentwicklung des Rechts und geht der Frage nach, inwiefern in diesem Zusammenhang von einer Feminisierung des Rechts gesprochen werden kann. Schließlich lässt die Autorin in ihre Betrachtungen auch ihre Erfahrungen aus Tätigkeiten in der Gleichbehandlungsanwaltschaft und im Verein österreichischer Juristinnen einfließen und zeigt auf, mit welchen Stereotypisierungen und Alltagssexismen Juristinnen immer noch regelmäßig konfrontiert sind.

Nadja Lorenz skizziert sodann ihr Rollenverständnis als kritische Rechtsanwältin. In ihrem Beitrag beschreibt sie die Überlegungen, die sie veranlassten, den Versuch zu unternehmen, durch anwaltliches Einschreiten zu einer Veränderung des Rechtssystems

beizutragen; durch das Ausfechten von Einzelfallgerechtigkeit Verbesserungen des Systems zu erreichen. Dabei benennt sie die Rückschläge und die Hürden, die sich menschenrechtlichem Engagement entgegenstellen und fragt sich, ob sie auf diesem Wege gelingen kann, die Verbesserung der Welt. *Lorenz'* Beitrag zeichnet ein Bild vom Verständnis anwaltlicher Tätigkeit, das weit mehr erfasst, als das, was mittlerweile auch an der Universität unter der hohlen Bezeichnung „lawyering“ vermittelt wird.

Ronald Frühwirth geht den – nicht nur – in der Anwaltei vorherrschenden Strukturen und Gewohnheiten nach, die Zeit zu einer Mangelware werden lassen, und plädiert dafür, diesen Tendenzen etwas entgegenzusetzen; eine Arbeitskultur, die das Gespräch und insbesondere das Zuhören pflegt, die den Fokus aufs Reden statt aufs Kommunizieren legt und die vermeintlich Unwesentlichem mehr Raum zu geben bereit ist.

John Philipp Thurn schließt den Schwerpunkt mit einem Aufruf an kritische Geister, sich der Rechtswissenschaft anzunehmen, den Marsch durch die Institutionen zu wagen oder sie mit Mitteln des Rechts herauszufordern.

Entgegen der ursprünglichen Absicht ist es dazu gekommen, dass die Autor_innen dieses Schwerpunktes allesamt selbst juristischen Professionen angehören. Dennoch ist es keine bloße Nabelschau, die der Schwerpunkt bietet. Es ist ein Versuch, sich mit der Juristerei von innen heraus zu befassen; und möge Anstoß sein für weitergehende Betrachtungen – auch aus anderen Disziplinen. All jene also, die daran interessiert sind, der Juristerei oder ihren Protagonist_innen kritische Betrachtung zu schenken, sind eingeladen, uns die Verschriftlichung ihrer Überlegungen zukommen zu lassen. Das juridikum möchte die Auseinandersetzung damit weiter pflegen, als Fortführung dieses Schwerpunkts, dem die Betreuer_innen nachhaltige Resonanz wünschen.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in Graz sowie Mitherausgeber des juridikum; r.fruehwirth@kocher-bucher.at

Mag.^a Maria Sagmeister studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien und ist Redaktionsmitglied des juridikum; maria.sagmeister@univie.ac.at

In der Schreckstarre – Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium

Maria Sagmeister / Andreas Wöckinger

1. Einleitung

Der Ausbildungsweg zu den juristischen Berufen trägt einen wichtigen Teil dazu bei, wie Jurist_innen denken, arbeiten, Recht anwenden und entwickeln. Dadurch beeinflusst das juristische Studium das Funktionieren des Rechtssystems, welches wiederum auf das Studium zurückwirkt. Die Analyse der rechtswissenschaftlichen Ausbildung kann einen wichtigen Beitrag zu einem ganzheitlichen Verständnis der Juristerei leisten, in dem sie als wesentlicher Bestandteil derselben verstanden wird.

In diesem Artikel wird Ausbildung nicht nur als durch die Lehre vermittelter Inhalt verstanden. Im Studium werden Verhaltensweisen erlernt, die eine wesentliche Rolle dabei spielen die juristische Praxis zu gestalten und ihr Funktionieren zu garantieren. Dabei ist das rechtswissenschaftliche Studium von einer inhaltlichen und methodischen Kontinuität gezeichnet, die Veränderungen der gesellschaftlichen oder politischen Rahmenbedingungen größtenteils ignoriert. Diese Ignoranz wird mit der Auffassung vom Recht als politisch neutralem Instrument gerechtfertigt. Dabei wird übersehen, dass sich im Recht stets gesellschaftliche Grundlagen und politische Rahmenbedingungen widerspiegeln.

Im Folgenden wird gezeigt, wie Veränderungen der Studienpläne auf formaler Ebene durch die inhaltliche Kontinuität des Fächerkanons konterkariert werden. In einem ersten Schritt werden die rechtlichen Grundlagen des Rechtsstudiums und deren maßgebliche Veränderungen seit 1945 durchleuchtet. Der Schwerpunkt liegt hier vor allem auf der Ausgestaltung der Ausbildung in den Studienplänen, sowie den damit verbundenen Bedingungen. Dabei liegt das Augenmerk nicht auf einer chronologischen Darstellung der Veränderungen, diese Aufgabe wird andernorts besser bewältigt.¹ Vielmehr soll ausgehend von den Rechtsquellen auf einige Tendenzen hingewiesen werden, nämlich die zunehmende Verrechtlichung der juristischen Ausbildung sowie den Einzug von Verwertungsdiskursen in deren rechtliche Grundlagen.

1 Einen umfassenderen historischen und weiter zurückreichenden Einblick in die Geschichte der juristischen Fakultät bieten zB: *Grandner*, Das Studium an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien 1945–1955, in *Rathkolbl/Grandner/Heiss*, Zukunft mit Altlasten. Die Universität Wien 1945–1955 (2005) 290–312; *Ehs/Olechowski/Staudigl-Ciechowicz*, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien in den Jahren 1918 bis 1938 (in Druck); *Reiter*, JuristInnenausbildung an der Wiener Universität. Ein historischer Überblick, <http://juridicum.univie.ac.at/index.php?id=275> (14.11.2013).

In der juristischen Ausbildung spielen auch informelle Mechanismen eine gewichtige Rolle, durch die Verhaltens- und Redeweisen der juristischen Praxis ebenso wie die Strukturen des Rechtssystems und seines Vollzugs erlernt werden. Diese Mechanismen werden mit poststrukturalistischen Ansätzen von *Michel Foucault* und *Pierre Bourdieu* näher analysiert. Schließlich wird der Argumentation von *Duncan Kennedy* folgend konstatiert, dass die Ausbildung von Jurist_innen dazu angetan ist, bestehende Hierarchien immer wieder aufs Neue zu bestätigen und zu verfestigen. Dabei wirken curriculare und außercurriculare Maßnahmen zusammen, um die Stabilität und Kontinuität dieser Hierarchien zu gewährleisten. Zunächst werden die curricularen Entwicklungen und die darin erkennbaren Tendenzen geschildert, um anschließend mit anderen das Studium begleitenden und die Ausbildung bestimmenden Faktoren in Verbindung gebracht zu werden.

2. Zur Versteinerung des rechtswissenschaftlichen Studiums – Studienpläne seit 1945

Im Folgenden soll es nicht darum gehen, die Geschichte der juristischen Ausbildung vollständig zu rekonstruieren, vielmehr wird ein Überblick über die Entwicklung der Studienordnungen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts geboten. Dieser Überblick soll die Analyse der curricularen Entwicklung erleichtern. Die Studienpläne werden in der jeweiligen Stammfassung zitiert und analysiert. Eine Einbeziehung sämtlicher Änderungen der jeweiligen Studienpläne würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Seit 1945 gab es für das rechtswissenschaftliche Studium in Wien vier verschiedene Studienordnungen. Dabei wurden die beiden früheren Studienpläne von staatlichen Organen ohne formelle Mitwirkung der Universität beschlossen. Das war zunächst die juristische Studien- und Staatsprüfungsordnung aus 1945², die im Verordnungsweg vom damaligen Staatsamt für Volksaufklärung, für Unterricht und Erziehung und für Kultusangelegenheiten am 3. September 1945 erlassen wurde. 1978 wurde das Bundesgesetz über das Studium der Rechtswissenschaften³ vom Nationalrat beschlossen und darauf basierend die das Studium konkretisierende Durchführungsverordnung für das rechtswissenschaftliche Studium⁴ von der Wissenschaftsministerin erlassen.

Mit dem Universitäts-Studiengesetz (UniStG) 1997⁵ wurden die Universitäten zur Erlassung von Studienplänen mit umfassender Regelungskompetenz ermächtigt. Diese Aufgabe wurde im Gesetz der Studienkommission für Rechtswissenschaften übertragen, die von diesem Recht erstmals 1999 Gebrauch machte und einen neuen Studienplan erließ.⁶

2 StGBI Nr. 146 vom 26. September 1945.

3 BGBl 1978/140.

4 BGBl 1979/148.

5 BGBl I 1997/48.

6 Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 19.07.1999, 22. Stück Nr. 108, http://www.univie.ac.at/mtbl93/nummer/1998_99_108.pdf (14.11.2013).

Nachdem im Jahr 2002 mit dem Universitätsgesetz (UG)⁷ eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen worden war, beschloss der Senat der Universität Wien im Jahr 2006 abermals einen neuen Studienplan für das rechtswissenschaftliche Studium.⁸

2.1. Verrechtlichung

Beim Vergleich der Studienpläne seit 1945 zeigt sich eine deutliche Tendenz zur Verrechtlichung, im Sinne einer zunehmenden Regulierung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung. Das wird bereits durch einen rein quantitativen Vergleich deutlich. Während die erste Studienverordnung des Jahres 1945 das Studium in 22.000 Zeichen und 30 Paragraphen regelte und auf 5 Seiten im Bundesgesetzblatt Platz fand, umfasst der aktuell gültige Studienplan 55.000 Zeichen, 38 Paragraphen und 18 Seiten. Gleichzeitig kam es im Bereich des Studienrechts – bedingt durch die formelle Autonomie der Universitäten – zu einer Zersplitterung der Rechtsquellen. Während allgemeine studienrechtliche Vorschriften weiterhin auf gesetzlicher Ebene im Universitätsgesetz verankert sind, werden diese durch allgemeine studienrechtliche Regelungen in der Satzung der Universität⁹, sowie durch konkrete Regelungen im Studienplan ergänzt. Die Entwicklung hin zu einer stärkeren Regelungsdichte schlägt sich allerdings nicht nur im Umfang der Rechtsquellen nieder. Ein wichtiger Faktor ist hier auch die Verringerung der Abstände, in denen neue Regelungen erlassen werden, was für die Administration des Studiums sowie für Studierende mit atypischen Studienverläufen gleichermaßen ein Problem darstellt.

Die Auswirkungen der stärkeren Regelungsdichte sind für die Situation der rechtsunterworfenen Studierenden widersprüchlich. Einerseits findet durch die mit dieser Verrechtlichung einhergehende Rechtssicherheit eine Besserstellung der Studierenden statt. Das geschieht etwa, indem Prüfungsmodalitäten genau festgesetzt werden, was auf Verordnungsebene erstmals 1979 geschah.¹⁰ Im derzeit geltenden Studienplan gibt es sowohl einen eigenen Teil, der sich mit den Prüfungsmodalitäten beschäftigt, als auch Regelungen zum Umfang der Prüfungen in den jeweiligen Modulen. Andererseits werden durch die Regelungsdichte des Studienplans, konkret etwa durch neu geschaffene Voraussetzungsketten, Möglichkeiten zur Gestaltung eines individuellen Stundenplans eingeschränkt. Durch das UG 2002 wurde vermehrt die Absolvierung von Pflichtübungen als Voraussetzung für Prüfungsantritte vorgesehen, also die Zunahme von Veranstaltungen mit Anwesenheitsverpflichtung, wodurch das berufs begleitende Studium erschwert wurde. Insbesondere durch die mit dem UniStG 1997 neu eingeführten Qua-

7 BGBl I 2002/120.

8 Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 2.6.2006, 32. Stück Nr. 202, http://www.univie.ac.at/mtbl02/2005_2006/2005_2006_202.pdf (14.11.2013).

9 Universität Wien, Studienrechtlicher Teil der Satzung, <http://satzung.univie.ac.at/studienrecht/> (14.11.2013).

10 § 10 der rechtswissenschaftlichen Studienordnung idF BGBl 1979/148.

lifikationsprofile und zusätzlich geforderten Qualifikationen werden Ausbildungsziele immer höher angesetzt. Diese Forderung nach mehr Qualifikation steht in Verbindung mit der Forderung nach einer besseren Vorbereitung auf die berufliche Tätigkeit, der in den Studienplänen durch neu hinzukommende Leistungsanforderungen Rechnung getragen wird.

2.2. Verwertbarkeit

In den für das rechtswissenschaftliche Studium relevanten Rechtsquellen, beginnend mit dem UniStG 1997, haben zunehmend Begrifflichkeiten Einzug gehalten, die von der Arbeitsmarktrelevanz und Verwertbarkeit der Ausbildung handeln. Das UniStG sah etwa vor, dass bei der Studienangebotsentscheidung durch das Wissenschaftsministerium vor der Eröffnung eines neuen Studiengangs die Wirtschaftlichkeit des Studiengangs sowohl in Hinblick auf die Kosten des Studiums als auch die Verwertbarkeit der Absolvent_innen abzuwägen sei. § 11 Abs 3 UniStG spricht damit explizit die Arbeitsmarktrelevanz und Effizienz des Studienbetriebs an. Der Druck zu Wirtschaftlichkeit und zur Rechtfertigung der Beibehaltung von Studiengängen wurde durch die Selbstständigkeit der Universitäten als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem UG 2002 und die damit einhergehende Budgetverantwortlichkeit noch verstärkt. Ein Beispiel für den Druck zur Vermarktung des Studiums ist die Aufnahme von Qualifikationsprofilen in die Studienpläne von 1999 und 2006. In der Präambel des Studienplans aus 2006 wird mehrmals auf die durch das Studium zu leistende Berufsvorbildung für verschiedene Berufsbereiche verwiesen.

Die Vorbereitung auf die berufliche Tätigkeit ist durch Praktika und praxisnahe Übungen, auf die im Studienplan gesondert hingewiesen wird, zu erbringen. Die explizite Aufforderung zur Mehrleistung im Studienplan macht die Ambivalenz der Verrechtlichungstendenz aus Studierendensicht deutlich.

Ein weiteres Beispiel für solche Mehrleistungen sind Moot Courts, die im Studienplan an mehreren Stellen verankert sind. Dabei wird in zeitaufwendigen Verfahrensspielen, unter Beteiligung von Rechtsanwaltskanzleien, eine direkte Anbindung an zukünftige Arbeitgeber_innen gewährleistet. Damit leisten die Studienpläne ihren Beitrag zu Subjektivierung und Konditionierung für eine Konkurrenzgesellschaft marktwirtschaftlichen Zuschnitts. Wenngleich die Moot Courts das didaktisch erfrischende Potential neuer Formen von Wissensvermittlung beinhalten, können sie auch als Beispiele für gesteigerte Anforderungen an Studierende interpretiert werden. Der Wettbewerbscharakter der Moot Court-Spiele fördert das Konkurrenzdenken unter Studierenden ebenso wie das Gerangel um beliebte Praktikumsplätze. Die Anforderung möglichst viele Praktika zu absolvieren fördert einen Leistungsdiskurs, der Studierende bis zur Selbstausbeutung treibt. Die wachsende Überlastung von Studierenden ist kein ausschließlich juristisches Phänomen und wird in der jüngeren Vergangenheit immer wieder unter

Schlagworten wie „Burn-Out-Studium“¹¹ in zahlreichen Medien diskutiert. In ständiger Referenz zu „später“, eine Referenz auf Arbeitsmarkt und dortige Konkurrenz, wird ein Leistungsbegriff etabliert, der weitgehend verinnerlicht und reproduziert wird. Unausgesprochen wird verlangt, an und über die persönlichen Grenzen zu gehen, was sich auch in der höheren Bewertung eines Studienabschlusses in Mindeststudienzeit zeigt. Dabei stützen sich die Konditionierung während des Studiums und die tatsächlich prekären Arbeitsbedingungen vieler Berufseinsteiger_innen gegenseitig.

Die im Studienplan verankerten Mehrleistungen werden von einem Rahmen informeller Angebote umgeben. Großkanzleien sind mittels Werbebannern im Gebäude der Fakultät präsent. Halbjährlich werben sie zudem auf der, bezeichnenderweise so genannten, „Successmesse“ um künftige Absolvent_innen. Dabei wird für die Student_innen ein äußerst selektives Bild ihrer beruflichen Zukunft gezeichnet. Weniger populäre juristische Tätigkeiten abseits eines klassischen Karriereverlaufs finden hier keinen Platz. Absolvent_innen tun sich schwer nach dem Abschluss Alternativen zu denjenigen Firmen und Berufsbildern zu finden, denen sie bereits während des Studienverlaufs begegnet sind.¹² Damit wird einem Trend zur Konformität Vorschub geleistet.

2.3. Kontinuität

Bei der Beobachtung der verschiedenen Studienpläne zeigt sich, dass die Verstärkung von Regelungsdichte und Verwertbarkeitsdiskursen auf Studienplanebene in starkem Kontrast zur inhaltlichen Kontinuität des Prüfungskanons stehen. Von den heute maßgeblichen selbstständigen Prüfungsfächern ist einzig das Europarecht nicht dem Sinn oder Titel nach in der Studienordnung von 1945 enthalten. Darüber hinaus sind die Wahlfächer heute als eigene Prüfungsfächer im Studienplan normiert, was in der Studienordnung von 1945 noch nicht der Fall war. Es fällt zudem auf, dass die formellen Änderungen, etwa die Aufteilung in zwei oder drei Abschnitte, oder die Abschaffung und Reinstallation von Gesamtprüfungen, an der inhaltlichen Ausrichtung des Studiums nichts ändern.

Diese inhaltliche Kontinuität wird von Jurist_innen als selbstverständlich angesehen und gemeinhin mit der Struktur der Rechtsordnung gerechtfertigt. Obgleich dieses Argument bereits fraglich ist, da auch die Rechtsordnung sukzessiven Reformen unterliegt, ist die inhaltliche Starre im Vergleich mit anderen Geisteswissenschaften besonders stark ausgeprägt. Als Beispiel kann etwa die sonst gängige Verankerung von Fä-

11 Süddeutsche Zeitung, Burn-Out Studium – Wenn Studieren krank macht, http://www.sueddeutsche.de/thema/Burn-out_Studium (14.11.2013); Die Zeit, Mehr Burn-out-Symptome bei Studenten, <http://www.zeit.de/studium/unilieben/2012-02/burnout-studenten> (14.11.2013); Der Standard, Jeder fünfte Student psychisch schwer belastet, <http://derstandard.at/1334797189966/Uni—Soziales-Jeder-fuenfte-Student-psychisch-schwer-belastet> (14.11.2013).

12 Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, *Journal of Legal Education* (1982), 601.

chern aus Gender Studies in Wissenschaft und Pflichtprüfungskanon anderer Geisteswissenschaften dienen.

Bemerkenswert ist auch, dass diese inhaltliche Kontinuität trotz häufig wechselnder Normsetzer_innen gewahrt werden konnte. Normsetzend traten zuerst das Ministerium im Verordnungsweg, danach der Nationalrat mittels Bundesgesetz und schließlich die rechtswissenschaftliche Fakultät selbst auf. Dies vermochte jedoch den etablierten Fächerkanon kaum zu gefährden. Selbst das Bundesgesetz über das rechtswissenschaftliche Studium von 1978, das in eine Zeit umfassender Reformen der Hochschulen fällt, änderte die inhaltliche Ausgestaltung des Jus-Studiums nur punktuell, indem Arbeitsrecht zum eigenständigen Prüfungsfach aufgewertet wurde.

Durch die Kontinuität der juristischen Ausbildung wird Kontinuität auch in der juristischen Praxis im weiteren Sinn garantiert. In diesem Zusammenhang ist *Pierre Bourdieus* Begriff des Habitus, verstanden als Vermittlungsprinzip zwischen gesellschaftlichen Strukturen und den Konstruktionsleistungen einzelner Akteur_innen, hilfreich. Ein wesentlicher Bestandteil von Bildung ist demnach auch das Erlernen von Struktur, deren Inkorporierung unsere Denk-, Fühl-, Wahrnehmungs- und Handlungsleistungen generiert.¹³ So hängt zum einen die Starre des rechtswissenschaftlichen Studienplans mit der Unbeweglichkeit der Grundzüge der österreichischen Rechtsordnung im beobachteten Zeitraum zusammen, gleichzeitig wirkt aber auch die Homogenität des juristischen Habitus stabilisierend auf die Rechtsordnung. Diese Starre hat ihre Wurzel in einer ideologisch motivierten Betrachtung von Recht als politisch neutralem Werkzeug. Durch diese konstruierte Neutralität werden Ausbildung und Fächerkanon gegenüber gesellschaftlichen Veränderungen immunisiert, sodass diese kaum Niederschlag in der Ausbildung finden. Recht und Politik werden als unterschiedliche Sphären gehandhabt, die sich zwar gegenseitig tangieren, allerdings insofern grundverschieden seien, als das Recht neutral sei. Studierende werden dazu angehalten, Probleme juristisch zu betrachten, juristische Argumente zu formulieren und politische Überlegungen hintanzustellen, wobei der politische Charakter der Rechtsform verneint wird.¹⁴

Diese konstruierte Neutralität setzt sich im Selbstverständnis als Jurist_in fort. Um erneut bei einem Begriff *Bourdieu's* Anleihe zu nehmen, kann von der *illusio* des juristischen Feldes gesprochen werden. Die Regeln eines sozialen Feldes werden von den jeweiligen Akteur_innen durch ihren Eintritt in das jeweilige Feld angenommen und akzeptiert. Sie umfassen eine Erzählung des Feldes, die eine Identifikation mit demselben erlaubt, ohne sich diese ständig vor Augen halten zu müssen, da sie so stark verinner-

13 *Rosenberg*, Bildung und Habitustransformation. Empirische Rekonstruktionen und bildungstheoretische Reflexionen (2011) 14.

14 „The intellectual core of the ideology is the distinction between law and policy. Teachers convince students that legal reasoning exists, and is different from policy analysis, by bullying them into accepting as valid in particular cases arguments about legal correctness that are circular, question begging, incoherent, or so vague as to be meaningless.“ *Kennedy*, Journal of Legal Education 1982, 596.

licht wird.¹⁵ Dieses Selbstverständnis, die Erzählung über sich selbst, stellt in den Rechtswissenschaften die Rationalität und Neutralität der eigenen Handlungen dar.¹⁶ Der Betonung der Neutralität wird nicht nur in großen Teilen der Lehrpraxis, sondern auch in der studienplanmäßigen Vernachlässigung rechtstheoretischer, politischer, soziologischer und philosophischer Fragen, die nur in geringem Ausmaß im ersten Studienabschnitt und den Wahlfächern behandelt werden, Rechnung getragen.¹⁷ Das Recht wird als mechanisches Instrument gelehrt, dessen Anwendung erlernt und geübt wird, während interdisziplinäre Fragen als wenig prüfungsrelevant vernachlässigt werden. Während diese Faktoren, die zu Stabilität und Geschlossenheit im juristischen Korps beitragen, bereits aus einer Betrachtung der Rechtsquellen ersichtlich werden, bleibt die Analyse der Stabilisierung der Rechtsordnung durch die Ausbildung damit noch unvollständig. Es sollen daher im Folgenden noch einige jener Mechanismen untersucht werden, die außerhalb der Studienpläne zur Stabilität der Hierarchien im juristischen Feld beitragen.

3. Das Ritual der Prüfung

Neben den curricularen Strukturen, welche Kontinuität und Stabilität in Ausbildung und Methode garantieren, spielen auch informelle Mechanismen eine gewichtige Rolle. Eingebettet in die beschriebenen Funktionsweisen beheimatet das Juridicum¹⁸ eine Fülle an Ritualen und Konventionen, welche werdende Jurist_innen prägen. Das Ritual der mündlichen Prüfung etwa, in dem ausdrücklich nicht nur Wissen, sondern auch die Verhaltensweisen, der Habitus der Studierenden abgefragt wird. Den Studierenden wird vermittelt, dass die mündlichen Prüfungen sie auf Vorstellungsgespräche ebenso wie auf Verhandlungen vorbereiten sollen. Gleichzeitig geht die Ausgestaltung der Prüfungen teilweise über eine adäquate Vorbereitung auf Arbeitsalltage hinaus. Die fehlende Praxis von Open-book-Examen und Vorbereitungszeiten schüren zusammen mit hohen Durchfallsquoten und der seltenen Vergabe guter Noten die Angst der Studierenden vor Prüfungssituationen.¹⁹

Die Hierarchie zwischen Lehrenden und Studierenden, die im österreichischen Hochschulwesen ohnehin stark ausgeprägt ist, sich etwa in der höflichen Anrede unter Anführung der Titel zeigt, wird im mündlichen Prüfungsgespräch zelebriert. Die oder der zu prüfende Studierende wird inmitten einer Gruppe exponiert, dem oder der Prüfer_in gegenüber platziert und hat sich in dieser Situation zu bewähren. Meist wird die Prü-

15 Bourdieu, Über einige Eigenschaften von Feldern (2001) 107–114.

16 Wrase, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in Cottier/Estermann/Wrase (Hg), Wie wirkt Recht? (2011) 128.

17 Siehe dazu auch: Voithofer, Rechtssoziologie, -tatsachenforschung und -philosophie in der österreichischen Jurist_innenausbildung. Eine Bestandsaufnahme, Juridikum 2011, 287.

18 Juridicum bezeichnet die rechtswissenschaftliche Fakultät Wien.

19 Prüfungsstatistiken sind auf der Homepage der Fakultätsvertretung einsehbar: www.fvjus.at.

fung ohne Vorbereitungszeit abgehalten, der oder die Student_in hat ad hoc auf drei bis vier Fragen zu antworten und wird direkt im Anschluss benotet. Diese Situation nimmt bereits die charakteristische Über- und Unterordnung des Rechtsvollzugs vorweg. Durch sie werden Disziplin und die Unterordnung unter die Macht des Rechts erlernt und geübt. Bei der mündlichen Prüfung spielen weiters informelle Kriterien eine wichtige Rolle, wenn etwa „ordentliche“ Kleidung vorausgesetzt wird. Wer dieses Kriterium nicht erfüllt, wird bei manchen Prüfer_innen nicht zur Prüfung zugelassen. Auch wird auf die Verwendung „juristischer Sprache“ Wert gelegt. Während solche Wertungsfragen auch bei schriftlichen Prüfungen eine Rolle spielen, sind die Prüflinge ihnen mündlich noch unmittelbarer ausgesetzt. Tatsächlich „liegt der Erfolg der Disziplinarmacht am Einsatz einfacher Instrumente: des hierarchischen Blicks, der normierenden Sanktion und ihrer Kombination im Verfahren der Prüfung“.²⁰

Dabei geht disziplinärer Druck zu Konformität über die Ausnahmesituation einer Prüfung hinaus. Auch geht die Ausübung von Macht, wie sie sich in der Prüfung zeigt, über eine rein disziplinierende, repressive Funktion hinaus. Das Erlernen von Verhalten ist eine zutiefst produktive Form von Machtausübung. Studierende werden in Kursen zu einer bestimmten Art von Denken und Artikulation ermutigt. Lehrende stehen den Studierenden dafür Modell, wie sie sich in zukünftigen professionellen Rollen zu verhalten haben. Dabei meint, was en gros als Unterrichtsstil bezeichnet werden kann, ein Vorleben von Verhalten, das Details wie Gestik und Mimik, Ton und Formulierung umfasst; „Law teachers model for students how they are supposed to think, feel, and act in their future professional roles. Some of this is a matter of teaching by example; some of it a matter of more active learning from interactions that are a kind of clinical education for lawyerlike behavior. This training is a major factor in the hierarchical life of the bar. It encodes the message of the legitimacy of the whole system into the smallest details of personal style, daily routine, gesture, tone of voice, facial expression, a plethora of little p's and q's for everyone to mind.“²¹

Macht kann nicht als bloß repressives Verhalten verstanden werden. Es ist der produktive Charakter der „kontinuierlichen, atomisierten und individualisierenden Macht“ mittels der „jeder, jedes Individuum in sich selbst, in seinem Körper, seinen Gesten, kontrolliert werden kann.“²² Durch Technologien der Selbstlenkung passen sich Individuen in ein System ein und übernehmen es, sich selbst zu regieren, was ihre Steuerung mittels unmittelbaren Zwangs überflüssig macht. Die derart bereits im Studium ausgeübte Macht ist untrennbar mit der Regulierung einer Gesellschaft durch das Verinnerlichen bestimmter Wissensformationen und Verhaltensweisen verbunden.²³ Dieser These

20 Foucault, Überwachen und Strafen (1994), 220.

21 Kennedy, Journal of Legal Education 1982, 602–603.

22 Foucault, Botschaften der Macht (1999), 181.

23 Vgl etwa Bröckling/Krasmann/Lenke (Hg), Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen (2000).

folgend ist etwa auch der Umstand, dass seit Jahren die Einführungsvorlesungen für Studienanfänger_innen dreimal wöchentlich um acht Uhr morgens stattfinden, Bestandteil der juristischen Bildung, durch die Disziplin und eine strukturierte Wochenplanung erlernt werden. Es ist die Internalisierung von über Studienordnungen, Pläne, administrative Regelungen und informelle „Gewohnheiten“ vermittelter Macht, die für Stabilität in der Ausbildung und Rechtsordnung sorgt. Auch der große Stoffumfang der Prüfungen lässt Studierende nicht nur Unmengen an Stoff lernen, gleichzeitig wird ihnen im Zuge der Prüfungsvorbereitung ein hohes Maß an Disziplin abverlangt. Über den vermittelten Inhalt hinaus werden Arbeitsweisen verinnerlicht, die in ihrer Konsequenz und Genauigkeit der Vorstellung juristischen Arbeitens entsprechen.

All diese Verhaltensweisen können mit *Bourdieu's* Konzept des Habitus, auch als spezifische Fähigkeit zur Erzeugung von Gedanken, Wahrnehmungen, Äußerungen und Handlungen, in einem spezifischen, universitären Umfeld gedeutet werden. Gerade in Bildungsinstitutionen kommt nach *Bourdieu* ein bestimmter Habitus zum Tragen, der durch die soziale Herkunft und die verschiedenen Formen von Kapital entscheidend geprägt ist. Durch gemeinsame Verhaltensweisen, Rituale, Kleidung und Gesprächsthemen erkennen sich die Akteur_innen als Angehörige derselben sozialen Herkunft.²⁴ Wobei Verhaltensweisen durchaus erlernt werden können und der Eintritt in ein soziales Feld durch das Erlernen des Habitus gelingen kann. Gleichzeitig können, die soziale Selektion des Bildungssystems in den Blick nehmend, an diesem Transformationspotential auch Zweifel geäußert werden.²⁵ Zwar kann durch Bildung die Position eines Individuums in der Gesellschaft verändert werden, der Zugang zu Bildung ist aber wiederum von der sozioökonomischen Situation der betreffenden Person bzw ihrer Herkunft abhängig.

Als zusätzliches sozial stabilisierendes Moment tritt die starke inhaltliche Kontinuität hinzu, die eine Identifikation zwischen Jurist_innen über die Generationen hinweg erleichtert. Die Absolvierung desselben inhaltlichen Parcours bietet, auf die Spitze getrieben, Anknüpfungspunkte für Gespräche zwischen Gerichtspräsident_innen und Rechtspraktikant_innen und weist beide gleichzeitig als Angehörige einer elitären Schicht aus, die wesentlich an der Führung der Gesellschaft durch Gestaltung und Bedienung der Rechtsordnung beteiligt ist.²⁶ Im Zuge dessen wird eine ohnehin elitäre Gruppe von Personen durch einen amtlich zertifizierten Abschluss legitimiert.²⁷

24 *Bourdieu*, Die feinen Unterschiede (2001), 500f.

25 Der Habitus des juristischen Feldes ist auch geschlechtlich konnotiert, Rede- und Verhaltensweisen, der Anzug als Berufsuniform schaffen und reproduzieren das Bild eines männlichen Juristen. Zu den Implikationen von Geschlecht in diesem Zusammenhang sei auf *Bourdieu*, Die männliche Herrschaft (2005) und den Beitrag von *Hammer* in diesem Heft verwiesen.

26 *Volkers*, Wissen und Bildung bei Foucault (2008), 62–77.

27 *Wernicke*, Hochschule im historischen Prozess (2009), 13–18.

4. Schluss

Trotz immer wieder erfolgter Reformen der Studienordnung ist das Jus-Studium letztlich vom Interesse getragen, das Feld der Erzeugung, Interpretation und Anwendung des Rechts mit der herrschenden Ordnung in Einklang zu gestalten. Durch die im Studium vermittelte Betrachtung des Rechts als neutrales Instrumentarium wird seine stabilisierende Funktion für die bestehende politische Ordnung ausgeblendet. Dieses Verständnis von Recht als über der Gesellschaft stehendem, neutralem Werkzeug führt dazu, dass Inhalte und Methoden in der Rechtswissenschaft unhinterfragt fortgeschrieben werden. Eine grundsätzliche Kritik an diesem Konstrukt lässt die Ausbildung vermissen, was nach der Analyse ihrer Funktion wenig verwundert.

Die juristische Ausbildung konserviert einen Fächerkanon und Methoden, welche größtenteils im 19. Jahrhundert parallel zur rechtlichen Regulierung des aufkommenden Kapitalismus entwickelt wurden. Dass die Regeln über Dispositionsfreiheit, Willensbildung und Gesellschaftsrecht auf einem konkreten gesellschaftlichen Boden wurzeln, wird geflissentlich ignoriert, und ihre Methodik als neutral fortgeschrieben. Nur wenn Recht als politisches Phänomen verstanden wird, das entscheidend durch die es letztlich hervorbringende Gesellschaftsordnung geprägt ist, kann auch eine inhaltliche Neuorientierung und Reform der Ausbildung gelingen. Gleichzeitig hängt die kritische Auseinandersetzung mit dem Recht wie beschrieben mit der Ausgestaltung der Lehre und Ausbildung zusammen. Es soll nicht unter den Tisch gekehrt werden, dass durchaus auch kritische Lehre am Juridicum stattfindet. Zudem tragen verschiedene, teilweise auch studentische, Initiativen und Veranstaltungen zur Organisation eines Gegendiskurses bei. Den Änderungen der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und dem politischen Charakter des Rechts sollten aber auch im Mainstream der Ausbildung stärker Rechnung getragen werden. Solange das nicht geschieht, bleibt das Juridicum in seiner eigenen Unbeweglichkeit gefangen, unklar ob vor Schreck oder aus Bequemlichkeit erstarrt.

Mag.^a Maria Sagmeister studiert Rechtswissenschaften. Sie ist Redaktionsmitglied des juridikum; maria.sagmeister@univie.ac.at

Mag. Andreas Wöckinger ist Historiker und studiert derzeit Rechtswissenschaften. Er ist Redaktionsmitglied des juridikum; andreas.woeckinger@univie.ac.at

Die Suche nach der Lucona

Personalauswahl und Ausbildung in der Justiz

Oliver Scheiber

„Die großen Zweifler an der Wissenschaft und dem Werte des Rechts, ein Tolstoi, ein Daumier, ein Anatole France, sind für den werdenden Juristen unschätzbare Mahner zur Selbstbesinnung. Denn ein guter Jurist kann nur der werden, der mit schlechtem Gewissen Jurist ist.“

Gustav Radbruch¹

1. Einleitung

Wien, im Jahr 1990: Einer der spektakulärsten Mordprozesse der österreichischen Geschichte beginnt. Die Staatsanwaltschaft Wien wirft dem Demel-Chef und Szeneliebling Udo Proksch vor, 1977 den unter der Flagge Panamas fahrenden Frachter *Lucona* gechartert, offiziell mit teuren technischen Anlagen, tatsächlich aber mit wertlosem Schrott auf die lange Seereise von Italien nach Hongkong geschickt und zum Zwecke eines Versicherungsbetrugs unweit der Malediven während der Fahrt gesprengt zu haben. Sechs Menschen verloren durch die Explosion ihr Leben. Die Mordanklage stützt sich auf Indizien, denn das gesunkene Wrack wurde nicht gefunden.

Das Schiff war vor Beginn der Hauptverhandlung aber auch nie gesucht worden. Der Vorsitzende Richter des Proksch-Prozesses, Hans-Christian Leiningen-Westerburg, beschließt, nach den ersten Verhandlungswochen, die *Lucona* zu suchen. Ein Knalleffekt, denn große Teile der Politik stehen noch immer hinter Proksch. Gemeinsam mit vier Sachverständigen reist Leiningen im Januar 1991 auf die Malediven und beauftragt eine amerikanische Bergungsfirma mit der Suche nach der *Lucona*. Am letzten Tag der dreiwöchigen Suche wird das Wrack gefunden, ziemlich genau an der von den überlebenden Zeugen angegebenen Position. Die *Lucona* liegt 4197 Meter tief unter Wasser. Die nähere Untersuchung ergibt: Sie wurde von innen gesprengt. Richter Leiningen reist zurück nach Wien und setzt die Hauptverhandlung fort. Am Ende des Verfahrens steht für Proksch die Verurteilung zu lebenslanger Haft. Die Minister Gratz und Blecha, die bis zuletzt ihre schützende Hand über Proksch gehalten haben, stürzen.

Modica, Sizilien, im Jahr 2012: An der Südküste Italiens werden nahezu täglich Boote mit Flüchtlingen aus Afrika an Land gespült. Die FamilienrichterInnen des nahegelege-

¹ Radbruch in Schmidt (Hrsg.), Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß (1952) 24.

nen Gerichts in Modica bestellen für jeden ankommenden jugendlichen Flüchtling binnen Stunden einen Vormund, zumeist aus der AnwältInnenschaft. Sie halten in den Tagen darauf Kontakt mit den AnwältInnen, überzeugen sich, dass die Jugendlichen anständig untergebracht und notwendige Asyl- oder Aufenthaltsverfahren eingeleitet werden. Ähnlich verstehen die JugendstrafrichterInnen im nahen Catania ihren Beruf: Sie begleiten jugendliche StraftäterInnen, die sie verurteilen, bis zu ihrer Wiedereingliederung in die Gesellschaft. Sie besuchen die Jugendlichen im Gefängnis und besprechen in den Wochen vor der Entlassung mit ihnen, wie es draußen weitergehen soll und welche Unterstützungsangebote existieren.

Die Empathiefähigkeit der sizilianischen JugendrichterInnen, die Kreativität, Courage und gelebte Unabhängigkeit eines Hans-Christian Leiningen-Westerburg verleihen einem Rechtsprechungssystem ein starkes Rückgrat. Sie sorgen für eine sensible Rechtsanwendung ohne Unterschied der Person. Hätte Leiningen in Wien nach Schema F verhandelt, ohne das Schiff suchen zu lassen, das Verfahren hätte wohl mit einem Freispruch geendet. Aber: Empathiefähigkeit, Kreativität, Courage – sind das tatsächlich Fähigkeiten, die die Justiz bei der Personalauswahl positiv würdigt?

Zu Österreichs RichterInnen liegt wenig Datenmaterial vor. Die letzte Studie zu Herkunft und Sozialisation der österreichischen RichterInnen liegt mehr als zehn Jahre zurück.² Sie ergab ein sehr uniformes Bild der RichterInnenschaft, rund 50% der RichterInnen stammten im Jahr 1999 aus Beamtenfamilien. Auch heute noch findet sich ein unverhältnismäßig hoher Anteil von RichterInnen, die zumindest einen Elternteil aus demselben Berufsstand haben. Die RichterInnenschaft rekrutiert sich in Österreich im Wesentlichen aus der gehobenen Mittelschicht; die Lebensläufe sind meist ähnlich: Mittelschule, Studium und daran anschließend der Eintritt in den Justizdienst. Das Auswahlverfahren für die künftigen RichterInnen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und für StaatsanwältInnen sowie deren Grundausbildung³ erledigen in Österreich die vier Oberlandesgerichte in Wien, Linz, Graz und Innsbruck. Im Auswahlverfahren fehlen Transparenz und nachvollziehbare Regeln; so existiert auch kein in anderen Bereichen des öffentlichen Diensts oder in großen privaten Unternehmen selbstverständliches Diversity-Konzept.⁴ Vielfach sind die Landesgerichte für eine Vorauswahl im Verfahren zur Findung des richterlichen Nachwuchses zuständig; mangels gemeinsamer Kriterien gehen sie dabei unterschiedlich vor. Das Gesetz bestimmt, dass die RichteramtswärterInnen jeweils für einige Monate verschiedenen Justizdienststellen, aber etwa auch

2 *Haller*, RichterInnen in Österreich, *juridikum* 4/2002, 176; abrufbar unter: http://www.juridikum.at/fileadmin/user_upload/ausgaben/juridikum%204-2002.pdf (Stand: 1.11.2013).

3 Die Auswahl der RichterInnen der neuen Verwaltungsgerichte folgt anderen Regelungen, eine RichterInnenausbildung ist bei den Verwaltungsgerichten nicht vorgesehen.

4 Die ordentliche Justiz sperrt sich etwa nach wie vor gegen die Aufnahme blinder RichterInnen. Anders das neue Bundesverwaltungsgericht: Mit Alexander Niederwimmer und Gerhard Höllerer werden dort ab 1.1.2014 erstmals sehbehinderte Personen als Richter arbeiten.

Opferhilfeeinrichtungen oder privaten Unternehmen zugeteilt werden. Der Schwerpunkt der Ausbildung liegt also beim *training on the job*. Bezüglich der ebenfalls vorgeschriebenen Übungskurse bleibt das Gesetz vage. Die Modelle der vier Oberlandesgerichte sind sich darin ähnlich, dass vor allem das bereits an den juristischen Fakultäten Gelehrte vertieft wird. Der klare Schwerpunkt der Übungskurse liegt bei materiellem und formellem Recht. Überwiegend wird in kurzen Lerneinheiten gearbeitet (Blöcke von maximal 90 Minuten). Es dominiert immer noch der Frontalvortrag gegenüber dialogischem Lernen und einem Diskurs. Der Schärfung der im Gesetz erwähnten sozialen Fähigkeiten wird wenig Augenmerk geschenkt. Auch vergessen Gesetz und Praxis, dass RichterInnen und StaatsanwältInnen je nach Arbeitsbereich auf Grundkenntnisse benachbarter Disziplinen angewiesen sind. StrafrichterInnen wie StaatsanwältInnen kommen schlecht ohne Wissen über das Wesen von Traumatisierungen, psychischen Erkrankungen und Sucht aus. Für FamilienrichterInnen ist die Kenntnis der Grundbegriffe der Kinderpsychologie hilfreich.

Kurz gefasst ist das Ausbildungssystem der Justiz dadurch gekennzeichnet, dass das traditionelle Lehrsystem den heutigen Bedürfnissen nur unzureichend angepasst wurde, interdisziplinäre Arbeit zu kurz kommt und ein didaktisches Konzept nicht vorhanden ist. Für die Lehrenden sind keine Mindeststandards definiert, es fehlt an einem Qualitätssicherungsmodell für die Ausbildung (für die Fortbildung gilt Ähnliches). Dabei sind die Anforderungen an die Ausbildung höher denn je; denn die Rahmenbedingungen für richterliches Handeln haben sich radikal verändert.

2. Geändertes Berufsbild und neue Herausforderungen

Noch zu Zeiten des Lucona-Verfahrens mussten alle Parteien und ZeugInnen in einem österreichischen Gerichtsverfahren während ihrer Einvernahme stehen, mitunter stundenlang, ohne adäquate Möglichkeit, mitgebrachte Unterlagen vor sich abzulegen. Heute sitzen alle Befragten während ihrer Einvernahme. Der RichterInnentisch ist nicht mehr oder nur geringfügig erhöht. Helles hat dunkles Holz in den Verhandlungssälen abgelöst. All diese Veränderungen symbolisieren, was (noch) nicht ausgesprochen wird: ein Gebot zur Kommunikation auf Augenhöhe zwischen Gericht, AnwältInnen und BürgerInnen.

In das Verfahrensrecht haben Institute wie Mediation, Tatausgleich, Kronzeugenmodelle und Gerichtshilfe Einzug gehalten, die vor allem die RichterInnen vor neue Herausforderungen stellen. Sehr viel mehr als früher geht es heute in jedem einzelnen Gerichtsverfahren darum, den gestörten Rechtsfrieden dauerhaft wiederherzustellen, Probleme bei der Wurzel zu packen und schwache Personengruppen, etwa Kinder im Fall von Gewalt in der Familie, geeignet zu schützen. Die Palette der Maßnahmen, die Gerichte heute anwenden, ist enorm breit geworden. Der Moderation und Leitung eines gerichtlichen Verfahrens kommt gestiegene, ja zentrale Bedeutung dafür zu, ob die gerichtliche

Intervention von den Verfahrensbeteiligten als positiv oder negativ gewertet wird. Es geht also darum, dass RichterInnen und StaatsanwältInnen menschengerecht agieren; eine ihrer zentralen Fähigkeiten muss jene zum Zuhören sein. Die traditionsreiche französische RichterInnenakademie Ecole Nationale de la Magistrature (ENM)⁵ etwa bekennt sich zu einem neuen Humanismus, dem die moderne Justiz verpflichtet sei. Justizakademien jüngerer Demokratien wie etwa jene Rumäniens folgen einem ähnlichen Ansatz.⁶

Durch die neue Berufswirklichkeit hat die Persönlichkeitsbildung der RichterInnen gegenüber den juristisch-technischen Fähigkeiten an Bedeutung gewonnen. Ein Treffen von Fortbildungsverantwortlichen der Justiz auf EU-Ebene⁷ hat vor kurzem gezeigt, dass quer durch Europa die Notwendigkeit zu Umbrüchen in der RichterInnenausbildung gesehen wird: Es besteht große Übereinstimmung dahingehend, dass in der Grundausbildung den nicht-juristischen Inhalten zumindest gleich viel Bedeutung und Raum zuzumessen ist wie der Lehre von materiellem Recht und Verfahrensregeln. Im Übrigen wird allgemein das Erfordernis einer mehrjährigen Berufspraxis außerhalb der Justiz als zukunftsweisend empfunden.

3. Qualitäts(un)sicherheit

Die Aufgaben von RichterInnen, Streitigkeiten zu regeln und über sie zu entscheiden, sowie den Rechtsfrieden zu bewahren, sind für jede Gesellschaft zentral. Die Entwicklung der Rechtsprechung in Arbeits- und Sozialrechtssachen, in Asylsachen, oder in mietrechtlichen Angelegenheiten, über Fragen der Bewilligung von Bewährungshilfe oder Therapien für StraftäterInnen oder zum Umgang mit Opfern von Straftaten bestimmen die Gesellschaft wesentlich mit. Ein richterliches Rollenbild, das diese Aufgaben im Auge hat, fehlt in Österreich – so wie in den meisten europäischen Staaten. Das überrascht: Große Betriebe, ob öffentlich oder privat, formulieren in der Regel eine Zielsetzung und gemeinsame Idee; mit positiver Wirkung auf die MitarbeiterInnenmotivation und die Flexibilität des Systems. Die Justiz liest ihre Aufgabe aus Verfassung und gesellschaftlicher Grundordnung ab, verzichtet aber auf die Formulierung eines konkreten, detaillierten (Unternehmens)Ziels. Auch verraten weder Gesetz noch Verordnungen, welches Bild der Gesetzgeber von RichterInnen und StaatsanwältInnen vor Augen hat.⁸ Die fehlende Formulierung von Unternehmensziel und Rollenbild erschwert

5 <http://www.enm-justice.fr/> (Stand: 1.11.2013).

6 Das Institutul National al Magistraturii (INM) verfügt über ein inhaltlich und didaktisch beachtliches Konzept der RichterInnenausbildung (<http://www.inm-lex.ro/index.php>, Stand: 1.11.2013).

7 Train-the-trainer-Seminar des European Judicial Training Network (EJTN; Arbeitsplattform der EU-Justizausbildungsstätten) am 22./23.10.2013 in Florenz (<http://ejtn.net/en/About/Training-the-Trainers/>; Stand: 1.11.2013).

8 Ein wichtiger Schritt erfolgte in Österreich durch die gesetzliche Erwähnung sozialer Kompetenzen als Voraussetzung für das RichterInnenamt und als Ziel der Grundausbildung durch die Dienstrechts-Novelle 2008, BGBl I 147/2008.

zum einen eine transparente Personalauswahl, und liefert zum anderen die Erklärung, warum jedes Aus- und Fortbildungssystem vage bleiben muss.⁹ Einen anderen Weg haben Frankreich und das in der RichterInnenausbildung fortschrittliche Rumänien gewählt. Die ENM hat dreizehn Fähigkeiten definiert, die RichterInnen und StaatsanwältInnen benötigen und die in der Ausbildung geschärft werden sollen. Ein Schwerpunkt liegt auf sozialen und kommunikativen Fähigkeiten.¹⁰

4. Steuerung

Die österreichische Justiz ist im internationalen Vergleich hoch entwickelt.¹¹ Wo Defizite bestehen, gehen diese meistens auf einen Mangel an zentraler Steuerung zurück. Auf den Personalsektor trifft dies in besonderem Maße zu. Ein paar Jahre lang fehlt es an StaatsanwältInnen, dann wieder an FamilienrichterInnen. Für die Zukunft gilt es, durch ein Mehr an Analyse und Steuerung den mutmaßlichen Personalbedarf in den einzelnen Sparten besser zu planen und bei der Auswahl unter den BewerberInnen mehr auf die spezifische Qualifikation zu achten. So lässt ein zusätzlich zu Jus absolviertes Wirtschaftsstudium erwarten, dass sich die unter diesem Aspekt ausgewählten Personen für eine Tätigkeit im Unternehmens- oder Wirtschaftsstrafrecht interessieren, während für den Familienrechtsbereich eher Fähigkeiten aus den Bereichen Mediation, Psychologie oder Sozialarbeit relevant sind.

Generell wären im Aufnahmeprozess und in der Grundausbildung Qualitätsschübe vor allem durch die Gründung einer Justizakademie zu erzielen. Österreich verfügt – ähnlich wie Deutschland und Finnland – als eines der letzten Länder in Europa über keine RichterInnenakademie, in der eine zentrale, moderne, postuniversitäre Spezialausbildung geboten werden kann. So wie in Europa im Polizeibereich schon lange zentrale Sicherheitsakademien Standard sind, so hat sich auch in den Justizsystemen eine Struktur mit zentralen Justizschulen durchgesetzt;¹² die französische und rumänische Akademie mit ihrer Leitfunktion wurden bereits erwähnt.¹³ Eine zentrale Justizakademie böte auch in Österreich die Möglichkeit eines transparenten, gleichen Aufnahmeverfahrens

9 Dazu kommt, dass für RichterInnen und StaatsanwältInnen keine durchsetzbare Fortbildungsverpflichtung besteht. Dies verursacht Schwierigkeiten bei der Implementierung neuer Materien, was in der Strafgerichtsbarkeit etwa bei der Verbandsverantwortlichkeit, der Umsetzung der Strafprozessreform oder der Vermögensabschöpfung gut zu beobachten ist.

10 Exchange Programme des EJTN, vgl. <http://ejtn.net/en/Exchange-Programme/> (Stand: 1.11.2013).

11 Vgl etwa den jüngsten einschlägigen Bericht des Europarats: 4. Bericht zur Bewertung europäischer Justizsysteme der Europäischen Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ) vom 20.9.2012 (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf; Stand: 1.11.2013).

12 Eine Übersicht über die Europäischen Justizausbildungsstätten findet sich unter <http://www.ejtn.eu/About/EJTN-Affiliates/> (Stand: 1.11.2013).

13 Zuletzt hat in Italien im Jahr 2013 eine neue Akademie den Betrieb aufgenommen; die *Scuola Superiore della Magistratura* ist in der Villa di Castel Pulci in Scandicci bei Florenz untergebracht (<http://www.scuolamagistratura.it/>; Stand: 1.11.2013).

für das gesamte Bundesgebiet und die Chance, die Grundausbildung nach modernsten didaktischen Konzepten als Postgraduate-Ausbildung auszugestalten. Interdisziplinäre Konzepte ließen sich so ebenfalls besser umsetzen. Schließlich würden sich über eine neue Akademie die Berufe der VerwaltungsrichterInnen und JustizrichterInnen zusammenführen lassen. Derzeit können die RichterInnen der ordentlichen Gerichtsbarkeit in die Verwaltungsgerichtsbarkeit wechseln, eine Bewerbung in die Gegenrichtung ist aber nicht möglich. Die Durchlässigkeit der Berufsbilder wird am sinnvollsten über die Harmonisierung der Aus- und Fortbildungssysteme gelingen können.

Eine völlig neu gestaltete RichterInnenausbildung erscheint umso nötiger, als die rechtswissenschaftlichen Studien in Österreich weitgehend einen rein rechtsdogmatisch-normativen Ansatz verfolgen. *Max Haller*¹⁴ ist darin zuzustimmen, dass die Bedeutung des Zusammenhangs zwischen Wirtschaft, Gesellschaft und Politik einerseits, Recht und Verfassung andererseits stärker ins Bewusstsein aller Rechtsberufe treten müsste. Eine Akademie könnte diese Aufgabe übernehmen und, angelehnt an das Vorbild der französischen ENM, ein Berufsprofil für RichterInnen und StaatsanwältInnen entwickeln und die Personalauswahl und Ausbildung daran ausrichten. Der europäischen Entwicklung Rechnung tragend müsste eine Akademie einen Schwerpunkt auf soziale und kommunikative Fähigkeiten legen. Tatsächlich sind Kommunikation und Sprache Schlüsselbegriffe für den Zugang zum Recht und damit für eine moderne Justiz. Dies findet in der Aus- und Fortbildung der Justiz bereits jetzt da und dort Niederschlag. Der nötige Paradigmenwechsel, der auch die Universitäten einschließt, steht aber noch aus. JuristInnen werden nach wie vor zur Unverständlichkeit erzogen. Auch gut gebildete Menschen können vielfach weder den Verlauf einer Gerichtsverhandlung richtig deuten noch den Sinn gerichtlicher Entscheidungen erfassen; oft ist für Laien nicht erkennbar, wer denn nun Recht bekommen hat. Dabei ließen sich schon durch einfache Umstellungen, Verbesserungen erzielen: Die Verwendung des Familiennamens macht einen Text etwa leichter verständlich als die Verwendung von abstrakten Bezeichnungen wie „Kläger“ oder gar „Gegner der gefährdeten Partei“. Urteile wie auch Internetseiten und Presseausendungen von Höchstgerichten bieten positive Beispiele einer neuen Sprache. Die Texte des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte etwa zeichnen sich zumeist durch eine hohe Verständlichkeit aus.

Das soziale und kommunikative Verhalten der Justizorgane bedarf aber auch einer laufenden Evaluierung im Justizalltag: Während die Überprüfung der Qualität der Entscheidungen durch Rechtsmittel erfolgt und die Verfahrensdauer mittels EDV penibel beobachtet wird, unterliegen interaktive Kompetenzen der RichterInnen und StaatsanwältInnen, Höflichkeit und Pünktlichkeit keiner systematischen Überprüfung. Die Zukunft gehört daher einem breit angelegten Qualitätssicherungssystem, für das sich Vor-

14 *Haller*, Zu enges Denken bei Juristen, Die Presse vom 11.1.2010; online: <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/532045/Zu-enges-Denken-bei-Juristen> (Stand: 12.5.2013).

bilder vor allem im Gesundheits- und Universitätswesen finden und das auch mit KundInnenbefragungen arbeitet.

5. Zum Schluss

So wie in vielen Feldern liegt auch für die Justiz die Zukunft in Europa. Die nationalen europäischen Justizsysteme haben lange abgeschottet voneinander vor sich hingearbeitet; Gerichtsentscheidungen anderer Staaten wurden skeptisch beäugt. In den letzten Jahren hat die Annäherung und Harmonisierung nicht nur das materielle Recht, sondern auch die richterliche Aus- und Fortbildung voll erfasst. Ein- und zweiwöchige Austauschaufenthalte von RichterInnen und StaatsanwältInnen innerhalb Europas sind zu einer Erfolgsgeschichte geworden wie einst die ersten Austauschprogramme für Studierende.¹⁵ Der Europarat wiederum bemüht sich um die Harmonisierung der Grundrechtsschulung der europäischen RichterInnen, StaatsanwältInnen und RechtsanwältInnen.¹⁶ Innerhalb der EU gibt es erste Tendenzen, gesamteuropäische Konzepte für die richterliche Grundausbildung zu entwickeln. Diskutiert wird die Ausarbeitung von Standards für die nicht-juristischen Teile der richterlichen Grundausbildung: etwa zur Vermittlung von Kenntnissen für das Management von Großverfahren, für den Umgang mit Medien, von Grundkenntnissen anderer bei Gericht häufig benötigter Disziplinen; zudem geht es um berufsethische Fragen, Sprachkenntnisse und um eine Vertiefung des Europarechts.¹⁷

Wie richterliche Ausbildung in Österreich in Zukunft aussehen könnte, zeigen zwei kürzlich eingerichtete Ausbildungsmodule für RichteramtswärterInnen. Beide Module werden bundesweit ausgeschrieben und bilden schon dahingehend Ausnahmefälle in einem sonst regionalen Ausbildungsangebot. Ein insgesamt sechstägiges Seminar zur Justizgeschichte beleuchtet die Entwicklung des Rechtssystems der letzten 150 Jahre. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Zeit des Nationalsozialismus und seiner Aufarbeitung. Die Kontinuität von RichterInnenkarrieren wird genauso diskutiert wie die verschiedenen Modelle von Transitional Justice. In das Seminar integriert sind der Besuch von Gedenkstätten (der ehemaligen Euthanasieklinik *Am Spiegelgrund* in Wien bzw des Vernichtungslagers Mauthausen) sowie ZeitzeugInnengespräche. Im jüngsten Modul des Seminars wurden die Lebensgeschichten des NS-Verbrechers Heinrich Gross und seines Opfers Friedrich Zawrel anhand des Besuchs der Gedenkstätte *Am Spiegelgrund*, durch ein ZeitzeugInnengespräch mit Friedrich Zawrel sowie einen Besuch des Theaterstücks „F. Zawrel – Erbblologisch und sozial minderwertig“ bearbeitet. Der Schauspie-

15 Exchange Programme des EJTN, vgl. <http://ejtn.net/en/Exchange-Programme/> (Stand: 1.11.2013).

16 Im Wege eines eigenen Programms: HELP (European Programme for Human Rights Education for Legal Professionals; <http://help.ppa.coe.int/> [Stand: 1.11.2013]).

17 Referat von Giovanna Ichino, Direktoriumsmitglied der Scuola Superiore della Magistratura, am 23.10.2013 im Rahmen des Train-the-trainer-Seminar des European Judicial Training Network in Florenz (unveröffentlicht).

ler Nikolaus Habjan, der 2012 für die Produktion mit dem Nestroy-Preis ausgezeichnet worden war, war auch im Seminar anwesend. Das Seminar wurde interdisziplinär (juristisch-geschichtswissenschaftlich) konzipiert und vom Justizministerium organisiert. Die Evaluierung ergab eine sehr hohe Akzeptanz bei den RichteramtsanwärterInnen. Es gelingt damit, einen Raum für eine offene, kritische Auseinandersetzung mit dem künftigen Beruf zu schaffen. Ähnliches gilt für ein Grundrechtecurriculum, das die Fachgruppe Grundrechte der Österreichischen RichterInnenvereinigung organisiert und das ebenfalls rund sechs Tage dauert. Das Seminar ist zweigeteilt. Ein Block findet in Österreich statt, ein zweiter Teil in Straßburg, wo Verhandlungen des EGMR besucht werden und Diskussionen mit RichterInnen des EGMR stattfinden.

Diese neuen Ansätze zeigen, dass ein von Dialog, Diskurs und Kommunikation auf Augenhöhe angelegtes RichterInnenbild von der jungen Generation als selbstverständlich angenommen wird. Auf breite Basis gestellt haben diese Initiativen das Potenzial, eine neue Kultur in den Gerichten und Staatsanwaltschaften zu entwickeln. Von der Masse der Richterinnen und Richter erwartet niemand HeldInnentum. Zu Bestimmtheit, Empathie und Zugewandtheit zum Menschen verpflichtet die richterliche Unabhängigkeit allemal.

Dr. Oliver Scheiber ist Richter in Wien und Lehrbeauftragter an der Universität Wien; er ist auch in der richterlichen Aus- und Fortbildung tätig; oliver.scheiber@justiz.gv.at

Richterinnen in Österreich

Gabriele Schneider

Vor knapp 70 Jahren, am 13.8.1947, wurden in Österreich die ersten Frauen zu Richterinnen ernannt. Frauen im richterlichen Amt waren damals Ausnahmerecheinungen und blieben es auch in den folgenden Jahrzehnten. Seit den späten 1970er Jahren nimmt der Anteil von Frauen in der Rechtsprechung jedoch stetig zu. Heute liegt der Frauenanteil unter den Richter_innen bei nahezu 54%, unter den Richteramtswärter_innen bei fast 68%. Diese bemerkenswerte Entwicklung, die in der Forschung bis in jüngste Vergangenheit kaum Aufmerksamkeit fand,¹ ist Anlass für die folgende Untersuchung.

1. Die Zulassung von Frauen zum Studium der Rechtswissenschaften

Voraussetzung für die Ausübung des richterlichen Berufes bzw die Ausbildung dazu ist das Studium der Rechtswissenschaften – und der Zugang dazu war Frauen lange Zeit verwehrt. Während die philosophischen Studien bereits ab 1897, die medizinischen und die pharmazeutischen Studien ab 1900 für Frauen in Österreich zugänglich waren, wurden Frauen zu den rechts- und staatswissenschaftlichen Studien erstmals im Sommersemester 1919 zugelassen.² In den Folgejahren war die Zahl der Jus-Studentinnen generell sehr niedrig, der Frauenanteil an den Gesamtabschlüssen des rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität Wien lag beispielsweise bei etwa 5% – das heißt in absoluten Zahlen ausgedrückt, dass dort bis einschließlich Studienjahr 1928/29 76 Frauen promovierten.³ Die beruflichen Möglichkeiten für diese ersten Juristinnen erwiesen sich als äußerst eingeschränkt, ihnen stand grundsätzlich die Rechtsanwaltschaft offen, daneben waren es vor allem Berufe im erzieherischen und pflegerischen Bereich, wie beispielsweise in der Berufsvormundschaft oder bei Landesjugend-

1 Neuerdings *Hofmeister*, Die kurze Geschichte der Juristinnen in der österreichischen Justiz, in *Pilgermair* (Hg), Wandel in der Justiz (2013) 297 ff.

2 Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Inneres und Unterricht vom 22.4.1919, StGBI 250/1919. Dazu *Ehs*, (Studium der) Rechte für Frauen? Eine Frage der Kultur!, BRGÖ – Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2/2012, 250 ff; *Berger*, „Fräulein Juristin“. Das Frauenstudium an den juristischen Fakultäten Österreichs, JBl 2000, 634 ff; *Heindl/Tichy* (Hg), „Durch Erkenntnis zu Freiheit und Glück ...“ (1993) 69 ff.

3 *Ehs*, Die Staatswissenschaften, zeitgeschichte 4/2010, 243; *Koffmahn*, Die ersten Frauen an den rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten und die gegenwärtige Situation, in *Forkl/Koffmahn* (Hg), Frauenstudium und akademische Frauenarbeit in Österreich (1968) 29 ff.

ämtern.⁴ Der höhere Staatsdienst, worunter auch das richterliche Amt sowie die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit fielen, blieb ihnen verschlossen.⁵ Der Grund dafür lag, neben der grundsätzlichen Ablehnung von Frauen im höheren Staatsdienst, für die es nach überwiegender Meinung keine Rechtsgrundlage gab,⁶ in der in den späten 1920er Jahren insgesamt schlechten wirtschaftspolitischen Lage sowie der allgemeinen Aufnahmesperre im Bundesdienst. Diese Umstände betrafen besonders hart die Justiz, die nach dem Zusammenbruch der Monarchie mit großen Problemen und Herausforderungen zu kämpfen hatte. Die Lage des Richterstandes galt als katastrophal, Klagen über schlechte Bezahlung und übermäßige Arbeitslast rissen nicht ab und vor allem die Richtervereinigung erhob wiederholt den Vorwurf, es gäbe viel zu wenige Richterposten und selbst diese würden noch abgebaut werden.⁷ Angesichts dieser Umstände ist es nicht verwunderlich, dass die Frage, ob Frauen zur Rechtsprechung zuzulassen seien, kaum thematisiert wurde.

2. Die Diskussion um die Zulassung von Frauen als Richterinnen

Forderungen nach Zulassung von Frauen zum richterlichen Amt dürften erstmals anlässlich des Jubiläums „Dreißig Jahre Frauenstudium in Österreich“ im Jahre 1927 laut geworden sein. Diese gingen vor allem von Vertretern der rechtswissenschaftlichen Fakultäten aus, insbesondere Gustav Hanausek, der ab 1883 als Professor für Römisches Recht an den Universitäten Wien, Prag und Graz wirkte, setzte sich für Frauen in der Rechtsprechung ein. Er sah in den stark eingeschränkten Berufsmöglichkeiten für Juristinnen einen der Hauptgründe für den äußerst niedrigen Anteil von Frauen unter den Jus-Studierenden, der von vielen Seiten beklagt wurde.⁸

In größerem Umfang entbrannte die Diskussion dann im Jahre 1930, als vermehrt Gesuche von Frauen um Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst gestellt wurden.⁹ Die Gründe dafür lagen wohl zum einen in der Einführung der Jugendgerichtsbarkeit 1929, die als ein für Frauen besonders geeignetes Gebiet der Rechtsprechung angesehen wurde, zum anderen in der Lockerung der allgemeinen Aufnahmesperre in den Bundesdienst. Vorbildwirkung kam aber auch der Zulassung von Richterinnen in anderen europäischen Ländern zu, etwa in Deutschland und in Polen.¹⁰ Diese ersten Ansu-

4 *List-Ganser*, Die Frau in den akademischen Berufen, in *Frauenbewegung, Frauenbildung und Frauenarbeit in Österreich* (1930) 298.

5 *Fürth*, Was wird aus unseren Juristinnen?, *Die Österreicherin* 4/1929, 3.

6 *Gleispach*, Das Rechtsstudium der Frauen, in FS „Dreißig Jahre Frauenstudium in Österreich“ (1927) 10 f; *List-Ganser*, Frau, 298.

7 *Szonthag*, Die Richtervereinigung 1918–1938 im Spiegel der Richterzeitung, in *Helige/Olechowski* (Hg), 100 Jahre Richtervereinigung (2007) 55 ff u 60 ff; sowie *Mattl*, Zu Sozialgeschichte und Habitus österreichischer RichterInnen seit 1924, in *Helige/Olechowski*, 100 Jahre, 67 ff.

8 *Hanausek*, Die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien der Frauen, in FS *Frauenstudium* 23.

9 StProtNR 3. GP 2162. Ebenso *Fürth*, Juristinnen, 3.

10 In Deutschland wurden Frauen mit Gesetz vom 11.7.1922, RGBl I 573 f, als Richterinnen zugelassen. Für Polen vgl. „Frauen von heute“, *Die Österreicherin* 2/1930, 3 f.

chen von Frauen um Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst wurden jedoch schlicht und einfach nicht behandelt, ohne weitere Begründung und ohne Erlassung eines Verwaltungsbescheides wurde den Antragstellerinnen erklärt, sie könnten nicht damit rechnen, in den Staatsdienst aufgenommen zu werden. Infolge des Nichterlassens eines ablehnenden Bescheides hatten die davon betroffenen Frauen auch keine Möglichkeit, die Entscheidung anzufechten.

Immerhin trugen diese Ansuchen aber dazu bei, dass der Frage nach Zulassung von Frauen zum richterlichen Amt nun auch in Österreich Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Die Diskussion war allerdings über weite Strecken von einer ablehnenden Haltung geprägt, die vor allem von der Justizverwaltung und der Richterschaft ausging.¹¹ In ihrer Argumentation griffen sie weitgehend auf jene Gründe zurück, die bereits gegen die Einführung des Studiums der Rechte für Frauen vorgebracht worden waren, wie beispielsweise Frauen seien zu irrational und emotionell, es fehle ihnen die Fähigkeit zum klaren, abstrakten Denken, zum Trennen von Wesentlichem und Unwesentlichem und insgesamt zum nüchternen, abwägenden Urteil. Überdies mangle es Frauen an der für die Ausübung des richterlichen Amtes erforderlichen Autorität und sie würden bei der Bevölkerung auf Ablehnung stoßen. Besonders intensiv mit dem Thema Frauen als Richterinnen setzte sich Ernst Swoboda, Universitätsprofessor und Rat des Oberlandesgerichtes Graz, in seiner „Untersuchung nach rein sachlichen Gesichtspunkten ohne irgendwelche Voreingenommenheit“ auseinander.¹² Dabei gelangte er, ebenso wie die Richtervereinigung, zu einem ablehnenden Ergebnis, das er jedoch nicht auf mangelnde intellektuelle Fähigkeiten der Frauen stützte, sondern darauf, dass das Wesen der Frauen den Erfordernissen, die der Beruf des Richters mit sich bringe, entgegenstehe. Er bezog sich dabei auf eine Entscheidung des VfGH aus dem Jahre 1926,¹³ wonach eine ungleiche Behandlung von Frauen überall dort gerechtfertigt sei, wo dies „in der Natur des Geschlechtes selbst“ seinen Grund hätte – und den Grund für den Ausschluss von Frauen aus der Rechtsprechung sah er in der weiblichen Emotionalität. Diese zöge nämlich die Neigung zu einseitiger Parteinahme nach sich, die es Frauen unmöglich mache, ein ausgewogenes Urteil zu fällen, weshalb Frauen nur als Rechtsanwältinnen geeignet seien.¹⁴ Abschließend meinte er, zum gegenwärtigen Zeitpunkt bestehe überdies überhaupt keine Notwendigkeit von Frauen als Richterinnen.

Abgesehen von der Eignung von Frauen zur Rechtsprechung wurde im Zuge der Diskussion auch die rechtliche Grundlage für deren Zugang zum richterlichen Amt thematisiert, insbesondere wurde die Frage erörtert, ob nach geltender Rechtslage dieses überhaupt für Frauen offenstehe oder es dafür eines Spezialgesetzes bedürfe. Von den weni-

11 Ua RZ 1930, 54.

12 Swoboda, Die Zulassung der Frauen zum Richteramt, RZ 1930, 245 ff.

13 VfGHerk 12.10.1926, Slg 6/651.

14 RZ 1930, 246.

gen Fachmeinungen, die dazu geäußert wurden, sprachen sich die meisten dafür aus, dass Frauen schon allein aufgrund des Gleichheitssatzes in Art 7 Abs 1 BV-G als Richterinnen zuzulassen seien. Dies betonte vor allem auch Koropatnicki in seiner Untersuchung „Die Gleichheit vor dem Gesetz“: „Die Frau wird im Staatsleben als ein gleichwertiger Faktor behandelt. ... Demgemäß darf die Frau jeden bürgerlichen Beruf ausüben. Sie darf von der Ausübung (...) des Richter- und Verwaltungsamtes nicht ausgeschlossen werden.“¹⁵ Dieser Meinung schloss sich auch Hanausek an, wenngleich er für den Fall, dass die Justizverwaltung den Gleichheitssatz für nicht ausreichend hielte, an die Juristinnen appellierte, für ein solches Spezialgesetz zu kämpfen.¹⁶

Die Reaktion der Juristinnen auf diese überwiegend ablehnende Haltung, insbesondere auf die gegen ihre Eignung vorgebrachten Argumente, ist heute weitgehend unbekannt, lediglich von der ersten Rechtsanwältin Österreichs, Marianne Beth,¹⁷ liegt eine Stellungnahme zu Swobodas Ausführungen vor.¹⁸ Sie griff insbesondere die von ihm Frauen zugeschriebene Parteilichkeit auf und entgegnete, dass dies ja wohl keine absichtliche und bewusste Parteilichkeit sei, denn eine solche Charaktereigenschaft wäre im Einzelfall in der Ausbildungszeit erkennbar und würde die Aufnahme in den Richterdienst ohnehin ausschließen. Beth sah im von Swoboda kritisierten Verhalten vielmehr eine Art „Spürnase“, mit der ein erfahrener Richter bereits in der ersten Verhandlung, wenn der Beweisschluss gefasst ist, mit 80%iger Wahrscheinlichkeit wisse, wie die Sache ausgehen wird. Gewiss seien nicht alle Frauen zum richterlichen Amt geeignet, aber auch bei den Männern seien nicht sämtliche dazu befähigt, was Swoboda selbst zugegeben hatte. Dass Frauen mit einem Mangel an Autorität zu kämpfen hätten, sah Beth als nicht nachvollziehbar an, und sie meinte, das Volk würde sich binnen kürzester Zeit an Richterinnen gewöhnen. Die Argumente Swobodas zeigten, dass die Frau vom richterlichen Amt nicht aus der Natur des Geschlechts ausgeschlossen sei, sondern vielmehr aus der Natur einer Tatsache. Aus diesem Grunde „möge man sich mit dem Gedanken vertraut machen, dass nicht jede Frau, die sich bewirbt, genommen werden muss, sondern nur die wirklich Befähigten – und dies sei eine Verpflichtung dem Volk gegenüber, kein richterliches Talent dem Volk vorzuenthalten.“

Erfolg war Beths Einsatz für die Zulassung von Frauen zum richterlichen Dienst keiner beschieden, die Diskussion ebte wieder ab, ohne irgendwelche Ergebnisse erzielt zu haben. Angesichts der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Lage in den 1930er Jahren standen die beruflichen Chancen für Juristinnen schlechter denn je, Maßnahmen, wie beispielsweise das sog Doppelverdienergesetz, waren gezielt gegen die Berufstätig-

15 RZ 1930, 186. Zur Grundrechtsfähigkeit der Frau vgl *Floßmann*, Von der beschränkten Grundrechtssubjektivität zur „positiven Diskriminierung“ der Frau, in *Floßmann* (Hg), Offene Frauenfragen in Wissenschaft.Recht.Politik (1991), 71 ff, insbes 84 ff.

16 *Hanausek*, Studien, 22 f.

17 *Reiter-Zatloukal/Sauer*, Die Pionierinnen der österreichischen Rechtsanwaltschaft, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2013/03, 109 ff.

18 *Beth*, Die Eignung der Frauen zum Richterberuf, *Die Österreicherin* 1/1931, 2 f.

keit von Frauen gerichtet.¹⁹ Der gesamte Richterstand hatte mit einer abermaligen Verschlechterung seiner Lage zu kämpfen²⁰ – ob, und wenn ja wie viele weitere Gesuche um Übernahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst gestellt wurden, liegt im Dunkeln. Die Zahl der weiblichen Jus-Studierenden stieg jedenfalls leicht an, im Studienjahr 1935/36 gab es beispielsweise 43 Absolventinnen an der rechtswissenschaftlichen Fakultät Wien, das waren etwa 12 % der Gesamtabschlüsse.²¹

3. Die ersten Richterinnen

Zwei Jahrzehnte nach Erhebung der ersten Forderungen betreffend die Zulassung von Frauen zum richterlichen Amt war es dann soweit: die ersten Richterinnen wurden am 13.8.1947 ernannt, Gertrude Sollinger für den Sprengel des Landesgerichts Wien und Johanna Kundmann für den Sprengel des Landesgerichts Linz.²² Beide hatten ihr Studium der Rechtswissenschaften etwa Mitte der 1930er Jahre begonnen, ihre Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst war noch während der NS-Herrschaft erfolgt und ihre Bestellung zu Richterinnen fiel in die Zeit unter Justizminister Josef Gerö.²³

Eine neuerliche Diskussion über Frauen in der Justiz ging diesen ersten Ernennungen – und auch der bereits zuvor erfolgten Übernahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst – nicht voraus, sie dürften vielmehr aus der Notwendigkeit nach einer raschen Besetzung offener Stellen infolge eines eklatanten Mangels an richterlichem Personal während und nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgt sein. Die ersten Richterinnen wurden vor allem im Bereich der Außerstreitgerichtsbarkeit und der Jugendgerichtsbarkeit eingesetzt, da Frauen für diese Rechtsbereiche mit „fürsorgerischem Charakter“ infolge des ihnen zugesprochenen Einfühlungsvermögens als besonders geeignet galten.²⁴ Agieren sollten sie allerdings vorrangig im Hintergrund – entsprechend der damaligen Haltung in der Justizverwaltung, wonach Frauen in der Rechtsprechung nach Möglichkeit „unsichtbar“ sein sollten. Aus diesem Grund war es ihnen zunächst auch untersagt, einen Talar zu tragen.²⁵ Die Öffentlichkeit schenkte der Tatsache, dass erstmals in Österreich Frauen zu Richterinnen bestellt wurden, kaum Aufmerksamkeit, die Tagespresse erwähnte sie lediglich in einer kurzen Notiz.²⁶ Diese geringe Aufmerksamkeit setzt sich in gewisser Weise bis heute fort,

19 Vgl. dazu *Banbauer-Schöffmann*, Der „Christliche Ständestaat“ als „Männerstaat“? Frauen- und Geschlechterpolitik im Austrofaschismus, in *Talos/Neugebauer* (Hg), Austrofaschismus. Politik-Ökonomie-Kultur 1933–1938 (= Politik und Zeitgeschichte 1, 2005) 254 ff., insbes. 273f f.

20 *Mattl*, Sozialgeschichte, 73 f.

21 *Ehs*, Staatswissenschaften, 243.

22 Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung 5/1947, 69.

23 Zur Justiz nach 1945 vgl. *Weinzierl*, Die Anfänge des Wiederaufbaus der österreichischen Justiz 1945, in 25 Jahre Staatsvertrag. Protokolle des wissenschaftlichen Symposions „Justiz und Zeitgeschichte“ 1980 – „Die österreichische Justiz – die Justiz in Österreich 1933 bis 1955“, 14 ff.

24 Die Juristin in der Justiz. Tagung des Bundesministeriums für Justiz am 29. und 30. Oktober 1968, 15 f.

25 60 Jahre Richterinnen in Österreich, 30 Jahre Gleichstellung in Europa (2007) 3.

26 Juristin in der Justiz, 113.

denn – anders als etwa in Deutschland²⁷ oder der Schweiz²⁸ – fanden diese Pionierinnen der Rechtsprechung bisher keine umfassende Würdigung. Eine solche ist auch hier nicht möglich, aber einige biographische Fakten mögen ein erstes Bild dieser Richterinnen skizzieren.²⁹ Zunächst zu Gertrude Sollinger (verehelichte Jaklin): Sie wurde am 6.4.1916 als Tochter von Walburga und Franz Sollinger, einem aus Krakau stammenden Privatbeamten, in Wien geboren. In ihrem Heimatbezirk Meidling besuchte sie die Volksschule und anschließend das humanistische Gymnasium in der Rosasgasse, wo sie im Herbst 1936 maturierte. Noch im selben Jahr inskribierte sie Rechtswissenschaften an der Universität Wien und legte im Jänner 1938 die Erste (rechtshistorische) Staatsprüfung ab. Zwei Jahre später absolvierte Sollinger erfolgreich das Referendarexamen (kleine Staatsprüfung) beim Justizprüfamt des OLG Wien und trat mit Herbst 1940 ihren Dienst als Gerichtsreferendarin an. Während dieser Tätigkeit erlangte sie 1942 das Doktorat, 1944 bestand sie das Assessorenexamen (große Staatsprüfung). Danach wirkte sie zunächst als Assessorin, bevor sie am 19.2.1947 zur Hilfsrichterin in einer Außerstreitabteilung am Bezirksgericht Innere Stadt Wien ernannt wurde und diese schließlich als selbständige Richterin mit 13.8.1947 übernahm. Ihre weitere Karriere war von ausgezeichneten Dienstbeschreibungen und einem stetigen Aufrücken in höhere Standesgruppen gekennzeichnet, den Höhepunkt stellte die Ernennung zur Senatsvorsitzenden des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien mit Wirksamkeit 1.7.1974 dar. Einen Tag vor ihrem 60. Geburtstag, am 5.4.1976, trat sie in Ruhestand. Zu Beginn ihrer richterlichen Karriere war Sollinger auch wissenschaftlich tätig, so veröffentlichte sie 1949 gemeinsam mit Walter Schuppich „Österreichisches Testamentsrecht unter Berücksichtigung des Testamentsgesetzes vom 31.7.1938 und der Übergangsbestimmungen“. Über das Privatleben der Richterin ist nur bekannt, dass sie im Jahre 1952 Friedrich Jaklin, einen Sonderschullehrer, heiratete und die Ehe kinderlos blieb. Sie starb, knapp ein Jahr nach ihrem Mann, am 9.12.1998 in Wien.

Die zweite Frau, die gemeinsam mit Gertrude Sollinger am 13.8.1947 ihren Dienst als Richterin antrat, war Johanna Kundmann. Sie wurde am 24.4.1914 in Mistelbach (Niederösterreich) geboren und war die Tochter des aus Linz stammenden kk Gendarmerierittmeisters Johann Kundmann und seiner Frau Augustowska, einer gebürtigen Galizierin. Ihre ersten Lebensjahre verbrachte Johanna Kundmann in ihrem Geburtsort, wo sie auch die Volksschule besuchte, ihre weitere Schulbildung erhielt sie am Mädchenreformrealgymnasium der englischen Fräulein in St. Pölten sowie dem Mädchenreformgymnasium der Schwestern vom Heiligen Kreuz in Linz. Nach der Matura studierte Kundmann von 1934 bis 1939 – mit einjähriger Unterbrechung – Rechtswissenschaften

27 *Hassels/Hommerich*, Frauen in der Justiz. Eine empirische Analyse der Berufssituation, Karriereverläufe und Karrierechancen für Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen (1993).

28 *Ludewig/Weislehner/Angehrn* (Hg), Zwischen Recht und Gerechtigkeit – Richterinnen im Spiegel der Zeit (2007).

29 Basisdaten zu den ersten Richterinnen in „Die Juristin im österreichischen Rechtsleben“ – 40 Jahre Richterinnen in Österreich (= Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 50, 1990) 52 ff; sowie 60 Jahre Richterinnen, 26 ff.

an den Universitäten Graz und Wien. Es folgte die Gerichtspraxis in Oberösterreich, wo sie ua dem Bezirksgericht Bad Ischl für Außerstreitsachen zugeteilt war. Mit 13.8.1947 wurde sie schließlich zur Jugendstrafrichterin am Landesgericht Linz ernannt, weitere Stationen in ihrem Berufsleben waren ab 1968 das Bezirksgericht Linz-Land sowie das Bezirksgericht Urfahr-Umgebung. Mit 31.8.1975 trat sie in den Ruhestand. Johanna Kundmann blieb zeit ihres Lebens unverheiratet und hatte keine Kinder. Gestorben ist sie am 8.5.2000 in Linz.

Etwa zeitgleich mit diesen ersten Richterinnen waren noch einige weitere Frauen in den richterlichen Vorbereitungsdienst übernommen worden, sie wurden jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt ernannt bzw schlugen eine Karriere als Staatsanwältin ein, wie beispielsweise Gerda Meissl und Helene Kastel. Zu ihnen zählt auch Margarete Eisenstädter, verheiratete Tanzer (in 1. Ehe) bzw – nach Tod ihres ersten Ehemannes – verheiratete Haimberger (in 2. Ehe), die sowohl als Richterin als auch als Staatsanwältin Karriere machte.³⁰ Sie wurde am 25.5.1916 in Wien geboren und stammte aus einer Juristenfamilie, ihr Vater war kk Hof- und Gerichtsadvokat in Wien. Ihre Schulbildung erhielt sie in Wien. Nach Abschluss der rechtswissenschaftlichen Studien begann Tanzer 1946 ihre Gerichtspraxis. Ihre besondere Vorliebe galt dem Strafrecht, nach ihrer eigenen Aussage war sie unter den in den richterlichen Vorbereitungsdienst Übernommenen die einzige Frau, die sich dafür interessierte.³¹ Sie dürfte von einer besonderen Zielstrebigkeit geprägt gewesen sein, denn gegen alle Widerstände gelang es ihr ab September 1946 als Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft Wien beim Jugendgerichtshof Wien tätig zu sein und damit in der Öffentlichkeit aufzutreten – ein Vorgehen, das in Justizkreisen noch kurz zuvor für undenkbar gehalten worden war. Ihre weitere gerichtliche Karriere führte sie ua an das Bezirksgericht Bad Ischl, wo sie eine Strafabteilung leitete. Zurück in Wien war sie Untersuchungsrichterin am Landesgericht für Strafsachen, ab April 1956 führte sie auch den Vorsitz in Schöffengerichtverhandlungen. Ihr weiterer Weg ging in die Staatsanwaltschaft, sie war lange Jahre leitende Staatsanwältin und zuletzt Vizepräsidentin am Landesgericht für Strafsachen Wien, bevor sie 1980 in Pension ging. Margarete Haimberger ist 1987 verstorben.

4. Die Richterinnen auf dem Weg ins 21. Jahrhundert

Die ersten Richterinnen blieben über lange Jahre Ausnahmerecheinungen.³² 1953, dh sechs Jahre nach den Ersternennungen, waren 12 Frauen in der Rechtsprechung tätig,³³ bis 1961 stieg die Zahl der Richterinnen und Staatsanwältinnen (inklusive Anwärtinnen!) auch nur auf 32 an – und ihnen standen 1529 männliche Richter gegenüber.³⁴

30 Ihre Erfahrungen als junge Juristin schildert sie in *Juristin in der Justiz*, 39 ff.

31 *Juristin in der Justiz*, 43.

32 Weitere Richterinnen der ersten Generation bei *Hofmeister*, *Geschichte*, 334 ff; sowie *Juristin im Rechtsleben*, 54 f.

33 *Juristin im Rechtsleben*, 17.

34 *Juristin in der Justiz*, 41 und 59.

Einer der Gründe für den geringen Anteil von Frauen im richterlichen Amt war zweifellos die äußerst restriktive Übernahme von Juristinnen in den richterlichen Vorbereitungsdienst. Ein anschauliches Bild der Übernahmepaxis in den späten 1950er Jahren zeichnen die Schilderungen einer Zeitzeugin: „Viele der Kolleginnen wollten Richterinnen werden, das war aber vollkommen unmöglich; Damen wurden damals grundsätzlich nicht in den richterlichen Vorbereitungsdienst übernommen. Die Betroffenen setzten sich nicht zur Wehr und ergriffen keine Schritte dagegen, da sie möglichst rasch in einen Beruf einsteigen wollten.“³⁵ Ähnlich äußerte sich auch Margarete Haimberger, die Frauen bei der Bestellung zu Richterinnen oder Staatsanwältinnen nicht benachteiligt sah, sehr wohl aber bei der Übernahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst.³⁶ Das Hauptargument der Justizverwaltung für dieses Vorgehen war, dass Männer eine Familie erhalten müssten und deshalb aus sozialen Gründen vorzuziehen seien.³⁷ Welche Einstellung gegenüber Frauen in der Rechtsprechung herrschte, kommt besonders prägnant auch in einer vom Bundesministerium für Unterricht herausgegebenen berufsberatenden Broschüre aus dem Jahre 1953 zum Ausdruck. Darin wurde Frauen die grundsätzliche Eignung zum juristischen Beruf zwar nicht abgesprochen, „doch wird der juristische Beruf der Frau nur mit einigen Vorbehalten anzuraten sein. Es kann kein Zweifel bestehen, daß die geistig und seelisch gesunde und normal entwickelte Frau den Beruf des Richters, des Staatsanwaltes, als ihrem Wesen nicht gemäß empfinden muß.“³⁸ Frauen, die damals als Richterinnen oder Staatsanwältinnen tätig waren, mussten wohl sehr kämpferisch sein, zunächst um überhaupt zur Ausbildung zur Richterin zugelassen zu werden und dann bei Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit selbst. Ihre juristischen Fähigkeiten wurden zum Teil mit Argwohn betrachtet, sie waren einem massiven Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und hatten um ihre Anerkennung zu kämpfen. Dabei ging der Widerstand kaum von der Bevölkerung aus, als vielmehr von den Reihen der Juristen selbst.³⁹ Gegen Ende der 1960er Jahre lassen sich erste Anzeichen einer Wende erkennen, die auf eine Verbesserung der Stellung der Frauen in der Justiz abzielte. Einen wesentlichen Schritt stellte die im Jahre 1968 stattgefundene Tagung des Bundesministeriums für Justiz zum Thema „Die Juristin in der Justiz“ dar, die dem Vorbringen von Anliegen und dem Erfahrungsaustausch dienen sollte mit dem Ziel günstigere Arbeitsbedingungen für Juristinnen zu schaffen.⁴⁰ Dies gelang zumindest ansatzweise, die Zahl der Richterinnen nahm zu, wenngleich auch langsam. Während zu Beginn der 1970er Jahre der Frauenanteil im richterlichen Amt noch bei etwa 2% lag, betrug er knapp 10 Jahre später bereits mehr als 10% und stieg bis 1987 auf ca 18% an.

35 So die Rechtsanwältin Liselotte Morent, die 1955 promovierte, in *Frauen im Rechtsstaat – Zum heutigen Bild der Justiz: 15 Jahre Gleichstellungsarbeit im Ressort – 50 Jahre Richterinnen in Österreich* (= Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz 98, 1999) 112.

36 *Juristin in der Justiz*, 118.

37 *Juristin in der Justiz*, 117 f.

38 *Morawek*, *Der Jurist* (= *Schule und Beruf* 46/48, 1953) 29 f.

39 *Juristin in der Justiz*, 111.

40 *Juristin in der Justiz*, 9 f.

Diese Zunahme an Frauen im richterlichen Amt hält seit den 1980er Jahren bis heute ungebrochen an. Die Gründe dafür sind weitgestreut, neben der allgemeinen gesellschaftspolitischen Entwicklung, die ein geändertes Rollenverständnis und eine geänderte Einstellung zur Berufstätigkeit der Frau im allgemeinen mit sich brachte, waren es im Bereich der Justiz vor allem die Einrichtung der „Ministeriellen Arbeitsgruppe für die Förderung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung der weiblichen Bediensteten im Justizressort“ Mitte der 1980er Jahre.⁴¹ Sie nahm eine zentrale Rolle in Hinblick auf die Durchsetzung der Anliegen der Frauen im richterlichen Dienst ein, insbesondere war der engagierte und unermüdliche Einsatz zahlreicher Mitarbeiterinnen Motor für die Besserstellung der Juristinnen auf rechtlicher Basis. Auch die Tradition der Justiztagungen, die 1968 begonnen hatte, wurde mit der Enquete „Die Juristin im österreichischen Rechtsleben“ 1987 fortgesetzt, der schließlich 1997 die Tagung „Frauen im Rechtsstaat – Zum heutigen Bild der Justiz“ und 2007 „60 Jahre Richterinnen in Österreich – 30 Jahre Gleichstellung in Europa“ folgten. Diese Tagungen dienten vorrangig einer Standortbestimmung der Frauen in der österreichischen Justiz, jeweils verbunden mit Rückblick und Ausblick, sie leisteten darüber hinaus aber auch einen großen Beitrag zur Solidarität und aktiven moralischen Unterstützung sowohl zwischen den Generationen und als auch zwischen gleichaltrigen Richterinnen.⁴² Zu einer wesentlichen Verbesserung der beruflichen Situation der Richterinnen trug aber vor allem auch das Bundesgleichbehandlungsgesetz 1993⁴³ bei, auf dessen Grundlage die Rechte der Gleichbehandlungsbeauftragten im richterlichen Ernennungsverfahren verankert wurden.⁴⁴ Durch die Einführung flexiblerer Arbeitszeitmodelle, insbesondere der Möglichkeit zur Teilzeitarbeit, sowie der Ersatzplanstellenregelung für die Vertretungsfrage bei Karenzen wurde letztlich den Forderungen nach einer besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie Rechnung getragen.⁴⁵ All diese Maßnahmen zeitigten einen nachhaltigen Erfolg, der Frauenanteil in der Rechtsprechung kletterte zunächst bis auf 25% im Jahre 1995, bis auf 42% 2005 und heute, 2013, liegt er gar über 50%.⁴⁶

Diese Zahlen zeigen sich allerdings als Basis einer Pyramide, denn der Frauenanteil in höheren Instanzen, insbesondere bei Höchstgerichten, ist weitaus niedriger. Die ersten Frauen in solchen Positionen sind erst in den späten 1980er Jahren zu finden, also etwa 40 Jahre nach den ersten Ernennungen von Frauen in das richterliche Amt.⁴⁷ Im Jahre 1987, beispielsweise, waren an den drei österreichischen Höchstgerichten von insgesamt 133 Richter_innen nur zwei Frauen.⁴⁸ Bis heute hat sich das freilich geändert, wenngleich ein geschlechtermäßig ausgeglichenes Verhältnis zwischen Richtern und

41 Frauen im Rechtsstaat, 75 ff.

42 Zum Beitrag dieser Tagungen zu einer Besserstellung der Richterinnen vgl. *Hofmeister*, Geschichte, 314 ff.

43 BGBl 1993/100.

44 BGBl 1994/507.

45 BGBl I 1997/61.

46 60 Jahre Richterinnen, 4.

47 Eine Zusammenstellung von Richterinnen in leitenden Positionen bei *Hofmeister*, Geschichte, 334 ff.

48 Juristin im Rechtsleben, 34.

Richterinnen noch fern ist. Mitte 2013 lag der Anteil von Frauen unter den VfGH-Richter_innen bei knapp 35%, unter den VwGH-Richter_innen bei etwa 22% und bei den OGH-Richter_innen bei etwas weniger als 28%.

Die Gründe für den – bis heute – relativ geringen Frauenanteil in leitenden und hohen Positionen der Rechtsprechung sind weitgestreut. Einer davon liegt zweifellos in der in Justizkreisen nahezu ausschließlich von Frauen in Anspruch genommenen Teilzeitarbeit, die in der Mehrzahl der Fälle eine karrierehemmende Wirkung mit sich zieht. Dazu kommt, dass – trotz Wandels in den gesellschaftlichen Auffassungen und insbesondere auch im gesellschaftlichen Rollenverständnis – der familiäre Alltag bis heute überwiegend vom traditionellen Muster der Arbeitsteilung geprägt ist, bei dem die Hauptverantwortung für Haushalt und Kindererziehung bei den Frauen liegt.⁴⁹ Diese Doppel- und Dreifachbelastung hemmt wiederum die berufliche Karriere. Eine wirkliche berufliche Chancengleichheit, und nicht nur eine auf rechtlicher Basis, wird erst dann vorliegen, wenn Frauen die Möglichkeit haben ihren Beruf ohne diese Doppel- und Dreifachbelastung auszuüben – und dadurch stiege wohl auch der Frauenanteil in höheren Positionen.

Wenngleich bei den Höchstgerichten gegenwärtig noch keine Geschlechterparität erreicht ist, so lässt sich dennoch feststellen, dass trotz der relativ kurzen Geschichte der Richterinnen in Österreich sich in dieser Zeit sehr viel getan hat. Frauen in der Justiz sind von Ausnahmereisnerungen zu einer Selbstverständlichkeit geworden, der Frauenanteil betrug mit 1.1.2013 unter den Richter_innen 53,6% und unter den Richteramtswärter_innen 67,76%, wie die jüngsten vom Justizministerium herausgegebenen Zahlen zeigen.⁵⁰ Diese starke Zunahme von Frauen in der Rechtsprechung ist einerseits erfreulich, andererseits besteht aber auch die Befürchtung, das richterliche Amt könnte als Frauenberuf eingestuft werden und dadurch eine Abwertung erfahren, denn häufig kann eine Parallellität zwischen Anstieg des Frauenanteils und Sinken des Ansehens eines Berufsstandes beobachtet werden.⁵¹ In diese Richtung weisen bereits verschiedenste Medienberichte, so warf beispielsweise „Die Zeit“ in einem 2011 erschienen Artikel über die österreichische Justiz⁵² folgende Frage auf: „Die Richterin – nach Friseurin, Kindergärtnerin und Lehrerin der neue Frauenberuf einer Gesellschaft im Umbruch?“

Ass.Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Gabriele Schneider lehrt am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; gabriele.schneider@univie.ac.at

49 Zeitverwendung 2008/09. Ein Überblick über geschlechtsspezifische Unterschiede, <http://www.frauen.bka.gv.at/zeitverwendung>.

50 <http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c9484852308c2a601230f0ff6a70141.de.0/grafik.pdf>.

51 60 Jahre Richterinnen, 58 f; siehe dazu am Beispiel der Universitäten *Aulenbacher/Binner/Riegraf/Weber*, *Wissenschaft in der Entrepreneurial University – feminisiert und abgewertet?*, WSI-Mitteilungen 6/2012, 405 ff; zur Feminisierung von Berufen und den Folgen vgl. *Wetterer*, *Arbeitsteilung und Geschlechterkonstruktion. „Gender at Work“ in theoretischer und historischer Perspektive* (2002) 79 ff.

52 *Sterkl*, *Die Justiz ist weiblich*, *Die Zeit* 32/2011, <http://www.zeit.de/2011/32/A-Rechtspflege>.

In Anzug und Krawatte – Geschlechterverhältnisse in der juristischen Praxis

Theresa Hammer¹

1. Einleitende Überlegungen

1988 wurde der Verein Österreichischer Juristinnen (VÖJ) mit dem Ziel gegründet, „in einer männerdominierten Berufswelt Möglichkeiten zu schaffen, sich als Juristin beruflich zu positionieren, sowie das Recht durch die „Gender-Brille“ kritisch zu beleuchten“, so das Leitbild. Der VÖJ will dadurch ein Gegengewicht zur nach wie vor von patriarchalen Werten und Bedürfnissen geprägten Rechtswissenschaft, Rechtssetzung und Rechtsanwendung sowie zu den existierenden starken männlichen Netzwerken bilden.² Als derzeitiges Vorstandsmitglied des VÖJ möchte ich mich im Rahmen dieses Beitrags mit diesen Postulaten auseinandersetzen und diese auf ihre Aktualität hin überprüfen. Mein Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien absolvierte ich in einer Zeit, in der bereits knapp mehr als die Hälfte aller Jus-Studierenden weiblich waren und es die – meinen Interessen entsprechende – Möglichkeit gab, zahlreiche spannende, progressive und herrschaftskritische Lehrveranstaltungen, unter anderem aus den „Legal Gender Studies“, zu besuchen. Zumindest in der Ausbildung scheinen daher jene Themen, die zur Gründung des Vereins geführt haben, nun auch Raum zu haben. Handelt es sich daher bei der eingangs zitierten Einschätzung, das Recht als berufliches Terrain sei eine Männerdomäne, um eine überholte, nicht mehr zeitgemäße Diagnose? Wie „männlich“ ist das Recht? Und schließlich: braucht es heutzutage überhaupt noch einen eigenen Verein für Juristinnen?

2. Frauen in Rechtsberufen

Die Geschichte der Frauen in den rechtlichen Berufen ist eine relativ junge. So erlangten Frauen in Österreich bekanntlich erst 1918 das aktive und passive Wahlrecht, im Folgejahr wurden sie an der juristischen Fakultät in Wien erstmals als ordentliche Studierende zugelassen.³ Dem war eine, mit dem auf Aufklärung und bürgerlicher Revolution

1 Vielen Dank an meine Kollegin Sandra Konstatzky für wertvolle Anregungen und Durchsicht dieses Beitrags.

2 <http://www.juristinnen.at/leitbild> (30.10.2013).

3 Und zwar erst einige Zeit später als in den Studienrichtungen Philosophie und Medizin, welche beide bereits 1887 für Frauen geöffnet wurden, vgl *Reiter*, JuristInnenausbildung an der Wiener Universität. Ein historischer Überblick (2007) abrufbar unter: <http://juridicum.univie.ac.at/index.php?id=275> (14.11.2013).

fußenden, demokratischen Transformationsprozess einhergehende, vollkommene Exklusion von Frauen aus der politischen Sphäre vorangegangen. Diese manifestierte sich – verknüpft zusammengefasst – in einer auf dichotomem Denken, etwa in Form von öffentlicher vs privater Sphäre, Ratio vs Natur und schließlich Mann vs Frau, basierenden politischen Theorie und Praxis. Frauen wurden dadurch als „natürliche“, der politischen Ratio nicht mächtige Wesen klar auf „ihren“ Platz im Privaten verwiesen.⁴

Während das Vordringen von juristisch tätigen Frauen in die vormals ausschließlich männlichen Berufsfelder zunächst noch äußerst schleppend voranging⁵, kam es ab den 1990er Jahren zu einem signifikanten zahlenmäßigen Aufholen in vielen klassischen juristischen Tätigkeitsbereichen. Diese Entwicklung schlug sich insbesondere im Bereich der Justiz deutlich nieder, nicht zuletzt aufgrund der 1993 neu eingeführten Bestimmungen des Bundesgleichbehandlungsgesetzes.⁶ Waren etwa 1970 österreichweit erst 1,5% der RichterInnen weiblich, so waren es 1999 bereits 36,7%.⁷ Heute liegt der Frauenanteil bei 53,60%, bei den RichterInnenamtsanwärterInnen sogar bei 67,76%.⁸ Ein ähnliches Zahlenverhältnis gilt für den Bereich der Staatsanwaltschaft.⁹ Bei den Studierenden liegen Frauen, wie bereits erwähnt, mit etwa 53% ebenfalls knapp vorne¹⁰ und auch im wissenschaftlichen Personal an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten ist der Frauenanteil mittlerweile sehr hoch.¹¹ Sieht man sich zudem im Bereich nicht-klas-sischer Rechtsberufe um, also beispielsweise bei diversen sozialen und rechtlichen Beratungseinrichtungen, wird sich dieser Eindruck vielfach bestätigen. Ist die einstige Männerdomäne Recht daher mittlerweile ein Terrain völliger Gleichberechtigung oder etwa, wie manche vermeinen (oder befürchten?), sogar im Begriff eine Frauendomäne zu werden?¹² Es ist kein Geheimnis, dass der hohe Frauenanteil unter den RichterInnen vor

4 Vgl bspw *Rousseau*, Émile oder über die Erziehung (1762), zit nach *Pateman*, *The Sexual Contract* (1994), 98. Carol Pateman prägte mit ihren Arbeiten wesentlich die feministische Kritik an Gesellschaftsvertragstheorien.

5 So wurde die erste ordentliche Professorin am Juridicum Wien erst 1958 ernannt, vgl *Reiter*, aaO.

6 Bundesgesetz über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern und die Förderung von Frauen im Bereich des Bundes, BGBl 100/1993.

7 Vgl *Pelikan/Haller/Dimmel*, *Richterinnen und Richter in Österreich, eine justizsoziologische Untersuchung* (2000), Kapitel 13: Diskriminierung von Frauen in der Justiz, abrufbar unter: <http://www.richtervereinigung.at/richterschaft/kapitel13a.htm> (14.11.2013).

8 <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484852308c2a601230f0ff6a70141.de.html> (31.10.2013).

9 <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484852308c2a601230f0ff6a70141.de.html> (31.10.2013).

10 Statistik Austria, *Studierende in Österreich 2012/13, Rechtswissenschaften*, abrufbar unter: http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bildung_und_kultur/formales_bildungswesen/universitaeten_studium/021636.html (31.10.2013).

11 So sind beträgt der Frauenanteil unter studentischen MitarbeiterInnen und AssistentInnen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Uni Wien aktuell zwischen 50 und 60%. Vgl *Abteilung Frauenförderung und Gleichstellung der Universität Wien*, Datenbroschüre: *Gender im Fokus 4. Frauen und Männer an der Universität 2013* (2013), 45, 48; abrufbar unter: http://frauenfoerderung.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/personalwesen/pers_frauen/aktuelles/WEB_gender_im_fokus_2013.pdf (14.11.2013).

12 Eine geortete „Feminisierung“ des Rechts und der Rechtsberufe wird aktuell immer wieder auch medial aufgegriffen. Vgl bspw *Kurier* vom 12.3.2013, *Frauen im Recht*, abrufbar unter: <http://kurier.at/karrieren/berufsleben/frauen-im-recht/4.576.708> (31.10.2013); *Süddeutsche Zeitung Magazin*, Heft 40/2013, *Die neue Rechtsordnung*, abrufbar unter: <http://sz-magazin.sueddeutsche.de/texte/anzeigen/40755> (31.10.2013), *Die Presse* vom 9.12.2012, *Justiz:*

allem durch die starke Präsenz von Richterinnen auf bezirksgerichtlicher Ebene bedingt ist – während VfGH, VwGH, OGH aber auch alle vier OLGs nach wie vor von Präsidenten geleitet werden.¹³ Auch an der Uni setzt sich der hohe Frauenanteil nicht bis an die Spitze fort. So sind beispielsweise am Juridicum Wien nur 21% der ProfessorInnen weiblich.¹⁴ Ein besonders prestigereicher und finanziell interessanter Berufszweig scheint zudem ohnehin praktisch nach wie vor Männern vorbehalten zu sein: das Notariat. Derzeit sind lediglich 8% der NotarInnen weiblich und auch bei den NotariatskandidatInnen beträgt der Frauenanteil nur etwa ein Drittel.¹⁵

Gänzlich anders als in der Justiz sieht es außerdem im Bereich der RechtsanwältInnen aus. Während zwar fast die Hälfte der RechtsanwaltsanwärtInnen weiblich ist, beträgt der Frauenanteil unter den aktiven RechtsanwältInnen in Österreich aktuell nur 19%¹⁶, wobei wiederum die wenigsten auch Gesellschafterin einer Kanzlei werden. Der Partnerinnenanteil in den 12 umsatzstärksten Großkanzleien Österreichs ist verschwindend gering: von insgesamt 181 PartnerInnen sind nur 13 Frauen¹⁷. Männerseilschaften, Stereotypisierung und Befürchtung wirtschaftlicher Nachteile aufgrund potentieller familienbedingter Ausfallszeiten sind hier nur einige der Gründe, die sicherlich, wie überall in der Berufswelt, zu direkter Diskriminierung von Frauen aufgrund des Geschlechts führen. Daneben sind jedoch insbesondere die mit dem Beruf „Rechtsanwalt/Rechtsanwältin“ nach wie vor überwiegend verbundenen Arbeitsprinzipien hinsichtlich Arbeitszeit und ständiger Erreichbarkeit mit den konkreten Lebensbedingungen vieler Frauen in der Praxis nur schwer vereinbar. Es bilden sich zwar vereinzelt Initiativen, die versuchen, das Thema Vereinbarkeit aufzugreifen, doch grundsätzlich gilt nach wie vor: Während Frauen noch immer den Hauptteil aller Haus-, Kinderbetreuungs- und Pflegearbeit leisten, scheint das Berufsbild zum Großteil weiterhin vom männlichen Anwalt, dem – falls er überhaupt Familie hat – von jeglicher familiärer Verantwortung der Rücken freigehalten wird, geprägt zu sein. Der Ausschluss von Frauen aus der öffentlichen Sphäre und damit dem Recht wird somit zwar nicht mehr (offen) mit der „Natur“ „der Frau“ argumentiert, doch ergeben sich de facto durch die nach wie vor wesentlich stär-

Mehr Frauen als Männer, abrufbar unter: http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1327934/Justiz_MehrFrauen-als-Maenner (31.10.2013).

13 Eine in diesem Zusammenhang interessante Beobachtung ist etwa, dass in der offiziellen Broschüre des BMJ über die österreichische Justiz, im umfassenden Kapitel Rechtsberufe nicht nur alle Berufsbezeichnungen lediglich in der männlichen Form verwendet werden, sondern auch sämtliche Bedienstetenstatistiken nicht nach Geschlechtern differenziert angeführt werden. Erst in einem knappen Sonderkapitel – mit dem Titel „Frauenförderung“ – wird erstmals erwähnt, dass es in der Justiz auch Frauen gibt. Vgl. BMJ, Die Österreichische Justiz, Institutionen – Organe – Leistungen (2009) abrufbar unter: http://www.justiz.gv.at/web2013/file/8ab4ac8322985dd501229ce2e2d80091.de.0/die_justiz_de_05.09.pdf (31.10.2013).

14 Vgl. Abteilung Frauenförderung und Gleichstellung der Universität Wien, aaO, 39.

15 Auskunft der Notariatskammer, Stand 30.10.2013.

16 Zahlen der Rechtsanwaltskammer, Stand 31.12.2012, abrufbar unter http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/stand_ra_311212.pdf (31.10.2013). Es ist jedoch anzumerken, dass der Anteil der Rechtsanwältinnen laut den dort ab 2004 verfügbaren Zahlen im Steigen begriffen ist.

17 Kurier, aaO.

kere Belastung von Frauen mit „Privataufgaben“ strukturelle Hindernisse für eine volle Partizipation am öffentlichen Leben, in diesem Fall in Form des Tätigseins als Rechtsanwältin. Generell kann festgehalten werden, dass sich die Anzahl von Frauen in bezahlter Erwerbsarbeit zwar in den letzten Jahrzehnten massiv erhöht hat, sich aber gleichzeitig an der Aufteilung der privaten, unbezahlten Reproduktionsarbeit erst marginal etwas zu ändern beginnt. Der hohe Richterinnenanteil wird daher beispielsweise immer wieder mit der aufgrund der grundsätzlich freien Zeiteinteilung entstehenden Familienfreundlichkeit des Berufs begründet.¹⁸

Tatsächlich nicht zu unterschätzen ist im Zusammenhang mit Karriere und beruflichem Fortkommen auch die Bedeutung der zahlreich existierenden Männernetzwerke. Gerade im juristischen Kontext ist hier an prominenter Stelle auf den Österreichischen Cartellverband zu verweisen, der laut Eigenangaben derzeit etwa 12.500 Mitglieder zählt, und der nicht nur ideologisch ein konservatives, antiemanzipatorisches Frauenbild vertritt¹⁹, sondern durch den Ausschluss von Frauen von einer vollwertigen Mitgliedschaft auch hauptsächlich der Karriereförderung von Männern dienlich sein soll und ist.²⁰

Mögliche exkludierende Wirkungsweisen beruflicher Konventionen wie beispielsweise Normvorstellungen zu Kleidung oder Sprache, welche allesamt durch eine männliche Berufstradition entwickelt und maßgeblich geprägt wurden, wären meines Erachtens in diesem Zusammenhang ebenfalls ein spannendes Untersuchungsfeld. Wie in jeder Branche gilt auch in der Juristerei: wer mitreden möchte, muss sich – zumindest in einem gewissen Maße – den vorgefundenen Funktionsweisen, Spielregeln und der Art der Kommunikation anpassen.²¹ Zu denken ist neben der Sprache bzw Kommunikation, durch die das soziale Geschlecht ja auch jedes mal neu konstituiert und inszeniert wird, etwa an den typischerweise mit dem männlichen Juristen verbundenen Anzug als eine Art „Berufsuniform“. Ein Abweichen oder etwa auch das bewusste Übernehmen dieser Kleidungsstradition kann – so banal es erscheinen mag – für Juristinnen rasch zu einem Kristallisationspunkt des zugeschriebenen Anders-Seins werden.²² Mit den Ergebnissen einer kleinen, keinen Anspruch auf Repräsentativität erhebenden, spontanen Umfrage unter VÖJ-Kolleginnen aus unterschiedlichen juristischen Professionen lässt sich vielleicht anschaulich illustrieren, mit welchen Stereotypisierungen und Alltagssexismen

18 Vgl Süddeutsche Zeitung, Magazin, aaO.

19 Vgl bspw die restriktive Haltung des ÖCV zum Abtreibungsrecht.

20 Vgl Ebner, Der Österreichische Cartellverband, in: *Bundesvertretung der Österreichischen Hochschülerinnen- und Hochschülerschaft*, Konservatismus, Elitarismus, Männerbündelei (2013), 19 ff. Vgl darin auch die Ausführung zu existierenden Studentinnenverbindungen und deren konservativer systemstabilisierender Funktion: Stein, Voller Ideale dem Mädchenbunde treu. Anmerkungen zu katholischen Frauenverbindungen in Österreich, 101–121.

21 Dies wird generell im Zusammenhang mit staatstheoretischen feministischen Untersuchungen immer wieder thematisiert, betrifft daher nicht nur den Beruf JuristIn, sondern auch das Recht und den Staat bzw das politische Agieren als solches. Vgl zB *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft (2006), 198, mit Verweis auf Iris Young.

22 Vgl zB eine Untersuchung dieses Themenkomplexes für das Berufsfeld Politikerin: *Blaha/Kuba*, Das Ende der Krattentpflicht. Wie Politikerinnen in der Öffentlichkeit bestehen (2012), 102–129.

Juristinnen noch immer konfrontiert sind: von der Begrüßung mit Handkuss, der Anweisung, die (einzige) Frau solle sich für ein Foto in die Mitte der Männerrunde stellen, weil sie „die Hübscheste“ sei, über die Unterstellung von Emotionalität („seien Sie nicht so emotional, Frau Kollegin“), der abwertende Bezeichnung von anderen Kolleginnen als „Zicken“, bis hin zu Hinweisen, dass Frauen vor Gericht „keine Kampfsäue“ sein sollen, reichen die genannten Beispiele. Auch das Absprechen von Wissen und Kompetenz wird von Kolleginnen immer wieder als Strategie der geschlechtsspezifischen Hierarchisierung im beruflichen Alltag wahrgenommen. So beispielsweise indem der ältere Kollege der jüngeren Juristin als Rechtsvertretung vorgezogen wird oder rechtliche Meinungen von Kolleginnen grundsätzlich weniger akzeptiert werden, insbesondere wenn es sich um „Gender-Themen“ handelt oder die Juristin beruflich im Bereich der Frauenrechte iWS positioniert ist.

Obwohl Frauen vor allem im Bereich des öffentlichen Dienstes, wie am Beispiel der Richterinnen und Staatsanwältinnen gezeigt, zahlenmäßig wesentlich stärker vertreten sind als etwa im Gründungsjahr des Vereins Österreichischer Juristinnen, sind männlich geprägte Berufsmuster, wie am Beispiel der Anwaltschaft gezeigt, vielerorts immer noch dominierend. Es zeigt sich auch, dass Branchen, in denen Ausbildungsplätze begrenzt sind, wie etwa das Notariat, offensichtlich noch wesentliche Zugangsschwierigkeiten für Frauen aufweisen. Zudem ist zu beobachten, dass sich vielfältige geschlechtsspezifische Hierarchien gehalten bzw. neu gebildet haben. Generell führt der Eintritt in einstige Männerdomänen oft entweder dazu, dass sich innerhalb der Branche eine neue männliche Elite-Sparte mit eigenen, ua finanziellen, Privilegierungen, bildet und es daher eher zu einer Verschiebung der patriarchalen Macht als zu einer Auflösung derselben kommt. Oder aber die gesamte Disziplin verliert durch die vermehrte Einbeziehung von Frauen an gesellschaftlichem Ansehen.²³ In diesem Zusammenhang wäre eine interessante Überlegung, ob sich etwa die praktisch immer mehr an Relevanz gewinnende Schiedsgerichtsbarkeit²⁴ im Kontrast zur, wie ausgeführt, zunehmend weiblich konnotierten RichterInnenschaft als „männliches“ Berufsterrain etablieren wird. Da es sich häufig um RechtsanwältInnen handelt, die vor allem in großen, finanziell interessanten Wirtschaftskreisen von den Parteien als SchiedsrichterInnen ausgewählt werden, ist an eine zumindest mittelbare Benachteiligung von Frauen, alleine schon dadurch, dass es viel weniger Rechtsanwältinnen als -anwälte gibt, zu denken. Eine Entwicklung in Rich-

23 Vgl. *Benke*, Die Neuerfindung des Rades? Bemerkungen zum Thema der JuristInnenausbildung, *juridikum* 1/1998, 14f, mit Verweis auf *Berger/Robinson*, Woman's Ghetto within the Legal Profession, *Wisconsin Women's Law Journal* 8 (1992–93), 89; 141, und *Benke*, Women in the Courts, An Old Thorn in Men's Sides, *Michigan Journal of Gender and Law* 3/1 (1995), 227, 158; 244.

24 Vgl. zB *Horvath*, Schiedsverfahren: Exoten oder Heilsbringer?, *RechtsBlatt* (11.4.2013), abrufbar unter: http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/recht_steuern/1387369/Schiedsverfahren_Exoten-oder-Heilsbringer (17.11.2013).

tung einer generellen Abwertung einer Disziplin aufgrund eines erhöhten Frauenanteils, was sich historisch etwa am Beispiel des vormals prestigeträchtigen Berufs „Lehrer“ oder „Sekretär“ gezeigt hat, gilt es vor allem im Bereich des RichterInnenstandes weiter im Auge zu behalten.²⁵

3. „Feminisierung“ des Rechts? Feministisches Recht?

Das Recht wurde, wie oben ausgeführt, bis vor relativ kurzer Zeit ausschließlich von Männern gesetzt, gesprochen, angewendet und interpretiert. Juristen beanspruchten für sich, den „idealen Maßmenschen“ zu verkörpern, der von eigenen Interessen abstrahiert zum Wohle aller und in objektiver Weise „staatsmännisch“ handeln könne, während Frauen diese Fähigkeit zur Objektivität abgesprochen wurde. Eine umfassende Untersuchung, ob und wenn ja zu welchen qualitativen Änderungen es im Recht durch die zahlenmäßige Erhöhung des Frauenanteils in juristischen Berufen gekommen ist bzw. ob sich dadurch alleine schon feministisches Potential ergibt, sprengt den Rahmen dieses Aufsatzes und soll hier daher nur kurz angerissen werden.

Es ist eine Tatsache, dass unterschiedliche Sozialisation, Lebenserfahrungen und -umstände unsere Werte und damit auch unser (berufliches) Agieren im Recht beeinflussen. Werden dabei auch geschlechtsspezifische Faktoren beachtet, ist die Gefahr des Tappens in die Falle des Differenz-Dilemmas²⁶ immer präsent, insbesondere wenn geschlussfolgert wird, Frauen arbeiten, argumentieren, urteilen und „sein“ somit typischerweise so und Männer eben anders. Bestehende Ungleichheiten und Herrschaftsstrukturen, wie beispielsweise die nach wie vor in weiten Teilen geschlechtsspezifische Verteilung der Kinderbetreuungs-, Haus- und Pflegearbeit, zu benennen, ohne gleichzeitig Geschlechterstereotypen zu reproduzieren, erweist sich daher oft als knifflige Angelegenheit. Trotzdem: Frauen leisten de facto durch das Einbringen weiblicher Lebensrealitäten (in all ihrer Pluralität!) in den Rechtsdiskurs jedenfalls einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Rechts. Ein auf Differenz unter Frauen und Intersektionalität gerichteter Blick ist dabei unumgänglich. Auch der Verein österreichischer Juristinnen versucht immer wieder, in der Tradition einer kritischen feministischen Rechtswissenschaft, auf die Auswirkung von Rechtsnormen und rechtspolitischen Vorhaben auf konkrete weibliche Lebensbedingungen hinzuweisen sowie die scheinbar unpolitische Objektivität und Neutralität des Rechts auf dahinter liegende Macht- und Herrschaftsverhältnisse hin zu untersuchen. Oft geht es dabei gar nicht um das Einfordern neuer oder anders formu-

25 Wobei Richterinnen zusätzlich – sei es hinter vorgehaltener Hand oder relativ offen – mit dem unsubstantiierten, emotionalisierten Vorwurf, reine „Frauenquoten-Besetzungen“ zu sein, zu kämpfen haben und es wohl – wie diversen, oben zitierten, Medienberichten zu entnehmen ist – auch die Befürchtung, gibt, dass die Gerichte „verweiblichen“ und dadurch die Justiz an Wert verlieren könnte.

26 Vgl. dazu bspw. *Holzleitner*, Emanzipatorisches Recht? Über Chancen und Grenzen rechtlicher Gleichstellung, *juridikum* 1/2010, 6-21; 9, und *Foljanty/Lembke*, *Feministische Rechtswissenschaft* (2006), 21.

liert gesetzlicher Vorschriften, sondern um das Hinterfragen der Deutungsmacht über Lebenssituationen und soziale Gegebenheiten, die den Rechtsfragen zu Grunde liegen. Im Zuge der juristischen Arbeit, also grob gesprochen bei der Anwendung des rechtlichen Handwerks auf Lebenssachverhalte, kommt der Einschätzung und Beurteilung (oder in manchen Fällen auch der erstmaligen bloßen Wahrnehmung) dieser Lebenssachverhalte eine mindestens genauso entscheidende Bedeutung zu, wie etwa der Rechtsmethodik oder Rechtsdogmatik. In der Praxis tut sich hier meiner Meinung nach eines der wichtigsten feministischen Potentiale für Juristinnen auf. So geht es etwa in der Debatte um gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit nicht so sehr um rechtliche Spitzfindigkeiten, sondern vor allem um das Wahrnehmen und Interpretieren von Tatsachen, sei es zu statistischen Angaben zur Lohnungleichheit oder zur Bewertung von konkret geleisteter Arbeit von Frauen und Männern.²⁷ Auch der Bereich sexualisierter Gewalt gegen Frauen und Mädchen bietet zahlreiche Beispiele, in denen herrschende Lehre und Judikatur aus feministischen Perspektiven zu kritisieren sind, wobei es auch hier oft um die Bewertung von Tatsachen, beispielsweise ob ein Übergriff für die Betroffenen schwerwiegend sei oder nicht, geht.²⁸ Letztlich ist zu berücksichtigen, dass Rechtsdiskurse nicht nur auf (scheinbare) Realitäten Bezug nehmen, sondern auch an deren Herstellung beteiligt sind.²⁹ Aber auch die praktische Beachtung bereits bestehender Rechtsinstrumente, wie etwa der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frauen (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW) gilt es immer wieder einzufordern. Es ist nach wie vor zu beobachten, dass diese kaum angewendet, um nicht zu sagen absichtlich ignoriert, werden.

In nationalen wie internationalen staatlichen und nichtstaatlichen Organisationen haben sich hier viele spannende Tätigkeitsfelder, beispielsweise im Bereich der Frauen- und Menschenrechte, des Antidiskriminierungsrechts, der Genderforschung oder der sozialen juristischen Arbeit, etwa im Bereich Gewalt gegen Frauen, aufgetan. Um auch den juristische Mainstream und die klassischen Rechtsberufe „feministisch bereichern“ zu können, kommt dem juristischen Studium und dem dabei vermittelten Rechtsbegriff eine entscheidende Rolle zu. Dieser wird gerade durch eine Auseinandersetzung mit sog. kritischen Grundlagenfächern um den Lebenskontext, in dem ein konkreter Rechtsfall gelagert ist, die gesellschaftlichen Bedingungen der Entstehung von Normen sowie die Auswirkungen von Recht erweitert. Wie Benke bereits 1998 forderte, bräuchte es dazu

27 Vgl. Stellungnahme/Leserinnenbrief des VÖJ vom 11.4.2012 zum Profil Artikel „Löhne: Die Wahrheit über die Ungleichheit“, abrufbar unter: <http://www.juristinnen.at/archive/category/stellungnahmen> (14.11.2013).

28 Vgl. Presseaussendung des VÖJ und des Österreichischen Frauenrings vom 30.9.2009, zum Fall einer Volksschülerin, die vom Schulfahrer „am Gesäß betastet“ worden war, was laut OGH „keine geschlechtliche Handlung“ darstelle, da „das Gesäß nicht zur unmittelbaren Geschlechtssphäre eines Menschen“ zähle, abrufbar unter: <http://www.juristinnen.at/archive/category/stellungnahmen> (14.11.2013).

29 Vgl. *Foljanty/Lembke*, aaO.

– unter anderem – eine Verankerung der Legal Gender Studies als anerkannte Grundlagendisziplin für alle Jus-Studierenden.³⁰

4. Braucht es einen Juristinnen-Verein?

Dieser Beitrag soll aufzeigen, dass das Geschlecht in der juristischen beruflichen Praxis, aber auch im Recht selbst, nach wie vor eine herausragende Rolle spielt. Der Verein Österreichischer Juristinnen differenziert nicht nur in seinem Namen bereits nach Geschlecht, sondern spricht auch in seinem Leitbild, wie eingangs erwähnt, von geschlechtsspezifischen Strukturen. Zudem schafft der Verein für seine Mitglieder einen expliziten „Frauenraum“. Durch dieses Bezugnehmen auf „Frauen“ und „weibliche Lebensrealitäten“ begibt man_frau sich freilich immer wieder in gefährliche Nähe zur Differenz-Falle – oder tappt manchmal sogar mitten hinein. Dennoch: Bei einer Nichtkategorisierung von Geschlecht besteht die Gefahr, nicht nur ein für die politische Praxis relevantes Kollektivdenken zu verunmöglichen, sondern auch Herrschaftsverhältnisse, bestehende Benachteiligungen sowie grundsätzliche Abwertung von konnotiert Weiblichem nicht benennen zu können. Dadurch würde letztlich jede Juristin, die auf Widerstände im Berufsalltag – seien es sexistische Sprüche oder „gläserne Decken“ – stößt, wieder für sich alleine mit ihren individualisierten Problemen bleiben. Die eingangs erwähnten Ziele und Anliegen des VÖJ scheinen aktuell weder erreicht noch an Relevanz verloren zu haben. Der VÖJ versucht, vor allem auch einen Raum des Austausches, der Diskussion und der gegenseitigen Stärkung von feministisch denkenden Juristinnen zu bieten. In einer verschärften neoliberalen Arbeitswelt soll damit der schnell spürbaren Vereinzelung³¹ etwas entgegengesetzt werden.

Mag.^a Theresa Hammer studierte Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Legal Gender Studies an der Universität Wien, arbeitet als Juristin in der Gleichbehandlungsanwaltschaft Österreich in Wien und ist Mitglied des Vereins Österreichischer Juristinnen; theresa.hammer@gmx.net

30 Und sollen die Legal Gender Studies nicht nur „Gegenstand von Spezialisierungskursen sein, die mehr oder weniger zu einer Berufsvorbereitung für MitarbeiterInnen von Frauenberatungsstellen abgestempelt werden.“ *Benke*, aaO, 13.

31 Vgl dazu *Sporrer*, Justitias Töchter. Der Verein österreichischer Juristinnen, *juridikum* 5/1992, 44, die damals insbesondere die auch noch zahlenmäßige Vereinzelung von Frauen in der männlich dominierten juristischen Berufswelt betonte.

Verbesserung der Welt...

Zum Rollenverständnis einer Rechtsanwältin

Nadja Lorenz

Der Befund, die Welt sei verbesserungsbedürftig, setzt ein Bild der Welt, wie sie sein sollte, bereits voraus. Und philosophisch nehmen Themen wie das Gute und die Gerechtigkeit dabei selbstredend einen gewichtigen Platz ein. Ich möchte es mir bei der Frage nach meinem Rollenverständnis als Rechtsanwältin und nach der Motivation bei der Ergreifung dieses Berufes einfach machen, die dahinterliegenden Fragen beiseite lassen und schlicht konstatieren, dass ich selbstverständlich diesen Beruf erwählt habe, weil ich zur Verbesserung des Zustandes der Welt beitragen wollte und will und mir das parteiische Eintreten für die Rechte von Menschen, die nicht leicht allein in der Lage sind, das Wort für sich zu ergreifen, als dafür höchst geeignet schien. Es ging mir bereits bei der Studienwahl darum, jenen, die aus unterschiedlichen Gründen gesellschaftlich marginalisiert sind, zu ihrem „Recht“ zu verhelfen und sohin dazu beizutragen, dass unsere Gesellschaft gerechter würde. Nach 20 Jahren der Tätigkeit, vor allem im Bereich von Fremden- und Asylrecht sowie der Vertretung von Opfern von Polizeieingriffen, ist meine Bilanz – wenig überraschend – gemischt.

Ich bin überzeugt davon, dass konsequente und engagierte Rechtsvertretung im Einzelfall dazu führen kann, dass Menschen, die ohne Unterstützung im Verfahren von den Mühlen des Systems zermürbt, zermahlen und am Ende gedemütigt und verloren ausgespuckt werden, zum gewünschten Verfahrensergebnis verholfen werden kann. Vor allem, wenn es sich bei den Rechtssuchenden um Personen handelt, die gesellschaftlich stigmatisiert und an den Rand gedrängt sind. Gerade auf Asylsuchende bzw Fremde im Allgemeinen trifft dies in erhöhtem Maße zu: Täglich von den Medien kriminalisiert und von der Politik vor sich hergetrieben, haben sich in den Köpfen Bilder festgesetzt, die es nahezu verunmöglichen, dass diesen Menschen im Allgemeinen, aber auch in concreto, vorurteilsfrei und gar wohlwollend im Verfahren begegnet wird.

Diese Personen kann ich als Rechtsanwältin also stärken, indem ich ihnen vorab „übersetze“, worum es im Verfahren aus Sicht der Behörde/des Gerichtes geht – oftmals deckt sich das mit der Sicht der Betroffenen ja gar nicht; ich kann ihnen in der Begegnung mit dem Apparat zur Seite stehen und wache mit Argusaugen darüber, dass möglichst wenig Schädigendes vorfällt. Im Falle von Schutzgewährung durch den Staat als Verfahrensausgang ist die Weltverbesserung dann im Einzelfall (zumeist) tadellos gelungen, denn, dass Schutz vor Verfolgung oder unmenschlicher, entwürdigender Behandlung die Welt

verbessert, nämlich Leid reduziert, steht zumindest für mich ganz unphilosophisch einfach fest. (Freude!)

Angetreten war ich jedoch mit höheren Erwartungen an mich und an die Veränderbarkeit der Welt, ging und geht es mir doch nicht ausschließlich um „Einzelfallgerechtigkeit“, sondern um die Verbesserung des Rechtssystems: des Zugangs zum Recht, der Möglichkeit eines tatsächlich fairen Verfahrens unter Berücksichtigung der menschlichen Würde (schon wieder ein höchst durchleuchtungswürdiger Begriff) sowie des effektiven Schutzes vor dem Wirksamwerden der oben erwähnten Bilder, die meist zu einer Vorverurteilung vor Urteil führen.

In diesem Bereich fällt die Bilanz eher schlecht aus. Wenn es auch gemeinsam mit KollegInnen ua immer wieder durch Erzielen von Erfolgen in Einzelfällen und dadurch bewirkter Rechtssprechung gelungen ist, Verbesserungen für ganze Gruppen von Betroffenen zu erreichen, so konnten solche Erfolge durch die Legislative je nach Bedarf – und wo nötig auch unter Aushebelung der Verfassung – rückgängig gemacht werden. Auf gerichtlicher Ebene erzielte Erfolge bei der Durchsetzung von Grund- und Menschenrechten werden oftmals durch neue Gesetze „unschädlich“ gemacht. Manchmal schleicht sich das Gefühl ein, so müsse es dem Hamster auf seinem Laufrad gehen.

Doch da gibt es noch eine weitere Funktion, die zum Rollenbild einer kritischen Rechtsanwältin gehört: das öffentliche Wort. Ohne mediale Unterstützung lassen sich zwar einzelne Fälle durchfechten, auch Judikaturänderung kann so bewirkt werden. Gesamtgesellschaftlich lässt sich jedoch Bewusstsein für Ungerechtigkeit, Diskriminierung und Missstände nur schaffen, wenn RechtsanwältInnen auch in der Öffentlichkeit Partei ergreifen, Fälle auch dafür nutzen, notwendige Systemänderungen bspw zur Vermeidung von Grundrechtsverletzungen zu fordern und grundsätzliche Missstände aufzugreifen. Diese öffentliche Stimme (verknüpft mit dem grundsätzlich ja als ehrenwert angesehenen Beruf der Rechtsanwältin) kann im Chor mit MitkämpferInnen aus Wissenschaft und Zivilgesellschaft seltene Fortschritte zur Durchsetzung von mehr Gerechtigkeit oder fairere Verfahrensbedingungen bewirken. Und so einen Beitrag zur Verbesserung der kleinen österreichischen Welt leisten.

Diese vielfältige Aufgabenstellung klingt anstrengend und das ist sie wohl auch, es soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass diese Art der Ausübung des RechtsanwältInnenberufes ungemein vielfältig und spannend ist, sicher kaum Langeweile aufkommt und immer wieder ganz direkt – auch durch die Reaktionen der MandantInnen – große Glücksmomente und Befriedigung bereithält.

Strukturen, Muße, Wesentliches

Ein Versuch über den Umgang mit Zeit in der Juristerei

Ronald Frühwirth¹

1. Zu wenig Zeit

Juristische Tätigkeit ist kreativ. Verträge gestalten, Gesetze auslegen, Vorbringen erstatten, Verfahren anstrengen, Lösungen finden, Konflikte bereinigen, Entscheidungen begründen, kommunizieren – all das ist Teil juristischer Tätigkeit. Abwägen, überlegen, Gedanken aufgreifen, verwerfen, wieder hervorholen, in die Tat umsetzen, Neuland betreten – all das sind grundlegende Ingredienzen für gute juristische Arbeit. Kreativität braucht Muße – umgelegt auf unsere Arbeitswelt, der Begriffe wie Muße fremd werden: Zeit. Bloß, gerade daran scheint es immer mehr zu mangeln. Warum ist das so?

Mitunter müssen Arbeiten ganz einfach in bestimmter Zeit erledigt werden, sind fristgebunden. Eine Einschränkung, die aber immer noch viel Spielraum lässt. Wenn da nicht dieser, gerade im anwaltlichen Berufsalltag typische Hang dazu wäre, Arbeiten erst unter dem Druck des nahenden Endes einer Frist aufzunehmen. Mitunter mögen Stress und Zeitdruck kreativem Denken förderlich sein. Auf Dauer machen sie müde, einfallslos und begünstigen die Neigung, nach Schema F zu arbeiten. Auch vielen anderen Metiers ist der Druck von Deadlines geläufig. Aber nicht immer sind diese unumstößlich, mitunter verlänger- oder dehnbar. Für gesetzliche Fristen gilt dies nicht. Wir sind also mitten im Berufsalltag von Anwält_innen.

Anwält_innen klagen regelmäßig darüber, zu wenig Zeit zu haben – für ihre Arbeit, ihre sonstigen Verpflichtungen; für private Vergnügungen sowieso. Wobei, klagen sie wirklich? Im Grunde gehört es zum Selbstverständnis von Anwält_innen, überdurchschnittlich beschäftigt und ergo ständig bei der Arbeit und knapp dran zu sein. Von dieser Prämisse ausgehend, sind die erfolgreichen unter ihnen diejenigen, die rasch und effizient arbeiten, schwer erreichbar und kurz angebunden sind und sich nicht lang mit „Nebensächlichkeiten“ aufhalten. Der übermäßige Arbeitsanfall schlägt sich natürlich auch in der Arbeitszeit nieder. Die Arbeitswoche beschränkt sich weder auf fünf Tage, noch auf vierzig Stunden. Auch das gilt als Dogma.

Es scheint, als schaffe der Arbeitsdruck eine Zugangshürde. Aber wer wird damit vom anwaltlichen Berufsfeld ferngehalten? Leute, die Wert darauf legen, neben dem Arbeits-

1 Ich danke Ilse Koza und Ines Rössl für ihre kritischen Anmerkungen und Überlegungen.

leben auch einem sonstigen Leben nachzugehen, oder die es müssen, weil familiäre Verpflichtungen bestehen. Aber nicht nur sie, auch Verträumte, Verspielte, Langsame – sollen sie nicht Anwält_innen werden? Was spricht dagegen, als Anwältin oder Anwalt wenig zu arbeiten, eine Vier-Tages-Woche einzuhalten, mittags das Büro zu verlassen, oder die Vorteile der Selbständigkeit dahingehend zu nützen, gänzlich individualisierte Arbeitszeiten zu pflegen, abends oder nachts oder an Wochenenden zu arbeiten und mittags im Freibad zu liegen?

2. Zuhören

Juristische Probleme sind immer und ohne Ausnahme in (zwischen)menschlichen Beziehungen oder Bedürfnissen begründet. In juristischen Verfahren werden Konflikte zwischen Menschen verhandelt, wird über ihre, in Anträge geformte Begehren entschieden oder werden Strafen über sie verhängt. Jede rechtliche Entscheidung ändert etwas in den Lebensbeziehungen und -umständen von Menschen. Und diejenigen, die diese Entscheidungen herbeiführen, die sich an deren Ausverhandlung beteiligen, sind zuallermeist Jurist_innen. Sie agieren als Anwält_innen, Richter_innen oder Verwaltungsjurist_innen, somit als Entscheider_innen und Mittler_innen. In all diesen Tätigkeitsfeldern ist die Fähigkeit, zuzuhören, notwendige Voraussetzung und Pflicht.

Für die von einem Rechtsproblem betroffene Person geht es nämlich (von wenigen Ausnahmen abgesehen) um viel; um Aufenthaltsrechte, um den Verlust oder die Anschaffung von Wohnraum, um finanzielle Unterstützung, um familiäre Konflikte, um die Begründung oder Beendigung von Lebensbeziehungen, um Geld, Anerkennung, um Ehre, Glaubwürdigkeit, um Freiheit, um die Genugtuung, Unrecht als solches benannt zu wissen, um Entschädigung, um Ruhe; es geht um die Existenz, um das Leben und seine Umstände.

All das wird in die Hände und Köpfe von Jurist_innen gelegt, die deshalb die Pflicht haben, zuzuhören und den Betroffenen Zeit einzuräumen, um zu reden, um auszuholen, um zu erzählen. Der Jurist oder die Juristin will in der Regel den entscheidungswesentlichen Sachverhalt hören. Aber um diesen ermitteln und herausfiltern zu können, braucht es viel Sachverhalt rundherum, der mitunter nicht immer für die Entscheidung wesentlich ist, der aber ein Bild generiert, den Sachverhalt einbettet in ein Ganzes, das immerhin der Lebensausschnitt einer_s anderen ist. Wer also Wesentliches herausfiltern will, muss sich auch mit Unwesentlichem aufhalten. Schon aus Eigeninteresse daran, alles Nötige in Erfahrung bringen zu können, müssen Entscheider_innen zuhören. Und das dauert eben, manchmal länger, manchmal kürzer. Und es ist nicht nur das Eigeninteresse, den Sachverhalt ausreichend ermitteln zu können, das dazu veranlassen sollte, zuzuhören. Auch der Respekt vor dem_derjenigen, die_der hier Lebensausschnitte offen legt, gebietet es; und schließlich die Empathie, als für die Juristerei unersetzbare Eigenschaft.

3. Erreichbarkeit

Kommunikation kostet Zeit. Und es wird viel kommuniziert; weniger zugehört, aber viel gesprochen, gemailt, telefoniert. Während im anwaltlichen Alltag das persönliche Gespräch mit Klient_innen in zeitlicher Hinsicht zurückgedrängt wird, potenziert sich der Zeitaufwand für die Beantwortung von E-Mails und Telefonaten. Es geht ja so leicht; und so schnell. Arbeitsaufträge, Anfragen etc gehen beim einen hinaus und sind nur Zeitbruchteile später bei der anderen angekommen. Und davon geht der Versender auch aus: Dass die Empfängerin im Moment des Versands die Nachricht auch schon erhält, liest, wahrnimmt; und er erwartet sich eine Reaktion darauf, wird unrund, wenn sie nicht sogleich einlangt. Dann folgt ein Erinnerungsmail, es könnte ja sein, dass die Empfängerin das E-Mail übersehen hat, weshalb sonst, hätte sie noch nicht geantwortet, zumindest eine Empfangsbestätigung übermittelt? Und bleibt diese Erinnerung auch unbeantwortet, steigert sich die Sorge, das Anliegen würde nicht wichtig genommen werden, wo doch das E-Mail mit dem Vermerk „Priorität hoch“ versehen wurde. Also veranlasst die steigende Unruhe den Versender dazu, das Medium zu wechseln. Ein Anruf sollte genügen, um die Dringlichkeit des E-Mails in Erinnerung zu rufen. Ein Anruf, der unbeantwortet bleibt. Aber die Empfängerin hat eine Mailbox eingerichtet, so kann ihr der Versender eine Nachricht hinterlassen und nachfragen, ob sie denn seine E-Mail bereits bemerkt, gelesen und verinnerlicht habe, und mit Nachdruck seinen Wunsch kundtun, sie möge sich bei ihm melden. Er werde abends noch eine SMS schicken – nur zur Sicherheit, er wisse ja nicht, ob sie ihre Mobilbox denn auch regelmäßig abhöre.

So kann sich eine simple Anfrage des Versenders ganz einfach und rasch bei der Empfängerin zu zwei E-Mails, einem unbeantworteten Anruf, einer Nachricht auf der Mobilbox und einer SMS vervielfachen. Für den Versender alles sehr schnell und ohne viel Aufwand in den Äther geschickt, lösen sie bei der Empfängerin, an die wahrscheinlich an diesem Tag noch weitere Anfragen (samt kommunikativem Anhang) herangetragen wurden, während sie sich der Beantwortung einer ganz anderen Anfrage widmete, das Gefühl aus, hinterherzuhinken, den an sie herangetragenen Anforderungen nicht gerecht zu werden und die Ansprüche der Anfragenden nicht erfüllen zu können. Und sie kosten Zeit, die die Empfängerin mit Lesen, Abhören und (im besten Fall) Löschen sich stetig potenzierender Nachrichten vertut – anstatt sich Anfragen inhaltlich widmen zu können.

4. Mehr Zeit!

Alles ließe sich auch anders angehen. Jurist_innen sind gut und umfassend ausgebildete Menschen, die es gewohnt sein sollten, nichts so hinzunehmen, wie es zu sein scheint. Es würde mehr unter ihnen brauchen, die bereit sind, Eis zu brechen und andere Le-

bens- und Arbeitsentwürfe in die Tat umzusetzen. Denn wo Gewohnheiten festgefahren sind, reichen bloße Gedankenspiele nicht aus, um Veränderungen herbeizuführen. Die Art der Arbeit, die Herangehensweise an Arbeit, das Maß an Achtsamkeit, die in eine Tätigkeit einfließt und den Umgang mit Menschen kann jede_r selbst gestalten. Vieles andere liegt natürlich an Strukturen. Die Menge des Arbeitsanfalls lässt sich für die meisten schwer beeinflussen oder steuern. Das gilt für in Justiz und Verwaltung tätige Jurist_innen genauso, wie für solche, die in der Anwaltschaft, im Notariat, in NGOs oder in Unternehmen tätig sind. Der hohe Arbeitsanfall liegt an Strukturen, die die Zahl von Arbeitsplätzen lieber beschränkt, denn sie ausgebaut zu wissen; oder an (vermeintlichen, selbstauferlegten) Zwängen und Dogmen, die es nicht erlauben (wollen), Arbeit abzulehnen, abzugeben, aufzuteilen. Der_die Einzelne kann diesen Strukturen mit Abgrenzung begegnen, indem Pausen gepflegt, Rückzugsräume geschaffen, Grenzen aufgestellt und eingehalten, Phasen der Unerreichbarkeit eingerichtet und Nein-Sagen kultiviert werden. Einer derart gelebten Arbeitskultur käme wohl Signalwirkung zu. Sie könnte zur Nachahmung anstacheln und im besten Fall sogar diejenigen zum Nachdenken bringen, die Strukturen ändern könnten.

Probleme wollen wahr- und ernstgenommen werden und verlangen nach Lösungen, die sorgfältig und mit Bedacht erarbeitet werden. Die wenigsten Anliegen brauchen wirklich eine sofortige Erledigung. Wer festgenommen wurde, von einer Abschiebung oder Räumung bedroht ist, benötigt dringendes Handeln. Wer einen Gewährleistungsanspruch durchsetzen möchte, wird in der Regel Verständnis dafür aufbringen, wenn die Angelegenheit nicht schon heute, sondern erst morgen angegangen wird, sofern das Anliegen dafür sorgfältig behandelt wird. E-Mails mit hoher Prioritätsstufe, die mit „Dringend“ tituliert oder deren Betreff mit mehreren Rufezeichen versehen ist, sollten in aller Regel eine gewisse Zeit abliegen, damit bei all dem Staub, den sie aufwirbeln, ihr eigentlicher Kern zu Tage treten kann. Es gilt Prioritäten zu setzen und für sich in Anspruch zu nehmen, dass gute Lösungen mitunter Zeit brauchen, um ausgehandelt, überlegt, gewälzt und wieder verworfen werden zu können. In der Praxis ist dies schwieriger umzusetzen, als es sich liest und schreibt; aber hilfreich, um krankmachender Überlastung entgegenzuwirken.

In der juristischen Arbeit stellt der Umgang mit Menschen einen verlässlichen Gradmesser für Überlastung und Überforderung dar: Sobald die Menschen, die ihre Lebensanschnitte präsentieren, einem_r beginnen lästig zu werden, sobald man_frau nicht mehr die Geduld aufbringt, ihnen zuzuhören und neu hereinkommende Fälle weniger Begeisterung auslösen als das Abarbeiten der alten, wird es Zeit, eine Pause einzulegen.

Lasst euch nicht unterkriegen!

Ein Aufruf, sich der Rechtswissenschaft anzunehmen

John Philipp Thurn

Wer Jus studiert und sich als links oder alternativ versteht, hat es oft nicht leicht. Dabei ist die kritische Beschäftigung mit Recht eine ebenso spannende wie wichtige Angelegenheit. Zugegeben: Das Jus-Studium ist anstrengend, weil eine riesige Menge an Stoff bewältigt werden muss. Die Konzentration auf Themen wie die Übertragung von Grundpfandrechten und die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Revision bringt die wenigsten Menschen intellektuell oder charakterlich weiter. Dazu kommt, dass Notenvergabe und andere disziplinierende Mechanismen systematisch für Verunsicherung und Leistungskonkurrenz sorgen; die „Ausbildung zum Einheitsjuristen“, insbesondere der Stress der Prüfungsvorbereitung, macht nicht wenige krank.¹ Unter den Kommiliton_innen, deren Interesse sich teilweise darauf beschränkt, mit ihrer Ausbildung später in einer Großkanzlei oder „in der Wirtschaft“ möglichst viel Geld zu verdienen, ist es nicht immer leicht, Gleichgesinnte zu finden.

Kritische Juristinnen und Juristen sind häufig dem Druck ausgesetzt, in Prüfungen detaillierte Antworten geben zu müssen auf Fragen, die sich in einer an menschlichen Bedürfnissen ausgerichteten Gesellschaft vielleicht gar nicht stellen würden. Empfehlen Professor_innen dann auch noch wohlmeinend, einen Fall im Zweifel mit der „herrschenden Meinung (h. M.)“ oder „einfach nach dem Gerechtigkeitsgefühl“ zu lösen, entstehen manchmal absurde Situationen für Menschen, die prinzipiell an der Legitimität von Gefängnisstrafen für Eigentumsdelikte oder am Menschenrecht auf Betrieb eines profitorientierten Industrieunternehmens zweifeln. Die juristische Ausbildung, die spannende Disziplinen wie Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie marginalisiert und sich fast komplett in scheinbar wertneutraler Dogmatik erschöpft, ist – jedenfalls überwiegend – eine Mühle, die „ein mittleres Maß an Technik und ganze Waschkörbe von Ideologie vermittelt“². Da liegt es nicht fern, das Jusstudium zu schmeißen, zumal es wegen der Abneigung mancher Eigentümer_innen, an Menschen mit (vermuteten) Rechtskenntnissen zu vermieten, mitunter Probleme bei der Wohnungssuche verursacht und insgesamt nicht gerade als cool gilt.

1 Vgl. *Dammann*, Sozialisation durch Prüfungsangst und Leistungsdruck, *Forum Recht* 2006, 60; *Buckel*, Die Mechanik der Macht in der juristischen Ausbildung, *Kritische Justiz* (KJ) 2002, 111.

2 *Ridder*, Verfassungsreformen und gesellschaftliche Aufgabe des Juristen, *KJ* 1971, 371 (373).

1. Teil der Lösung oder Teil des Problems?

Andererseits neigen Jurist_innen dazu, geistes- und sozialwissenschaftliche Studiengänge zu verklären: Aus der Distanz betrachtet, scheinen andere Fachbereiche paradiesische Orte selbstbestimmter Beschäftigung mit den wichtigen Fragen des Lebens zu sein. Die Realität sieht – nicht erst seit der unsäglichen Bachelorisierung – ganz anders aus. Und umgekehrt ist es auch in den Rechtswissenschaften zumindest während der ersten Jahre durchaus möglich, die Grundlagenfächer zu studieren, und sich gemeinsam mit anderen – beispielsweise auf den BAKJ-Kongressen – mit Inhalten zu beschäftigen, die im Lehrplan zu kurz kommen.

Auch ist es unwahrscheinlich, dass die Rechtsordnung oder die juristische Ausbildung allein dadurch besser werden, dass man die konservative Mehrheit dort ungestört weiterwerkeln lässt. Sinnvoll könnte eine allgemeine „Flucht aus dem Recht“ also nur sein, wenn alle, die sich berufsmäßig der Mittel des Rechts bedienen, dadurch automatisch „Teil des Problems“ würden. Womit wir bei einer alten Fragestellung sind: Ist es nicht völlig perspektivlos, als kleine Minderheit die „Klassenjustiz“ progressiv wenden zu wollen? Lenkt nicht jede Mitarbeit am herrschenden Recht als dem Recht der Herrschenden von nötigen *politischen* Veränderungen ab? Hinter diesem strategisch klingenden Problem steckt letztlich die Frage nach dem Wesen, der Entstehung und dem Wirken von Recht.

Linke Jurist_innen in Deutschland haben über dieses Thema vermutlich am intensivsten in den Jahren nach 1968 diskutiert, nicht zuletzt in den Zeitschriften „Kritische Justiz“ und „Demokratie und Recht“.³ Vereinfacht gesagt meinten dabei die Einen, das Recht sei in der bürgerlichen Gesellschaft streng von der kapitalistischen Basis determiniert. Zu versuchen, als Richterin oder als Anwalt emanzipatorische Politik zu machen, hielten sie für einen „hilflosen Marsch in die Institutionen“, für fragwürdige Stellvertretung unterprivilegierter Gruppen, die diese bevormunde und entpolitisiere.⁴ Fortschritt sei nur gegen das bürgerliche Recht möglich, nicht mit ihm. Echte Linke studierten also Ökonomie oder gingen direkt in die Fabriken! Für die eventuellen Gerichtsprozesse würden liberale Anwältinnen und Anwälte genügen, die ihr Handwerk ohnehin oft besser verstünden.

Linke, die so dachten, organisierten damals entsprechend Kampagnen, um Erstsemester_innen zu „politisieren“ und vom Jus-Studium abzuwerben. Auch wenn der Hinweis etwas unfair sein mag: So mancher Lebenslauf eines ultralinken Jus-Abbrechers führte ziemlich schnell ins Lager des einstigen „Klassenfeindes“.

3 Überblick zur Debatte bei *Blanke*, Dilemma der verfassungspolitischen Linken, in *Rottleuthner* (Hrsg), Probleme der marxistischen Rechtslehre, 1975, 419–483.

4 *Preuß*, Zur Funktion eines Zusammenschlusses gesellschaftskritischer Juristen, KJ 1971, 378 (380).

2. Links im Recht

Andere Linke gaben zu, dass die Einhaltung von Verfassung und bestehenden Gesetzen noch lange nicht die Überwindung aller existierenden Herrschaftsverhältnisse bedeutete: Das Recht war keine Gegenmacht. Sie betonten aber – mit kritischen Rechtstheoretikern wie Franz L. Neumann – die Eigengesetzlichkeit der Rechtsform, die eben auch Schutz gegenüber dem unvermittelten Durchbruch existierender Machtverhältnisse gewähre. Ihrer Auffassung nach boten sich im Recht vielfältige Anknüpfungsmöglichkeiten für emanzipatorische Kämpfe. In diesem Sinne empfahl der radikaldemokratische Verfassungsrechtler Helmut Ridder, „es mit der Norm als einer möglichen Waffe gegen demokratieverhindernde gesetz- und verfassungswidrige Wirklichkeiten ernst zu nehmen. Das ist freilich nur möglich, wenn man das Instrumentarium kennt“; die Einflussmöglichkeiten für Jurist_innen seien zwar bescheiden, aber sie könnten „sei es beratend, sei es in der Rechtsprechung, sei es rechtspolitisch, sei es akademisch, ein Bremsfaktor von nicht geringer Tragweite“ sein im Prozess „des Fortschreitens des Politikums nach rechts“.⁵

Vertreter_innen dieser Auffassung untersuchten die Wirkungsbereiche für fortschrittliche Jurist_innen auf ihre Möglichkeiten und Grenzen. Progressive Richter_innen hätten es zwar schwer in der konservativ geprägten Justiz, könnten aber „im Einzelfall helfen, soziale Ungerechtigkeiten auszugleichen, praktische Humanität zu üben“; in politischen Prozessen stellten sich linke Anwält_innen im Vergleich zu liberalen häufig als die besseren heraus: Arbeiteten sie mit ihren Mandant_innen zusammen, könnten sie hier und dort emanzipatorische Anliegen voranbringen.⁶ Allerdings machten Linke, linke Frauen zumal, häufig die Erfahrung, dass sie für den gleichen Job „besser“ sein mussten als andere.⁷

Trotzdem war rechtliches Wissen mehr als nur ein Mittel zum Broterwerb, wie viele mit juristischen Argumenten und Mitteln geführte politische Auseinandersetzungen der 1970er Jahre deutlich machten. Kritische Jurist_innen gelangten dabei im Laufe der Zeit zu der Auffassung, dass ihr Einfluss vor allem „eine Frage der Zahl“ und des solidarischen Organisationszusammenhangs sei.⁸ Die Hochphase sichtbarer Politisierung und konfrontativ geführter Gerichtsverfahren mag vorbei sein, aber der Einsatz zugunsten unterprivilegierter Interessen prägt noch immer das Selbstverständnis mancher Anwältinnen und Anwälte.⁹

5 Ridder, KJ 1971, 371 (374 f).

6 Wesel, Vom Wirken des Juristen auf die Gesellschaft, Kursbuch 40 (1975), 77 (88).

7 Vgl. Eschen, Vor den Schranken, Kursbuch 40 (1975), 103 (110).

8 Wesel, Kursbuch 40 (1975), 77 (96).

9 Dazu Müller, Wartezimmerpolitik & Professionelle Direkte Aktion, das freischüßler 15 (2007), 31.

3. Be the alternative!

Die Erwartung, ein paar mehr Linke in Justiz und Anwaltschaft könnten die Welt verändern, ist natürlich naiv. Aber völlig illusionär ist die Annahme, die rechtlichen Verhältnisse würden sich schon von alleine zum Besseren entwickeln. Wer heute auf die rechtspolitischen Auseinandersetzungen der letzten Jahrzehnte in Deutschland und anderswo zurückblickt, wird zugeben müssen, dass im Kampf um Recht(e) auf ganz unterschiedlichen Ebenen doch Verbesserungen erzielt oder zumindest Rückschritte verhindert werden konnten. Ob mehr erreicht würde, wenn kritische Jurist_innen in andere Disziplinen abwanderten und Linke sich mit dem Recht allenfalls noch sozialwissenschaftlich beschäftigten, muss dagegen stark bezweifelt werden. Und das nicht nur, weil die großen Wirkungsmöglichkeiten für kritische Sozialwissenschaftler_innen auch nicht ersichtlich sind. Eine Rückkehr zur traditionellen „marxistische[n] Distanz zum Recht“¹⁰ ist theoretisch so problematisch wie es politisch nur perspektivlos genannt werden kann, praktische Rechtsarbeit beim Bemühen um gesellschaftliche Emanzipation auszublenken. Wenn das andauernde Ringen um „globale soziale Rechte“ erfolgreich sein soll, sind dazu Jurist_innen in verschiedensten Funktionen nötig.

Also bildet euch und bildet Jus-Banden! Es lohnt sich, die häufig nur scheinbar unpolitischen Fragestellungen im Jusstudium kritisch zu durchleuchten. Oft genügt auch schon ein Praktikum in einer engagierten Kanzlei, um zu bemerken, dass man mit Jus nicht nur konkret Menschen helfen kann, sondern dass im Recht auch relevante politische Auseinandersetzungen geführt werden. Weswegen wir nicht weniger kritische Juristinnen und Juristen brauchen, sondern mehr!

Dr. John Philipp Thurn ist derzeit Lehrbeauftragter für Staatsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin; jpthurn@web.de

Anm der Redaktion: Dieser Artikel ist ursprünglich im Herbst 2012 in der Sonderausgabe der Zeitschrift „Forum Recht“ zum Thema „Wozu Jura studieren?“ erschienen. Dieses Heft ist online unter <http://forum-recht-online.de/wp/?cat=44> abrufbar und bietet eine – nicht nur für Studienanfänger_innen empfehlenswerte – Orientierung rund um die Frage, weshalb es sich lohnen kann, ein Jus-Studium anzugehen. Wir danken der Redaktion des „Forum Recht“ und dem Autor für die Bereitschaft, den Beitrag im *juridikum* in leicht variierte Form erneut publizieren zu können.

10 Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961, Kapitel 20.

Gender Mainstreaming in der Legistik?

Anforderungen und Wirklichkeit am Beispiel des KindNamRÄG 2013

Julia Hellmair

Ein Ministerratsbeschluss ordnete 2004 die „Integration der Gender Mainstreaming Strategie in alle legistischen Arbeiten“ an.¹ Gender Mainstreaming in der Legistik bedeutet, dass beim Entstehen eines Regelungsvorhabens geschlechterspezifische Aspekte erhoben und berücksichtigt werden.² Mit „Mainstreaming“ wird ausgedrückt, dass sämtliche Bereiche, nämlich auch solche, die zunächst keine Folgen für die Geschlechterverhältnisse vermuten lassen, auf Geschlechterdifferenzierungen hin untersucht werden.

Mit dem am 1.2.2013 in Kraft getretenen Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (KindNamRÄG 2013)³ wurde die Bestimmung über den Ehenamen endlich den gesellschaftlichen Verhältnissen des 21. Jahrhunderts angepasst: § 93 Abs 1 ABGB aF besagte, dass bei der Eheschließung, sofern von den Eheleuten keine ausdrückliche Wahl über den Familiennamen getroffen wurde, automatisch der Familienname des Mannes auf die Frau übergeht und folglich den gemeinsamen Familiennamen der Eheleute darstellt. Es bestand somit eine Subsidiaritätsregelung zugunsten des Familiennamens des Mannes, sodass sich die Frau aktiv für die Beibehaltung ihres bisherigen Familiennamens aussprechen musste, um einen Übergang des Mannesnamens zu verhindern. Diese Differenzierung aufgrund des Geschlechtes stellte den Ausfluss eines patriarchalen Ordnungssystems dar, was in gegenwärtiger Zeit kaum tragbar erscheint.⁴ Der Familienname des Mannes war die Regel, der Familienname der Frau die Ausnahme. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Regelung mag sie durchaus noch dem Zeitbild entsprechen haben, heute ist es jedoch nicht mehr nachvollziehbar, wieso eine derartige Unterscheidung stattfinden sollte, sind doch Frauen und Männer annähernd gleich im Berufsalltag vertreten⁵ und profitieren in weiterer Folge von der mit der Beibehaltung des Fa-

1 GZ 140.240/0-II/1/04.

2 *Ulrich*, Gender Mainstreaming: Neue Perspektiven durch eine Integrative Gleichstellungsstrategie, in FS Funk (2003) 597 (597).

3 BGBl I 2013/15.

4 *Schranz*, Familiennamen: ihre Entwicklung und rechtliche Bedeutung, RZ 2009, 74 (74); *Deixler-Hübner*, Ist das österreichische Namensrecht noch zeitgemäß? Reformbedarf vor allem beim Kindschaftsrecht, iFamZ 2007, 159 (159).

5 Laut Statistik Austria ist die Zahl erwerbstätiger Frauen zwischen 1951 und 2001 von 1,299 Millionen auf 1,771 Millionen angestiegen (Anstieg um 36 Prozent), während die Zahl der erwerbstätigen Männer im gleichen Zeitraum

miliennamens verbundenen Identifikationsfunktion⁶. Dementsprechend wurde mit dem KindNamRÄG 2013 die Subsidiaritätsbestimmung zugunsten des Mannes beseitigt und gem § 93 Abs 1 ABGB nF behalten beide Eheleute bei der Eheschließung – mangels anderer ausdrücklicher Bestimmung – ihren bisherigen Familiennamen bei.

Diese Neufassung scheint auf den ersten Blick geschlechtsneutral formuliert worden zu sein. Beinahe jede_r Jurist_in würde in der Beseitigung dieser unsachlichen Differenzierung aufgrund des Geschlechtes einen Schritt in Richtung Gleichberechtigung von Frauen und Männern erkennen. In weiterer Folge würde die Frage, ob denn diese neue Bestimmung eine geschlechterspezifische Auswirkung erwarten lässt – nämlich eine Gleichstellung des Familiennamens der Frau mit dem des Mannes – ohne Weiteres bejaht werden. Wie lässt sich dann aber erklären, dass in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage die Rubrik „Geschlechterspezifische Auswirkungen“ mit der Antwort „Keine.“ abgehandelt wurde?⁷ Diese Antwort ist mir aus mehreren Gründen unerklärlich. Einige Gedanken dazu: Soeben wurde oben fest gestellt, dass die Beseitigung der Bevorzugung des Mannesnamens dazu beiträgt, dass die Frau – ohne sich aktiv auszusprechen – ihren Namen beibehält. Ganz abgesehen vom immateriellen Wert bringt dies eine Geld- und Zeitersparnis mit sich. Wieso kann so eine Veränderung – die definitiv geschlechterspezifisch ist, da sie ja seit 1.2.2013 den Frauen positiv zugutekommt – nicht in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage angeführt werden, wenn es eine Anordnung zur Integration der Gender Mainstreaming Strategie in alle legislativen Maßnahmen gibt?

Das Vorhandensein der Rubrik „geschlechterspezifische Auswirkungen“ ist grundsätzlich lobenswert.⁸ Es ist jedoch schwer, den Nutzen in der „pro forma“-Anführung zu erkennen, wenn nicht einmal bei offenkundig geschlechterdifferenzierenden Normen eine Auswirkung, sei diese positiv oder negativ, erkannt und aufgezeigt wird.

Mit seinen zahlreichen Methoden und Modellen kann Gender Mainstreaming dazu beitragen, Geschlechterdifferenzen in Gesetzen aufzudecken, welche eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern zunächst gar nicht vermuten lassen.⁹ Rechtliche Verankerungen des Gender Mainstreaming auf Unionsebene und nationale Ministerratsbeschlüsse ordnen an, sich seiner Methoden zu bedienen. Leitfäden für die unter-

von 2,047 Millionen auf 2,215 Millionen angestiegen ist (Plus von lediglich acht Prozent), www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/gender-statistik/index.html (16.8.2013). Erwerbstätigenquote der 15-64-jährigen im Jahr 2012 bei den Männern: 77,8%, bei den Frauen: 67,3%, www.statistik.at/web_de/statistiken/arbeitsmarkt/erwerbstaetige/index.html (21.9.2013).

6 Auch Kennzeichnungs- und Unterscheidungsfunktion nach *Aicher* in *Rummel*, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch I³ (2000) § 43 Rz 1.

7 ErlRV 432 ME 24. GP 2.

8 *Ulrich* in FS Funk 611.

9 Vgl zu Gender Mainstreaming-Modellen allgemein *Krell/Mückenberger/Tondorf*, Gender Mainstreaming: Chancengleichheit (nicht nur) für Politik und Verwaltung, in *Krell/Ortlieb/Sieben* (Hrsg), Chancengleichheit durch Personalpolitik: Gleichstellung von Frauen und Männern in Unternehmen und Verwaltungen: Rechtliche Regelungen – Problemanalysen – Lösungen⁶ (2011) 85 ff; *Bergmann/Pimminger*, Praxishandbuch Gender Mainstreaming: Konzept, Umsetzung, Erfahrung (2006).

schiedlichsten Bereiche wurden entwickelt, um eine systematische Aufbereitung von Regelungsvorhaben in ihrer Entstehungsphase zu ermöglichen und ungerechten Differenzierungen aufgrund des Geschlechtes frühestmöglich Einhalt zu gebieten. Interministerielle Arbeitsgruppen für Gender Mainstreaming wurden eingerichtet, um die Akteurinnen und Akteure in der Legistik beratend zu unterstützen. Es stellt sich die berechnigte Frage, wozu das alles, wenn die Materialien nicht einmal bei einer Novelle wie der des Ehenamensrechts durch das KindNamRÄG 2013 geschlechtsspezifische Auswirkungen anführen. So wird der Idee des Gender Mainstreaming in der Legistik keinesfalls Genüge getan.

Mag.^a Julia Hellmair ist Dissertantin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck;
julia.hellmair@student.uibk.ac.at

Das Recht auf Gesundheit – unabhängig von Sprache und Herkunft!



Kaelin/Kletečka-Pulker/
Körtner (Hrsg)

Wie viel Deutsch braucht man, um gesund zu sein?

Migration, Übersetzung und
Gesundheit

Sammlung

205 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7046-6410-5

Erscheinungsdatum: 1.7.2013

€ 45,-

Versandkostenfrei bestellen auf:

www.verlagoesterreich.at

Angesichts ungleicher Gesundheitschancen von MigrantInnen, widmet sich dieses Buch der Frage, wie Schwierigkeiten in der Verständigung und die Erfahrung der Migration die Gesundheit beeinträchtigen. Dabei zeigt sich die Mehrdimensionalität der Frage nach dem Verhältnis von Migration, Übersetzung und Gesundheit im medizinischen Kontext.

Dieses Buch leistet eine sowohl sprachwissenschaftliche als auch ethische und rechtliche Grundlegung, widmet sich der Gesundheitssituation der vulnerablen Gruppe der Sans Papier und beleuchtet die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen des Dolmetschens im Gesundheitswesen.

Band 10 der Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin

Tel: +43-1-680 14-0

Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at

www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

elements



Das schlaue Lernsystem

- Schnelle Orientierung mit der durchgängigen Seitenleiste
- Rasches Suchen und Finden durch Schlagworte und Icons
- Gute Übersichtlichkeit mit dem Zwei-Farben-System
- Besser verstehen mit vielen Beispielen und Fällen
- Optimale Vorbereitung für die Prüfung

elements – die neue Lehrbuchreihe aus dem Verlag Österreich



Der erste Band von
Tina Ehrke-Rabel

Ehrke-Rabel

elements Steuerrecht

Lehrbuch

441 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7046-6515-7

Erscheinungsdatum: 2.12.2013

€ 49,-

Versandkostenfrei bestellen auf:

www.verlagoesterreich.at

Tel: +43-1-680 14-0

Fax: +43-1-688 71-30

order@verlagoesterreich.at

www.verlagoesterreich.at

VERLAG

ÖSTERREICH

Antiziganismus in Österreich

Dokumentation rassistischer Vorfälle
gegen Roma/Romnja und Sinti/Sintize

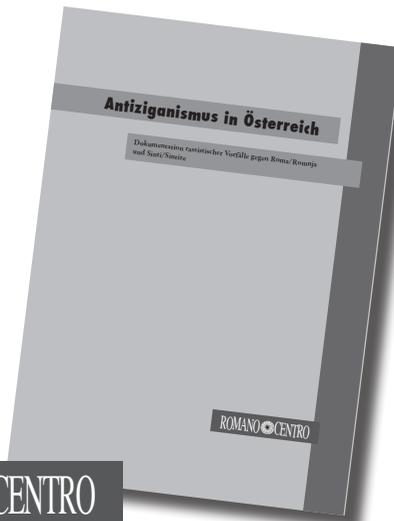
Die erste Publikation zu aktuellem Rassismus
gegen Roma und Sinti in Österreich ist soeben
erschienen und kann kostenlos beim **Verein**
Romano Centro bestellt werden:

Tel.: 01 749 6336 15

E-Mail: office@romano-centro.org

Der Bericht steht auf der Homepage
zum Download zur Verfügung:

www.romano-centro.org



ROMANO  CENTRO

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Die juristische Fachzeitschrift,
die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 60,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdiener € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl,
Brian-Christopher Schmidt

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH